

MARIO PAPI BEYER

MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO



UMC
UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES

SERIE 1

MARIO PAPI BEYER

MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO



UMC
UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES

SERIE 1

MANUAL DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO
MARIO PAPI BEYER

UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES
Mac Iver 370
Santiago Centro
Fonos: 2927 3401 - 2927 3403
admision@umcervantes.cl
www.umcervantes.cl

IMPRESIÓN
Gráfica Funny S.A.
grfunny@123.cl

*Dedicado a mis alumnos de la Escuela de Derecho
de la Universidad Miguel de Cervantes*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
UNIDAD I - LAS FUENTES DEL DERECHO	11
1. FUENTES DEL DERECHO	11
1.1. Fuentes materiales	12
1.2. Fuentes formales	12
1.3. Fuentes formales del derecho en Chile	14
a) La ley	14
b) La costumbre jurídica	24
c) El espíritu general de la legislación o principios generales del derecho	25
d) La equidad natural	28
e) La jurisprudencia de los tribunales	29
f) Los actos jurídico	30
g) Actos corporativos	32
UNIDAD II - LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO	33
1. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA LEY	33
1.1. Clasificaciones de la interpretación de la ley	34
1.2. Escuelas de interpretación	36
a. Glosadores y comentaristas	36
b. Escuela de la Exégesis	37
c. El método de la Libre Investigación Científica de Francois Geny	38
d. Escuela Histórica	39
e. Escuela del Derecho Libre de Hermann Kantorowicz	39
1.3. Métodos o elementos de interpretación de la ley	40
2. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO	41
2.1. Las lagunas legales	41
2.2. Las lagunas legales en nuestra legislación	42
2.3. Métodos de integración de la ley	
a) La analogía jurídica	43
b) Los principios generales del derecho y la equidad natural	43
3. LA ANTINOMIA O CONFLICTO DE NORMAS.	
CRITERIOS DE SOLUCIÓN	44
3.1. Condiciones de la antinomia	44
3.2. Conflicto aparente y conflicto real de normas jurídicas	45

UNIDAD III - CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS

47

1.	LOS SUJETOS DE DERECHO.	
	PERSONAS NATURALES. PERSONAS JURÍDICAS	47
1.1.	La persona natural	47
1.2.	Las personas jurídicas	49
1.3.	Los atributos de la personalidad	49
a)	La capacidad	49
b)	La nacionalidad	50
c)	El nombre	50
d)	El domicilio	51
e)	El patrimonio	51
f)	El estado civil	51
2.	LA RELACIÓN JURÍDICA. ELEMENTOS	51
2.1.	Definiciones de relación jurídica	52
2.2.	Elementos de la relación jurídica	52
2.3.	Los derechos subjetivos	55

UNIDAD IV - CONCEPTO Y FINES DEL DERECHO

59

1.	CONCEPTO DEL DERECHO A LA LUZ DE LAS DIVERSAS ESCUELAS DE PENSAMIENTO JURÍDICO:	59
1.1.	Escuela del derecho natural, sus distintas concepciones y corrientes	59
1.2.	Escuela del positivismo jurídico	58
1.3.	Escuela histórica del derecho	59
1.4.	Otras corrientes del pensamiento iusfilosófico	62
2.	FINES DEL DERECHO: JUSTICIA, SEGURIDAD JURÍDICA, EFICACIA	62
a)	La libertad	62
b)	La igualdad	62
c)	El orden	62
d)	La paz	62
e)	La seguridad jurídica	62
f)	El bien común	62
g)	La justicia	62
	DOCTRINAS ACERCA DE LA JUSTICIA	65
A)	Cada escuela o corriente jurídica posee su propia comprensión de esta cuestión, así por ejemplo	65
	1. Escuela iusnaturalista	65
	2. Escuela iuspositivista	66
B)	Justicia y ley	66
C)	Comentario final	68

UNIDAD V - EL HOMBRE EN SOCIEDAD	69
1. NOCIONES BÁSICAS SOBRE: EL HOMBRE, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO	69
1.1. El hombre	69
1.2. La sociedad	70
1.3. El derecho	74
2. EL COMPORTAMIENTO HUMANO	75
2.1. Los actos humanos	75
2.2. Los actos humanos son actos libres	76
UNIDAD VI - LAS NORMAS DE CONDUCTA HUMANA	77
1. LA CONDUCTA DEL HOMBRE	77
1.1. La conducta del hombre. Características	77
1.2. Características de las normas de conducta humana	77
2. LEYES DE LA NATURALEZA Y LEYES DEL HOMBRE	78
2.1. Leyes de la naturaleza y leyes humanas	78
2.2. Las normas de conducta. Elementos y características	81
2.3. Elementos constitutivos de las normas prescriptivas	83
2.4. Características o propiedades de las normas prescriptivas	85
3. LAS NORMAS MORALES	87
3.1. Ética y moral	87
3.2. Definición de la norma moral	88
3.3. Características de las normas morales	89
4. LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL	89
4.1. Tipos de normas de trato social	89
4.2. La sanción en las normas de trato social	90
4.3. Características de las normas de trato social	91
UNIDAD VII - LAS NORMAS JURÍDICAS	93
1. DIFERENCIA ENTRE REGLA TÉCNICA Y NORMA JURÍDICA	93
1.2. Concepto de norma jurídica	94
2. CARACTERÍSTICAS. DIFERENCIAS CON LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL Y MORALES	94
2.1. Características de las normas jurídicas	94
2.2. Semejanzas y diferencias entre las normas jurídicas y las normas de trato social	98
2.3. Diferencia entre las normas jurídicas y las normas morales	99

3. ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA JURÍDICA.	
TIPO DE JUICIO QUE ES LA NORMA JURÍDICA	100
3.1. Lenguaje y lógica	100
3.2. Clasificación de los juicios	101
3.3. Tipo de juicio que es la norma jurídica	102
UNIDAD VIII - EL CONCEPTO DE DERECHO. LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL	107
1. DIVERSAS CONCEPCIONES DEL DERECHO	107
1.1. Algunas definiciones de derecho	108
1.2. Elementos comunes de las definiciones anteriores	109
2. FUNCIONES DEL DERECHO	110
2.1. Diferencia entre funciones y fines	110
2.2. Funciones específicas del derecho	111
2.3. Eficacia del derecho. La fuerza legítima	112
3. LA TEORÍA PURA EL DERECHO	114
4. RELACIÓN DEL DERECHO CON LA MORAL	116
UNIDAD IX - EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	119
1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	119
1.1. Como sistema normativo estático y como sistema normativo dinámico	119
1.2. El sentido unitario del sistema	120
1.3. Límites al proceso creador de normas	120
1.4. Características del ordenamiento jurídico	121
1.5. Relaciones de coordinación y de fundamentación entre normas jurídicas	124
1.6. Las relaciones de fundamentación y coordinación entre normas del derecho nacional y del derecho internacional	124
2. UN COMENTARIO FINAL SOBRE LA EXISTENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO	127
3. DIVISIONES Y PARTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	128
3.1. Derecho nacional y derecho internacional	128
3.2. Derecho público y derecho privado	129
3.3. Doctrinas que aceptan y niegan la distinción	129
3.4. Concepto. Principales ramas del derecho público y del derecho privado	131

Presentación

GUTENBERG MARTÍNEZ OCAMICA
RECTOR - UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

Este, más que un libro póstumo que nos permite recordar a nuestro querido amigo Mario Papi, es un legado de aquello que en buena medida lo constitúa y lo inspiraba en la vida académica.

Publicar un Manual de Introducción al Derecho, habla de la profunda vocación docente que caracterizó a Mario Papi, que se transformará para la Universidad Miguel de Cervantes en parte significativa de su acervo intelectual y en un documento de gran utilidad especialmente para los estudiantes de nuestra Escuela de Derecho, a quienes Mario quiso dedicar este trabajo.

El estudio serio y riguroso del derecho, implica una conciencia clara del sentido de la justicia y del rol de las sociedades democráticas. En efecto, el derecho nos enfrenta a la búsqueda de una comprensión más amplia de los alcances de la vida comunitaria y de las personas entendidas como ciudadanos. En esto también se aprecia la integralidad del compromiso de Mario Papi que unía a su tarea académica, las del servicio público y la defensa permanente de los derechos humanos.

Este libro es un verdadero regalo que nos deja Mario Papi a un año de su muerte. La Universidad Miguel de Cervantes pone al servicio de su comunidad y de todos quienes estudian derecho, este libro destinado a formar estudiantes que logren comprender su tarea en la sociedad chilena, consistente en humanizar todos los espacios y darle un sentido trascendente a la construcción permanente de la justicia.

UNIDAD I

Las fuentes del derecho

1. FUENTES DEL DERECHO

Cuando se habla de Fuentes del Derecho se está aludiendo al origen y a las formas de expresión del Derecho positivo, esto es, al sistema de normas y decisiones impuestas y tuteladas por el poder social institucionalizado, que componen el sistema normativo de lo que se denomina Derecho positivo.

La expresión “Fuentes del Derecho” se adjudica al jurista alemán Karl von Savigny, quien habría acuñado esta denominación a mediados del siglo XIX para sostener que el derecho se originaba en una fuente, la cual en su concepto, no era otra que el espíritu del pueblo.

En la materia que nos ocupa, la expresión “fuente”, según explicación del jurista suizo Claude Du Pasquier, citado por Hübner, “crea una metáfora bastante exacta, pues remontar a la fuente de un río, es buscar el sitio donde sus aguas salen de la tierra; del mismo modo, inquirir sobre la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del Derecho”.¹

Sin embargo, no todos los autores comparten la idea de usar la expresión “Fuentes del Derecho”. Así, a vía ejemplar, para Hans Kelsen no corresponde porque es “una expresión figurada, superlativamente ambigua”, que se emplea no sólo para designar los métodos de creación jurídica –costumbre y legislación (esta última en sentido amplio que la hace comprender también a la creación del derecho a través de actos judiciales, administrativos y de transacciones jurídicas)–, sino también “para caracterizar el fundamento de validez del derecho y, especialmente, la razón última de dicha validez”. También es usada en otro sentido que nada tiene de jurídico, cuando se aplica “a todas aquellas ideas que en realidad ejercen influencia sobre los órganos de creación jurídica, por ejemplo, normas morales, postulados políticos, doctrinas jurídicas, opiniones de jurisperitos, etc.”.²

Por todo lo anterior, según Kelsen, parece “inútil el empleo de dicho término” y, en vez “de una expresión figurada y equívoca debiera introducirse un término capaz de describir de manera clara y directa el fenómeno que se tiene presente”. Sin embargo, dicho enunciado alternativo todavía no aparece y si alguien ha propuesto alguno éste no ha tenido mayor difusión ni aceptación, por lo cual se

1 Hübner Gallo, Jorge Iván. Manual cit., pág.179-180.

2 Kelsen, Hans. “Teoría General del Derecho...”. Obra cit., pág.155-156.

continúa nombrándolas como “Fuentes del Derecho”. Además, se considera que existen razones pedagógicas que lo justifican.

En la actualidad, el término “fuente” se emplea mayoritariamente en la doctrina con una doble acepción: fuente en el sentido de causa o fuerza creadora del derecho, esto es, como Fuente Material, y fuente en el sentido de modo o forma como el derecho se manifiesta o expresa, es decir, como Fuente Formal.

1.1. Fuentes materiales

Las Fuentes Materiales, a su vez, solían subdividirse entre Fuentes Materiales Directas y Fuentes Materiales Indirectas. En las primeras se consideraban los lugares en donde se producían las distintas expresiones del Derecho, esto es, la sociedad, en cuanto en ella se origina la costumbre jurídica; los órganos legislativos, que dan nacimiento a la ley; los Tribunales de Justicia, que generan las sentencias, etc. Las denominadas Fuentes Materiales Directas son estudiadas por asignaturas especiales, tales como el Derecho Constitucional o el Derecho Procesal, etc.

Sin embargo, la doctrina fue dejando de lado esa subclasificación, fundamentalmente porque no significaba un aporte especial y, más aún, podía ser causa de confusión para quien se estaba iniciando en los estudios del Derecho. Por tal razón, hoy mayoritariamente se distingue solamente entre Fuentes Materiales y Fuentes Formales, abandonándose la subdistinción aludida.

Las Fuentes Materiales son todos aquellos factores que, directa o indirectamente, concurren o están en la génesis del derecho. Estas fuentes “son de naturaleza meta jurídica y radican, principalmente, en la esfera sociológica”³ –conforman lo que antes se consideraba como Fuentes Materiales Indirectas–. Dichos factores están directamente relacionados con el contenido de las normas.

Así, hoy, Fuentes Materiales son todos aquellos elementos que, en forma media-ta o más o menos remota, influyen en la génesis, transformación y/o derogación del derecho. Como sostiene Catenacci, plantean cuestiones relacionadas con la justicia, la equidad, la seguridad, el orden, el bien común. Así, las fuentes materiales dicen relación con “las situaciones de hecho que determinan el origen material de una norma (p.ej., la situación política, económica y social, la pobreza, el desempleo, el recrudecimiento de la delincuencia, etc.). Son fuentes materiales, además, los principios éticos y políticos compartidos por la comunidad, principios de justicia, de equidad, principios valorativos relacionados con la seguridad y los intereses generales”,⁴ como también lo son las opiniones de los juristas.

1.2. Fuentes formales

Son las formas o cauces en que el Derecho positivo está contenido y se manifiesta en la vida social. En otros términos, las Fuentes Formales son sencillamente

3 Legaz y Lacambra, Luis. “Introducción a la Ciencia del Derecho”. BOSCH, Barcelona 1943. Pág. 345.

4 Catenacci, Jorge Imerio. “Introducción al Derecho”. Editorial Astrea, Buenos Aires 2001. Pág. 281.

las formas concretas de expresión que adquiere el Derecho positivo. De esta manera son Fuentes Formales: la Constitución, la ley, la costumbre jurídica, la jurisprudencia de los tribunales, los actos jurídicos, los actos corporativos, los principios generales del derecho, la equidad e incluso la opinión de los tratadistas.

El concepto de Fuentes Formales en la doctrina incluye más fuentes que las que reconoce nuestro Derecho positivo. Esto es así porque en el análisis doctrinario de éstas se consideran también algunas que constituyeron fuentes formales en algún período de la historia o que lo son actualmente en otros ordenamientos jurídicos, pero no en el ordenamiento jurídico chileno.

Así, por ejemplo, algunos autores señalan que las opiniones de los juristas son una fuente formal del derecho. Ello tuvo asidero en ciertas épocas de la historia. En Roma, por ejemplo, una constitución del emperador Valentino III, conocida como la “Ley de Citas” del año 426, reconoció valor de ley a los escritos jurídicos de Papiniano, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino y, en caso de discrepancia entre ellos, prevalecía el juicio de Papiniano. A su vez, en el antiguo Derecho español, una Pragmática de Madrid de 1499, dictada por los Reyes Católicos, confirió fuerza obligatoria a las opiniones de ciertos jurisconsultos de los siglos XIV y XV.⁵

En la actualidad, las opiniones de los tratadistas no constituyen una forma de expresión del derecho, salvo raras y restringidas excepciones como por ejemplo el Código Civil Suizo que las admite y les da tal carácter a falta de ley y de costumbre jurídica. En el ámbito del Derecho Internacional Público igualmente se reconoce como Fuente Formal a la opinión de los juristas. De acuerdo con el artículo 38, letra d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también podrá aplicarse “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

En verdad hoy, la opinión de los juristas, sólo tiene la autoridad intelectual que emana del prestigio de sus autores y de la solidez de sus argumentos. Pero si bien las doctrinas de los tratadistas no son Fuente Formal del derecho, es evidente en cambio que representan una de las importantes Fuentes Materiales.

La palabra jurisprudencia tiene en la literatura jurídica principalmente, dos acepciones: una ligada a la idea de saber o conocimiento del derecho (la actividad de los juristas), y otra vinculada a la actividad de los órganos jurisdiccionales (la actividad de los jueces) sentido, este último, en el cual suele usarse mayoritariamente.

Cuando se habla de la doctrina o jurisprudencia científica, nos referimos a la primera acepción del término. Esto es, a la actividad que desde antiguo realizan los juristas cuando reflexionan o discurren sobre los temas jurídicos en general o bien, cuando exponen o describen sobre un derecho vigente en particular buscando

5 Legaz y Lacambra, Luis. Obra cit., pág. 411.

La “Pragmática” eran normas dictadas por el Rey para sancionar o regular materias de ley. Se considera que una de las primeras fue dictada por Justiniano I. Algunas Pragmáticas españolas abordaron asuntos como la expulsión de los jesuitas de España (1767), los matrimonios desiguales (1776) e incluso la derogación de la Ley Sálica (1830).

mejorar su comprensión como facilitar su aplicación, y que hoy también llamamos Ciencia del Derecho.

1.3. Fuentes formales del derecho en Chile

A continuación, y siguiendo el plan de este curso, veremos las llamadas Fuentes Formales en el Derecho chileno, comenzando por la más importante cual es la ley.

a. La ley: la palabra ley, según algunos autores, provendría del latín *legere* (leer), aludiendo a su forma escrita, por oposición a otras normas que no son escritas, como la costumbre. Otros en cambio, la vinculan al término latino *ligare*, que significa atar, unir, y que demuestra el sentido obligatorio de la ley. Cual sea el real origen, es el segundo sentido el que ha primado, esto es, la idea de ligamen.

En la doctrina⁶, con la expresión ley en sentido amplio –como sinónimo de legislación–, los autores comprenden no sólo la ley común sino que incluyen también la Constitución, las leyes sobre reformas constitucionales, las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de quórum calificado, las leyes comunes u ordinarias, los Decretos con Fuerza de Ley, los Decretos Leyes, los tratados internacionales, la potestad Reglamentaria y los Autos Acordados de los tribunales superiores de justicia.

En sentido estricto, el término “ley” está referido a la denominada ley común o ley ordinaria. No obstante, algunos incluyen también en él a las leyes interpretativas de la Constitución, a las orgánicas constitucionales, a las de quórum calificado, a los decretos con fuerza de ley y a los decretos leyes.

Ya que el estudio en detalle de la Constitución y de los distintos tipos de leyes que ella reconoce se hacen en el curso de Derecho Constitucional, sólo daremos una breve explicación al respecto, lo mismo que con los tratados internacionales. En cuanto a lo relativo a la ley común o ley ordinaria la abordaremos con mayor amplitud, no obstante que sobre ella se profundizará también no sólo en los estudios de Derecho Constitucional sino también en los inicios de los estudios sobre el Derecho Civil. En cuanto a los Tratados Internacionales estos se verán en los estudios constitucionales, pero de manera particular en el curso de Derecho Internacional Público.

En lo relativo a las manifestaciones de la Potestad Reglamentaria y a los Autos Acordados de los tribunales superiores de justicia también haremos referencia a ellos de una manera sucinta pues su estudio corresponde a los cursos de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, respectivamente.

a.1. La Constitución: es el estatuto jurídico base de un Estado, que determina los atributos del poder y las garantías individuales. Representa la norma suprema que organiza el Estado y en la cual se funda y a la que debe someterse todo el ordenamiento jurídico de la nación.

6 Ver al respecto: Squella Narducci, Agustín. Obra cit., pág. 301; y Williams Benavente, Jaime. Obra cit., pág. 146-147.

a.2. Leyes Relativas a la Reforma Constitucional: son aquellas que dicta el Congreso Nacional en ejercicio de la denominada potestad constituyente *derivada* para la modificación de los preceptos constitucionales, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Capítulo XIV de la Constitución. La aprobación de estas leyes requiere el voto conforme de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio y que se eleva a los 2/3 de cada Cámara si la reforma recae sobre las disposiciones contenidas en los capítulos I, II, VII, XI o XIV de la Constitución.

a.3. Leyes Interpretativas de la Constitución: estas leyes tienen por objeto fijar el contenido y alcance de una disposición constitucional y que por su naturaleza pasan a ser parte integrante del texto que interpretan. Para su aprobación estas leyes requieren del voto favorable de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio. Igualmente deben pasar por el control del Tribunal Constitucional.

a.4. Leyes Orgánicas Constitucionales: estas leyes versan sobre las materias que específicamente señala el mismo texto constitucional: a vía ejemplar se pueden señalar las que se refieran a la organización y funcionamiento del sistema electoral; organización básica de la Administración Pública; organización y atribuciones del Banco Central, de los tribunales de justicia, del Tribunal Constitucional; del régimen del Congreso Nacional, etc. Para su aprobación estas leyes requieren del voto favorable de los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio. Estas leyes antes de su promulgación deben ser examinadas por el Tribunal Constitucional y respecto de las materias que ellas comprenden el Congreso no puede facultar al Presidente para que dicte Decretos con Fuerza de Ley.

a.5. Leyes de Quórum Calificado: son aquellas que la Constitución establece para regular determinadas materias como ocurre con lo relativo a las conductas terroristas y su penalidad, pérdida de la nacionalidad, control de armas, etc., y que por su relevancia requieren para su aprobación del voto favorable de la mayoría absoluta (cincuenta % más uno) de los diputados y senadores en ejercicio.

a.6. Leyes Comunes u Ordinarias: estas leyes han sido definidas de distinta manera en el ámbito de la doctrina:

Así, Santo Tomás de Aquino (Italia, 1225-1274), definió la ley humana o ley positiva como “una ordenación de la razón para el Bien Común, promulgada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”.⁷ A su vez, el civilista francés Marcel Planiol (1853-1931) definió la ley positiva como “una regla social obligatoria, establecida con carácter permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza”.⁸ Se sostiene que en esta definición se pueden distinguir los cinco elementos que la doctrina –o al menos una parte importante de ella–, considera como constitutivos de la ley del Estado, a saber:

1. Es una norma que rige la convivencia social.
2. Tiene carácter obligatorio, es decir, debe ser obedecida por todos.
3. Es de carácter permanente y general.

⁷ Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 185.

⁸ Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 185.

4. Emaná de la autoridad pública.
5. Está generalmente sancionada por la fuerza.

Para Planiol y otros tratadistas, según esté o no presente en el texto legal el tercer elemento, esto es, el carácter de permanencia y generalidad que debería contener la ley, permite distinguir entre lo que denominan "ley formal" y "ley material". La ley formal, tendría sólo la apariencia externa de una ley, por haber sido dictada de acuerdo con la Constitución, pero en realidad no sería una ley en sentido material, es decir, una ley propiamente tal, precisamente, porque falta en ella el carácter de permanencia y generalidad que le exige esa parte de la doctrina. Ejemplos de ley formal serían las leyes que se dictan para conceder una pensión de gracia a un particular o como sucede incluso con las leyes anuales de presupuesto para algunos autores. En tales casos, se dice, habría más bien un acto administrativo revestido de las formas legales.

La ley material, en cambio, sería la verdadera ley, ya que ha sido dictada conforme al procedimiento constitucional, pero además reúne en sus aspectos de fondo, todos los requisitos señalados que considera la doctrina, incluida la permanencia y generalidad.

Por su parte, el artículo 1º del Código Civil da una definición genérica de la ley, del modo siguiente: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite". La última parte alude a la clasificación de las leyes en imperativas, prohibitivas y permisivas.

De acuerdo con la definición legal, en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el carácter de ley toda norma dictada en la forma prescrita por la Constitución, con lo cual alude al órgano que la genera y los procedimientos que deben observarse para su dictación, independientemente de su contenido y de si tiene o no ese carácter de permanencia y generalidad que reclama una parte de la doctrina.

No obstante lo anterior, hay quienes sostienen que la Constitución del 80, a diferencia de la de 1925, contendría disposiciones de las cuales fluye lo que debe entenderse por ley en un sentido técnico, no obstante reconocerse que igual "mantiene como materias de ley actos que en esencia no lo son". Se da como un ejemplo de esas disposiciones que recogen ese carácter de generalidad que debería tener la ley el artículo 60 N° 20 de la Constitución Política –materias que son objeto de ley–, y conforme con el cual también es objeto de ley "Toda otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".⁹

Sin embargo, tal apreciación resulta controvertible y a partir del propio texto constitucional. En primer lugar porque el número 20 del artículo 60 referido, solamente dice que "toda otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico" debe ser objeto de ley,

⁹ Williams Benavente, Jaime. Obra cit., pág. 143.

luego no alude a cualquiera otra norma. En segundo lugar, porque otros numerales del mismo artículo 60 contienen disposiciones que admiten que sean objeto de ley materias que no necesariamente tengan ese carácter de generalidad como son las contenidas en los números 5, 9 y 16, lo que sería contradictorio con el último numeral (20) si la intención era establecer una disposición que prohibiera o limitara las normas legales de carácter particular.

La ley común u ordinaria para ser aprobada, modificada o derogada requiere el voto conforme de la simple mayoría de los diputados y senadores presentes en cada Cámara al momento de verificarse la correspondiente votación, y todo el proceso desde su génesis hasta su publicación está –igual que en la reforma constitucional, la aprobación de los tratados y de las leyes especiales– establecido de manera precisa en la Constitución Política de la República.

A continuación veremos la parte correspondiente a este curso en materia de formación, vigencia y derogación de la ley como también lo relativo a la denominada ignorancia de la ley.

Lo primero que se debe tener presente en materia de formación de la ley es que si bien ésta la estudia y aprueba el Congreso Nacional también interviene en dicho proceso, como un activo colegislador, el Presidente de la República. El jefe del Estado está facultado para presentar proyectos de ley con iniciativa exclusiva en algunas materias, fijar las llamadas *urgencias* que determinan los tiempos de tramitación de las leyes, sus ministros pueden participar en los debates parlamentarios con preferencia en el uso de la palabra y, finalmente, puede vetar los proyectos de ley aprobados por el Congreso. Igualmente hay proyectos de ley en que debe intervenir el Poder Judicial y con relativa frecuencia el Tribunal Constitucional. Así, en Chile la formación de la ley no es algo que compete de manera exclusiva a la Cámara de Diputados y a la Cámara de Senadores.

a) Formación de la Ley: la ley nace y se forma de acuerdo con el mecanismo constitucional de cada país. En Chile, el proceso de formación de la ley está regulado en los artículos 65 a 75 de la Constitución Política de la República y comprende las siguientes etapas:

1. Iniciativa: es la primera etapa del proceso de gestación de la ley y ésta puede provenir del Presidente de la República a través de un *mensaje*, o bien ser producto de una *moción* presentada por no más de 10 diputados ni más de 5 senadores. No obstante, hay materias en que la iniciativa legal corresponde en forma exclusiva al Presidente de la República como sucede con todas las leyes que involucran gastos o que imponen, reducen o suprimen tributos.
2. Discusión: ella se realiza en ambas Cámaras, de origen (por donde ingresa el proyecto) y revisora (la que lo conoce en segundo término); el Presidente de la República fija las urgencias que determinan el tiempo de que disponen ambas Cámaras para su tramitación: simple urgencia: 30 días; suma urgencia: 10 días; y discusión inmediata: 3 días.

3. Aprobación: es la manifestación de conformidad con el proyecto de ley que deben expresar ambas Cámaras, observando los quórum que la Constitución establece para la aprobación de la respectiva ley.
 4. Sanción: es el acto por el cual el Presidente de la República presta su aprobación al proyecto de ley aprobado por el Congreso. El Presidente de la República tiene 30 días para aprobarlo o bien vetarlo. Si el Presidente veta el proyecto el Congreso puede aprobar las modificaciones propuestas por el Presidente o bien desecharlas e insistir en el proyecto primitivo mediante el voto conforme de los 2/3 de cada Cámara, situación ante la cual el Presidente debe aprobarlo y proceder a su promulgación.
 5. Promulgación: es el acto por medio del cual el Presidente de la República certifica la existencia de la ley y la dota de fuerza obligatoria por haber cumplido con los trámites pertinentes para su aprobación. El Presidente dispone de 10 días para dictar el decreto promulgatorio, que debe cumplir con el trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República.
 6. Publicación: ésta debe hacerse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio y tiene por finalidad dar publicidad a la ley para conocimiento de todas las personas. La publicación se efectúa en el Diario Oficial, salvo que en cualquiera ley se disponga su publicación en un medio diferente, conforme con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 7º del Código Civil.
- b) Vigencia de la Ley: de acuerdo con el artículo 7º del Código Civil, la ley entra en vigencia desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial y para todos los efectos legales la fecha de la ley será la de su publicación. No obstante, cualquiera otra ley puede disponer algo diferente sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia.

Conforme con la excepción que contempla el inciso tercero del artículo 7º del Código Civil, la ley puede entrar en vigencia en una fecha distinta a la de su publicación, etapa durante la cual se produce lo que se conoce como de *vacancia legal*. Luego, se entiende por *vacancia legal* el período que media entre la fecha de publicación de una ley y la fecha posterior de su efectiva entrada en vigencia. Un ejemplo clásico que suele darse al respecto es lo ocurrido con nuestro Código Civil que fue publicado el 14 de diciembre de 1855, pero que entró en vigencia el 1º de enero de 1857.

- c) Derogación de la Ley: la ley deja de existir sólo por su derogación, que opera mediante la dictación de una ley posterior que la invalida. El artículo 52 del Código Civil, señala que la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua y es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que son contrarias a la ley anterior. Igualmente, la derogación puede ser total o parcial.

Existe también la denominada por la doctrina “derogación orgánica” de la ley, la cual se produce cuando una nueva ley viene a regular de manera íntegra las

materias que regulaba la ley anterior y que se entiende derogada aunque no sean contradictorias o incompatibles las normas de la nueva ley respecto del texto preexistente.

- d) La Ignorancia de la Ley: se sostiene que "Entre los principios inveterados del derecho hay uno que establece que la ley se reputa conocida por todos y nadie puede alegar su ignorancia. Esta presunción ha sido establecida por todas las legislaciones y tiene su origen en el derecho romano".¹⁰ Así, todos los ordenamientos jurídicos tienen la llamada presunción de conocimiento de la ley.

Nuestra legislación consagra este principio en el artículo 8º del Código Civil, el cual dispone: "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia". Más aún, el Código citado asimila el error en esta materia a la mala fe. En efecto, en su artículo 706, inciso cuarto, reglamentando la posesión, dispone que "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Según Hübner, la ley chilena sólo por excepción admite el desconocimiento de la ley, y da como ejemplos la ley de los Juzgados de Policía Local, que permite al Juez absolver a los culpables de ciertas infracciones "en caso de ignorancia excusable o buena fe comprobada", y el artículo 2297 del Código Civil que permite exigir la restitución de "lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural".¹¹

En doctrina se ha criticado la existencia de esta presunción, por cuanto equivale a imponer a todas las personas del orbe la obligación de leer el Diario Oficial o el medio en que se publicó la ley, lo que a primera vista aparece como un gran absurdo. Sin embargo, esta disposición se mantiene desde los tiempos de Roma y existe en casi todos los ordenamientos jurídicos porque, si la ley no se reputara conocida por todos y se permitiera que cualquiera pudiera alegar el desconocimiento de la ley como una manera de excepcionarse, sin duda el ordenamiento jurídico perdería todo su sentido, y el orden sería reemplazado por el caos y la anarquía.

Como lo expresara Kelsen, "La admisión de la ignorancia de la ley como fundamento específico de una excusa, conduciría a una interminable investigación acerca de insolubles cuestiones de hecho y, en última instancia, nulificaría al derecho mismo, al hacer imposible la administración de justicia".¹²

- e) Recopilaciones de Leyes y Códigos: las leyes se agrupan de alguna de estas dos maneras: se recopilan o se codifican. Las *Recopilaciones* son colecciones de leyes agrupadas, según su orden cronológico o su materia, pero conservando su propia individualidad, es decir, su número, fecha y articulado interno. Son simples yuxtaposiciones de textos legales. Los *Códigos*, en cambio,

10 Catenacci, Imerio Jorge. Obra cit., pág. 287.

11 Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 188.

12 Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho...". Obra cit., pág. 86.

son una etapa más avanzada de la técnica legislativa. En éstos las leyes no están yuxtapuestas sino que refundidas. Un Código, según Hübner, "es una agrupación sistemática, orgánica y completa de leyes de un mismo orden. Los Códigos se dividen en Libros, Títulos, Párrafos y Artículos".¹³

a.7. El Decreto con Fuerza de Ley: aquí se usa un medio del ámbito administrativo, como es el Decreto, para generar normas de carácter legal, que está debidamente regulado en la Constitución y limitado en cuanto al período durante el cual puede dictarse y las materias que puede abarcar.

El Decreto con Fuerza de Ley es un decreto que contiene materias propias de ley y que dicta el Presidente de la República, en virtud de una delegación expresa de funciones hecha por el Poder Legislativo.

El artículo 32, Nº 3 de la Constitución, dispone que entre las atribuciones especiales del Presidente de la República está: "Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución". A su vez, esta delegación, conforme con el artículo 64 de la Constitución, no puede otorgarse por un plazo superior a un año y debe limitarse a las materias precisas que indica la ley delegatoria, no pudiendo extenderse a las cuestiones que el mismo artículo señala: nacionalidad, elecciones ni plebiscitos, garantías constitucionales, leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, ni que afecten la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, Congreso Nacional, Tribunal Constitucional ni Contraloría General de la República.

a.8. El Decreto Ley: es un mecanismo también del ámbito administrativo, usando igualmente para dictar normas de orden legal, pero cuyo uso es síntoma de graves trastornos institucionales. A diferencia de los Decretos con Fuerza de Ley (DFL), aquí no se ejerce una facultad delegada, sino que una autoridad de facto se arroga una función indebidamente. Los decretos-leyes (DL) son el instrumento propio de gobiernos que asumen por la fuerza el poder ejecutivo y el poder legislativo. En Chile se han usado en diversas ocasiones, como producto siempre del quebrantamiento del orden constitucional.

En nuestro país, durante el siglo pasado, fueron usados en tres períodos. En efecto, se usaron entre septiembre de 1924 y diciembre de 1925, en que se dictaron 816 de estos D.L. Despues, en septiembre de 1932, durante la llamada República Socialista, en que se dictaron 669 D.L. Y, posteriormente, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1981 en que se dictaron 3.660 D.L.¹⁴

Hay pleno acuerdo en la doctrina sobre el carácter inconstitucional de los decretos-leyes y que adolecen de una nulidad de derecho público que no es posible sanear. En estricto derecho, restituida que sea la normalidad institucional del país, los decretos-leyes deberían quedar sin efecto por el vicio de nulidad que

13 Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 190.

14 Williams Benavente, Jaime. Obra cit., pág. 158-159.

los afecta al haber sido dictados por quien no tenía la facultad de hacerlo. Basta recordar que de acuerdo con el artículo 7º de la Constitución Política de la República “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Sin embargo, por diversas razones de orden práctico estos decretos-leyes han quedado incorporados a nuestro sistema legislativo y se les ha reconocido plena eficacia sin que se aplicara respecto de ellos la sana doctrina. Entre las razones que hay para ello está que si se anularan se afectarían una multiplicidad de actos y materias legales adoptadas en el tiempo intermedio, como el pago de sueldos de los funcionarios públicos, las estimaciones de las leyes de presupuesto, nombramientos, jubilaciones, etc., etc.

Cabe agregar en relación con este tipo de legislación irregular, como señala Hübner, que “en algunas constituciones modernas, el Ejecutivo está especialmente facultado para dictar, en casos de emergencia, decretos-leyes, cuando el Congreso está en receso, debiendo recabar su ratificación en cuanto éste reanude sus funciones”.¹⁵

a.9. Los Tratados Internacionales: así como los particulares dentro de un Estado celebran contratos sobre materias que les interesen, del mismo modo los Estados regulan muchas de sus relaciones mediante ciertos convenios bilaterales o multilaterales que se denominan Tratados. Cuando el Tratado se firma entre el Estado del Vaticano y otro Estado se denomina Concordato.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de marzo de 1969 y aprobada como ley en nuestro país el 22 de junio de 1981, señala que un tratado es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

El artículo 32 Nº 15 de la Constitución dispone que una atribución especial del Presidente de la República es “concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 Nº 1º”. Esta última disposición señala que “Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación.”.. El tratado se somete a los trámites de una ley –aunque el Congreso a su respecto sólo puede aprobarlo o rechazarlo y no introducirle modificaciones– y una vez aprobado, pasa a ser una ley más del país. Se discute si el legislador podría dictar posteriormente una ley que fuera contraria al tratado. Según algunos sí es posible hacerlo ya que se trata de una ley y, en cuanto tal, la nueva ley deroga a la anterior en todo aquello que

15 Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 194-195.

resulte contradictorio con esa nueva ley. Otros, en cambio, sostienen la posición diversa en atención a que el tratado está vinculado también a la voluntad de otro Estado, la cual sería vulnerada si se permitiera su derogación por un simple acto unilateral.

a.10. La Potestad Reglamentaria: en lo relativo a las manifestaciones de la potestad reglamentaria, como se expresó, se hará una referencia a sus expresiones más importantes (reglamento, decretos, resoluciones, acuerdos e instrucciones) de una manera sucinta pues su estudio pormenorizado corresponde al curso de Derecho Administrativo.

La potestad reglamentaria es la facultad que poseen el Presidente de la República, los gobiernos regionales, las municipalidades y algunos servicios con cierta autonomía administrativa, como la Universidad de Chile, Servicios de Salud, etc., para dictar normas de carácter general, obligatorias y permanentes, es decir, reglamentos, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

Cabe señalar que en el caso de la potestad reglamentaria que posee el Presidente de la República ésta se expresa de dos maneras: en la llamada "*potestad reglamentaria autónoma o extendida*" que tiene lugar en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, es decir, de materias que no están reservadas para ser reguladas por la ley; y en la denominada "*potestad reglamentaria de ejecución o propiamente tal*", que se traduce en los demás reglamentos destinados propiamente a la ejecución de las leyes.

a. El Reglamento: es una norma general, obligatoria y permanente, emanada de la autoridad que posee la llamada potestad reglamentaria y subordinada a la ley.

El Reglamento difiere de la ley no sólo en cuanto a su origen, sino también en cuanto a su contenido, ya que no puede abarcar materias que son propias de ley por mandato constitucional. Por otro lado, debe conformarse a la ley, por ende no puede contener normas que sean contrarias a una ley, sólo puede complementar a la ley. Los reglamentos municipales se llaman *Ordenanzas* de acuerdo con el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

b. Decretos, Resoluciones y Acuerdos: en su aspecto formal son órdenes escritas emanadas de una autoridad administrativa. Si la autoridad de la cual emana es unipersonal se llama decreto o resolución, y si el órgano administrativo que lo dicta es colegiado, se llama acuerdo.

Así como el Poder Legislativo se manifiesta a través de la ley y los Tribunales de Justicia por medio de resoluciones judiciales, el medio por el cual los órganos de la administración expresan su voluntad es a través de decretos, resoluciones y acuerdos. Por ejemplo, si revisamos el artículo 32 de la Constitución, veremos que todas sus facultades las ejerce el Presidente de la República por medio de decretos, esto es, de órdenes escritas, firmadas además por el Ministro respectivo, o sea, por el Ministro al cual corresponde la materia de que trata el decreto.

Cuando el decreto emana del Presidente de la República se llama Decreto Supremo. Este decreto debe cumplir ciertas formalidades: a) son escritos; b) son firmados por el Presidente de la República y c) llevan la firma del Ministro de Estado correspondiente (artículo 35 de la Constitución). Además de lo anterior debe cumplir con determinados trámites:

1. *Debe tener anotación y numeración*: se la da el Ministerio de origen y sirve para individualizar el decreto mediante un número, fecha y ministerio del cual emana.
2. *Toma de razón*: este trámite se hace en la Contraloría General de la República y tiene por objeto velar por la constitucionalidad y legalidad de los decretos (artículo 88 de la Constitución y artículo 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría), con la finalidad de que el acto nazca conforme a derecho. Si no hay observaciones la Contraloría toma razón.

Si el decreto sólo contiene errores menores, como de cifra, cálculo, etc., la Contraloría toma razón *con alcance*. Si hay disposiciones contrarias a la Constitución o a la ley la Contraloría lo devuelve *con representación*, mediante Oficio al Presidente de la República dándole las razones de su representación. Si la *representación es por ilegalidad* el Presidente de la República puede insistir con la firma de todos sus ministros y entonces el Contralor debe tomar razón del decreto e informar a la Cámara de Diputados para la fiscalización parlamentaria, que puede acusar constitucionalmente a los ministros de Estado. Si la *representación es por inconstitucionalidad* el Presidente de la República no puede insistir y sólo le queda, si lo estima del caso, remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional para que resuelva la controversia.

3. *Publicación o notificación*: una vez cumplido el trámite de toma de razón el decreto debe ser publicado o notificado. Será publicado cuando contenga disposiciones de carácter general, que afectan a toda una categoría de personas y deberá notificarse cuando sea de carácter particular, cuando afecte a un ciudadano o a un número reducido de éstos.

c. *Las Instrucciones*: son las órdenes o recomendaciones que una autoridad administrativa imparte a los funcionarios que de ella dependen, acerca de la forma como deben aplicar las leyes o desempeñar sus funciones.

Las instrucciones están dirigidas sólo a los agentes administrativos; su ámbito de aplicación es al interior de la Administración. Ellas no obligan a los administrados. Pueden dirigirse colectivamente a todos los funcionarios o a una categoría de ellos y/o sólo a uno o más funcionarios individualmente determinados. En el primer caso se hace a través de *circulares* y en el segundo de *oficios*. Las instrucciones no están sujetas al trámite de toma de razón ni a las demás formalidades complementarias del decreto.

a.11. Los Autos Acordados: éstos emanan de los tribunales superiores de justicia, esto es de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones y contienen normas jurídicas de carácter general que tienen la finalidad de conseguir una

eficaz y expedita administración de justicia". Ellos deben publicarse en el Diario Oficial cuando emanan de la Corte Suprema y contienen normas de carácter y aplicación general (inciso final del artículo 96 del Código Orgánico de Tribunales).

Respecto de los autos acordados, cabe precisar que el artículo 82 de la Constitución Política de la República reconoce expresamente sólo a la Corte Suprema la potestad de dictarlos y estos autos son vinculantes para todos los tribunales de la república, salvo aquellos que expresamente excluye el mismo texto constitucional. Sin embargo, se ha entendido que esta facultad la tienen también las Cortes de Apelaciones, en virtud de la ley orgánica constitucional que las regula (artículo 3º del Código Orgánico de Tribunales).

b. La costumbre jurídica: se entiende por costumbre jurídica, la reiteración de una misma conducta, acompañada de la convicción de responder a una necesidad jurídica. La costumbre jurídica emana de la propia sociedad y puede ser *local*, cuando rige en una parte determinada del territorio del Estado, *general*, cuando se reconoce en todo el territorio del Estado, o bien *internacional* si rige en el ámbito de las relaciones entre los Estados.

La costumbre jurídica comprende o se compone de dos elementos: a) un elemento material, objetivo, cual es la repetición de una conducta y b) un elemento intelectual, subjetivo, que consiste en la convicción de que el acto es jurídicamente necesario y, que, por lo mismo, los demás podrían exigir su cumplimiento. Este factor subjetivo es determinante para que el comportamiento tenga el carácter de fuente formal de derecho, dado que de no existir, la conducta sería una simple costumbre, una práctica social más o un mero hábito.

Históricamente, la costumbre representa una de las formas más primitivas de creación y manifestación del Derecho. A medida que las sociedades fueron progresando, las normas jurídicas se fueron escriturando para dotarlas de mayor precisión y certeza, como para facilitar su conocimiento por todos. Así surgieron las leyes. Vinieron después las recopilaciones de leyes, que comenzaron con el "Corpus Iuris", integrado por las "Institutas", el "Digesto", el "Corpus de Justiniano", las "Novelas", y posteriormente nacieron los Códigos.

Con todo, la costumbre como forma de expresión del derecho, ha continuado teniendo significación en el mundo moderno, particularmente en la vida jurídica anglo sajona y de alcance subsidiario en los sistemas romanistas como el nuestro. En efecto, en nuestro sistema, fundamentalmente legalista, la costumbre sólo tiene validez en forma excepcional, aunque nuevas leyes han ido ampliando su grado de aceptación. Ejemplo de ello es la Ley N° 19.253 de 1993, cuyo artículo 54 dispone que la costumbre que se haga valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho cuando no sea incompatible con la Constitución Política de la República. Dicha costumbre se puede probar por todos los medios legales, especialmente, mediante informe pericial emanado de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

En la doctrina nacional se sostiene que respecto de la costumbre debe distinguirse entre: a) costumbre contraria a la ley; b) costumbre según la ley; y c) costumbre en el silencio de la ley. En el primer caso la costumbre no tiene eficacia en nuestro Derecho, porque nunca podría derogar la ley. En los casos de costumbre según la ley y costumbre en el silencio de la ley, hay que distinguir si éstas inciden en materia civil o comercial. En el Derecho Civil, el artículo 2º del Código Civil señala que “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”, mientras que en materia comercial, la costumbre goza de un ámbito más amplio puesto que rige también en el silencio de la ley.

No obstante lo dispuesto por el artículo 2º citado del Código Civil, la costumbre en materia civil puede tener mayor cabida de lo que aparece de la simple lectura de esa disposición. En efecto, en uno de los casos en que el Código Civil se remite a la costumbre, nos referimos a su artículo 1546, esta norma prescribe que “los contratos deben ejecutarse de buena fe” y ello significa que “obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenezcan a ella”. De esta manera el propio Código abre una puerta ancha para que se reconozca y aplique la costumbre en materia civil.

Por su parte, en el Derecho comercial, aparte de que la costumbre rige también cuando la ley se remite a ella, el artículo 4º del Código de Comercio dispone que “las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo”. En otros términos, concurriendo las circunstancias que señala la misma disposición, la costumbre se aplica igualmente ante el silencio de la ley.

c. El espíritu general de la legislación o principios generales del derecho: Nuestro derecho no recoge la expresión “principios generales del derecho” sino que habla del “espíritu general de la legislación” (Art. 24 del Código Civil). No obstante, hay acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional en que ambas expresiones son homologables y se refieren a lo mismo.

Según Antonio Bascuñán, “Determinar qué debe entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica”.¹⁶

Para algunos autores, los principios generales del derecho son aquellos heredados del Derecho Romano; otros afirman que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia jurídica; otros que los principios generales se identifican con el Derecho Natural y, finalmente, están los que sostienen que son los que se extraen de cada ordenamiento jurídico. Lo cierto, como afirma Bascuñán, es que

16 Bascuñán, Antonio. Separatas: “Fuentes del Derecho”. Escuela de Derecho de la U de Chile.

"el contenido de los principios generales y el método para conocerlos dependerá de la tendencia científico-ideológica que sustente el autor".¹⁷

Posición histórico-romanista: esta doctrina propugna que los principios generales no pueden ser otros que los que el Derecho Romano nos legó en tal carácter. Así, los principios generales provenientes del Derecho Romano se expresarían en máximas o aforismos jurídicos como el que dice que "donde la ley no distingue tampoco el hombre debe distinguir", "al que está permitido lo más, está también permitido lo menos" o el que reza que "a lo imposible nadie está obligado".

Los detractores de esta doctrina, como Legaz y Lacambla, sostienen que "la identificación de los principios generales del derecho con los del Derecho Romano tiene un valor puramente histórico y no podría sostenerse hoy en serio". Más aún cuando las máximas heredadas del Derecho Romano a lo más constituirían expresiones técnicas o recursos pedagógicos. En todo caso este autor señala que "en esa tesis se hallan contenidas en germen las dos interpretaciones fundamentales que más tarde han dividido a los civilistas sobre esta materia: la histórica o positivista y la filosófica o iusnaturalista".¹⁸

Posición de los iusnaturalistas: a juicio de éstos tales principios forman parte del Derecho natural, es decir, de un Derecho anterior y superior a los ordenamientos jurídicos positivos en los que tales principios reciben luego aplicación. De ello se sigue que existen tantas concepciones de los principios generales cuantas doctrinas existen acerca del Derecho natural. Para Legaz y Lacambla "los principios generales del Derecho son principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta: principios de Derecho natural, si quiere usarse esta terminología. Pero en tanto se hable de estos principios, no en un plano puramente filosófico-jurídico, sino en el de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que tales principios del Derecho natural deben estar incorporados a la legislación positiva; de lo contrario, su validez ideal no será título suficiente para que puedan ser alegados como fuente de Derecho... Pues su misión, como normas aplicables, no es rectificar, sino complementar las determinaciones de los preceptos del Derecho escrito y consuetudinario, de donde resulta la figura del orden jurídico como un todo herméticamente pleno".¹⁹

El primer Código que reguló los principios generales en el marco de esta doctrina, fue el Código Civil austriaco de 1811 que en su artículo 7º dispuso: "Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que se decía por la ley en casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso, el caso se decidirá de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente sopesadas, según los principios jurídicos naturales". Algo semejante dispuso el Código Civil portugués de 1867 al establecer que en ciertos casos las cuestiones que no tuvieran otra solución "se decidirán por los principios de derecho natural, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

17 Bascuñán, Antonio. Separatas: "Fuentes del Derecho". Escuela de Derecho de la U de Chile.

18 Legaz y Lacambla, Luis. "Introducción a la Ciencia del Derecho". BOSCH, Barcelona 1943. Pág. 400.

19 Legaz y Lacambla, Luis. Obra cit., pág. 401-402.

Posición de los iuspositivistas: para éstos los principios generales del derecho viven en cierto modo ínsitos en cada ordenamiento jurídico y pueden ser establecidos por medios inductivos a partir de las propias normas e instituciones del respectivo ordenamiento jurídico. Se trata de componentes no escritos del ordenamiento jurídico que están en éste “como el alcohol lo hace dentro del vino” y que informan sus normas e instituciones.²⁰

Para la doctrina positivista, la identificación de los principios se consigue por un proceso de progresiva abstracción que parte de las normas y procura llegar a los presupuestos lógicos de todo el ordenamiento jurídico, aunque ese ordenamiento es siempre uno solo y determinado, no varios ni todos los ordenamientos. Luego, lo que se establecería propiamente tal no son los principios generales del derecho, sino los que acompañan al determinado ordenamiento jurídico a partir de cuyas normas e instituciones fue posible inducir y fijar tales principios. Como sostiene Legaz y Lacambra, “son aquellos que inspiran una *determinada legislación positiva*”.²¹

Esta concepción la siguió el Código Civil italiano de 1942 que dispuso que en caso de duda la cuestión litigiosa se resolviera según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado. El Código Civil portugués de 1966, señala también que “a falta de caso análogo, la situación se resuelve según la norma que el propio intérprete dictaría si tuviese que legislar dentro del espíritu del sistema”. Por último, la manera como nuestro Código Civil se refiere a los principios generales del derecho en su artículo 24, llamándolos “espíritu general de la legislación”, es también expresiva de una concepción positivista de los principios generales.²²

Posición ecléctica: ella trata de armonizar las dos doctrinas últimas señaladas. Así, sostiene que los principios generales son tanto los del respectivo ordenamiento positivo como los que provienen del Derecho natural. Un ejemplo lo es el Código Civil de Egipto de 1949, que establece que “en defecto de disposiciones legales el juez resolverá en conformidad con la costumbre, en defecto de costumbre según los principios generales del derecho islámico, y a falta de éstos, según los principios del derecho natural y de la equidad”.²³

Situación en nuestro derecho: como ya se dijo, la legislación chilena no usa la expresión principios generales del derecho sino que se refiere al “espíritu general de la legislación”. Por otro lado, hay coincidencia en la doctrina nacional en orden a que los referidos principios tienen un papel más bien reducido en el ámbito del Derecho Civil y uno mucho más relevante en el campo del Derecho Procesal.

En efecto, el artículo 24 del Código Civil autoriza a valerse de los principios para interpretar pasajes oscuros o contradictorios de la legislación, pero sólo cuando al interpretar la ley “no pudieran aplicarse las reglas de interpretación precedentes”,

20 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 385.

21 Legaz y Lacambra, Luis. Obra cit., pág. 400.

22 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 386.

23 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 386.

esto es, las contenidas en los artículos 19 a 23 del citado Código. En consecuencia en materia civil su mayor relevancia aparece en materia de interpretación legal, cuando no pueden aplicarse las demás reglas que contempló el legislador.

En cambio, la legislación procesal permite acudir a los principios generales para integrar la ley. El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que señala los requisitos que deben cumplir las sentencias definitivas, establece que ellas deben contener la enunciación de las leyes conforme a las cuales se pronuncia el fallo o, en su defecto, los “principios de equidad con arreglo a los cuales se ha fallado”.

Así, la norma procesal mejora la situación de los principios generales del derecho, puesto que a la función interpretativa que le asigna el Código Civil, suma una función integrativa. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha precisado que la expresión “principios de equidad”, incluye tanto a los principios generales del derecho como a la equidad propiamente tal.

Hablando en sentido estricto, los principios generales del derecho, no serían Fuente Formal del derecho, puesto que no constituyen, por sí mismos, métodos de producción de normas jurídicas. En todo caso, no se puede desconocer que los legisladores invocan a menudo dichos principios y hay una fuerte presencia de éstos en todo el ordenamiento jurídico como también los jueces pueden acudir a ellos para fundar sus fallos por facultarlos expresamente la ley.

Digamos finalmente que el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, en su artículo 38, letra c) prescribe que en los casos sometidos a su decisión el Tribunal aplicará, en subsidio de las convenciones internacionales y de la costumbre internacional, “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

d. La equidad natural: según sostiene Legaz y Lacambra, “históricamente, la equidad ha debido preceder a la justicia o, dicho más exactamente, el modo históricamente primitivo de ser justo debió consistir en la equidad; la misma ley del talión, con toda su bárbara crudeza, implica una consideración de estos factores, pues, por ejemplo, el estropear un ojo o un diente al prójimo no se incluye bajo el concepto genérico de “lesiones”, ni, por tanto, se aplica la misma pena en ambos casos, sino que, respectivamente, se condena al autor a la pérdida de otro ojo o de otro diente”.²⁴

Sin embargo, como señala este mismo jurista, fue Aristóteles “el que ha sentado la doctrina fundamental en esta materia, que sustancialmente ha sido seguida posteriormente por todos los autores. Lo equitativo no es para el filósofo griego algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma cosa con ella; la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia que corrige la injusticia que se comete en el caso particular, cuando sólo se le considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general”.²⁵

24 Legaz y Lacambra, Luis. Obra cit., pág. 435.

25 Legaz y Lacambra, Luis. Obra cit., pág. 433.

Por otro lado, los autores coinciden en que la ley debe disponer de una manera general y que no puede haber una ley para cada caso. Igualmente, concuerdan en que tampoco es posible que la ley abarque toda la infinidad de situaciones que pueden presentarse. Pero, además, puede ocurrir que la ley general, al aplicarse al caso particular, produzca consecuencias perniciosas que jamás tuvo en mente el legislador y que corresponde al juez corregir para producir la justicia que, siendo querida por la ley, no se logra en el caso particular con su mera aplicación literal. Por tales consideraciones, Aristóteles distinguía entre la justicia legal y la justicia natural, esta última aplicable cuando no había ley para el caso particular o la aplicación de la ley existente producía injusticia. Como dice el mismo Aristóteles: "ésta es la naturaleza de lo equitativo: una rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad".²⁶

Santo Tomás, explicaba lo anterior con un ejemplo: el que recibió de otro una cosa en depósito, debe devolverla cuando aquel que la entregó la requiera. Si bien esto es justo, bien podría, en un cierto caso, ser inconveniente que el juez resolviera de ese modo, como, por ejemplo si el loco furioso pide que se le devuelva la espada que dio en depósito. En ese caso el juez tendría buenas razones para no decidir conforme a lo justo legal por las consecuencias que de ello podrían seguirse, como es el riesgo que puede generar un loco furioso circulando armado entre sus semejantes.²⁷

Por ello Santo Tomás dice que la equidad son "los preceptos *concretos* de los hombres *prudentes*". De ahí también que a la equidad se la llame la "justicia del caso particular". De acuerdo con Squella, "la equidad no es algo *distinto* de lo *justo*, sino algo justo que es *mejor* que lo *justo legal*. Dicho brevemente: lo equitativo es justo, y, a la vez, mejor que lo justo legal".²⁸

En suma, un caso se resuelve en equidad cuando "al faltar una ley que lo contempla y regule, o bien al existir una ley que lo regula de un modo que resulta vago, indeterminado, oscuro, confuso o contradictorio, o bien al existir una ley que lo regule y que de su aplicación puedan seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes, que el autor de la ley no previó ni pudo querer que se produjeran y que parece razonable evitar, el juzgador encargado del conocimiento y fallo del caso administra una solución construida sobre la base de la idea que él forja en conciencia acerca de lo que sea justo resolver a propósito del caso de que se trate...".²⁹

e. La jurisprudencia de los tribunales: el valor que se atribuye a las sentencias judiciales como forma de expresión del derecho depende del sistema jurídico vigente en cada país. Así, en las naciones anglosajonas los jueces, que han sido comparados con los pretores romanos, son verdaderos creadores de derecho. Sus fallos generan precedentes que deben seguir aplicándose. En la jurisprudencia judicial residen en gran parte las normas jurídicas del país.

26 Aristóteles. "Ética a Nicómaco". Alianza Editorial, Madrid 2001. Libro V, capítulos VII y X

27 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 409-410.

28 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 410.

29 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 410-411.

En los pueblos de origen latino y germano, en cambio, que siguen el régimen románista de primacía del derecho escrito, los tribunales de justicia deben ceñirse estrictamente al tenor de la ley y carecen de facultades para fallar según su propio criterio. En este grupo de países, entre los que se cuenta Chile, la sentencia no constituye nuevo derecho, sino que se limita a aplicar a un caso individual las leyes generales existentes.

En el Derecho chileno, y de acuerdo con el artículo 3º del Código Civil, “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Esta disposición, sostiene más de un autor, priva a la jurisprudencia del carácter de fuente formal. Tanto por el efecto relativo que le asigna a los fallos, como porque éstos no son vinculantes para ningún tribunal ni siquiera para el que lo dictó. Cabe precisar, que los fallos de los tribunales superiores de justicia, tampoco son vinculantes para los tribunales inferiores.

Sin embargo, y según sostiene Squella, el tenor del artículo 3º del Código Civil, si bien priva a los fallos judiciales de obligatoriedad jurídica general, a la vez, “está admitiendo que respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren las sentencias judiciales sí tienen fuerza obligatoria, lo cual viene a confirmar el carácter normativo o constitutivo que tiene siempre la sentencia judicial respecto del caso que se pronuncia”.³⁰

f. Los actos jurídicos: se denomina “acto jurídico”, o “negocio jurídico” como también suele nombrarse, a toda manifestación voluntaria y lícita del hombre ejecutada con la deliberada intención de producir determinados efectos jurídicos que pueden consistir en la adquisición, pérdida o modificación de derechos y deberes jurídicos.

Los actos jurídicos, a su vez, admiten diversas clasificaciones –que se verán en forma completa en el curso de Derecho Civil–, entre las cuales una de las más relevantes es la que distingue entre actos jurídicos unilaterales y bilaterales. Los primeros son aquellos que para formarse requieren la voluntad de una sola parte, mientras que los segundos requieren del acuerdo de voluntades de dos o más partes. Así, esta clasificación atiende al número de partes que se necesitan para la formación del acto y no al número de personas, ya que una parte puede ser una o más personas. Lo que determina la calidad de parte es que la o las personas que la componen representen un mismo y único centro de interés.

A los actos jurídicos bilaterales se les llama también convenciones. Y si bien el artículo 1438 del Código Civil hace sinónimos los términos contrato y convención, para la doctrina no lo son. En la doctrina se los diferencia y se dice que contrato es aquella convención que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones. Luego, convención es todo acto jurídico bilateral destinado a crear, modificar, o extinguir derechos y obligaciones, mientras que el contrato es aquella convención que está destinada únicamente a crear derechos y obligaciones para

30 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 377.

las partes que intervienen en ella. La convención es el género y el contrato la especie.

En materia de contratos, el artículo 1545 del Código Civil señala que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo y por causas legales". Pero, como bien explica Squella, esa disposición no persigue transformar el contrato en una ley, sino que "reforzar la autonomía de los sujetos de derecho tienen para contratar y, por este medio, para crear derechos y obligaciones, y reforzar, asimismo, el carácter vinculante que las cláusulas de un contrato tienen respecto de quienes hayan concurrido a su celebración". De ahí, concluye Squella, se puede sostener que las personas al contratar están creando o produciendo normas jurídicas de carácter particular.³¹

Para Hübner –en relación con la cuestión de si los actos jurídicos y los contratos en particular son fuente formal del derecho–, "es indudable que los contratos son fuente de obligaciones y derechos subjetivos para las partes contratantes; pero, parece menos claro que ellos puedan constituir una forma de expresión del derecho, ya que su estructura y efectos están regulados por el ordenamiento legal". Según este mismo autor, "dentro del amplísimo margen de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, que rige en el derecho privado, los particulares pueden pactar lo que estimen conveniente, sin más limitaciones que las de no infringir el orden público ni las buenas costumbres, pero lo que ellas convengan no puede llegar a constituir una norma jurídica ya que sólo será obligatorio para los propios interesados".³³

En consecuencia, según Hübner, tratándose de los contratos al igual que en el caso de las sentencias no cabe hablar de creación de "normas individuales", ya que dicha expresión carece de sentido en su concepción de la norma, que incluye la generalidad como de sus caracteres esenciales. Y, por otro lado, el contrato no es propiamente una forma de expresión del derecho sino tan solo uno de los muchos tipos de actos que realizan los particulares al amparo del orden jurídico.

A su vez, para Squella, si del contrato emergen obligaciones y facultades jurídicas, y si las obligaciones y facultades provienen siempre de una norma jurídica, ello deja en evidencia que el contrato ha constituido simultáneamente "un acto de *aplicación* de normas jurídicas y un acto de *creación* de éstas". El que los sujetos de derecho al contratar estén aplicando determinadas normas generales de la legislación no impide que a la vez creen normas jurídicas particulares, las que no difieren en su carácter normativo. Además, para Squella la ausencia de dicho carácter de generalidad al que alude Hübner en nada invalida o afecta a la norma jurídica, sólo que ésta, en el caso de la sentencia y del contrato, se ha individualizado o singularizado.

31 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 421.

32 Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 200.

33 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 426.

g. Actos corporativos: son aquellos que ejecutan las corporaciones e instituciones y, en general, las personas jurídicas colectivas, cuya finalidad es crear o producir normas jurídicas generales, aunque circunscriptas, en su ámbito de validez, únicamente a los socios o asociados de la institución de que se trate. Son, como sostiene Antonio Bascuñan, citado por Squella, "normas estatutarias de carácter general, abstracto y permanente, que rigen la conducta no sólo de quienes las dictaron sino también la de quienes ingresan con posterioridad a la institución".³⁴

Siguiendo a Squella, "el ordenamiento jurídico, así como autoriza a los sujetos de derecho individualmente considerados para producir normas jurídicas particulares, en aplicación de las normas generales de la legislación, del mismo modo reconoce competencia a las organizaciones para producir normas generales en el marco de la legislación, aunque se trata de normas que, por su misma finalidad, no pueden tener un ámbito de validez que sobrepase el de la respectiva institución y el de los que en calidad de asociados, pertenecen a ella".

Para el autor citado, y según señala a continuación de lo anterior, los actos corporativos aplican y producen derecho, "o, mejor aún, producen el llamado derecho corporativo o estatutario en aplicación de las normas del derecho legislado que da competencia a distintos tipos de organizaciones para producir las normas jurídicas por las que habrán de regirse internamente".³⁵

Actos jurídicos y actos corporativos: de ambos puede decirse que "constituyen ámbitos que para la producción jurídica el ordenamiento reserva para sujetos e instituciones que no tienen el carácter de órganos del Estado, pero hay diferencias entre unos y otros".³⁶

Los actos jurídicos producen normas jurídicas sobre la base de la voluntad de quienes los otorgan o concurren a ellos; en cambio, los actos corporativos producen normas para el conjunto de los asociados, sin que estos tengan que consentir en las normas de que se trata, las cuales son dictadas por los órganos internos de la respectiva organización.

Por otra parte, los actos jurídicos producen normas particulares circunscriptas a los sujetos que concurren al acto; en cambio, los actos corporativos conducen a la producción de normas generales aunque limitadas, en todo caso, a la organización que las dicta y a las personas que las componen.

34 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 307.

35 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 307.

36 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 381-382.

UNIDAD II

La interpretación e integración del derecho

1. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA LEY

Interpretar es determinar el significado de algo. De acuerdo con Squella, el término interpretar proviene de la locución latina “inter-pres”, la cual procedería a su vez de la expresión griega “meta fraxtes”, que alude a quien se ubica entre dos que hablan para hacer conocer a cada uno de ellos lo que el otro ha dicho o está diciendo. Así, todo intérprete es un intermediario, lo cual explica por qué a los traductores de idiomas se les llama también de igual manera.³⁷

Interpretar la ley es determinar cuál es su verdadero sentido y alcance. La hermenéutica legal (hermenéutica: arte de interpretar textos) surge de la necesidad de aplicar lo general a lo singular, porque aplicar el derecho exige que el ordenamiento jurídico, de suyo general y abstracto, se amolde al caso particular y concreto. Ello presenta dificultades, no sólo cuando la ley es obscura o ambigua, sino también cuando siendo clara, hay cuestiones previas de hecho o de derecho que precisar para poder aplicarla.

Es necesario aclarar que una cosa es interpretar el Derecho y otra interpretar la ley. Interpretar el Derecho, como sostiene Squella, es “una actividad que concierne a todas las normas jurídicas, cualquiera sea la fuente formal por cuyo intermedio haya sido producida... no únicamente a las normas legales que produce el órgano legislativo”.³⁸ En verdad, existe una interpretación de la ley, una interpretación de los tratados internacionales, una interpretación de la costumbre jurídica, una interpretación de los contratos, e incluso, una interpretación de las sentencias judiciales. Luego, interpretar el derecho tiene un alcance más amplio que la expresión interpretar la ley que se reduce al ejercicio de interpretar sólo a la norma de orden legal.

Si bien lo relativo a la interpretación de las diversas normas será objeto de estudio en el curso correspondiente –tratados en Derecho Internacional Público; costumbre en Derecho Civil, Comercial e Internacional, contratos en Derecho Civil, y lo relativo a las sentencias en materia procesal– haremos no obstante una breve referencia a estas cuestiones:

37 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 378.

38 Squella Narducci, Agustín. Obra cit., pág. 662.

- Interpretación de los Tratados: al respecto los tratados se encuentran regulados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969, que en su Parte III (artículos 31,32 y 33) contiene disposiciones sobre la interpretación de estos instrumentos, cuya regla general es que los tratados deben interpretarse de buena fe, considerando el objeto y fin del tratado.
- Interpretación de la Costumbre: supone en primer lugar establecer efectivamente su existencia y vigencia y la manera de hacerlo la establece el Código de Comercio. En materia internacional diversos tratados hacen referencia a su aplicación.
- Interpretación de los Contratos: la interpretación de estas convenciones se encuentra regulada en los artículos 1560 a 1566 del Código Civil. De momento sólo nos interesa destacar que en la interpretación de los contratos, a diferencia de la interpretación de la ley donde prima su tenor literal, se está a la intención de los contratantes, más que a lo literal de las palabras. La razón de este distinto criterio radica en las motivaciones que tuvo la Revolución francesa en orden a que primara la ley como expresión de la voluntad popular y que el interprete se apegara a su texto para evitar sus distorsión cuando la interpretara, mientras que en lo relativo a los contratos lo importante era respetar la autonomía de la voluntad y, por ende, la real intención de los contratantes.
- Interpretación de las Sentencias: por cierto lo relativo a la inteligencia de las sentencias presenta mayor interés en aquellos países en que estas constituyen y son Fuente de Derecho como sucede en países como el Reino Unido o Estados Unidos. En países como el nuestro y, en general, los del llamado sistema continental europeo esto no tiene la misma trascendencia. En el caso de la ley chilena notificada una sentencia ya no podrá ser modificada por el tribunal que la dictó. No obstante, el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el tribunal, a solicitud de parte podrá: aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia. De esta disposición, en cuanto permite "aclarar los puntos oscuros o dudosos" de una sentencia, se dice que permite a las partes pedir la interpretación del fallo al mismo tribunal que lo dictó.³⁹

1.1. Clasificaciones de la interpretación de la ley

La interpretación de la ley puede ser clasificada de diversas maneras, una de ellas y tal vez de mayor interés es atendiendo: al *agente* que la hace, al *resultado* a que conduce y a si la actividad interpretativa se *encuentra o no reglada* por el respectivo ordenamiento jurídico.

- a. Segundo el agente que la hace:** cuando se atiende a este factor se distingue entre interpretación pública o por vía de autoridad, e interpretación privada.

39 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 427.

La *interpretación pública*, es aquella que proviene de determinados órganos y autoridades y que, a su vez, se subclasiﬁca en interpretación legal, interpretación judicial e interpretación administrativa.

La *interpretación legal*, llamada también auténtica, es la que efectúa el poder legislativo, ya en el mismo texto de la ley que interpreta o en una ley posterior que toma por ello el nombre de ley interpretativa. La ley interpretativa se entiende de incorporada a la ley interpretada, según lo dispone el artículo 9º del Código Civil. El artículo 3º del mismo Código dice que “sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”.

La *interpretación judicial*, es la que hacen los jueces cuando ejercen su función jurisdiccional. Según el artículo 3º del Código Civil y a diferencia de la interpretación legal cuyo alcance y obligatoriedad es de orden general, “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren” y, por tanto, su alcance es más reducido y sólo obliga a quienes fueron parte en la causa correspondiente. Esta interpretación tampoco compromete al juez que la hizo respecto de sus interpretaciones futuras.

La *interpretación administrativa*, es la que realizan determinados órganos y servicios públicos que cumplen funciones fiscalizadoras, tales como la Contraloría General de la República, el Servicio de Impuestos Internos, la Dirección Nacional de Aduanas, la Superintendencia de Seguridad Social, la Dirección del Trabajo, etc., y que suele expresarse mediante dictámenes.

La *interpretación privada*, es la que efectúan los sujetos de derecho en cuanto particulares. La que realizan los juristas cuando hacen ciencia del derecho, tanto en sus explicaciones verbales como en sus obras escritas; la que efectúan los abogados como expertos en derecho en sus diversas gestiones y, en general, la que hace cualquier particular al acatar y obedecer las leyes.

b. Según el resultado a que conduce: de acuerdo con este criterio la interpretación de la ley se subclasiﬁca, a su vez, en interpretación estricta, interpretación extensiva e interpretación restrictiva.

La *interpretación estricta*, es la que conduce a la conclusión de que el texto legal interpretado debe ser aplicado únicamente a los casos que él expresamente menciona (ni más ni menos). Se le llama también *interpretación declarativa*.

La *interpretación extensiva*, es la que concluye que la ley interpretada debe aplicarse a más casos o situaciones de los que ella expresamente menciona.

La *interpretación restrictiva*, a su vez, y a contrario de la interpretación anterior, es la que concluye que la ley interpretada debe aplicarse a menos casos o situaciones de las que ella menciona expresamente.

En relación con esta clasificación, cabe hacer presente que el artículo 23 del Código Civil, dispone que "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes". De acuerdo con el tenor de esta disposición hay autores que sostienen que nuestro Código se inclinaría por la interpretación estricta.

c. Atendiendo a si está o no reglada: de acuerdo con esta consideración, esto es, si hay o no normas de interpretación o pautas hermenéuticas en el ordenamiento jurídico, se diferencia entre interpretación legal reglada y no reglada.

La *interpretación reglada*, es la actividad interpretativa que está normada por el mismo ordenamiento jurídico, como ocurre en el Derecho chileno donde el Código Civil (artículos 4 y 13 que fijan principios de especialidad en la aplicación de la ley, y 19 a 24 que establecen los elementos de interpretación) regula la manera de interpretar la ley. Cabe tener presente que estas normas que fija la ley civil son válidas para interpretar no sólo las leyes del Código citado sino de toda otra ley chilena, hecha la salvedad del principio de especialidad de una ley frente a otra y dentro de una misma ley, como también las normas de la Constitución y las provenientes de la potestad reglamentaria.

La *interpretación no reglada*, es la interpretación que no está normada o no encuentra pautas hermenéuticas en la legislación que debe ser interpretada, de modo que el intérprete puede llevar a cabo su labor de la manera más libre que le permita ese ordenamiento jurídico.

1.2. Escuelas de interpretación

Históricamente la actividad interpretativa del Derecho y de la ley en particular, no fue entendida de igual manera. Desde el siglo XV en adelante hubo distintas doctrinas y puntos de vista sobre esta cuestión, en especial sobre la interpretación que debían realizar los jueces. Veremos algunas de estas corrientes o escuelas:

a. Glosadores y comentaristas:

Se llamó así a los juristas medievales que en el siglo XV elaboraron toda una teoría para interpretar los textos legales, teniendo como base los textos romanos conservados en el "Corpus Iuris Civilis" de Justiniano.⁴⁰ Éstos, en primer lugar, distinguieron entre el *tenor literal* de la ley y el *sentido* de la ley. El tenor literal aludía a las palabras a través de las cuales la ley se manifiesta y el sentido al pensamiento que el autor de la ley quiso expresar por medio de esas palabras. Para los juristas medievales interpretar era determinar el sentido de la ley, lo que suponía aclarar primero las palabras de la ley interpretada. Según ellos, las palabras y las frases de la ley debían ser entendidas en el *sentido propio* del término, esto es, aquel que le dio el

40 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 428.

autor de la ley y el cual debía prevalecer sobre el *sentido impropio*, esto es, el sentido proveniente del uso común del mismo término.

Los juristas medievales distinguieron también la *razón* de la ley como algo distinto del *sentido* de ésta, dado que el último se vincula al pensamiento y voluntad del legislador. La razón de la ley era algo más complejo que decía relación con la finalidad buscada por la ley. Como sostiene Alejandro Guzmán, según cita de Squella: "La diferencia es conceptualmente clara, en la misma medida en que hay diferencia entre lo que alguien pensó en decir (*sensus*) y por qué o con qué finalidad lo dijo (*ratio*), a lo que podemos agregar el tercer elemento, a saber, cómo lo dijo (*littera*)".⁴¹

Estos juristas se plantearon el cómo conocer la razón de una ley y debatieron acerca de si lo que el intérprete debía respetar era, ante todo, las palabras de la ley, aun cuando se vulnerara la razón de ésta, o si se debía preferir la razón de la ley sin importar que se vulneraran sus palabras.

Igualmente los glosadores, a propósito de la interpretación, distinguieron entre derecho y equidad, esto es, entre lo establecido como justo y lo que se siente como justo, el clásico conflicto entre derecho y justicia.

b. Escuela de la Exégesis:

La formación del Estado moderno, con sus ideas de separación de los poderes y de un legislador racional capaz de expresarse en forma clara a través de cuerpos legales completos y exentos de contradicciones llamados Códigos, dio lugar a la Exégesis. Impulsó el desarrollo de esta Escuela la promulgación del Código Civil francés de 1804, el llamado "Código de Napoleón".⁴²

La Escuela de la Exégesis se caracteriza por atenerse al texto legal como única o principal referencia para establecer la voluntad que debe primar al interpretar y aplicar la ley, cual es la voluntad del legislador. Para esta Escuela no hay otro derecho que el que se produce y unifica a partir del Estado y de sus órganos, lo que llevó a considerar la ley como la única fuente del Derecho. Las demás fuentes formales se consideraban sólo fuentes aparentes o bien fuentes subordinadas a la ley y, en todo caso, las decisiones de los jueces sólo podían derivar de la ley emanada del órgano legislador.

Un Jurista francés en tiempos de la Exégesis (Laurent) sostenía que si los tratadistas o los jueces hicieran el Derecho, éstos "usurparían el poder que la nación soberana ha otorgado al cuerpo legislativo". Otro jurista francés de la época señalaba que "en jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad que la razón o equidad de la ley". Andrés Bello, redactor de nuestro Código Civil de 1856, sostenía que "El Juez es esclavo de la ley".

Para los exégetas, la interpretación del juez no es sino repensar algo ya pensado antes por el legislador. Por eso Baudry-Lacantinerie escribió: "La ley debe ser interpretada según la voluntad misma que ha presidido su origen. Desprenderla de ella para hacer variar su contenido con el movimiento social

41 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 429.

42 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 611-612.

y adaptarla a las exigencias de la hora presente o a las transformaciones de la existencia, no sería serle fiel: entonces sería el medio el que haría la ley, no ésta la que regiría el medio". A su vez, Montesquieu afirmaba que "es de la esencia en la constitución del gobierno republicano el que los jueces se atengán a la letra de la ley".⁴³

Sin embargo, en la misma época, hubo otros autores como Portalis que -no obstante ver la ley como una garantía para el ciudadano en sus distintas esferas de intereses- advirtieron los riesgos de la exégesis y sostuvieron que era ilusorio e inconveniente "prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez". Las necesidades sociales eran tan variadas que el legislador no podía preverlo todo, por lo cual consideraban que "multitud de cosas han de quedar libradas al imperio de los usos, a la decisión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces".⁴⁴

c. El método de la libre investigación científica de Francois Geny:

Portalis, en todo caso, no fue el crítico más severo de la Escuela anterior. En verdad, la primera crítica sistemática y contundente a la Escuela de la Exégesis provino del autor francés Francois Geny.⁴⁵ Éste, que compartía también la idea de respeto a la ley, pero no el culto ni el fanatismo de los exégetas, advirtió que la ley se dictaba en un cierto momento y en vista de una determinada necesidad, y que la vida seguía su curso y transformaba las situaciones y las propias instituciones.

Así, si la ley era clara ésta debía ser aplicada por el juez, siempre que no hubieran variado las condiciones sociales. Si ellas habían variado, se trataba de una situación que el legislador no consideró lo que dejaba al juez en situación de averiguar por sí mismo cuál era la norma aplicable, haciendo en tal caso acto de legislador. Si la ley era oscura, se precisaba buscar la voluntad del legislador haciendo un análisis gramatical y lógico del texto legal, recurriendo también a otros elementos como los denominados trabajos preparatorios. Y si no había ley para el caso particular, el juez recobraba su entera libertad y hacia, todavía con mayor propiedad, acto de legislador.

Según Squella, el "método de la investigación científica" propiciado por Geny más que un método de interpretación de la ley era uno de integración de ésta en caso de lagunas, acudiendo a cuatro tipos de datos: *reales* (condiciones económicas, políticas y sociales), *históricos* (las tradiciones), *racionales* (principios éticos, el derecho natural) e *ideales* (los fines que el legislador se propuso alcanzar).

Geny llamó a su método de "libre investigación científica". Libre, porque el juez que lo empleaba no estaba sujeto a ninguna autoridad positiva, en particular del legislador, y científica, porque la decisión del juez no era pura discrecionalidad arbitraria, sino algo obtenido de la investigación y el uso combinado de los cuatro elementos antes señalados.

43 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 612.

44 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 613.

45 Von Savigny, Friedrich Karl. "De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho". EDEVAL. Valparaíso 1978. Pág. 15.

d. Escuela histórica:

Surgió en Alemania por la obra de Friedrich Karl von Savigny quien, también distante de la Escuela de la Exégesis, sostuvo que el derecho no era producto deliberado de la razón o de la voluntad humana, sino de lo que llamó el “espíritu del pueblo”. Según este jurista alemán, “En todas las naciones, cuya historia no ofrece duda, vemos al Derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política”.⁴⁶ Así, el Derecho no puede ser creado por el solo arbitrio de los legisladores, de espaldas a la tradición, sino que en íntima conexión con ésta.

Para Von Savigny, no se trataba de conferir al Derecho del pasado un carácter absoluto o estático, sino de advertir que todo cambio en el Derecho debía tomar en cuenta la continuidad histórica de cada pueblo, porque “el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador”.⁴⁷

Si bien esta Escuela resto importancia a la figura del legislador, no hizo lo mismo con los juristas, sosteniendo que junto al Derecho popular existía también un Derecho científico formulado por aquéllos.

A Friedrich Karl von Savigny se debe también la primera mención sistemática de los cuatro elementos tradicionales de interpretación de la ley. En su obra “Sistema de Derecho Romano Actual”, reivindicó el elemento histórico de interpretación y señaló como elementos complementarios: el elemento gramatical, el elemento lógico y el elemento sistemático.

e. Escuela del derecho libre de Hermann Kantorowicz:

Kantorowicz, en su libro “La lucha por la ciencia del Derecho” de 1906, levantó el concepto del “Derecho libre”, postulando una idea sobre la aplicación judicial del Derecho que se aparta de la visión tradicional del tema. Según Squella, “lo que él propone es una explicación acerca de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de los jueces y no pautas o reglas acerca de cómo los jueces deberían realizar su tarea. Se trata, entonces, de una teoría de la interpretación”.⁴⁸

Para Kantorowicz, los elementos tradicionales de interpretación de la ley son en gran medida ficticios, pues se basarían en la ingenua suposición de que hay un legislador que tiene exactamente los mismos deseos del intérprete que utiliza esos elementos. Sostiene que nadie busca la voluntad del legislador, sino que se emplean esos elementos de interpretación tradicionales sólo para conseguir el resultado deseado por el intérprete.

Así, lo que en verdad haría el intérprete de una ley sería escoger entre las premisas posibles de su decisión aquéllas que le conducen a la conclusión deseada. Los jueces resolverían los litigios por actos de voluntad, no de

46 Von Savigny, Friedrich Karl. Obra cit., pág. 20.

47 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 618.

48 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 619-620.

conocimiento. La alusión a determinados criterios como sustento de los fallos no dejaría de ser un disfraz, para esconder la real motivación del juez y para prestigiar lo resuelto.

El autor pone como ejemplo de lo anterior al profesor italiano de Derecho Bartolo de Sassoferato (1313-1352), quien dictaba primero la parte resolutiva de sus razonamientos jurídicos y luego ponía a su amigo Trigrinio a buscar los pasajes aplicables del *Corpus Iuris* para darles fundamento en los textos legales.⁴⁹

Para el autor de esta Escuela, el llamado “Derecho libre” es el Derecho positivo creado por los órganos del Estado. Se trata de un Derecho dinámico, de un Derecho vivo en la sociedad, instalado en las convicciones de las personas. Kantorowicz, a diferencia del “Derecho popular” de von Savigny, da más importancia al individuo que a la sociedad.

En la concepción de este autor, el juez en la aplicación del Derecho debe tener una libertad absoluta. No debe estar sujeto a la ley, puesto que el juez debería resolver conforme a la regla que el legislador, según su firme convencimiento, habría adoptado.

1.3. Métodos o elementos de interpretación de la ley

Éstos son los medios de que dispone el intérprete para establecer el sentido y alcance de la ley, aceptados por la doctrina y muchas veces consagrados expresamente en los diversos ordenamientos jurídicos como sucede con el nuestro. Estos elementos son: el grammatical, el histórico, el lógico, el sistemático y el teleológico.

El *elemento grammatical*, permite fijar el sentido y alcance de la ley atendiendo al tenor de las palabras de la ley, es decir, al significado de los términos y frases que usó el legislador para expresar y comunicar su pensamiento normativo.

El *elemento histórico*, permite fijar el sentido y alcance de la ley acudiendo a la historia del texto legal que se trata de interpretar. Dicha historia está documentada en las diversas etapas del proceso de formación de la ley, comenzando por el mensaje o moción y en las actas correspondientes tanto de las Coeisiones o de la Sala correspondiente de la Corporación. Tal es el elemento histórico en sentido estricto, puesto que en sentido amplio alcanzaría también a las circunstancias políticas, económicas, sociales y de otra índole existente al momento de aprobarse la ley y que pudieron influir en su contenido y objetivos.

El *elemento lógico*, permite fijar el sentido y alcance de la ley acudiendo al análisis de las conexiones que las normas de una misma ley guardan entre sí, esto es, entendidas dentro del texto del que ellas forman parte y no de manera aislada, como también en conexión con otras leyes que versen sobre la misma materia.

El *elemento sistemático*, no difiere sustancialmente del elemento lógico, pero representa un grado más avanzado, puesto que permite fijar el sentido y alcance

49 Legaz y Lacambra, Luis. Obra cit., pág. 372.

de la ley atendiendo ahora a las conexiones que la ley que se trata de interpretar puede guardar ya no sólo con el texto legal que integra o por su relación con otras leyes similares, sino que con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, incluidos los principios generales del derecho.

El *elemento teleológico*, permite fijar el sentido y alcance de la ley atendiendo al fin de ésta, o sea, a los determinados objetivos que se buscó conseguir por medio de su establecimiento.

2. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO

La palabra laguna, de origen latino, significa cavidad y también falta, vacío. En un sentido más amplio es omisión, carencia, como cuando se dice que alguien tiene lagunas en su memoria. De ahí que cuando no existe ley aplicable a un caso determinado se hable de una laguna legal. En tal evento, el juez ya no tendrá el problema de interpretar la norma pues ésta no existe, sino que deberá realizar una labor de otra complejidad como es la tarea de integración legal, esto es, llenar un vacío de orden legal.

2.1. Las lagunas legales

Según Antonio Bascuñan, no todos los casos que se señalan como vacíos legales son propiamente lagunas legales. Así, y a vía ejemplar se suelen indicar situaciones como las siguientes:

- a. El legislador no puede prever todas las situaciones y aunque lo hiciera la evolución de la sociedad lo dejaría atrás. En estos casos, si bien hay un vacío legal, éste lo debe salvar o llenar el órgano legislativo y nadie podrá ser castigado ante la no existencia de la norma. Ejemplo: si en un régimen de libre mercado la legislación no prevé la acción de especular con los precios, ésta sería una conducta lícita, aunque se diga de ella que es perniciosa. Aquí, según Kelsen no habría propiamente una laguna, por el enunciado de que “todo lo que no está prohibido está permitido”.
- b. Leyes en blanco: son aquellas en que una norma general entrega a otra instancia legislativa la facultad de determinar la consecuencia jurídica de determinada hipótesis. Ejemplo: el Art.19 Nº 12, inciso tercero, de la Constitución establece el derecho a réplica y deja su regulación entregada a la ley. Pues bien, en tales casos, y dado que la norma superior no establece una sanción para la infracción del deber, ella no pasa de ser una ley meramente declarativa, un deseo del legislador, sin consecuencias. Remarquemos que en materia penal, rige el principio de la legalidad, luego nadie puede ser sancionado si no hay una ley que previa y expresamente lo disponga.

Los dos casos señalados son sólo lagunas aparentes, pero no lagunas efectivas. En verdad, hay propiamente una laguna legal cuando, por ejemplo, habiendo previsto el legislador determinada consecuencia para cierta hipótesis, el juez se

encuentra con hechos que no coinciden plenamente con la hipótesis, pero que son semejantes y, por tanto, piensa que en justicia corresponde aplicar la misma consecuencia. Antonio Bascuñan señala que “las lagunas son insuficiencias del derecho legislado; ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas que debían tenerla, lo cual exige y permite una decisión judicial que integre (complemente) la ley”.

2.2. Las lagunas legales en nuestra legislación

El Código Civil, inspirado en el principio de la plenitud hermética de la ley, no se colocó en el supuesto de que existieran lagunas legales. Su artículo 24, el más amplio en materia de interpretación, se refiere sólo a los pasajes oscuros o contradictorios de la ley, pero no a la ausencia o vacío de ella.

Sin embargo, nuestra legislación procesal, más moderna y realista al decir de Bascuñan, admite expresamente la posibilidad de las lagunas legales. Así, el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, dispone que reclamada la intervención de los Tribunales de Justicia, “éstos no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”. A su vez, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil señala que las sentencias contendrán: N° 5 “La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

2.3. Métodos de integración de la ley

Para integrar o completar las lagunas legales, el juez puede recurrir a alguno de los métodos siguientes: a la analogía jurídica, a los principios generales del derecho y a la equidad natural.

a) La analogía jurídica: se dice que si el razonamiento deductivo va de lo general a lo particular y el inductivo de lo particular a lo general, el razonamiento por analogía, como sosténían los romanos en su tiempo, “pasa de lo particular a lo particular semejante, pero no a lo general”⁵⁰, toda vez que por medio de la analogía no es posible extraer normas o criterios de aplicación general.

En efecto, hay consenso en orden a que la analogía jurídica se limita a aplicar la ley prevista para un caso o a una hipótesis determinada a otro caso o situación no previsto en la legislación, pero que es semejante al anterior, por existir la misma razón de justicia para ambos casos.

Un ejemplo de razonamiento por analogía, atribuido a Aristóteles, es el siguiente: “La guerra de los focenses contra los tebanos es mala; la guerra de los atenienses contra los tebanos es similar; luego la guerra de los atenienses contra los tebanos es mala”. De esta manera, el razonamiento por analogía es: M es P; S es similar a M; S es P.

50 Legaz y Lacambra, Luis. Obra cit., pág. 397-398. Idem, Squella Narducci, Agustín. Obra cit., pág. 378 y 418.

Para completar las lagunas jurídicas mediante la analogía jurídica deben darse los siguientes cuatro requisitos:

- a) que existan dos casos análogos, similares o semejantes, no iguales porque en tal caso no sería necesario hacer uso de la analogía;
- b) que uno de los casos esté previsto en la ley;
- c) que el otro caso no esté considerado en la legislación; y
- d) que exista la misma razón de justicia legal para aplicar en ambos casos la consecuencia que la ley señala para uno de ellos.

Un ejemplo permitirá su mejor comprensión. Según la ley romana de las Doce Tablas (Digesto, Libro 9º, Título 1º), el propietario de un “cuadrúpedo” responde por el daño que éste cause a terceros. Se plantea el caso de la responsabilidad del dueño de un “bípedo” (un avestruz) por el daño causado por su animal, caso no contemplado en la ley que sólo discurre sobre el daño provocado por un cuadrúpedo. Aquí se puede aplicar por analogía la ley que sanciona el daño causado por un cuadrúpedo, ya que concurren todos los requisitos anotados.

b) Los principios generales del derecho y la equidad natural: ambos sirven para integrar o completar los vacíos legales en nuestro ordenamiento jurídico, pues son considerados como *fuentes supletorias del derecho*, o sea, como fuentes a la que los jueces pueden echar mano cuando la fuente principal de sus decisiones, la ley, fallare: ya porque hay vacíos en ella, oscuridades o contradicciones o se derivaran consecuencias notoriamente injustas de su aplicación.

No sin razón se sostiene que los principios generales del derecho al igual que la equidad surgieron con el propósito de procurar la plenitud del orden jurídico y para dotar a los jueces de medios auxiliares idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional, a la vez que para introducir un control que evitara la arbitrariedad o la discrecionalidad en sus decisiones.⁵¹

Lo anterior en los eventos siguientes:

- a) cuando no hay ley que regule el caso que debe decidirse;
- b) cuando hay oscuridades o contradicciones en las leyes aplicables al caso, que el juez no pueda despejar con los elementos de interpretación de la ley; y
- c) cuando haya consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes, derivadas de la aplicación de una ley, en el caso que el juez debe resolver.

Así lo autoriza el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, como ya se ha dicho, que señala los requisitos que deben cumplir las sentencias definitivas, cuyo N° 5 expresa que ellas deben contener la enunciación de las leyes conforme a las cuales se pronuncia el fallo o, en su defecto, los *principios de equidad con arreglo a los cuales se ha fallado*.

51 Ferrater Mora , José. Diccionario cit.

La jurisprudencia, por su parte, ha precisado que la expresión *principios de equidad* a que alude el Nº 5 de la disposición antes citada, incluye tanto a los principios generales del derecho como a la equidad natural. Cabe reiterar que nuestra legislación a los principios generales del derecho los llama *espíritu general de la legislación*, como lo hace el citado artículo 24 del Código Civil.

3. LA ANTINOMIA O CONFLICTO DE NORMAS. CRITERIOS DE SOLUCIÓN

Al aplicarse el Derecho otra circunstancia que puede presentarse es que una misma situación esté prevista por dos o más normas y que éstas no sean contradictorias entre sí. En tal evento corresponde aplicar al mismo caso tantas consecuencias de derecho como normas sean procedentes. Distinta es la situación cuando para resolver un mismo asunto concurren diversas normas, pero que son contradictorias entre sí y sólo procede aplicar una de ellas.

3.1. Condiciones de la antinomia

Para que se produzca esta situación, de que dos normas sean contradictorias, es necesario que ambas tengan idénticos ámbitos de validez (que rijan en el mismo lugar, por el mismo tiempo, afecten a las mismas personas y ordenen simultáneamente conductas incoherentes), y que una afirme y la otra niegue el deber jurídico de una determinada conducta. Luego el conflicto de normas o antinomia requiere:

- A. que dos normas posean igual ámbito de validez; y
 - B. que una cierta conducta sea afirmada y negada a la vez como deber jurídico.
- a) Los ámbitos de validez de la norma son cuatro:
 - Ámbito personal: dice relación con los sujetos a quienes la norma se dirige. Responde a la pregunta, ¿a quiénes rige la disposición?
 - Ámbito espacial: dice relación con el territorio donde la norma se aplica. Responde a la pregunta, ¿dónde rige el precepto?
 - Ámbito temporal: dice relación con el tiempo durante el cual tiene vigencia la norma. Responde a la pregunta, ¿desde cuándo y hasta cuándo rige la norma?
 - Ámbito material: dice relación con lo que de acuerdo con la norma puede, debe o no debe ser hecho por el destinatario. Responde a la pregunta, ¿qué conducta impone la norma?

Luego, y a vía ejemplar, no existe igual ámbito de validez en los siguientes casos:

- Ámbito personal: 1. Se permite a los chilenos pescar en el mar territorial; 2. Se prohíbe a los extranjeros pescar en el mar territorial.
- Ámbito espacial: 1. Se prohíbe fumar en la sala de concierto; 2. Se permite fumar en el vestíbulo.

- Ámbito temporal: 1. Se prohíbe la caza de tórtolas en invierno; 2. Se permite la caza de tórtolas el resto del año.
 - Ámbito material: 1. Al tutor se le prohíbe vender los bienes raíces del pupilo; 2. Al tutor se le permite arrendar los bienes raíces del pupilo.
- b) Afirmación y negación de un mismo deber jurídico.

Para que haya contradicción, aparte de que existan idénticos ámbitos de validez, se requiere que una norma afirme y otra niegue un determinado deber de conducta, lo que ocurre cuando se produce una de estas tres situaciones: a) Una norma prohíbe y la otra ordena; b) una norma prohíbe y la otra faculta; c) una norma ordena y la otra faculta.

3.2. Conflicto aparente y conflicto real de normas jurídicas

Es función de la interpretación de la norma, determinar el verdadero sentido y alcance de la disposición en cuanto a su ámbito de validez y al alcance prohibitivo, facultativo o imperativo del precepto.

Cuando la hermenéutica legal concluye que sólo en apariencia hay antinomia entre dos normas porque, en verdad, sus ámbitos de aplicación son distintos, estamos frente a un *concurso aparente de normas*, puesto que allí regirá la disposición que efectivamente corresponda de acuerdo con su ámbito de validez.

Especial importancia tiene, para determinar dicho ámbito, el llamado *principio de especialidad*. Si hay dos normas con iguales ámbitos de validez, pero una es general y la otra especial, la contradicción será aparente, dado que primará la especial. Este principio está consagrado en los artículos 4º y 13º del Código Civil.

Cuando, incluso mediante la aplicación de ese principio, se concluye que ambas normas tienen idénticos ámbitos de validez, estamos frente a un *concurso o conflicto real de normas*. Por un principio de lógica, no es posible que ambas normas tengan la misma validez. La plenitud hermética del ordenamiento jurídico desaparece si se mantiene, simultáneamente, la vigencia de dos normas contradictorias. La unidad y coherencia del sistema exige un mecanismo para solucionar tal conflicto.

En el derecho chileno, para determinar la solución a los concursos reales de normas, según el profesor Antonio Bascuñán Valdés, conviene distinguir entre conflictos de normas de diferentes fuentes y conflictos de normas de la misma fuente:

- A. Conflicto entre normas de fuentes diferentes:
 - a) conflicto entre ley y contrato: predomina la ley;
 - b) conflicto entre ley y sentencia: predomina la ley (apelación y casación);
 - c) conflicto entre ley y costumbre: predomina la ley.

B. Conflicto entre normas de la misma fuente:

- a) conflicto entre dos sentencias: no hay conflicto porque su ámbito de validez es el caso particular;
- b) conflicto entre dos costumbres: tampoco se puede dar, puesto que la última deroga a la anterior;
- c) conflicto entre dos normas legales: en este caso nuestro sistema resuelve el conflicto conforme a los siguientes principios:
 - entre normas de distinta jerarquía: prevalece la norma de mayor jerarquía;
 - entre normas de igual jerarquía: i) prevalece la especial sobre la general, y ii) prevalece la posterior que deroga a la anterior (artículos 52 y 53 del Código Civil).
 - entre normas de igual jerarquía, antigüedad y contenido, prevalece la que más conforme parezca a los principios generales del derecho y la equidad natural (artículo 24 del Código Civil).

UNIDAD III

Conceptos jurídicos básicos

1. LOS SUJETOS DE DERECHO. PERSONAS NATURALES. PERSONAS JURÍDICAS

Los entes que actúan en el campo de las relaciones jurídicas, con aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, son las personas, consideradas en forma individual (personas naturales) o colectiva (personas jurídicas). Así, el sujeto de derecho puede ser individual o colectivo y de ahí la clasificación tradicional de las personas en naturales y jurídicas.

1.1. La Persona natural: la voz latina “persona”, que derivaría de un término griego de igual acepción, significaba “máscara”. Ésta cubría en el teatro griego el rostro del actor indicando el “personaje” que él encarnaba. Otra función que cumplía la máscara era la de aumentar el alcance de la voz del actor, como una especie de megáfono, por lo cual se decía que servía “per-sonare”, sosteniéndose que la expresión persona derivaría de esta segunda condición.⁵²

Más allá del preciso origen del término persona, éste se fue usando de manera extensiva para distinguir a seres humanos determinados, a los cuales se les reconocía una especial dignidad y que eran capaces de adquirir derechos y obligaciones. El proceso para llegar a incluir a todos los seres humanos en esa misma condición es una historia larga y dolorosa. Por de pronto, los esclavos nunca fueron considerados personas sino tan sólo “cosas”. Algo similar ocurriría con los indígenas. Incluso hubo períodos en que se puso en tela de juicio la condición de persona de la mujer porque se dudaba de si tenía “alma”.

Igualmente hubo ordenamientos jurídicos que reconocieron la denominada “muerte civil” que era una pena en virtud de la cual se privaba al afectado de todos sus derechos. Hasta mediados del siglo pasado existió en nuestro derecho la denominada “muerte civil” que regulaba el Código Civil (artículos 95 a 97), y de la cual decía que “es la profesión solemne, ejecutada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica”. Esta institución existió hasta el año 1943 en que la Ley N° 7.612 derogó las referidas disposiciones del Código Civil.

Hoy día tanto la doctrina como los diversos ordenamientos jurídicos reconocen, sin excepción alguna, que todos los seres humanos poseen la condición de persona, resultando ambos términos prácticamente sinónimos. En nuestro país, de

52 Squella Narducci, Agustín. Obra cit., pág. 183-184.

acuerdo con el artículo 55 del Código Civil, persona natural “es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Su calidad de sujeto de derecho proviene, por lo tanto, del sólo hecho de existir como ser humano.

a) Del principio de la existencia de las personas naturales: de acuerdo con lo que dispone el Código Civil en sus artículos 74 y 75, se distingue entre lo que se denomina la “existencia legal” y la “existencia natural” de las personas naturales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Civil:

“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

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

La disposición antes citada consagra la denominada “existencia legal” de la persona humana.

Sin embargo, el derecho ampara a la persona aún antes de nacer, desde que se encuentra en el período de gestación, esto es, durante lo que se llama la “existencia natural” y que va desde la concepción hasta el nacimiento, donde comienza, como ya dijimos, su existencia legal como persona.

El artículo 75 del Código Civil dispone al respecto que:

“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

“Todo castigo de la madre, por el cual pudiese peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

b) Del fin de la existencia de las personas naturales: la existencia de las personas termina con la muerte, la cual puede ser natural o presunta de acuerdo con lo que dispone el Código Civil.

Según el artículo 78 del citado Código, “La persona termina en la muerte natural”. La muerte natural se establece mediante un certificado médico donde el profesional que lo suscribe declara dicha circunstancia. Este certificado lo otorga el médico por medio de un formulario oficial denominado “Certificado Médico de Defunción y Estadística de Mortalidad Fetal”. Por su parte, el artículo 80 del Código Civil dispone que: “Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive”. Esta declaración la debe formular el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido en Chile, y cuando se cumplen las condiciones que señala la ley, que serán estudiadas en el curso de Derecho Civil.

1.2. Las personas jurídicas: el artículo 545 del Código Civil define a la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Se le suele denominar también, persona moral, ficticia, civil, etc. La persona jurídica, dado su especial naturaleza actúa siempre por medio de representante.

Las personas jurídicas pueden ser de Derecho Público o de Derecho Privado, atendiendo a su origen, organización o finalidad. Las de Derecho Público, como las Municipalidades, el Fisco, etc., se rigen por leyes y reglamentos especiales. Las personas jurídicas de Derecho Privado, que antes nacían, por regla general, mediante autorización del Presidente de la República, ahora lo hacen de acuerdo con la Ley N° 20.500 y nacen al momento de inscribirse sus estatutos en el Registro Especial de Asociaciones que lleva al efecto el Servicio de Registro Civil.

Las personas jurídicas se rigen por estatutos internos propios y persiguen objetivos de carácter privado. Se dividen en Corporaciones o Asociaciones y Fundaciones. Las primeras están formadas por un grupo de personas que desean realizar fines de interés común y para lo cual unen sus esfuerzos. Las segundas, en cambio, consisten en la afectación de determinados bienes, hecha por sus fundadores, con el objeto de obtener un fin de beneficio público.

1.3. Los atributos de la personalidad: tanto las personas naturales como las jurídicas poseen ciertos atributos, llamados *atributos de la personalidad o de la persona*. Tales atributos son: la capacidad, la nacionalidad, el nombre, el patrimonio, el domicilio y el estado civil.

a) La capacidad: Alejandro Guzmán sostiene en su obra “Derecho Privado Romano”, que el término *Capacitas* fue creado “por Cicerón a partir de *capax*, derivado del verbo *capere*= coger, prender, tomar con la mano; *capax*, pues, significa cogedor, prendedor, tomador... En el lenguaje del derecho, *capacitas* tomó el específico sentido técnico de habilidad jurídica para adquirir una herencia de acuerdo con la *lex Iulia et Papia Poppaea*”.

A la capacidad se la define como la aptitud que tiene todo sujeto de derecho para adquirir derechos y obligaciones jurídicas. La capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La *capacidad de goce* la poseen todos los sujetos de derecho, por cuanto es, precisamente, esa aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones jurídicas. La *capacidad de ejercicio*, en cambio, es la aptitud que posee un sujeto de derecho para ejercer por sí mismo los derechos de que es titular, y para cumplir por sí mismo sus obligaciones o deberes jurídicos. Así como la capacidad de goce es inmanente a la persona y no hay ninguna que no la posea, por el contrario, no todas las personas poseen capacidad de ejercicio y quienes no la tienen deben actuar en la vida jurídica por medio de representantes, o bien autorizados en los casos en que ello es legalmente permitido.

Esas limitaciones que tienen ciertas personas y por las cuales no poseen o están privados de la capacidad de ejercicio se llaman *incapacidades*. Las incapacidades existen por diversos motivos, entre los cuales está brindar protección a la persona

de los incapaces frente a eventuales abusos, como garantizar certeza y seriedad jurídica, etc.

En nuestro derecho las incapacidades se dividen en absolutas y relativas. De acuerdo con lo que señala el inciso primero del artículo 1447 del Código Civil son *absolutamente incapaces*: los dementes, los impúberes, los sordos y los sordomudos que no pueden darse a entender claramente. De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo de esa misma disposición son *relativamente incapaces*: los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

Tanto los actos de los absolutamente incapaces como de los relativamente incapaces son nulos.

b) La nacionalidad: es el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado determinado, creando entre ambos derechos y obligaciones recíprocos. La persona natural puede tener la nacionalidad correspondiente al territorio en que ha nacido conforme a la doctrina del *ius solis*, o bien la de sus progenitores según la doctrina del *ius sanguinis*. Hay legislaciones que combinan ambos criterios y poseen un sistema denominado mixto, como ocurre en Italia, España y también en Chile cuando concurren determinadas circunstancias.

Según dispone el artículo 56 del Código Civil son chilenos los que la Constitución Política de la República declara tales y los demás son extranjeros. El artículo 10 del texto constitucional señala quiénes son chilenos.

Cabe agregar que la nacionalidad posee las siguientes características: a) toda persona debe tener una nacionalidad; b) toda persona debe tener sólo una nacionalidad, aunque este principio presenta excepciones; c) la nacionalidad es renunciable.

En cuanto a la nacionalidad de las personas jurídicas es previo distinguir si se trata de una persona jurídica de derecho público o de derecho privado. En el primer caso tendrá la nacionalidad del Estado que autorizó su existencia. Respecto de las personas jurídicas de derecho privado existen diversos criterios para determinar su nacionalidad: a) poseen la nacionalidad del Estado que las autorizó para existir; b) poseen la nacionalidad del Estado donde se encuentra situada la sede principal de sus negocios; c) poseen la nacionalidad que tengan la mayoría de los dueños del capital, etc.

La creciente internacionalización de las actividades de las personas jurídicas ha transformado lo relativo a su nacionalidad en algo cada vez más complejo y, a la vez, en algo cada vez más necesario de precisar con meridiana claridad. En todo caso, es ya muy frecuente que una misma persona jurídica obtenga el reconocimiento de nacionalidad por parte de varios Estados a la vez.

c) El nombre: es el conjunto de palabras que sirven para identificar a un sujeto de derecho de una manera breve y formal, que todos los restantes sujetos pueden llegar a conocer.

En las personas naturales, el nombre está compuesto por el llamado nombre patronímico o apellido y por el nombre propio o nombre de pila. El *nombre patronímico o apellido* depende de las relaciones de familia que el sujeto tenga con sus progenitores, mientras que el llamado *nombre propio o de pila*, es determinado por la persona que concurre a efectuar la inscripción del nacimiento en el Registro respectivo de la Dirección de Registro Civil (artículos 31 y 33 de la Ley de Registro Civil).

Las personas jurídicas tienen el nombre que determinen sus asociados y del cual se deja constancia en los estatutos. Normalmente el nombre en las personas jurídicas se denomina *razón social*.

d) El domicilio: de acuerdo con el artículo 59 del Código Civil, “es la residencia acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”. Si ambas condiciones concurren respecto de un mismo sujeto en más de un lugar, se entiende que en todas ellas tiene domicilio.

En cuanto a las personas jurídicas, su domicilio será el establecido en el correspondiente estatuto social.

e) El patrimonio: es el conjunto de derechos y obligaciones jurídicas de una persona, apreciable en dinero. Así, el patrimonio incluye tanto el activo como el pasivo de la persona. En la persona jurídica, su patrimonio, es independiente del que tienen por separado cada uno de los socios que la forman.

f) El estado civil: sólo lo poseen las personas naturales. Según el artículo 304 del Código Civil: “El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”. Esta definición del Código Civil es criticada porque constituiría más bien una definición de la capacidad de goce. La definición más aceptada es la del tratadista Antonio Vodanovic, quien lo singulariza como la “realidad permanente que un individuo ocupa en la sociedad y que depende de sus relaciones de familia”.

2. LA RELACIÓN JURÍDICA. ELEMENTOS:

Para comprender la noción de *relación jurídica*, es necesario tener presente que las personas en su existencia social, por obra de ciertos hechos, incluso del todo independientes de su voluntad, o bien de sus propios actos, voluntarios o involuntarios, contraen entre sí determinados vínculos. Dichos vínculos generan relaciones entre ellas que configuran situaciones típicas, esto último por estar previstas por el derecho y que producen consecuencias jurídicas. Esta compleja integración de diversos factores que determinan, imponen o establecen relaciones entre las personas es lo que se denomina la relación jurídica.

Por cierto no todas las relaciones que tienen y configuran las personas entre sí son relaciones jurídicas, solamente poseen tal carácter y se comprenden

en dicha categoría aquellas que están reguladas por normas pertenecientes al ordenamiento jurídico.

2.1. Definiciones de relación jurídica

El filósofo del Derecho italiano, Giorgio Del Vecchio, define la relación jurídica diciendo que “es un vínculo entre personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada”.

Antonio Bascuñan, a su vez, citado por Squella, la singulariza como “el vínculo entre dos sujetos de derecho, surgido de la realización de un supuesto normativo, y que coloca a uno de tales sujetos en posición de sujeto activo frente a otro en posición de sujeto pasivo en la realización de una prestación determinada”.⁵³

Jorge Iván Hübner, por su parte, la define como “un vínculo generado por ciertos hechos condicionantes, que enlaza a dos o más personas con respecto a un determinado objeto, configurando una trama típica contemplada por el Derecho y que acarrea consecuencias jurídicas”.⁵⁴

2.2. Elementos de la relación jurídica

De las definiciones antes señaladas, y como concuerda la doctrina al respecto, se desprende que son elementos esenciales de toda relación jurídica los siguientes: los sujetos de derecho; el supuesto normativo o hecho generador o condicionante de la relación; el vínculo que enlaza a los sujetos; el objeto sobre el cual recae dicho vínculo; la norma jurídica que rige la relación y la consecuencia jurídica de la relación.

a. Los sujetos de Derecho: se designa como sujetos de Derecho a aquellos que pueden ser titulares de derechos y de obligaciones jurídicas. Por ellos y para ellos existen las normas jurídicas. Y los sujetos de Derecho son única y exclusivamente las denominadas personas naturales y personas jurídicas.

b. El supuesto normativo, hecho generador o condicionante de la relación jurídica: la relación jurídica se genera siempre en virtud de un determinado evento, que puede provenir de un suceso de la naturaleza o del comportamiento humano. Este suceso, de la naturaleza o de la voluntad humana, es un *supuesto de hecho* que produce efectos jurídicos, esto es, que genera, trasmite, modifica o extingue derechos u obligaciones.

Entre los múltiples hechos, de todo orden, que ocurren en la existencia de las personas en general hay algunos que denominamos *hechos jurídicos* por tener el particular efecto de producir consecuencias jurídicas. Estos pueden ser *hechos de la naturaleza* como lo son el nacimiento, la muerte, la demencia, un aluvión, etc., o bien *hechos del hombre*. Los hechos voluntarios del hombre reciben el

53 Hübner Gallo, Jorge. Manual cit., pág. 204.

54 Hübner Gallo, Jorge. Manual cit., pág. 220.

nombre de *actos*, los que, a su vez, pueden ser lícitos o ilícitos, según sean conformes o contrarios a la ley.

Los *actos lícitos* del ser humano, por su parte, pueden realizarse con la deliberada intención de producir efectos jurídicos, constituyendo en tal caso los llamados propiamente *actos jurídicos*, o sin intención de causar dichos efectos, en cuyo caso la ley los denomina *cuaśicontratos*.

Los *actos ilícitos*, a su vez, constituyen los denominados *delitos*, cuando ha habido dolo en el que los comete, este es, cuando hubo el deliberado propósito de cometerlos, o bien *cuaśidelitos*, si sólo ha mediado culpa, pero no la intención de hacerlo.

El siguiente cuadro tomado del Manual de "Introducción al Derecho" de Hübner, permite formarse una idea de los denominados hechos jurídicos en general.⁵⁴

HECHOS JURÍDICOS DE LA NATURALEZA DEL HOMBRE	Voluntarios o actos	Lícitos con intención de producir efectos jurídicos (Actos Jurídicos)
	Involuntarios	Ilícitos, delitos (dolo) Lícitos sin intención de producir efectos jurídicos (cuaśicontratos) Ilícitos, cuaśidelitos (culpa)

El *acto jurídico* es definido como una manifestación de la voluntad humana hecha en conformidad a la ley con el propósito de crear, trasmítir, modificar o extinguir un derecho.

Los actos jurídicos, a su vez, tanto para nacer como para hacerlo válidamente y tener eficacia en la vida del derecho, deben reunir determinados elementos, llamados *requisitos de existencia* y *requisitos de validez*.

Son *requisitos de existencia*, aquellos sin los cuales el acto no puede nacer a la vida del Derecho y éstos son: la voluntad, el objeto, la causa y las solemnidades en ciertos casos.

Son *requisitos de validez*, aquellos sin los cuales el acto, si bien nace a la vida jurídica, no puede producir plenos efectos legales y éstos son: voluntad no viciada, la capacidad, el objeto lícito y la causa lícita.

Si falta un requisito de existencia, en doctrina el acto no existe, se considera como si no hubiera nacido nunca. Sin embargo, en el Derecho chileno, sólo se

produce la nulidad absoluta del acto. La nulidad es el efecto legal aplicable a los actos celebrados con omisión de algún requisito de existencia o de validez y que, de acuerdo con el artículo 1687 del Código Civil, consiste en el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto, como si no hubiera existido nunca.

c. El vínculo en la relación jurídica: toda relación jurídica envuelve una vinculación entre dos o más partes y cada parte puede ser una o más personas, nacida de un supuesto de hecho. Este vínculo se establece siempre entre dos o más sujetos de derecho, únicos capaces de relacionarse y jamás entre un sujeto y una cosa.

d. El objeto de la relación jurídica: el vínculo que implica toda relación jurídica versa sobre una materia determinada que es su objeto. Para entenderlo, conviene distinguir los tres sentidos en que se suele usar el término objeto en el Derecho: en primer lugar está el objeto del Derecho Objetivo, el objeto de la relación jurídica y el objeto de la prestación.

1) El *objeto del Derecho Objetivo*: es la conducta humana, pero no toda conducta humana, sino sólo aquellos comportamientos que tienen relevancia jurídica, que dicen relación con el orden, la paz, la justicia, la seguridad jurídica, esto es, con los fines del Derecho. La conducta puede consistir en una acción u omisión que concuerde con la norma jurídica o bien que la infrinja.

Los hechos de la naturaleza no son, por sí mismos, objeto del Derecho, sólo lo son los efectos de alcance jurídico que ellos producen en la convivencia social del hombre.

2) El *objeto de la relación jurídica*: es la prestación. Se llama así, el deber u obligación contraído por el sujeto pasivo a favor del sujeto activo de la relación jurídica, y que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer.

3) El *objeto de la prestación*: es la materia específica sobre la cual recae la prestación. La conducta precisa que se debe realizar o abstenerse de hacer, o lo que debe dar el sujeto pasivo de la relación jurídica.

e. La norma jurídica que tutela la relación: la norma jurídica es a juicio de Hübner, "una pantalla protectora, reguladora y encauzadora de la relación jurídica". Ella describe los supuestos de hecho; precisa los cauces dentro de los cuales deben moverse jurídicamente los sujetos; determina los efectos de sus actuaciones y regula los mecanismos de las eventuales sanciones.

El profesor italiano Giuseppe Lumia en su texto *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, plantea la cuestión de si bajo la relación jurídica hay una relación preexistente de la vida práctica que la norma acude a regular o si es la norma misma la que crea tal relación.

La respuesta según Lumia no es unívoca, ya que la fenomenología del Derecho verifica ambas hipótesis. "A veces, en efecto, la norma jurídica reconoce y garantiza una relación ya preexistente, en la naturaleza de las cosas, como es el caso, por ejemplo, de la filiación, que existe como hecho natural independientemente de la norma jurídica que posteriormente (en el orden lógico, si no en el temporal)

acude a regularla. Otras veces, en cambio, es la norma misma la que constituye la relación, como en el caso de la relación tributaria entre el contribuyente y la oficina encargada de la comprobación y recaudación del tributo, que no puede considerarse subsistente independientemente de la norma que la crea en el mismo momento que la regula”.

f. La consecuencia jurídica de la relación: cumplimiento o sanción. El efecto natural y propio de la relación jurídica es el cumplimiento de la prestación por parte del sujeto pasivo.

Sin embargo, suele ocurrir que el obligado no cumple y para tal evento el Derecho positivo contempla la sanción que es el medio compulsivo o punitivo del ordenamiento jurídico para imponer su observancia o castigar su infracción. Eduardo García Maynez, define la sanción de derecho como “la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado”.

La sanción puede tener como objetivo el cumplimiento forzado de la conducta debida y omitida por el infractor: por ejemplo, el pago de lo debido mediante el embargo y remate de bienes del deudor; la suscripción por el juez de una escritura pública en nombre del obligado; el arresto y conducción al tribunal del testigo rebelde para que declare, etc.; o bien puede consistir en la aplicación de un castigo al infractor de la ley.

Por la sanción se impone al infractor, una medida que le ocasiona menoscabo en su patrimonio, en sus derechos, en su libertad o en su vida. Entre las sanciones más frecuentes podemos señalar: la nulidad en el Derecho Civil, las multas en el Derecho Administrativo y la privación de libertad en el Derecho Penal.

La indemnización de perjuicios: no todos los autores la consideran propiamente una sanción, dado que su objetivo no es castigar al infractor, sino imponerle el pago de una compensación en dinero, equivalente al monto de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación antijurídica. Por eso algunos la consideran una suerte de cumplimiento por equivalencia.

2.3. Los derechos subjetivos

a) Definición del derecho subjetivo: según Agustín Squella el derecho subjetivo “como la facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación”. A su vez, Rafael Fernández Concha, lo define como “la potestad de obrar o de exigir algo protegida o sancionada por la ley”.

Imerio Jorge Catenacci, en su “Introducción al Derecho”, señala que si “empleamos la palabra derecho como facultad atribuida a un sujeto para hacer, no hacer o exigir algo”, como por ejemplo: “Tengo derecho a que se me pague una deuda. Tengo derecho a entrar y salir del país. Es el derecho en sentido *subjetivo*”.

Por ello, al derecho subjetivo, se le llama también *derecho facultad*, toda vez que consiste, precisamente, en una facultad reconocida por el Derecho positivo.

Los autores se preguntan, sí la facultad en que consiste el llamado derecho subjetivo, ¿proviene siempre de una norma del ordenamiento jurídico respectivo o se puede tener al margen de si una norma jurídica positiva la reconozca expresamente?

Para Kelsen y los iuspositivistas, el llamado derecho subjetivo de un sujeto no es más que el reflejo de la obligación de otro sujeto. Luego, si sólo existe la obligación que la norma jurídica impone a determinado sujeto, también sólo existe el derecho subjetivo como correlativo de la obligación que corresponde a otro sujeto.

Los autores iusnaturalistas, en cambio, consideran que la persona humana está dotada de ciertos derechos innatos, de carácter natural, que le pertenecerían con total independencia del hecho de que las normas del derecho positivo los reconozcan como tales.

En el ordenamiento jurídico, las relaciones que se producen entre las personas y que recaen sobre determinados objetos o conductas, pueden ubicarlas en una de estas dos posiciones: la de *sujeto activo o titular de derechos*, que por ello lo facultan para exigir algo, o bien, la de *sujeto pasivo u obligado* y que, por lo mismo, debe dar, hacer o no hacer algo respecto del llamado sujeto activo. El primer grupo posee el denominado derecho subjetivo y el segundo tiene la llamada obligación o deber jurídico.

Llamamos Derecho positivo u Objetivo al sistema de normas jurídicas. Cuando se habla de Derecho a secas, en singular y escrito con mayúsculas, se trata del Derecho Objetivo. Por ejemplo, Derecho chileno, Derecho Civil, etc. En cambio, cuando aludimos al derecho subjetivo, se escribe con minúscula y a menudo en plural.

Cabe la precisión anterior, ya que el español no tiene dos términos para distinguirlos, como sí ocurre en el idioma inglés que dispone de la palabra *law* para designar el derecho objetivo y *right* para llamar al derecho en sentido subjetivo.

b) Clasificación de los derechos subjetivos: hay numerosas divisiones de estos derechos, pero sólo indicaremos por ahora tres que interesa conocer:

1. *Innatos y adquiridos*: según si se tienen por el solo hecho de existir la persona o bien por algún acto o disposición que les dio nacimiento.
2. *Personales o reales*: según si permiten exigir algo directamente de una o más *personas determinadas*, o ejercer poder sobre una cosa sin consideración a persona alguna.

Según el artículo 578 del Código Civil, "Derechos personales o créditos, son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho

suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos”.

El artículo 577 del Código Civil define el derecho real como “el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. El inciso segundo señala que son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, el de uso o habitación, los de servidumbre activa, el de prenda y el de hipoteca. El Art.579 del mismo Código agrega el derecho de censo, “en cuanto se persiga la finca acensuada”.

El derecho personal es un vínculo entre personas, y el derecho real, no obstante ejercerse directamente sobre una cosa, también involucra una relación entre personas, ya que el vínculo no puede ser entre una persona y una cosa. Lo que ocurre es que mientras en el llamado derecho personal el vínculo se da entre dos o más personas precisas y determinadas, y la materia es indirectamente una cosa, en el derecho real la relación es entre el titular del derecho real y todas las demás personas, que tienen la obligación pasiva de respetar ese derecho o potestad que posee su titular sobre una cosa.

Así, los derechos personales son relativos, sólo pueden reclamarse de la o las personas obligadas. En cambio, los derechos reales son absolutos, deben ser respetados por todos, se imponen *erga omnes*.

3. *Patrimoniales y no patrimoniales*: atendiendo a si son susceptibles de apreciación pecuniaria. Son no patrimoniales los derechos de familia y los derechos de la personalidad.

c) Teorías sobre la naturaleza de los derechos subjetivos: hay diversas teorías sobre la naturaleza de estos derechos, entre las que resaltan las llamadas: teoría de la voluntad, del interés y la teoría ecléctica.

1. *Teoría de la voluntad*: von Savigny y Windscheid, entienden por derecho subjetivo un “señorío o poder de la voluntad, reconocido por el orden jurídico”. El substrato del derecho subjetivo es, por tanto, la voluntad libre de su titular o sujeto activo.

Esta teoría fue criticada por cuanto no explica la existencia de derechos subjetivos en sujetos que carecen de voluntad, como tampoco explica cómo se pueden poseer estos derechos, no sólo sin un acto previo de la voluntad, sino aún ignorándolos, como en el caso del heredero a quien se difiere la herencia al momento de fallecer el causante y sin su conocimiento.

2. *Teoría del interés*: esta teoría, desarrollada por Ihering, define al derecho subjetivo como “un interés jurídicamente protegido”. El término interés comprende también aquellos intereses no susceptibles de apreciación pecuniaria.

La crítica a esta teoría se ha fundado en que el término *interés* es vago y subjetivo, que mira más bien a lo que es el fin perseguido por el derecho subjetivo y no a su esencia, que es ante todo la de una facultad o atribución del sujeto.

3. *Teoría ecléctica*: Jellinek, propuso una solución ecléctica, afirmando que el derecho subjetivo es un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual. Así, consideró al derecho subjetivo como una potestad o atribución de la voluntad, real o supuesta, que la norma o Derecho objetivo reconoce para que su titular alcance los fines lícitos que le interesan.

Cabe señalar, finalmente, que hay quienes niegan la existencia de los derechos subjetivos, como ocurre con el jurista y positivista francés León Duguit, para quien el derecho subjetivo no es sino un espejismo filosófico, ya que lo único que hay es la norma jurídica, que todos están obligados a obedecer.

A su vez, Hans Kelsen –también positivista–, no niega la existencia de los derechos subjetivos, sino que se limita a subrayar que éstos no son más que una especificación del Derecho objetivo.

UNIDAD IV

Concepto y fines del derecho

1. CONCEPTO DEL DERECHO A LA LUZ DE LAS DIVERSAS ESCUELAS DE PENSAMIENTO JURÍDICO

No existe una sola concepción del derecho. Las distintas escuelas de pensamiento poseen también cada una su propia noción de lo que es y de lo que debe ser el ordenamiento jurídico.

Por de pronto, que el Derecho sea un ordenamiento que rige de un modo obligatorio la conducta del hombre en sociedad, plantea el problema de ¿cuál es el fundamento último del derecho?, o ¿por qué obliga el Derecho? Ello, porque más allá del imperio formal de las normas jurídicas, está la cuestión de si el derecho se basta a si mismo o requiere de otro fundamento, que sostenga y justifique la obligatoriedad que impone el sistema jurídico.

Desde la antigüedad, distintas escuelas de pensamiento han buscado responder esta cuestión. Así, en la Grecia antigua existió una suerte de escuela positivista, llamada *positivismo ingenuo o primitivo*, profesado por algunos sofistas como Trasímaco, para quien el derecho no era sino la expresión del poder o de la fuerza, con los cuales se identificaría.

Igualmente, hubo una suerte de Derecho natural en el período grecorromano, como el insinuado por Aristóteles en su "Retórica" y particularmente en su "Ética a Nicómaco", donde se refiere a la distinción entre Derecho positivo y Derecho natural, expresando que este último es universal y no escrito.

Pero ahora nos referiremos a las escuelas modernas y, entre ellas, haremos una breve introducción a las más relevantes:

1.1. Escuela del derecho natural, sus distintas concepciones y corrientes

En lo fundamental, esta Escuela sostiene que existe un Derecho Natural que es superior a toda norma escrita, a toda norma efectivamente viva; un Derecho al cual toda ley humana debe conformarse, y a la cual anula en caso de discrepancia, ya que para esta Escuela sólo el Derecho justo es Derecho propiamente tal, y justo es aquel Derecho que se ajusta al Derecho Natural.

a) En esta Escuela se incluye el pensamiento iusnaturalista cristiano, para el cual existen tres especies fundamentales de leyes: a) *la ley eterna*, que es la que ordena todas las cosas que existen en la mente divina, es la ley de Dios; b) *la*

ley natural, que según la definición de Santo Tomás es la participación racional del hombre en la ley eterna; y c) *la ley humana*, esto es, las leyes que el hombre se da a través de los procedimientos establecidos en cada sociedad para su dictación y obediencia consiguiente.

Para San Agustín (Argelia, 354-420) no hay en la ley temporal (ley humana) nada de justo ni de legítimo que los hombres no hayan recibido de su derivación de la ley eterna. De ahí que para San Agustín, las leyes injustas, las que violan la moral y el Derecho Natural, no obligan en conciencia.⁵⁵ Esta concepción está fundada en la idea de un Dios creador, del cual emanaría todo.

Sin embargo, el Derecho natural no sólo encuentra fundamento en la concepción antes señalada. Hay iusnaturalistas que lo son, sin necesidad de una fundamentación divina, como por ejemplo:

b) *La Escuela del Derecho Natural Racionalista o Escuela Clásica*: con el avenimiento del Renacimiento y de la Reforma, nació en el siglo XVII una variante iusnaturalista de tipo racional representada entre otros por Grocio, Hobbes y Pufendorf y, más tarde, en el siglo XVIII, por el ginebrino Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) y el prusiano Immanuel Kant (1724-1804). Estos autores fundaron el Derecho natural en la razón prescindiendo de la idea de Dios, y resaltando los derechos y libertades del hombre como algo natural.⁵⁶

c) *La Escuela del Derecho Natural Humanista*: en ella se agrupan los autores que sin referirse a principios religiosos determinados, fundan sus concepciones en la moral y en la dignidad humana, como asimismo en los valores desarrollados por el propio ser humano en su evolución.⁵⁷

1.2. Escuela del Positivismo Jurídico

Esta Escuela sólo reconoce como Derecho al llamado Derecho positivo y tiene también sus propias variantes. En todo caso, su mejor exponente fue el profesor vienes Hans Kelsen, quien sostuvo que Derecho es lo que está en la ley dictada por el órgano del Estado facultado para ello. El Derecho es la norma coactiva, con prescindencia de cualquier tipo de fundamentación o de valoración de carácter divino o externa a ella.

Como afirma el profesor inglés Herbert Hart, profesor de filosofía del derecho en la U. de Oxford, en su libro *El Concepto de Derecho*, para el positivismo jurídico "en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así".⁵⁸

55 Hübner, Jorge. Manual. Obra cit., pág. 335.

56 Hübner, Jorge. Manual. Obra cit., pág. 337-338.

57 Hübner, Jorge. Manual. Obra cit., pág. 339.

58 Hart, Herbert. Obra cit., pág. 230.

Según Kelsen, en cita de Squella, "el concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicancia moral".⁵⁹ La validez de una norma jurídica no equivale a su justificación desde un punto de vista moral. Luego, sostener que una norma jurídica es válida no significa admitir, por ese solo hecho, que ella tiene alguna fuerza obligatoria moral.

El filósofo chileno Jorge Millas, precisa a este respecto que la validez del derecho "no significa otra cosa sino que alguien debe comportarse de cierta manera y ello en cuanto a que la conducta contraria trae aparejada una consecuencia. Lo cual no es óbice para que una norma válida en sentido jurídico, valga también en sentido axiológico y sea asiento de un valor moral, religioso, práctico, etc". Lo que se afirma, es que la concurrencia en una norma de las dos cualidades, la jurídica y la axiológica, no es requisito esencial de ella. La norma no necesita ser buena para ser jurídica, basta con que sea válida, con que pertenezca a un orden de Derecho.⁶⁰

El profesor Hart, ahondando en la materia agrega la opinión de otros positivistas que reafirman la concepción expuesta: "La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra" (Austin); "el derecho de un Estado no es un ideal, sino algo que existe efectivamente... no es lo que debe ser, sino lo que es" (Gray). "Las normas jurídicas pueden tener cualquier tipo de contenido" (Kelsen).⁶¹

Para Kelsen, la validez de una norma jurídica depende del hecho de haber sido producida de acuerdo con la respectiva norma superior del mismo ordenamiento. Así, el fundamento de validez de una norma jurídica no depende de un juicio de valor ni de un juicio de hecho, sino que depende de otra norma, de la norma superior del mismo ordenamiento que regula su creación. Para Kelsen, el Derecho no es otra cosa que una específica normatividad coactiva reguladora de la conducta humana fundada en la norma fundamental.⁶²

b) También en la línea del positivismo jurídico se encuentra la *Escuela del Positivismo Sociológico*: está sustentada por Durkheim y ciertos juristas escandinavos como Alf Ross, para quienes el Derecho es un fenómeno social, que nace y evoluciona por la acción de diversos factores propios de la convivencia colectiva. En esta Escuela, entre los chilenos, se inscribe Valentín Letelier (1852-1919).⁶³

1.3. Escuela Histórica del Derecho

Esta Escuela data del siglo XIX y la encabezó el jurista alemán Friedrich Karl von Savigny (1779-1861). Para este jurista el Derecho es producto del espíritu de un pueblo, que se manifiesta históricamente en forma evolutiva y empírica, a través de los usos y costumbres jurídicas y también del posterior aporte de

59 Squella Narducci, Agustín. Obra cit., pág. 446.

60 Squella Narducci, Agustín. Obra cit., pág. 446-447.

61 Hart, Herbert. Obra cit., pág. 256.

62 Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho...". Obra cit., pág. 129-131.

63 Hübner, Jorge. Manual. Obra cit., pág. 327.

la jurisprudencia. Según Von Savigny, "el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador". Y agrega este autor que "El derecho progresá con el pueblo, se perfecciona con él, y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter".⁶⁴ Para este jurista alemán, el Derecho es una realidad que depende del carácter del pueblo que se conserva como el lenguaje. El Derecho no puede crearse artificialmente; no es el producto de la voluntad de un legislador, que se mantiene mientras se conserve la costumbre, expresando una idea de justicia en conformidad con la tradición.

1.4. Otras corrientes del pensamiento iusfilosófico

Las escuelas antes reseñadas son las más relevantes, pero no las únicas que existen, como veremos:

- a) **Escuela Utilitarista del Derecho:** sustentada por el filósofo y jurista inglés Jeremy Bentham (1748-1832), quien negó la existencia de una ley natural, ya que la razón para él no es una facultad innata del hombre. En su opinión, lo único de natural en el hombre es un conjunto de sentimientos, de inclinaciones hacia la felicidad, que es preciso armonizar según el principio de la utilidad. Las leyes deben tender a la consecución de la mayor felicidad del mayor número de personas y ese deber no deriva de ninguna norma jurídica, de ninguna ley natural, sino de un deber moral.⁶⁵
- b) **Escuela Marxista del Derecho:** sustentada en el pensamiento de los alemanes Karl Marx (1818-1883) y Federico Engels (1820-1895), para quienes el Derecho es una superestructura, derivada de la infraestructura económica, y destinada a justificar y promover un orden coherente con el sistema económico y de dominación del orden social que debe preservar. El derecho dejaría de tener aplicación en la sociedad socialista y perdería todo su sentido en el comunismo, al ser reemplazado por la autogestión en todos los ámbitos.⁶⁶

2. FINES DEL DERECHO: JUSTICIA, SEGURIDAD JURÍDICA, EFICACIA

Entre los fines que persigue el Derecho se encuentran la libertad, la igualdad, el orden, la paz, la seguridad jurídica, el bien común y, por cierto, de manera principal la justicia, los cuales también constituyen valores jurídicos. Los valores en general son también metas o ideales que pretende alcanzar el hombre y en cuanto tales, esto es, en cuanto fines que se persiguen, también los contiene el Derecho y, en cierto modo, esos valores jurídicos se confunden con los fines del Derecho. Veremos un concepto de cada uno:

64 Von Savigny, Friedrich Kart. Obra cit., pág. 18 a 20.

65 Catenacci, Jorge Imerio. Obra cit., pág. 106.

66 Finch, John. "Introducción a la Teoría del Derecho". Editorial Labor Universitaria, Barcelona 1977. Pág. 233-250.

- a) La libertad:** es un término polivalente, es decir que tiene más de un sentido y que se utiliza para designar distintas realidades. En un sentido jurídico Justiniano la definió como “la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere salvo impedírselo la fuerza o el Derecho”. En el ámbito del Derecho Civil se le concibe como: “El conjunto de derechos y facultades que, garantizados legalmente, permiten al individuo, como miembro del cuerpo social de un Estado, hacer o no hacer todo lo compatible con el ordenamiento jurídico respectivo”.⁶⁷
- b) La igualdad:** conlleva la prohibición de todo tipo de arbitrariedad. Como sostiene Imerio Jorge Catenacci, “El principio de igualdad jurídica establece que los iguales deben ser objeto de un trato igual y los desiguales de un trato diferente, pero proporcionado a su desigualdad. Esta fórmula fue propuesta por Aristóteles, quien afirmó que si los sujetos no son iguales no recibirán cosas iguales”. En todo caso este autor agrega que: “El principio de igualdad es puramente formal, porque sólo establece que lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual en forma desigual, pero no se pregunta qué es igual o desigual y cómo debe tratarse igual a los iguales y desigual a los desiguales”.⁶⁸
- c) El orden:** a juicio de Jorge Iván Hübner, éste “consiste en que los individuos y las instituciones ocupen el lugar y desempeñen las funciones que les corresponden, de acuerdo con los preceptos que ríjan la organización y la convivencia social”.
- d) La paz:** también según Hübner, “es el estado de pública armonía y tranquilidad, tanto en la esfera interna de una nación como en el plano de las relaciones exteriores entre los Estados”. Según Kelsen el Derecho, al monopolizar el uso de la fuerza, provee la paz, aunque se trate de una paz relativa (Squella).
- e) La seguridad jurídica:** siguiendo igualmente la definición de Hübner, “es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos y que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas, por la sociedad, protección y reparación”. (Hübner).
- f) El bien común:** es un concepto complejo, que encierra múltiples cuestiones y que Jorge Iván Hübner define como “el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual”.
- g) La Justicia:** el término procede de la expresión latina *Ius - Iustitia*. De la justicia se ha dicho que es el más alto fin que el Derecho debe satisfacer; que el Derecho existe para realizar la justicia. Como sea, es un hecho que la justicia es inmanente al Derecho.

67 Guillermo Cabanellas de Torres. “Diccionario Jurídico Elemental”.

68 Catenacci, Imerio Jorge. Obra cit., pág. 161.

Squella sostiene que la idea de justicia tiende a objetivarse en el Derecho, lo cual significa que el Derecho es siempre una cierta justicia, en el sentido de que todo ordenamiento jurídico se presenta como un intento de expresión y de realización de una determinada concepción de justicia.

Ya Aristóteles decía que la justicia tiene varios sentidos, y también hoy la empleamos con diversas acepciones. En un sentido subjetivo, cuando aludimos a una virtud de la vida personal y así, por ejemplo, decimos que un padre o un juez son justos, o que lo son determinadas actitudes de uno u otro. O en un sentido objetivo, cuando lo usamos como una cualidad que se predica, a la vez que se espera, de determinadas estructuras, normas e instituciones sociales y así, por ejemplo, hablamos que una ley o que una sentencia son justas.

Desde la antigüedad, el hombre se apasionó por la justicia, pero filósofos y juristas no han podido concordar una definición de ella, que sea universalmente aceptada. Como dice Squella, el hombre a lo largo de su historia ha fijado múltiples y diversos ideales de justicia, y de tal variedad resulta un problema fundamental: si es posible fundar racionalmente la verdad y, por tanto, la preeminencia de uno determinado de esos ideales de justicia.

Hay quienes piensan que se puede tener un concepto de justicia que sea superior a todo otro, como sostienen los iusnaturalistas. Giorgio Del Vecchio cree posible que la razón trace un ideal de justicia que permita valorar al Derecho positivo. Otros, como Kelsen, niegan la posibilidad de conseguir una definición de justicia que sea mejor o más verdadera que toda otra. Para Kelsen, en la formulación de los distintos ideales de justicia se esconden nada más que los intereses o, cuando menos, la simple subjetividad del sujeto que lleva a cabo esa formulación. Por ello sostiene, lo único que uno puede afirmar es: "que es para mí la justicia".

Los romanos dieron una definición de ética y de justicia que sigue siendo hasta hoy la más citada, y a pesar de no haber otra que la anule, igual es controvertida. Para los juristas romanos tanto la ética como la justicia se expresaban en tres principios inseparables: "*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*" (vivir honestamente, no hacer daño a nadie, dar a cada uno lo suyo).⁶⁹

Ulpiano, uno de los grandes juristas romanos, sostuvo que la justicia era una virtud de carácter volitivo y la definió como "una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho". Esta noción, según el profesor Guzmán Brito, fue tomada de los griegos y adaptada a las exigencias del Derecho. En el pensamiento griego existía la axia-dignitas, entendida como aquello de lo cual alguien es digno, y por eso Cicerón, que conoció el mundo griego, dijo que la justicia era un "hábito del alma... que atribuye a cada cual su dignidad". Lo que hizo Ulpiano, para definir la justicia en el ámbito del Derecho, fue sustituir el término "dignitas" por "ius".

69 Carmelutti, Francesco. Obra cit., pág. 97.

La definición de Ulpiano fue recogida por Santo Tomás y adoptada por la filosofía cristiana y la escuela iusnaturalista, para quienes la justicia es precisamente esa voluntad de dar a cada uno lo suyo. Confucio, en un sentido similar, sostuvo que la justicia “da a cada individuo lo que es debido, sin favorecer a uno sobre otro”. Manuel Atienza afirma que la definición más citada de justicia es “dar a cada uno lo suyo”, que presenta el problema de que si no se especifica en qué consiste “lo suyo de cada uno”, la fórmula resulta enteramente vacía y si, por el contrario, se precisa lo que se entiende por “lo suyo de cada uno”, entonces lo que se está definiendo no es la justicia, sino una determinada idea de justicia, adscrita a una cierta ideología y a determinado contexto histórico.⁷⁰

Doctrinas acerca de la justicia

- a. Cada escuela o corriente jurídica posee su propia comprensión de esta cuestión, así por ejemplo:

1. Escuela iusnaturalista

Para los iusnaturalistas como Hübner, la definición de justicia que da Santo Tomás, está considerada subjetivamente, como una disposición virtuosa del sujeto, ya que en un sentido objetivo, como un fin del Derecho “la justicia representa la existencia en la comunidad de un conjunto de condiciones que aseguren que cada uno tenga, dé y reciba lo que le corresponde, tanto como individuo como en sus relaciones con los demás individuos, grupos o instituciones”.

En la escuela iusnaturalista son elementos constitutivos de la justicia el ser un valor o medida a que deben ajustarse los actos; rige en las relaciones sociales, por lo cual tiene una carácter de alteridad, o sea, de que el acto de uno se refiere al otro, al alter, y exige dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, según el principio de tratar en forma igual los casos iguales y en forma desigual los casos desiguales.

Para los iusnaturalistas, aunque la justicia es una sola en su concepto y en su esencia, asume diversas modalidades según el tipo o naturaleza de la vinculación social regida, y siguiendo la pauta que dio Aristóteles, recogida por Santo Tomás, se la clasifica en: justicia comutativa, general o legal y distributiva.

La *justicia comutativa* (llamada así por la escolástica medieval; para Aristóteles sinalgámática o correctiva), es la que asegura el respeto a la equivalencia de las prestaciones entre dos personas, garantizando a cada una lo que le corresponde en un plano de igualdad aritmética. Su aplicación típica se da en los contratos.

La *justicia general o legal*, es la que está consagrada en la ley, la cual dispone como deben actuar los sujetos en sus diversas relaciones con el grupo social.

70 Atienza, Manuel. Obra cit., pág. 84.

La *justicia distributiva*, es la que determina la debida proporción que debe observar la autoridad en el reparto de los beneficios y cargas entre los miembros de la sociedad, según sus méritos, necesidades o facultades; opera según una igualdad proporcional o geométrica.

La *justicia social*. Corresponde agregar en esta clasificación un cuarto tipo de origen muy posterior, cuyo contenido y alcance que se intuye en la conciencia de todos, no ha sido precisado en forma unánime, pero como sostiene Hübner, "consiste en lograr una distribución más equitativa de los bienes y rentas, una regulación más humana en las relaciones entre el capital y el trabajo".

La escuela iusnaturalista sostiene que la crítica que se hace a su noción de justicia: dar a cada cual lo suyo, como algo vacío porque no precisa que es *lo suyo de cada cual*, es equivocada, dado que dilucidarlo no tiene mayor dificultad. El problema es más teórico que práctico. En el caso concreto siempre se puede saber que es *lo suyo*, según el tipo de justicia de que se trate: en la *comutativa* será la equivalencia, en la *general o legal* lo fijado en la ley, en la *distributiva* será la parte que la comunidad debe asignar a cada individuo en los bienes y en las cargas públicas y, por último, en la *social* lo suyo de todas las personas y de todos los sectores sociales, es lo necesario, espiritual y materialmente, para que cada cual pueda vivir y desarrollar su personalidad de acuerdo con la dignidad propia de los seres humanos.

2. Escuela iuspositivista

Para esta escuela no hay un concepto único y universalmente válido de lo que es justicia. Tal concepto varía en el tiempo y difiere de una sociedad a otra según su respectivo nivel de evolución, su cultura y sus valores.

Uno de los exponentes más expresivos de esta corriente es Hans Kelsen quien, en su ensayo sobre *¿Qué es justicia?*, concluyó con estas palabras: "He empezado este ensayo preguntándome qué es la justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta... Verdaderamente, no sé si puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí".

b. Justicia y ley

La cuestión que se plantea es si podemos concebir el Derecho separado de la justicia, esto es, si puede haber un Derecho que no sea justo, de modo que si el Derecho no es justo, deja de ser Derecho.

En otros términos, si el Derecho es un conjunto de normas coactivas respaldadas por el Estado, ¿quiere decir eso que es Derecho cualquier reglamentación de este tipo, con independencia de su contenido, es decir, con independencia de su

grado de justicia o de injusticia? ¿Es esencial al concepto de derecho la noción de justicia?

Aristóteles, en su “Ética a Nicómaco”, sostiene que si el que quebranta la ley es injusto y el que la cumple justo, “es evidente que todos los actos legales son de alguna manera justos, pues son legales todas las disposiciones determinadas por la actividad legislativa; y afirmamos que cada una de ellas es justa”. Con ello Aristóteles deja ver que todo Derecho encierra un cierto concepto de justicia, el que la comunidad que se dio esa ley estimó como apto para lograr su felicidad. Pero la cuestión planteada aquí va más allá de si todo Derecho expresa o encierra una cierta justicia. Apunta a si es posible concebir un Derecho ausente de tal opción.

La respuesta, como siempre en el Derecho, depende de la posición filosófica o ideológica que se tenga. Históricamente, ella se ha dividido entre las dos grandes visiones que son la iusnaturalista y la iuspositivista. Aclaremos sí que abordamos el problema simplificando las posturas, puesto que ambas escuelas presentan complejidades, matices, divergencias y aproximaciones, dependiendo de los diversos autores que es posible incluir en una y otra. Pero en esta etapa introducatoria a los estudios al Derecho, y siguiendo a Manuel Atienza, podemos sostener:

- a. Los autores iusnaturalistas, a lo largo de su historia milenaria, parecen haber estado de acuerdo en afirmar:
 1. Que por encima del Derecho positivo (de la ley humana) existe un Derecho Natural, esto es, un conjunto de normas y/o principios válidos para todos los tiempos y lugares.
 2. Que el Derecho (el Derecho positivo) sólo es tal si concuerda (al menos, en sus principios fundamentales) con el Derecho Natural, es decir, si es justo. En otro caso, no pasa de ser “apariencia de Derecho”, “corrupción de la ley”, etcétera. Para los iusnaturalistas, la ley injusta no sería ley.
- b. Por el contrario, para los iuspositivistas, las afirmaciones básicas serían:
 1. Que el Derecho es, simplemente, el (o, más bien, los) Derecho(s) positivo(s), entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente.
 2. Que, en consecuencia, la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia.⁷¹ En otros términos, una cosa es hablar sobre lo que debería ser el Derecho y otra lo que efectivamente es el Derecho.

71 Atienza, Manuel. Obra cit., pág. 44.

c. Comentario final

Cabe agregar, finalmente, que no todos los autores concuerdan en que cada uno de los fines antes señalados constituya sólo y propiamente un valor jurídico o sean fines exclusivos del Derecho, tomándolos como sinónimos.

Así, para Manuel Atienza, el “valor jurídico por antonomasia es el de justicia”, y ve a la *justicia* como un valor totalizador de los demás valores jurídicos, los cuales “serían, a su vez, los principales componentes de la idea compleja de justicia”.

El filósofo chileno Jorge Millas, a su vez, sostenía que el orbe de los valores jurídicos se reduce a un valor único: la *seguridad jurídica*, puesto que sólo ella puede ser conseguida por medio del derecho, a diferencia de la justicia, la libertad o la paz que son valores que pueden ser logrados fuera del derecho, en forma independiente, aunque el derecho sea también un medio puesto a su servicio.

Jorge Iván Hübner, en cambio, señala que el fin último del Derecho, el cual supone, engloba e integra armónicamente a todos los demás valores, es el *bien común*.

UNIDAD V

El hombre en sociedad

1. NOCIONES BÁSICAS SOBRE: EL HOMBRE, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

1.1. El hombre

Etimológicamente el término hombre proviene del latín homo (hominis) y éste, a su vez, provendría de humus (tierra). Así, el hombre sería el nacido de la tierra y el término expresa indistintamente al hombre y a la mujer. Por cierto, ello no significa que los romanos creyeran que el hombre “había brotado del suelo”, sino que *los hombres son “de la tierra” a diferencia de los dioses que viven en los cielos*.

La idea del hombre proveniente de la tierra se remonta a la más remota antigüedad, incluso al Paleolítico. Prueba de ello, se sostiene, sería la ancestral costumbre de la mayoría de los pueblos de enterrar a los muertos. Incluso, en algunas antiguas culturas, uno de los castigos más duros era no enterrar a un difunto, castigo reservado sólo para casos excepcionales y delitos muy graves. Esta situación queda expuesta con claridad en la tragedia griega “Antígona” del dramaturgo Sófocles (siglo V a.C. llamado el siglo de oro de la Grecia antigua). Enterrando a los muertos, se cerraba el círculo, el “ciclo de la vida”: *del suelo venimos y al suelo vamos para volver a nacer*.

Según la mitología griega, Zeus, el señor de todas las cosas, formó al hombre, “quien, el único entre las bestias, alza su rostro hacia el cielo y contempla el sol, la luna y las estrellas”.⁷² La concepción griega del hombre podía admitir que el hombre era “formado”, incluso que lo ha sido de un modo distinto de los demás seres, pero en ningún caso los griegos admitieron la idea de que el hombre fuera “creado”. Esta última comprensión, la de un Dios creador del hombre, será propia del judaísmo y del cristianismo y que va a tener gran influencia en las filosofías y culturas posteriores relacionadas con dichas religiones.⁷³

Todas las culturas han tenido y tienen una cierta idea del hombre. Y el denominado “problema del hombre”, o mejor del ser humano, tradicionalmente ha sido entendido como el problema de determinar si posee o no una naturaleza, en el sentido de si tiene alguna propiedad que le pertenezca en exclusiva y que lo distinga esencialmente de los demás “animales superiores”, como también cuál es el “puesto del hombre en el universo” y cuál su “misión” o “destino”.⁷⁴

72 Ovidio. “La Metamorfosis”. Cita tomada del texto de Vial, María Luisa y Andrade, Gabriela. “Los Mitos de los Dioses Griegos”. Editorial Universitaria. Santiago 1999. Quinta Edición. Pág. 186.

73 Ferrater Mora, José. “Diccionario de Filosofía”. Cuatro tomos. Editorial Ariel S.A., Barcelona 1999.

74 Ferrater Mora, José. Diccionario citado.

O como dice Jorge Iván Hübner⁷⁵, el conocimiento del hombre es uno de los grandes fines de la cultura y, particularmente, de la filosofía. ¿Qué es el hombre? ¿Cuál es su esencia? ¿Cuál es su puesto y su destino? Tales cuestiones son algo que el ser humano se viene planteando desde los albores de la humanidad. Las respuestas que se han dado a esas interrogantes y a otras similares son disímiles y ellas han dependido y dependen de las distintas concepciones filosóficas que hay sobre el ser humano y su existencia.

Pero, ¿por qué partimos nuestros estudios sobre el Derecho haciendo referencia al hombre? La respuesta es simple: el Derecho existe por y para el hombre. Todo derecho está establecido por causa del hombre, decían los romanos. Y según luego veremos, el objeto del Derecho es, precisamente, la conducta humana.

El estudio del hombre tiene especial importancia para el Derecho porque, como señala el profesor Hübner, el ser humano “es el centro de la actividad social y jurídica; sin él, no puede existir la sociedad humana ni el Derecho... Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el hombre es el sujeto del Derecho; pero no es sólo un sujeto pasivo, un mero punto de referencia sobre el cual recaen las normas jurídicas, sino un agente creador activo de esas mismas normas. A su medida deben ajustarse el Derecho y construirse las instituciones”.⁷⁶

En esencia, el Derecho rige relaciones humanas. De ahí que, y en palabras del profesor Hübner, “para ser jurista, para poder comprender mejor tales relaciones, hay que saber qué es el hombre, cuál es su naturaleza, cuál es su ubicación en el cosmos, cuál es su destino. Sin una idea clara de estas materias, no podemos pretender dominar las disciplinas jurídicas y sociales, ni menos contribuir a través de ellas al perfeccionamiento humano, ya que no se puede mejorar lo que se desconoce en su íntima y auténtica realidad”.⁷⁷

En este último aspecto, una idea central y de capital importancia en el ámbito del Derecho es la libertad de que goza el hombre para dirigir y encauzar su propia existencia, la posibilidad de ser en gran medida dueño de su propio destino. O como dice Máximo Pacheco, el hombre tiene esa posibilidad “de autodeterminarse en el plano de la acción, de elegir libremente entre las diversas posibilidades que se le ofrecen”.⁷⁸ Esa libertad y autonomía consciente que posee el hombre es la que le permite, entre otras cosas, que pueda regular su propia conducta y ella en interacción con la conducta de los demás miembros de la sociedad.

1.2. La Sociedad

El término sociedad deriva del latín “*societas*”. Agustín Squella nos dice que por sociedad se entiende una “agrupación de individuos que establecen vínculos y relaciones recíprocos e interacciones estables”, de donde se deduce que hay

75 Hübner Gallo, Jorge Iván. “Manual de Introducción al Derecho”. Editorial Jurídica. Santiago 1966. Pág. 93.

76 Hübner Gallo, Jorge Iván. Manual cit., pág. 94.

77 Hübner Gallo, Jorge Iván. Manual cit., pág. 94.

78 Pacheco, Máximo. “Teoría del Derecho”. Editorial Jurídica. Santiago, 1993. Pág. 14.

sociedades tanto de animales como de seres humanos. Según este mismo autor, estas últimas son una “reunión de seres humanos con el propósito de colaborar entre sí para conseguir un mejor cumplimiento de ciertos fines que interesan a todos”, y es algo en cuya aparición y desarrollo el propio hombre ha tenido una directa intervención.⁷⁹

De acuerdo también con Squella los individuos en su vida en sociedad, desarrollan a lo menos cuatro tipos de relaciones que son fáciles de advertir y que no resultan difíciles de entender ya que de una u otra manera ellas están en la experiencia de todos, y cuales son: relaciones recíprocas y permanentes de intercambio, de colaboración, de solidaridad y de conflicto.⁸⁰ Así, la sociedad es el medio natural en el que se desenvuelve la existencia humana.

La sociedad sería producto de la especial condición del hombre, de su ser gregario que no puede sobrevivir sino es en convivencia con otros hombres, lo que está determinado por necesidades objetivas del ser humano, porque ni física ni mentalmente podría subsistir en el completo aislamiento, en la total soledad.

Producto de esa condición, que es inmanente a todo ser humano, Aristóteles consideraba que la sociedad era una institución natural. Así, sostenía que “el hombre es por naturaleza un animal político, y que quien, por naturaleza y no por azar, vive sin ciudad, es de un rango inferior o superior al del hombre... quien no puede vivir en comunidad o que, por su autosuficiencia, de nada necesita, no es parte de la ciudad sino, en consecuencia, una bestia o un dios”. En otros términos, quien puede vivir apartado de todos es algo menos o algo más que un hombre, puesto que el hombre no puede vivir aislado de todo otro ser humano. Y el hombre, según la misma cita de Aristóteles, “es el único de los animales que posee palabra”⁸¹

Pero también están quienes sostienen que la sociedad la formó el hombre a partir de cierto instante y ésta sería producto de un pacto que puso término a un estado previo en que la sociedad no existía, llamado “estado de naturaleza”. Al respecto, Juan Jacobo Rousseau decía: “Supongo a los hombres llegados a un punto en que los obstáculos que perjudican su conservación en el estado de naturaleza triunfan, mediante su resistencia sobre las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. El Estado primitivo no puede, entonces, subsistir más; y el género humano perecería si no cambiara de manera de ser”.⁸²

Y agrega luego Rousseau: “Este pasaje del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, al sustituir en su conducta el

79 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 36.

80 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 38.

81 Aristóteles. “Política”. Editorial Losada, Buenos Aires 2005. Libro I, Capítulo 2. La expresión “el hombre es por naturaleza animal político”, junto con ser la frase más célebre de esta obra, alude al carácter social natural de los seres humanos que se reúnen para constituir la polis. El sustantivo zóion quiere decir “animal”, pero también “ser viviente” en general, lo cual incluye al hombre. La expresión también puede traducirse como “animal social”. Nota pie de página libro citado, página 57.

82 Rousseau, Juan Jacobo. “El Contrato Social”. Editorial Losada, Buenos Aires 2005. Pág. 53-54

instinto por la justicia, y al dar a sus acciones la moralidad de la que antes carecían. Tan sólo entonces, cuando la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho, al apetito, el hombre que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo, se ve obligado a actuar según otros principios y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones".⁸³

A su vez, Thomas Hobbes –para quien la organización social también es obra del hombre–, sostiene que en la naturaleza del ser humano se hallan “tres causas principales de discordia: primera la competencia; segunda, la desconfianza; y tercera, la gloria... La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la segunda, para lograr seguridad; la tercera, para ganar reputación... Con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos”.⁸⁴

Esa condición del hombre, que es una condición de guerra de todos contra todos, donde cada hombre tiene derecho a hacer cualquiera cosa y donde no puede haber seguridad para nadie, según Hobbes, llevó a los hombres a celebrar el contrato o pacto social que les permitiera vivir a todos bajo un mismo orden y una misma autoridad, que les hicieran posible asegurar la paz y la defensa común.⁸⁵

Por otro lado, en el ámbito de la ciencia política, también se consulta ¿Qué define a la sociedad como un grupo integrador dentro del cual se mueven individuos que conforman distintos grupos menores? Para responder a esta cuestión, como sostiene Eduardo Andrade, “algunos autores, con el propósito de evitar confundir el concepto de sociedad con toda la población humana que habita el planeta han recurrido al concepto de *sociedad global*”. Entre ellos Duverger, quien caracteriza este concepto por tres elementos: 1) es una agrupación en cuyo seno se articulan conjuntos menores; 2) estos conjuntos o grupos están fuertemente integrados por una solidaridad profunda; 3) esta solidaridad interna es de una intensidad superior a la que existe entre los miembros de la sociedad global y del exterior”.⁸⁶

Duverger singulariza a la sociedad como un “conjunto cultural fundamental”, señalando sí –en la línea argumental de Hobbes– que el elemento unificador es un poder que se impone a dicha comunidad cultural. La expresión *sociedad global*⁸⁷ de nuestra época se identifica con el Estado, como en otros tiempos lo pudo hacer con la tribu, la polis o el señorío feudal. A su vez, y en relación con el elemento poder como factor unificador, Eduardo Andrade sostiene que “los sociólogos no pueden eludir la categoría política del *poder* para explicar las dimensiones de la sociedad. Sociedad resulta así sinónimo de comunidad humana dotada de un poder autónomo”.⁸⁸

83 Rousseau, Juan Jacobo. Obra cit., pág. 59

84 Hobbes, Thomas. “Leviatán”. Fondo de Cultura Económica. México 2007. Pág. 102.

85 Hobbes, Thomas. Obra cit., pág. 106 y 141.

86 Andrade Sánchez, Eduardo. “Introducción a la Ciencia Política”. OXFORD University Press, México 2001. Pág. 37.

87 La denominación de “sociedad global”, últimamente, por el fenómeno globalizador, se ha venido usando con alcances más amplios que el de grupo humano que compone un Estado y se quiere incluir en él agrupaciones mayores. Así, por ejemplo se habla de: sociedad regional, continental e incluso mundial.

88 Andrade Sánchez, Eduardo. Obra cit., pág. 38.

Pero cual sea el origen de la sociedad y las razones que la mantienen unida -institución natural o convencional, necesidad de orientación o de poder conductor-, ésta constituye un fenómeno que nos interesa porque el Derecho existe por el hombre, pero no por el hombre sólo o aislado sino que por éste en cuanto vive en sociedad, porque el Derecho es producto de la vida social del hombre. El Derecho es consecuencia de la sociedad. Sólo desde que hay hombres en mutua relación se puede decir que existen relaciones jurídicas entre ellos. Los hombres tienen necesidad los unos de los otros y por su naturaleza gregaria el ser humano no puede subsistir en permanente soledad. Según afirma Francesco Carnelutti: "El hombre es esencialmente sociable; en otras palabras, hombre y sociedad son las dos caras de una misma medalla".⁸⁹

La convivencia social debe darse de una manera que haga posible la coexistencia pacífica entre todos quienes integran la sociedad y que permita, a la vez, el debido desarrollo de todos sus componentes. En otros términos, de un modo que les otorgue seguridad y libertad. Por otro lado, la sociedad humana tiene una gran "capacidad transformativa...(que) hace que la convivencia humana sea una fuente perpetua de creaciones"⁹⁰, tanto de cultura como de instituciones. Y tal necesidad de convivencia al igual que esa capacidad creativa requieren de normas que las regulen para que la sociedad perdure y logre sus finalidades propias y permita la realización de cada uno de sus integrantes.

De acuerdo con lo anterior toda sociedad, además, demanda la existencia de un cierto orden y éste, para ser tal, requiere de una estructura que le de dirección u orientación por lo cual la vida en sociedad carece de orden sino tiene también dirección. Por ello en el ámbito de la ciencia política se sostiene que "la necesidad de dirección inherente a todo agrupamiento humano, estructurado o inestructurado, se satisface mediante el poder".⁹¹

Así, el poder es un fenómeno social, que consiste en la relación de subordinación en que se colocan recíprocamente los seres humanos para preservar el orden social. Pero en una sociedad no sólo distinguimos el poder político, sino también poderes económicos, religiosos, militares, sociales, mediáticos, etc. Una verdadera constelación de poderes como se ha dicho, todo lo cual requiere, a su vez, de un ordenamiento que les permita su propia existencia, convivencia y realización.

De esta manera, la coexistencia y armonía en la sociedad humana requiere ser regulada y lo necesita por factores muy diversos, por lo cual, como se verá, esa regulación efectúa una gran cantidad y diversidad de normas, dependiendo de los ámbitos que disciplinan y de los fines que persigan. Una parte muy importante de dichas normas, las denominadas normas jurídicas, configuran lo que llamamos Derecho.

89 Carnelutti, Francesco. "Cómo Nace el Derecho". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959. Pág. 23.

90 Verdugo, Mario y García, Ana María. "Manual de Derecho Político". Editorial Jurídica, Santiago 2000, Tomo I, pág. 30.

91 Fayt, Carlos. "Derecho Político". Depalma, Buenos Aires 1998. Tomo I, pág.235.

1.3. El derecho

Las normas que regulan la conducta del hombre en una sociedad y en un momento histórico dado, con el carácter de imperativas y coactivas, constituyen lo que se denomina el Derecho Positivo. Según Cornelutti, "El secreto del derecho está precisamente en esto, que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran".⁹²

Compartiendo la misma idea Máximo Pacheco nos dice: "El Derecho Positivo existe por causa del hombre; es una forma necesaria del vivir humano-social... su finalidad es la de subordinar las relaciones sociales a los principios de justicia... es crear un orden justo, cierto y seguro de la convivencia humana para lograr el bien común de la sociedad".⁹³

A juicio del profesor Pacheco, "La sociedad humana no es una mera coexistencia física, sino una delicada, fluctuante y complejísima estructura de relaciones materiales y espirituales, sustentadas en la conciencia de una multiplicidad de objetivos de interés común.

"Toda convivencia, desde la más elemental, en la familia, hasta la más compleja en la sociedad civil, requiere de una adecuada ordenación de las relaciones de las personas. "La convivencia implica, inevitablemente, limitaciones en la esfera de la libertad y del poder de cada cual, ajustes de los individuos entre sí y de éstos con las sociedades.

"El mantenimiento y desarrollo de la vida en común exige que la conducta de los asociados se regule normativamente en forma ordenada, segura y pacífica, con el fin de realizar un orden de justicia, pues, de lo contrario, la convivencia se haría perjudicial y aun imposible. "Esta regulación externa de la conducta de los hombres, tendiente a establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana, es lo que se denomina Derecho".

En verdad, no existe el Derecho sino donde existe una sociedad organizada. De ahí la famosa afirmación de los romanos en orden a que "*ubi ius ibi societas*", esto es, donde hay Derecho hay sociedad. Toda sociedad organizada necesita del Derecho no sólo para constituirse, sino también para poder funcionar y subsistir. De ahí también la afirmación inversa: "*ubi societas ibi ius*", donde hay sociedad hay Derecho, y que recuerda Pacheco.⁹⁴ Por esta misma razón, Hans Kelsen, sostiene que "la sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres".⁹⁵

Los romanos, ese pueblo que al decir de Cornelutti "entre todos los demás, realizó las obras más altas en el campo del derecho", definió al Derecho como

92 Cornelutti, Francesco. Obra cit., pág. 22. Este autor agrega que la sabiduría romana expresaba esta necesidad de orden en la frase siguiente: "Concordia minimae res crescent, discordia maximae dilabuntur" (por la concordia las cosas mínimas crecen, por la discordia hasta las mayores se desbaratan), pág. 30.

93 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 27.

94 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 25-26.

95 Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho". EUDEBA, Buenos Aires 2010. Pág. 20.

“*ars boni et aequi*”. Esto es, como el arte de lo bueno y de lo justo. Y su propia jurisprudencia la explicaron como “*divinarum atque humanarum rerum notitia*”, es decir, conocimiento de las cosas divinas y humanas.⁹⁶

De acuerdo con Kelsen, siendo el Derecho un “fenómeno social”, la “ciencia del derecho” se incluye entre las denominadas ciencias sociales, esto es, en ese “grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista”. Y agrega este autor que estas ciencias “difieren en su esencia de las de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza”.⁹⁷

2. EL COMPORTAMIENTO HUMANO

2.1. Los actos humanos

Los actos humanos proceden de la voluntad libre del hombre. Ellos están enraizados en la inteligencia y en la voluntad de la persona, de lo contrario no serían propiamente actos humanos.

Sin perjuicio de lo dicho, Máximo Pacheco precisa que no todos los actos que realiza el hombre y que configuran su comportamiento son humanos en sentido estricto. Al respecto este autor distingue entre: actos simplemente naturales, actos del hombre, actos violentos y actos propiamente humanos.

El autor citado, explica dicha diferenciación del modo siguiente:

- a) Actos simplemente naturales: “son aquellos que proceden de las potencias vegetativas y sensitivas del hombre, sobre las que éste no tiene total control, como por ejemplo, la nutrición, la respiración, la circulación de la sangre, etc”.
- b) Actos del hombre: “son los que proceden de éste sin ninguna deliberación o voluntariedad, porque se encuentra privado de razón habitualmente o en el momento de realizar el acto; por ejemplo, los actos que ejecutan los dementes o los sonámbulos”.
- c) Actos violentos: “son los que el hombre realiza por una coacción exterior que lo obliga a ejecutarlos contra su voluntad”.
- d) Actos humanos: “son aquellos que el hombre realiza con plena advertencia y deliberación, o sea usando libremente de sus facultades racionales. Solamente en estos casos el hombre es dueño y responsable de sus actos y manifiesta su total dignidad humana”.

⁹⁶ Cornelutti, Francesco. Obra cit., pág. 101.

⁹⁷ Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 20.

Según Máximo Pacheco, en todo acto humano, a su vez, es posible distinguir tres elementos principales, cuales son: 1) el elemento cognoscitivo, 2) el elemento volitivo y 3) el elemento ejecutivo.⁹⁸

- 1) Elemento cognoscitivo: se refiere al conocimiento de lo que se hace. Esto es, que el hombre se dé cuenta de la acción que va a realizar, que advierta las implicancias de su acto, especialmente las de orden moral. El principal impedimento que puede afectar al elemento cognoscitivo es la ignorancia, la ausencia del conocimiento que se podría o debería tener respecto de lo que se va a hacer.
- 2) Elemento volitivo: se refiere a la voluntad respecto del acto. Así, acto voluntario es el que se realiza con la libre y consciente intención o disposición de hacerlo y con conocimiento del fin al que se dirige. Son impedimentos para ese actuar libre y voluntario, entre otros, las pasiones y el miedo. Las pasiones porque perturban el ánimo y confunden la recta razón de las personas y el miedo porque perturba el ánimo de la persona que se siente amenazada por un riesgo o mal, real o imaginario, presente o futuro, que la amenaza a ella o a otra persona a la que está vinculada y que le es importante.
- 3) Elemento ejecutivo: se refiere a que la ejecución del acto humano corresponda a una real y auténtica intención de ejecutarlo. Es decir, a que éste no sea producto de una coacción externa, esto es, que no sea resultado de que se ha ejercido sobre la persona que actúa una fuerza física o moral que le obliga a actuar y a realizar esa acción en contra de su voluntad. Esa violencia o fuerza aplicada sobre la persona para obligarla a actuar en contra de su voluntad se llama coacción.

2.2. Los actos humanos son actos libres

Cabe agregar también que el hombre normalmente es libre en las decisiones que adopta y en las acciones que emprende y, como consecuencia de ello, sus actos le son imputables, como así mismo lo son los efectos de dichos actos. La imputación consiste en atribuir un acto a quien lo ejecutó y esta imputabilidad puede ser física o moral. La primera considera al agente que ejecutó el acto únicamente como causa física y la segunda considera también el grado de conocimiento y de libertad con que el sujeto ejecutó el acto.

Como consecuencia de lo anterior, esto es, de que el hombre es libre y dueño de sus actos y de que éstos por esas mismas consideraciones le son imputables, es que el hombre también es responsable de sus actos y conductas y, por ende, debe asumirlos, respondiendo por ellos y por sus resultados o efectos.

98 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 32 a 34.

UNIDAD VI

Las normas de conducta humana

1. LA CONDUCTA DEL HOMBRE

La conducta humana, como ya se explicó, es una actividad consciente y normalmente libre. En cada momento de su existencia el ser humano está tomando decisiones respecto de su proceder; cada vez que inicia un acto en él ya va envuelto el haber optado por algo, comenzando por la misma decisión de ejecutarlo.

1.1. La conducta del hombre. Características

Sin embargo, ese proceder humano, tanto al momento de decidirse como al de ejecutarse y en la manera de hacerse, no suele ser arbitrario ni menos anárquico, sino que responde usualmente a un determinado patrón de comportamiento y a ciertas reglas de proceder. En condiciones de normalidad el hombre ajusta su comportamiento siempre a algún sistema u orden normativo que orienta y regula su manera de actuar.

Como explica Máximo Pacheco, cuando se analiza la actividad consciente del hombre, “podemos advertir que existen diversos sistemas que regulan la conducta humana”, agregando a continuación: “Los hombres, seres dotados de voluntad y entendimiento y que gozan de libre albedrío, pueden adecuar o no su conducta a las prescripciones de dichas normas, sin perjuicio del sometimiento de su ser biológico a las leyes de la naturaleza”.⁹⁹

1.2. Características de las normas de conducta humana

Según Máximo Pacheco, esos órdenes normativos y las normas particulares que regulan la conducta son preceptos que tienen por fin realizar valores y que, además, poseen determinadas características de las cuales –sucintamente expuestas– las más importantes serían:

- a) Las normas de conducta determinan relaciones de deber ser entre un hecho antecedente, que es una conducta dada, y un hecho que puede o no ocurrir como consecuente. Tales normas no enuncian lo que sucede o sucederá, sino lo que debe ser cumplido, aunque tal vez en la realidad no se cumpla ni se vaya a cumplir.

99 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 40.

- b) La norma de conducta es tal sólo en la medida que aquello que estatuye como debido no tenga que acontecer forzosa e inevitablemente en el mundo de los hechos. Es de la esencia de esas normas que el hombre pueda cumplirlas o no, pueda respetarlas o violarlas. De no ser así o el hombre no sería libre o no se trataría de normas de conducta, esto es, de prescripciones de lo que debe ser, sino que serían como las leyes de la naturaleza, que describen lo que es y que siempre será.
- c) Una última característica, para este autor, es que las normas de conducta "son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio, fundado en la idea de valor... toda norma de conducta se caracteriza por el hecho de que pretende orientar la conducta humana hacia la realización de un valor".¹⁰⁰

2. LEYES DE LA NATURALEZA Y LEYES DEL HOMBRE

2.1. Leyes de la naturaleza y leyes humanas

Según Agustín Squella, "tanto la naturaleza como la sociedad constituyen algo así como el medio ambiente inevitable del hombre".¹⁰¹ Con ello quiere decir que el hombre se desenvuelve en dos ámbitos diferentes: en un medio natural y en un medio social.

- a. **El medio natural:** el hombre vive en medio de la naturaleza. Nace, se desarrolla y muere instalado en medio de un cierto orden y disposición de cosas y de fenómenos que conforman el llamado Universo, en cuyo origen no ha tenido el hombre intervención alguna. Al decir de Squella, ignoramos si el Universo "fue producto de un acto deliberado de creación por parte de un ser superior o el resultado de una explosión casual que expelió grandes cantidades de energía que formaron luego las galaxias, los planetas y las condiciones para el surgimiento de la vida al menos en uno de esos planetas".

De lo anterior, según Squella, lo único que sabemos con certeza "es que el hombre estuvo ausente de tales acciones y nada tuvo que ver con el diseño ni con la formación de lo que en general llamamos *naturaleza*". Squella define la *naturaleza* como "un todo autónomo, dotado de sus propias leyes, que el hombre se limita meramente a descubrir, a enunciar de un modo racional y, eventualmente, a aprovechar en su propio favor".¹⁰²

- b. **El medio social:** el hombre vive también en sociedad y como sea que se entienda la sociedad según ya se vio, esto es, como institución natural o convencional, es un hecho que ella está regida por mandatos que de un modo general llamamos "normas de conducta" o, simplemente, "normas", en lo

100 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 40 y 41.

101 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 31.

102 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 31-32.

que también difiere de lo que ocurre en la naturaleza –donde no existen normas–, puesto que el denominado medio natural está regido por leyes, que llamamos “leyes de la naturaleza”.

- c. **Leyes de la naturaleza y normas de conducta:** en la naturaleza, el movimiento de los astros se da conforme con las llamadas leyes de la naturaleza, pero en la sociedad los comportamientos humanos se rigen por las llamadas normas de conducta. Cualquiera puede comprender que es “bien distinto decir que los cuerpos caen al vacío a una velocidad determinada por su masa más la aceleración correspondiente (la llamada “ley de la gravedad”), a decir que la velocidad máxima que un vehículo puede desarrollar en una determinada carretera es 100 kilómetros (una norma que deben observar los conductores).¹⁰³

Según el filósofo austriaco Karl Popper (1902-1994), citado por Squella, “las leyes de la naturaleza *describen* regularidades empíricas, mientras que las normas expresan *directivas* para nuestra conducta”. Luego, las primeras establecen lo que es, esto es, simplemente describen, mientras que las segundas establecen lo que debe ser, o sea, prescriben.¹⁰⁴

Como explica de otra manera el profesor inglés Herbert Hart: “las leyes prescriptivas pueden ser transgredidas y no obstante siguen siendo leyes, porque ello significa simplemente que los seres humanos no hacen lo prescripto; pero carece de sentido afirmar que las leyes de la naturaleza, descubiertas por las ciencias, pueden o no ser transgredidas. Si las estrellas se comportan de manera contraria a las leyes científicas que pretenden describir sus movimientos regulares, éstas no son transgredidas, sino que pierden su título a ser llamadas “leyes” y tienen que ser reformuladas”.¹⁰⁵

- d. **Principio de causalidad y principio de imputación:** las leyes de la naturaleza describen ciertas regularidades o uniformidades que ocurren en la naturaleza, sobre la base de que dada una cierta causa se produce un determinado efecto, por ejemplo, si aplicamos calor a un metal, éste se dilata, aumenta su volumen. Estas leyes describen hechos: el efecto que se sigue en presencia de una determinada causa. Por tal razón se dice que ellas funcionan sobre la base del llamado “principio de causalidad”.¹⁰⁶ Esto es, dada una determinada causa siempre e inevitablemente se producirá el mismo y determinado efecto o consecuencia.

En cambio, las normas de conducta, prescriben comportamientos que las personas deben observar y contemplan también un castigo para el caso de que no se cumplan. Las normas, al prescribir conductas, no señalan lo que es sino lo que debe ser. Operan así sobre la base del llamado “principio de imputabilidad”, y no del principio de causalidad.

103 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 41.

104 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 41.

105 Hart, Herbert L. A. “El Concepto de Derecho”. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998. Pág. 231.

El principio de imputabilidad establece que una determinada consecuencia *debe ser* imputada a un determinado acto, sin que pueda decirse, sin embargo, que ese acto será inevitablemente la causa de dicha consecuencia ni ésta necesariamente el efecto de aquél. Esto por dos motivos: primero porque, como explica Kelsen, si bien hay una similitud entre la ley natural y la norma de conducta en el sentido de que ambas establecen "una relación entre dos hechos", éstas difieren pues "mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito", puesto que lo que establece la relación entre estos dos hechos no es una ley de la naturaleza -donde el efecto siempre se producirá porque es "independiente de toda norma creada por los hombres"- sino que una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada;¹⁰⁷ y segundo porque no siempre la relación establecida por la norma necesariamente se va a cumplir o verificar.

Por de pronto, y siguiendo los ejemplos que aporta Kelsen, la norma dispone: "Si un individuo ha cometido un crimen, *debe ser castigado*"; "Si no abona su deuda, *debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra sus bienes*"; o de una manera más general: "Si se ha cometido un acto ilícito, *debe ser aplicada una sanción*". Se indica así lo que *debería* ocurrir, pero que no necesariamente va a suceder, precisamente porque en estas leyes del hombre no impera el principio de la causalidad como sucede con las denominadas leyes de la naturaleza, que no prescriben lo que debería ocurrir sino que describen lo que inevitablemente ocurrirá.

Otro ejemplo puede explicar mejor lo anterior: apropiarse indebidamente de la propiedad de otro es un delito que tiene asignado un castigo, llamado pena. Pero la comisión del delito no es la causa de la pena (puede serlo), en tanto que ésta no es la consecuencia del delito (puede serlo). ¿Y por qué sucede lo anterior? Porque como explica el mismo Kelsen, no siempre que se comete un delito se sigue, efectiva e inevitablemente, un castigo, como ocurre, por ejemplo, cuando no se individualiza al infractor, o bien cuando éste no es habido o cuando es perdonado por su víctima, o cuando se trata de un niño o de un alienado, que no son responsables de sus conductas, etc.¹⁰⁸

El hombre vive inmerso en un universo normativo. Su existencia como la de la sociedad, está regida por una impresionante multiplicidad de normas, y entre ellas están aquellas normas que constituyen lo que llamamos Derecho. De ahí que se sostenga como dice Squella, que "el derecho es un fenómeno que no pertenece a la naturaleza, sino a la sociedad, o sea, se trata de algo que el hombre hace o produce para cumplir ciertas funciones y realizar determinados fines; que es algo, además, que contiene normas... ; que, por lo mismo, la experiencia que todos tenemos del derecho es, ante todo, una experiencia normativa; y que, en

106 Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 20.

107 Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 20-21.

108 Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 22.

fin, cuando se estudia derecho, lo que se estudia, de preferencia, es un conjunto de normas vigentes en un lugar y tiempo dados...”.¹⁰⁹

Dentro de ese universo normativo que regula la vida del hombre, tanto en su existencia individual como en su dimensión social, es decir, en su relación con los demás integrantes de la sociedad, además de las ya mencionadas normas jurídicas que integran lo que llamamos Derecho, existen también otras normas de diverso orden, como ser: religioso, moral, sociales, de buena educación y de etiqueta, reglas técnicas, etc.

2.2. Las normas de conducta. Elementos y características

Etimológicamente la palabra norma viene del término latino, de igual grafía, “norma”, de origen obscuro. Propiamente significa escuadra, instrumento que da el ángulo recto, y, en sentido figurado, regla que se debe seguir, o bien, por extensión, modelo de comportamiento que se debe tener presente al actuar y así, como señala Squella, hablamos de “Estas son mis normas” o “Tu proceder no se ajusta a las normas”.¹¹⁰

Cabe agregar que el Diccionario de la Lengua Española, en su tercera acepción del término norma señala que en el Derecho éste significa “Precepto jurídico”. Con ello, como se ha dicho, el citado Diccionario reconoce que el Derecho es en sí un sistema normativo.

Sin embargo, y al igual que sucede con el término Derecho, tampoco en la doctrina hay acuerdo para definir lo que es la norma. Si bien todos los juristas coinciden en que el Derecho es un tipo de orden normativo, no existe igual acuerdo para establecer qué debe entenderse por norma.

Las distintas clases de normas que rigen la sociedad, difieren bastante entre sí. Según Squella, por de pronto éstas se diferencian “en la *autoridad* que las dicta o impone, en los *sujetos* cuyas conductas pretenden regular, en sus *contenidos*, en el tipo de *deberes* que imponen, en las *funciones* que cumplen, en los *fines* que persiguen, y en los *castigos* que contemplan para el caso de que no se las cumpla”.¹¹¹

No obstante, a pesar de sus marcadas diferencias, de todas ellas se dice, siguiendo a Squella, “que son igualmente normas de conducta, porque comparten el núcleo central que las hace ser tales. ¿Cuál es ese *núcleo común*? En todos los casos, se trata de proposiciones o enunciados que tienen por objeto influir en nuestro comportamiento, dirigir nuestra conducta en un sentido o en otro, conseguir que actuemos en una determinada manera que se considera deseable”.¹¹² Las normas enuncian lo que “debe ser”, buscando regular el comportamiento de

109 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 53.

110 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 60.

111 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 59.

112 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 59.

las personas de una determinada manera y según el ámbito que ellas regulen. Así los diferentes tipos de normas gobiernan toda la actividad humana.

La expresión norma, se utiliza en varios sentidos y, a menudo, con un significado poco claro, dado lo ambigua e imprecisa que ella resulta. El profesor argentino Carlos Santiago Nino, siguiendo el texto "Norma y acción" del profesor de filosofía de la universidad de Helsinki, Henrik von Wright, ordena los distintos sentidos en que se usa el término normas y que están estrechamente relacionados entre sí, en: definitorias o determinativas, técnicas o directrices, prescriptivas, ideales, costumbres y morales.

Como dice Nino, "Von Wright distingue tres tipos de normas principales y tres secundarias".¹¹³ Las especies principales son las siguientes:

- 1) Las Reglas Definitorias o Determinativas: que definen o determinan una actividad o un concepto. Típico caso de estas reglas son las de los juegos, que determinan qué movimientos están permitidos y cuáles están prohibidos dentro del juego. Incluye también aquí las reglas de gramática y las de cálculo lógico y matemático.
- 2) Las Reglas Directivas o Reglas Técnicas: que indican un medio apto para alcanzar un determinado fin. Aquí están las instrucciones de uso, como ésta: "Si quiere encender el televisor, presione el botón de la izquierda". Se usa llamarla regla técnica, dado que no se refiere propiamente a un deber, sino que a los medios prácticos que el sujeto tiene que observar para conseguir un cierto propósito.
- 3) Las Normas Prescriptivas o Prescripciones: son aquellas formuladas con la intención de influir en el comportamiento humano. Ellas emanan de una autoridad normativa, dirigidas a algún agente, llamado el sujeto normativo, y respecto del cual la autoridad pretende que se comporte como la norma lo establece. La autoridad normativa, para hacer conocer al sujeto su voluntad de que se conduzca de esa manera promulga la norma y para darle efectividad le añade una sanción, o amenaza de castigo que debe hacerse efectivo si el sujeto al que va dirigida no la obedece. Aquí se ubica la llamada norma de derecho o norma jurídica.

Junto a esos tipos principales de norma, se mencionan tres especies secundarias y que tienen aspectos en común con las anteriores.

- 1) Las Normas Ideales: éstas no se refieren directamente a una acción sino que establecen un patrón, un modelo general o arquetipo, con el que se representa el conjunto de los atributos que caracterizan a un tipo humano determinado. Establece un modo de ser, más que un modo de hacer. Ej.: se debe actuar como un buen parente de familia.

113 Nino, Carlos Santiago. "Introducción al Análisis del Derecho". Editorial Ariel. Barcelona 1999. Páginas 67 a 70.

- 2) La Costumbre: las normas que establece la costumbre son una especie de hábitos, pues exigen una regularidad en la conducta de los individuos y se distinguen de otros hábitos en que esas conductas se hacen con la conciencia de que son compartidas por la comunidad y de que pueden ser exigidas por ésta. Las costumbres, en cuanto establecen modos de proceder se parecen a las prescripciones, pero se distinguen de ellas en que las costumbres no emanan de autoridad alguna, sino que son “prescripciones anónimas” y no necesitan promulgación pues son “prescripciones implícitas”.
- 3) Las Normas Morales: hay consenso en que no resulta fácil caracterizar estas normas por la falta de criterios suficientes de identificación. Por tal razón, se dice que ellas se expresan en tres esferas diferentes: la de la moral personal, la de la moral social y la de la moral de los sistemas religiosos y filosóficos.

Dado que nuestro propósito es introducirnos en el estudio del Derecho, y éste se compone fundamentalmente de un determinado tipo de normas que por encerrar preceptos de conducta integran también las denominadas *normas prescriptivas* o *prescripciones* veremos estas normas en particular. Ello nos servirá para comprender esa clase especial de norma, cual es la norma jurídica, que también buscaremos diferenciar de otras normas prescriptivas, con las cuales, por esa misma condición, tiene más de algo en común, como son: la norma de trato social y la norma moral.

Agreguemos que Jorge Iván Hübner, de manera genérica, define a la norma prescriptiva como “*un precepto de conducta general e imperativo*”¹¹⁴, y cuyo alcance y sentido se irá comprendiendo a lo largo del curso.

A continuación veremos primero las condiciones de existencia y las características comunes a todas las normas prescriptivas de conducta, para luego diferenciar a las normas jurídicas de otras normas también prescriptivas, con las cuales –por compartir esa similar condición de ser prescripciones de conducta– tienen más de algo en común, como sucede, según se dijo, con las llamadas normas morales y las normas de trato social.

2.3. Elementos constitutivos de las normas prescriptivas

Las normas prescriptivas, que Hübner define como preceptos de conducta generales e imperativos, poseen ciertos elementos que deben concurrir para su existencia y exigibilidad. Estos elementos constitutivos, de acuerdo con la doctrina, serían siete y resultarían comunes a todas estas normas. A saber:

- 1) El carácter: dice relación con lo que ella prescribe y que siempre va a consistir en: lo que puede ser hecho, lo que debe ser hecho y lo que no debe ser hecho. Por tales posibilidades se dice que la norma que permite hacer

¹¹⁴ Hübner Gallo, Jorge Iván. “Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica y La Teoría de la Institución”. Editorial Jurídica. Santiago 1951. Pág. 78.

algo, es una norma permisiva; la que ordena hacer algo, es una norma obligatoria; y la que ordena no hacer algo, es una norma prohibitiva.

- 2) El contenido: dice relación con la conducta o comportamiento preciso dispuesto por la norma, es decir, aquello que en concreto la norma permite, obliga o prohíbe. Ejemplo: los alumnos podrán salir de la clase cuando lo deseen (permite); todo alumno que entre a la sala debe cerrar la puerta tras de sí (obliga); los alumnos no fumarán en clase (prohíbe).
- 3) Las condiciones de aplicación: son las circunstancias que deben darse para que la conducta prescrita por la norma se considere permitida, obligatoria o prohibida. Atendidas sus condiciones de aplicación una norma prescriptiva puede ser “categórica” o “hipotética”. Será categórica cuando la condición de su aplicación surge de su propio contenido, como por ejemplo, una que disponga “cierra la ventana”, que es un mandato puro y simple que ordena una conducta. Será hipotética cuando la condición de su aplicación no se deriva de su solo contenido, sino que requiere de una condición adicional que se debe agregar a su formulación, como por ejemplo, “si llueve, cierra la ventana”.
- 4) La autoridad normativa: toda norma prescriptiva proviene o emana de un agente que dicta o emite la prescripción, que establece la determinada conducta o comportamiento ordenado, llamada autoridad normativa.
- 5) El sujeto normativo (“normado” o regulado): es el destinatario de la prescripción. Él o los sujetos a quienes la norma permite, manda o prohíbe algo. La cantidad de sujetos afectados por la norma permite distinguir entre “normas particulares” y “normas generales”. Son normas particulares las que rigen la conducta de uno o más sujetos determinados. Son normas generales cuando rigen la conducta de todos los sujetos o de toda una categoría que responde a una misma descripción. Por ejemplo, cuando un juez condena a Pedro a cumplir cierta pena por el delito cometido, establece una norma particular; en cambio cuando el Código Penal prohíbe el homicidio, establece una norma general.
- 6) La ocasión de aplicación: ella está determinada por la localización espacio-temporal en que debe ser cumplida la conducta prescrita por la norma de que se trate. La norma indica cuándo y dónde debe ser cumplida. Por ejemplo, fijará el territorio donde rige y la fecha a partir de la cual será obligatoria o el tiempo por el cual ella rige.
- 7) La promulgación: es la publicación solemne de la existencia de la norma prescriptiva, que hace la autoridad normativa para que los sujetos normativos (“normados” o regulados) puedan conocerla y cumplirla.
- 8) La sanción: es la amenaza de un castigo que la autoridad normativa agrega a la prescripción para conseguir mayor eficacia en el cumplimiento de ella por parte de los sujetos que deben cumplirla. La sanción se aplicará si hay incumplimiento.

2.4. Características o propiedades de las normas prescriptivas

Las llamadas normas prescriptivas poseen también ciertas características o propiedades que se pueden aplicar a todas ellas. Dichas características se identifican a partir de cuatro criterios diferenciadores y que son: a) exterioridad-interioridad, b) autonomía-heteronomía, c) unilateralidad-bilateralidad y d) coercibilidad-incoercibilidad.

- a. Exterioridad e Interioridad de una Norma Prescriptiva: una norma es exterior cuando regula la acción efectivamente realizada por el sujeto obligado, sin considerar su fuero interno o íntimo, esto es, sin atender o sin que le preocupe, la o las motivaciones que pudo tener el sujeto para actuar en uno u otro sentido. En cambio, una norma prescriptiva es interior cuando ella regula no sólo la acción efectivamente realizada por el sujeto obligado, sino que su regulación alcanza también al fuero interno o íntimo de éste. Es decir, considera también las motivaciones que pudo tener el sujeto obligado para actuar de uno u otro modo.

Así, la norma prescriptiva interior, se da por cumplida sólo cuando la conducta del sujeto obligado, además de adecuarse externamente o lo que la norma prescribe, tiene una motivación en su fuero íntimo coincidente con dicha conducta, de modo que ella no sea sólo una mera apariencia. Luego, las normas interiores son más exigentes que las normas exteriores, pues exigen una conducta y un ánimo o intención coherentes.

- b. Autonomía o Heteronomía de una Norma Prescriptiva: autonomía significa sujetarse al querer propio y no al querer de otro. Por tanto, una norma es autónoma cuando ella es producida u originada por el mismo sujeto que le debe obediencia o acatamiento. El mismo sujeto obligado es, también, su propia autoridad normativa.

Pero igualmente decimos que una norma prescriptiva es autónoma cuando, sin haber sido producida por el sujeto obligado, su cumplimiento depende finalmente de que él la acepte como un acto libre y consciente. La norma no la creó él, pero su cumplimiento depende de su libre voluntad, de su libre y soberana aceptación de la conducta que impone la norma.

En consecuencia, podemos distinguir entre autonomía en cuanto al origen de la norma y autonomía en cuanto al imperio de la norma. Así, por ejemplo, la norma religiosa no tiene autonomía en su origen –dado que proviene del fundador de la religión o de quienes actúan en su nombre–, pero sí en su imperio dado que uno asume su religión y cumple voluntariamente sus reglas.

La heteronomía, en cambio, significa sujeción al querer ajeno. Por tanto, una norma es heterónoma cuando proviene o se origina en otro sujeto, distinto de aquel o de aquellos que le deben acatamiento y que están obligados por ella. Esto es, cuando está producida por una autoridad normativa situada fuera y normalmente por encima de los sujetos destinatarios de la norma prescriptiva.

Pero la heteronomía no se refiere sólo al origen de la norma, sino también al hecho de que los sujetos a los cuales va dirigida están, en principio, obligados a obedecerla sin que importe el juicio de aprobación o rechazo que la norma les merezca. Luego no sólo hay heteronomía en cuanto al origen de la norma, sino también en cuanto al imperio de ésta.

La norma jurídica es, por lo general, heterónoma en ambos sentidos: proviene de una autoridad normativa externa al sujeto que debe cumplirla y el cual, además, está obligado a obedecerla sin que importe la opinión que él tenga de la norma. Sin embargo, cabe precisar que una norma jurídica puede ser heterónoma en cuanto a su origen y no serlo necesariamente en cuanto a su imperio. Por ejemplo: cuando el servicio militar es obligatorio, pero su cumplimiento admite la objeción de conciencia.

- c) Unilateralidad o Bilateralidad de una Norma Prescriptiva: estas normas pueden considerarse unilaterales o bilaterales atendiendo a dos criterios.

Conforme al primer criterio, la norma es unilateral cuando impone a un sujeto una cierta obligación, sin conceder a otro sujeto distinto del obligado, la facultad de exigir su cumplimiento. En cambio, una norma será bilateral si junto con imponer a un sujeto una cierta obligación, concede a otro distinto la facultad de exigir el cumplimiento de esa obligación.

Así, en las normas bilaterales, podemos distinguir claramente dos sujetos: el sujeto pasivo y el sujeto activo. El primero es el que tiene la obligación impuesta por la norma, mientras que el segundo es el que tiene la facultad para exigir el cumplimiento de esa obligación.

En las normas unilaterales, no cabe hacer dicha distinción, ya que en tal sentido sólo existe un sujeto: el obligado. Por ello de las normas bilaterales se dice que son imperativo-atributivas, dado que imponen obligaciones y, correlativamente, conceden facultades a otro para exigir su cumplimiento, mientras que las normas unilaterales son meramente imperativas, puesto que imponen una obligación y no facultan a otro para exigir su cumplimiento. En éstas últimas podrá representarse el incumplimiento, pero no exigirse que se cumplan.

Conforme al segundo criterio, estas normas pueden considerarse también como unilaterales o bilaterales, según frente a quién se establece la obligación. En efecto, se dice que las normas unilaterales imponen obligaciones a un sujeto frente a sí mismo, mientras que las normas bilaterales las imponen frente a un tercero.

- d) Coercibilidad o Incoercibilidad de una Norma Prescriptiva: una norma es coercible cuando existe la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza pública para obtener su cumplimiento o bien la aplicación de una sanción porque la norma fue infringida. En cambio, la norma es incoercible cuando no otorga la posibilidad de usar de la fuerza pública, ya para conseguir su cumplimiento u obtener la aplicación de la sanción que ella contempla para el caso de incumplimiento.

Todas las normas prescriptivas imponen deberes. Igualmente, todas ellas poseen algún tipo de sanción para el evento de ser incumplidos. Sin embargo, no en todas las normas es posible obtener su cumplimiento o imponer la correspondiente sanción mediante el uso de la fuerza. Sólo cuando ello es posible decimos que una norma es coercible.

La fuerza a que nos referimos es una fuerza física, no psicológica. Frente al incumplimiento de una norma siempre existe algún tipo de presión destinado a obtener su obediencia, pero cuando la norma es coercible hablamos derechamente de recurrir a la fuerza física para lograr su cumplimiento.

3. LAS NORMAS MORALES

3.1. Ética y Moral

Antes de ver los ámbitos de la moral señalados, estableceremos los distintos sentidos en que se utilizan las palabras ética y moral.¹¹⁵

El término *ética* que proviene del griego *ethos*, alude a la costumbre al igual que *moral* que viene del latín *mos* y que también significa costumbre, por lo cual se suelen usar como sinónimos, no obstante que tienen alcances distintos, en sus orígenes y en su posterior desarrollo.

La ética, en su origen, se refería al actuar, al comportamiento humano, pero sin calificarlo de bueno o de malo, sino que meramente aludía a tal comportamiento y, por ello, “se ha definido con frecuencia la ética como la doctrina de las costumbres”. La moral, en cambio, “tiene usualmente una significación más amplia que el vocablo ética”. Por de pronto, y desde su origen estuvo relacionada con el comportamiento tenido por bueno o correcto, y según el comportamiento transmitido y enseñado por los antepasados, por los *mores maiorum*.

El término ética adquirió después un segundo sentido, más restringido que el primitivo, empleándose para aludir no ya al comportamiento en general, sino para referirse al comportamiento calificado de bueno o de correcto. Así, ya no es cualquier conducta, sino sólo la que podemos aprobar según una idea o criterio previo que tenemos sobre el bien.

Esa idea previa de bueno o correcto, se puede referir a la urbanidad o decoro, al orden, la paz o la seguridad en las relaciones sociales, o al bien, entendido como la mayor excelencia espiritual. Así, hay una ética en las relaciones sociales, en el caso de las normas de trato social; una ética respecto de objetivos más altos, cuando nos referimos a las normas jurídicas y una ética referida al bien, cuando hablamos de moral.

115 Ferrater Mora, José. Diccionario citado.

Luego, en este segundo entendimiento del término ética, las normas de trato social, las normas morales y las normas jurídicas son todas normas éticas, porque todas ellas, aunque referidas a distintos fines, establecen lo que debemos hacer para actuar correctamente.

Pero hay un tercer sentido, aún más restringido, en que se usa el término ética, y ello ocurre cuando está referido a la moral. Aquí, ya no se trata del comportamiento en general, como tampoco del comportamiento humano correcto, sino del comportamiento humano *moralmente* correcto, el que recibe aprobación desde un punto de vista moral, y donde el término ética resulta sinónimo de moral.

3.2. Definición de la norma moral

Definir la norma moral no resulta fácil, dado que la moral no constituye un ámbito normativo unitario. Como sostiene Henkel –citado por Squella–, el problema deviene de que se mira a la moral “como un sistema unitario y no diferenciado, pasando por algo que hay distintas esferas de la moral, que las propiedades o características de estas esferas no son exactamente las mismas y que, por último, el resultado de la contraposición entre derecho y moral varía según sea la determinada esfera o ámbito de la moral que se compare con el derecho”. Así, añade Squella, hay un ámbito de la moral personal, otro de la moral social y un tercer ámbito que es el de la moral de los sistemas religiosos y filosóficos.¹¹⁶

Expuesto lo anterior, veremos los tres modos posibles que distingue la doctrina para hablar de moral: la moral personal, la moral social y la moral de los sistemas religiosos y filosóficos, que veremos en particular.

- a. 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 a la cual éste ajusta su comportamiento.
- b. La Moral Social: denominada también moral media, se configura a partir de las ideas que acerca de lo bueno prevalecen en una comunidad determinada. Ella se expresa en un conjunto de exigencias de orden moral que el grupo social de que se trata dirige a sus miembros.
- c. La Moral de los Sistemas Religiosos y Filosóficos: –también llamados sistemas de ética superior religiosa o filosófica– se expresa en máximas, principios y normas por las que rigen su conducta moral las personas que adhieren al credo religioso o filosófico de que se trate.

No obstante, cabe precisar que los tres estratos de la moral señalados, no deben ser vistos como si ellos estuvieran enteramente separados unos de otros. Al contrario, tienen relaciones e influencias recíprocas, confundiéndose en muchos aspectos.

116 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 92.

3.3. Características de las Normas Morales

- 1) Normas de la Moral Personal: son *interiores*, dado que no sólo regulan la conducta efectivamente realizada, sino también la conciencia del sujeto obligado por ellas; son *autónomas*, porque provienen de la propia conciencia al haber sido aceptadas por dicha conciencia, hay aquí una sujeción al propio querer; son *unilaterales*, ya que imponen deberes frente a uno mismo y ante la idea de bien o de perfección moral que uno asume como propia, sin que nadie pueda exigirle que las cumpla; son *incoercibles*, porque si nadie puede exigir que se cumplan, mucho menos habrá posibilidad de exigirlo por la fuerza.
- 2) Normas de la Moral Social: son *exteriores*, basta el comportamiento sin que importe –mientras se cumplan– la adhesión real de conciencia; son *heterónomas*, dado que provienen del grupo social que las impone; son *bilaterales*, ya que imponen deberes para con los demás y éstos pueden pedir su observancia; son *incoercibles*, ya que no es posible pedir el cumplimiento mediante el auxilio de la fuerza pública.
- 3) Normas de la Moral de los Sistemas Religiosos o Filosóficos: son *interiores*, dado que no basta sólo con la conducta externa, se requiere de una coincidencia entre ella y la conciencia del obligado; son *heterónomas*, puesto que provienen del fundador de la religión o del sistema filosófico o de los que pueden ordenar en su nombre, sin perjuicio de que sean autónomas en cuanto a su imperio, esto es, en cuanto a su cumplimiento; son *unilaterales*, dado que nadie está facultado para exigir su cumplimiento, aunque aquí es más fuerte la posibilidad de representar el incumplimiento por aquellos que pertenecen al mismo sistema religioso o filosófico de que se trata; son *incoercibles*, ya que no es posible pedir su cumplimiento por la fuerza.

4. LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL

Son prescripciones de conducta originadas al interior de un grupo social determinado, que buscan la realización de ciertos fines, útiles para la mejor convivencia social y que actúan como verdaderos “lubricantes sociales”. Como explica Shakespeare, a través de su personaje Hamlet, “Compañeras de una buena acogida son la etiqueta y las buenas maneras”.¹¹⁷

4.1. Tipos de normas de trato social

Existe una gran variedad de normas de trato social. Éstas son “algo más que meros usos o hábitos, pues la gente las acata porque piensa que así *debe* comportarse. Se los llama indistintamente usos sociales, convencionalismos sociales, normas de trato social”.¹¹⁸

¹¹⁷ Shakespeare, William. “Hamlet” (en Acto Segundo, Escena II).

¹¹⁸ Williams Benavente, Jaime. “Lecciones de Introducción al Derecho”. Fundación de Ciencias Humanas, Santiago 2003. Pág. 46.

Aquí se encuentran... , pero las más conocidas son las normas de *urbanidad* (cortesía, atención, buen modo), *decoro* (respeto, reverencia), *cortesía* (demos-tración de atención, respeto o afecto) y otras similares.

Tales normas tienen que ver con las costumbres particulares de una sociedad y, por lo mismo, cambian de un grupo a otro y dentro de ellos abarcan muy distin-tos ámbitos como se indicó. Así, y a vía ejemplar, el modo de sentarse en Chile y en China difiere por cuanto en este segundo país no se permite cruzar las piernas ni otra posición que signifique exhibir la suela del zapato por considerársele una expresión de mala educación o falta de consideración y respeto hacia los demás. De ahí que los chinos, y los orientales en general, cuando los vemos sentados están con ambos pies puestos en el suelo.

Estas normas de trato social se sustentan en la tradición, sin perjuicio de que en algunos casos puedan estar formalmente establecidas y comunicadas, como puede ocurrir con las normas de conducta que una asociación determinada es-tablece para sus miembros, incluso con sanciones expresas. Por ejemplo, las reglas de comportamiento que se establece entre los miembros de una determi-nada institución. Así, en Taiwán, en el exclusivo Club de Banqueros, está estrictamente prohibido la exhibición o el uso de dinero dentro de la sede. Los socios pagan sus cuotas y consumos mediante tarjetas de crédito o transferencias elec-trónicas o bien a un cobrador externo. La infracción a esa norma puede conllevar incluso la expulsión del infractor, del Club.

4.2. La sanción en las normas de trato social

La trasgresión de estas normas de trato social conlleva una sanción, consis-tente en el rechazo o repudio que el grupo de que se trata hace en la persona del infractor. Dicha sanción será, según el tipo e importancia de la norma de trato social infringida, más o menos seria y con diversas modalidades de expresión.

Herbert Hart, distingue entre lo que llama la "mera conducta convergente" y la "regla social".¹¹⁹ Así, y a vía de ejemplo, meras conductas convergentes, serían el que todos los miembros de un grupo social beban té regularmente en el des-sayuno o vayan al cine una vez por semana. En cambio, una regla social sería la que prohíbe que un hombre use sombrero en la iglesia o la que impone que las personas se pongan de pie cuando se ejecuta el himno nacional.

La diferencia entre ellas, según Hart, no sólo está en la distinta manera como se expresan, sino en la sanción: "En el caso de los que pueden ser llamados meros hábitos del grupo, como ir una vez por semana al cine, las desviaciones no dan lugar a castigo, ni aún a reproche". En cambio, cuando lo vulnerado son reglas sociales habrá "una reacción hostil" y algún tipo de castigo.

119 Hart, Herbert L. A. Obra cit., pág. 12.

Heinrich Henkel, profesor de la Universidad de Hamburgo, citado por Squella, distingue también entre “usos meramente fácticos” y “usos normativos”.¹²⁰ Los primeros son prácticas reiteradas que carecen de fuerza normativa. Su no observancia será apreciada como una simple anormalidad, pero no como un peligro o amenaza que el grupo condena, porque no le resulta posible tolerar, como ocurre con los segundos.

Según Squella, “tratándose de prácticas meramente fácticas, el grupo social aprecia la conducta que se desvía del modelo como una anormalidad, mas no como una amenaza o peligro. En cambio, la no observancia de un uso normativo o regla social es considerada por el grupo como un comportamiento que no es posible tolerar, y por eso que el grupo reacciona y ejerce una presión fuerte sobre el infractor”.¹²¹

4.3. Características de las normas de trato social

Las normas de trato social son *exteriores*, pues regulan sólo las conductas efectivamente producidas, siendo irrelevante lo que ocurre en el fuero interno del que debe observarlas. Muchas veces estas normas se cumplen por mero cálculo, conveniencia o comodidad y, por lo mismo, se habla de ellas como “el reino de la hipocresía”. Son *heterónomas*, puesto que se originan en el grupo social respectivo y no responden a decisiones individuales. Más aún, el estar de acuerdo o no con ellas, no es condición para su validez u obligatoriedad. Son *bilaterales* ya que imponen deberes a un sujeto no para consigo mismo, sino para con los demás, aunque es preciso advertir que éstos comúnmente no están facultados para exigir el cumplimiento de la norma, sino tan sólo para representar su incumplimiento.

Por ello, como dice Squella, hay que tener presente 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”.¹²²

Finalmente, las normas de trato social son *incoercibles*, porque no es posible hacer uso de la fuerza para obtener su cumplimiento o para aplicar una sanción por la infracción. Esto no significa que las normas de trato social no tengan sanción, la tienen y el grupo social puede ejercer una muy dura presión para que se cumplan, pero no es posible usar la fuerza física para obligar al cumplimiento o hacer efectiva la sanción.

120 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 85.

121 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 86-87.

122 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 90.

UNIDAD VII

Las normas jurídicas

1. DIFERENCIA ENTRE REGLA TÉCNICA Y NORMA JURÍDICA

Antes de comenzar el análisis de las normas jurídicas que son el objeto central de nuestro estudio, ya que ellas conforman el Derecho, debemos señalar la diferencia que hay entre lo que se denomina una “regla técnica” y lo que es una “norma de conducta”. Particularmente porque ambos términos –regla y norma– suelen usarse indistintamente y si bien no constituye necesariamente tal uso un error o algo incorrecto toda vez que ambos prescriben o disponen una determinada conducta o proceder,¹²³ es conveniente saber que, en sentido estricto, significan algo diferente y expresan cuestiones de índole diversa.

En efecto, la regla técnica es algo distinto de una norma prescriptiva, aunque a veces se usan ambos términos como si fueran sinónimos, pero no lo son. Una cosa son las normas de trato social, morales o jurídicas y otra, diferente, el variado y heterogéneo conjunto de preceptos comprendidos bajo la denominación de reglas técnicas, como son las reglas lógicas, estéticas, pedagógicas, mecánicas, industriales, culinarias, etc.

La norma es un precepto de conducta que persigue un determinado fin de interés para el individuo o para la comunidad. La regla, en cambio, es una prescripción destinada a ejecutar con eficacia una determinada actividad. Indica un medio apto para alcanzar un determinado fin práctico. Como se ha sostenido, las normas se refieren al obrar, mientras que las reglas técnicas al hacer.

Según Squella, “las reglas técnicas representan *necesidades* condicionadas, no *deberes* condicionados, puesto que ellas se limitan a establecer qué es necesario hacer para tener éxito en la consecución de un fin práctico determinado”. Así, “nadie diría que para encender un televisor alguien reconoce el deber de presionar el botón rojo correspondiente, sino que tiene necesidad de hacerlo si es que quiere que el aparato efectivamente encienda”.¹²⁴

Con todo, cabe advertir que las llamadas reglas técnicas también tienen importancia en ámbitos convencionales, por ejemplo, el de los juegos (reglas para jugar al fútbol). Por otra parte, las reglas técnicas de tipo convencional son también abundantes en el caso del Derecho, por ejemplo, la regla que establece que

123 De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el término “norma” en su primera acepción es: “Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc.”; y la expresión “regla”, en su cuarta acepción es: “Estatuto, constitución o modo de ejecutar algo”.

124 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 56.

el matrimonio debe celebrarse en presencia de dos testigos, o la que dispone que la compraventa de bienes raíces tiene que ser hecha mediante escritura pública. En ambos casos hay también necesidad de hacer las cosas de una determinada manera, aunque dicha necesidad es puramente convencional.

En suma, la norma ordena una conducta, la regla prescribe una manera de hacer para conseguir un objetivo práctico. Como precisa Hübner, confrontando la norma con la regla: la norma presupone un juicio de valor, la regla, un juicio de realidad; la norma ordena una conducta como intrínsecamente valiosa, la regla prescribe un modo de obrar, como medio para obtener un objetivo práctico, sin encerrar apreciación axiológica alguna; la norma mira al valor de los fines, la regla, a la eficacia de los resultados; la norma impone una obligación, la regla sugiere una conveniencia; la regla puede estar subordinada a la norma, pero jamás ésta a aquélla.¹²⁵

1.2. Concepto de norma jurídica

Aclarado lo anterior, debemos centrarnos en la norma jurídica que es una especie del género norma y, particularmente, de las denominadas normas prescriptivas. Esta norma es generada por una autoridad normativa a la que otra norma del mismo ordenamiento jurídico le otorga competencia para hacerlo. El cumplimiento de la norma jurídica está garantizado por la legítima posibilidad de usar la fuerza. Esta norma apunta a la realización de ciertas aspiraciones de justicia, orden, paz y seguridad que los hombres desarrollan en cuanto viven en sociedad.

La vida del hombre en sociedad no sólo está regulada por normas de trato social y por normas de la moral social, hay también otro orden normativo, conformado por las llamadas normas jurídicas. Estas normas, vistas en su conjunto, son lo que llamamos Derecho y las cuales cumplen una función ordenadora de la conducta humana.

2. CARACTERÍSTICAS. DIFERENCIAS CON LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL Y MORALES

2.1. Características de las normas jurídicas

Las normas jurídicas, al igual que las demás normas prescriptivas de conducta vistas en la Unidad anterior, poseen similares características, cuales son:

- a. Son exteriores: porque sólo regulan los comportamientos efectivamente realizados. Regulan conductas exteriorizadas y no pensamientos o meras intenciones, porque éstos en el Derecho no se sancionan. Sin embargo, excepcionalmente, la intención, es decir, lo que ocurre en el fuero íntimo de la persona, también le interesa a la norma jurídica.

125 Hübner Gallo, Jorge Iván. "Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica". Pág. 78.

Así, en el Derecho Penal determinar si el ilícito en que la persona hubiere incurrido es delito o cuasidelito, va a depender de la intencionalidad con que actuó el sujeto. Por tal razón el Art. 1º del Código Penal dice que: "Delito es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley"; y en su Art. 2º agrega: "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen un cuasidelito si sólo hay culpa en quien las comete".

También en el Derecho Civil tenemos excepciones, como por ejemplo el Art. 59 del Código Civil, que define el domicilio como "la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella", o el Art. 700 del mismo Código que dice que la posesión es "la tenencia de una cosa determinada con el ánimo de señor y dueño".

Por estas salvedades se sostiene que las normas jurídicas son sólo "*predominantemente exteriores*".¹²⁶

b. Son heterónomas: puesto que lo común es que ellas emanen de una autoridad normativa situada fuera, y aún por encima, de los sujetos que deben obedecer estas normas. Sin embargo, y siguiendo a Squella, esta característica de las normas jurídicas presenta cuatro salvedades, conforme con las cuales también es posible sostener que las normas jurídicas son "*predominantemente heterónomas*".¹²⁷ Tales salvedades son:

Primera salvedad: es *de carácter político* y resulta de la democracia como forma de gobierno. Dice Squella: "En una democracia directa, o sea, cuando el pueblo reunido en asamblea adopta directamente las decisiones colectivas, la heteronomía del derecho desaparece, puesto que en tal caso los sujetos se someten a su propio querer o, al menos, al querer de la mayoría, y no al querer de otro". Y agrega que distinto es en la democracia representativa, donde las decisiones colectivas las toman representantes del pueblo, porque allí "la heteronomía del derecho no desaparece, aunque se suaviza", porque en ella el pueblo no está, de hecho, sujeto a un querer propio, sino al querer de sus representantes, "aunque lo correcto sería decir que está sujeto a un querer delegado".

Segunda salvedad: es *de tipo social* e involucra los conceptos de *validez* y de *eficacia* de la norma. Por validez de una norma se entiende su existencia y el hecho de que ella obliga tanto a los sujetos a que va dirigida como al órgano que debe aplicarla. Por eficacia se entiende que la norma jurídica sea efectivamente obedecida y aplicada. De modo que una norma jurídica, en cuanto válida, debe ser obedecida y aplicada; en tanto eficaz, ella es, de hecho, obedecida y aplicada.

Hay quienes piensan que no hay relación alguna entre validez y eficacia de las normas jurídicas, pero otros sostienen que sí la hay y que la eficacia es el fundamento de validez de las normas jurídicas. Pues bien, en ese caso hay una salvedad al carácter heterónomo de la norma pues ellas llegarían a existir y a obligar

126 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 116.

127 Squella, Agustín. Obra cit., págs. 116 a 140.

cuando antes fueran regularmente obedecidas y aplicadas. Como precisa Squella “sería el obedecimiento de la norma, su aceptación por parte de los correspondientes sujetos imperados, la sujeción de éstos, en fin, a su propio querer, lo que permitiría que una norma jurídica llegara a ser válida”.

Tercera salvedad: es *de carácter moral* y se da cuando aparece la “objeción de conciencia”, esto es, cuando la norma permite que el obligado pueda excusarse legítimamente de cumplir el deber jurídico impuesto por contradecir éste su conciencia moral. Por ejemplo, en aquellos países donde el servicio militar obligatorio puede eludirse y sustituirse por otro deber que no ofenda la conciencia moral del sujeto.

Cuarta salvedad: es *de carácter jurídico*. Se da cuando las personas usan la llamada autonomía de la voluntad, que el orden jurídico reconoce para que los particulares creen normas jurídicas, pero limitadas sólo a sus creadores. Ellas nacen y obligan por propia voluntad y sólo a quienes contrataron.

A raíz de esto último, como explica Squella, “Kelsen distingue entre métodos de creación jurídica *autocráticos* (la ley, la sentencia judicial) y métodos *democráticos* (la costumbre jurídica y los actos jurídicos). Los primeros constituyen métodos de producción jurídica que muestran el carácter *heterónomo* del derecho, mientras que los segundos son prueba de la dimensión de *autonomía* que aparece también en el fenómeno jurídico”.¹²⁸

- c. Son bilaterales: porque junto con imponer deberes u obligaciones a uno o más sujetos, conceden o reconocen a otro u otros sujetos, distintos de los anteriores, la facultad de exigir el cumplimiento de tales deberes u obligaciones. La norma jurídica impone deberes que uno asume para con los demás.
- d. Son coercibles: esta característica es la que mejor contribuye a identificar a una norma jurídica, a la vez que a diferenciarla de las demás normas. Henkel, citado por Squella, afirma que “la fuerza no es atributo, sino característica esencial del Derecho positivo”. De esa manera, el Derecho no es meramente un plan o una propuesta de determinados comportamientos que se consideran deseables, sino exigencia de esos mismos comportamientos, bajo la amenaza de sanciones que pueden imponerse mediante el uso de la fuerza física.¹²⁹

Cabe hacer presente que para algunos pensadores de la escuela iusnaturalista, la coactividad no sería esencial al Derecho. Sin embargo, ni aún ellos pueden negar que el Derecho positivo la necesita. Así, Hübner reconoce que: “aunque sostengamos que no se trata de un elemento esencial, no podemos dejar de admitir que, en la práctica, es un requisito necesario para la eficacia del sistema legal, del cual, en el hecho, ningún legislador podría prescindir”.¹³⁰

128 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 135-136.

129 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 141.

130 Hübner Gallo, Jorge Iván. Manual cit., pág. 267.

En este punto, y a propósito de la coercibilidad de la norma jurídica, conviene precisar la distinción que se hace entre coercibilidad, coacción y sanción, como tres cuestiones diferentes.

La *coercibilidad*, designa la posibilidad de aplicar la fuerza para obtener el cumplimiento de la norma jurídica. La *coacción*, en cambio, designa el hecho cumplido de la fuerza, la expresión material de ésta. La coacción es la coercibilidad en acción.

La *sanción* es algo diferente a las dos anteriores, y se refiere a la precisa consecuencia jurídica desfavorable que debe recaer sobre el sujeto que no ha cumplido con el deber impuesto por la norma jurídica. La sanción no tiene relación con la coercibilidad.

Todas las normas prescriptivas, no sólo las jurídicas, cuando son infringidas tienen algún tipo de sanción, y ello es independiente de si son o no coercibles.

Precisemos ahora que ni la coacción ni la sanción, sino la coercibilidad, constituye una característica inseparable del Derecho. Lo peculiar del Derecho reside en que sus sanciones pueden ser aplicadas mediante la fuerza. Como dice Kelsen, "la única diferencia relevante entre los diversos ordenamientos sociales no radica en que algunos prescriban sanciones y otros no, sino en la circunstancia de que prescriben diferentes tipos de sanciones".¹³¹ En el Derecho no se habla del hecho de la fuerza, la coacción, sino de la esencial posibilidad de usarla, la coercibilidad, cuando no se produzca el cumplimiento voluntario.

Luego, lo característico de la norma jurídica es su coercibilidad, esto es, la posibilidad del uso de la fuerza. Y no se trata de cualquier fuerza, sino sólo de aquella que el propio ordenamiento jurídico autoriza y que se hace valer a través de los órganos públicos que ese mismo ordenamiento establece.

Aclaremos también que el Derecho se vale generalmente de sanciones negativas para obtener el cumplimiento de sus normas, y que consisten normalmente en la privación de ciertos bienes como: la vida, la libertad, el patrimonio, el honor, cuando priva de derechos políticos o de la posibilidad de acceder a cargos públicos, etc.

Sin embargo, hay situaciones en que el derecho se vale de premios o recompensas para estimular conductas que considera deseables y entonces se habla de sanciones premiales, como por ejemplo el que denuncia una herencia yacente tiene derecho a un premio, o el que declara un tesoro tiene derecho a la mitad de éste, etc.

¹³¹ Squella, Agustín. Obra cit., pág. 142-143.

2.2. Semejanzas y diferencias entre las normas jurídicas y las normas de trato social

Siguiendo a Máximo Pacheco, las semejanzas entre estos dos tipos de normas se presentan en primer lugar en cuanto a que ambas tienen un carácter social, esto es, regulan la conducta del hombre en su relación con los demás miembros de la sociedad o de la comunidad particular que integra con algunos de ellos. Por otra parte se asemejan porque poseen dos características que les son comunes, cuales son el de ser exteriores y heterónomas.

Igualmente, señala Pacheco, no se puede desconocer que normas que hoy son jurídicas antes lo fueron de trato social, como a la inversa, normas que antes estuvieron sometidas al Derecho, actualmente son reguladas por las normas de trato social.¹³²

Junto a esas semejanzas, también habría diferencias, aunque no todos los autores coinciden en ellas. Incluso más, hay autores que sostienen que no es posible distinguir conceptualmente las normas jurídicas de las normas de trato social. Entre ellos se ubica el filósofo del Derecho Italiano Giorgio del Vecchio para el cual “las normas de cortesía, de decencia, de etiqueta, de *decorum*” no son en rigor especies autónomas de normas, “sino que entran necesariamente” en las normas morales o en las jurídicas. Más precisamente, a juicio de Del Vecchio, las normas de trato social serían “partes secundarias o *subespecies* de la moral, y precisamente (en cuanto se reflejan en la costumbre) de la moralidad positiva”.¹³³

No obstante, en la doctrina se reconocen diferencias entre estos dos tipos de norma, como apunta Máximo Pacheco, citando a diversos autores:¹³⁴

- Por de pronto difieren en cuanto a su fuerza obligatoria que sólo la posee la norma jurídica. Pero también difieren en cuanto a su contenido porque “hay materias que, de acuerdo con su fin, pertenecen al Derecho, y otras que, por igual razón, corresponden a los convencionalismos: lo que no excluye la posibilidad de que históricamente, adopte aquél la forma de éstos, o los segundos la del primero” (Rodolfo von Ihering).
- Además, las normas de trato social son meras invitaciones mientras que las normas jurídicas tienen una pretensión de validez de grado superior, “aspiran a tener validez en forma absoluta, sin limitaciones”, lo que no sucede con las normas de trato social (Rodolfo Stammiller).
- También es distinta la sanción que el incumplimiento de unas y de otras normas acarrea. En las normas de trato social la sanción por la trasgresión se expresa en “una censura –que puede llegar hasta excluir del círculo social

132 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 56 y 57.

133 Del Vecchio, Giorgio. “Filosofía del Derecho”. Bosch, Barcelona 1997. Pág. 323

134 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 58 y 59.

correspondiente al infractor-, pero no es jamás la imposición forzada de la observancia de la norma” (Luis Recaséns Siches).

2.3. Diferencia entre las normas jurídicas y las normas morales

Sin perjuicio de que más adelante volveremos sobre la relación entre las normas jurídicas y las normas morales, apuntaremos desde ya algunas de sus diferencias:

- a. Por de pronto, estas normas difieren porque como decían los romanos “Non omne quod licet honestum est”, es decir, no todo lo que es lícito jurídicamente, es también conforme con la moral.¹³⁵ Luego la moral tiene un ámbito más extenso que el derecho, porque algo puede ser jurídicamente permitido y, en cambio, ser moralmente censurable.
- b. Entre ambos tipos de normas median diferencias respecto de las sanciones que acarrea el incumplimiento de unas y otras. Así, mientras las normas de Derecho admiten la coacción para obtener su cumplimiento esto no es posible tratándose de las normas del orden moral. Las primeras son coercibles las segundas no.
- c. El Derecho se limita a regular las acciones externas del hombre en pos del bien común de la sociedad, mientras la moral se realiza en el interior de los hombres y atiende a la perfección del individuo (Santo Tomás de Aquino). Mientras la moral versa únicamente sobre lo interno el Derecho lo hace exclusivamente sobre lo externo (Cristián Tomasio). Para Immanuel Kant el Derecho pretende garantizar la libertad de la conducta externa del hombre, la moral persigue la misma finalidad respecto de la libertad interna. Finalmente, para Juan A. Fichte, la separación entre ambos tipos de normas sería absoluta, puesto que el Derecho permite actos que la moral prohíbe, como por ejemplo, que el acreedor sea despiadado con su deudor.¹³⁶
- d. Agreguemos que entre Derecho y Moral, como señala Kelsen, existe también una diferencia en el sentido de que el Derecho es un sistema dinámico de normas creadas y nulificadas por actos de seres humanos. Esto lo diferencia no solamente de la norma moral sino también del derecho natural, ya que ambos derivan de “una supuesta norma básica que se considera de validez evidente y como expresión de la “voluntad de la naturaleza” o de la “pura razón”. La norma fundamental de un ordenamiento jurídico positivo no es sino la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas”.¹³⁷

En consecuencia en la creación de la norma jurídica, más que una referencia al contenido, en ella se verifica la autoridad y el procedimiento mediante el cual

135 Del Vecchio, Giorgio. Obra cit., pág. 331.

136 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 60 a 64.

137 Kelsen, Hans. “Teoría General del Derecho...”. Obra cit., pág. 134.

dicha autoridad queda facultada para dictar una nueva norma particularizada sobre la misma materia.

- e. Kelsen, en su “Teoría Pura del Derecho”,¹³⁸ señala que también existe diferencia entre la obligación jurídica y la obligación moral –la misma que entre el derecho y la moral–, no obstante que la ciencia jurídica “ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación”. En el orden moral las normas prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos para sancionar la infracción. El que infringe la norma moral sólo viola una norma moral. En cambio, en el Derecho, no hay obligación jurídica “sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria”.

Y añade Kelsen que a veces el legislador omite “establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*”.

En el Derecho chileno, de acuerdo con el artículo 1470, inciso tercero, del Código Civil, las *obligaciones naturales* (*obligatio naturalis*) son “las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas”.

Por cierto, lo anterior es una muy incompleta síntesis, pues establecer las diferencias y semejanzas entre moral y Derecho es algo de mayor complejidad y ocuparía una extensión que no se condice con un curso introductorio como éste. En todo caso, como se dijo, volveremos sobre el tema y algo más podrá verse en el curso de Filosofía del Derecho.

3. ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA JURÍDICA. TIPO DE JUICIO QUE ES LA NORMA JURÍDICA

En sentido amplio, el término lógica puede indicar tanto el conjunto de reglas del pensamiento como de la forma de actuar correcta. En sentido estricto, la lógica se identifica con la lógica formal o deductiva, relativa al estudio de las relaciones de deducibilidad entre proposiciones.

El análisis lógico de las normas, no sólo jurídicas sino también morales, de trato social, etc., y de las relaciones entre las normas, es el objeto de estudio de una reciente rama de la Lógica Formal que recibe el nombre de Lógica Deontica o Lógica de las Normas.

El fundador de la Lógica en la cultura occidental, fue Aristóteles. La lógica es una disciplina formal, porque se ocupa de la estructura, de la forma de los enunciados

138 Kelsen, Hans. “Teoría Pura...”. Obra cit., pág. 65-66.

y argumentos, haciendo abstracción de cualquier contenido. La lógica formal es una lógica simbólica o formalizada. En todo caso, cabe precisar que lo relativo al estudio de la estructura lógica de la norma jurídica, como lo referente a la propia teoría de la norma jurídica, sólo comienza en el siglo XX y durante él va adquiriendo un contorno preciso y definido.¹³⁹

3.1. Lenguaje y lógica

El pensamiento se manifiesta mediante el lenguaje y todo lenguaje es un sistema de signos o símbolos convencionales, llamado lenguaje natural, con el cual nos expresamos de ordinario en nuestros respectivos idiomas.

El lenguaje de la lógica, en cambio, no es un lenguaje natural (como el español, el inglés, etc.) sino que un lenguaje artificial, construido para obtener un grado mayor de precisión y univocidad que el otorgado por el lenguaje natural, y que se logra mediante la utilización de símbolos adecuados (S es P). Por cierto un lenguaje lógico formal es menos rico en posibilidades que el lenguaje natural. Con el primero no se puede escribir poesía, por ejemplo.¹⁴⁰

La lógica clásica, distingue entre la proposición (la oración) y el juicio. La proposición es enunciativa, en tanto que el juicio es judicativo (que juzga o hace juicio de algo), ejemplo: Juan es bueno, cuyo esquema en lógica clásica es: S es P. Se trata de una proposición categórica atributiva donde se atribuye un predicado (P) al sujeto (S), por medio de la copula verbal es. La proposición (lógica) en sentido clásico tiene: sujeto, verbo (actúa como copula) y atributo (juicio). La proposición es una oración enunciativa y el juicio es el producto mental u objeto ideal.

Se denomina proposición a la envoltura verbal del juicio. Así como el juicio es un pensamiento que relaciona dos conceptos, la proposición es una expresión del lenguaje que relaciona términos.

3.2. Clasificación de los juicios

De las diversas clasificaciones de los juicios que se han formulado en lógica, hay dos que nos interesan.¹⁴¹

1. La que clasifica los juicios según la relación establecida entre sus términos en:
 - a) juicios categóricos: son aquellos que relacionan dos conceptos entre sí como sujeto y predicado, en forma independiente o no condicionada. Es un juicio de estructura simple: Ej.: Los ingleses son flemáticos.
 - b) juicios hipotéticos: son aquellos que relacionan dos juicios entre sí, de modo que la efectividad del segundo supone la existencia del primero. Los

139 Hübner Gallo, Jorge Iván. "Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica... ". Pág. 68.

140 Atienza, Manuel. "Introducción al Derecho". Distribuidora Fontamara S.A., México 1998. Pág.271.

141 Ferrater, Mora, José. Diccionario citado.

dos juicios, por separado, no tienen sentido en sí, sino que lo adquieren cuando se relacionan. Ej.: Si se suelta una piedra, cae al suelo.

- c) juicios disyuntivos: son aquellos que presentan una alternativa entre dos juicios, por uno de los cuales hay que optar. Ej.: Homero escribió La Odisea o no escribió La Odisea.

2. La que clasifica los juicios según el contenido:

- a) juicios asertivos o descriptivos: son aquellos que indican relaciones de ser o realidad. Su propiedad fundamental consiste en afirmar o negar una determinada relación. Describen la realidad del mundo, pudiendo ser verdaderos o falsos.
- b) juicios prescriptivos o no asertivos: son aquellos que se refieren a un mandato, un imperativo o una prescripción. No indican relaciones de ser o realidad. Expresan validez o invalidez, cumplimiento o incumplimiento de lo afirmado por el juicio, y no la verdad o falsedad del mismo.

3. Combinando ambas clasificaciones, tendríamos la siguiente gama de juicios:

1. Asertivos-categóricos: Ej.: el metal es duro.
2. Asertivos-hipotéticos: Ej.: si el aire se satura, lloverá.
3. Asertivos-disyuntivos: Ej.: o estas despierto o estas dormido.
4. Prescriptivos-categóricos: Ej.: no mataras.
5. Prescriptivos-hipotéticos: Ej.: si te acuestas temprano, te daré un premio.
6. Prescritivos-disyuntivos: Ej.: o estudias o te castigo.

3.3. Tipo de juicio que es la norma jurídica

Toda norma involucra una forma peculiar de pensar y de expresarse, y lo que interesa aquí es determinar cual es la forma correcta o más precisa de expresarla.¹⁴² Para eso se verá la estructura lógica de la norma jurídica, a fin de establecer qué tipo de juicio debe aplicarse para la construcción de una norma jurídica y las distintas posiciones que hay sobre el particular:

- 1) La Norma Jurídica como Juicio Categórico: de acuerdo con la doctrina tradicional, su estructura lógica es la de un juicio simplemente categórico. Si la norma jurídica es un imperativo, la estructura del juicio categórico es la mejor forma de expresarla. Ej.: el hombre no debe matar, no debe causar daño, debe cumplir lo pactado, etc. Su fórmula se reduce a S es P.

Esta visión fue criticada porque no permite distinguir a la norma jurídica de la norma moral, ya que resulta sin expresión la relación entre la norma jurídica y la sanción coactiva, que es el elemento propio del Derecho positivo.

142 Pacheco, Máximo. Obra cit., pág. 83 a 87.

El jurista alemán, Carl Binding, hizo la observación de que en el Derecho Penal la formulación del juicio categórico, no se concilia con la afirmación correcta de que los delincuentes no violan la ley. Así, en los códigos penales no hay tales imperativos, pues ellos no hacen sino describir una cierta conducta (la del delincuente). Ejemplo: el que se apodere de una cosa mueble ajena –y se le anexa una sanción coactiva a esa conducta– será reprimido con presidio. Luego, para este autor, los delincuentes propiamente no violan la ley penal, sino que precisamente realizan la conducta que la ley describe. Para él, el imperativo o norma (no hurtar) del que surge la noción de lo ilícito sería algo previo a la ley penal, algo supra legal o previo a la ley positiva.

- 2) La Norma Jurídica como Juicio Hipotético: para Hans Kelsen, la función de la norma jurídica es inducir al hombre a comportarse de una determinada manera, por lo cual ella no debe estructurarse como un juicio categórico, sino como un juicio hipotético. La consecuencia jurídica (sanción) deriva de que se realice la hipótesis o supuesto de la norma. El Estado aplica la sanción sólo si se realiza cierto supuesto, si se verifica el hecho o la conducta ilícita, la trasgresión de la norma, o “el entuerto” como llama Kelsen al incumplimiento de la norma jurídica.

La norma jurídica expresa un acto coactivo condicionado: dado la negación de la prestación (o entuerto), debe ser la sanción. La norma es definida con la proposición debe ser. La fórmula debe ser no tiene contenido valórico o ideológico, como tampoco es un mandato. Su función es meramente lógica, relacionar el antecedente con el consecuente. Si la condición se realiza la consecuencia debe ser; en el Derecho el consecuente es una sanción.

Para Kelsen, los sistemas morales positivos son, al igual que el Derecho, órdenes normativos y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a la realización de la condición por vía de una imputación. Luego hay que buscar en otra parte la diferencia entre el Derecho y la moral y ello aparece en el contenido de las reglas que los describen. En el Derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad, etc. Las normas morales, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones coactivas respecto de los actos humanos calificados de inmorales.

Según Kelsen, la estructura lógica de la norma jurídica, para que sea una proposición completa, se da en una suerte de norma doble, integrada por una norma primaria y por una secundaria. Llama norma primaria a la que tiene la nota de coacción, y norma secundaria a la que contiene el deber jurídico o prestación, o sea, la conducta cuyo cumplimiento evita la consecuencia coactiva:

Norma Secundaria: bajo ciertas circunstancias una persona debe conducirse de un modo determinado (dado A debe ser P);

Norma Primaria: si no se comporta así, entonces otra persona (órgano del Estado) debe realizar contra ella un acto coactivo predeterminado (dado no P debe ser S).

Dado A debe ser P por el sujeto obligado.

Dado no P debe ser S por un órgano del Estado.

Luego, para Kelsen, la norma jurídica expresa un acto coactivo condicionado y su estructura lógica debe ser la de un juicio hipotético.

- 3) La norma jurídica como juicio disyuntivo: para el filósofo argentino Carlos Cossio, autor de la "Teoría Egológica del Derecho", la estructura lógica de la norma jurídica debe ser la del juicio disyuntivo. Para la Teoría Egológica, el Derecho es conducta humana y no una prescripción de conducta. Toda pregunta sobre el Derecho supone preguntar por el comportamiento humano, y ese comportamiento en interferencia intersubjetiva, o sea, la conducta entre dos individuos en que uno de ellos impide la conducta deseada por el otro. La norma es un concepto mediante el cual explicamos la conducta del hombre y así, sólo explica la realidad, por lo cual no puede ser un imperativo que se expresa como un juicio categórico.

Para Cossio, la norma jurídica debe ser un juicio lógico que en forma disyuntiva une dos juicios hipotéticos, uno de los cuales estatuye el deber y el otro la sanción, según la formula siguiente:

Dado H debe ser P (*Endonorma*);

Dado no P debe ser S (*Perinorma*).

Cossio, separándose en esto de Kelsen, reivindica para la norma secundaria su pleno sentido ontológico (la ontología, trata del ser y de sus propiedades trascendentales) y no la ve como una mera hipótesis auxiliar del pensamiento. Para él, el esquema de una norma jurídica completa no puede ser otro que el de un juicio disyuntivo, cuyos dos términos, unidos por la conjunción "o", tienen ambos un valor ontológico; los dos aluden a realidades de la conducta humana, que sólo difieren por su distinto sentido jurídico. Mientras la endonorma considera la conducta que es lícita (norma secundaria en Kelsen), la perinorma considera el acto ilícito o entuerto (norma primaria en Kelsen).

Para Cossio, la norma jurídica completa tiene dos miembros, a los que llamó endonorma (la prestación) y perinorma (la sanción), para terminar con las designaciones de norma primaria y secundaria que los diferentes autores usan con un sentido opuesto, como también para subrayar que se trata de una norma única y no de dos normas. Esto resulta indispensable para entender el concepto fundamental de una constante que permite pensar disyuntivamente los actos contradictorios, P y no P, con exclusión de terceras posibilidades, es decir, pagar o no pagar, matar o no matar.

El aporte de Cossio no sólo fue sostener que las normas son juicios disyuntivos, sino que también puntualizó los diez conceptos fundamentales que los integran:

Endonorma: 1. Dado un hecho antecedente con su determinación Temporal (H t),
2. Debe ser,

- 3. La prestación (P),
- 4. Por alguien obligado (A o),
- 5. Frente a alguien pretensor (A p),

O

- Perinorma:
- 6. Dado la no prestación (no P),
 - 7. Debe ser,
 - 8. La sanción (S),
 - 9. Por un funcionario obligado (F o),
 - 10. Ante la comunidad pretensora (C p).

Los diez aspectos señalados configurarían la norma completa.

- 4) La Norma Jurídica como Complejo Proporcional de Carácter Conjuntivo: para el filósofo chileno Jorge Millas la fórmula de la norma jurídica es: Si A es, debe ser B y si no es B debe ser S. Para Millas, el valor lógico del esquema de Cossio no es aceptable. Ello porque toda proposición disyuntiva implica la exclusión o incompatibilidad de dos relaciones, los miembros de la disyuntiva no pueden ser simultáneamente válidos.

Según Millas, para Cossio, la disyuntiva es entre dos posibilidades de deber. Dados sus respectivos antecedentes, dice la fórmula, debe ser B "o" debe ser C, es decir, ambas relaciones de deber ser se excluyen: si es debido lo primero, no es ya debido lo segundo. Pero ello destruye el sentido y la existencia de la norma jurídica, ya que si por tener validez el primer miembro de la disyuntiva (norma secundaria o endonorma) no lo tuviera el segundo nos encontraríamos con un deber ser sin sanción, esto es, no habría norma jurídica. Por otra parte, si es el segundo miembro de la disyuntiva (norma primaria o perinorma) el que se realiza, eso significa que el primero no es válido, lo cual supone el absurdo de que la conducta principal ya no es debida, luego también carece de sentido la sanción.

En verdad dice Millas, para que la norma jurídica sea tal, se requiere la concurrencia de sus dos fases. Por eso el símbolo no es el disyuntivo, sino que el conjuntivo (aquel que junta o une una cosa a otra) que indica la concurrencia de las dos proposiciones hipotéticas. Esta unión puede ser concebida con la expresión "y si no" que da origen a un complejo proporcional conjuntivo de dos juicios hipotéticos.

- 5) Posición del Profesor Aníbal Bascuñán: para Bascuñán en la estructura lógica de la norma jurídica se pueden distinguir dos partes o circuitos:

Primer Circuito Normativo: de aplicación espontánea o voluntaria del derecho (si A es, debe ser P);

Segundo Circuito Normativo: de aplicación forzada o coactiva del derecho (y si no es P debe ser S).

El primer circuito se cierra sin necesidad de abrirse el segundo, cuando el esquema de conducta es acatado por el sujeto obligado en beneficio del sujeto pretensor y

en relación a una pretensión determinada. El segundo circuito sólo se abre si se rompe la normalidad jurídica, esto es, si el primero queda incompleto por la no prestación y se abre para dar paso a la sanción coactiva que es la consecuencia jurídica forzada de la trasgresión.

Siguiendo al profesor Bascuñan: "En síntesis podemos decir que los juicios prescriptivos pueden asumir la forma de juicios categóricos, hipotéticos o disyuntivos, sin alterar su carácter de prescripciones de conducta, y parece que la forma más adecuada de expresarlos es como juicios hipotéticos y que la norma jurídica completa tiene una estructura doble: por una parte establece los deberes y obligaciones que los hombres deben acatar y también establece la consecuencia jurídica cuando el sujeto obligado no realice la conducta exigida u omita la acción prohibida. La primera establece o prescribe la conducta y la segunda consigna la sanción coactiva frente a la infracción".¹⁴³

143 Bascuñan Valdés, Aníbal. Separatas: "Estructura Lógica de la Norma Jurídica". Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

UNIDAD VIII

El concepto de derecho. Las relaciones entre derecho y moral

1. DIVERSAS CONCEPCIONES DEL DERECHO

La palabra Derecho deriva del término latino *derectum*, que los romanos usaron en forma paralela al término *ius*, aunque prevaleció después el primero. La voz latina significaba *dirigir, rectamente dirigido*, en oposición al término *tortum*, torcido. Lo que hoy llamamos Derecho los romanos lo identificaban con el término *ius*. La etimología de esta última expresión se desconoce. Hay quienes piensan que su origen pudo estar en *Iovis*, Júpiter, el dios que castiga el perjurio.¹⁴⁴

Manuel Atienza, inicia su texto de “Introducción al Derecho” diciendo: “En la *Critica de la razón pura*, Kant ironizaba a propósito de los juristas que todavía estaban buscando una definición del concepto de Derecho; hoy, un par de siglos después, no puede decirse que la hayan encontrado. Por su parte, Flaubert, en su *Diccionario de los lugares comunes*, definía “Derecho” de esta original manera: “No se sabe qué es”.¹⁴⁵

El propio Atienza sale del problema asumiendo que es una idea “anacrónica” e “insostenible”, pensar que los conceptos científicos deben definirse desde el primer momento. Y citando a Bunge, sostiene que es absurdo pensar que no se puede empezar una investigación antes de tener definido su objeto, entre otras cosas porque muchas veces se parte de conceptos vagos que se van dilucidando con la investigación misma. Lo que importa es que el objeto de la investigación esté identificado desde el comienzo, lo que puede hacerse sin necesidad de una definición previa. Y agrega a continuación, “lo anterior puede aplicarse perfectamente a nuestra investigación sobre lo que sea el Derecho. No empezaremos por definir lo que es el Derecho... sino por apelar a las distintas experiencias y nociones que cualquiera que lea estas páginas tiene a propósito del Derecho”.¹⁴⁶

El profesor inglés de Filosofía del Derecho, Herbert L. A. Hart, escribió en 1961 un libro destinado a esclarecer el concepto de Derecho. Su obra parte señalando que con el Derecho se produce algo “que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina autónoma. No hay una

144 Guzmán Brito, Alejandro. “Derecho Romano Privado”. Editorial Jurídica. Santiago 2001. Tomo I, pág. 83.

145 Atienza, Manuel. Obra cit., pág. 9.

146 Atienza, Manuel. Obra cit., pág. 10.

basta literatura consagrada a contestar las preguntas “¿qué es química” o “¿qué es medicina?”, como la hay para responder a la pregunta “¿qué es Derecho?”.¹⁴⁷ No obstante todo su esfuerzo investigativo para dilucidar la noción de Derecho, Hart termina convencido de que tal concepto es demasiado complejo para poder ser encerrado en una cláusula definitoria y por ello precisa que “su propósito no es dar una definición de derecho... su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica”.¹⁴⁸

En verdad, no hay una definición única de lo que es Derecho. Los juristas no han podido concordarla y cada visión del orden jurídico tiene la suya propia. Como precisa Atienza, “existe un amplio consenso en considerar al Derecho esencialmente (aunque no sólo) como un conjunto de normas, pero importantes diferencias de opinión a la hora de determinar lo que debe entenderse por norma jurídica y de precisar las conexiones de las normas con otros elementos como la fuerza, la ideología o la moral”. Y aludiendo a las funciones del Derecho, añade que “existe acuerdo en considerar que éste es un medio de ordenar la conducta humana, pero importantes diferencias a la hora de interpretar cuál es el sentido de esa ordenación”.¹⁴⁹

Así, cada autor suele tener su propia definición de Derecho. Y al respecto cabe precisar que definir, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, es: “Fijar con claridad, exactitud y precisión la significación de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa”. Y como señala Ferrater Mora, la definición equivale a la delimitación, esto es a la indicación de los fines o límites (conceptuales) de un ente respecto a los demás. Toda definición debe agotar “las notas consideradas esenciales del ente definido, pues si falta alguna de ellas el objeto no queda propiamente “situado” y puede fácilmente confundirse con otro”. De tal necesidad han surgido verdaderas reglas al respecto, como que “la definición debe ser más clara que la cosa definida; lo definido tiene que quedar excluido de la definición; la definición no debe contener ni más ni menos que lo susceptible de ser definido”.¹⁵⁰

A todo lo anterior cabe agregar que incluso la misma persona que formula la definición no resulta un dato indiferente. Su formación y visión resultan determinantes al momento de buscar comprender su definición, porque para saber leerla es importante conocer el sentido en que usó los distintos términos quien hizo la definición como también, y más en el caso particular del Derecho, la filosofía jurídica y la visión política que lo inspira.

1.1. Algunas definiciones de derecho

A continuación enunciaremos algunas de aquellas definiciones que presentan diferencias, pero todas con ideas centrales similares y que demuestran también esa disimilitud que anotábamos.

147 Hart, Herbert L. A. Obra cit., pág. 1.

148 Hart, Herbert L. A. Obra cit., pág. 20 y 21.

149 Atienza, Manuel. Obra cit., pág. 51.

150 Ferrater Mora, José. Diccionario citado.

- a) Francesco Carnelutti: (1879-1965): considerando que la palabra Derecho suscita la idea de ley, en una definición empírica y provisionalmente lo define como: "Un conjunto de leyes que regulan la conducta de los hombres".¹⁵¹

Aquí el autor no arriesga una definición propiamente tal, sino que formula algo provvisorio limitándose a decir que el derecho "suscita" la idea de ley, por lo cual éste sería un conjunto de leyes que regulan la conducta humana. Por cierto aquí Carnelutti usa la expresión ley en un sentido amplio, como suele entenderse en la opinión común y el acento de su definición está puesto en el cuerpo normativo que integra el derecho.

- b) Hans Kelsen: (1881-1973) sostiene que es "la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario". De manera más breve, "orden normativo de carácter coactivo".¹⁵²

La definición de Kelsen es coherente con su postura iuspositivista y con su teoría pura del derecho, en orden a destacar en ella el elemento que él distingue como central para diferenciar el orden normativo jurídico de todo otro, y cual es su carácter coactivo. En otros términos, el derecho contiene la posibilidad de aplicar una sanción mediante la fuerza cuando se trasgreda el orden jurídico lo que no ocurre con ningún otro sistema normativo regulador de conductas humanas.

- c) Jorge Iván Hübner: nos dice que "el Derecho es un sistema de normas que organizan el Estado y las instituciones sociales y rigen la convivencia humana con el objeto de imponer el orden, la paz, la justicia, la seguridad y, en suma, el Bien Común".¹⁵³

Según Hübner, como un buen exponente de la escuela iusnaturalista, en la definición de derecho, junto con singularizarlo como un "sistema de normas" -que entre otras funciones organiza el Estado y las instituciones sociales que rigen la convivencia humana- debe incluirse una referencia a los fines del derecho, los cuales, según esta escuela, deben ser coherentes, a lo menos en aspectos básicos o fundamentales, con los principios y fines que inspiran al Derecho Natural de origen divino.

- d) Miguel Reale: señala que el Derecho es "interacción dinámica y dialéctica de hechos, normas y valores". Según este autor el Derecho "no es puro hecho ni pura norma, sino que es el hecho social en la forma que le da una norma racionalmente promulgada por una autoridad competente, según un orden de valores".¹⁵⁴

Finalmente, Reale nos da la definición comprensiva de los diversos aspectos que a juicio suyo forman parte o están presentes en las normas jurídicas como son

151 Carnelutti, Francesco. Obra cit., pág. 11.

152 Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho...". Obra cit., pág. 22.

153 Hübner Gallo, Jorge Iván. Manual cit., pág. 283.

154 Reale, Miguel. "Teoría Tridimensional del Derecho". EDEVAL. Valparaíso 1978. Pág. 102.

los hechos sociales, su carácter normativo expresado en una norma debidamente promulgada por la autoridad facultada para hacerlo y que contiene los valores que aspira a realizar, o como dice él “según un orden de valores”.

Los tres elementos que menciona Reale en su definición –hecho, valor y norma–, permitirían –según algunos autores– una comprensión cabal y no fragmentaria del Derecho Positivo. Sin embargo, no falta quien, y no exento de razón, que agrega que esos tres elementos no están en un pie de igualdad, por cuanto el elemento normativo tiene en el Derecho una evidente preponderancia respecto de los otros dos.¹⁵⁵

1.2. Elementos comunes de las definiciones anteriores

En todo caso, las definiciones transcritas, permiten formarse una idea de la variedad de éstas y de los diversos elementos que componen, *grosso modo*, aquello que denominamos Derecho. Entre ellos podemos distinguir la idea de conjunto de normas, de que el derecho monopoliza la fuerza, de que en él se encuentran elementos como normas, hechos y valores; por cierto, también una cierta aspiración de justicia como de realización de determinados derechos fundamentales, etc.

En suma y conforme con lo anterior, podemos delimitar el concepto de derecho diciendo que es un conjunto de normas que regulan la conducta humana, dictadas por la autoridad normativa, acorde con los valores sociales preponderantes de la sociedad de que se trata, y que permiten sancionar mediante la fuerza las conductas que trasgreden esas normas jurídicas.

2. FUNCIONES DEL DERECHO

2.1. Diferencia entre funciones y fines

Cabe precisar que los términos “función” y “fin” expresan cuestiones distintas. Cuando se habla de la función de algo nos referimos a la tarea que cumple, a lo que realiza según su condición. En cambio, cuando se habla de fin aludimos al objeto o propósito a cuya consecución o logro se dirige algo. Cuando se consulta por la función de algo, preguntamos ¿qué es lo que hace?; cuando se consulta por los fines de algo, en cambio, preguntamos ¿para qué lo hace? De acuerdo con un ejemplo que aporta Squella la función de la mano es asir, tomar o coger cosas, pero su fin es facilitar la mejor existencia del hombre.

La función está en la cosa misma, mientras que el fin está fuera de ella, como propósito o expectativa que se procura satisfacer por medio de la función. El fin es algo ulterior, situado más allá de la función.

155 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 810 a 812. Ver también del mismo autor, Colección Manuales Jurídicos: “¿Qué es el Derecho? Una descripción del fenómeno jurídico”. Editorial Jurídica, Santiago 2007.

2.2. Funciones específicas del derecho

Siguiendo a Squella, las funciones del derecho aluden a las tareas que éste realiza en un contexto dado, y ellas serían las siguientes según señala este autor:¹⁵⁶

1. Orientar Comportamientos: la primera función del derecho es dirigir la conducta de los miembros del grupo social, valiéndose para ello de normas y otros estándares que pueden ser vistos como mensajes destinados a influir en el comportamiento humano. Con ello también es un medio de control social, que evita o limita los conflictos.
2. Resolver Conflictos: en toda sociedad hay relaciones de cooperación y de conflicto entre sus miembros. Los individuos y grupos tienen intereses que pueden ser tanto coincidentes como discrepantes. El derecho busca prevenir los conflictos y resolverlos una vez ocurridos. En esta función de resolver conflictos debemos distinguir: *la represión* de los comportamientos desviados y *la resolución* de los conflictos de intereses. La represión es propia del Derecho Penal, en tanto que la resolución de los conflictos de intereses aparece en el ámbito del Derecho Civil y del derecho privado en general. Cuando se trata de resolver un conflicto hay dos opciones: o lo solucionan directamente los afectados o acuden a un tercero, para que los ayude a solucionarlo o bien para que él lo resuelva por ellos.

Las formas más habituales de resolver jurídicamente conflictos, por medio de un tercero, son:

- a) La Mediación: en ella las partes aceptan que un tercero intervenga para convencer a una de ellas que la otra tiene razón o bien para convencer a ambas para que se hagan concesiones recíprocas. Las partes no se obligan a acatar el parecer del mediador.
- b) El Arbitraje: en éste las partes designan de común acuerdo a un árbitro -o bien acuden a un juez para que lo designe por ellas-, para que resuelva el conflicto. Las partes se obligan a acatar la decisión del árbitro.
- c) La Conciliación: en ella el tercero imparcial no lo designan las partes sino que el propio ordenamiento jurídico -que puede ser un juez u otro funcionario de la Administración-, y su función es procurar un acercamiento entre las partes para resolver el conflicto. La conciliación busca una solución para evitar un juicio o bien si ya se inició éste para evitar su tramitación. Si hay conciliación termina el conflicto y ella es obligatoria para las partes.
- d) La Adjudicación: en ésta actúa un juez que lleva adelante un proceso o juicio cuyo procedimiento, como la actuación del mismo juez y de las partes, están previamente reguladas por el ordenamiento jurídico.

¹⁵⁶ Squella, Agustín. Obra cit., pág. 693 a 707 .

No obstante lo anterior, cabe destacar que en las sociedades el conflicto es la excepción. Lo habitual es que el Derecho se viva y se aplique espontáneamente, sin que, en la mayoría de los casos, los sujetos sometidos a sus normas tengan conciencia de que están actuando conforme a Derecho. La coacción y el castigo, para imponer el Derecho, sólo entran en juego por excepción.

3. Promover y Configurar Condiciones de Vida: esta función surge del hecho que los ordenamientos jurídicos, para conseguir determinados comportamientos que consideran deseables, se valen no sólo del castigo al infractor de la norma, sino también de premios o recompensas para quienes ejecuten las conductas que al derecho interesa promover. Luego la sanción no es la única manera de conseguir ciertas conductas, dado que para ello sirven también las llamadas sanciones positivas o premiales, los beneficios que el Derecho ofrece para incentivar conductas.
4. Función Distributiva: en virtud de ella el ordenamiento jurídico asigna a los miembros más débiles de la sociedad, recursos económicos o servicios destinados a mejorar su situación. Esta función puede decaer en las economías donde prevalece el mercado como asignador de recursos por sobre el Estado, pero no desaparece del todo. Igualmente, conforme con esta función, se distribuyen las cargas públicas en proporción a los haberes de cada uno.
5. Organizar y Legitimar el Poder Social: el Derecho organiza y legitima el poder social. Así, establece los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial); fija su organización interna y el modo en que deben actuar al adoptar decisiones dentro de sus respectivas competencias, a fin de que tales decisiones sean respetadas y acatadas. El Derecho, al organizar y legitimar el poder también limita su ejercicio.
6. Cuidado del Derecho: esta nueva y última función del Derecho, concierne a quienes se relacionan con él de manera regular y estable por su actividad. Son los llamados "operadores jurídicos", esto es, legisladores, jueces, abogados, notarios, juristas, funcionarios de la administración, etc., y de quienes se espera que actúen de un modo que permita una realización más eficiente del Derecho, incluida su actualización para que éste vaya con los tiempos y los requerimientos sociales.

2.3. Eficacia del derecho. La fuerza legítima

El Derecho, para obtener el cumplimiento de sus normas y lograr el orden y la paz que busca, usa la fuerza. Sin embargo, no es una fuerza cualquiera, ni la usa de cualquier modo. Se trata de una fuerza legítima, socialmente organizada y cuyo uso debe estar debidamente autorizado.

Como explica Kelsen: "Al definir el derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede

hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza sólo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito".¹⁵⁷

La fuerza que usa el Derecho es una fuerza legítima, lo que significa "fuerza conforme al derecho, o sea, fuerza ejercida a través de órganos regulados en su funcionamiento por el propio ordenamiento jurídico". Y es una fuerza socialmente organizada, "precisamente porque ella debe hacerse efectiva a través de órganos coercitivos que están establecidos y regulados por el propio derecho".¹⁵⁸

La autorización para el uso de esa fuerza la otorga la autoridad correspondiente en cada ordenamiento jurídico –normalmente los jueces y ciertas autoridades administrativas– y la fuerza se emplea únicamente a través de los órganos que el Estado tiene para tal objeto y que constituyen la denominada fuerza pública.

En el caso de nuestro país dicha fuerza la integran Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política de la República. Según esta misma disposición ambas instituciones "constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior".

De esta manera, el Derecho se atribuye el monopolio de la fuerza, esto es, prohíbe todo acto de fuerza de un sujeto sobre otro que no consista en los actos de fuerza y por los medios que el propio Derecho autoriza. Como se ha sostenido, la fuerza es empleada por el Derecho para prevenir el empleo de la fuerza en la vida social por los particulares.

El Derecho no impone por la fuerza los comportamientos que sus normas exigen, sino las sanciones que siguen en caso de que algún sujeto se aparte de tales comportamientos. Según explica Squella, "todo individuo es libre de ajustar o no su conducta a lo exigido por el derecho, y éste, salvo el caso de la comisión de un delito flagrante, nada puede hacer para imponer por la fuerza física el comportamiento que exige como debido".¹⁵⁹

Francesco Carnelutti nos dice sobre este particular: "La sanción introduce la fuerza en la noción del derecho, porque naturalmente, en cuanto no se obedezca el precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto. Este elemento de la fuerza constituye la verdadera diferencia entre el derecho y la moral, y de ahí la *naturalidad* del derecho en comparación con la *sobrenaturalidad* de la moral. Por eso el derecho nace bajo el signo de la contradicción: se sirve de la guerra para combatir a la guerra; para que el bandido no ataque al caminante, el carabinero ataca al bandido".

157 Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 59.

158 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 143-144.

159 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 145 .

Y agrega Cornelutti en el mismo texto, “que si el medio del que tanto el uno como el otro se sirven es siempre la fuerza, el fin a que se dirigen es diverso: el bandido combate para sí y el carabinero para los demás. El derecho es, pues, una combinación de fuerza y de justicia; y de ahí que en su emblema se encuentre la espada al lado de la balanza”.¹⁶⁰

El jurista alemán Rudolf von Ihering (1818-1892) –en cita tomada de Squella¹⁶¹–, para explicar la relación y, a la vez, la diferencia que hay entre Derecho y fuerza, usó también la figura de la balanza y la espada: “La balanza, sin la espada, es el derecho en su impotencia, el derecho inerme, incapaz de imponerse. La espada sin la balanza, a su turno, es la fuerza bruta, ciega y sin control. De manera que tanto la espada como la balanza son símbolos que, conectados entre sí, resultan expresivos de la realidad de lo jurídico. Porque el derecho no reina verdaderamente sino allí donde la fuerza empleada para blandir la espada iguala a la habilidad con que se sostiene la balanza”.

3. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

El autor de la teoría pura del Derecho fue el jurista austriaco Hans Kelsen quien, en 1934, publicó en Alemania una exposición general de la Teoría pura del derecho. Kelsen, a juicio de la mayoría de los autores, como dice Manuel Atienza, es “el jurista más importante del siglo XX”. Este autor “se propuso construir una auténtica *ciencia* del Derecho, elevar la jurisprudencia al rango de saber científico riguroso”. Y tal objetivo sólo podía conseguirse, a juicio de su creador, depurando el objeto de su estudio, es decir, el Derecho, de toda cuestión que le fuera ajena.

Según explicara el propio Kelsen en el Prefacio de la edición alemana de 1934: “Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia”.¹⁶²

En el propósito antes referido, y según señala Atienza, “En primer lugar, era preciso separar las normas de los hechos y, por tanto, la ciencia jurídica, como ciencia normativa, de las ciencias de los hechos, de las ciencias empíricas. En segundo lugar, se imponía distinguir el Derecho de la moral y, por tanto, la ciencia jurídica de la ética. Su definición del Derecho (la de Kelsen) como <conjunto de normas coactivas> refleja precisamente estos dos aspectos: el Derecho, por su carácter normativo, es orden de la conducta, del deber ser, no del ser, mientras que la nota de coactividad es lo que permite diferenciarlo de la moral”.¹⁶³

160 Cornelutti, Francesco. Obra cit., pág. 32.

161 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 147.

162 Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 13.

163 Atienza, Manuel. Obra cit., pág. 206

Se puede decir que lo que Kelsen buscó fue determinar si los fenómenos sociales que han sido designados con la palabra "Derecho" a lo largo de la historia tienen o no rasgos comunes que permitan diferenciarlos de otros fenómenos similares. Sobre el particular Kelsen distinguirá, entre otros, los siguientes aspectos relevantes:

- a) En primer lugar, para Kelsen el derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es "el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional".¹⁶⁴
- b) El derecho "es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad". Sin embargo, dice Kelsen, el derecho puede ser considerado de un punto de vista estático, esto es, como el sistema de normas en sí cuya unidad proviene de tener un origen común en una misma norma fundante o norma básica que es propia de cada pueblo, o bien de un punto de vista dinámico, donde se considera la manera en que es creado y aplicado. En este último aspecto las normas jurídicas "son creadas y aplicadas por los hombres", y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por esas mismas normas. Así, "el derecho tienen la particularidad de que regula su propia creación y aplicación".¹⁶⁵
- c) Toda la conducta humana está regulada por el derecho, ya sea en forma directa o indirectamente. Según Kelsen, "cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en ese sentido está indirectamente determinada por el derecho". Como consecuencia de lo anterior, "no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional". De ahí resulta también, de acuerdo con Kelsen "que un orden jurídico no puede tener lagunas".¹⁶⁶
- d) Sin embargo, para Kelsen, el elemento común a todos los ordenamientos conocidos como Derecho a lo largo de la historia y en la actualidad, es que son "órdenes coactivos". Y es esa posibilidad de imponer sanciones coactivas lo que permite distinguir y diferenciar el Derecho de todo otro orden normativo. Como dice el autor, si "comparamos todos los ordenamientos sociales, pasados y presentes, a los que generalmente se da el nombre de "derecho", descubriremos que tienen una característica común, que los órdenes sociales de otra clase nunca presentan... Y tal característica es el único criterio por el cual podemos distinguir claramente el derecho de otros fenómenos sociales, como la moral y la religión". Y esta característica no es otra que el derecho es "la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso

164 Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 40.

165 Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 36.

166 Kelsen, Hans. Obra cit., pág. 36-37.

de un comportamiento contrario".¹⁶⁷ Esa "medida coercitiva" no es otra que una sanción.

Como precisa Kelsen en el marco del derecho positivo "la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada", y es "la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho". Los normas de un orden moral, en cambio -y podemos agregar las normas de trato social-, no prescriben ni autorizan sanciones coactivas respecto de los actos humanos calificados de inmorales.¹⁶⁸

En las normas religiosas, en cambio, la sanción desempeña y ha tenido en la historia un papel esencial, pero que también difiere de la sanción jurídica. En efecto, como explica Kelsen, "para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar o la mala cosecha son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas".¹⁶⁹

De lo expuesto en forma muy sucinta, Kelsen va a concluir que el derecho no es más que un orden normativo positivo, que regula la conducta humana mediante la imposición de sanciones coactivas cuando esa conducta humana trasgrede la norma jurídica.

4. RELACIÓN DEL DERECHO CON LA MORAL

Si bien entre una norma moral y una norma jurídica puede haber relaciones, y de hecho las hay, ellas corresponden a sistemas normativos distintos, que atienden a esferas diferentes, aunque históricamente esto no siempre ha sido visto ni comprendido así. En la siguiente síntesis, seguimos el texto "Filosofía del Derecho" de Giorgio del Vecchio:¹⁷⁰

En las fases primitivas de la vida social aparecían confundidos la moral, el derecho y la religión. Como sostiene Del Vecchio, "todavía en la civilización helénica aparece el Derecho fundido en parte con la Moral: no se encuentran todavía en Grecia teorías rigurosas sobre los caracteres específicos de las normas jurídicas". Para los griegos, de acuerdo a este mismo autor, "Las normas emanadas del Estado (o sea el Derecho positivo) se entienden todavía principalmente como

167 Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho y del Estado". UNAM, México 1969. Págs. 17 a 24.

168 Kelsen, Hans. "Teoría pura...", pág. 56.

169 Kelsen, Hans. "Teoría pura...", pág. 56-57.

170 Del Vecchio, Giorgio. Obra cit., pág. 330 a 333.

consejos para el recto vivir, para el logro de la felicidad, unidas a las normas morales”.

Se discute si los romanos distinguieron efectivamente entre moral y derecho. Según Del Vecchio, “En Roma el Derecho se desarrolló positivamente adquiriendo una figura propia bien distinta de la Moral; pero, sin embargo, tampoco encontramos allí una teoría explícita sobre las diferencias entre Moral y Derecho”. En todo caso, para este autor, “los romanos tuvieron un concepto, o por lo menos una intuición fina y exacta de los límites del Derecho... y a veces también entrevieron la distinción teórica, diciendo por boca de Paulo: *Non omne quod licet honestum est* (no todo lo que es lícito jurídicamente, es también conforme a la moral)”.

De acuerdo con el filósofo citado, tampoco durante la Edad Media hubo claridad sobre esta cuestión. Ni en la Patrística ni en la Escolástica hubo una teoría específica que distinguiera Derecho de Moral. En esa época “la Moral asume forma jurídica, casi legalizada; el Derecho es concebido como regla universal del obrar, hasta comprender dentro de sí, a la Moral”.

A juicio de Del Vecchio, “Para encontrar una propia y verdadera teoría sobre esta distinción hay que llegar a una edad relativamente reciente. Cristián Tomasio (en 1705) afrontó clara y directamente el problema (que, sin embargo, no había sido ignorado por autores precedentes) movido por una intención que podríamos calificar de política”. Cristián Tomasio (1655-1728), distinguió entre acciones externas e internas, buscando diferenciar la moral del derecho como una forma de reivindicar ciertas esferas de la libertad individual, especialmente la libertad de pensamiento o de conciencia, y limitar la acción del Estado respecto de ella.

Su doctrina la siguió Immanuel Kant, y fue un expositor del pensamiento kantiano, Johann Fichte (1762-1814), quien llevó al extremo la idea de separación entre derecho y moral. Después de Fichte, sin embargo, vino una reacción, que buscó reaproximar derecho y moral, llevando el péndulo al otro lado y el problema no ha terminado. Como sostiene Del Vecchio, “todavía en nuestros tiempos, se han levantado por algunos autores objeciones contra todos los caracteres diferenciales entre Moral y Derecho (sin excluir ni siquiera el de la coercibilidad), hasta casi llegar a renovar la confusión primitiva”.

Volviendo a la distinción entre uno y otro orden, y como ya lo sabían los romanos, la moral es más amplia que el derecho, lo que explica que no siempre lo que es legalmente correcto sea, necesariamente, moralmente correcto. La moral incluye deberes más extensos que los contenidos por el derecho: deberes del hombre para consigo mismo, respecto de sus semejantes y respecto de Dios.

El Derecho, en cambio, sólo rige las obligaciones sociales impuestas por la convivencia entre los hombres. El objetivo del Derecho es de beneficio social, mientras que el fin supremo de la moral es la perfección personal, aunque su práctica también tenga efectos de interés social.

Para los seguidores del pensamiento iusnaturalista o Escuela del Derecho Natural, debe existir siempre una relación entre moral y derecho, ya que, para ellos, el derecho es una parte del orden moral que tiene por objeto una de las diversas virtudes incluidas en la idea de bondad: la justicia. La moral, es más amplia, ya que trata de la bondad en general de los actos libres de los hombres y no sólo de la justicia. Por otro lado para esta Escuela de pensamiento, como señalamos, el derecho debe estar fundado en la moral.

Para los seguidores del pensamiento iuspositivista o Escuela Positivista, moral y derecho son dos órdenes normativos separados; dos disciplinas independientes, que pueden o no tener relación o estar vinculados, pero que existen con independencia uno del otro. Para esta corriente, derecho es todo lo que el Estado establece como tal, independientemente de cual sea su contenido desde el punto de vista moral.

Lo anterior no significa que el orden normativo jurídico, que el Derecho positivo, no incluya normas morales. De hecho así ocurre, pero lo que afirma esta Escuela es que para la existencia y validez de la norma jurídica positiva, no es necesario que ella esté fundada en una norma moral o en un principio de ese orden como lo sostiene la Escuela iusnaturalista.¹⁷¹

171 Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho...". Obra cit., pág. 133.

UNIDAD IX

El ordenamiento jurídico

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1.1. Como sistema normativo estático y como sistema normativo dinámico

El ordenamiento jurídico se define como “el conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado”.¹⁷² Ello porque los preceptos de un orden jurídico no se encuentran aislados o desvinculados unos de otros, sino que están unidos en forma orgánica en virtud de relaciones mutuas de fundamentación, derivación y coordinación.

De acuerdo con Kelsen, citado por Squella, se pueden distinguir dos tipos diferentes de sistemas normativos: estáticos y dinámicos.

- a) Sistema Normativo Estático: un sistema es estático “cuando las normas que lo componen valen por su contenido, un contenido que es posible probar en la medida en que pueda ser derivado de una norma más general cuya evidencia no se discute. Así, la moral es para Kelsen un sistema normativo estático, puesto que normas tales como “No se debe mentir”, “No se debe engañar o “Se debe mantener la palabra empeñada”, derivan de la norma básica más general que ordena decir la verdad, la cual “tiene un contenido que es aceptado como inmediatamente evidente”.
- b) Sistema Normativo Dinámico: “Por la inversa, un sistema normativo es dinámico –y tal es el caso del derecho– cuando sus normas valen no por su contenido, sino por su origen o *pedigree*, con lo cual quiere decirse que valen en la medida en que han sido producidas por quien, por medio del procedimiento que y dentro de los límites de contenido que hubiere establecido al respecto una norma superior del mismo sistema... (como dice Kelsen) una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado, es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de una determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta”.¹⁷³

¹⁷² Squella, Agustín. Obra cit., pág. 434. Por su parte, Jorge Iván Hübner define el ordenamiento jurídico como “el sistema orgánicamente articulado de las normas del Derecho Positivo de un ámbito determinado”. Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 357.

¹⁷³ Squella, Agustín. Obra cit., pág. 438.

1.2. El sentido unitario del sistema

Las distintas normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico, no obstante que aparecen y se expresan de múltiples formas, constituyen un todo unitario. Ese todo no es una simple suma de partes, como lo sería por ejemplo un montón de granos de arena, sino que, como lo puso de relieve Edmund Husserl (1859-1938), “es una reunión de partes vinculadas entre sí por una fundamentación unitaria, como los capítulos de un libro o las notas de una melodía, o las normas de un ordenamiento”.

Esa pluralidad de normas configura una unidad porque su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma única, fue llamada por Hans Kelsen “norma fundamental” o “norma básica”. Ella, además de otorgar y garantizar la unidad, es la fuente de validez de todas las demás normas pertenecientes a un mismo orden o sistema, dado que todas ellas han sido creadas conforme a esa misma norma básica. Así, las normas jurídicas no se encuentran aisladas o yuxtapuestas, sino que están asociadas entre sí, unas con otras, constituyendo una unidad cerrada: un sistema.

La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es otra cosa que la norma básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio ordenamiento tienen que ser creadas. Así, toda norma se funda o se apoya en otra y es válida en la medida que es creada de acuerdo con el procedimiento establecido en la norma en que se funda, como por ejemplo, una sentencia judicial es dictada por un juez de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento respectivo y una ley es aprobada por el Poder Legislativo de acuerdo con el procedimiento previsto en la Constitución.

Volveremos sobre esta idea al ver las características del ordenamiento jurídico.

1.3. Límites al proceso creador de normas

Ahora bien, este procedimiento según el cual toda norma nueva se funda y crea conforme con el procedimiento establecido en una norma anterior, implica la existencia de límites a la facultad de crear normas. Así como el Poder Judicial está limitado por el Poder Legislativo, es decir, por las facultades que éste le otorga al primero, el ejercicio del Poder Legislativo, a su vez, está limitado por lo establecido en la Constitución o poder constitucional.

Los límites mediante los cuales la norma superior restringe o regula a la norma inferior –o norma que deriva de la superior–, son de dos tipos diferentes: límites relativos al contenido y límites relativos a la forma.

- a) Límite relativo al contenido: resguarda el contenido de la norma derivada o inferior, para que no sobrepase o distorsione a la anterior. Ejemplo: un reglamento debe atenerse en cuanto al contenido a lo establecido en la ley en cuya virtud se dicta. Le está vedado al reglamento autorizar o prohibir más o menos que lo establecido en la ley, ya que no puede sobrepasarla.

- b) Límite relativo a la forma: busca asegurar que los mecanismos o procedimientos que se deben seguir para derivar una norma inferior de una superior sean respetados. Ejemplo: una ley para que tenga validez debe haber seguido el procedimiento establecido en la Constitución para su aprobación.

Cumplidos los dos requisitos antes señalados, la nueva norma se incorpora plena y válidamente al sistema u ordenamiento jurídico. A su vez, ella pasa a constituir una fuente potencial de una nueva norma inferior, y así hasta la base de la pirámide invertida donde se cierra el ordenamiento.

El Derecho, a diferencia de la Moral, como se ha señalado es un sistema dinámico de normas, es un continuo y permanente fluir de normas jurídicas. Por esa misma razón en el Derecho, tanto o más que el contenido de las normas, importa determinar la autoridad y el procedimiento mediante el cual dicha autoridad queda facultada para dictar una nueva norma particularizada sobre la misma materia.

En el ordenamiento jurídico, las normas de mayor jerarquía (Constitución, leyes) no contienen en sí todo el material jurídico, sino que más bien se ocupan de señalar los órganos y procedimientos mediante los cuales es posible dictar nuevas normas. Por eso no constituyen Derecho solamente la Constitución y las leyes, sino que a partir de ellas se van creando diversas y nuevas normas jurídicas: reglamentos, decretos, resoluciones, instrucciones, contratos, actos, sentencias, etc.¹⁷⁴

A lo anterior se debe agregar, como dice Antonio Bascuñan, que “El Derecho regula su propia creación. Desde este punto de vista el Ordenamiento Jurídico también es dinámico en cuanto aparece como una serie continua e ininterrumpida de manifestaciones de voluntad creadoras de normas jurídicas”.¹⁷⁵

Por cierto, ese permanente fluir de normas jurídicas no significa que el Derecho pueda tener o aceptar cualquier contenido. La doctrina sostiene que en cuanto a su contenido las normas jurídicas tienen dos grandes limitaciones: primero, sólo pueden regular lo físicamente posible para el hombre conforme al aforismo romano de que “a lo imposible nadie está obligado”, y segundo, no pueden ser del todo negativas o contrarias a valores jurídicos como la justicia, el orden, la paz, o la seguridad jurídica.

1.4. Características del ordenamiento jurídico: unidad, plenitud, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico posee igualmente ciertas características como son la unidad, la plenitud, la coherencia y una jerarquización de las normas que lo componen.

¹⁷⁴ Squella, Agustín. Obra cit., pág. 317-318.

¹⁷⁵ Bascuñan, Antonio. Separatas: “El Ordenamiento Jurídico”. Escuela de Derecho U. de Chile.

- a) La Unidad: el sistema jurídico constituye un todo único. La unidad se da la existencia de una norma básica o norma fundamental, a partir de la cual se estructura todo el sistema. A su vez, el que todo el sistema se funde en una misma y única norma básica que se presume válida, le da validez a todas las demás normas creadas a partir de ella.

Lo anterior, siempre que en dicho proceso creador se respeten los procedimientos establecidos para la creación de nuevas normas y que, en cuanto a su contenido, la norma nueva no vaya más allá de lo contenido o autorizado en la norma en la cual se funda. Así, el fundamento de validez de toda norma nueva dentro de un mismo ordenamiento jurídico estará siempre en otra norma y nunca en un hecho.

- a.1. La Noción de *Norma Básica* o *Norma Fundamental*: conviene precisar aquí la noción de "norma básica" o "norma fundamental", expuesta por Hans Kelsen, y para lo cual seguimos a Squella:¹⁷⁶

Cuando nos preguntamos por el fundamento de validez de las normas de un ordenamiento, la respuesta es: la Constitución vigente; y cuando nos preguntamos por la validez de esa Constitución, nos remitimos a una Constitución anterior y así hasta llegar a la primera Constitución histórica del respectivo ordenamiento. Ahora bien, cuando llegamos a esa primera Constitución y nos preguntamos ¿por qué vale esa primera Constitución histórica? Obviamente ya no se puede contestar con otra Constitución anterior, porque se está en la hipótesis de la primera Constitución histórica.

Es aquí donde Kelsen llega a lo que llama la norma básica o fundamental, que sirve de fundamento de validez a la primera Constitución histórica; ello como producto de una revolución exitosa, de un golpe de Estado o de otro movimiento capaz de fundar un nuevo orden jurídico. Así, la norma básica es *relativa*, en el sentido de que ella no es uniforme ni la misma para todos los ordenamientos jurídicos. Cada ordenamiento posee una norma básica específica referente a la constitución de ese orden jurídico.

En consecuencia, la norma básica o fundamental no es una norma positiva puesta por alguna autoridad normativa, sino que es una norma supuesta. Ello la diferencia de la primera Constitución, cuya validez fundamenta, y de las demás normas positivas que emanarán de esa primera Constitución.

La norma básica es jurídica en un sentido y metajurídica en otro. Es jurídica en cuanto cumple una función jurídica relevante, cual es servir de fundamento de validez a la primera Constitución, y es metajurídica en el sentido de que no es una norma positiva y, por tanto, está fuera del ordenamiento jurídico positivo cuya validez fundamenta. En este sentido ella es un acontecimiento social relevante, que desarrolló en una comunidad determinada la convicción de acatar y respetar un nuevo orden jurídico.

176 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 329 a 337.

Conviene precisar también que hay una diferencia fundamental entre la teoría de la norma básica y la doctrina del Derecho natural como fundamento del orden jurídico positivo. En la propuesta de Kelsen, la norma básica es completamente independiente del contenido del orden jurídico. De ella se deriva sólo la validez objetiva del orden jurídico positivo, pero no el contenido de ese orden. En cambio, en la doctrina del Derecho natural, un orden jurídico es válido solamente cuando su contenido corresponde al del Derecho natural, al menos en sus principios fundamentales.

En ese último aspecto, la norma básica viene a ser una suerte de ficción, cuya misión es explicar el fundamento de validez de las normas de un determinado ordenamiento jurídico.

- b) La Plenitud: que el ordenamiento jurídico sea pleno, significa que todas las situaciones que pueden presentarse encuentran una solución o respuesta en él. Así, ningún hecho que requiera de solución jurídica se va a encontrar con que no tiene norma que resuelva el caso, porque en el ordenamiento jurídico no hay lagunas o vacíos.

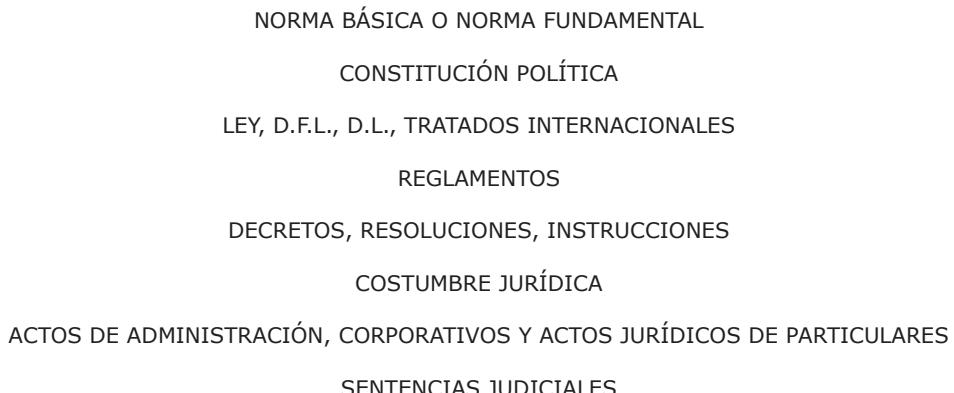
No obstante lo anterior, hay autores que sostienen que sí existen lagunas, o sea que hay casos y situaciones no previstos en el ordenamiento. Sin embargo, como se ha precisado, lo que se afirma es que no hay lagunas en el Derecho, aunque sí puede haberlas en la ley y ambos términos, ley y Derecho, no son sinónimos. La ley es sólo uno de los modos de expresión del Derecho, el cual se manifiesta también de otros modos como la costumbre jurídica, los reglamentos y decretos, las sentencias, los principios generales del derecho y la equidad natural, etc.

Luego, es en el Derecho donde no hay lagunas, porque éste siempre dispone de medios para integrarse constantemente por sí sólo. Sin embargo, puede ocurrir que haya lagunas legales –vacíos en la ley– y, en tal evento, el mismo sistema provee también los medios para integrar el Derecho, esto es, para llenar esos vacíos legales, mediante los llamados elementos o medios de integración del Derecho y que se verán al estudiar la aplicación del Derecho.

- c) La Coherencia: el ordenamiento jurídico posee también coherencia interna. Ello significa que en el sistema jurídico no pueden existir contradicciones entre las normas que lo integran y de surgir tales contradicciones, el mismo ordenamiento posee los medios para resolver dichos conflictos. En otros términos, el propio sistema hace desaparecer las incoherencias o contradicciones, aparentes o reales, que puedan darse en su interior.

Por ejemplo, podría ocurrir que un juez al resolver sobre un caso particular, encuentre que existe más de una ley aplicable al caso y que ellas contengan, real o aparentemente, preceptos contradictorios. De ocurrir eso se habrá presentado un conflicto o “antinomia” entre dos o más normas y, en tal caso, el mismo ordenamiento provee los criterios y medios para salvar las contradicciones, tanto aparentes como reales y que más adelante se verán.

- d) La Jerarquía: el orden jurídico posee también una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. Así, los ordenamientos jurídicos se suelen describir con la figura de una pirámide de base invertida:



1.5. Relaciones de coordinación y de fundamentación entre normas jurídicas

Estas normas, que tienen una estructura escalonada, poseen también una relación de coordinación y una relación de derivación o fundamentación entre ellas.

- a) Las relaciones de coordinación: se dan entre normas de igual jerarquía y se producen cuando un determinado hecho es el supuesto de más de una norma, o cuando la consecuencia o sanción prevista en una norma es, a su vez, el supuesto de otras normas jurídicas.
- b) Las relaciones de derivación o fundamentación: se dan entre normas de distinta jerarquía, dado que las normas superiores fundan, derivan y validan a las normas inferiores.

1.6. Las relaciones de fundamentación y coordinación entre normas del derecho nacional y del derecho internacional

Junto al ordenamiento jurídico de un Estado coexisten otros ordenamientos jurídicos correspondientes a los demás Estados que componen la comunidad internacional. La vinculación entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales la produce el llamado Derecho Internacional. Mientras el Derecho Nacional es el que se aplica al conjunto de individuos que se encuentran en el territorio de un Estado o que rige dentro de las fronteras de un Estado, el Derecho Internacional es el que regula las relaciones de los distintos Estados entre sí (Derecho Internacional Público) o que resuelve los conflictos entre las legislaciones de los diversos Estados (Derecho Internacional Privado).

La existencia de diversos Estados y la existencia de un Derecho Internacional, plantea la cuestión de si es posible la unidad jurídica internacional, esto es, si los ordenamientos jurídicos de los distintos países, junto con el Derecho Internacional, pueden constituir, a su vez, un nuevo ordenamiento jurídico que integre a todos. Sobre el particular hay dos posiciones:

- a) La Teoría Dualista: para algunos autores, no es posible la unidad jurídica internacional, dado que los fundamentos de validez de cada ordenamiento jurídico son, entre sí, independientes y carece de sentido salvar las contradicciones que puedan existir entre esos diversos sistemas jurídicos.
- b) La Teoría Monista: otros autores, en cambio, postulan la unidad de los diversos sistemas jurídicos y plantean las relaciones posibles y los criterios de unificación, fundados en que el Derecho Internacional y los distintos órdenes jurídicos nacionales pueden conformar, en conjunto, un sistema único.

Dos sistemas jurídicos, a primera vista distinto uno del otro, pueden ser considerados pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o bien, cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación.

En el primer caso, cuando hay subordinación, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña, respecto del sistema subordinado, el papel de norma fundamental. En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas, supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y, por consiguiente, la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Es un hecho que el Derecho Internacional, aunque todavía no suficientemente desarrollado, existe y que su carácter normativo no puede ser negado y menos aún el de los diversos órdenes jurídicos nacionales, por lo cual hay que analizar que tipo de relaciones puede haber entre dichos ordenamientos jurídicos. Sobre el particular hay dos hipótesis:

1º Primacía del orden jurídico nacional: (principio de subordinación) un Estado sólo está obligado por el Derecho Internacional si él, soberanamente, lo ha reconocido y así, los demás Estados, también sólo existen jurídicamente o, en otros términos, sólo son órdenes jurídicos, si él los ha reconocido como tales, lo cual normalmente se expresa en las relaciones diplomáticas que establecen los Estados.

La voluntad del Estado que reconoce, sería el fundamento de validez del Derecho Internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales, y ese Estado (el que reconoce) sería la autoridad jurídica suprema.

Según ese criterio, el Derecho Internacional es válido para un Estado sólo en la medida que éste lo reconoce como válido. El Derecho Internacional no sería un orden jurídico superior al Derecho Nacional ni un orden jurídico independiente,

sino que, como Derecho, sería una parte del orden jurídico nacional, libremente aceptado por éste. Sería una suerte de Derecho Público Externo que comprende el conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los otros Estados y cuya función estaría establecida por normas superiores del orden jurídico nacional. Habría así un sistema jurídico universal fundado en la primacía del Derecho nacional.

2^a Primacía del Derecho Internacional: (coordinación) frente a la teoría anterior surgió esta segunda hipótesis que sostiene que el Derecho Internacional aparece como un orden jurídico al cual todos los derechos nacionales le están subordinados, de tal manera que hay un sistema jurídico universal fundado en su supremacía y la validez de ese orden no está en el orden jurídico nacional.

Generalmente se admite que los órdenes jurídicos nacionales se encuentran en una relación de coordinación, y que sus ámbitos de validez, especialmente sus territorios están jurídicamente delimitados. Esto supone que otro orden jurídico precede a esta coordinación y delimita los ámbitos de validez. Tal es el papel que desempeña el orden jurídico internacional con respecto de los órdenes jurídicos nacionales.

Si suponemos que el Derecho Internacional es válido para un Estado porque éste lo reconoce no puede existir contradicción entre ambos derechos, como tampoco puede haberlo si el Derecho Nacional está subordinado al Derecho Internacional porque en tal caso prima la norma superior.

Ahora, cuando se producen contradicciones entre normas de diversos órdenes jurídicos nacionales, esto es, cuando existen elementos que internacionalizan las relaciones jurídicas, y que hacen jugar en una situación determinada a dos o más órdenes jurídicos distintos, las dificultades que surjan entre ellos son resueltas por el llamado Derecho Internacional Privado. Así, este derecho "en lugar de regir relaciones interestatales, determina qué sistema legislativo nacional o federal debe aplicarse cuando se producen conflictos de competencia entre las legislaciones de dos o más países o de dos o más Estados federales eventualmente aplicables a un mismo caso".¹⁷⁷ En suma, constituye el conjunto de normas que sirven para delimitar los conflictos de las leyes de distintos estados.

Digamos, finalmente, que el Derecho Internacional, al igual que el Derecho interno, posee también una estructura jerárquica. Hay en él una norma fundamental hipotética, que puede enunciarse como que "los Estados deben conducirse en la forma que han solidado hacerlo", ello en razón de que la norma básica del Derecho Internacional, la norma *Pacta Sunt Servanda* (los tratados deben ser obedecidos), fue establecida por la costumbre.

177 Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 361.

2. UN COMENTARIO FINAL SOBRE LA EXISTENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO

Antes de terminar con esta Unidad cabe señalar que hay quienes plantean dudas sobre la real existencia del sistema jurídico, como resultado de la enorme, confusa y dispersa legislación –consecuencia a veces, como decía Manuel de Rivacoba, de una verdadera legisferación– producida tanto en los Derechos internos de cada Estado, como en el orden jurídico internacional, que no está sistematizada ni codificada, como debería serlo en términos de hoy.

Así, el profesor y Doctor en Derecho Antonio Pedrals en su texto “La Innovación Jurídica”, plantea que: “Una de las características salientes del Derecho actual es la falta de sistema. Junto a unos pocos códigos, existe una frondosa legislación asistematizada, que convierte a la expresión “ordenamiento jurídico” en una ironía.

“Diariamente se van agregando nuevos textos que acrecientan en forma progresiva la confusión, dificultando el conocimiento y aplicación de las normas. De todas partes se alzan voces en pro de una tarea ordenadora que haga posible orientarse en la selva jurídica”.¹⁷⁸

La sistematización que reclama Pedrals, y dado que en el Derecho las leyes representan sólo una parte del conjunto, debería incluir no sólo a ese tipo de normas, sino que también a las normas reglamentarias y a otras normas individualizadas, tales como sentencias, decisiones administrativas singulares, material doctrinario, etc., en un esfuerzo de “codificación lo más amplio posible”.

A quienes piensan que lo anterior sería una empresa utópica, responde Pedrals citando algunos ejemplos históricos de codificación: “Sólo para el Digesto (siglo VI), fue necesario examinar diez mil compendios, que comprendían tres millones de líneas, lográndose un texto final de sólo cincuenta mil”. Igualmente recuerda los esfuerzos contemporáneos hechos en Norteamérica (1923), destinados a exponer sistemáticamente, en varios volúmenes, “las normas del Common Law Americano: el *Restatement of American Common Law*”,¹⁷⁹ y en Alemania (1974) con el banco de datos sobre “Información Jurídica”, que integra leyes, sentencias y doctrina.¹⁸⁰

Lo anterior es sin considerar las posibilidades que hoy abre la computación y la informática en general para enfrentar con éxito tal desafío.

178 Pedrals, Antonio. “La Innovación Jurídica”. EDEVAL, Valparaíso 1976. Pág. 49.

179 Pedrals, Antonio. Obra cit. Pág. 95 y 96.

180 Pedrals, Antonio. Obra cit. Pág. 53.

3. DIVISIONES Y PARTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

3.1. Derecho nacional y derecho internacional

Cada país posee su propio ordenamiento jurídico, al que denominamos “derecho interno” o “derecho nacional”, cuya base reside en la Constitución Política del respectivo Estado.

Fuera del anterior existe también el llamado “derecho externo” o “derecho internacional” que, como ya vimos, se divide en Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional ha tenido un importante desarrollo, no obstante los juicios contrarios a su existencia de algunos autores y que el profesor Manuel de Rivacoba resumía en los siguientes argumentos: falta de un legislador superior y común a los diversos Estados que dicte las normas internacionales; falta de organismos jurisdiccionales de carácter internacional que apliquen esas normas; y ausencia de órganos ejecutivos que las hagan cumplir e impongan efectivamente las correspondientes sanciones.¹⁸¹

Sin embargo, las observaciones señaladas, como sostiene Squella, tienen respuesta. A la primera se dice que el derecho no sólo es creado por el legislador, también lo es por la costumbre jurídica, como por los tratados a los que concurren dos o más Estados y a lo cual cabe agregar que se observa una tendencia a la constitución de órganos legislativos de carácter supranacional como son el Parlamento Europeo, el Parlamento Latinoamericano y la Unión Parlamentaria Mundial. El segundo argumento es desmentido por la constitución, cada vez más frecuente, de tribunales con competencia internacional como el Tribunal Penal Internacional y por el hecho de que no pocas normas del derecho internacional se cumplen espontáneamente por los Estados que han asumido los deberes jurídicos correspondientes, y como consecuencia también del creciente desarrollo de una conciencia jurídica internacional. En cuanto al tercer argumento, además de haberse constituido órganos internacionales capaces de ejecutar sanciones en ese ámbito, lo cierto es que la reacción directa del propio Estado ofendido constituye también una manera, si bien imperfecta, de aplicar sanciones al Estado infractor.¹⁸²

Para Kelsen, el ordenamiento jurídico internacional es un “orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal”. En su visión, “no hay un orden estatal único, sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados” y el derecho internacional tendría “por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales”.¹⁸³

181 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 514-515.

182 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 515.

183 Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 358. Ver también en Hans Kelsen, “Teoría Pura del Derecho”, Obra cit., Capítulo XIII, “La estructura jerárquica y la norma fundamental del Derecho Internacional”. Pág. 159.

La idea de la existencia de una comunidad internacional, basada en la independencia e igualdad de los Estados, que vino a refutar el concepto imperial dominante en la época, se formuló en los siglos XVI a XVII, por la Escuela Española del Derecho de Gente, donde se ubican teólogos y juristas como Francisco de Vitoria (1486-1546) y Francisco Suárez (1548-1617). Correspondió también al holandés Hugo Grocio (1583-1645) un importante papel en el desarrollo y sistematización de las primeras bases del Derecho Internacional.¹⁸⁴

3.2. Derecho público y derecho privado

El sistema jurídico interno de cada país se ha dividido tradicionalmente en dos grandes sectores: Derecho Público y Derecho Privado.

Esta importante distinción tendría su origen en un texto del Digesto (Lib. I Tit. I ley 1, de comienzos del siglo tercero) atribuido a Ulpiano. Alejandro Guzmán sostiene que en dicho texto se dice que el estudio del derecho tiene dos posiciones: público y privado, "y que es ius publicum el que mira al estado de la cosa (pública) romana, mientras que ius privatum el que mira a la utilidad de los particulares". El derecho público se refería a los magistrados, a los sacerdotes, a las cosas sagradas; el Derecho privado era tripartito: se componía de preceptos naturales, de gente y civiles (de preceptos: del derecho natural, del derecho de gente y del derecho civil).¹⁸⁵

La distinción perduró en el tiempo y hoy es una clasificación del Derecho con plena vigencia, aunque en sus orígenes como también sostiene Manuel de Rivacoba, citado por Squella, no tuvo el sentido e importancia de hoy, puesto que Ulpiano al expresar que "dos son las posiciones para el estudio del derecho", no sugiere una división del Derecho, sino más bien dos puntos de vista para el estudio de éste.¹⁸⁶

En cuanto a la eventual supremacía del derecho público sobre el privado, como sostiene Squella, "tiene razón Manuel de Rivacoba cuando advierte que tratándose del derecho público hay un matiz de superioridad del Estado respecto de los particulares, mientras que en el caso del derecho privado lo que se persigue es regular relaciones de los particulares entre sí" y agrega Rivacoba "si se alzaprima y valora al individuo sobre la comunidad, aparecerá preponderantemente el Derecho privado, mientras que, si se pasa a considerar a éstos como algo substancial y superior a los individuos que la integran y se valora a éstos sólo en función de aquélla, adquirirá un papel principal y dominante el Derecho público".¹⁸⁷

3.3. Doctrinas que aceptan y niegan la distinción

1. Doctrinas Dualistas: existen varias doctrinas dualistas, esto es, que aceptan la distinción entre derecho público y derecho privado y procuran explicarla.

184 Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 359-360.

185 Guzmán, Alejandro. Obra cit., Tomo I, pág. 94.

186 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 510.

187 Squella, Agustín. Obra cit., pág. 510.

Pero también están quienes sustentan la posición monista, y niegan la existencia de base suficiente para distinguir entre uno y otro derecho.

El primer criterio de distinción, y que prevaleció durante siglos, conocido como la teoría clásica o “del interés en juego”, fundaba la distinción en que el derecho público protege y regula el interés general o común y el derecho privado ampara y regula los intereses de los individuos como particulares.

Otra teoría, también dualista, reconoce que hay dificultades para distinguir entre los intereses de los particulares y el interés general o común, y afirma en consecuencia, que derecho privado es el que ampara y regula “principalmente” los intereses de los individuos, en tanto que el derecho público protegería y regularía “principalmente” el interés general o común.

Una tercera doctrina dualista funda la distinción en el “sujeto” y afirma, en consecuencia, que mientras el derecho público regula las relaciones entre gobernantes y gobernados, el derecho privado hace otro tanto con las relaciones jurídicas que se producen entre los propios gobernados, o, si se prefiere, que el primero se refiere a las relaciones jurídicas en que interviene el Estado o cualquiera de sus órganos, mientras que el segundo concierne sólo a las relaciones entre particulares.

2. Doctrinas Monistas: otros autores, en cambio, sostienen que la división no se justifica, que debe eliminarse por no corresponder a la realidad. Dan, entre otras, las siguientes razones:

- a) no es exacto que haya un sector del Derecho que sólo mire a la utilidad de los particulares y otro sólo se ocupe del interés del Estado. Toda norma jurídica tiene un doble carácter, ya que el Derecho, por naturaleza, interesa a la comunidad entera;
- b) la evolución moderna del Derecho plantea la cuestión de una posible jurisdicción universal, un posible Derecho Mundial que desborda el cuadro de la clásica distinción. También supera sus marcos la aparición de nuevas manifestaciones del sistema jurídico, como son el Derecho Aeronáutico y el Derecho del Espacio Cósrmico o Derecho Interplanetario;
- c) la creciente interferencia que se viene produciendo entre ambos campos del derecho. En el Derecho Civil, por ejemplo, que se funda en dos grandes pilares: la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, se ha abierto camino la tendencia del dirigismo contractual. El contrato de trabajo, que era una institución reglada por el Código Civil denominada “arrendamiento de servicio”, dio origen a una nueva rama de la legislación, el Derecho del Trabajo, que si bien se considera parte del derecho privado, da normas de orden público cuyos efectos no pueden ser alterados por los particulares y establece derechos irrenunciables; y
- d) la existencia de una rama jurídica de naturaleza híbrida o mixta, como es

el Derecho Procesal. Para algunos autores sus normas sobre organización y atribuciones de los Tribunales, y también las del proceso penal, son de derecho público, en tanto que las disposiciones del procedimiento civil pertenecerían al derecho privado.

Entre los autores que niegan valor a esta clasificación, por considerar que el derecho es un sistema unitario, que no admite lógicamente divisiones en áreas o sectores de distinta naturaleza, están León Duguit y Hans Kelsen.

Hübner, fijando su posición al respecto, señala que la división del sistema jurídico en dos grandes sectores, "tiene plena base en la realidad, aunque existan ramas del derecho que no puedan incluirse en ninguno de los campos", y agrega que "ni sus más decididos impugnadores la niegan. Duguit y Kelsen, por ejemplo, no obstante las críticas... terminan reconociendo la existencia y el alcance práctico de la clásica división". Duguit, específicamente, según Hübner, "estima que la distinción debe mantenerse con fines didácticos, basándola en la diferente modalidad de la sanción en uno y otro sector del sistema legal".¹⁸⁸

3.4. Concepto. Principales ramas del derecho público y del derecho privado

Más allá del debate sobre si se justifica, o sobre si tiene o no fundamento la división del derecho expuesta, es un hecho que es reconocida y habitualmente usada. Veremos como se las define y algunas ramas del derecho que las componen.

- a) El Derecho Público: es aquella parte del sistema jurídico que rige la organización del Estado y su actividad destinada a regular las bases fundamentales del funcionamiento y la conservación del cuerpo social.

Del concepto, como señala Hübner, se deducen las principales ramas del Derecho Público: el *Derecho Constitucional*, que contempla la organización y atribuciones del Poder; el *Derecho Procesal* y el *Derecho Administrativo*, que establecen y regulan los servicios estatales indispensables para el funcionamiento de la vida social; el *Derecho Penal*, que previene y sanciona los atentados contra los principios básicos de la convivencia colectiva; y el *Derecho Financiero y Tributario*, que se ocupa de los recursos y gastos del Estado necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades, etc.

- b) El Derecho Privado: es la parte del sistema jurídico que regula y delimita las relaciones de los particulares entre sí y con los órganos del Estado, en el libre ejercicio de sus actividades personales.

En ese concepto queda comprendido: el *Derecho Civil*, que rige el nacimiento, la existencia y la muerte de las personas; el matrimonio y las relaciones de familia; el régimen de los bienes; las obligaciones en general y los contratos comunes;

188 Hübner, Jorge Iván. Manual cit., pág. 377.

las donaciones y la sucesión por causa de muerte; el *Derecho Comercial* que contiene las normas sobre los actos de comercio, las cosas sobre las cuales se ejercen esos actos y las personas que desarrollan actividades mercantiles; el *Derecho de Minería*, que reglamenta el nacimiento, conservación y caducidad del dominio minero y las relaciones de los particulares entre sí, en todo lo que se refiere a la industria minera; el *Derecho del Trabajo*, que regula las relaciones entre el capital y el trabajo, reglamentando las condiciones y modalidades del trabajo dependiente, etcétera.