

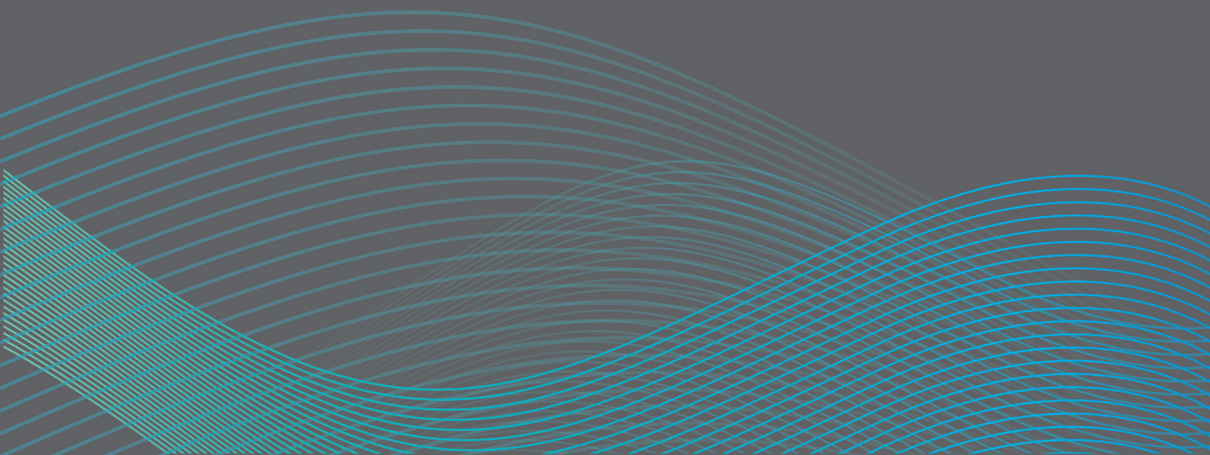


Ed. UFRO

Jaime Tijmes

# Teoría del derecho

Una introducción a las fuentes formales y la  
validez temporal de las normas jurídicas





# Teoría del derecho

**TEORÍA DEL DERECHO**  
**UNA INTRODUCCIÓN A LAS FUENTES FORMALES Y LA VALIDEZ**  
**TEMPORAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

Jaime Tijmes

**EDICIONES UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA**

**PRIMERA EDICIÓN**

Septiembre de 2025

**ISBN**

978-956-236-465-2

**UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA**

Av. Francisco Salazar 01145, casilla 54-D, Temuco, Chile

**RECTOR (s)**

Juan Manuel Fierro

**DIRECTOR DE BIBLIOTECAS Y RECURSOS DE INFORMACIÓN**

Carlos del Valle Rojas

**COORDINADOR DE EDICIONES UFRO**

José Manuel Rodríguez

**COMITÉ CIENTÍFICO ACADÉMICO ED. UFRO**

Mg. Leonardo Castillo Cárdenas

Dr. Mauricio Godoy Molina

Dra. Yéssica González Gómez

Dr. Pablo Navarro Cáceres

Dr. Nicolás Saavedra Cuevas

Dra. Berta Schnettler Morales

**REFERATO**

Libro arbitrado por pares externos

**DISEÑO DE CUBIERTA**

Ediciones UFRO

Impreso en Andros, Santiago de Chile



Jaime Tijmes

# Teoría del derecho

Una introducción a las fuentes  
formales y la validez temporal  
de las normas jurídicas



Ed.UFRO



Dedico este libro a mi familia (J, E & I),  
sin cuyo apoyo nada sería posible.



## ÍNDICE

Prólogo .....	13
Prefacio .....	17
Abreviaturas .....	19
I. Teoría de las fuentes del derecho .....	21
1. Las fuentes materiales y las fuentes formales.....	21
1.1 Las fuentes materiales .....	21
1.2 Las fuentes formales .....	24
2. Las fuentes formales en el derecho chileno.....	25
2.1 La Constitución .....	26
2.2 La ley .....	31
2.2.1 Funciones políticas de la ley .....	31
2.2.2 Definición de la ley .....	34
2.2.3 Significados de la palabra «ley» .....	36
2.2.4 Principales características de la ley.....	37
2.2.5 El principio de igualdad ante la ley.....	42
2.2.6 Clases de leyes .....	44
2.3 Las manifestaciones de la potestad reglamentaria .....	45
2.4 Los decretos con fuerza de ley .....	49
2.4.1 Tipo ordinario de decreto con fuerza de ley .....	49
2.4.2 Decretos con fuerza de ley que refunden, coordinan o sistematizan las leyes .....	51
2.4.3 Decretos con fuerza de ley autorizados durante la aprobación de un tratado internacional .....	53
2.5 Los decretos leyes.....	54
2.6 Los tratados internacionales.....	54
2.7 Los autos acordados .....	58
2.8 La jurisprudencia.....	58

2.8.1 Jurisprudencia en el sentido de normas jurídicas.....	58
2.8.2 Jurisprudencia en el sentido de precedente judicial.....	59
2.8.3 Teoría del precedente judicial .....	63
2.8.4 Paralelo entre el legislador y los tribunales.....	65
2.9 Los actos corporativos.....	67
2.10 Los actos jurídicos.....	68
2.11 La costumbre jurídica .....	69
2.11.1 Delimitación .....	69
2.11.2 Ejemplos .....	72
2.11.3 Concepto, elementos y teoría.....	73
2.11.4 Clasificaciones .....	76
2.11.5 Críticas a la costumbre jurídica .....	77
2.11.6 Validez de la costumbre jurídica en el ordenamiento jurídico chileno .....	78
3. ¿Los principios jurídicos como fuente formal del derecho? .....	81
3.1 Los principios jurídicos como elemento de una norma jurídica .....	82
3.2 Los principios jurídicos contingentes como criterio de interpretación .....	84
3.3 Los principios jurídicos inmutables como componente del derecho.....	87
3.4 Metodología jurídica para aplicar los principios jurídicos.....	88
4. ¿La equidad como fuente formal del derecho? .....	89
4.1 La equidad aristotélica.....	89
4.2 La equidad como elemento de una norma jurídica .....	91
4.3 Metodología jurídica para aplicar la equidad.....	92
5. ¿La doctrina como fuente formal del derecho?.....	93
6. ¿El derecho natural como fuente formal del derecho? .....	94
7. ¿El <i>soft law</i> como fuente formal del derecho? .....	97
8. Identificación de las fuentes formales.....	98
9. Jerarquía de las fuentes formales .....	99

10. Clasificación de las fuentes formales .....	102
II. Teoría de la validez temporal de las normas jurídicas .....	105
1. Entrada en vigencia.....	105
1.1 La legislación .....	106
1.2 Otras fuentes formales.....	107
2. La vacancia normativa .....	108
3. La retroactividad .....	111
4. La derogación .....	113
4.1 Generalidades .....	113
4.2 Clasificaciones .....	117
4.3 Terminología.....	119
4.4 La abolición.....	119
4.5 Prohibición de la derogación .....	120
4.6 Derogaciones sujetas a plazo o condición .....	123
4.7 Sentencias judiciales.....	125
4.8 Tratados internacionales .....	126
4.9 Costumbre jurídica .....	127
4.10 Instituciones similares a la derogación.....	129
5. Conclusión.....	130
Bibliografía .....	131
Respuestas a los ejercicios .....	137



## PRÓLOGO

A principios del año académico 2023, caminaba hacia las salas de clases ubicadas en el pabellón R1 de la Universidad de La Frontera cuando fui gratamente sorprendida por la invitación del Dr. iur. Jaime Tijmes Ihl a presentar su libro *Teoría del derecho: Una introducción a las fuentes formales y la validez temporal de las normas jurídicas*. Si bien acepté inmediatamente y con gran entusiasmo, al salir de clases, reflexioné sobre el honor que me había hecho el Dr. iur. Tijmes y me preocupé por la responsabilidad que implicaba la tarea encomendada. Sin embargo, luego de revisar en detalle el manuscrito, me di cuenta de que iba a ser un verdadero placer para mí presentarlo y para los demás leerlo. ¿Cómo no serlo? En este libro, el Dr. iur. Tijmes emplea un estilo de escritura clara y concisa, sin sobrecargar el texto con referencias a notas que puedan distraer. Aporta ejemplos, recurre a esquemas, formula ejercicios y los resuelve, e invita a la crítica, el análisis y la reflexión.

El libro está dividido en dos partes: la primera trata sobre la teoría de las fuentes del derecho y la segunda sobre la validez de las normas jurídicas. Aunque ambas son diligentemente tratadas por el autor, antes que un resumen exhaustivo, prefiero relevar los temas que por una u otra razón me han parecido desafiantes.

En el apartado sobre las fuentes del derecho, debo destacar el sacrílego deleite que me produjo la reflexión sobre el temor reverencial que aún pervive en la academia chilena por Andrés Bello y su Código Civil. Según el autor, esto ha impedido que se reconozca debidamente la dimensión política de las fuentes formales del derecho, de lo que deriva su vano tratamiento en la Constitución chilena.

Con arrojo, revisa el problema de la legitimidad democrática de las normas derivadas de la potestad reglamentaria y cuestiona la validez de los decretos leyes. En la sección sobre los tratados internacionales, hace uso de su erudición para evidenciar lo enrevesada que es su jerarquía normativa y las consecuencias que se derivan de ello. En otro acápite, no carente de controversia, logra dar respuestas plausibles a la aparente incongruencia de por qué el precedente judicial, a pesar de no ser vinculante en Chile, termina siéndolo en la práctica.

En estos tiempos de discusión sobre el rol del pluralismo jurídico, el Dr. iur. Tijmes nos sumerge en aguas turbulentas al cuestionar la relevancia de la costumbre jurídica y el lugar del derecho consuetudinario en las fuentes del derecho. Llama la atención la crítica de otra noción que perdura en el ideario jurídico: la pretendida inmutabilidad de la costumbre. En una sociedad en perpetuo cambio, este cúmulo de pétreos dogmas abre, inevitablemente, las puertas a la incertidumbre jurídica.

Permítanme explayarme sobre un punto donde me parece que el manuscrito brilla por su notable capacidad pedagógica al abordar un tema particularmente complejo en nuestra labor docente: la diferencia entre normas y principios. El autor advierte sobre el uso irreflexivo que suele hacerse del concepto de «principio» en el derecho. Antes de responder si los principios son fuentes formales, es preciso entender que aportan una flexibilidad y un matiz al derecho que las normas por sí solas no pueden proporcionar. Esta flexibilidad viene dada por un concepto que, tal y como el autor expone, es de tortuoso tratamiento como fuente formal, pero que creo se halla arraigado en el inconsciente colectivo humano: la equidad. Si bien es discutible que la equidad sea un principio formal, del texto se puede inferir una relación de «moderación» entre equidad y principio. Los principios son de aplicación general, pero la equidad se aplica de manera específica en cada caso. De este modo, considero —y pido disculpas por la libertad en mi interpretación— que la equidad actúa como moderadora en la aplicación de un principio. Si entendemos «moderadora» en el sentido de ‘limitante’ o de ‘restricción’, esta

conclusión armoniza perfectamente con la definición de «principio» como ‘mandato de optimización’ (en el sentido de Alexy). Un principio regula la aplicación de la norma, pero es la equidad la que modula esta regulación. Creo que con esta última afirmación se resume de manera satisfactoria el elegante tratamiento que el Dr. iur. Tijmes ha dado a este tema.

El estudio de las fuentes formales finaliza con la reflexión acerca de si el derecho natural, la doctrina y el *hashtag* de moda en el derecho contemporáneo, el *soft law*, son fuentes del derecho. Me centraré en el primero. Con razón, el Dr. iur. Tijmes critica severamente la tendencia de algunos tribunales a fundamentar sus fallos con argumentos extrajurídicos. Esta práctica acarrea dos problemas significativos: en primer lugar, conlleva una expansión disimulada de las fuentes formales del derecho y, en segundo lugar, puede ser dañina para la seguridad jurídica y la división constitucional de poderes que un tribunal establezca derecho vinculante basándose en elementos metajurídicos. Pese a ello, sucede: los tribunales apelan a elementos que podríamos considerar equivalentes a los «derechos naturales», entendidos como la existencia de un orden natural de las cosas. Coincido con la justificada calificación que hace el autor a las sentencias que invocan estos elementos como «fracasos», pues, aunque puede resultar severo para algunos, no son sino eso.

El Dr. iur. Tijmes pone de manifiesto los problemas y ambigüedades que emergen cuando se intenta establecer una relación jerárquica entre las distintas fuentes del derecho. Aunque para el autor algunas relaciones de jerarquía entre las fuentes están relativamente claras, en otras dicha relación puede ser muy confusa. Por esta razón, resolver antinomias o interpretar el derecho son tareas de notable complejidad. El autor plantea dos alternativas interesantes: primero, sugiere, siguiendo a Schmitt, que en lugar de enfocarnos en las fuentes formales lo hagamos en el órgano que crea la norma, y segundo, propone que, en lugar de establecer una relación jerárquica en función de las fuentes, la establezcamos en función de las normas sin importar su fuente. Parece una forma simple de dar claridad y consistencia a la solución de problemas tradicionalmente oscuros e inconsistentes. Si nos enfocamos en los órganos, entramos de lleno en sus competencias y límites. Si nos centramos en las normas, la jerarquía se establecerá sobre la base de su contenido, propósito e impacto. Desde luego, mucha tinta se ha regado —y se regará— sobre esta discusión, pero no puedo más que reconocer la iniciativa y la propuesta del autor.

En la segunda parte del libro, el Dr. iur. Tijmes aborda con detalle y precisión la validez temporal de las normas jurídicas. Puede que al lector o la lectora le parezca que la teoría desarrollada aquí tiene menos contenido reflexivo que lo que veníamos discutiendo. No obstante, es esencial para todo estudiante de derecho comprender las particularidades sobre a partir de cuándo y hasta cuándo son obligatorias las normas jurídicas.

Hay, sin embargo, una reflexión que me gustaría rescatar del texto propuesto por el Dr. iur. Tijmes: la referida a la derogación de las normas jurídicas «aparentemente» inderogables. Desde luego, como describe Percy Shelley en su poema «Ozymandias», nada es eterno. Por lo tanto, la inderogabilidad es contradictoria toda vez que el derecho es un hecho cultural y la sociedad está en constante evolución. Como asertivamente sostiene el autor, «toda norma es derogable». Los recientes esfuerzos constituyentes que hemos vivido en Chile dan cuenta de este tipo de incongruencias, pues las doce bases constitucionales acordadas como marco de funcionamiento del proceso constituyente de 2023 son actualmente consideradas valores absolutos.

La solución pragmática que se propone es elevar la jerarquía normativa en vez de declarar la inderogabilidad de la norma jurídica. Con ello, el dilema se movería a quién tiene la competencia para elevar dicha jerarquía. No obstante, este dilema parece ser de más sencilla solución, pues sería aquel órgano competente para dictar normas de jerarquía superior. La pétrea inderogabilidad sería ahora una fluida determinación de competencia que deja abierta la posibilidad de escapar de normas jurídicas que tarde o temprano podrían parecerse arcaicas.

Cierro esta presentación alentando sinceramente al Dr. iur. Jaime Tijmes para que siga desarrollando esta nueva veta pedagógica que tan magistralmente ha inaugurado. Para todas y todos, estudiantes, académicos, académicas y juristas, será un aporte que recibiremos con mucha gratitud.

*Sulan Wong*

## PREFACIO

Al leer la doctrina jurídica chilena tradicional, especialmente civilista, da la impresión de que las fuentes formales del derecho fuesen un tema relativamente pacífico (Ducci Claro, 2005, pp. 99-110; Alessandri et al., 2005, pp. 105-109, entre otros). La doctrina más reciente, en cambio, en gran parte desde una perspectiva de derecho público, ha cuestionado este enfoque y ha examinado las ambigüedades en la teoría de las fuentes formales del derecho chileno (por ejemplo, Henríquez Viñas, 2009; 2016).

Si hay ambigüedades respecto de las fuentes formales del derecho reguladas en la Constitución (Henríquez Viñas, 2016), con mayor razón las hay respecto de las fuentes no constitucionales. Este es un problema no menor, ya que la teoría de las fuentes formales es una cuestión política. En efecto, configurar las fuentes formales y las relaciones entre ellas incide directamente en la distribución del poder político. Quien tiene la competencia para crear normas jurídicas tiene el poder político para moldear la sociedad (Rüthers et al., 1999/2013, p. 140) y detentará, por ende, el poder social (Marx, 1842/1976, pp. 115-116; Chimni, 2018).

El objetivo de este libro es sencillo: ofrecer una explicación teórica de las fuentes formales del derecho chileno, preferentemente desde la perspectiva

del derecho público, así como de la validez temporal de las normas jurídicas. El libro está pensado para estudiantes, aunque tal vez mis colegas encuentren también alguna pregunta incómoda que los invite a cavilar.

Solo quiero formular una aclaración preliminar: para mantener un estilo simple, usaré la expresión «norma» como sinónimo de «disposición» y «enunciado normativo».

Agradezco enormemente el apoyo institucional de la Universidad de La Frontera y especialmente a mi estimadísima colega, la Dra. Sulan Wong. También agradezco al Dr. Joan Ramos Toledano y al Dr. Sergio Peña Neira. Asimismo, agradezco a mis estudiantes de la carrera de Derecho en la Universidad de La Frontera, quienes me desafían cada semana con sus preguntas.

Temuco, invierno de 2024

## ABREVIATURAS

Art.: artículo

CC: Código Civil<sup>1</sup>

COT: Código Orgánico de Tribunales<sup>2</sup>

CPC: Código de Procedimiento Civil<sup>3</sup>

CPP: Código Procesal Penal<sup>4</sup>

CPR: Constitución Política de la República<sup>5</sup>

DFL: decreto con fuerza de ley

DL: decreto ley

Inc.: inciso

Núm.: número

---

1 Disponible en <https://bcn.cl/2f8ub>

2 Disponible en <https://bcn.cl/2im2j>

3 Disponible en <https://bcn.cl/2f8h4>

4 Disponible en <https://bcn.cl/2f73h>

5 Disponible en <https://bcn.cl/2f6sk>



## TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

### 1. Las fuentes materiales y las fuentes formales

Tradicionalmente, los libros sobre las fuentes del derecho abarcan las fuentes materiales y las fuentes formales. Ambos fenómenos son muy distintos, a pesar de la similitud en la denominación, pero comparten una enseñanza: muestran que el origen de las normas jurídicas no es divino ni mágico, sino que es humano.

#### *1.1 Las fuentes materiales*

El ordenamiento jurídico es el conjunto de normas jurídicas y principios que regulan una comunidad jurídica; por ejemplo, el ordenamiento jurídico chileno regula la convivencia de la sociedad chilena. Las fuentes materiales del derecho son los factores que influyen en que se produzcan, modifiquen o deroguen las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico. Esos factores pueden ser sociales, políticos, económicos, científicos, morales, etc. Por ejemplo, tanto la demanda energética como una sequía pueden ser las fuentes materiales de una norma que ordena prolongar el horario de verano en Chile.



### Ejercicio 1

¿Cuáles fueron las fuentes materiales del siguiente decreto?

Decreto 104 del Ministerio del Interior, que Declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por Calamidad Pública, en el Territorio de Chile,<sup>6</sup> publicado el 18 de marzo de 2020.

[...]

Considerando:

1. Que, como es de público conocimiento, a partir del mes de diciembre de 2019, hasta la fecha se ha producido un brote mundial del virus denominado coronavirus-2 del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV-2) que produce la enfermedad del coronavirus 2019 o COVID-19.
2. Que, con fecha 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, declaró que el brote de COVID-19 constituye una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII), de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional, aprobado en nuestro país por el decreto N° 230, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores.
3. Que, el 5 de febrero de 2020, el Ministerio de Salud dictó el decreto N° 4, de 2020, que decreta Alerta Sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV). Dicho decreto fue modificado por el decreto N° 6, de 2020, del Ministerio de Salud.
4. Que, el 28 de febrero de 2020, la OMS elevó el riesgo internacional de propagación del coronavirus COVID-19 de «alto» a «muy alto».
5. Que, el 11 de marzo de 2020 la OMS concluyó que el COVID-19 puede considerarse como una pandemia.
6. Que, hasta la fecha, 164 países o territorios han presentado casos de COVID-19 dentro de sus fronteras. Así, a nivel mundial, 193.475 personas han sido confirmadas con la enfermedad, con 7.864 muertes.
7. Que, en Chile, hasta la fecha 238 personas han sido diagnosticada con COVID-19.
8. Que, la experiencia internacional indica que existirá un aumento de los casos confirmados del referido virus en los próximos meses en nuestro país, que requiere la adopción de medidas excepcionales por parte de la autoridad para asegurar a todas las personas

6 Disponible en <https://bcn.cl/2f9tx>

el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; así como al derecho a la protección de la salud establecidos en los numerales 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

9. Que, la situación descrita precedentemente constituye una calamidad pública en los términos señalados en el artículo 41 de la Constitución Política de la República, lo que permite la dictación del estado de excepción constitucional de catástrofe, dispuesto en dicho artículo.
10. Que, la magnitud y la naturaleza de la calamidad pública cuyos efectos se buscan subsanar, requiere de la participación continua y debida coordinación de las autoridades civiles del Estado en el ámbito de sus competencias, con los Jefes de la Defensa Nacional para efectos de dar cumplimiento a su tarea.
11. Que el Presidente de la República, durante estado de excepción constitucional, mantiene todas sus potestades constitucionales referidas al gobierno y la administración del Estado y, entre ellas, las expresadas en el artículo 43 de la Carta Fundamental, pudiendo dictar instrucciones a los Jefes de la Defensa Nacional.

Decreto:

Artículo primero: Declárase estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio chileno por un plazo de 90 días desde la publicación del presente decreto en el Diario Oficial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 18.415.

[...]

El estudio de las fuentes materiales del derecho permite comprender que las normas jurídicas no dependen de una voluntad metafísica o desconectada de la realidad, sino que los órganos con competencia para producirlas están insertos en un contexto social. Por ejemplo, cuando el artículo 1 del Código Civil dispone: «La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite», esa voluntad soberana no se refiere a una fuerza metafísica, sino a personas insertas en un contexto institucional.

Las fuentes materiales de las normas jurídicas son estudiadas preferentemente por la sociología jurídica y no serán objeto de este libro.

## 1.2 Las fuentes formales

Las normas que integran los sistemas jurídicos se pueden clasificar de muchas maneras, por ejemplo, por su carácter (permisivas, imperativas y prohibitivas), por su contenido (la acción que la norma permite, ordena o prohíbe), por su órgano creador (el legislador, un tribunal, las partes contratantes, etc.), por su sujeto normativo (normas particulares o generales). La teoría de las fuentes formales consiste en clasificar las normas jurídicas según su origen (Rüthers et al., 1999/2013, p. 139) (por eso se habla de «fuentes»: según la Real Academia de la Lengua Española, una de las acepciones de esta palabra es ‘principio, fundamento u origen de algo’). Es decir, las fuentes formales del derecho constituyen una clasificación de las normas jurídicas según el órgano competente para crear esas normas (Nino, 1983/2013, p. 148). Por ejemplo, la fuente formal de una norma jurídica será la ley, si el órgano competente para crearla es el legislador; será la jurisprudencia, si el órgano es un tribunal de justicia; será un contrato, si el órgano competente son personas a quienes la legislación ha otorgado la capacidad para celebrar ese contrato; será la costumbre jurídica, si el órgano competente es la comunidad jurídica; etc.

El derecho contiene normas que regulan su propia creación, modificación y derogación (llamadas «normas de competencia»). Por ejemplo, la Constitución Política de la República regula quién puede dictar una ley y cómo debe hacerlo; el Código Civil regula quiénes pueden celebrar contratos, como la compraventa de un libro. Quienes producen normas jurídicas están facultados para hacerlo porque el ordenamiento jurídico lo permite.

Determinar cuáles son las fuentes formales de un ordenamiento jurídico significa especificar cuáles son los orígenes posibles de sus normas jurídicas. En otras palabras, significa establecer quiénes pueden (y quiénes no pueden) crear normas jurídicas. En consecuencia, la determinación de las fuentes formales del derecho tiene una dimensión política porque distribuye el poder político en la sociedad. Por eso, las fuentes formales deberían estar reguladas en la Constitución y no en el título preliminar del Código Civil (Squella, 2011, pp. 296-297), como ocurre en Chile, con los siguientes artículos:

Art. 1 del CC: La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Art. 2 del CC: La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Art. 3, inc. 2, del CC: Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

### Ejercicio 2

¿A quién otorgan poder político los artículos citados del Código Civil?



¿Por qué esas normas están contenidas en el Código Civil? La respuesta puede estar en el carácter fundacional de dicho código. O tal vez al Código Civil se le atribuye el carácter casi sagrado y mítico de haber fundado el ordenamiento jurídico chileno justamente porque contiene normas de naturaleza cercana a la constitucional (Millas, 1970/2012, p. 391; Valle Silva, 2021, pp. 69-79).

Más adelante clasificaremos todas las fuentes formales, pero conviene adelantar la distinción entre las fuentes autónomas y las heterónomas. Las autónomas son aquellas cuyas normas jurídicas son producidas por los sujetos normativos: por ejemplo, Amanda y Bernardo celebran un contrato de arrendamiento y, por tanto, crean normas jurídicas contractuales que serán obligatorias para ellos. Las fuentes heterónomas son aquellas cuyas normas jurídicas son producidas por órganos distintos de los sujetos normativos: por ejemplo, una ley es obligatoria para todos los habitantes de Chile, a pesar de que solo unas pocas personas (presidente de la república, senadores y diputados) hayan participado en su creación.

## 2. Las fuentes formales en el derecho chileno

Las principales fuentes formales en el derecho chileno son:

1. la Constitución Política de la República;
2. la ley:
  - a. las leyes interpretativas de la Constitución,
  - b. las leyes orgánicas constitucionales,
  - c. las leyes de cuórum calificado,
  - d. las leyes ordinarias;

3. las manifestaciones de la potestad reglamentaria;
4. los decretos con fuerza de ley;
5. los decretos leyes;
6. los tratados internacionales;
7. los autos acordados de los tribunales superiores de justicia;
8. la jurisprudencia;
9. los actos corporativos;
10. los actos jurídicos;
11. la costumbre jurídica.

Las fuentes enumeradas desde 1. hasta 6. se pueden consultar en <<https://www.bcn.cl/leychile/>>. Los tratados internacionales también se pueden consultar en <[https://www.bcn.cl/leychile/consulta/buscador\\_tratados](https://www.bcn.cl/leychile/consulta/buscador_tratados)>. Los principales autos acordados de la Corte Suprema se pueden consultar en <<http://autoacordados.pjud.cl>>. La jurisprudencia se puede consultar en bases de datos especializadas, por ejemplo, <<https://www.pjud.cl/portal-jurisprudencia>>. Para las demás fuentes no hay registros o, si los hay, están dispersos.

### 2.1 La Constitución

En el siglo XVIII las revoluciones en Estados Unidos y Francia tuvieron dos objetivos principales: garantizar los derechos fundamentales de las personas y dividir el poder para limitarlo. Esos dos objetivos se pueden observar en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Art. 16: Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.

Por eso, las constituciones de esos países debían cumplir esos mismos objetivos. Sin embargo, tal como indica Henríquez Viñas (2009), hubo diferencias entre ellos (pp. 29-31, 34). Estados Unidos fue fundado en gran medida por descendientes de disidentes religiosos y, por eso, una de sus preocupaciones fue proteger a las minorías políticas. Para evitar que las mayorías abusaran de las minorías, la Constitución estableció que la función principal del Poder Judicial fuera limitar al Poder Legislativo mediante la declaración de nulidad de las leyes inconstitucionales.

En cambio, en Francia el Parlamento representaba la voluntad nacional, por lo que el Poder Legislativo se irguió sobre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. De ahí que la ley sea la expresión de la voluntad soberana y la norma suprema, y se haya negado la supremacía jurídica de la Constitución. El Poder Judicial en Francia está subordinado al Poder Legislativo y debe limitarse a aplicar la ley. Es más, las constituciones posteriores a la Revolución francesa prohibían expresamente que el Poder Judicial controlara la constitucionalidad de las leyes. En el siglo XIX, las constituciones europeas siguieron ese modelo y, por eso, eran consideradas textos políticos, mientras que la ley era la norma suprema y la principal fuente formal del derecho.

La Constitución chilena de 1833 siguió el modelo francés. Debido al principio de supremacía de la ley, a la doctrina de la separación de poderes y a la forma de gobierno presidencial, la Corte Suprema y la doctrina sostuvieron que el Poder Judicial no tenía la facultad para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Entendían que el Congreso Nacional, al aprobar una ley, determinaba que esa ley era válida y estaba en conformidad con la Constitución. El fundamento normativo fue el siguiente:

Art. 164 de la Constitución de 1833: Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de [los] artículos [de la Constitución].

En la primera mitad del siglo XX, Hans Kelsen desarrolló la teoría según la cual la Constitución es la fuente formal fundamental del ordenamiento jurídico y su supremacía queda a cargo de un órgano especializado: el Tribunal Constitucional. Después de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones europeas recogieron las ideas de Kelsen y concibieron la Constitución como fuente formal suprema (Henríquez Viñas, 2009, pp. 29-31, 34). En Chile, el artículo 86, inciso 2, de la Constitución de 1925 incorporó un control judicial limitado de la constitucionalidad de las leyes mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que veía la Corte Suprema. En 1970, la Ley 17284 modificó la Constitución de 1925 y creó el Tribunal Constitucional.

En definitiva, podemos entender la Constitución de dos maneras. Primero, como una fuente formal que se diferencia de la ley solo por su mayor jerarquía normativa y por ser más difícil de modificar: es la visión «legalista». En este caso, la podremos interpretar del mismo modo que una ley. Segundo, podemos entender la Constitución como el documento fundacional

de una sociedad, como el reflejo de la conciencia nacional, como una escala de valores, etc.: es la visión «constitucionalista». En este caso, deberemos distinguir distintas clases de enunciados constitucionales (por ejemplo, normativos, programáticos, simbólicos), distintos objetos de regulación (por ejemplo, la organización del Estado, las metas del Estado, los derechos fundamentales, las estructuras sociales) y distintas intensidades regulatorias (por ejemplo, regulaciones marco, regulaciones detalladas) (Reimer, 2020, p. 35).

En este contexto, con frecuencia se dice que la Constitución es la ley fundamental. ¿Qué significa esta afirmación?

- a. La Constitución regula la producción de normas jurídicas, es decir, los órganos, procedimientos y límites para producir normas de las demás fuentes formales del ordenamiento jurídico (Kelsen, 1952/2013, p. 117).
- b. La Constitución tiene supremacía normativa sobre las demás fuentes formales del ordenamiento jurídico. Las demás normas son jerárquicamente inferiores a las normas constitucionales y no pueden contradecirlas. Por eso, la Constitución de 1980 dispone:

Art. 6: Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

La supremacía normativa de la Constitución tiene tres consecuencias principales:

- i. De esa supremacía se deriva una regla de interpretación según la cual las normas jurídicas inferiores deben interpretarse de manera coherente con la Constitución.
- ii. La Constitución contiene controles preventivos para cautelar su supremacía. Operan antes de que una norma inconstitucional entre en vigencia; por tanto, buscan impedir que una norma inconstitucional se incorpore al ordenamiento jurídico. Por ejemplo:

Art. 93 de la CPR de 1980: Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1.º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

3.º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

4.º Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

8.º Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda;

9.º Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99 [.]

Art. 99 de la CPR de 1980: En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.

Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravenzan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.

- iii. La Constitución contiene controles represivos para cautelar su supremacía. Operan después de que una norma se haya incorporado al ordenamiento jurídico. Por ejemplo:

Art. 93 de la CPR de 1980: Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6.º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

7.º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior [.]

Art. 20, inc. 1, de la CPR de 1980: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Art. 21, inc. 1, de la CPR de 1980: Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo

dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

- c. La Constitución regula materias fundamentales para la organización del Estado.
- d. La Constitución consagra los derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia, etc.

Estas breves explicaciones presentan las principales características de la Constitución en cuanto fuente formal. El estudio de la teoría constitucional, que es una disciplina muy fecunda, no es materia de este libro, por lo que podemos continuar con las demás fuentes formales.

## *2.2 La ley*

### *2.2.1 Funciones políticas de la ley*

Las autoridades políticas que legislan no tienen un deber de independencia. Para mantener actualizado el ordenamiento jurídico, las autoridades políticas pueden y deben representar intereses sociales externos al ordenamiento jurídico: siempre que no vulneren ciertos límites,<sup>7</sup> su función no resulta afectada jurídicamente por el hecho de que sus decisiones promuevan los intereses de ciertos grupos sociales, realicen programas políticos o fomenten valores aún no incorporados en el ordenamiento jurídico. En cambio, los tribunales sí tienen un deber de independencia y deben ceñirse a la legislación (Aguiló, 2000/2012, pp. 110-111).

En el siglo XIX, Friedrich von Savigny desarrolló la teoría de las fuentes formales del derecho desde la perspectiva del derecho civil. En esa época

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, la Ley 19884, de 2003, Orgánica Constitucional, Sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral; la Ley 20730, de 2014, que Regula el Lobby y las Gestiones que Representen Intereses Particulares ante las Autoridades y Funcionarios; la Ley 20900, de 2016, para el Fortalecimiento y Transparencia de la Democracia. Véase también el art. 60, inc. 7, de la Constitución de 1980: «Cesará en su cargo el diputado o senador que haya infringido gravemente las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral [...]».

estaba en boga la teoría del Estado liberal, cuya máxima manifestación de la voluntad general era la ley. Así lo muestra la siguiente norma:

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, art. 6: La ley es la expresión de la voluntad general.

El Parlamento era considerado el poder depositario de la soberanía nacional y su tarea primordial era producir normas jurídicas. La idea era promover la creación de normas jurídicas a través de la ley en vez de la costumbre y la jurisprudencia (Henríquez Viñas, 2009, pp. 18-19). Ese es el contexto histórico de nuestro Código Civil:

Art. 1 del CC: La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Pero ¿quién es el soberano? Para Andrés Bello, es la persona o reunión de personas encargada de administrar los intereses de la comunidad, que regula el ejercicio de todas las autoridades constituidas y da leyes a todos los ciudadanos (1844, pp. 11-12). En este sentido, el soberano es esencialmente el legislador.

Las leyes son una de las herramientas más importantes para ejercitar la soberanía estatal. La voluntad de la mayoría política se solidifica normativamente en la ley, es decir, lo que antes era una mera voluntad política (por ejemplo, liberalizar el aborto) pasa a ser una norma jurídica (la Ley 21030, que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales<sup>8</sup>). Por eso, de acuerdo con uno de los fundamentos de la democracia, se dice que la ley representa la voluntad soberana del pueblo (art. 1 del CC: «La ley es una declaración de la voluntad soberana [...]»). Esa concepción de la ley es fundamental para comprender los poderes del Estado en una democracia. El Poder Judicial y el Poder Ejecutivo deben estar al servicio de esa voluntad y ponerla en práctica (Rüthers et al., 1999/2013, pp. 144-145). Los monarcas, como legisladores y jueces supremos, invocaban la gracia divina para fundamentar sus decisiones. La secularización acabó con esa fundamentación religiosa y la sustituyó por una fundamentación democrática. La supremacía legal es la expresión jurídica de la soberanía popular (Augsberg, 2009, p. 69).

---

8 Disponible en <https://bcn.cl/zfd6u>

El legislador tiene, entonces, un carácter casi mítico en las sociedades democráticas (Pirie, 2013, pp. 106-129, 178-179, 189). En Chile, esto se observa especialmente en la figura de Andrés Bello y su Código Civil. Citar a Bello es citar al ancestro mítico que le dio el derecho a la sociedad chilena, como Moisés al pueblo hebreo, Hammurabi a la sociedad babilonia, Solón a Atenas, Justiniano a Roma, Napoleón a Francia (Cabrillac, 2009, pp. 71-72) y Thomas Jefferson a los Estados Unidos. Es más: los textos jurídicos atribuidos a Moisés, Hammurabi y Solón son también, en mayor o menor medida, textos sagrados y teológicos; de manera análoga, los textos jurídicos atribuidos a Justiniano, Napoleón, Jefferson y Bello conservan un resplandor sacro, pues se les atribuye haber llevado a sus sociedades de la anomia (falta de normas y de orden) a la eunomia (existencia de buenas normas y buen orden). En Chile, la autoridad de Andrés Bello supera la autoridad de cualquier legislador posterior: el legislador contemporáneo no tiene ningún reparo ni recato para modificar la Constitución, incluso de maneras jurídicamente cuestionables (por ejemplo, la Ley 21248, de 2020, de Reforma Constitucional, que Permite el Retiro Excepcional de los Fondos Acumulados de Capitalización Individual<sup>9</sup>), pero siente un temor reverencial a modificar el Código Civil. Esto se debe en gran parte a que, en nuestro imaginario jurídico, Andrés Bello y el Código Civil son el mito fundacional del derecho chileno.

Los ejemplos de Moisés, Solón y Justiniano llevaron a la convicción de que cada pueblo debe tener su propia ley. No es coincidencia que Napoleón no solo haya querido emular a los emperadores romanos en sus conquistas militares, sino también a Justiniano dictando un código civil. Al tener su propia ley, el pueblo se siente heredero de Roma y equivalente al pueblo elegido de Israel. Es decir, el derecho puede ser parte de la autodefinición de una sociedad. Con toda razón, el cuadro de 1833 en el que Mauzaisse retrata a Napoleón el Legislador, contiene evidentes alusiones religiosas y mitológicas. De modo análogo, delante del Palacio de los Tribunales de Justicia, que alberga a la Corte Suprema de Chile, está el monumento en homenaje a Manuel Montt (durante cuyo mandato se promulgó el Código Civil) y su ministro Antonio Varas, elaborado en bronce por el escultor italiano Ernesto Biondi: la figura principal es una mujer sentada sobre un pedestal titulado *Lex*, que sostiene en su mano derecha un código civil: justicia, *lex* y código civil conforman una unidad conceptual en este paisaje urbanístico. El Código Civil chileno es

9 Disponible en <https://bcn.cl/2f8ms>

sacrosanto y Andrés Bello es el ancestro heroico que, cual Prometeo, trajo la luz. De ahí deriva la autoridad del Código Civil, que ninguna constitución en Chile ha logrado alcanzar.

Estas funciones políticas de la ley se han debilitado por dos motivos principales. En primer lugar, el siglo XIX fue el siglo de las codificaciones, que fueron un intento por someter los tribunales a la voluntad soberana del pueblo, pero actualmente parece que el péndulo se está inclinando nuevamente hacia el desarrollo del derecho a través de la jurisprudencia de los tribunales (Rüthers et al., 1999/2013, pp. 144-145).

En segundo lugar, a fines del siglo XIX y principios del XX se produjo la transición política del Estado liberal al Estado social de derecho, es decir, el Estado (especialmente el Poder Ejecutivo) tuvo que empezar a intervenir para distribuir la riqueza, y el derecho fue reconocido como un medio para lograr ese fin. Además, fue cobrando más importancia el derecho internacional, debido a la interdependencia de los Estados, que relativizó la soberanía estatal. En ese contexto, la doctrina alemana (por ejemplo, Jellinek) abordó las fuentes formales desde la perspectiva del derecho público y abandonó el dogma de la omnipotencia del legislador. En el siglo XX, correspondió a Kelsen el mérito de centrar la atención de la ciencia jurídica en las fuentes del derecho. En su teoría abandonó la identificación entre el derecho y la ley, y destacó el rol de la Constitución: ella determina la validez del derecho. La Constitución se transforma, así, en la fuente formal suprema y la ley pierde su carácter de fuente principal (Henríquez Viñas, 2009, pp. 18-20). Como la Constitución tiene mayor jerarquía, la ley ya no es la única manifestación de la voluntad soberana; se entiende entonces que el Tribunal Constitucional pueda declarar la invalidez de las leyes inconstitucionales. En el fondo, la ley ha cedido a la Constitución su carácter de fundamento de toda la construcción normativa. Sin embargo, la ley sigue siendo la categoría central del Estado constitucional y democrático de derecho (Henríquez Viñas, 2009, pp. 22-24, 58).

### 2.2.2 Definición de la ley

Existen muchísimas definiciones de la ley. Por ejemplo, Papiniano la definió así: «Ley es el precepto común, el consejo de los hombres prudentes, la coerción de los delitos cometidos por propia voluntad o por ignorancia, la seguridad de la república» (Digesto 1.3.1, citado en Domingo y Rodríguez-Antolín, 2000, p. 171). Tomás de Aquino (ca. 1270/1993), en tanto, la definió como

«una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad» (cuestión 90, artículo 4). De aquí llama la atención la idea de que podemos descubrir cuáles son las normas jurídicas legales mediante la razón (hoy diríamos la ciencia); por eso, es una definición iusnaturalista. Cuando Tomás funda la ley en la razón, la contrapone a la voluntad del soberano: la sola voluntad del soberano no puede crear la ley, porque la voluntad es arbitraria. Es decir, según Tomás, solo si la voluntad del soberano es racional, podrá producir leyes. Hoy en día, en cambio, la mayoría de los juristas sostiene que descubrimos las normas legales mediante el estudio de las respectivas fuentes formales del derecho (Hage et al., 2017, pp. 371-374). Además, en la época de Tomás de Aquino, el soberano era el emperador, el rey o el señor feudal, mientras que en las democracias actuales sostenemos que el soberano es el pueblo.

Por su parte, el ordenamiento jurídico chileno define la ley en el artículo 1 del Código Civil:

Art. 1 del CC: La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Además, a partir del artículo 63, número 20, de la Constitución Política de la República de 1980, se puede definir la ley como una norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

A continuación, ensayaremos una definición aristotélica de la ley. Las definiciones aristotélicas están compuestas de un género próximo y características particulares. Por ejemplo, una posible definición aristotélica de los perros señalaría que son mamíferos caninos (género próximo) domesticados (característica particular que los diferencia de otros caninos, como los lobos).

### Ejercicio 3

¿Cuál es el género próximo de la ley? Consejo: revise cómo se titula la primera parte de este libro.



Para construir una definición aristotélica de la ley, debemos comenzar por determinar cuál es su género próximo: una fuente formal del derecho. Las características particulares de la ley se expresan a través del llamado triple

registro de la norma fundante: el órgano que tiene la competencia para crear la norma jurídica, el procedimiento para crearla y sus límites de contenido. Con estos elementos podemos construir la siguiente definición aristotélica de la ley (tal como hace Squella, 2011, p. 327):

La ley es	
la fuente formal del derecho	género próximo
por la cual el legislador (Congreso, art. 46 de la CPR de 1980, y presidente, art. 32, núm. 1, de la CPR de 1980)	órgano
siguiendo el procedimiento que la Constitución fija para la formación de la ley (art. 65 y ss. de la CPR de 1980)	procedimiento
y ateniéndose a ciertos límites que la propia Constitución establece en cuanto al contenido de la ley	límites
produce normas jurídicas abstractas, generales y de validez comúnmente indefinida.	límites

En cuanto a los límites:

- a. la Constitución delimita qué materias se pueden regular por ley, ya que el artículo 63 de la Constitución Política de la República de 1980 dispone que «Solo son materias de ley [...]», aunque incluye una formulación abierta en el número 20; y
- b. el contenido de las leyes no puede estar en contradicción con el contenido de la Constitución, por ejemplo, con los derechos fundamentales enumerados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de 1980.

### 2.2.3 Significados de la palabra «ley»

La ley se puede considerar en un sentido amplio y en un sentido estricto. Las normas jurídicas de observancia general, en cuya formación intervienen el presidente y el Congreso, componen la ley en sentido amplio, que es sinónimo de «legislación». Abarca:

- las leyes interpretativas de la Constitución,
- las leyes orgánicas constitucionales,
- las leyes de cuórum calificado,
- las leyes ordinarias,

- los decretos con fuerza de ley,
- los decretos leyes (por analogía),
- los tratados internacionales.

Las leyes ordinarias también se denominan leyes en sentido estricto, es decir, las que, de acuerdo con el artículo 66, inciso 3, de la Constitución Política de la República de 1980, se aprueban, por regla general, por mayoría simple de los miembros presentes de cada cámara del Congreso.

#### 2.2.4 Principales características de la ley

##### a. Abstracción y generalidad

Respecto de la ley en sentido amplio (legislación), sus normas son generales y, en consecuencia, abstractas. Es lo que se denomina el principio de generalidad de la ley. De acuerdo con su definición constitucional, una de las características de la ley es que sus normas son de carácter general y obligatorio (art. 63, núm. 20, de la CPR de 1980). Por cierto, la misma Constitución se aparta de este principio cuando establece leyes particulares; por ejemplo, el artículo 63, número 5, de la Constitución Política de la República de 1980 dispone que son materias de ley «las que regulen honores públicos a los grandes servidores».

El principio de generalidad de la ley se fundamenta en consideraciones políticas e institucionales, entre otras. Según Mancur Olson (1982), mientras más pequeño sea un grupo humano, más fácil será que sus miembros se organicen. Por eso, los grupos pequeños se organizarán mejor y recibirán más beneficios estatales que los grupos más numerosos o que la población general. En consecuencia, los grupos pequeños intentarán que las políticas públicas los favorezcan, aun cuando sean dañinas para el conjunto de la población. En las democracias, los representantes políticos quieren ser reelegidos y por eso podrían ofrecer beneficios a ciertos grupos si prevén que eso les reportará réditos electorales. De esa manera, se dilapidarían recursos públicos. Para evitar que haya personas o grupos privilegiados, existe el principio de generalidad de la ley: mientras más general sea la norma, menor es la probabilidad de que conceda privilegios y se dilapiden recursos.

Además, el principio de generalidad se fundamenta en tres funciones jurídicas:

- i. asegurar la igualdad ante la ley (véase el art. 19, núm. 2, de la CPR de 1980);
- ii. dar seguridad jurídica, ya que las personas pueden confiar en que a los casos iguales se les aplicará la misma norma;
- iii. constituir un criterio importante de justicia, que se expresa en el imperativo categórico de Kant (1785/1980): «Obra solo de forma que puedas desear que la máxima de tu acción se convierta en una ley universal» (cap. 1). Es decir, desde la perspectiva kantiana, la generalidad permite presumir que la ley es racional y correcta (Volkman, 2018, p. 78). La filosofía moderna ha tratado este criterio de justicia bajo el rótulo de «universalización».

## b) Escrituración

Las normas jurídicas se pueden transmitir de manera oral o escrita. Una de las características modernas de la ley (en su sentido amplio) es su escrituración. En cambio, en las sociedades no alfabetizadas, las normas jurídicas se transmiten de manera oral; por ejemplo, los griegos en la Antigüedad cantaban las normas jurídicas para que fuera más fácil memorizarlas (Pirie, 2013, pp. 144-148). Ahora bien, hasta el día de hoy hay Estados que tienen una constitución no escrita, como Inglaterra e Israel.

Pero existen normas jurídicas escritas desde los albores de la historia. El texto jurídico más antiguo que conocemos es el Código de Ur-Nammu, escrito en Mesopotamia aproximadamente el año 2100 a. C. El paso del derecho oral al escrito es gradual y suele tardar mucho tiempo, pues se produce a medida que aumenta la alfabetización de la sociedad.

Las normas jurídicas de las sociedades no alfabetizadas suelen ser concretas. En cambio, escribir las normas jurídicas fomenta que sean generales y abstractas. Es decir, la escrituración está vinculada con los principios de generalidad e igualdad ante la ley (Pirie, 2013, pp. 144-148). Además, la escrituración de las normas jurídicas permite transmitirlas en el espacio (a otras sociedades) y en el tiempo (a las futuras generaciones) (Bourdieu, 1987, pp. 843-845). «La escritura es originariamente el lenguaje del ausente» (Freud, 1930/1992, p. 90).

El concepto de derecho positivo tiene varios significados. Uno de ellos se refiere al derecho escrito, en contraposición con el oral. De acuerdo con otras acepciones, que el derecho sea positivo significa que es válido (Millas,

1970/2012, pp. 254-255) o que ha sido creado por los humanos, en contraposición con el derecho natural. También se puede denominar así al derecho estatal.

### c) Publicidad

Tradicionalmente, la doctrina trata la publicidad a propósito de la ley, pero es una característica común a todas las fuentes formales. La publicidad requiere que las normas jurídicas sean públicas, es decir, que no sean secretas para los sujetos normativos. Por eso, el Estado debe publicar las normas jurídicas de aplicación general y notificar las que serán aplicadas a sujetos normativos determinados. Se publican, por ejemplo:

Ley 19880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Art. 48, inc. 1: Obligación de publicar. Deberán publicarse en el Diario Oficial los siguientes actos administrativos:

- a) Los que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general;
- b) Los que interesen a un número indeterminado de personas;
- c) Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 45;
- d) Los que ordenare publicar el Presidente de la República; y
- e) Los actos respecto de los cuales la ley ordenare especialmente este trámite.

Art. 6 del CC: La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen.

En cambio, se notifican, por ejemplo:

Ley 19880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Art. 45, inc. 1: Procedencia. Los actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro.

Art. 38 del CPC: Las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella.

La publicidad se vincula con la seguridad jurídica, porque requiere cognoscibilidad, es decir, que las normas jurídicas sean identificables, públicas y comprensibles. Pero no es solo una cuestión de seguridad jurídica: además, en los hechos, la publicidad garantiza una moralidad mínima de las normas jurídicas y del Estado. Es usual que los actos de injusticia barbárica no sean ordenados a través de normas jurídicas públicas, sino a través de órdenes secretas. Por ejemplo, los actos de las policías secretas durante las dictaduras (Fuller, 1958, pp. 651-655; Alexy, 1992/2011, p. 85).

Ahora bien, en Chile todavía existen leyes secretas (Contreras V., 2010). En 2016, el Consejo para la Transparencia detectó más de doscientas leyes secretas (2016a, 2016b), cuya existencia fue criticada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2017, pp. 20-23). El Consejo para la Transparencia (2016c) propuso publicar la llamada «ley del cobre» y, a raíz de eso, se dictó la Ley 20977, que Exige la Publicación en el Diario Oficial de la Ley 13196, Reservada del Cobre.

#### d) Presunción de conocimiento

La presunción de conocimiento vale para todas las normas jurídicas con independencia de su fuente formal. Sin embargo, se suele tratar a propósito de la ley.

Desde un punto de vista psicológico, solo podemos tener la voluntad de hacer algo si tenemos conciencia de ese algo. Sin embargo, el derecho muchas veces asume que tenemos la voluntad de hacer cosas de las que no hemos tenido conciencia. Esta incongruencia entre la voluntad psicológica real y la voluntad jurídica imputada se debe a que en la práctica muchas veces es imposible determinar la primera. Pero la incongruencia también se debe a que muchas veces el derecho descarta expresamente la voluntad psicológica. En eso consiste la presunción de conocimiento de las normas jurídicas: el ordenamiento jurídico presume que conocemos ciertas normas, aunque de hecho no las conozcamos. Es decir, el derecho reconoce una voluntad jurídica imputada e ignora la voluntad psicológica real (Millas, 1970/2012, pp. 311-312).

Para analizar la presunción de conocimiento, conviene tratar de manera diferente las normas que emanan de fuentes formales heterónomas y aquellas que emanan de fuentes formales autónomas. Para las fuentes formales heterónomas (no solo la ley) rige la presunción de conocimiento en la medida en que las normas hayan sido publicadas o notificadas. La

publicidad es el fundamento de la presunción de conocimiento: solo se puede presumir el conocimiento de una norma jurídica heterónoma pública. En consecuencia, el Código Civil dispone lo siguiente:

Art. 7, inc. 1, del CC: La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria.

Art. 8 del CC: Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia.

Art. 706, inc. 3 y 4, del CC: Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

Art. 1452 del CC: El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Otro ejemplo de nuestra legislación se refiere a la regulación administrativa tributaria:

Art. 26, inc. 3, del Código Tributario: En caso que las circulares, dictámenes y demás documentos mencionados en el inciso 1° sean modificados, se presume de derecho que el contribuyente ha conocido tales modificaciones desde que hayan sido publicadas de acuerdo con el artículo 15°.

Naturalmente, se puede cuestionar si la presunción de conocimiento es justa o siquiera realista. De partida, las personas analfabetas no pueden leer las normas. Pero no solo eso: se han dictado más de veinte mil leyes en Chile y en los hechos es imposible que alguien conozca todas las que están vigentes. ¿Por qué nuestro ordenamiento jurídico presume que todas las personas concen todas las normas? Si no lo presumiese, cualquier persona podría alegar que ignoraba las normas y eso haría, en la práctica, casi imposible la convivencia en sociedad.

Para las fuentes formales autónomas, la presunción de conocimiento vale desde el momento de la creación de la norma. Por ejemplo, nadie puede excusarse de cumplir un contrato que ha celebrado, alegando que no conocía su contenido:

Art. 1545 del CC: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Sin embargo, también hay excepciones. Por ejemplo, el pago de lo no debido, esto es, cuando alguien paga a otra persona algo, creyendo, por error, que se lo debía. Quien recibe el pago debe restituirlo, incluso en casos de error de derecho:

Art. 2295 del CC: Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.

Art. 2297 del CC: Se podrá repetir lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural.

Un caso especial está regulado en la ley del consumidor: la presunción de conocimiento solo opera si el consumidor tuvo acceso efectivo al contenido del contrato y la posibilidad de almacenarlo o imprimirlo:

Ley 19496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, art. 12A: En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.

Ahora bien, la posibilidad de acceso, almacenamiento e impresión son requisitos formales que no aseguran que la persona haya entendido el contrato.

## 2.2.5 El principio de igualdad ante la ley

Todas las sociedades humanas complejas tienen estructuras jerárquicas que establecen discriminaciones, por ejemplo, entre nobles, libres y esclavos; patricios y plebeyos; ricos y pobres, o entre diferentes castas. Desde hace milenios, estas categorías han regulado las relaciones entre las personas y han determinado que algunas sean jurídica, política o socialmente superiores a otras (Harari, 2011/2015, p. 153).

La igualdad ante la ley es relativamente reciente. En las sociedades premodernas lo que hay es una desigualdad jurídica entre las personas (por ejemplo, en el Código de Hammurabi o el derecho feudal). La igualdad ante la ley es uno de los principios fundamentales del liberalismo, como expresan los ideales de la Revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad. La decisión de organizarse según un principio de diferencia o de igualdad ante la ley es una decisión política: no hay nada que sea intrínsecamente mejor en una u otra alternativa. En nuestra sociedad nos parece que el principio de igualdad es superior por motivos morales, pero esa es solo nuestra convicción. Otras sociedades, como las estratificadas asiáticas, han sostenido que una sociedad basada en jerarquías fomenta la cooperación social porque cada quien sabe cuál es su posición social. Hammurabi tal vez estaba consciente de que no había diferencias inherentes entre los nobles, los libres y los esclavos, pero creía que una sociedad diferenciada era más próspera y estable. Por el contrario, nosotros sabemos que en realidad todas las personas somos distintas, pero sostenemos que somos iguales porque creemos que la igualdad fomenta la cooperación de los individuos en la sociedad (Harari, 2011/2015, pp. 114-124).

La sociedad chilena se fundamenta en la igualdad jurídica entre las personas, principio que se expresa especialmente en las siguientes normas:

Art. 19 de la CPR de 1980: La Constitución asegura a todas las personas: 2.º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados.

Art. 55 del CC: Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Este principio está relacionado con la generalidad de la ley, porque una norma que es general trata de la misma manera a todas las personas. Sin embargo, aun cuando la legislación reconoce la igualdad ante la ley, no trata del mismo modo a todas las personas. Por ejemplo, la tasa del impuesto a la renta no es igual para todos (art. 52 del DL 824),<sup>10</sup> y tanto la legislación indígena (Ley 19253)<sup>11</sup> como la comercial (art. 1 del Código de Comercio)<sup>12</sup> solo se aplican a ciertas categorías de personas. ¿Son estas categorías grupos privilegiados? ¿Qué es entonces la igualdad ante la ley? La igualdad ante la ley significa que, al aplicar la ley, los órganos de aplicación (tribunales, Administración

10 Disponible en <https://bcn.cl/2f7ce>

11 Disponible en <https://bcn.cl/2f7n5>

12 Disponible en <https://bcn.cl/2j5ta>

pública) solo pueden hacer una diferencia si esa diferencia está reconocida por la ley, es decir, es una obligación dirigida a los órganos que aplican de la ley, no un derecho de los sujetos (Kelsen, 1952/2013, p. 121). Además, la igualdad ante la ley representa una exigencia para justificar las leyes: mientras más diferenciado sea el trato que otorga una ley, requerirá mejores argumentos para justificar, crear y aplicar esa desigualdad.

## 2.2.6 Clases de leyes

La Constitución chilena de 1980 establece varias categorías de ley: las leyes ordinarias, las leyes de cuórum calificado (LQC), las leyes orgánicas constitucionales (LOC) y las leyes interpretativas de la Constitución (LIC). Esas clases se diferencian en las materias que regulan, en los cuórum parlamentarios necesarios para aprobarlas, modificarlas o derogarlas, y en su sujeción al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional. Están reguladas en el artículo 66, y su control constitucional está regulado en el artículo 93, inciso 1, número 1, de la Constitución Política de la República de 1980:

Art. 66 de la CPR de 1980: Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional y las leyes de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 68 y siguientes.

Art. 93 de la CPR de 1980: Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1.º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación [.]

Las leyes interpretativas de la Constitución (por ejemplo, las leyes 18152<sup>13</sup> y 19174<sup>14</sup>) contienen interpretaciones auténticas y son generalmente obligatorias:

13 Disponible en <https://bcn.cl/3fm19>

14 Disponible en <https://bcn.cl/2msq1>

Art. 3, inc. 1, del CC: Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las normas constitucionales tienen una jerarquía normativa superior a la ley. Por lo tanto, una norma legal jamás podrá reformar la Constitución (es decir, jamás podrá aprobar, modificar o derogar una norma constitucional). A las reformas constitucionales se les aplican ciertas normas procesales sobre formación de la ley (art. 127 de la CPR de 1980) y reciben una denominación y numeración de ley (por ejemplo, las leyes 18825, 20050 y 21533), pero no son leyes.

#### Ejercicio 4

¿Cuáles son las ventajas y desventajas de que existan cuórum más altos para regular ciertas materias?



### 2.3 Las manifestaciones de la potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria es la facultad del presidente de la república para producir normas jurídicas. Una parte de la doctrina sostiene que otras autoridades administrativas y los servicios públicos también ejercen la potestad reglamentaria, mientras que otra parte considera que constituyen una fuente formal distinta denominada «potestades normativas».

Las siguientes normas constitucionales regulan la potestad reglamentaria del presidente:

Art. 24 de la CPR de 1980: El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República [.]

Art. 32 de la CPR de 1980: Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

6.º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes [.]

Art. 35 de la CPR de 1980: Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.

Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley.

De acuerdo con esas normas, la potestad reglamentaria del presidente se clasifica según su función en:

- potestad reglamentaria autónoma: regula las materias no reservadas a la ley de acuerdo con el artículo 63 de la Constitución de 1980, y
- potestad reglamentaria de ejecución: regula las materias reservadas a la ley para ejecutar las leyes.

La potestad reglamentaria autónoma tiene poca aplicación práctica. Se usa, por ejemplo, para regular comisiones asesoras presidenciales, como la Comisión Asesora Presidencial Interministerial para la Coordinación de la Conmemoración de los Cincuenta Años del Golpe de Estado en Chile.<sup>15</sup> También se usa para aprobar políticas, como la Política Oceánica Nacional<sup>16</sup> y la Política Antártica Nacional.<sup>17</sup> Pero el presidente sí la aplica con frecuencia para adoptar acuerdos de forma simplificada, que son tratados internacionales que no abordan materias propias de ley, como veremos más adelante.

No está claro si las normas que emanan de la potestad reglamentaria autónoma son de la misma jerarquía que la ley o de una jerarquía inferior, pero, como se refieren a materias distintas, las antinomias entre una norma legal y una norma de la potestad reglamentaria autónoma serán inusuales y, por regla general, se podrán resolver mediante la declaración de inconstitucionalidad de una de ellas.

En cambio, la potestad reglamentaria de ejecución se usa mucho. Por ejemplo, se deriva de las siguientes normas legales y se ha concretado en los siguientes cuerpos normativos:

Art. 695 del CC: Un reglamento especial determinará en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la forma y solemnidad de las inscripciones.

15 Disponible en <https://bcn.cl/35cnk>

16 Disponible en <https://bcn.cl/2phb3>

17 Disponible en <https://bcn.cl/2tt8t>

La potestad reglamentaria de ejecución que mandata el art. 695 del CC se concretó en el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de junio de 1857.<sup>18</sup>

Ley 18525, art. 9, inc. penúltimo: Un reglamento, dictado a través de decreto supremo del Ministerio de Hacienda, establecerá el procedimiento necesario para el cobro de los derechos, impuestos y demás gravámenes que resulten con motivo de la fijación provisoria de valores aduaneros mínimos, sobretasas, derechos antidumping y derechos compensatorios y de su restitución cuando fuere procedente. El reglamento determinará, además, los procedimientos que sean necesarios para la ejecución de las disposiciones contenidas en el presente artículo.<sup>19</sup>

Esta potestad reglamentaria de ejecución se expresó en el Decreto 1314, de 2012, del Ministerio de Hacienda.<sup>20</sup>

Otro ejemplo se encuentra en materia tributaria:

Art. 5 del Código Tributario: Se faculta al Presidente de la República para dictar normas que eviten la doble tributación internacional o que eliminen o disminuyan sus efectos.

Las normas que emanan de la potestad reglamentaria de ejecución son de una jerarquía inferior a la ley (y por tanto también a la Constitución). Por eso, la Contraloría General de la República ejerce el control de legalidad de esas normas (art. 99 de la CPR de 1980). Además, la Contraloría ha sostenido que el control de legalidad incluye asegurarse de que los actos de la administración del Estado se conformen con las normas de tratados internacionales que resulten aplicables.<sup>21</sup>

La potestad reglamentaria autónoma y la de ejecución se manifiestan en decretos supremos, resoluciones, dictámenes, etc. (art. 3 de la Ley 19880).<sup>22</sup> Como indica la Ley 19880, hay órganos del Estado que tienen potestades

18 Disponible en <https://bcn.cl/zfdq1>

19 Disponible en <https://bcn.cl/3ddme>

20 Disponible en <https://bcn.cl/3fmit>

21 Contraloría General de la República, 26 de diciembre de 2006, dictamen 61817, párr. I c). Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/061817No6/html>

22 Disponible en <https://bcn.cl/2f82e>

normativas, por ejemplo, las superintendencias, el Banco Central y los gobiernos regionales. Ejemplos de autoridades administrativas que dictan decretos y/o resoluciones son los siguientes:

DFL 329, de 1979, que Aprueba Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, art. 4, inc. 2: El Director Nacional tiene la autoridad, atribuciones y deberes inherentes a su calidad de Jefe Superior del Servicio y, en consecuencia, sin que ello implique limitación, le corresponden las siguientes atribuciones, responsabilidades y obligaciones:

8.- Dictar las normas de régimen interno y los manuales de funciones o de procedimiento, órdenes e instrucciones para el cumplimiento de la legislación y reglamentación aduanera y para la buena marcha del servicio, y supervigilar el cumplimiento de todos ellos.

15.- Dictar las resoluciones generales o particulares que fueren necesarias en materias relativas a personal, en conformidad al Estatuto Administrativo y demás disposiciones legales vigentes.<sup>23</sup>

Ley 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, art. 3: Corresponderá a las municipalidades, en el ámbito de su territorio, las siguientes funciones privativas:

a) Elaborar, aprobar y modificar el plan comunal de desarrollo cuya aplicación deberá armonizar con los planes regionales y nacionales;

b) La planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes [.]<sup>24</sup>

#### Ejercicio 5

¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la potestad reglamentaria, en comparación con la ley?



Ahora bien, esas normas tienen un problema desde el punto de vista de la legitimidad democrática. Las que contienen normas de carácter abstracto y general, y que emanan de la potestad reglamentaria, vulneran la separación de poderes políticos. Esa separación permite que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial (así como la mayoría y la minoría política) se controlen mutuamente y se contrapesen, lo que redundaría en beneficio de la libertad

<sup>23</sup> Disponible en <https://bcn.cl/2o69d>

<sup>24</sup> Disponible en <https://bcn.cl/2kd8s>

de los individuos. En cambio, si bien el presidente de la república ejerce la potestad reglamentaria con el control de la Contraloría, lo hace sin un contrapeso político. Por tanto, las facultades de la potestad reglamentaria son una excepción al principio liberal de separación de poderes, por lo que se deben interpretar de manera estricta (Rüthers et al., 1999/2013, pp. 145-146).

Considerando esos graves problemas, podemos preguntarnos por qué existe la potestad reglamentaria. Pues bien, los decretos y resoluciones se pueden dictar, modificar y derogar en menos tiempo que las leyes. Eso permite adaptar más rápidamente el ordenamiento jurídico a los cambios sociales. Así, son un instrumento importante, especialmente cuando los cambios sociales y tecnológicos son tan rápidos como en la actualidad (Rüthers et al., 1999/2013, p. 146).

El presidente de la república debe promulgar las leyes (art. 32, núm. 1, y art. 75, inc. 2, de la CPR de 1980) mediante un decreto supremo. Ese decreto promulgatorio no altera la fuente formal: la ley promulgada mediante un decreto sigue siendo una ley; no pasa a ser un decreto.

#### 2.4 *Los decretos con fuerza de ley*

Los decretos con fuerza de ley son decretos supremos dictados por el presidente de la república, con arreglo a la Constitución, que tienen la jerarquía normativa de una ley y regulan ciertas materias propias de ley. Hay tres tipos de decretos supremos: uno ordinario y dos especiales. Todos están sometidos al control de legalidad por parte de la Contraloría General de la República (art. 99, inc. 2, y art. 66, inc. 6, de la CPR de 1980) y, en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley (art. 66, inc. 7 de la CPR de 1980).

##### 2.4.1 Tipo ordinario de decreto con fuerza de ley

El tipo ordinario de decreto con fuerza de ley es una fuente formal mediante la cual el presidente, previa autorización del Congreso, regula ciertas materias propias de ley. Es decir, el Congreso delega su potestad legislativa en el presidente mediante una ley delegatoria (también llamada ley habilitante).

Art. 32 de la CPR de 1980: Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

3.º Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución [...]

Art. 64 de la CPR de 1980: El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley. Inc. 2: Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.

Inc. 3: La autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República.

Inc. 4: La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

Inc. 6: A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida.

Inc. 7: Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

A veces se producen problemas cuando el legislador faculta al presidente a dictar un decreto con fuerza de ley que fije el texto refundido, coordinado y sistematizado de una ley, pues el presidente dicta el decreto con fuerza de ley, pero leyes posteriores modifican la ley original (no el DFL). Un ejemplo: la Ley 21080, en su artículo séptimo transitorio, facultó al presidente a refundir la Ley 19496 del consumo, y el presidente lo hizo mediante el DFL 3, promulgado el 13 de septiembre de 2019, pero publicado recién el 31 de mayo de 2021. Entre ambas fechas, el 9 de junio de 2020, se publicó la Ley 21236 y, el 20 de abril de 2021, se publicó la Ley 21320, y ambas modificaron la Ley 19496.<sup>25</sup> ¿Cuál es entonces la versión actualizada: el DFL o la ley? El legislador debería ser más prolijo para evitar estos errores; desarrollar versiones paralelas de un texto puede ser útil si se trata de *software* y uno usa *git*, pero definitivamente es una pésima idea para crear normas jurídicas.

Un caso distinto es la Ley 21542, de 2023, que Modifica la Carta Fundamental con el Objeto de Permitir la Protección de Infraestructura Crítica por

---

25 Véase nota en <https://bcn.cl/2pv9x>

parte de las Fuerzas Armadas, en Caso de Peligro Grave o Inminente, que dispone:

Artículo segundo.- Agrégase la siguiente disposición quincuagésima tercera transitoria, nueva, en la Constitución Política de la República:  
«QUINCUAGÉSIMA TERCERA. Facúltase al Presidente de la República para que, en el plazo de tres meses contado desde la publicación de esta reforma, establezca mediante uno o más decretos con fuerza de ley, expedidos por intermedio del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, los que también deberán ser suscritos por el Ministro de Defensa Nacional, las normas necesarias para regular las atribuciones y deberes de las fuerzas para el resguardo de las áreas de zonas fronterizas establecidas en el párrafo final del numeral 21° del artículo 32 [.]».

El caso es interesante porque no es una ley delegatoria, sino una reforma constitucional. Es decir, no hay una ley delegatoria, sino una norma constitucional delegatoria. En definitiva, puede considerarse que es una variante del tipo ordinario de decreto con fuerza de ley o un nuevo tipo especial de decreto con fuerza de ley.

¿Cuál es la diferencia entre los decretos con fuerza de ley del tipo ordinario y los decretos supremos que el presidente de la república dicta en ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución? En efecto, en ambos casos el presidente de la república ejerce su potestad reglamentaria a petición del legislador. La diferencia radica en que, como su nombre lo indica, los decretos con fuerza de ley tienen fuerza de ley, es decir, jerarquía de ley, y pueden derogar y modificar leyes anteriores. En cambio, el presidente no puede ejercer su potestad reglamentaria de ejecución para derogar o modificar leyes porque esos decretos supremos no tienen la jerarquía de una ley. En otras palabras: los decretos con fuerza de ley del tipo ordinario consisten en que el legislador eleva la jerarquía normativa de esos decretos supremos.

#### 2.4.2 Decretos con fuerza de ley que refunden, coordinan o sistematizan las leyes

El primer tipo especial de decreto con fuerza de ley es un decreto supremo dictado por el presidente de la república, autorizado por la Constitución, que refunde, coordina o sistematiza leyes:

Art. 64, inc. 5, de la CPR de 1980: Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance.

Es decir, no es necesaria una ley delegatoria y el presidente no tiene un plazo máximo para dictarlos. La doctrina ha debatido sobre la naturaleza jurídica de estos decretos con fuerza de ley (Cordero Quinzacara, 2010, pp. 67-68). Los decretos con fuerza de ley pueden refundir, coordinar o sistematizar una sola ley o varias leyes de manera simultánea. Por ejemplo, el DFL 1, publicado el 26 de julio de 2006, fijó el texto de una sola ley: la 18695.<sup>26</sup> Otros decretos con fuerza de ley refunden, coordinan o sistematizan varias leyes, como el DFL 1, publicado el 30 de mayo de 2000, que fijó el texto de seis leyes (entre ellas, el Código Civil).<sup>27</sup>

Si bien el presidente de la república tiene la autorización permanente para dictar decretos con fuerza de ley del primer tipo especial que fijen el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes, en ocasiones dicta decretos con fuerza de ley ordinarios para cumplir ese mismo objetivo. Por ejemplo, el presidente no dictó el DFL 4 del año 2022<sup>28</sup> como un decreto con fuerza de ley del primer tipo especial, en virtud del inciso 5 del artículo 64 de la Constitución, sino que lo dictó como decreto con fuerza de ley del tipo ordinario, en virtud del artículo noveno transitorio de la Ley 21355,<sup>29</sup> que lo autorizó a dictar decretos con fuerza de ley que establecieran los textos refundidos, coordinados y sistematizados de las leyes 19039 y 20254.

Cabe explicar los decretos con fuerza de ley envolventes. Es envolvente el decreto con fuerza de ley que refunde, coordina o sistematiza varias leyes y contiene un doble articulado: cada artículo del decreto con fuerza de ley abarca una ley y, a su vez, cada ley está compuesta por artículos. Es decir, el decreto con fuerza de ley es una especie de manto que envuelve varias leyes. Decimos que estos decretos con fuerza de ley tienen un doble

26 Disponible en <https://bcn.cl/2f796>

27 Disponible en <https://bcn.cl/2f8ub>

28 Disponible en <https://bcn.cl/34hx8>

29 Disponible en <https://bcn.cl/3kgo5>

articulado porque constan de artículos y también las leyes que envuelven constan de artículos. Por ejemplo, el DFL 1, publicado el 30 de mayo de 2000, consta de ocho artículos y fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de distintas leyes: el artículo 2 fija el texto del Código Civil, el cual, a su vez, consta de 2524 artículos más un artículo final; el artículo 3 fija el texto de la Ley 4808, sobre Registro Civil que, por su parte, consta de veintisiete artículos; etc. Por cierto, también otras fuentes formales pueden ser envolventes, por ejemplo, un decreto,<sup>30</sup> aunque el caso típico son los decretos con fuerza de ley. Los dobles articulados pueden causar dificultades para citar de manera precisa los artículos; una técnica legislativa más pulida consistiría en reemplazar los artículos envolventes por títulos, párrafos o secciones, y conservar solamente los artículos de la fuente formal envuelta.

#### 2.4.3 Decretos con fuerza de ley autorizados durante la aprobación de un tratado internacional

El segundo tipo especial de decreto con fuerza de ley es un decreto supremo dictado por el presidente de la república para el cumplimiento de un tratado internacional vigente, previa autorización del Congreso Nacional, otorgada durante el trámite de aprobación del tratado:

Art. 54, núm. 1, inc. final, de la CPR de 1980: En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64 [.]

La facultad del presidente de dictar este tipo de decretos con fuerza de ley no está sujeta al plazo de un año, sino que se mantiene durante la vigencia del tratado. No se requiere una ley delegatoria, sino una autorización del Congreso.

En consecuencia, el presidente de la república puede dictar decretos con fuerza de ley que deroguen, modifiquen o reemplacen leyes con tal de

---

<sup>30</sup> Por ejemplo, el Decreto 88 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado el 22 de mayo de 2023, cuyo artículo primero contiene un doble articulado. Disponible en <https://bcn.cl/3f35w>

que pueda justificar que los dicta para el cabal cumplimiento de un tratado internacional. Como hay muchos tratados internacionales cuyo contenido es general e impreciso, un presidente de convicciones autocráticas podría dictar decretos con fuerza de ley de este tipo que socavaran la democracia y la separación de poderes, y pervirtieran el derecho. Los encargados de evitarlo son el Tribunal Constitucional, que ejerce el control de constitucionalidad respecto del tratado mismo (art. 93 de la CPR de 1980), y la Contraloría General de la República, que ejerce el control de legalidad y de constitucionalidad respecto de los decretos con fuerza de ley (art. 99). Aun así, estos decretos con fuerza de ley son una herramienta que la propia Constitución ofrece para aspirantes a dictadores (más aun porque, como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional ha señalado que una ley posterior no puede derogar un tratado). Debido a esto, no se justifica que el presidente de la república pueda dictar este tipo de decretos con fuerza de ley: la Constitución debería permitir al presidente ejercer su potestad reglamentaria de ejecución respecto de los tratados, pero no dictar decretos con fuerza de ley.

### 2.5 Los decretos leyes

Los decretos leyes son actos legislativos del presidente de la república que regulan materias propias de ley, sin que haya mediado una autorización del Congreso. Son típicos de los gobiernos *de facto*, es decir, los que se instauran después de una ruptura constitucional. Hubo decretos leyes durante la presidencia de José Joaquín Prieto (1831-1841), entre 1924 y 1926, durante la República Socialista de 1932, y entre 1973 y 1981.

La finalidad histórica de que el artículo 1 del Código Civil exija que la ley se manifieste en la forma prescrita por la Constitución fue excluir los decretos leyes del Gobierno de Prieto (Lira Urquieta, 1956, p. 58). Sin embargo, por motivos de seguridad jurídica, en Chile se ha reconocido la validez jurídica de los decretos leyes aun después de restaurada la democracia, a pesar de ser inconstitucionales.

### 2.6 Los tratados internacionales

Los tratados internacionales son acuerdos que suscriben los sujetos de derecho internacional público, típicamente los Estados, por ejemplo, el Tratado

de Paz y Amistad entre Chile y Argentina de 1985,<sup>31</sup> o los tratados de libre comercio.<sup>32</sup> La regulación internacional de las materias está cada vez más extendida y, por tanto, es cada vez más importante. Así, para ser especialista en un área del derecho ya no basta con conocer la legislación nacional, sino que es necesario conocer el derecho internacional.

La Constitución regula la formación de los tratados. La primera fase es internacional (también llamada fase externa) y consiste en que el presidente de la república negocia con otros Estados. Si esas negociaciones son exitosas, se adopta el texto del tratado. Luego viene la autenticación, que es un acto formal por el cual el texto del tratado queda establecido como auténtico y definitivo:

Art. 32 de la CPR de 1980: Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

15.º Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1º. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere [.]

La segunda fase se denomina interna porque incluye solamente órganos estatales chilenos. El ordenamiento jurídico reconoce dos clases de tratados, que se diferencian en la fase interna de su tramitación: los tratados en sentido estricto y los llamados acuerdos de forma simplificada.

Respecto de los tratados en sentido estricto, que son aquellos que tratan materias propias de ley, el presidente somete el proyecto del tratado a la aprobación del Congreso Nacional después de la autenticación. La aprobación sigue el trámite de la aprobación de una ley, con la diferencia de que el Congreso solo puede aprobar o desechar los tratados que le presente el presidente, sin modificarlos. El Congreso no puede modificarlos por dos motivos principales. El primero es que, al negociar con otros Estados, el presidente tiene que dar confianza a sus contrapartes de que tiene poder de negociación. El segundo es que, en teoría, los parlamentarios pueden representar

<sup>31</sup> Disponible en <https://bcn.cl/32lz1>

<sup>32</sup> Véase en el sitio web de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes>

los intereses regionales de sus electores, mientras que el presidente representa el interés nacional general. Los cuórum para que el Congreso apruebe los tratados se ajustan a los de la respectiva clase de ley, según la materia que aborde el tratado:

Art. 54 de la CPR de 1980: Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

Ahora bien, que su aprobación esté sometida a los trámites de una ley no significa que tengan la naturaleza ni la jerarquía de una ley.

Por otra parte, si el presidente negocia un acuerdo con otro Estado que, según la Constitución, no trata de materias propias de ley, el presidente no requiere someter el proyecto de tratado a la aprobación del Congreso Nacional después de su autenticación. Es decir, el presidente lo puede adoptar en el ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma mediante un decreto supremo. Estos tratados se denominan acuerdos de forma simplificada:

Art. 54, núm. 1, inc. 4, de la CPR de 1980: Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

La tercera fase consiste en que el presidente ratifica el tratado, tal como dispone el artículo 32, número 15, de la Constitución Política de la República de 1980. Mediante la ratificación, el Estado manifiesta su consentimiento para obligarse por el tratado. La cuarta fase consiste en el canje o depósito de los instrumentos de ratificación. Para no entrar en detalles, basta mencionar que este es un trámite internacional. La quinta fase consiste en publicar el tratado:

Art. 54, núm. 1, inc. 9, de la CPR de 1980: De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro

de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

Hay una norma especial para la publicación de tratados internacionales:

Ley 18158, que Establece Normas Sobre Publicación de Tratados Internacionales, art. 1, inc. 1: La publicación de los tratados internacionales y de los acuerdos a que se refiere el inciso [4] del N° 1) del artículo [54] de la Constitución Política de la República de Chile, que sean de gran extensión, podrá efectuarse mediante el depósito de un ejemplar en el Ministerio de Relaciones Exteriores y de otro en la Contraloría General de la República, debidamente autenticados con las firmas del Presidente de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores.<sup>33</sup>

La razón de esta norma es que algunos tratados son muy extensos (en ocasiones, miles de páginas) y hubiese sido muy engorroso y caro publicarlos en el Diario Oficial cuando este se imprimía. Por lo mismo, dado que desde 2016 el Diario Oficial solo se publica de manera electrónica,<sup>34</sup> ya no se justifica la pérdida de transparencia que genera no publicar estos tratados, y la Ley 18158 se debiese derogar.

La jerarquía de los tratados es una cuestión debatida. Sin entrar en detalles, diremos que depende de si estos versan o no sobre materias de ley. También depende de si se refieren a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en virtud del artículo 5, inciso 2, de la Constitución de 1980:

Art. 5, inc. 2: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

---

<sup>33</sup> Disponible en <https://bcn.cl/2o6fq>. Los números entre corchetes corresponden a la numeración actual de la Constitución.

<sup>34</sup> Decreto 22 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Aprueba Reglamento sobre Organización y Funcionamiento del Diario Oficial de la República de Chile, publicado el 19 de abril de 2016, art. 6. Disponible en <https://bcn.cl/3fr3o>

## 2.7 Los autos acordados

Los autos acordados son instrumentos mediante los cuales los tribunales superiores de justicia (y también algunos otros tribunales) dictan normas jurídicas con el fin de mejorar la administración de la justicia. En Chile hay una Corte Suprema ubicada en Santiago (art. 94 del COT) y diecisiete Cortes de Apelaciones (dos en la región Metropolitana y una en cada una de las demás regiones; art. 54 del COT). Esas cortes son los tribunales superiores de justicia. Los autos acordados más conocidos son los que regulan la tramitación del recurso de amparo<sup>35</sup> establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República de 1980, y del recurso de protección<sup>36</sup> establecido en su artículo 20.

La doctrina debate cuál es el fundamento para dictar autos acordados; usualmente se señalan el art. 80, inc.1, de la CPR de 1980, en conjunto con el art. 3 del COT y el art. 93, inc. 1, núm. 2.

## 2.8 La jurisprudencia

La jurisprudencia es un concepto polisémico. Sus principales significados se relacionan, primero, con las normas jurídicas y, segundo, con el precedente judicial.

### 2.8.1 Jurisprudencia en el sentido de normas jurídicas

La visión estándar entiende que el derecho está compuesto por dos grandes procedimientos normativos: la creación de normas generales y la aplicación de esas normas generales para solucionar casos particulares. Cada procedimiento tiene su protagonista: el legislador crea las normas generales y los tribunales las aplican. Hay una gran diferencia entre ambos tipos de normas: las normas generales creadas por el legislador son un producto de la voluntad (véase el art. 1 del CC), mientras que la aplicación que hacen los

---

35 Auto acordado de la Corte Suprema, de 19 de diciembre de 1932, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo; disponible en <https://bcn.cl/2f6rr>. Auto acordado 259-2021 de la Corte Suprema, de 29 de noviembre de 2021, sobre la Forma de Conocimiento del Recurso de Apelación de los Recursos de Amparo ante esta Corte Suprema. Disponible en <https://bcn.cl/3cocm>

36 Auto acordado 94-205 de la Corte Suprema, texto refundido del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, de 17 de julio de 2015. Disponible en <https://bcn.cl/2fcqo>

tribunales es un producto de la razón, es decir, de la elaboración racional del derecho (véase el art. 170, inc. 1, núm. 4, del CPC) (Aguiló, 2000/2012, pp. 159, 163).

El primer autor que puso esto en duda fue Kelsen (von Bogdandy y Venzke, 2014, p. 139). Los tribunales no solo aplican normas jurídicas (como un contrato o la legislación), sino que, cuando dictan su sentencia, a su vez crean una nueva norma jurídica que impone deberes a las partes (Kelsen, 1934/2008, pp. 83-83). Por ejemplo, el artículo 1871 del Código Civil es una norma general que dispone que el comprador de una cosa debe pagar el precio al vendedor. Si Alberto compra un libro por \$50 000 a Bernarda, pero no le paga, un tribunal podrá dictar una sentencia que contenga una norma que obligue a Alberto a pagar a Bernarda el precio del libro. La creación de una nueva norma jurídica se observa especialmente cuando la ley requiere que los tribunales evalúen la adecuación, necesidad o proporcionalidad de una acción (von Bogdandy y Venzke, 2014, p. 142), por ejemplo:

Art. 453 del CC: El disipador conservará siempre su libertad, y tendrá para sus gastos personales la libre disposición de una suma de dinero, proporcionada a sus facultades, y señalada por el juez.

Sólo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo a la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios.

¿Qué es una suma de dinero proporcionada a las facultades del disipador? ¿Qué son los casos extremos y los objetos necesarios? El legislador no lo define y delega esa tarea en los tribunales, que lo harán mediante nuevas normas jurídicas concretas contenidas en las sentencias judiciales. Esto quiere decir que el primer significado de la palabra «jurisprudencia» alude a las normas jurídicas concretas que producen los tribunales a través de las sentencias. En este sentido, la jurisprudencia sí es una fuente formal.

## 2.8.2 Jurisprudencia en el sentido de precedente judicial

En su segundo significado, la jurisprudencia se compone de las sentencias concordantes de los tribunales sobre una materia. Como son concordantes, contienen criterios que los tribunales observan uniformemente ante casos

similares. Por ejemplo, desde 2010<sup>37</sup> hasta 2021<sup>38</sup> las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema fallaron de manera concordante que las alzas unilaterales de los planes de las instituciones de salud previsual (isapres) eran inconstitucionales. Es decir, las sentencias judiciales tienen dos dimensiones: (1) se dirigen a las partes del caso y deciden su conflicto, y (2) se dirigen a la comunidad jurídica y formulan argumentos que se podrán aplicar en casos posteriores (en inglés, *law-making*) (von Bogdandy y Venzke, 2014, pp. 142-143).

Con este sentido de precedente, ¿la jurisprudencia es una fuente formal o una fuente material del derecho? Como señala Nino (1983/2013), esta pregunta no es descriptiva, sino que expresa la visión que tienen sus autores respecto del rol que compete a los tribunales, sea como creadores de derecho, sea como meros aplicadores del derecho (pp. 149-150). Esa controversia depende también del sistema jurídico, ya que en el derecho de origen anglosajón (*common law*) está relativamente claro que la jurisprudencia es una fuente formal, porque el precedente judicial es vinculante y obliga a los tribunales de igual o inferior jerarquía (*stare decisis*), a diferencia del derecho continental de raíz romana (como el chileno o el francés), cuyo precedente judicial no es vinculante. Ahora bien, las diferencias entre ambos sistemas se han estado atenuando, porque en el derecho continental se ha tomado conciencia de que una jurisprudencia predecible es importante para otorgar seguridad jurídica, mientras que en el derecho anglosajón muchas materias están siendo reguladas por leyes. Es más: en 1966, la Cámara de los Lores del Reino Unido<sup>39</sup> anunció que ya no estaría vinculada a sus propias decisiones previas, es decir, creó para sí misma una excepción a la regla del *stare decisis* (Hage et al., 2017, p. 10).

¿Qué dice el Código Civil?

Art. 3, inc. 2, del CC: Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

Por una parte, dice algo obvio: los juicios son estrictamente bilaterales, por lo que no se debe aplicar una sentencia a personas que no hayan sido partes

37 Corte Suprema, rol 9290-2010, caratulado «Meza María Paz contra ISAPRE Colmena Golden Cross SA», sentencia de fecha 23 de diciembre de 2010.

38 El 14 de junio de 2021 entró en vigencia la Ley 21350, que Regula el Procedimiento para Modificar el Precio Base de los Planes de Salud, la cual reguló las alzas de los planes de las isapres.

39 Desde 2009 la Corte Suprema reemplazó a la Cámara de los Lores como tribunal de máxima jerarquía.

del juicio. Por ejemplo, si la sentencia de un tribunal condena a Andrea a pagarle dinero a Bernarda, Bernarda solo puede exigirle a Andrea, pero no a Carlota, que cumpla con esa sentencia. Además, la doctrina y la jurisprudencia chilenas se han valido de esta norma para afirmar que los tribunales no están vinculados al precedente, es decir, a los fallos anteriores que ellos mismos han dictado ni a los fallos de los tribunales superiores. Ahora bien, el Código Civil no dice expresamente que el precedente judicial no sea vinculante, sino que esa ha sido la manera tradicional de interpretarlo. Se podría cuestionar si esa interpretación acaso extrae una conclusión que no tiene sustento en la norma. Al respecto, es interesante constatar que la doctrina y la jurisprudencia internacional coinciden con las nacionales. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone:

Art. 59: La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes del litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

En efecto, a partir de esa norma, que es en el fondo casi igual a la norma citada del Código Civil, la Corte Internacional de Justicia ha llegado a la misma conclusión en el sentido de que los juicios ante ella son estrictamente bilaterales<sup>40</sup> (lo que, en tono crítico, ha sido tildado de «bilateralismo enervante»)<sup>41</sup> y de que su precedente judicial no es vinculante.

Más claro es el § 12 del Código Civil austríaco:

Los decretos dictados en casos individuales y las sentencias dictadas por los jueces en litigios jurídicos determinados nunca tienen fuerza de ley; no pueden extenderse a otros casos ni a otras personas.<sup>42</sup>

Ahora bien, a pesar de que en Chile los tribunales no estén obligados a seguir el precedente, es bueno que lo sigan en la generalidad de los casos, porque eso da seguridad jurídica: un precedente predecible permite que las

40 Corte Internacional de Justicia, «Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)», sentencia de 14 de abril de 1981. Disponible en <https://www.icj-cij.org/case/63>

41 Corte Internacional de Justicia, «Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)», sentencia de 21 de marzo de 1984, voto disidente de Sir Robert Jennings, párr. 32. Disponible en <https://www.icj-cij.org/case/68>

42 Traducción propia. § 12. Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnet werden.

personas prevean las consecuencias jurídicas de sus actos. A esto se agregan tres instituciones que incentivan que la jurisprudencia sea previsible en nuestro país. En primer lugar, los jueces están sujetos en general a la evaluación de sus superiores jerárquicos (art. 273 del COT), lo que incentiva que los tribunales inferiores sigan la jurisprudencia de los superiores. En segundo lugar, el recurso de casación en el fondo puede, en la práctica, incentivar que se unifique la jurisprudencia:

Art. 767 del CPC: El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación [...] siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

En tercer lugar, en materias laborales existe el recurso de unificación de jurisprudencia:

Art. 483, inc. 2, del Código del Trabajo: Procederá el recurso de unificación de jurisprudencia cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia.

La doctrina ha criticado que, en general, la jurisprudencia chilena es vacilante (por ejemplo, Vergara Blanco, 2022), lo que la vuelve impredecible y afecta la seguridad jurídica. Por ejemplo, el 5 de agosto de 2020, la Tercera Sala de la Corte Suprema absolvió al fisco de indemnizar a la víctima de una lesión producida por carabineros no identificados en el contexto de las movilizaciones sociales (causa rol 2083-2019), pero dos días después condenó al fisco a indemnizar en un caso análogo (causa rol 306-2020). Asimismo, el 8 de junio de 2022, la Cuarta Sala de la Corte Suprema falló que la mera presentación de la demanda interrumpe la prescripción (causa rol 13194-2018), pero el 21 de noviembre de 2022 la Primera Sala falló que la notificación judicial de la demanda interrumpe la prescripción (causa rol 71667-2021).<sup>43</sup> En definitiva, en Chile no existe la jurisprudencia en el sentido de precedente vinculante y ni siquiera existe una jurisprudencia

43 Agradezco a Miguel Ángel Reyes Poblete por las referencias a estos casos.

constante. Eso tiene efectos desastrosos para la seguridad jurídica y, en consecuencia, para la noción más elemental de justicia: tratar igual los casos que son iguales.

### 2.8.3 Teoría del precedente judicial

Que el precedente judicial sea vinculante significa que un tribunal debe decidir un asunto de la misma manera en que el mismo tribunal u otros tribunales han decidido asuntos análogos en sentencias anteriores. En este contexto, corresponde explicar algunas nociones fundamentales de la teoría del precedente judicial.

Una primera clasificación distingue entre precedente vertical y precedente horizontal. El primero corresponde al precedente judicial vinculante de tribunales superiores, mientras que el segundo corresponde al precedente judicial vinculante del mismo tribunal; el precedente judicial de tribunales de jerarquía inferior no vincula a los tribunales de jerarquía superior. De acuerdo con una segunda clasificación, el precedente judicial puede ser vinculante, es decir, el ordenamiento jurídico obliga a que los tribunales sigan el precedente judicial. En cambio, si el precedente judicial no es vinculante, no existe una obligación jurídica de seguir el precedente judicial, pero los tribunales lo siguen como una práctica. Por ejemplo, el artículo 94, inciso 12, de la Constitución mexicana establece un precedente judicial vinculante cuando se cumplen ciertos requisitos:

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.

Ahora bien, no sería razonable que los tribunales descartasen completamente el precedente, así como tampoco sería razonable que este fuese inmodificable. Por eso, es provechoso entender cómo opera (Lehne, 2019, p. 102). En ese sentido, los sistemas con precedente vinculante incluyen mecanismos para que los tribunales descarten un precedente, por ejemplo, para adaptar la jurisprudencia a los cambios sociales. Así, la Corte Suprema de Estados Unidos descarta sus propios precedentes constitucionales si hay

un motivo especial (*some special reason*)<sup>44</sup> o razones de peso (*strong grounds*).<sup>45</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, el precedente no es jurídicamente vinculante. Sin embargo, los tribunales, los órganos estatales y los abogados lo invocan, lo que plantea varias preguntas acerca de su naturaleza, su operación y su fundamento teórico.

Respecto de su naturaleza, el precedente judicial implica una relación entre el pasado, el presente y el futuro del derecho: una interpretación del pasado tiene autoridad en el presente y deberá ser cumplida en el futuro. La comunidad profesional de abogadas y abogados conforma una comunidad epistémica. Cuando esta comunidad es poco numerosa, la relación entre el pasado, el presente y el futuro nace de la identidad profesional y de la cohesión grupal. De ahí emerge un consenso de prácticas comunes y coherentes. En cambio, a medida que la comunidad de profesionales se hace más numerosa y más diversa, el consenso se va diluyendo, hasta que llega un momento en el que la comunidad de juristas requiere formalizar los principios de autoridad que rigen esa relación. Es entonces cuando se desarrolla la teoría del precedente judicial (Pirie, 2013, p. 155).

El precedente consiste en que las interpretaciones del pasado respecto de una norma son una carga para sus interpretaciones futuras. Ese precedente, esa carga, puede ser más o menos fuerte. En su forma más débil, el precedente brinda un argumento que uno debe considerar. Es decir, para interpretar la norma, es imprescindible referirse a la decisión anterior y argumentar por qué es correcta, por qué está errada o por qué no es aplicable al caso presente. En su forma más fuerte, el precedente crea una presunción de que la interpretación anterior de la norma es correcta (en lenguaje más técnico: de que la interpretación anterior es la norma) (Cohen, 2014, pp. 7-8, 15-16).

¿Cómo opera en la práctica el precedente judicial? Para empezar, hay que constatar que la fuerza persuasiva de una interpretación no depende de su autor, sino de si los intérpretes posteriores le reconocen esa fuerza (von Bogdandy y Venzke, 2014, p. 293). ¿Cómo operan esos intérpretes posteriores? Si no existe ninguna interpretación previa de la norma, el intérprete tendrá una gran libertad para interpretar. En cambio, si hay una interpretación anterior, el intérprete deberá tomarla en cuenta; si la ignora,

44 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 [1992], p. 864. Disponible en <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>

45 *Janus v. Am. Fed. of State, County, & Mun. Employees*, 585 U.S. [2018], p. 34. Disponible en [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1466\\_2b3j.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1466_2b3j.pdf)

no podrá construir una buena argumentación jurídica. El intérprete apreciará la reputación del intérprete anterior, la calidad de su interpretación, el grado de coherencia que tiene con el resto del ordenamiento jurídico y la frecuencia con que ha sido citada. La frecuencia de la interpretación anterior es un dato importante: el grado máximo de frecuencia es lo que en la tradición continental llamamos jurisprudencia constante. Mientras más altos sean esos factores, mayor será el peso de la interpretación previa y más difícil será ignorarla. Mientras menores sean esos factores, será más fácil para el intérprete desecharla, restringirla o ampliarla. Pero, haga lo que haga, deberá tomarla en cuenta. Si la ignora, su interpretación será considerada arbitraria. A fin de cuentas, el precedente judicial es un elemento de la argumentación jurídica (Cohen, 2014, pp. 7-8, 15-16). Probablemente la forma más sencilla de explicar el precedente judicial no vinculante sea la siguiente metáfora: la jurisprudencia es la estrella de Belén que siguen los tribunales (Kempynck y Raina, 2020). Es una buena metáfora porque nadie está obligado a seguir la estrella, pero seguirla sirve para llegar a destino lo antes posible.

Algunas teorías sostienen que el fundamento teórico del precedente judicial se encuentra en que el derecho debe tratar las situaciones similares de manera similar. Por ejemplo, Fuller (1969, pp. 65-70) argumentó que la no contradicción es un elemento de la moralidad interna del derecho y Dworkin (1986) sostuvo que un sistema jurídico es ilegítimo si trata casos similares de manera distinta. Otras teorías enfatizan que el derecho debe proteger las expectativas legítimas de los sujetos normativos y que ese es el fundamento del precedente judicial (Levin, 2013). La Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que, si un tribunal no fundamenta de manera convincente por qué se aparta de un precedente judicial, puede vulnerar el principio del juicio justo.<sup>46</sup>

#### 2.8.4 Paralelo entre el legislador y los tribunales

Hemos visto que comúnmente se sostiene que el derecho está compuesto por dos procedimientos normativos: el legislador crea normas generales y abstractas, y los tribunales las aplican y crean nuevas normas jurídicas para solucionar casos particulares.

---

46 Corte Europea de Derechos Humanos, *Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Yugoslavia*, demanda 36815/03, sentencia de 14 de enero de 2010, párr. 38. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96673>



### Ejercicio 6

¿En qué se parecen y en qué se diferencian los poderes normativos del legislador y de los tribunales?

Aguiló (2000/2012, p. 153) plantea el siguiente paralelo entre la creación de normas por parte del legislador y por parte de los tribunales. En primer lugar, el legislador generalmente crea normas generales y abstractas. Los tribunales (en los sistemas continentales de raíz romana) crean normas que solo se aplican para solucionar el caso concreto. En segundo lugar, el legislador puede ejercer su poder normativo por iniciativa propia. En cambio, los tribunales solo pueden ejercer su poder normativo a petición de alguien externo. En tercer lugar, el poder normativo del legislador incluye promulgar normas y derogarlas. En cambio, el poder normativo de los tribunales es puntual y se agota en su ejercicio: puede dictar sentencias pero, una vez notificadas, no puede modificarlas (es el llamado desasimiento del tribunal: art. 182 del CPC).

En cuarto lugar, el legislador tiene un deber de coherencia solo respecto de las normas de jerarquía superior, pero no tiene un deber de coherencia respecto de las normas de igual jerarquía que él mismo haya dictado antes. Es decir, para justificar el cambio de ciertas normas, no necesita mostrar que ellas sean jurídicamente incorrectas. Por ejemplo, un día puede dictar una ley y al día siguiente puede modificarla. En cambio, los tribunales tienen un deber de coherencia respecto de las normas de jerarquía superior y también respecto de las normas de igual jerarquía que ellos mismos hayan dictado antes. Es decir, tienen un deber de coherencia respecto del precedente (vinculante en el *common law*, no vinculante en el derecho continental). El deber de coherencia cesa en dos casos: si el legislador modifica la norma de derecho aplicable que fundamenta la sentencia, o si el tribunal justifica la necesidad de apartarse de la jurisprudencia anterior.

En quinto lugar, el legislador no tiene un deber de independencia. Para desempeñar su función de modificar el ordenamiento jurídico, por una parte, puede invocar motivos extrajurídicos (las fuentes materiales del derecho) con el objeto de justificar sus leyes, y, por otra, puede y debe representar intereses sociales externos al ordenamiento jurídico. En cambio, los tribunales sí tienen un deber de independencia que se traduce, por un lado, en que las únicas razones que pueden invocar para justificar sus sentencias deben venir suministradas por el propio ordenamiento jurídico y, por otro, en que no

pueden actuar en representación de intereses sociales. En definitiva: crear derecho es una acción política en sentido estricto, pero aplicarlo no lo es.

En sexto lugar, de acuerdo con la concepción tradicional, el legislador crea normas jurídicas y los tribunales las aplican. Por eso, a las sentencias judiciales no se les puede exigir legitimidad democrática, porque ellas aplican normas legales que sí están legitimadas; a las sentencias judiciales solo se les puede exigir corrección metodológica. Uno de los mayores logros del derecho constitucional consiste en que los distintos poderes públicos, aunque interdependientes, creen y apliquen las normas jurídicas, lo que legitima el poder del Estado. La legitimidad democrática de los tribunales se deriva del legislador, que es la institución representativa que crea y financia los tribunales, designa sus integrantes y crea el derecho aplicable (von Bogdandy y Venzke, 2014, pp. 137, 162, 204, 265).

Como vimos más arriba, Kelsen puso en duda que los tribunales solo aplicaran normas jurídicas y argumentó que ellos, además, crean normas jurídicas. Ya que los tribunales crean normas jurídicas, la designación de las juezas y los jueces, y el procedimiento de designación son instrumentos políticos para conservar o modificar el ordenamiento jurídico (Rüthers, 2002). Basta ver los debates políticos que se generan para designar a los ministros de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Un mecanismo que han usado los presidentes para controlar un tribunal en muchos países es aumentar el número de jueces o juezas, y designar nuevos integrantes adeptos, para así modificar la mayoría política dentro del tribunal; eso explica por qué es importante que la cantidad de integrantes de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, que parece ser un detalle técnico, esté regulada en la Constitución.

### 2.9 *Los actos corporativos*

Los actos corporativos son una fuente formal del derecho mediante la cual las instituciones dictan normas jurídicas que son obligatorias solo para las personas asociadas. El conjunto de esas normas se denomina derecho corporativo o derecho estatutario. Por ejemplo, son actos corporativos las normas jurídicas dictadas por la Universidad de La Frontera para sus miembros (como el reglamento de convivencia estudiantil), el reglamento interno de orden, higiene y seguridad que deben dictar las empresas de acuerdo con el artículo 153 del Código del Trabajo, y el reglamento interno del Congreso

(que jurídicamente es una corporación), dictado con arreglo al artículo 2, inciso 2, de la Ley 18918. Otros ejemplos son el reglamento de la Convención Constitucional<sup>47</sup> y el reglamento de los órganos que participaron en el proceso constitucional con arreglo al artículo 153 de la Constitución de 1980.<sup>48</sup> Por último, los autos acordados que regulan el funcionamiento interno de los tribunales en el fondo también se podrían entender como actos corporativos, aunque, por tradición, la doctrina chilena considera que son una fuente formal distinta. En definitiva, podemos observar que los actos corporativos pueden tener orígenes disímiles: desde personas jurídicas de derecho privado y poderes del Estado hasta órganos que ejercen el poder constituyente. Es decir, hasta ahora habíamos visto fuentes formales de origen estatal, pero los actos corporativos pueden tener un origen estatal o no estatal.

Pašukanis destacó que en la sociedad feudal todos los derechos subjetivos eran privilegios. Todavía en el siglo XIII no había una distinción entre derecho objetivo y derechos (o privilegios) subjetivos. El señor feudal ejercía derechos respecto de sus siervos y no se distinguía si eran derechos subjetivos que ejercía como dueño o eran derechos objetivos que ejercía como señor político. Más tarde, la sociedad burguesa, con su economía capitalista, elaboró la distinción entre la esfera pública y la esfera privada de la vida, y su correlativa distinción entre el derecho público y el privado. Esa distinción es el fundamento de la teoría jurídica del poder político. Pašukanis argumentó que el reglamento interno de las empresas es una excepción a la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo: es un acto legislativo privado, es decir, es un acto de auténtico feudalismo (Pašukanis, 1929/2017, pp. 98, 116, 122). ¿Podemos extender la crítica de Pašukanis a todos los actos corporativos?

## 2.10 Los actos jurídicos

Los hechos jurídicos de origen humano son voluntarios si la persona los ejecuta de manera consciente, y pueden ser lícitos o ilícitos. Un ejemplo de hechos jurídicos humanos ilícitos son los delitos y los cuasidelitos (civiles y penales). Los hechos jurídicos humanos voluntarios lícitos se denominan actos jurídicos, y un ejemplo son los contratos.

47 Resolución que Aprueba Reglamento General de la Convención Constitucional, publicada el 13 de octubre de 2021. Disponible en <https://bcn.cl/2s1dq>

48 Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del Proceso Constitucional, publicado el 3 de marzo de 2023. Disponible en <https://bcn.cl/3c73r>

La doctrina chilena tradicional ha desarrollado la teoría de los actos jurídicos desde la perspectiva del derecho privado, y los ha definido como hechos humanos realizados con la intención de producir efectos jurídicos lícitos. ¿A qué se refiere esto? El derecho privado permite que las personas actúen no solo como sujetos de derecho, sino también como órganos jurídicos que crean, modifican o derogan normas jurídicas (por ejemplo, el contrato de arrendamiento de una casa). Por eso, los actos jurídicos son una fuente formal del derecho.

La doctrina alemana no usa el concepto de acto jurídico, sino el de negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*). En el *common law* tampoco se usa el concepto de acto jurídico, sino que se habla más bien del ejercicio de una potestad jurídica (*exercise of a legal power*) (Hage et al., 2017, p. 40). La teoría del acto jurídico no es materia de este libro. En Chile se estudia como parte del derecho civil.

## 2.11 La costumbre jurídica

### 2.11.1 Delimitación

Estudiar la costumbre como fuente formal del derecho implica abordar la relevancia jurídica de las normas sociales. Cuando una persona repite la misma conducta en circunstancias semejantes, por ejemplo, almorzar todos los días a las 12:30 horas, se dice que tiene un hábito. Cuando los individuos de una comunidad comparten un hábito, por ejemplo, encumbrar volantes durante las fiestas del 18 de septiembre, decimos que se trata de un hábito social. Cuando el comportamiento de un individuo se desvía de la conducta social, por ejemplo, si no saluda de manera adecuada a otras personas, y estas lo rechazan porque consideran que frustra expectativas e intereses legítimos, decimos que la conducta es una norma social. Cuando el Estado aplica su fuerza coactiva para forzar el cumplimiento de esa norma social, estamos en presencia de una costumbre jurídica (Aguiló, 2000/2012, pp. 114, 116; Thirlway, 2014, p. 7). Como escribe Tomás de Aquino (ca. 1270/1993) en el «Tratado de la ley» (cuestión 97, artículo 3), los individuos particulares no pueden crear normas jurídicas vinculantes para todas las personas, pero sí puede hacerlo el pueblo.

¿Cuál es el criterio jurídico para que el Estado distinga entre una norma social y una costumbre jurídica o, en la terminología de los juristas medievales, entre *mos* y *consuetudo*? ¿Por qué el Estado aplica su fuerza coactiva

para que se cumpla una norma social, en vez de aplicarla para que las demás personas respeten la libertad y la conducta divergente del individuo rebelde? No hay una respuesta universal, sino que se trata de una decisión hasta cierto punto arbitraria (Pirie, 2013, p. 137).

La costumbre jurídica es la fuente formal típica de las sociedades no alfabetizadas. Lo que justifica aplicar una norma consuetudinaria es una invocación del pasado ancestral. El derecho consuetudinario es un derecho recordado, al igual que los mitos. Como es un derecho recordado, no se puede promulgar ni derogar, es decir, es atemporal (Pirie, 2013, p. 124). Quien controle el conocimiento oral controlará la costumbre, y esas serán normalmente las élites; en cambio, el conocimiento escrito está a disposición de todas las personas que sepan leer. Por tanto, el derecho escrito es más democrático que el oral en sociedades como la nuestra, con altos niveles de alfabetización y acceso fácil a la información.

La Alta Edad Media fue la época de esplendor de la costumbre jurídica como fuente formal del derecho en la cultura occidental. Esto se debió a la debilidad del poder político: ya que el rey carecía de la fuerza necesaria para crear derecho, este quedó abandonado en gran medida a la propia comunidad. En el siglo XIX, el movimiento codificador y la Ilustración redujeron la importancia de la costumbre jurídica, y la ley se transformó en la principal fuente formal del derecho (véase el art. 2 del CC). ¿Por qué en el siglo XIX?

Hasta antes de la Revolución Industrial, la existencia humana se desarrollaba sobre todo dentro de la familia y la comunidad, que decidían aspectos importantes de la vida de los individuos, como la pareja, el trabajo y el lugar de residencia. Esto cambió radicalmente en el siglo XIX, cuando el Estado, la economía industrial y el liberalismo filosófico impulsaron un proceso de individualización, que liberó a las personas de los lazos comunitarios y de parentesco, así como de la opresión familiar y grupal. El derecho consagró la libertad para elegir cuestiones como la pareja (art. 106 del CC), el trabajo (art. 13 del Código del Trabajo)<sup>49</sup> y el domicilio (art. 59 del CC). En este sentido, lejos de estar en conflicto con el Estado y la economía industrial, el individuo solo puede existir gracias a ellos. Ahora bien, la individualización trae aparejado un sentimiento de alienación y de estar a merced de las fuerzas impersonales del Estado y del mercado: en reemplazo del vínculo que daba la comunidad, el Estado ofrece el de la nación, mientras que la economía ofrece

---

49 Disponible en <https://bcn.cl/2ik9p>

el del consumo (tribus de personas que comparten hábitos como el fútbol, los alimentos, la televisión, la música, etc.) (Harari, 2011/2015, pp. 392-408). Por eso, el artículo 1, inciso 2, de la Constitución de 1980, que declara que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, es anacrónico o es una falacia como enunciado descriptivo, y como enunciado normativo es incongruente con el sistema constitucional fundado en el individuo.

¿Cuál es la pertinencia de esto para entender la costumbre jurídica? Durante el siglo XIX desapareció el derecho consuetudinario, que es el derecho que crean las comunidades, y el Estado lo reemplazó por el derecho estatal (especialmente la ley). La discusión de la relación entre la ley y la costumbre jurídica fue muy importante en la transición del Antiguo al Nuevo Régimen. Durante el Antiguo Régimen, no había diferencia entre las reglas sociales y las jurídicas. Por tanto, la función de la autoridad jurídica consistía en aplicar reglas sociales. Durante la transición al Nuevo Régimen, el debate sobre la relación entre la ley y la costumbre jurídica se refería en el fondo al criterio para justificar las normas jurídicas: la tradición en el caso de la costumbre, la voluntad en el caso de la ley (y, podemos agregar, la razón en el caso de la jurisprudencia). Las sociedades modernas, a diferencia de las premodernas, son complejas, diversas, pluralistas y conflictivas. En ellas, la función de la autoridad jurídica consiste en aplicar reglas jurídicas (Aguiló, 2000/2012, pp. 115, 163).

Debido a este cambio social, cambió también la moral. Las sociedades preindustriales (principalmente agrarias) eran homogéneas, y los tribunales podían resolver los conflictos a partir de las expectativas sociales compartidas sobre cuál es un comportamiento razonable y normal para una circunstancia determinada, es decir, con derecho consuetudinario. Sin embargo, la urbanización que se produjo durante la Revolución Industrial generó sociedades más complejas, y las personas dejaron de compartir expectativas sobre lo razonable y lo normal. El derecho debió descartar los criterios consuetudinarios de razonabilidad y normalidad, y reemplazarlos por leyes con normas jurídicas abstractas y generales. La creación de las leyes no se fundamenta en una moral compartida, sino que, por el contrario, el soberano dicta leyes cuando precisamente no existe un consenso social o cuando quiere introducir nuevas prácticas sociales potencialmente controvertidas. Además, durante la industrialización, el Estado se expandió para controlar el trabajo obrero, percibir impuestos y mantener la burocracia, y la ley es una fuente formal mucho más adecuada para esos fines que la costumbre jurídica (Pirie, 2013, p. 132).

Entonces, desde fines del siglo XVIII se produjeron grandes cambios sociales en el mundo occidental debido a la industrialización y la consiguiente urbanización. Se desintegraron los lazos comunitarios y las personas se enfrentaron como individuos con el Estado. Esos cambios fueron una de las causas fundamentales para que la ley llegara a ser la principal fuente formal del derecho.

En Chile, el derecho consuetudinario desapareció antes de que la economía se industrializara, debido a la influencia de las élites liberales y, especialmente, de Andrés Bello. Bello vivió en Londres desde 1810 hasta 1829, es decir, en plena primera revolución industrial. Estuvo en Chile desde 1829 hasta su muerte en 1865. Chile tenía por entonces una economía agrícola en el valle central (trigo) y extractiva en el norte (cobre, plata y, más tarde, salitre). La sociedad chilena no se había industrializado ni urbanizado, por lo que todavía era relativamente homogénea. Es decir, todavía estaban las condiciones sociales para que el derecho civil chileno fuera principalmente consuetudinario. En este sentido, cuando Andrés Bello importó las ideas codificadoras del siglo XIX que se expresan en el artículo 2 del Código Civil, importó ideas que estaban adelantadas para la realidad social chilena. Por eso, en el Mensaje del Código Civil destaca: «Siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley». Sin embargo, el Código Civil de 1855 sí reflejó la realidad social de la época en el valle central en algunos aspectos, ya que está diseñado para una sociedad agrícola y, en menor medida, mercantil (por ejemplo, los arts. 2053 y ss., y el Mensaje cuando señala: «En el contrato de sociedad, se ha creído que debíamos seguir el ejemplo de naciones a quienes un extenso comercio ha hecho conocer las verdaderas exigencias del crédito»). Es decir, es un código con una noción de las fuentes formales del derecho propia de una sociedad industrializada e individualista (no comunitarista), y con instituciones del derecho civil (especialmente de la propiedad) y omisiones (por ejemplo, de regulación del trabajo obrero) propias de una economía agraria. El Código Civil les habla simultáneamente a ambos mundos. Este es uno de los motivos que lo hacen tan fascinante como texto jurídico.

### 2.11.2 Ejemplos

Es difícil encontrar ejemplos de costumbre jurídica en Chile. En materias de derecho privado, dos de los ejemplos más conocidos son los siguientes (Ducci Claro, 2005, p. 104):

- En 1922, los tribunales chilenos empezaron a aceptar la indemnización del daño moral respecto de la responsabilidad extracontractual y, desde 1951, de la contractual.
- En la década de 1970, los tribunales chilenos comenzaron a aceptar la reajustabilidad de las obligaciones debido a la alta inflación que existía.

Las costumbres jurídicas se aplican con cierta frecuencia en juicios entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley 19253. Por ejemplo, si dos personas pertenecientes a una misma etnia conviven sin haber formalizado su unión ante el Registro Civil e Identificación, un tribunal podría aplicar una costumbre indígena para reconocer formalmente esa unión.

En materias de derecho público podemos mencionar tres ejemplos. En primer lugar, la legislación chilena no regula cuándo entran en vigor los tratados internacionales; solo establece que debe dárseles publicidad (art. 54, núm. 1, inc. 9, de la CPR de 1980). Por costumbre jurídica, se los asimila a la ley y entran en vigor en la fecha de su publicación. Asimismo, por costumbre jurídica, en Chile sostenemos que los decretos leyes conservan su validez tras la restauración democrática, a pesar de que su origen sea inconstitucional. Por último, la Corte Suprema ha dictado autos acordados sobre tramitación del recurso de protección y del recurso de amparo, a pesar de ser inconstitucionales en virtud de la siguiente norma:

Art. 19, núm. 3, inc. 6, de la CPR de 1980: Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Esos autos acordados inconstitucionales se aplican por una costumbre jurídica.

### 2.11.3 Concepto, elementos y teoría

La costumbre jurídica es una fuente formal del derecho que consiste en la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento colectivo ejecutado con la convicción de que se trata de una conducta jurídicamente obligatoria. El conjunto de costumbres jurídicas se denomina

derecho consuetudinario. De acuerdo con la doctrina, la costumbre jurídica se compone de un elemento objetivo y otro subjetivo.

El elemento objetivo está constituido por la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento colectivo por parte de los sujetos de una cierta comunidad jurídica. Por ejemplo, el Código de Comercio chileno recoge el elemento objetivo:

Art. 4 del Código de Comercio: Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio.

El elemento subjetivo consiste en la convicción de que la conducta es jurídicamente obligatoria. Usualmente se le denomina *opinio iuris*. Ahora bien, el nombre completo del elemento subjetivo es *opinio iuris sive necessitatis*, lo que indica que la convicción también se puede referir a que una acción u omisión es necesaria, pero este detalle casi siempre se omite (Thirlway, 2014, pp. 78-79).

Concebir la costumbre constituida por estos dos elementos implica una contradicción. Si uno define el elemento subjetivo de modo que los sujetos normativos tengan la convicción de que deben obedecer una norma que es jurídica, uno presupone la existencia anterior de esa norma jurídica. La costumbre, por tanto, no podría ser un proceso de creación del derecho. Por otra parte, si uno rechaza que la norma consuetudinaria sea preexistente, pero simultáneamente exige que la práctica esté basada desde un inicio en la convicción de una obligación o en una autorización para actuar, estaría exigiendo, a fin de cuentas, como base de la costumbre jurídica, que el sujeto normativo incurriera en un error.

Los elementos de la costumbre jurídica han generado grandes debates doctrinarios y no hay una solución que sea satisfactoria desde el punto de vista de la teoría del derecho (Thirlway, 2014, pp. 56-79). Tal vez la solución consista en no buscar una solución teórica perfecta, sino en recordar que la naturaleza del derecho es cultural, como enfatizó Holmes (1881/2000, pp. 1-2):

The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions

of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of the law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past.

En efecto, la naturaleza cultural del derecho también se observa en la costumbre jurídica. Con frecuencia, la función práctica de las normas jurídicas no se agota en regular las conductas de los individuos en la comunidad jurídica, sino que además puede ser una manifestación de esa comunidad y una expresión de independencia (Pirie, 2013, pp. 171, 174). Esto se observa en especial cuando coexisten una comunidad tradicional y un Estado. Por ejemplo, cuando una comunidad indígena aplica su derecho consuetudinario, está regulando el comportamiento de sus miembros y también está afirmando su independencia. Ahora bien, este fenómeno también se puede observar en comunidades no tradicionales. Por ejemplo, cuando una comunidad de profesionales del derecho aplica autos acordados inconstitucionales sobre la tramitación del recurso de protección y del recurso de amparo, está manifestando que tiene un poder político y normativo autónomo al del legislador.

Es difícil determinar cuál es el fundamento teórico de la costumbre. La costumbre mercantil internacional se concibe como un pacto tácito:

Art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980:<sup>50</sup>

1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

<sup>50</sup> Promulgada por el decreto 544 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 3 de octubre de 1990. Disponible en <https://bcn.cl/2lbn0>

2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Puede tener sentido entender la costumbre jurídica como un pacto tácito (por tanto, una fuente formal autónoma) cuando los sujetos comparten expectativas comunes, como es el caso de los comerciantes. El derecho internacional público consuetudinario también parece tener una naturaleza consensual, lo que se expresa, por ejemplo, en la doctrina del objetor persistente, de acuerdo con la cual un sujeto puede oponerse a que una costumbre naciente sea obligatoria para él (Müller, 2023, pp. 111-112). En cambio, en sociedades pluralistas como la nuestra, es más sensato entender la costumbre jurídica no como un pacto tácito, sino como una fuente formal heterónoma. En consecuencia, los sujetos normativos deberán obedecer la norma consuetudinaria aun cuando disientan de ella.

#### 2.11.4 Clasificaciones

Atendiendo a su relación con la ley, la doctrina ha clasificado la costumbre jurídica de la siguiente manera:

- Costumbre según ley (art. 2 del CC): la ley otorga de manera expresa a la costumbre jurídica la calidad de fuente formal del derecho para determinadas materias, por ejemplo, los artículos 1188, inciso 2, y 1546 del Código Civil. La costumbre interpretativa, es decir, que la ley admita ser interpretada mediante normas del derecho consuetudinario (art. 6 del Código de Comercio), es una especie de costumbre según ley.
- Costumbre en silencio de ley (también llamada fuera de ley): las normas consuetudinarias regulan materias no reguladas legalmente. Este tipo de costumbre llena vacíos que ha dejado la legislación, lo que presupone haber constatado antes una laguna legal.
- Costumbre contra ley: las normas consuetudinarias se oponen a la ley. La misma ley o la Constitución pueden reconocer la validez de la costumbre contra ley, como en el caso del artículo 54 de la Ley 19253, respecto de la costumbre indígena. La costumbre contra ley significa que coexisten el

derecho estatal y las normas consuetudinarias; a esto se suele referir el término «pluralismo jurídico» (Pirie, 2013, p. 153).

#### 2.11.5 Críticas a la costumbre jurídica

Se pueden formular dos críticas principales a la costumbre jurídica, una respecto a su carácter de fuente formal y otra en cuanto a su función política.

Actualmente, en los sistemas jurídicos nacionales modernos, la costumbre pervive casi exclusivamente a través de la jurisprudencia. A fin de cuentas, si existe una norma de derecho consuetudinario, su contenido se determina a través de las decisiones de los tribunales superiores de justicia. Por eso, Max Weber postuló que el derecho consuetudinario es, en el fondo, siempre un derecho creado por los tribunales y catalogó al derecho consuetudinario como semimítico (1922, p. 507). En el fondo, en la teoría de las fuentes formales del derecho, solo se puede concebir el derecho consuetudinario como una fuente formal si se lo entiende como la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Es decir, en sistemas jurídicos complejos, el derecho consuetudinario solo existe y se puede observar a través de las sentencias de los tribunales. Por eso, merece dudas que sea necesario considerar al derecho consuetudinario como una fuente formal independiente (Rüthers et al., 1999/2013, pp. 147-149; Rüthers, 1968/2012, pp. 464-466).

De acuerdo con la concepción tradicional, nadie crea la costumbre, sino que es el resultado de una acumulación de prácticas (Thirlway, 2014, p. 55). Esa noción es criticable. Los miembros del grupo social que gozan de una posición dominante tienen preferencia para determinar el contenido de las normas consuetudinarias; en consecuencia, el derecho consuetudinario es un conjunto de ideas tradicionales transmitidas por expertos (Pirie, 2013, p. 20). Es decir, la costumbre es conservadora, aristocrática y antidemocrática. Por eso, Karl Marx criticó el derecho consuetudinario, ya que expresa los intereses de quienes detentan el poder: según la costumbre jurídica, lo que siempre ha existido debe seguir existiendo, aunque sean estructuras opresivas, como la explotación económica o el patriarcado. La costumbre jurídica da obligatoriedad jurídica a la tradición y, en consecuencia, solo puede justificar el *status quo*, nunca cuestionarlo (Marx, 1842/1976, pp. 115-116; Chimni, 2018). La crítica teórica de Marx se ve ratificada por las experiencias históricas de personas nativas oprimidas

que, durante el colonialismo europeo, recurrían a los tribunales del poder colonial para liberarse de ataduras consuetudinarias, por ejemplo, la esclavitud (Pirie, 2013, pp. 203-204). La teoría liberal decimonónica, en general, también era crítica de la costumbre, por considerar que justificaba la opresión grupal de los individuos.

La costumbre jurídica tiene una pretensión de permanencia. Mira hacia el pasado y da obligatoriedad jurídica a comportamientos tradicionales. Por eso, no hay un mecanismo para «derogar» la costumbre, sino que esta solo puede ser reemplazada por una nueva costumbre o caer en desuso, lo que suele tardar mucho tiempo. En cambio, la ley tiene una pretensión de cambio y permanencia. Mira hacia el futuro, ya que permite regular comportamientos venideros sin importar cómo han sido los pasados. Por eso, hay un procedimiento para derogar o modificar la ley.

**Ejercicio 7**

A partir de las secciones anteriores, rellene el siguiente recuadro:

	Legislación	Costumbre jurídica
Escrituración		
Procedimiento de formación		
Precisión de la entrada en vigencia y de la pérdida de vigencia		
Presunción de conocimiento	art. 8 del CC	art. 5 del Código de Comercio

2.11.6 Validez de la costumbre jurídica en el ordenamiento jurídico chileno

En esta sección se presenta la validez de la costumbre jurídica en distintas ramas del derecho chileno, ordenadas de acuerdo con el valor de la costumbre: sin valor de fuente formal, según ley, en silencio de ley o contra ley.

En el derecho penal rige el principio de legalidad:

Art. 19, núm. 3, inc. 8, de la CPR de 1980: Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Art. 1, inc. 1, del Código Penal: Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Art. 5, inc. 1, del Código Procesal Penal: *Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad*. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

En consecuencia, por regla general, la costumbre jurídica no es una fuente formal del derecho penal. Excepcionalmente, se podría aplicar si favorece al afectado. Por ejemplo, si en una localidad existe la costumbre jurídica de portar armas para salir a cazar conejos sin cumplir con las exigencias de la ley sobre control de armas, la costumbre jurídica podría fundamentar un error de prohibición y el tribunal podría no sancionar a quien salga de cacería.

En materia tributaria también rige el principio de legalidad, por lo que no se pueden establecer tributos por costumbre:

Art. 19 de la CPR de 1980: La Constitución asegura a todas las personas:  
20.º La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En el derecho civil es válida la costumbre según ley:

Art. 2 del CC: La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Esta norma comparte plenamente el recelo y la argumentación de Marx respecto de la costumbre jurídica, aunque Andrés Bello no compartiera sus ideas políticas. Eso puede explicar por qué el Código Civil regula la costumbre de manera restrictiva y solo la reconoce según ley. Ahora bien, la costumbre es una fuente absolutamente marginal respecto de la ley civil, pero no de los actos jurídicos civiles (Barros Bourie y Rojas Covarrubias, 2007, párr. 161). En efecto, la costumbre aparece en normas centrales del Código Civil que regulan los actos jurídicos, como las referidas a las buenas costumbres y la buena fe. Por ejemplo:

Art. 1546 del CC: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Art. 1461, inc. 3, del CC: Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Art. 1467, inc. 2, del CC: Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Numerosos otros artículos del Código Civil también se refieren a la costumbre, como el 1938 y el 2117.

La Ley 20249, de 2008, que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, contiene varias referencias a la costumbre jurídica según ley. Por ejemplo:

Art. 2: Definiciones. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

e) Espacio costero marino de pueblos originarios: espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio.

El Código de Comercio reconoce la costumbre en silencio de ley (art. 4) y según ley (art. 6), y regula la forma de probar las costumbres mercantiles (art. 5).

Art. 4 del Código de Comercio: Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio.

Art. 5 del Código de Comercio: No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1°. Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2°. Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.

Art. 6 del Código de Comercio: Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles.

El derecho aeronáutico reconoce la costumbre en silencio de ley:

Art. 6 del Código Aeronáutico: En lo no previsto en este código ni en los convenios o tratados internacionales aprobados por Chile, se aplicarán las normas del derecho común chileno, los usos y costumbres de la actividad aeronáutica y los principios generales de derecho.

La legislación indígena reconoce la costumbre contra ley:

Ley 19253, art. 54: La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal.

En definitiva, podemos observar que el valor de la costumbre jurídica no es uniforme, sino que difiere para distintas ramas del derecho chileno.

Por último, la costumbre jurídica tiene mucha importancia en el derecho internacional público y, en ocasiones, los tribunales chilenos la han aplicado (Müller, 2023, pp. 106-116); pero este libro no es el espacio para tratarla.

### 3. ¿Los principios jurídicos como fuente formal del derecho?

Los principios jurídicos no son precisos ni unívocos. Muchas veces cambia su significado, aunque no cambie su terminología (Keller-Kemmerer, 2018, pp. 248-259). Por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley en la época de la Revolución francesa incluía solo a los hombres y, sin que cambiara el término, hoy incluye también a las mujeres.

Ejemplos de principios jurídicos son la igualdad, la libertad, la legalidad, la autonomía de la voluntad, etc. Si quien detenta el poder cambia la forma de interpretar estos principios, podrá modificar todo el ordenamiento jurídico sin haber modificado ni una sola de sus normas. Eso ocurrió durante la dictadura nazi, cuando los tribunales ya no interpretaron los principios del Código Civil desde una perspectiva burguesa, individualista y liberal, sino desde una perspectiva nacionalsocialista (Rüthers, 1968/2012, pp. 98-99, 454; Augsberg, 2009, p. 148). Como los principios pueden ser una herramienta para pervertir el derecho, es importante que los tribunales los apliquen de manera coherente con la Constitución.

Para responder si los principios jurídicos son una fuente formal del derecho, es necesario analizar su origen normativo: pueden ser un elemento de una norma jurídica, un criterio de interpretación o un componente del derecho.

### *3.1 Los principios jurídicos como elemento de una norma jurídica*

Como elemento de una norma jurídica, los principios no son una fuente formal. La razón es que no constituyen un método para producir normas jurídicas, sino que son un elemento constitutivo de una norma que proviene de una cierta fuente formal. Por ejemplo:

Art. 8, inc. 1, de la CPR de 1980: El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Art. 19, núm. 15, inc. 6, de la CPR de 1980: La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad.

Art. 115, inc. 1, de la CPR de 1980: Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación

de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos.

Art. 224 del CC: Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Ley 19496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, art. 54, H: El procedimiento a que se refiere este párrafo tiene por finalidad la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores. Estará a cargo de una subdirección independiente y especializada dentro del Servicio, de conformidad a lo dispuesto en el inciso décimo del artículo 58. Los principios básicos que lo regulan son la indemnidad del consumidor, la economía procesal, la publicidad, la integridad y el debido proceso.

Art. 89 bis del Código Penal: El Ministro de Justicia podrá disponer, de acuerdo con los tratados internacionales vigentes sobre la materia y ratificados por Chile, o sobre la base del principio de reciprocidad, que los extranjeros condenados por alguno de los delitos contemplados en los artículos 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies, cumplan en el país de su nacionalidad las penas privativas de libertad que les hubieren sido impuestas.

Art. 77 del CPP: Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Art. 62 bis del Código del Trabajo: El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Cada uno de estos principios jurídicos constituye un elemento de una norma jurídica. En el fondo, los principios son instrucciones o criterios que el autor nos da para que interpretemos y apliquemos la norma; por ejemplo, el empleador debe asignar las remuneraciones de acuerdo con un criterio de igualdad. No solo la Constitución o la ley, sino también otras fuentes formales pueden remitir a los principios, por ejemplo, un decreto supremo o un contrato. Para los tribunales, es obligatorio considerar y sopesar estos principios.

A veces, cuando el legislador se refiere a principios, hay un error de terminología y en realidad se está refiriendo a normas o disposiciones. Por ejemplo:

Art. 1792-2 del CC: En el régimen de participación en los gananciales los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo. Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tienen derecho a participar por mitades en el excedente.

Los principios anteriores rigen en la forma y con las limitaciones señaladas en los artículos siguientes y en el párrafo I del Título VI del Libro Primero del Código Civil.

Es decir, en vez de «los principios anteriores», debería decir «las disposiciones anteriores».

### *3.2 Los principios jurídicos contingentes como criterio de interpretación*

Tradicionalmente, en Chile se ha entendido que los principios jurídicos consisten en valoraciones que la comunidad epistémica de intérpretes (los tribunales y la doctrina) induce a partir de las normas del ordenamiento jurídico, es decir, se obtienen mediante un proceso de abstracción. Dicho de otro modo, los principios son etiquetas terminológicas que usamos para resumir las valoraciones jurídicas que están presentes en nuestro ordenamiento jurídico (Rüthers, 1968/2012, p. 452). Son contingentes porque, si se modifica el ordenamiento jurídico, es posible que de las nuevas normas puedan inducirse otros principios contingentes. Además, son contingentes porque cada ordenamiento jurídico es distinto, por lo que de cada uno de ellos se podrán inducir distintos principios. Se les suele llamar «los principios generales

del derecho» (el Código Civil los denomina «el espíritu general de la legislación») y se aplican como parte del criterio de interpretación lógico-sistemático:

Art. 24 del CC: En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Cada rama del derecho puede tener sus propios principios. Por ejemplo, existen principios constitucionales como el respeto a la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el Estado de derecho, el Estado social y el principio democrático. Asimismo, es usual interpretar el derecho laboral a la luz del principio *pro operario*, es decir, de manera favorable al trabajador.

Es frecuente que los tribunales y la doctrina fundamenten su interpretación de una norma jurídica sobre uno o varios principios jurídicos. Por ejemplo, interpretan el Código Civil a la luz de los principios de buena fe, de libre circulación de la riqueza, de evitar el enriquecimiento sin causa, de indemnizar los daños causados con culpa o dolo y de la obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*). Estos principios contingentes son muy relevantes para interpretar el derecho, incluso aquellos cuyo fundamento legal es débil; por ejemplo, el principio de autonomía de la voluntad es el núcleo central del derecho civil chileno, aunque los tribunales y la doctrina lo desprendan de solo dos normas que, si uno es honesto, en realidad poco tienen que ver con este principio:

Art. 12 del CC: Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

Art. 1545 del CC: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

De modo similar, se suele sostener que el principio de subsidiariedad es la viga central de la Constitución de 1980, pero la Constitución no lo reconoce de manera expresa y su fundamento normativo es escuálido: los artículos 1 y 19, número 21.

Un ejemplo histórico puede ayudar a entender qué son los principios jurídicos contingentes. En 1880, en Nueva York, Francis Palmer hizo un testamento en el que dejó la mayor parte de su herencia a su nieto Elmer Palmer. Elmer temía que su abuelo pudiese modificar el testamento y lo envenenó. La legislación vigente contenía una norma que disponía que los testamentos producen efectos después de la muerte del causante (análoga al art. 999 del Código Civil chileno). La Sra. Riggs, hija de Francis, demandó que Elmer fuese declarado indigno de heredar. La legislación no contenía ninguna norma al respecto (a diferencia del art. 968 del Código Civil chileno). La Corte de Apelaciones de Nueva York falló que Elmer era indigno de heredar en virtud del principio de que nadie se debe beneficiar de su propio dolo.<sup>51</sup> Es decir, el tribunal, en vez de aplicar la ley, aplicó un principio que, a su juicio, se podía inducir del ordenamiento jurídico aplicable (aunque también se podría sostener que era un principio inmutable, fenómeno que se explicará en la sección siguiente).

La noción de que existen principios contingentes que se inducen de las normas jurídicas proviene del derecho romano clásico. En el derecho romano preclásico, el derecho consistía en formalismos, argumentos y decisiones para casos concretos. En cambio, los juristas romanos clásicos concibieron el estudio de las normas jurídicas como una actividad intelectual. Aplicaban los métodos dialécticos de la filosofía griega para analizar las normas jurídicas, las sentencias judiciales y las instituciones jurídicas con el objetivo de aislar los principios fundamentales que las sustentaban. Luego deducían nuevas normas a partir de esos principios. Es decir, los juristas romanos clásicos fueron los primeros en considerar que el ordenamiento jurídico es coherente, que tiene una lógica propia y que está basado en ciertos principios generales. Como consecuencia, el derecho se vuelve abstracto y racional, y trasciende los avatares políticos cotidianos. Somos herederos de esa manera de comprender el derecho. Hay que destacar entonces que, desde el derecho romano clásico hasta hoy, no es el soberano el que generalmente crea los principios jurídicos, es decir, los principios no suelen ser un instrumento de gobierno, sino un producto intelectual de los juristas que complementa al legislador soberano (Pirie, 2013, pp. 83-89).

---

51 Corte de Apelaciones de Nueva York: Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506 [1889].

### 3.3 Los principios jurídicos inmutables como componente del derecho

Los principios inmutables son aquellos que han existido en todos los ordenamientos jurídicos. Hay dos variantes principales: la iusnaturalista y la positivista.

Los principios que se derivan de lo que (en términos amplios) denominamos el derecho natural, se deducen de ideales no jurídicos como la religión, la moral, la justicia, la razón humana, la necesidad, la adecuación, la conveniencia, etc. Sin embargo, en las sociedades pluralistas como la nuestra sería un error aplicar un principio derivado del derecho natural porque en ellas (casi) no hay ideales que todas las personas compartan. Por tanto, debemos desechar este enfoque. En consecuencia, es importante que los principios sean jurídicos (Thirlway, 2014, pp. 99-100, 163). En otras palabras, si aplicásemos principios no jurídicos (por ejemplo, morales) en contextos jurídicos, el derecho natural constituiría una fuente formal del derecho (Rüthers, 1968/2012, pp. 451-453), lo que sería inaceptable.

Desde una perspectiva positivista, también es posible postular principios necesarios e inmutables. En concreto, los principios jurídicos son aquellos principios necesarios para que un sistema jurídico exista. Por ejemplo, el principio de la obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) es necesario porque ningún sistema jurídico podría existir si los contratos no fueran vinculantes. Otro ejemplo es el principio de cosa juzgada (*res iudicata pro veritate habetur*), mediante el cual ciertas sentencias judiciales son inmutables, porque todo sistema jurídico requiere solucionar de manera definitiva los conflictos jurídicos. Otros ejemplos son el principio que impone cumplir las obligaciones jurídicas de buena fe, el principio (o presunción) de conocimiento de la ley, el principio por el que se debe indemnizar el daño causado (*ad quod damnum*) y el principio por el cual los contratos no afectan a terceros (*res inter alios acta*). Como contraste, históricamente ha habido sistemas jurídicos que han tratado de manera distinta a las personas (por ejemplo, el Código de Hammurabi, el derecho feudal), por lo que el principio de igualdad no cabría en esta categoría. Otro ejemplo más claro es el siguiente: el genocidio nos resulta moralmente repugnante hoy en día, pero es posible imaginar ordenamientos jurídicos que no lo prohíban, tal como de hecho existieron durante el siglo xx. Por tanto, la prohibición de genocidio no es un principio jurídico necesario e inmutable. Es importante destacar que estos principios pueden tener relevancia ética, pero son estrictamente

jurídicos y carecen de cualquier contenido moral y, hay que enfatizarlo, de cualquier referencia a la justicia (Thirlway, 2014, pp. 99-100, 163).

Por cierto, los principios inmutables podrán ser simultáneamente contingentes si se pueden deducir del ordenamiento jurídico; por ejemplo, en el caso del homicidio de Elmer Palmer, el tribunal podría haber argumentado que el principio de que nadie se debe beneficiar de su propio dolo no solo era contingente, sino que además era inmutable desde una perspectiva iusnaturalista o iuspositivista.

Los principios contingentes y los principios inmutables no son fuentes formales del derecho, porque no son métodos para producir normas jurídicas; son un componente del derecho, al igual que las normas jurídicas (Squella, 2011, pp. 335-339).

### *3.4 Metodología jurídica para aplicar los principios jurídicos*

La aplicación de los principios jurídicos tiene una metodología específica. Las normas jurídicas se aplican de forma binaria («todo o nada»), es decir, si se prueban los hechos a los que se refiere la norma, los hechos se subsumen bajo la norma y esta se aplica. Por ejemplo:

Art. 394 del Código Penal: Cometan infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

En este caso, si se prueban todos los hechos que constituyen las condiciones de aplicación de la norma (relación de parentesco, tiempo transcurrido desde el parto y homicidio), se aplica la norma y el tribunal debe sancionar a quien hubiere cometido el infanticidio. En cambio, basta con que una de esas condiciones no se constate para que el artículo 394 no se pueda aplicar. Otra consecuencia de que las normas se apliquen de forma binaria consiste en que, aunque haya más de una norma aplicable, solo se puede aplicar una de ellas. Las reglas para resolver antinomias permiten decidir cuál de las normas se debe aplicar.

En cambio, los principios no se aplican de forma binaria. Los principios son generales y flexibles, es decir, solo señalan directrices fundamentales y el intérprete debe adaptarlos al caso particular (del Vecchio, 1921/2017, p. 99). Robert Alexy entiende que los principios son «mandatos de optimización»,

es decir, ordenan que se realice algo en la mayor medida posible. En otras palabras, los principios se pueden cumplir en diferente grado. Su cumplimiento depende de posibilidades fácticas y jurídicas que limitan su realización máxima. Las posibilidades fácticas tienen que ver, por ejemplo, con el nivel de desarrollo de un país y con la manera en que este condiciona la medida en que se pueden indemnizar los daños. Las posibilidades jurídicas se refieren a la existencia de normas jurídicas u otros principios aplicables al caso que produzcan una colisión. El método para aplicar los principios consiste en sopesarlos; las normas, en cambio, se subsumen (Alexy, 1992/2011, p. 120).

Es el órgano creador (por ejemplo, el legislador) el que individualiza los principios como elementos de una norma jurídica y ordena aplicarlos. En cambio, no individualiza los principios contingentes, ni individualiza ni ordena aplicar los principios inmutables, sino que estos son una creación de la doctrina y de los tribunales. Por eso, hay que tratar los principios jurídicos contingentes y los inmutables con suspicacia: proponerlos y desarrollarlos es una cuestión de poder político para la doctrina y los tribunales, que de esa manera buscan equipararse al legislador y arrogarse la competencia para crear derecho.

#### 4. ¿La equidad como fuente formal del derecho?

Para responder si la equidad es una fuente formal del derecho, es necesario clasificarla en equidad aristotélica y equidad como elemento de una norma jurídica. Además, la equidad puede ser un criterio de interpretación (art. 24 del CC), pero eso no será objeto de este libro.

##### 4.1 La equidad aristotélica

Debido a que la ley es general, Aristóteles planteó que aplicarla puede llevar a un resultado injusto. La equidad es «una rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad» (Aristóteles, 2001, 1137b). Por lo tanto, la equidad no se puede apreciar en abstracto, sino solo en un contexto concreto. Veamos un ejemplo de Tomás de Aquino aplicado al Código Civil:

Art. 2215 del CC: El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante.

Art. 2226, inc. 1, del CC: La restitución es a voluntad del depositante.

De acuerdo con el Código Civil, si Pedro le pide a Ana que le guarde una espada, Ana deberá devolvérsela cuando Pedro se lo pida. ¿Pero qué ocurre si a Pedro le da un ataque de locura furiosa? Los artículos citados del Código Civil ordenan que Ana, por ser la depositaria, debe devolver el arma a Pedro, por ser el dueño, aunque esté loco furioso. Sin embargo, durante su locura, Pedro podría usar su espada para dañar a alguien. Entonces, por equidad, conviene que el depositario (es decir, Ana) no devuelva el arma a su dueño (Pedro) mientras dure su locura.

El problema del loco furioso se produce porque las leyes no pueden prever todas las circunstancias particulares de los hechos que regulan; en otras palabras, existen lagunas normativas. El derecho no resuelve conflictos a partir de los hechos concretos de un caso, sino que a partir de normas generales y categorías abstractas de hechos. Si un caso concreto tiene ciertas particularidades que el legislador no previó, la aplicación de una norma legal podría producir consecuencias nefastas; en esos casos, el tribunal puede valerse de la equidad para solucionar el caso de manera de evitar esas consecuencias. He aquí el carácter excepcional de la equidad aristotélica, pues ella precisamente atiende a los hechos, conductas y conflictos concretos. Es por esto que la equidad aristotélica es un cuerpo extraño, un tumor dentro de la argumentación jurídica. De acuerdo con Kelsen, solucionar una contienda con arreglo a la equidad hace que esa contienda deje de ser jurídica y pase a ser política (1952/2013, pp. 297-302).

La legislación chilena admite la equidad aristotélica en silencio de ley («en su defecto»), pero no contra ley:

Art. 170 del CPC: Las sentencias definitivas [...] contendrán:  
5°. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo [.]

Siempre queda la duda de si la equidad aristotélica se ha aplicado en silencio de ley o contra ley. El intérprete probablemente argumentará que ha sido en silencio de ley, pero esto es debatible. ¿El artículo 2226, inciso 1, del Código Civil deja realmente una laguna para el caso de los locos furiosos, o es la voluntad del legislador que incluso los locos furiosos tengan derecho a exigir la restitución de sus pertenencias? Debido a que la equidad es ambigua y los tribunales no están obligados a aplicarla, lo más prudente es reservarla para casos extremos, en los que uno pueda argumentarlo muy bien (Corten,

2009, p. 196). Precisamente, el artículo 170, número 5, del Código de Procedimiento Civil exige que los tribunales en Chile argumenten por qué aplican la equidad en silencio de ley.

No está claro si la equidad en sentido aristotélico es una fuente formal autónoma o si es un componente del derecho (al igual que las normas jurídicas y los principios). También se ha planteado que puede ser un principio general del derecho (Thirlway, 2014, p. 110) o que la equidad abarca esos principios (del Vecchio, 1921/2017, 104-105).

#### 4.2 La equidad como elemento de una norma jurídica

La equidad puede ser un elemento de una norma jurídica. En este sentido, no es una fuente formal porque no constituye un método de producción de normas jurídicas, sino que es un elemento constitutivo que proviene de una cierta fuente formal. Por ejemplo:

Art. 224 del CC: Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

En este ejemplo, la equidad (o, como dice la norma, «la participación equitativa») es un elemento de una norma jurídica legal. Otros ejemplos del Código Civil son los artículos 147, inciso 2; 538; 777, inciso 1; 1106, inciso 2; 1734, inciso 2; 1997, y 2291, inciso 2. No solo la ley, sino también otras fuentes formales pueden remitir a la equidad, por ejemplo, un contrato o un tratado internacional. Con cierta frecuencia, el legislador ordena aplicar la equidad, pero sin denominarla expresamente. Por ejemplo, el artículo 2319 se refiere a la prudencia:

Art. 2319, inc. 2, CC: Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento [.]

La equidad como elemento de una norma jurídica en general responde al cómo o al cuánto (Thirlway, 2014, pp. 106-107). Por ejemplo, ¿cómo deben participar los padres en la crianza y educación de sus hijos?, ¿cuánta

remuneración deben percibir las personas indicadas en el artículo 538 del Código Civil?

En el sentido del artículo 170, número 5, del Código de Procedimiento Civil, la equidad como elemento de una norma jurídica queda abarcada bajo el concepto de «leyes». En consecuencia, es una equidad según ley. Cuando una norma jurídica se remite a la equidad, para los tribunales es obligatorio aplicar la equidad. Para interpretarla, uno deberá aplicar las reglas de interpretación propias de la respectiva fuente formal del derecho (Corten, 2009, p. 196).

No está claro qué es la equidad como elemento de una norma jurídica. Parece sensato sostener que la equidad es un criterio para interpretar las normas jurídicas y, en específico, un criterio interpretativo que atiende a los efectos de la norma para el caso concreto. Así lo ha entendido, por lo menos en parte, la Corte Internacional de Justicia:

[The Chamber] will have regard to equity *infra legem*, that is, that form of equity which constitutes a method of interpretation of the law in force, and is one of its attributes.<sup>52</sup>

La equidad como elemento de una norma jurídica sería entonces un mandato para el intérprete, es decir, el autor de la norma (por ejemplo, el legislador) ordena interpretarla según el criterio de atender a los efectos de la norma en el caso concreto.

#### 4.3 Metodología jurídica para aplicar la equidad

La teoría jurídica llamada escuela del derecho libre planteaba que los tribunales no están limitados por la ley, sino que son absolutamente libres para dictar sentencias. Se podría decir que la escuela elevó la equidad a la categoría de única fuente formal del derecho. Aquí vemos el peligro de la equidad: en efecto, puede ser difícil distinguirla de la arbitrariedad (del Vecchio, 1921/2017, p. 46; Guzmán, 1981, pp. 24-25).

Aplicar la equidad contraviene las nociones básicas del derecho, como la seguridad jurídica y el Estado de derecho. La equidad depende de decisiones y valoraciones subjetivas y arbitrarias, y pone en tela de juicio la

<sup>52</sup> Corte Internacional de Justicia, *Frontier Dispute Burkina Faso/Republic of Mali*, sentencia de 22 de diciembre de 1986, párr. 28. Disponible en <https://www.icj-cij.org/case/69>

formalidad, la generalidad y la neutralidad de los procedimientos jurídicos. En este sentido, hace renacer el problema de la incertidumbre y la aprehensión por el abuso político. La tarea de los abogados y abogadas no consiste en hacer lo correcto en el caso concreto, sino en aplicar normas generales y principios (Koskenniemi, 1989/2005, pp. 534-535, 554, 595).

En consecuencia, tanto como elemento de una norma jurídica como en sentido aristotélico, una pregunta clave es la metodología jurídica para aplicar la equidad. La equidad no debe ser un medio para expresar las creencias ni el sentido común del intérprete o tribunal. No es pertinente lo que el intérprete o tribunal considere equitativo, sino (en una interpretación subjetiva) lo que los órganos creadores de la norma consideran o consideraban equitativo, o bien (en una interpretación objetiva) lo que se puede calificar como equitativo a la luz de las necesidades de la comunidad jurídica, por ejemplo, considerando otras normas del ordenamiento jurídico. En la práctica, uno de los principales problemas de la equidad es precisamente la falta de rigor metodológico al aplicarla (Corten, 2009, p. 197). Asimismo, para dificultar que los tribunales invoquen la equidad con el objeto de disimular su arbitrariedad, se ha planteado que deban exhibir un texto autorizado de doctrina jurídica que justifique aplicar la equidad para solucionar el caso concreto (Guzmán Brito, 1981, p. 143).

## 5. ¿La doctrina como fuente formal del derecho?

Por doctrina entendemos a los estudiosos del derecho, especialmente a quienes tienen gran reputación, por ejemplo, una profesora universitaria que ha publicado libros de derecho influyentes. La doctrina jurídica es relevante para la teoría de las fuentes formales del derecho porque su labor consiste fundamentalmente en extraer y justificar conclusiones normativas a partir de normas jurídicas. La doctrina es o pretende ser el resultado de una elaboración racional y su utilidad radica en que suministra razones y argumentos para resolver casos concretos. Por ejemplo, gran parte de los principios jurídicos son de creación doctrinaria (Aguiló, 2000/2012, p. 164).

En el derecho romano, la doctrina era una fuente formal, es decir, los tribunales podían fallar un caso a partir de las opiniones de los autores con mayor reputación. Más tarde, en el siglo XIX, los representantes de la escuela histórica del derecho (por ejemplo, Friedrich Carl von Savigny) y de

la escuela de la jurisprudencia de conceptos (por ejemplo, Georg Friedrich Puchta) también defendieron esta posición. Sin embargo, el Estado de derecho y la democracia no son compatibles con que la doctrina sea una fuente formal, debido a que los autores y autoras carecen de legitimidad democrática y de responsabilidad política (Rüthers et al., 1999/2013, p. 161).

A pesar de lo anterior, puede ser considerable la influencia de los juristas sobre la creación del derecho. A las interrogantes del derecho, la doctrina propone soluciones que pretenden ser congruentes con el sistema jurídico. El legislador y los tribunales con frecuencia se apoyan en la doctrina, por lo que se podría decir que, a fin de cuentas, las normas que crean son, en el fondo, el resultado de la ciencia del derecho (Rüthers et al., 1999/2013, pp. 161-162). Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere expresamente a la doctrina:

Art. 38:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
  - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

## 6. ¿El derecho natural como fuente formal del derecho?

El derecho natural es un concepto extremadamente polisémico. Para evitar abordarlo en detalle, podemos decir que abarca toda teoría que, para resolver problemas jurídicos, recurre a argumentos no jurídicos y, especialmente, a argumentos ideológicos. En sociedades ideológicamente homogéneas, el fundamento y el límite de la validez del derecho se encuentran en la ideología religiosa (por ejemplo, la *sharía*) o política (por ejemplo, los escritos de Marx, la voluntad del partido, la voluntad del Führer). En cambio, en las sociedades pluralistas, la validez del derecho no se fundamenta en una moral compartida, porque cada persona tiene sus propias convicciones morales (Rüthers et al., 1999/2013, pp. 272-274). Por eso, el ordenamiento jurídico chileno es agnóstico, es decir, no reconoce ningún fundamento religioso ni ideológico:

Art. 19 de la CPR de 1980: La Constitución asegura a todas las personas:  
2.º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados.  
6.º La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público [.]  
12.º La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley [.]

Art. 138 del Código Penal: Todo el que por medio de violencia o amenazas hubiere impedido a uno o más individuos el ejercicio de un culto permitido en la República, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo.

Sin embargo, hasta el día de hoy los tribunales incurren ocasionalmente en la práctica deplorable de fundamentar sentencias (de manera más o menos velada, consciente y hábil) en criterios que no son jurídicos, es decir, en expresiones o variantes del derecho natural. Esos criterios extrajurídicos pueden ser la naturaleza de las cosas, la moral social, las necesidades de la sociedad, etc. Por ejemplo, en 2017 la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo:

En ese sentido, y teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido que se intenta resguardar en este caso, es la vida y la integridad física, y, aunque se trate por parte de los recurridos de una conducta que se encuentra dentro de las atribuciones que les permite la autonomía de su voluntad, tampoco es menos cierto que dicho actuar, es completamente atentatorio contra dichos bienes jurídicos protegidos por nuestra Carta Magna.  
Así, como la conducta de los huelguistas (recurridos), puede desencadenar en consecuencias nefastas para la salud de los mismos e inclusive derivar en un desenlace fatal, se hace necesario e inminente adoptar medidas tendientes a salvaguardar tanto la integridad física como su vida, por lo que esta Corte en virtud de lo señalado, adoptará las medidas necesarias para que se reestablezca el orden natural de las cosas.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, rol 4647-2017, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2017, considerando quinto.

Esta sentencia es escandalosa. En vez de dar un argumento jurídico, lo que hizo la Corte de Apelaciones fue invocar un orden natural. En otras palabras, la Corte falló: «Es así porque me da la regalada gana». Esto es un fracaso del tribunal, porque abdicó de su función de argumentar racional y jurídicamente para solucionar un conflicto. El tribunal citó el orden natural como una cortina de humo para encubrir la ausencia de argumentos jurídicos.

Otro ejemplo, tan o más escandaloso que el anterior, es el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en 2003 invocó el derecho natural:

58. En realidad, cuando reconocemos principios fundamentales que conforman el *substratum* del propio ordenamiento jurídico, ya nos adentramos en el dominio del *jus cogens*, del derecho imperativo (cf. *infra*). En efecto, es perfectamente posible visualizar el derecho imperativo (el *jus cogens*) como identificado con los principios generales del derecho de orden material, que son garantes del propio ordenamiento jurídico, de su unidad, integridad y cohesión. Tales principios son indispensables (el *jus necessarium*), son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una «idea de justicia objetiva» (el derecho natural), son consustanciales al propio orden jurídico internacional.<sup>54</sup>

Otras veces, los tribunales invocan el mismo tipo de argumento, pero ni siquiera tienen la honestidad de llamarlo por su nombre, sino que lo disfrazan bajo palabras grandilocuentes. Por ejemplo, en 2020 el Tribunal Constitucional argumentó:

[...] en el mundo globalizado en que nos encontramos, la comunidad internacional considera a la migración como un fenómeno positivo [.]<sup>55</sup>

Personalmente, tengo mis argumentos para valorar de manera positiva la migración, tal como los pueden tener las juezas y jueces del tribunal. Pero

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, serie A, n.º 18, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, notas al pie eliminadas. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/opiniones\\_consultivas.cfm](https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm)

55 Tribunal Constitucional, rol 6307-19, fecha 20-05-2020: «Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta respecto del artículo 12, letra a), de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, de que conoce la Corte de Apelaciones de Antofagasta, por recurso de protección, bajo el Rol N° 262-2019».

en un juicio la pregunta es si tengo argumentos jurídicos para sostener mi posición. ¿Qué es esa invocación a la comunidad internacional y al mundo globalizado, sino una invocación a criterios extrajurídicos? Es decir, esa argumentación cumple la misma función que invocar el derecho natural: sustraer un argumento al debate jurídico. En el fondo, el tribunal podría haber dicho perfectamente: «El derecho natural ampara la migración». Solo que invocar el derecho natural o el orden natural de las cosas suena añejo y retrógrado, mientras que invocar a la comunidad internacional y al mundo globalizado suena *hipster*. Por lo menos, la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Interamericana de Derechos Humanos usaron una terminología más honesta.

Todos esos argumentos tienen en común que se refieren a criterios extrajurídicos. Por tanto, en un sentido amplio, podemos calificarlos como derecho natural. Esos argumentos son ambiguos y es el tribunal el que les asigna un significado. Eso perjudica la seguridad jurídica y vulnera la separación constitucional de poderes (Rüthers 1968/2012, pp. 445-451).

Si un tribunal deriva una norma a partir de un derecho suprapositivo o a partir de otra forma de argumentación iusnaturalista, entonces esa decisión del tribunal crea derecho vinculante. No es que el derecho natural sea vinculante, sino que es vinculante lo que el tribunal declara que constituye derecho natural. Es decir, el tribunal crea derecho. Por tanto, la pregunta no es cuál es el contenido del derecho natural, sino quién tiene la competencia (y el poder político) para determinarlo (Rüthers et al., 1999/2013, pp. 272-273).

En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico pluralista y laico no debemos admitir el derecho natural como una fuente formal.

## 7. ¿El *soft law* como fuente formal del derecho?

Hay una última categoría que trataremos: el *soft law* o derecho blando. De acuerdo con la definición usual, el *soft law* consta de normas jurídicas no vinculantes. Desde el punto de vista de la teoría de la norma jurídica, esto es un sinsentido. Pero el *soft law* no proviene de la teoría jurídica, sino de la diplomacia internacional. Los representantes diplomáticos con frecuencia suscriben documentos (por ejemplo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992)<sup>56</sup> mediante los cuales los Estados acuerdan que se

<sup>56</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 14 de junio de 1992, A/

esforzarán en lograr un cierto objetivo ambiental, de derechos humanos, de cooperación, etc. Los Estados no quieren obligarse a hacer algo, sino que quieren expresar una intención de hacer algo. Es decir, estos instrumentos reflejan un acuerdo diplomático de los Estados y no contienen derechos ni obligaciones jurídicos. Ante esta realidad, la doctrina especializada en derecho internacional creó el concepto de *soft law* para referirse a los acuerdos destinados a orientar el comportamiento de los Estados, pero sin obligarlos. Desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del derecho, es una fuente material. Es muy similar al concepto de normas programáticas.<sup>57</sup>

Ahora bien, el derecho internacional tiene una lógica distinta al derecho nacional. Cuando estudiamos las fuentes del derecho nacional, en el fondo nos preguntamos cuáles son las normas jurídicas válidas, es decir, las normas que deberá aplicar un tribunal para solucionar un caso. En cambio, en el derecho internacional el paradigma no es un tribunal, sino un funcionario diplomático nacional o internacional que aplica todo tipo de pautas de conducta para asesorar a los Gobiernos o para negociar con ellos. Esta diferencia de paradigma tiene consecuencias metodológicas. Un tribunal solo puede aplicar una norma jurídica válida. En cambio, un funcionario diplomático no necesita ser tan estricto y podrá aplicar cualquier pauta de conducta que le parezca razonable y útil, aunque formalmente no sea una norma jurídica (Mendelson, 1996, pp. 179-180).

Con el paso del tiempo, los juristas especialistas en derecho nacional empezaron a usar el concepto de derecho blando, pero generalmente sin entender la lógica del derecho internacional ni el *soft law*. Han usado el concepto de manera inflacionaria y sin comprender su característica central: la ausencia de una obligación jurídica. En definitiva, el *soft law* no es una fuente formal del derecho chileno.

## 8. Identificación de las fuentes formales

Es importante destacar que las fuentes formales del derecho chileno no conforman un sistema perfectamente coherente. Por el contrario, hay problemas teóricos, contradicciones y ambigüedades. Pero, a pesar de todo, es un sistema que funciona razonablemente bien. Una pregunta clave es si la lista de fuentes formales que hemos proporcionado es una enumeración taxativa

---

CONF.151/26/Rev.I (vol. I).

57 Véase <https://dej.rae.es/lema/norma-programática>

o si existen otras fuentes adicionales. La respuesta es que sí las hay: las fuentes del derecho internacional, pero, por su complejidad teórica y dificultades prácticas, no serán abordadas en este libro. Aparte de eso, esta lista refleja con suficiente exactitud la práctica jurídica chilena para la gran mayoría de las situaciones.

## 9. Jerarquía de las fuentes formales

La jerarquía de las fuentes formales cumple dos funciones independientes:

1. Resolver antinomias: la jerarquía es uno de los criterios de interpretación para resolver antinomias. Por ejemplo, el artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone:

Art. 21: Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
- c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. Fundamentar la validez: la validez de las normas jurídicas se deriva de otra norma que proviene de una fuente de jerarquía superior. La pirámide normativa de Kelsen expresa esta idea.

Ambas funciones pueden coincidir, pero son independientes. Por ejemplo, la diferencia jerárquica entre la Constitución Política de la República y la ley resuelve antinomias entre normas que provengan de ambas fuentes y fundamenta la validez de las normas legales. En cambio, el artículo 21 del

Estatuto de la Corte Penal Internacional solo sirve para resolver antinomias, pero no para fundamentar la validez de las normas de jerarquía inferior.

La relación jerárquica está clara entre algunas fuentes formales del derecho chileno, pero entre otras hay ambigüedad. De acuerdo con una teoría basada en el derecho natural, este estará en la cúspide de la pirámide normativa. Lo mismo dirán quienes sostengan la primacía de un derecho religioso, como la *sharía*. Sin embargo, como vimos antes, esta concepción es inaceptable en una sociedad pluralista y democrática como la nuestra.

En la cúspide de la pirámide normativa de una sociedad pluralista y democrática está la Constitución. En esto la opinión mayoritaria de la doctrina está de acuerdo. Sin embargo, a veces se ha sostenido que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen una jerarquía superior incluso a la Constitución. También se podría debatir si la costumbre contra Constitución tiene jerarquía supraconstitucional.

El segundo escalón en dirección descendente está constituido por los tratados. El Tribunal Constitucional ha señalado a partir del artículo 54, número 1, inciso 5, de la Constitución Política de la República de 1980 que, si bien los tratados tienen jerarquía de ley, una ley posterior no los puede derogar.<sup>58</sup> Esta aseveración carece de sentido: si una ley posterior no puede derogarlos, es precisamente porque los tratados sí tienen una jerarquía superior a la ley. Otra fuente que tiene una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley es la costumbre contra ley, como es el caso de la costumbre indígena hecha valer en juicios entre indígenas pertenecientes a una misma etnia (art. 54 de la Ley 19253).

En el tercer escalón están la ley, la potestad reglamentaria autónoma, los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes. Debido al artículo 63 de la Constitución de 1980, será infrecuente una antinomia entre la ley o los decretos con fuerza de ley y la potestad reglamentaria autónoma, porque regulan materias distintas. Sin embargo, de producirse, debería prevalecer la ley o el decreto con fuerza de ley porque, gracias a la participación del Congreso, gozan de mayor legitimidad democrática que la potestad reglamentaria autónoma. Todos los tipos de decretos con fuerza de ley tienen la misma jerarquía que las leyes. Ahora bien, los del tipo ordinario tienen una

---

58 Tribunal Constitucional, 25 de agosto 2009, rol 1288, «Control de Constitucionalidad del proyecto de Ley que modifica la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional», considerando quincuagésimo primero y quincuagésimo segundo (51 y 52). Disponible en [https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar\\_expediente2.php?id=7850](https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=7850)

jerarquía menor que la ley delegatoria, ya que el artículo 64, inciso 4, de la Constitución Política de la República de 1980 establece que la ley delegatoria «señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes». Es decir, un decreto con fuerza de ley del tipo ordinario puede derogar o modificar de manera expresa o tácita cualquier ley, excepto su ley delegatoria. A los decretos leyes (a pesar de su inconstitucionalidad) en la práctica se les asigna la misma jerarquía que a las leyes y los decretos con fuerza de ley y, por eso, todos ellos se pueden derogar unos a otros.

A medida que descendemos por la pirámide, la jerarquía normativa se vuelve cada vez más ambigua. Por debajo del tercer escalón, en el fondo ya no tiene sentido comparar jerarquías normativas. Lo único relativamente claro es que las demás fuentes debiesen tener una jerarquía inferior al tercer escalón (aunque hay excepciones, como los contratos respecto de ciertas normas de la ley civil, como mencionaré más adelante).

La jurisprudencia (en el sentido de normas jurídicas) es un caso aparte y su jerarquía dependerá del tribunal. Por ejemplo, justo debajo de la cúspide de la pirámide normativa podemos agregar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de los tratados, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución de 1980. La jurisprudencia de los demás tribunales tiene una jerarquía inferior al tercer escalón.

¿Qué ocurre con los principios? Los principios como elemento de una norma jurídica debiesen tener la misma jerarquía que esa norma, por ejemplo, constitucional, legal o contractual. Por último, los principios como componente del derecho, la equidad aristotélica y el *soft law* no son fuentes formales del derecho, por lo que tiene poco sentido hablar de jerarquías normativas.

Hay dos críticas principales a la teoría de la jerarquía de las fuentes formales. La primera dice que la jerarquía de las fuentes formales es una metáfora o una alegoría: en realidad hay una jerarquía de órganos creadores del derecho (Schmitt, 1932/2012, p. 53). Esta observación es provechosa para examinar la jerarquía de las distintas clases de leyes. Si entendemos que las normas sobre cuórum son procesales y que, por lo tanto, el órgano no cambia, las distintas clases de leyes reguladas en el artículo 66 de la Constitución de 1980 tienen la misma jerarquía porque las crea el mismo órgano.<sup>59</sup>

59 Para explicar desde la perspectiva de Schmitt por qué las modificaciones a la Constitución Política de la República (arts. 127-129) generan normas de jerarquía constitucional, habría que

La segunda crítica cuestiona si tiene sentido plantear una jerarquía de las fuentes formales o si debiésemos plantear una jerarquía de las normas jurídicas (o combinar ambas). Puede haber normas de distinta jerarquía que provengan de una misma fuente formal. Por ejemplo, las normas legales de derecho público y las de derecho privado de orden público por regla general no pueden ser derogadas tácitamente por contratos celebrados entre particulares. En cambio, las normas derivadas de actos jurídicos sí pueden derogar normas legales de derecho privado dispositivas; en efecto, las partes pueden acordar que su contrato contenga normas jurídicas que contradigan las normas legales dispositivas y, en ese caso, prevalecerán las normas contractuales (art. 12 del CC).

En definitiva, la jerarquía de las fuentes formales tiene muchas ambigüedades. Lo que está relativamente claro es la relación jerárquica decreciente entre la Constitución, la ley, la potestad reglamentaria de ejecución y las sentencias judiciales (excepto las del Tribunal Constitucional). En el fondo, es una jerarquía decreciente entre el Poder Constituyente, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

## 10. Clasificación de las fuentes formales

En la sección anterior clasificamos las fuentes formales (o, mejor dicho, intentamos clasificarlas con resultados magros) con un criterio jerárquico. Antes las habíamos clasificado en heterónomas y autónomas. Las fuentes formales también se pueden clasificar de acuerdo con otros criterios y en esta sección se presentarán dos de los más relevantes.

En primer lugar, podemos clasificarlas según su origen estatal o no estatal:

Fuentes estatales	Fuentes no estatales
CPR	
Ley	
Potestad reglamentaria	
DFL	
DL	
Tratados internacionales	
Autos acordados	

entender que la posibilidad de un plebiscito (art. 128, inc. 4, y art. 129 de la CPR de 1980) genera un órgano específico que no es el legislador.

Jurisprudencia	
Actos corporativos	
	Actos jurídicos
	Costumbre jurídica

En segundo lugar, se pueden clasificar con arreglo a su fundamento primordial: la razón, la voluntad o la tradición.

Razón	Voluntad	Tradicición
	CPR	
	Ley	
	Potestad reglamentaria	
	DFL	
	DL	
	Tratados internacionales	
	Autos acordados	
Jurisprudencia		
	Actos corporativos	
	Actos jurídicos	
		Costumbre jurídica

Lo primero que podemos observar es que casi todas las fuentes formales de origen estatal, así como los actos jurídicos, tienen su fundamento en la voluntad. Esta afirmación corresponde a una perspectiva liberal del derecho, que asume que las normas jurídicas se fundamentan en la voluntad de los individuos para protegerlos frente al Estado. Esa voluntad libre se puede expresar de manera colectiva o individual. Es así como las normas jurídicas estatales nacen de una declaración de voluntad colectiva (art. 1 CC: la ley es una declaración de la voluntad soberana). Asimismo, los actos jurídicos nacen de una declaración de voluntad individual y, por eso, el título II del libro cuarto del Código Civil se titula De los Actos y Declaraciones de Voluntad. Como lo formula el artículo 1437 del Código Civil, las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, ya a consecuencia de un hecho (voluntario) que ha inferido injuria o daño a otra persona, ya por disposición de la ley (voluntad soberana).

Contrastan con estas fuentes la jurisprudencia y la costumbre jurídica. De todas las fuentes estatales, la jurisprudencia (en el sentido de normas jurídicas) es la única que no se fundamenta en la voluntad de los individuos: la parte demandada debe comparecer al juicio aunque no lo quiera y el tribunal puede imponer su sentencia aun contra la voluntad de una o de ambas partes del juicio. Como esto es difícil de justificar desde una perspectiva liberal, la legislación impone a los tribunales la obligación de fundamentar sus sentencias (art. 170, inc. 1, núm. 4 y 5, del CPC). Esta diferencia de fundamento es uno de los motivos de la tensión liberal entre el legislador y los tribunales.

Por su parte, la costumbre jurídica es la única fuente formal que se fundamenta en la tradición, porque las normas consuetudinarias permiten exigir que los comportamientos colectivos pasados se repitan en el presente, incluso contra la voluntad de los individuos. Esta diferencia explica la tensión entre la ley y la costumbre. Una válvula para intentar superar esta tensión consiste en entender que la costumbre se fundamenta en una voluntad colectiva; pero, a pesar de esto, diversas teorías han desconfiado de la costumbre. Por ejemplo, el liberalismo y el marxismo coinciden en que el oscuro peso del pasado consuetudinario ahoga la voluntad de las personas, mientras que la ley permite el progreso y la libertad.

## TEORÍA DE LA VALIDEZ TEMPORAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La teoría de la validez temporal de las normas jurídicas intenta responder la pregunta por los efectos que surten en el tiempo las normas jurídicas, es decir, desde cuándo y hasta cuándo son obligatorias. Es usual que las publicaciones chilenas traten la validez temporal únicamente a propósito de la ley; por ejemplo, no tratan la vacancia normativa, sino solo la vacancia legal. Si bien tendría más sentido desarrollar este tema en un libro dedicado exclusivamente a la teoría de las normas jurídicas, para cumplir con las expectativas de las y los lectores de encontrar esta materia en un libro sobre las fuentes del derecho, me referiré a este tema a continuación.

En lo que sigue, usaré como sinónimos los términos «validez», «vigencia» y «existencia» de las normas jurídicas.

### 1. Entrada en vigencia

Que una norma jurídica entre en vigencia significa que empieza a ser obligatoria. Es importante saber con precisión cuándo entrará en vigencia una norma jurídica, para que las personas sepan desde cuándo deberán ajustar su comportamiento a ella.

## 1.1 La legislación

Hay regulaciones muy precisas respecto de cuándo entran en vigencia las normas de la legislación. Las siguientes normas mencionan la ley, pero deben entenderse referidas a la legislación:

Art. 6, inc. 1, del CC: La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen.

De acuerdo con esta norma, por regla general, las leyes solo son obligatorias cuando se cumplen dos requisitos: la promulgación y la publicación.

Art. 32 de la CPR de 1980: Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

1.º Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas [.]

Art. 75, inc. 2, de la CPR de 1980: La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente.

Es decir, el presidente promulga cada ley mediante un decreto supremo en virtud del cual ordena, como jefe del Poder Ejecutivo, que la ley sea obedecida. La publicación, en tanto, es el acto en virtud del cual la ley se da a conocer a todos quienes deben observarla. La Constitución y el Código Civil regulan cómo y cuándo debe publicarse:

Art. 75, inc. 3, de la CPR de 1980: La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio.

Art. 7 del CC: La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria.

Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial.

Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia.

En la práctica, estos mismos criterios se aplican para la entrada en vigencia de las reformas constitucionales. Respecto de los tratados internacionales, la Constitución de 1980 dispone:

Art. 54, núm. 1, inc. 9, de la CPR de 1980: De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

Como ya mencionamos, la Ley 18158 contiene una norma especial para la publicación de los tratados internacionales.

### *1.2 Otras fuentes formales*

Si los actos de los órganos de la Administración del Estado están dirigidos a sujetos normativos indeterminados, como el reglamento de ejecución de una ley, se publican en el Diario Oficial y son obligatorios desde esa fecha:

Ley 19880, de 2003, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, art. 49:

Autenticación. Los actos publicados en el Diario Oficial se tendrán como auténticos y oficialmente notificados, obligando desde esa fecha a su íntegro y cabal cumplimiento, salvo que se establecieren reglas diferentes sobre la fecha en que haya de entrar en vigencia.

En cambio, los actos de la Administración dirigidos a sujetos normativos determinados entran en vigencia cuando son notificados. Lo mismo vale para las sentencias judiciales: son obligatorias desde que se han notificado a las partes del juicio y no se pueden interponer más recursos. Se dice que entonces la sentencia está firme o ejecutoriada, y las partes a cuyo favor el tribunal haya declarado un derecho en el juicio podrán exigir el cumplimiento de la sentencia según el Código de Procedimiento Civil:

Art. 174 del CPC: Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites.

Art. 175 del CPC: Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada.

Art. 176 del CPC: Corresponde la acción de cosa juzgada a aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el Título XIX de este Libro.

También existen normas de fuentes formales no estatales que tienen un destinatario determinado: los actos jurídicos. Por regla general, no es necesario publicarlos ni notificarlos. Por ejemplo, por el solo hecho de haber celebrado un contrato de acuerdo con el artículo 1443 del Código Civil, se presume que las partes lo conocen.

En cuanto a los actos corporativos, su entrada en vigencia normalmente comienza tras su notificación o publicación, dependiendo del caso.

Por último, la costumbre jurídica es un hecho social y, por tanto, no hay un momento cierto para su entrada en vigencia. Lo más preciso que podríamos decir es que entrará en vigencia cuando la ley la admita o los tribunales reconozcan que existe.

## 2. La vacancia normativa

Por regla general, las normas entran en vigencia inmediatamente después de su publicación, notificación o creación. De manera excepcional, algunas normas difieren su entrada en vigencia para un momento posterior: en eso consiste la vacancia normativa. Es decir, la vacancia normativa es el período de tiempo que media entre la fecha de publicación, notificación o creación de una norma jurídica y el momento en que efectivamente entra en vigencia. La vacancia se expresa mediante un plazo (art. 1494 del CC)

o una condición (art. 1473 del CC). Por ejemplo, aunque el Código Civil fue promulgado en 1855, entró en vigencia más tarde, para que las personas tuvieran tiempo de adaptarse:

Artículo final del CC: El presente Código comenzará a regir desde el 1.º de enero de 1857 [.]

Como se ve, el artículo final del Código Civil estableció un plazo de vacancia normativa para su entrada en vigencia. Otros ejemplos son:

Ley 19970, que Crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, art. 24: Vigencia. La presente ley entrará a regir el día en que se publique en el Diario Oficial el reglamento a que se refiere el artículo 21.

Ley 21549, que Crea un Sistema de Tratamiento Automatizado de Infracciones del Tránsito, art. segundo transitorio: El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones deberá dictar el o los reglamentos de que trata la presente ley en el plazo de seis meses contado desde su publicación en el Diario Oficial.

La presente ley comenzará a regir transcurridos noventa días desde la publicación en el Diario Oficial del último de los reglamentos señalados en el inciso anterior.

Lo interesante de casos como estos es que la vacancia normativa depende de que el Poder Ejecutivo cumpla con la condición de publicar ciertos reglamentos. Es decir, el Poder Legislativo delega en el Poder Ejecutivo la decisión de cumplir con la condición para que las leyes entren en vigencia. Si el Poder Ejecutivo quisiese sabotear la entrada en vigencia de esas leyes, bastaría con que jamás publicase los reglamentos. Esto nos lleva a otra pregunta: ¿cuál sería la consecuencia de que el Poder Ejecutivo derogase uno de esos reglamentos? La ley conservaría su vigencia, pero ¿se podría seguir aplicando? En otras palabras: un presidente que careciese de mayoría política para derogar una ley ¿podría derogar los reglamentos respectivos para imposibilitar en los hechos que esa ley se aplicase? ¿Podría un presidente de inclinaciones autoritarias aprovecharse de esto?

Ciertas fuentes formales necesariamente producen normas jurídicas con vacancia legal. Un primer ejemplo son los testamentos (que son una especie de acto jurídico), pues solo producen efectos jurídicos después de la muerte del causante:

Art. 999 del CC: El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.

Para complicar las cosas, el testamento en sí mismo está sometido a una vacancia mínima hasta la muerte del causante, pero las disposiciones testamentarias pueden estar sometidas a una vacancia adicional. Es decir, la vacancia de las disposiciones testamentarias se puede extender más allá del fallecimiento del causante, mediante condiciones suspensivas y plazos suspensivos:

Art. 1080 del CC: Las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a plazos o días de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho; y se sujetarán entonces a las reglas dadas en el título De las obligaciones a plazo, con las explicaciones que siguen.

Un segundo ejemplo de vacancia necesaria es el de las leyes en materia tributaria, que tiene como objetivo no complicar innecesariamente la contabilidad.

Art. 3, inc. 1, del Código Tributario: En general, la ley que modifique una norma impositiva, establezca nuevos impuestos o suprima uno existente, regirá desde el día primero del mes siguiente al de su publicación. En consecuencia, sólo los hechos ocurridos a contar de dicha fecha estarán sujetos a la nueva disposición.

Inc. 2: La ley que modifique la tasa de los impuestos anuales o los elementos que sirven para determinar la base de ellos, entrará en vigencia el día primero de Enero del año siguiente al de su publicación, y los impuestos que deban pagarse a contar de esa fecha quedarán afectos a la nueva ley.

La creación de las costumbres jurídicas es espontánea y, en consecuencia, no tiene sentido plantear si pueden tener vacancia. Las sentencias judiciales, en tanto, no pueden estar sometidas a vacancia normativa porque sus normas son válidas desde que la sentencia está firme o ejecutoriada. Por último, la Constitución puede limitar la vacancia normativa. Por ejemplo:

Art. 77, inc. 7, de la CPR de 1980: La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.

Es decir, para ciertas leyes la Constitución limita el plazo de vacancia que puede decidir el legislador.

### 3. La retroactividad

La retroactividad es el efecto de una norma jurídica que consiste en regir o afectar actos o situaciones ocurridas antes de su fecha de entrada en vigencia. Por ejemplo, tendrá efectos retroactivos una ley que se aplique a hechos que tuvieron lugar antes de que entrara en vigencia. Para todas las fuentes rige por regla general la irretroactividad, es decir, las normas jurídicas no surten efectos retroactivos. Esto es importante para la seguridad jurídica. Los efectos retroactivos requieren norma expresa que así lo disponga.

El artículo 9 del Código Civil se refiere a la legislación:

Art. 9: La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.

Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

No hay una norma constitucional que prohíba la retroactividad de las leyes civiles. El artículo 9 del Código Civil es una norma legal y, por tanto, no puede limitar la futura legislación. Por eso, las leyes civiles retroactivas son posibles. En conclusión, este artículo es un mandato para los tribunales, no para el legislador, de manera que los tribunales no pueden aplicar retroactivamente una ley a menos que la ley lo disponga; por lo tanto, el artículo 9 del Código Civil es una regla de interpretación que está mal formulada (Millas,

1970/2012, pp. 384-385). De hecho, la Ley sobre Efecto Retroactivo,<sup>60</sup> de 1861, regula la retroactividad en materia civil.

En cambio, en materia penal la irretroactividad no solo es una regla de interpretación judicial, sino que es un mandato constitucional para el legislador. En efecto, en materia penal nadie puede ser condenado por una ley posterior. Sin embargo, si la ley posterior rebaja la pena, sí se admite la retroactividad:

Art. 19, núm. 3, inc. 8, de la CPR de 1980: Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11, inc. 2: Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Esta prohibición obedece a que la lógica del derecho penal busca limitar y «civilizar» el poder sancionatorio del Estado. Del mismo modo, el Código Procesal Penal dispone:

Art. 11 del CPP: Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.

Para los actos de los órganos de Administración del Estado rige la siguiente norma:

Ley 19880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, art. 52: Retroactividad. Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.

---

<sup>60</sup> Ley (sin número) titulada «Efecto retroactivo de la lei», publicada el 7 de octubre de 1861. Disponible en <https://bcn.cl/2k3tf>

Hay un detalle teórico interesante. Si una norma (por ejemplo, de una ley) establece que esa ley se aplicará de manera retroactiva, esa misma norma no podrá ser retroactiva, es decir, surtirá efectos recién cuando se publique la ley (Kelsen, 1952/2013, p. 278).

#### 4. La derogación

Como con casi todos los conceptos jurídicos, la derogación tiene múltiples significados (Gascón Abellán, 1994). Para los efectos de este capítulo, la derogación consiste en que una norma jurídica pierda su vigencia, es decir, que deje de ser obligatoria. Es importante determinar con precisión el momento de la derogación, para que las personas sepan desde cuándo ya no deberán ajustar su comportamiento a esa norma.

##### 4.1 Generalidades

La derogación plantea la siguiente pregunta: ¿hasta cuándo son válidas las normas jurídicas? Aunque suele plantearse preferentemente respecto de la ley, esta pregunta se aplica a todas las normas jurídicas. Muchas sociedades antiguas respondían: las leyes serán válidas hasta el fin de los días. Veamos algunos ejemplos. El Código de Hammurabi, en sus imprecaciones finales, maldice a quien abola o altere sus normas. Es decir, el derecho mesopotámico arcaico no contemplaba la posibilidad de modificar la ley. Lo mismo pasaba en la tradición judía:

Deuteronomio 4:1-2: Ahora, israelitas, escuchen los preceptos y las normas que les enseñé, para que los pongan en práctica. [...] No añadan ni quiten palabra alguna a esto que yo les ordeno. Más bien, cumplan los mandamientos del Señor su Dios.

El cristianismo sigue esa misma tradición:

Evangelio de Mateo 5:18: Porque de cierto os digo que hasta que pasen el cielo y la tierra, ni una jota ni una tilde pasará de la ley, hasta que todo se haya cumplido.

En la antigua Grecia, la asamblea advertía: «¡Sea maldito quien pretendiere cambiar los decretos o las leyes!» (Fustel de Coulanges, 1864/2003, IV.11).

En definitiva, la estabilidad es la característica principal del derecho (Augsberg, 2009, p. 127) y es un requisito para que el derecho sea moralmente correcto (Fuller, 1969, pp. 79-81). No tiene sentido un sistema jurídico cuyas normas sean válidas por poco tiempo y, por eso, el derecho tiene una pretensión de permanencia. Las normas jurídicas existen más allá del tiempo y del contexto en el que fueron creadas.

Sin embargo, el derecho no puede ser eterno, porque la sociedad cambia. Por eso, las Leyes de las Doce Tablas en el derecho romano regulaban su modificación. Esto representó una diferencia radical en comparación con otras culturas de la Antigüedad. La posibilidad de modificar la ley permitió que los romanos pudieran apartarse de un orden social legitimado por la tradición. Desde las Doce Tablas, lo antiguo no es la verdad, sino un elemento de la cultura que podemos defender o impugnar en términos políticos e ideológicos (Bretone, citado en Augsberg, 2009, p. 127). Como la sociedad cambia, hoy en día una legislación inmutable nos parecería absurda: no tendría sentido que siguiésemos aplicando el derecho romano hasta hoy. La sociedad tiene que poder cambiar la legislación para adaptarla al cambio social.

En definitiva, el derecho presenta una tensión interior: tiene una pretensión de permanencia en el tiempo, pero, a la vez, su esencia es mutable. Desde una perspectiva sociológica podemos explicar esta tensión de la siguiente manera: todas las generaciones viven la contradicción de querer desembarazarse de la legislación que dictaron las generaciones anteriores, pero simultáneamente quieren que su propia legislación sea eterna para constreñir a las generaciones futuras. En esta tensión entre permanencia y mutabilidad, la derogación es la institución que articula la pretensión de permanencia y la necesidad de adaptar el derecho.

Ahora bien, la derogación institucionaliza esta tensión, pero no la resuelve. ¿Se puede solucionar esta tensión? Una primera respuesta es prudencial: las normas jurídicas deben cambiar, pero el grado de mutabilidad no debe superar un cierto umbral, porque mientras más mutable sea el derecho, más afectará la estabilidad, que es un elemento de la seguridad jurídica.

Una segunda respuesta es política: la Constitución acomoda la tensión entre permanencia y mutabilidad cuando asigna distintos cuórum para la formación de las clases de leyes. En efecto, la función de los cuórum consiste en establecer distintos grados de permanencia y mutabilidad de las leyes. Estas dos respuestas no resuelven la tensión entre permanencia y mutabilidad, pero ayudan a encontrar un término medio, una velocidad adecuada

para modificar el derecho. Por ejemplo, cuando en 2022 y 2023 el legislador dictó las leyes 21481<sup>61</sup> y 21535,<sup>62</sup> que rebajaron los cuórum para reformar la Constitución Política de la República y para aprobar leyes, decidió aumentar la velocidad con la que muta la legislación.

Volvamos entonces a la pregunta inicial: ¿hasta cuándo son válidas las normas jurídicas? Por regla general, las normas jurídicas de todas las fuentes formales rigen indefinidamente hasta que se deroguen. La principal excepción la constituyen las normas jurídicas que agotan sus efectos en una situación jurídica concreta; por ejemplo, las normas de un contrato de transporte que obligan al transportista a transportar una carga pierden su vigencia una vez que el transportista haya entregado de manera satisfactoria la carga en su destino (arts. 1567 y 1568 del CC).

¿Qué es, entonces, la derogación? La derogación es el cese de la vigencia de una norma jurídica en virtud de otra norma jurídica posterior que así lo establece. ¿Quién puede derogar una norma jurídica? El mismo órgano que la dictó o un órgano con competencia para dictar normas de jerarquía superior. Por ejemplo, el legislador puede derogar una ley anterior, y también puede derogar un reglamento (por ejemplo, el art. 3 de la Ley 7612<sup>63</sup> y el art. 12 de la Ley 10512<sup>64</sup> modifican el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de junio de 1857).

Una vez derogada, ¿una norma jurídica se puede revivir?, es decir, ¿puede recuperar su vigencia? La respuesta es no. La pregunta se puede plantear de dos maneras. La primera es la siguiente: ¿qué ocurre al derogarse una ley derogatoria? Por ejemplo, si la ley 1 es derogada por la ley 2, pero después el legislador dicta la ley 3 que deroga la ley 2, ¿la ley 1 recupera su validez? La respuesta es no: las normas jurídicas no reviven. La segunda manera es: ¿qué ocurre si el legislador dicta una nueva ley que incorpora normas de una ley derogada? Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la Ley 19537,<sup>65</sup> que fue derogada por el art. 100 de la Ley 21442,<sup>66</sup> pero después el art. 1 de la Ley 21508<sup>67</sup> dispuso que ciertas normas de la Ley 19537 «conservarán su

61 Disponible en <https://bcn.cl/354nd>

62 Disponible en <https://bcn.cl/3gk4z>

63 Disponible en <https://bcn.cl/35co4>

64 Disponible en <https://bcn.cl/3kflp>

65 Disponible en <https://bcn.cl/2f8qh>

66 Disponible en <https://bcn.cl/2zugi>

67 Disponible en <https://bcn.cl/39iv2>

eficacia». («Conservar su eficacia» es un acto de prestidigitación conceptual: primero, porque la eficacia es un hecho social que se refiere al grado de cumplimiento que tiene una norma jurídica [Squella, 2011, pp. 120-122, 458-461, 487-508] y, por lo tanto, no depende de la voluntad del legislador, a diferencia de la validez; segundo, porque la Ley 19357 ya había sido derogada, por lo que no quedaba nada que conservar). Las normas derogadas no reviven, por lo que debemos entender que la nueva ley crea nuevas normas jurídicas cuyo contenido es idéntico al de las normas derogadas (en el mismo sentido por analogía, según Domínguez Águila y Domínguez Benavente, 2011, p. 615). En concreto, la Ley 21508 creó nuevas normas jurídicas idénticas a las de la derogada Ley 19357. Por supuesto, es peculiar que la Ley 21508 no contenga las palabras de las nuevas normas jurídicas, sino que incorpore por referencia textos que no constituyen normas jurídicas vigentes; sin embargo, esto ocurre con cierta frecuencia cuando el Estado incorpora por referencia criterios de derecho blando y los «endurece». Pero, volviendo a la distinción entre revivir normas jurídicas y crear nuevas normas jurídicas idénticas a las derogadas, esta distinción parece bizantina, pero es relevante para determinar la entrada en vigencia y la retroactividad: las normas de la nueva ley son normas nuevas, por lo que los requisitos de validez se deben cumplir al momento de dictarse la nueva ley. Asimismo, aplicar las normas a una fecha anterior a la de entrada en vigencia de la nueva ley será una aplicación retroactiva. Por cierto, aunque la resurrección de las normas jurídicas se ha explicado a propósito de las leyes, estas ideas se aplican también a otras fuentes formales, como los contratos.

Ahora bien, hay una excepción: respecto de los testamentos se admite revivir una norma derogada:

Art. 1214 del CC: Si el testamento que revoca un testamento anterior es revocado a su vez, no revive por esta revocación el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria.

Esta excepción se explica porque, como el testamento de todos modos surtirá efectos después de la muerte del causante (art. 999 del CC), resucitar una norma no afecta el momento en el que esa norma entrará en vigencia y no se plantea la cuestión de la retroactividad.

## 4.2 Clasificaciones

El Código Civil regula la derogación en sus artículos 52 y 53:

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

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

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

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

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

Estas normas son interesantes por varios motivos. En primer lugar, tanto estas normas como la generalidad de las normas sobre las fuentes formales debiesen estar en la Constitución, pero el Código Civil asume esa función constitucional. En segundo lugar, los artículos 52 y 53 se refieren a la ley, pero la clasificación en derogación expresa o tácita, total o parcial, se aplica a todas las fuentes formales. La derogación puede ser:

- a. Expresa: la nueva norma jurídica dice expresamente que deroga la antigua. Por ejemplo, la ley 2 dice «se deroga la ley 1».
- b. Tácita: la nueva norma jurídica no puede conciliarse con la norma anterior. Por ejemplo, una ley prescribe que la tasa del impuesto al valor agregado sea de un 20 %, pero otra ley prescribe que sea 19 %. Ambas normas no se pueden conciliar: pagamos un 20 % de impuesto o pagamos un 19 %, pero no podemos pagar un 20 % y un 19 % a la vez. Otro ejemplo: una ley obliga a pagar la renta mensual de arrendamiento de los inmuebles los días 1 de cada mes, pero otra ley obliga a pagarla los días 15. Es decir, uno interpreta ambas leyes, constata que son contradictorias (es decir, que existe una antinomia) y concluye que una ley deroga tácitamente la otra, de manera de aplicar una sola de esas normas contradictorias. Como la derogación tácita es el resultado de una interpretación de ambas normas, suele ser materia de debate.

La derogación expresa y la derogación tácita tienen naturalezas jurídicas distintas (Gascón Abellán, 1994, pp. 850-856). De hecho, es importante recordar que no tienen casi nada en común. Sería mucho mejor si las designásemos

con conceptos distintos, porque el hecho de que ambas se denominen «derogación» suele confundir a los y las estudiantes de derecho. Este capítulo se refiere a la derogación expresa; la derogación tácita se ve a propósito del sistema jurídico y de la interpretación del derecho.

La clasificación en derogación total o parcial depende de si se deroga un conjunto de normas jurídicas o un subconjunto de ellas.

- c. Total: un conjunto de normas jurídicas anteriores (por ejemplo, una ley) se elimina íntegramente de manera explícita, por ejemplo, «derógase la Ley 20000».
- d. Parcial: se elimina solo un subconjunto de normas jurídicas anteriores (por ejemplo, ciertos artículos determinados de la ley anterior) y los demás artículos quedan vigentes. En otras palabras, la derogación tácita solo puede ser parcial, pero nunca total (el Código Civil formula esta regla a propósito de la ley en el art. 53 y de los testamentos en el art. 1215, pero se aplica a todas las fuentes formales). Lo que hoy llamamos derogación parcial antes se llamaba derogación, mientras que lo que hoy llamamos derogación total, se llamaba abrogación.<sup>68</sup>
- e. Orgánica: un nuevo conjunto de normas jurídicas (por ejemplo, una ley) regula en forma íntegra las materias que estaban reguladas en un conjunto anterior (por ejemplo, una o varias leyes anteriores), y ese conjunto anterior se entiende derogado, aunque no exista incompatibilidad entre las normas de ambos conjuntos. Es decir, la derogación orgánica significa que un nuevo conjunto de normas jurídicas deroga un conjunto anterior de normas jurídicas, pero sin individualizar expresamente cada una de ellas. Por ejemplo:

Art. final, inc. 1, del CC: El presente Código comenzará a regir desde el 1.º de enero de 1857, y en esa fecha quedarán derogadas, aun en la parte que no fueren contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan.

Es decir, el Código Civil derogó de manera orgánica la legislación civil anterior, sin que fuera necesario individualizar cada una de las leyes derogadas.

---

68 Véase <https://dpej.rae.es/lema/abrogación>

### 4.3 Terminología

Para algunas fuentes formales se usan términos específicos para referirse a la derogación de las normas jurídicas. Por ejemplo, en el caso de los contratos, no se habla de derogación, sino de resciliación (arts. 1545 y 1567, inc. 1, del CC), y respecto de los testamentos y las donaciones, se habla de revocación (arts. 999 y 1212 del CC y art. 1136, inc. 1, del CC). Se trata solo de una terminología distinta y, por regla general, se aplican las mismas clasificaciones que hemos revisado hasta aquí. Por ejemplo, la resciliación puede ser expresa (la convención posterior rescilia expresamente el contrato anterior) o tácita (las normas del contrato posterior son incompatibles con las del anterior), total (la convención posterior rescilia todas las normas del contrato anterior) o parcial (la convención posterior rescilia algunas normas del contrato anterior). Incluso es posible una resciliación orgánica, es decir, que las partes rescilien todos los contratos previos entre las partes sobre una determinada materia.

### 4.4 La abolición

Las instituciones son fenómenos que existen en la sociedad y que tienen una regulación jurídica; por ejemplo, la propiedad, el parentesco, los privilegios, la esclavitud y la nobleza. No son fenómenos puramente sociales ni puramente jurídicos, sino que tienen ambos caracteres. Se denomina institución jurídica al conjunto de normas jurídicas que regula una institución social con el objetivo de estabilizarla y promoverla (Pfordten, 2013, p. 63).

La eliminación de las instituciones jurídicas, como los privilegios, la esclavitud o la nobleza, se llama abolición. Es decir, la abolición es una especie de derogación que consiste en un acto expreso por el que se acaba con la validez de toda una institución jurídica. Por ejemplo, se habla de derogación si se pone fin a la validez de ciertas normas que regulan la esclavitud, pero se denomina abolición cuando se pone fin a toda la institución jurídica de la esclavitud.

Al abolirse una institución jurídica, pierden su validez todas las normas jurídicas que conformaban esa institución. La abolición y la derogación orgánica surten los mismos efectos jurídicos, ya que extinguen la validez de un conjunto de normas jurídicas, aunque no hayan sido individualizadas expresamente. En la práctica, puede ser difícil distinguir la abolición de la derogación orgánica.

Ahora bien, abolir una institución jurídica no necesariamente acabará con la respectiva institución social. Por ejemplo, aunque jurídicamente se aboliesen las instituciones de la propiedad y del parentesco, las personas seguirían teniendo cosas y parientes, solo que no habría normas jurídicas para regularlas.<sup>69</sup> Otro ejemplo es que, como se ha propuesto en otros países (Deutscher Ethikrat, 2014),<sup>70</sup> se podría abolir la institución jurídica que prohíbe el incesto (y, en consecuencia, perderían su validez, por ejemplo, el art. 375 del Código Penal y el art. 6, inc. 1, de la Ley 19947, de matrimonio civil). Sin embargo, su prohibición social seguiría existiendo, porque el tabú del incesto es un universal de la cultura, es decir, todas las culturas lo prohíben (aunque definan de distintas maneras las relaciones de parentesco que el incesto abarca).<sup>71</sup>

También se usa la palabra «abolir» cuando una ley acaba con la validez de una costumbre.<sup>72</sup> Por ejemplo, decimos que una ley ha abolido una costumbre, pero no decimos que la haya derogado. Este uso lingüístico tiene sentido, ya que las costumbres jurídicas son fenómenos sociales que tienen una regulación jurídica, es decir, de acuerdo con la definición que hemos mencionado, las costumbres jurídicas son instituciones jurídicas.

#### 4.5 Prohibición de la derogación

Como vimos, en la Antigüedad era usual que hubiera normas jurídicas inderogables. Hoy, en cambio, todas las normas jurídicas son derogables. En Chile, lo que dispone el Código Civil para las disposiciones testamentarias vale para todas las normas jurídicas:

Art. 1001 del CC: Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

69 En ocasiones, algunas personas han enfatizado que algo es una institución para conseguir un objetivo político. Por ejemplo, hace unos años se enfatizó que el matrimonio es una institución para evitar que el legislador modificara su carácter heterosexual. En este libro, la denominación de «institución» no tiene esa finalidad.

70 Véase también <https://www.news.com.au/lifestyle/relationships/german-ethics-council-votes-in-favour-of-allowing-incest-between-siblings/news-story/8f3259f6ba3a65af9a07fa543fa5624f>

71 Véase [https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Incesto,\\_tabú\\_del](https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Incesto,_tabú_del)

72 Véase <https://dpej.rae.es/lema/abolir>

Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita.

Ahora bien, en la historia moderna han existido normas constitucionales que han prohibido su derogación expresa. Ya algunas de las primeras constituciones modernas contenían prohibiciones de derogación, como el artículo 30 de la Constitución de Delaware<sup>73</sup> y el artículo 23 de la Constitución de Nueva Jersey,<sup>74</sup> ambas de 1776. Probablemente, la norma constitucional inderogable más antigua que todavía esté en vigencia sea el artículo 121 de la Constitución de Noruega de 1814, que establece que ninguna modificación puede alterar el espíritu de la Constitución.<sup>75</sup> El artículo 89, inciso 5, de la Constitución francesa de 1958 dispone que la forma republicana de gobierno no podrá ser objeto de reforma,<sup>76</sup> mientras que el artículo 79, inciso 3, de la Ley Fundamental alemana de 1949 establece:

No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 [dignidad humana] y 20 [principio republicano, principio democrático, principio federal, Estado de Derecho, Estado social].<sup>77</sup>

Otros ejemplos son el artículo 60, inciso 4, de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988<sup>78</sup> y el artículo 288 de la Constitución de Portugal.<sup>79</sup> En Chile, el artículo 26 del Reglamento Constitucional provisorio de 1812 se refería a sus «reglas invariables»; asimismo, el artículo 1 establecía una norma inderogable:

Artículo primero. La religión Católica Apostólica es y será siempre la de Chile.

73 Véase [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/deo2.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/deo2.asp)

74 Véase [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/nj15.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/nj15.asp)

75 Véase <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/english/constitutionenglish.pdf>

76 Véase [https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol\\_juillet2008.pdf](https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf)

77 Véase <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

78 Véase [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

79 Véase <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

¿Significa esto que son normas inderogables y eternas? Es evidente que no: la religión católica apostólica ya no es la religión de Chile. Lo que significa es que, mientras rija la respectiva constitución, esas normas no podrán ser modificadas. Es decir, para modificarlas, habrá que dictar una nueva constitución. Toda norma jurídica es derogable. Vimos a propósito del derecho natural que las sociedades pluralistas carecen de una moralidad compartida que fundamente la validez del derecho. Pues bien, las normas constitucionales cuya derogación está prohibida representan un límite al carácter pluralista de las sociedades modernas: contienen valores absolutos que están excluidos del debate democrático (Rüthers et al., 1999/2013, pp. 273-274). En Chile, las bases institucionales y fundamentales establecidas en el artículo 154 de la Constitución Política de la República de 1980 quedaron excluidas del debate constitucional del año 2023 y limitaron el pluralismo, por lo que, en ese sentido, representaron valores absolutos.

También pueden existir normas que prohíban su derogación tácita. Por ejemplo, el artículo 79, inciso 1, de la Ley Fundamental alemana dispone que esta solo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto.

Existen asimismo leyes que prohíben su derogación tácita. Por ejemplo:

Ley 20357, que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, art. 41: Estas disposiciones no se entenderán derogadas tácitamente por el establecimiento posterior de normas que fueren aplicables a los mismos hechos, aunque resultaren inconciliables.

En el fondo, prohibir la derogación tácita es un criterio de interpretación que impone a los tribunales la obligación jurídica de aplicar esa norma «tácitamente inderogable» por sobre eventuales normas posteriores que la contradigan. ¿Cuál es el problema del artículo 41 de la Ley 20357? El legislador puede dictar leyes interpretativas (art. 3, inc. 1, del CC), pero estas imponen a los tribunales una cierta interpretación de la misma ley o de una ley anterior. En cambio, el artículo 41 de la Ley 20357 impone una interpretación de esa ley en relación con todas las leyes futuras. Esto es evidentemente inconstitucional, porque el legislador de esa ley ha intentado constreñir al legislador futuro. Esto altera de manera fundamental el sistema político democrático, que se fundamenta precisamente en que el legislador actual solo está constreñido por la Constitución, pero no está

constreñido por el legislador pasado. Dicho de otro modo: el legislador no tiene la competencia para crear normas de una jerarquía normativa supralegal.

¿En qué consisten las prohibiciones de derogación expresa o tácita de las normas de jerarquía inferior a la Constitución? Las prohibiciones de derogación elevan la jerarquía normativa de la respectiva norma inderogable. Es decir, en vez de establecer que una norma es inderogable, tal vez sería más sencillo proclamar que se eleva su jerarquía normativa. La pregunta es quién tiene la competencia para hacerlo; en efecto, solo puede hacerlo el órgano que sea competente para dictar normas de jerarquía superior. Por ejemplo, las partes contratantes no pueden celebrar un contrato irrevocable, del mismo modo que el legislador no tiene la competencia para dictar una ley inderogable ni tampoco puede asignar una jerarquía normativa supralegal a las normas que provengan de otra fuente formal del derecho (que es lo que ocurre cuando reconoce la costumbre de acuerdo con el art. 54 de la Ley 19253). En cambio, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes formales del derecho, el legislador sí podría declarar irrevocable un contrato, porque el legislador tiene la competencia para dictar normas de jerarquía superior a los contratos. De modo análogo, la Constitución sí podría declarar que una ley sea inderogable por leyes posteriores o que ciertas normas jurídicas tengan jerarquía supralegal.

#### *4.6 Derogaciones sujetas a plazo o condición*

La derogación puede estar sujeta a un plazo (art. 1494 del CC) o a una condición (art. 1473 del CC). El ejemplo más conocido se refiere a la vacancia normativa: si una norma sujeta a vacancia deroga una norma anterior, esa derogación estará sujeta al plazo de la vacancia.

Es inusual, pero algunas leyes han sido derogadas de manera condicional. Por ejemplo:

Ley 20780, art. 9, inc. 1: A partir del 1 de enero de 2016, derógase el decreto ley N° 600, de 1974, Estatuto de la Inversión Extranjera.

Ley 20780, art. vigesimotercero transitorio: A más tardar el 31 de enero de 2015, se enviará al Congreso Nacional un proyecto de ley que cree una nueva institucionalidad en materia de inversión extranjera.

Si llegado el plazo a que se refiere el artículo 9° de la presente ley, no ha entrado en vigencia la ley a que se refiere el inciso anterior, el referido plazo se entenderá prorrogado, para todos los efectos legales, por el solo ministerio de la ley, hasta la fecha en que se cumpla la precitada condición.

Otro ejemplo de derogación condicional es el siguiente:

Ley 21080, Modifica Diversos Cuerpos Legales con el Objeto de Modernizar el Ministerio de Relaciones Exteriores, art. 68: Derógase el decreto con fuerza de ley N° 53, de 1979, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que crea la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, a contar del inicio de operaciones de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales y de la Dirección General de Promoción de Exportaciones.<sup>80</sup>

DFL 2, de 2019, Fija [...] Fecha de Iniciación de Actividades de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales [...], art. 11: Determínanse que la fecha de entrada en funcionamiento de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales y de la Dirección General de Promoción de Exportaciones, y su normativa aplicable [...] será a contar del 1 de julio de 2019.

Por último, tenemos casos confusos como el siguiente:

Ley 20886, de Tramitación Digital, art. tercero transitorio: Limitación a los artículos 12 y 13. Las modificaciones introducidas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales mediante los artículos 12 y 13, respectivamente, no se aplicarán a las causas tramitadas en tribunales distintos de los comprendidos en el artículo 1°.

Esta norma está redactada de tal manera que parece que la modificación y la derogación de las normas del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico de Tribunales tuviesen solo aplicación parcial para ciertos tribunales. Sin embargo, una modificación o derogación con aplicación parcial carece de sentido. En el fondo, este artículo transitorio es el fruto de una

---

80 Técnicamente, el artículo 68 de la Ley 21080 establece un plazo incierto e indeterminado de acuerdo con el artículo 1081, inciso 4, del Código Civil y, por tanto, en realidad es una condición con arreglo al artículo 1083 del Código Civil.

técnica legislativa defectuosa. Lo que el legislador en realidad hizo, pero no declaró, fue reducir el ámbito de aplicación de las normas antiguas del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico de Tribunales a ciertos tribunales, y dictar normas nuevas para los demás.

#### 4.7 Sentencias judiciales

Un caso especial es la derogación de las sentencias judiciales. Una vez notificada una sentencia definitiva o interlocutoria, el mismo tribunal no puede modificarla, lo que se denomina efecto de desasimio del tribunal:

Art. 182, inc. 1, del CPC: Notificada una sentencia definitiva o interlocutoria a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna.

Si se interpone un recurso judicial, el tribunal superior jerárquico podrá modificar la sentencia judicial del tribunal inferior (no hablamos de «derogar» la sentencia del tribunal inferior, sino de revocarla, enmendarla, invalidarla, etc., dependiendo del recurso interpuesto). Pero, una vez que la sentencia del tribunal inferior esté firme o ejecutoriada (art. 174 del CPC), no podrá ser modificada por otra sentencia judicial de ningún tribunal. La inderogabilidad (mejor dicho, inmodificabilidad) de las sentencias judiciales es lo que llamamos el efecto de cosa juzgada (arts. 176 y 177 del CPC) (Millas, 1970/2012, p. 403). Tampoco una norma posterior de jerarquía superior, por ejemplo, una ley posterior, puede modificar una sentencia judicial:

Art. 76 de la CPR de 1980: [...] Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Art. 9, inc. 2, oración 2, del CC: [...] las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes [...] no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

Esta norma del Código Civil se refiere a las leyes interpretativas, pero es un principio aplicable a todas las leyes. Este efecto es tan fuerte que incluso se incluyó en los procesos constitucionales iniciados en 2019 y en 2023:

Art. 135, inc. 4, de la CPR de 1980: El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 154 de la CPR de 1980: La propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al menos, las siguientes bases institucionales y fundamentales:

7. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí:

b) Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas.

Solo excepcionalmente puede una ley posterior dejar sin efecto las sentencias penales anteriores firmes o ejecutoriadas cuando la ley posterior favorezca al afectado:

Art. 19, núm. 3, inc. 8, de la CPR de 1980: Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ahora bien, los tribunales de justicia no solo pueden dictar sentencias, sino también otras clases de resoluciones judiciales denominadas autos y decretos, los que sí pueden ser dejados sin efecto por el mismo tribunal:

Art. 181 del CPC: Los autos y decretos firmes se ejecutarán y mantendrán desde que adquieran este carácter sin perjuicio de la facultad del tribunal que los haya pronunciado para modificarlos o dejarlos sin efecto, si se hacen valer nuevos antecedentes que así lo exijan.

Aún sin estos antecedentes, podrá pedirse, ante el tribunal que dictó el auto o decreto su reposición, dentro de cinco días fatales después de notificado. El tribunal se pronunciará de plano y la resolución que niegue lugar a esta solicitud será inapelable; sin perjuicio de la apelación del fallo reclamado, si es procedente el recurso.

#### 4.8 *Tratados internacionales*

La Constitución de 1980 regula la derogación de los tratados internacionales en su artículo 54, número 1, inciso 5:

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Es dudoso si este inciso se refiere a la validez internacional o nacional de las normas de los tratados, pero eso no es materia de este libro. Esta norma se puede explicar como una herramienta para evitar la responsabilidad internacional: en efecto, si un Estado suscribiese un tratado y luego lo derogase mediante una ley, incurrirá en responsabilidad internacional. Ahora bien, como vimos antes, el Tribunal Constitucional ha señalado que una ley posterior no puede derogar los tratados.<sup>81</sup> En consecuencia, si el legislador actual quiere constreñir al legislador futuro, basta con que suscriba un tratado internacional sobre una determinada materia. La pregunta política y democrática es si evitar la responsabilidad internacional justifica constreñir al legislador futuro.

#### 4.9 Costumbre jurídica

A propósito de la derogación, vemos un contraste notorio entre la ley y la costumbre jurídica. Las costumbres jurídicas derivan su legitimidad de las tradiciones sociales. No contemplan la posibilidad de que las defendamos o impugnemos en términos políticos o ideológicos; por el contrario, solo queda obedecerlas. Además, nunca sabremos con precisión cuándo han sido creadas ni cuándo perderán su validez. Es decir, la costumbre jurídica tiene una función más conservadora que la ley y otorga menos seguridad jurídica.

Las normas consuetudinarias tienen, por tanto, una pretensión de inmutabilidad: pretenden valer desde tiempos inmemoriales y hasta siempre, sin modificaciones. A pesar de eso, la sociedad está en constante cambio y, por tanto, las normas consuetudinarias también cambiarán. Se trata de cambios graduales que son difíciles de percibir, precisamente porque no hay un texto escrito que permita comparar la norma actual con la norma antigua (especialmente cuando no existen compilaciones escritas o transcripciones de las normas consuetudinarias). Es decir, el derecho consuetudinario

---

81 Tribunal Constitucional, 25 de agosto 2009, rol 1288, «Control de Constitucionalidad del proyecto de Ley que modifica la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional», considerando quincuagésimoprimer, quincuagésimosegundo y quincuagésimosexto (51, 52 y 56). Disponible en [https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar\\_expediente2.php?id=7850](https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=7850)

cambiará lentamente y, a la vez, mantendrá la apariencia de inmutabilidad (Hage et al., 2017, pp. 5-6).

Si la comunidad jurídica se comporta de manera contraria a una costumbre jurídica, será necesario distinguir entre el incumplimiento y la modificación de la norma consuetudinaria. La respuesta dependerá de la reacción individual y comunitaria. Si los individuos que han infringido la norma invocan excepciones o justificaciones que la misma norma contiene, estarán confirmando la vigencia de la norma consuetudinaria (con independencia de si el tribunal acepta o rechaza esas excepciones o justificaciones).<sup>82</sup> En cambio, si el individuo infractor alega que la norma consuetudinaria ha cambiado, habrá que observar la reacción de la comunidad jurídica, es decir, si la mayoría de los miembros de la comunidad trata esa conducta como un incumplimiento (por ejemplo, si los miembros ejercen acciones judiciales contra el infractor) o como una modificación de la norma consuetudinaria (por ejemplo, si reaccionan con indiferencia). Respecto de la reacción comunitaria, no hay una solución precisa, porque puede que distintos grupos de la comunidad jurídica reaccionen de distinta manera. Sin embargo, no parece haber un criterio mejor. Respecto de la costumbre internacional, la Corte Internacional de Justicia ha fallado que esos comportamientos en principio deben ser tratados como un incumplimiento.<sup>83</sup>

Sin embargo, ese razonamiento implica presumir que, en caso de duda, los sujetos normativos se comportan de manera contraria a derecho. Una presunción como esa me parece insostenible para el derecho nacional. Desde un punto de vista jurídico, me parece más sensato presumir la buena fe. Desde un punto de vista social, me parece prudente que los tribunales no osifiquen o petrifiquen la costumbre jurídica, sino que acompañen y sean receptivos a la evolución de la realidad social. Por tanto, en caso de duda, si la mayoría de la comunidad jurídica reacciona de manera indiferente (o incluso favorable) ante las contravenciones y mantiene al respecto una *opinio iuris*, habrá que presumir que la comunidad ha modificado la norma consuetudinaria. En una sociedad democrática, habrá que atender a la reacción de la mayoría de los individuos que componen la comunidad jurídica, y no a la reacción de elites

82 Corte Internacional de Justicia, «Actividades militares y paramilitares contra el Gobierno de Nicaragua», sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 186. Disponible en <https://www.icj-cij.org/case/70/judgments>

83 Corte Internacional de Justicia, «Actividades militares y paramilitares contra el Gobierno de Nicaragua», sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 186. Disponible en <https://www.icj-cij.org/case/70/judgments>

aristocráticas, tales como líderes políticos, jurídicos, religiosos o sociales (por ejemplo, consejos de ancianos o tribunales de justicia). La finalidad es obvia: evitar en la medida de lo posible que la costumbre jurídica sea un instrumento de opresión, tal como advirtió Marx (1842/1976, pp. 115-116).

Como la costumbre es un hecho jurídico, no decimos que una costumbre jurídica nueva derogue o abole otra anterior. En esos casos, más bien decimos que la antigua costumbre ha caído en desuso. Por otra parte, como ya vimos, no decimos que una norma de otra fuente (por ejemplo, una ley) derogue una costumbre, sino que la ha abolido.

#### 4.10 Instituciones similares a la derogación

En este apartado veremos tres instituciones similares a la derogación: los plazos o condiciones de término de la vigencia de una norma, el cumplimiento del objetivo de una norma y el decaimiento de los actos administrativos.

Si una norma jurídica establece un plazo (art. 1494 del CC) o una condición (art. 1473 del CC) para que pierda su validez, técnicamente no es una derogación, aunque el efecto es el mismo: la norma perderá su validez. Por ejemplo, es relativamente frecuente que las normas contractuales y testamentarias tengan un plazo resolutorio o una condición resolutoria (expresa o tácita) cuyo cumplimiento ponga término a la vigencia de la norma:

Art. 1479 del CC: La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

Art. 1080 del CC: Las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a plazos o días de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho; y se sujetarán entonces a las reglas dadas en el título De las obligaciones a plazo, con las explicaciones que siguen.

También las leyes pueden tener un plazo de vigencia, vencido el cual la ley dejará de ser obligatoria; por ejemplo, la ley de presupuestos tiene una vigencia de un año (art. 97 de la CPR de 1980). Es más inusual que una ley establezca una condición como criterio de término de vigencia.

A veces, las normas jurídicas están destinadas a producir ciertos efectos. Una vez que los produce, la norma cumplió su objetivo y pierde su validez. El ejemplo más claro son los contratos que crean derechos y obligaciones que

se extinguen cuando las partes del contrato lo han cumplido. Basta recordar el ejemplo mencionado antes del contrato de transporte.

El decaimiento de los actos administrativos se aplica a las normas jurídicas que provienen de la potestad reglamentaria. Como señala Cordero Vega (2011):

[El] acto administrativo decae cuando desaparecen los presupuestos de hecho y/o de derecho que movieron a la Administración a emitirlo o porque se hace inutilizable. En sus efectos, el decaimiento producirá una inexistencia sobreviniente, pero solo de los efectos del acto, pues éste, a lo menos desde el punto de vista formal, continuaría vigente, aunque estéril (p. 245).

Por ejemplo, cuando el antecedente normativo de un acto administrativo deja de existir, como cuando es derogada una ley que sustenta un reglamento o una resolución de un servicio público, este último decae.

## 5. Conclusión

En definitiva, podemos observar que las reglas sobre la validez temporal de las normas jurídicas son detalladas y dejan pocas ambigüedades. Esto se debe a que saber con exactitud desde y hasta cuándo una norma es válida es una necesidad fundamental de la seguridad jurídica: si no sabemos si una norma es válida, no sabemos cómo debemos comportarnos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, J. (2012). *Teoría general de las fuentes del derecho*. Ariel. (Obra original publicada en 2000).
- Alessandri, A., Somarriva, M. y Vodanovic, A. (2005). *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*. Editorial Jurídica.
- Alexy, R. (2011). *Begriff und Geltung des Rechts* (5.ª ed.). Verlag Karl Alber. (Obra original publicada en 1992).
- Aristóteles. (2001). *Ética a Nicómaco*. Alianza.
- Augsberg, I. (2009). *Die Lesbarkeit des Rechts*. Velbrück Wissenschaft.
- Barros Bourie, E. y Rojas Covarrubias, N. (2007). *Curso de Derecho Civil. Primera parte: Introducción al derecho privado*. Universidad de Chile (mimeo).
- Bello, A. (1844). *Principios de derecho internacional. Segunda edición corregida y aumentada*. Librería de Moreno y Ca.
- Bogdandy, A. von y Venzke, I. (2014). *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens* (2.ª ed.). Suhrkamp.
- Bourdieu, P. (1987). The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal*, 38(5), 814-853. [https://derechoycambiosocial.pbworks.com/f/bourdieu\[1\].pdf](https://derechoycambiosocial.pbworks.com/f/bourdieu[1].pdf)
- Cabrillac, R. (2009). El derecho civil francés desde el Código Civil. *Revista de Derecho*, 22(2), 65-73. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200004>

- Chimni, B. S. (2018). Customary International Law: A Third World Perspective. *American Journal of International Law*, 112(1), 1-46. <https://doi.org/10.1017/ajil.2018.12>
- Cohen, H. G. (2014). *Theorizing Precedent in International Law*. <http://ssrn.com/abstract=2419706>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión*. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/AnexoRELE.pdf>
- Consejo para la Transparencia. (2016a). *Decisión amparo rol C2867-15*. [https://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20160503/asocfile/20160503162826/c2867\\_15\\_prop\\_dec\\_mg\\_def\\_final.pdf](https://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20160503/asocfile/20160503162826/c2867_15_prop_dec_mg_def_final.pdf)
- . (2016b). *Leyes secretas (DJ/UNR/16/05/2016)*.
- . (2016c). *Propuestas de perfeccionamiento normativo al proyecto de ley que exige la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 13.196, Reservada del Cobre (Boletín N° 10518-07)*.
- Contreras V., P. (2010). Transparencia y leyes secretas en Chile. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 87-124. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200005>
- Cordero Quinzacara, E. (2010). La legislación delegada en el derecho chileno y su función constitucional. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 49-86. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200004>
- Cordero Vega, L. (2011). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010. *Anuario de Derecho Público 2011. Universidad Diego Portales* (pp. 243-255). Ediciones Universidad Diego Portales.
- Corten, O. (2009). *Méthodologie du droit international public*. Editions de l'Université de Bruxelles.
- del Vecchio, G. (2017). *Los principios generales del derecho*. Ediciones Olejnik. (Obra original publicada en 1921).
- Deutscher Ethikrat (2014). *Press Release 08/2014: A majority in the Ethics Council recommends a revision to Section 173 of the German Criminal Code regarding consensual incest between siblings*. <https://www.ethikrat.org/en/press-releases/press-releases/2014/a-majority-in-the-ethics-council-recommends-a-revision-to-section-173-of-the-german-criminal-code-regarding-consensual-incest-between-siblings/>
- Domingo, R. y Rodríguez-Antolín, B. (2000). *Reglas jurídicas y aforismos*. Aranzadi.

- Domínguez Águila, R. y Domínguez Benavente, R. (2011). *Derecho sucesorio*. Editorial Jurídica de Chile.
- Ducci Claro, C. (2005). *Derecho civil. Parte general*. (4.ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
- Freud, S. (1992). El malestar en la cultura. En *Obras completas* (pp. 65-140). Amortorru. (Obra original publicada en 1930).
- Fuller, L. L. (1958). Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, 71(4), pp. 630-672 [https://archive.org/embed/sim\\_harvard-law-review\\_1958-02\\_71\\_4](https://archive.org/embed/sim_harvard-law-review_1958-02_71_4)
- . (1969). *The Morality of Law. Revised edition*. Yale University Press.
- Fustel de Coulanges, N. D. (2003). *La ciudad antigua*. Porrúa. (Obra original publicada en 1864).
- Gascón Abellán, M. (1994). Cuestiones sobre la derogación. *Doxa*, (15-16), 845-859. <https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.42>
- Guzmán Brito, A. (1981). El significado histórico de las expresiones «equidad natural» y «principios de equidad» en el derecho chileno. *Revista de Ciencias Sociales* (18-19), 111-143. Reimpreso en A. Guzmán Brito, *Estudios dogmáticos del derecho civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005. [https://www.pucv.cl/uuaa/site/docs/20170811/20170811160538/est\\_dogmaticos.pdf](https://www.pucv.cl/uuaa/site/docs/20170811/20170811160538/est_dogmaticos.pdf)
- Hage, J., Waltermann, A. y Akkermans, B. (2017). *Introduction to Law* (2.ª ed.). Springer.
- Harari, Y. N. (2011/2015). *Sapiens*. Vintage Books.
- Henríquez Viñas, M. (2009). *Las fuentes formales del derecho*. Legal Publishing.
- . (2016). *Las fuentes del orden constitucional chileno*. Legal Publishing.
- Holmes, O. W., Jr. (2000). *The Common Law*. Project Gutenberg. <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. (Obra original publicada en 1881).
- Kant, I. (1980). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa-Calpe. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcg44m4>. (Obra original publicada en 1785).
- Keller-Kemmerer, N. (2018). *Die Mimikry des Völkerrechts*. Nomos.
- Kelsen, H. (2008). *Reine Rechtslehre* (1.ª ed.). Mohr Siebeck. (Obra original publicada en 1934).
- . (2013). *Principios de derecho internacional público*. Comares. (Obra original publicada en 1952).

- Kempynck, M. y Raina, A. (30 de enero de 2020). Update from 'the Void': Questions for the new Interim Appeal Agreement (IAAA). *International Economic Law and Policy Blog*. <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/01/guest-post-update-from-the-void-questions-for-the-new-interim-appeal-agreement-iaaa.html>
- Koskenniemi, M. (2005). *From Apology to Utopia* (2.ª ed.). Cambridge University Press. (Obra original publicada en 1989).
- Lehne, J. (2019). *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?* Carl Grossmann Verlag.
- Levin, H. (2013). A Reliance Approach to Precedent. *Georgia Law Review*, 47(4), 1035-1098. [https://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/921](https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/921)
- Lira Urquieta, P. (1956). *El Código Civil chileno y su época*. Editorial Jurídica de Chile.
- Marx, K. (1976). Debatten über das Holzdiebstahlggesetz. En K. Marx y F. Engels, *Werke* (pp. 109-147). Dietz Verlag. (Obra original publicada en 1842).
- Mendelson, M. (1996). The Subjective Element in Customary International Law. *The British Year Book of International Law*, 66(1), 177-208. <https://doi.org/10.1093/bybil/66.1.1>
- Millas, J. (2012). *Filosofía del derecho*. Ediciones Universidad Diego Portales. (Obra original publicada en 1970).
- Müller, K. (2023). Las fuentes del derecho internacional público: la costumbre, los actos unilaterales y las resoluciones de organizaciones internacionales. En J. Tijmes, A. Delgado Casteleiro y A. Lucas Garín, *Derecho internacional público* (pp. 105-130). Tirant lo Blanch.
- Nino, C. S. (2013). *Introducción al análisis del derecho*. Ariel. (Obra original publicada en 1983).
- Olson, M. (1982). *The Rise and Decline of Nations*. Yale University Press.
- Paschukanis, E. (2017). *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (3.ª ed.). Ça ira. (Obra original publicada en 1929).
- Pfordten, D., von der. (2013). *Rechtsphilosophie*. C. H. Beck.
- Pirie, F. (2013). *The Anthropology of Law*. Oxford University Press.
- Radbruch, G. (2003). Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. En G. Radbruch (ed.), *Rechtsphilosophie* (2.ª ed.) (pp. 211-219). C. F. Müller Verlag. (Obra original publicada en 1946).
- Reimer, F. (2020). *Juristische Methodenlehre* (2.ª ed.). Nomos.

- Rüthers, B. (2012). *Die unbegrenzte Auslegung* (7.<sup>a</sup> ed.). Mohr Siebeck. (Obra original publicada en 1968).
- . (2002). Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat? *Juristenzeitung*, 57(8), 365-371. <http://www.jstor.org/stable/20826281>
- Rüthers, B., Fischer, C. y Birk, A. (2013). *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre* (7.<sup>a</sup> ed.). C. H. Beck. (Obra original publicada en 1999).
- Schmitt, C. (2012). *Legalität und Legitimität* (8.<sup>a</sup> ed.). Duncker & Humblot. (Obra original publicada en 1932).
- Squella, A. (2011). *Introducción al derecho*. Editorial Jurídica de Chile.
- Tomás de Aquino (1993). *Suma de teología II: Parte I-II* (2.<sup>a</sup> ed., trad. Jesús María Rodríguez Arias). Biblioteca de Autores Cristianos. <https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/2.pdf>. (Obra original publicada ca. 1270).
- Thirlway, H. (2014). *The Sources of International Law*. Oxford University Press.
- Valle Silva, J. (2021). *Nuestro código político*. EDEVAL.
- Vergara Blanco, A. (2022). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, IV: Líneas y vacilaciones durante 2021. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 35, 321-355. <https://doi.org/10.7764/redae.35.14>
- Volkman, U. (2018). *Rechtsphilosophie*. C. H. Beck.
- Weber, M. (1922). *Wirtschaft und Gesellschaft*. Mohr.
- Welzel, H. (2011). *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. BdeF. (Obra original publicada en 1951).





## Respuestas a los ejercicios

**Ejercicio 1:** Los hechos narrados en los considerandos 1 a 8: los efectos sociales del covid-19.

**Ejercicio 2:** El art. 1 da poder político al legislador, el art. 2 lo da a la sociedad (o sus líderes) y el art. 3 lo da a los tribunales.

**Ejercicio 3:** El género próximo de la ley es fuente formal del derecho.

**Ejercicio 4:** Las ventajas principales se refieren a la estabilidad de las normas y las desventajas principales se refieren a la menor representatividad democrática.

**Ejercicio 5:** La ventaja principal se refiere a que ejercer la potestad reglamentaria suele ser más rápido que legislar, por lo que es más fácil adaptar el ordenamiento jurídico a los cambios sociales. Su principal desventaja es la menor legitimidad democrática.

**Ejercicio 6:** Una respuesta posible está en el mismo texto a continuación de la pregunta.

**Ejercicio 7:**

	Legislación	Costumbre jurídica
Escrituración	normas escritas	normas no escritas
Procedimiento de formación	procedimiento establecido en la Constitución	formación espontánea
Precisión de la entrada en vigencia y de la pérdida de vigencia	tiene una fecha determinada de entrada en vigencia y de derogación de la ley	no están determinados los momentos de la entrada en vigencia y del término de vigencia de la costumbre jurídica
Presunción de conocimiento	la ley se presume conocida y no es necesario probarla: art. 8 del Código Civil	la costumbre jurídica no se presume conocida y se debe probar: art. 5 del Código de Comercio





Este libro fue compuesto por el equipo de  
Ediciones Universidad de La Frontera durante  
el invierno de 2024.

Para los textos se utilizaron las fuentes Skolar Latin,  
diseñada por David Březina, y Libertad,  
del tipógrafo Fernando Díaz.

Este libro es una introducción a dos temas fundamentales de la teoría del derecho: las fuentes formales y la validez temporal de las normas jurídicas. En la primera parte se abordan las fuentes formales del derecho chileno desde una perspectiva a la vez crítica y dogmática de derecho público. Si bien se trata de un tema técnico-jurídico, el autor muestra que también tiene un componente político, pues las fuentes formales distribuyen el poder, y lo hacen con cierto grado de imprecisión y ambigüedad. La segunda parte está dedicada a la validez temporal de las normas jurídicas. Tradicionalmente tratada por la doctrina chilena a propósito de la ley, aquí se examina como un fenómeno propio de todas las normas jurídicas, con independencia de su fuente formal.

Así, aunque este libro fue pensado fundamentalmente para estudiantes, contiene algunas preguntas que de seguro harán reflexionar también a profesionales y académicos.

ISBN: 978-956-236-465-2



9 789562 364652