



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Programa de Doctorado en Derecho

**El sistema económico de libertad de mercado como fuente material
del Derecho Privado contemporáneo chileno:**

**Su influjo en el reconocimiento, regulación y aplicación de los
principios jurídicos de autonomía de la voluntad, libre circulación de
los bienes, y tutela jurídica de la propiedad.**

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

Alumno: Emilio José Bécar Labraña

**Director de Tesis: Dr. Jorge Leonardo del Picó
Rubio**

Talca – Chile
2019

CONSTANCIA

La Dirección del Sistema de Bibliotecas a través de su unidad de procesos técnicos certifica que el autor del siguiente trabajo de titulación ha firmado su autorización para la reproducción en forma total o parcial e ilimitada del mismo.



Talca, 2020

**EL SISTEMA ECONÓMICO DE LIBERTAD DE
MERCADO COMO FUENTE MATERIAL DEL
DERECHO PRIVADO CONTEMPORÁNEO
CHILENO:**

Su influjo en el reconocimiento, regulación y aplicación
de los principios jurídicos de autonomía de la voluntad,
libre circulación de los bienes, y tutela jurídica de la
propiedad

EMILIO JOSÉ BÉCAR LABRAÑA

 UNIVERSIDAD DE TALCA

DOCTORADO EN DERECHO

Para JOHANNA y nuestra LEONOR

“Es muy bueno querer tanto como se pueda, porque la auténtica fuerza reside ahí, y el que mucho quiere lleva a cabo grandes cosas y se siente capaz, y está bien hecho todo lo que se hace por amor”.

(VAN GOGH, Vincent [2016]: *Cartas a Theo*. Traducción de Benjamín Briggent. Barcelona: Plutón Ediciones, p. 14).

SUMARIO

<i>Siglas y abreviaturas</i>	VII
<i>Agradecimientos</i>	XI
<i>Introducción General</i>	1
<i>Primera Parte: Las fuentes del derecho en general. La economía en cuanto fuente material. El sistema económico de libertad de mercado</i>	7
<i>Segunda Parte: Los principios jurídicos del derecho privado: Concepción, configuración y principales clases. Su relación e influjo del sistema económico de libertad de mercado</i>	193
<i>Conclusiones</i>	611
<i>Bibliografía</i>	619
<i>Jurisprudencia citada</i>	661
<i>Índice General</i>	665

SIGLAS Y ABREVIATURAS

I. FUENTES

A. Fuentes positivas

- CCCh.** *Código Civil de la República de Chile.*
- CCOM.** *Código de Comercio de la República de Chile.*
- COT.** *Código Orgánico de Tribunales de la República de Chile.*
- CPCCh.** *Código de Procedimiento Civil de la República de Chile.*
- Const. Pol.** *Constitución Política de la República de Chile.*
- DO.** *Diario Oficial de la República de Chile*

B. Fuentes históricas

- Dig.** *Digesta Iustiniani Augusti, en Cuerpo de Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Ossenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por D. Ildefonso L. García del Corral (Barcelona, Jaime Molinas, Editor, 1889), T. I (Primera Parte, *Instituta y Digesto*), T. II (*Digesto*, Barcelona, 1892), T. III (*Digesto*, Barcelona, 1897).*
- Pyto. Aprob.** *Proyecto de Código Civil aprobado por el Congreso Nacional (Santiago de Chile, octubre de 1885).*
- Pyto. atrib. Egaña** *Primer Proyecto de Código Civil de la República de Chile, atribuido a don Mariano Egaña, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (edit.): El “Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por don Mariano Egaña”. Primer Proyecto de Código Civil de Chile (Santiago de*

Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978).

- Pyto. Inéd.** *Proyecto Inédito de Código Civil de la República de Chile*, en Bello, Andrés (1932): *Obras Completas: Proyecto de Código Civil, Vol. III* (Santiago de Chile, Universidad de Chile, Editorial Nascimento, 1932), T. V, y El mismo: *Obras Completas: Código Civil de la República de Chile, Vol. II*. Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta (Caracas, Ministerio de Educación), 1955, T. XIII.
- Pyto. 1842** *Proyecto de 1842* (Primer Proyecto de don Andrés Bello acerca “De los Contratos y Obligaciones Convencionales”, publicados en el periódico *El Araucano*, de Santiago de Chile, entre los años 1842 y 1845), en Bello, Andrés: *Obras Completas de [...]* (Santiago de Chile, 1881-1893, 15 vol.), T. XI, pp. 141-311.
- Pyto. 1847** *Proyecto de 1847* (Segundo Proyecto de don Andrés Bello acerca “De los Contratos y Obligaciones Convencionales”, publicados en volumen en la ciudad de Santiago de Chile, el año 1847), en Bello, Andrés: *Obras Completas de [...]* (Santiago de Chile, 1881-1893, 15 vol.) T. XI, pp. 407-617.
- Pyto. 1853** *Proyecto de Código Civil de 1853* (Primer Proyecto completo, publicado en volumen en la ciudad de Santiago de Chile, en enero de 1853), en Bello, Andrés: *Obras Completas de [...]* (Santiago de Chile, 1881-1893, 15 vol.) T. XII.

II. PALABRAS VARIAS

AA. VV. *autores varios*

art., arts. *artículo, artículos*

colab. *colaboración*

dir. *Dirección* (colección dirigida por)

edit. *Editor* (colección editada por)

n. *nota a pie de página*

Núm.-N.º, núm. *Número* (de Revista; de párrafo, respectivamente)

p., pp. *página, páginas*

pr. *principium*

red. *redacción*

RDJ. *Revista de Derecho, Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*

sec. *Sección*

s/e *sin editorial*

s/f *sin fecha*

sec. *sección*

sent. *sentencia*

T. *tomo*

trad. *traducción*

Vol. *volumen*

AGRADECIMIENTOS

“No hay deber más necesario que el de dar las gracias”

MARCO TULLIO CICERÓN

1

Nuestros agradecimientos deben dirigirse, en primer lugar, al **Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca**, por habernos concedido la oportunidad de seguir estudios de postgrado en una institución de calidad, la rigurosa formación que nos ha brindado, y su generosidad en concedernos una *Beca de Estudios* con la cual se pudo financiar la primera etapa de formación doctoral (2015-2016).

Al señor Director del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca, **Profesor Dr. D. HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ**, por su patrocinio a la postulación que hice a la Beca de Doctorado Nacional / CONICYT, la cual me fue adjudicada el año académico 2017.

A nuestro Director de Tesis, el **Profesor Asociado de Ciencias del Derecho y Derecho Civil de la Universidad de Talca Dr. D. JORGE DEL PICÓ RUBIO**, por su gentileza en aceptar nuestra solicitud de dirección del Proyecto de Tesis y la Tesis Doctoral, su colaboración en el acceso a bibliografía jurídica y económica relevante e indispensable, por sus esfuerzos en la coordinación que finalmente significó la invitación extendida por la Universidad de Zaragoza para recibirnos durante la pasantía doctoral, y sus siempre acertadas, bien documentadas y respetuosas observaciones.

A cada uno de **los profesores del Claustro Doctoral de la Universidad de Talca**, de quienes hemos podido aprovechar sus lecciones, comentarios y sugerencias, y a sus funcionarios administrativos.

A mis apreciados colegas y compañeros del Programa de Doctorado, **Dr. (c) D. JORGE ARIAS GARRIDO** y **Dr. (c) D. PEDRO MATAMALA SOUPER**, quienes hicieron que cada viernes (y a veces sábados) del mes que duraron nuestras clases presenciales en Talca, fuesen una fecha amena en medio de la vorágine de los viajes, páginas varias, y compromisos laborales y académicos que cumplíamos en paralelo.

A la **COMISIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA (CONICYT)**, entidad pública que ha financiado nuestros estudios de doctorado desde 2017, y nuestra pasantía de investigación doctoral en España, durante el período 2018-2019.

2

Al **Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Zaragoza**, representada por su Directora, la **Profesora Dra. Dña. MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO**, y al **Profesor Dr. D. CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ**, por habernos recibido durante nuestra pasantía de investigación doctoral, la cual se extendió entre diciembre de 2018 y marzo de 2019.

A la **Universidad Católica del Norte**, especialmente al señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, **Profesor Dr. D. ALEXIS MONDACA MIRANDA**, y al señor Director de la Escuela de Derecho de Coquimbo, **Profesor Dr. D. KAMEL CAZOR ALISTE**, por las facilidades y su positivo estímulo para finalizar la Tesis Doctoral, y por colaborar en nuestro viaje a España durante el período 2018-2019, el cual coincidía con la conclusión del Segundo Semestre académico.

Por su intermedio, extiendo mi agradecimiento **a todos mis colegas y funcionarios en la Escuela de Derecho de Coquimbo**. Todos ellos, al comenzar el mes de marzo de 2018 recibieron a quien era “*un extraño en una tierra extraña*”, y rápidamente convirtieron en uno de los suyos, con una generosidad y afecto que no puedo sino recordar con afecto.

3

Finalmente, quisiera agradecer a mi familia. A **mis padres, JUANA y JOSÉ MIGUEL**, a quienes al comenzar mis estudios de pregrado hice una promesa que esta Tesis Doctoral pretende hacer finalmente una realidad; y a **mis hermanos MIGUEL, MARCELO y FRANCISCO**. Todos ustedes han sido testigos de un largo camino en el que hemos estado siempre unidos, a pesar de nuestras distancias físicas.

Esta Tesis Doctoral la dedico a **mi señora, JOHANNA ESPEJO SOLÍS**, siempre dispuesta a acompañarme en alcanzar todos mis sueños y metas. Sólo tú sabes todo lo que significó escribir cada una de estas palabras, y te agradeceré eternamente por todo lo que tuviste que pasar junto a mí para que este día finalmente llegara.

También la dedico **a nuestra hija, LEONOR**. Dios quiso que a Europa viajáramos *dos* jóvenes recién casados, y volviéramos a nuestra patria llenos de hermosos recuerdos y alegrías, y, lo más importante de todo, ahora convertidos en *tres*. Espero puedas algún día leer lo que tu *papito* preparaba mientras te esperábamos, y puedas comprender la profunda alegría que significó para nosotros saber que llegarías a nuestras vidas.

Talca, a 30 de julio de 2019

EMILIO JOSÉ BÉCAR LABRAÑA

INTRODUCCIÓN GENERAL

SUMARIO: § 1. Generalidades – § 2. Hipótesis de trabajo: 2.1. Hipótesis principal; 2.2. Hipótesis secundarias – § 3. Objetivos: 3.1. Objetivo General; 3.2. Objetivos específicos – § 4. Metodología – § 5. Plan general de la Tesis Doctoral.

§ 1. GENERALIDADES

Las principales características del ser humano se manifiestan en sus actos de expresión, ya sean individuales, grupales e incluso sociales. Son ellas las que permiten visualizar cómo es, cómo se comporta y cuáles son los principales propósitos que persigue. Estos hallazgos nos permiten inferir que las expresiones humanas no son neutras en su contenido, sino que se impregnan de los rasgos que invisten al individuo o al cuerpo social que integra.

Esta misma afirmación puede efectuarse respecto del derecho, el cual se trata de una obra humana que tiene la particularidad de manifestarse en un contexto de vida en sociedad. Su elaboración, aplicación y reforma no son neutras, porque se ven expuestas a la influencia de distintos elementos. La cultura, la política, la religión, la moral, los progresos de la tecnología, entre otros, van afectando la manera en que el derecho se expresa e impone en la sociedad su contenido normativo¹. De esta manera, el derecho da cuenta de las realidades por las cuales atraviesa el ser humano, su propia naturaleza y principales preocupaciones presentes y futuras.

Uno de estos elementos lo constituye la *economía*. En cuanto constituye también un fenómeno que se expresa al interior de la sociedad, genera una fuerte influencia en la manera en que se expresa el derecho, dado que una serie de institutos jurídicos sólo podrían ser explicados considerando el sistema económico que rija en una determinada sociedad. Asimismo, el derecho tiene la aptitud de legitimar el modelo económico que se quiera aplicar en esa sociedad, adoptando una serie de medidas expresadas normativamente con las cuales se puede proteger, incluso coactivamente.

Dado que existen diversos sistemas económicos, los cuales responden de manera diferente al problema de la asignación de recursos a la satisfacción de los intereses sociales, su influencia en el ámbito jurídico será distinta en cada caso.

Con el fin de mostrar este impacto, hemos procedido a tomar uno de los sistemas económicos más representativos, el de libertad de mercado y determinar de qué manera influye, a título de fuente material del derecho, en el reconocimiento, regulación y aplicación de tres principios jurídicos característicos del derecho privado: autonomía de la

¹ DUCCI (1980).

voluntad, libre circulación de los bienes y tutela jurídica de la propiedad. Estos principios son asumidos como fundamentales para explicar el funcionamiento del derecho privado en los sistemas jurídicos occidentales, incluido el chileno, y en ellos pueden apreciarse las manifestaciones de un determinado modelo económico imperante en los mismos sistemas jurídicos, cual es el sistema económico de libertad de mercado.

La selección de cada una de estas temáticas no es un mero azar. Las fuentes del derecho forman parte de la estructura básica para comprender el origen y estructura asumida por cada una de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Operamos bajo la premisa que el intérprete no puede simplemente desconocer los orígenes de las normas, y las distintas fuerzas que contribuyen a su creación y contenido.

Por su parte, los principios jurídicos constituyen uno de los aspectos más abordados por la literatura jurídica del siglo XX, tanto a nivel general, dentro de la teoría y filosofía del derecho, como en las distintas áreas específicas en que se divide. De alguna forma, comprender el significado y composición de los principios ayuda a entender, estudiar, interpretar y aplicar el derecho.

Los sistemas económicos forman parte del análisis de la ciencia económica, y han sido consideradas en los estudios jurídicos debido a las implicancias que en dicho ámbito se presenta el reconocimiento de un determinado modelo y visión de la actividad económica en un Estado. Debido a esta circunstancia, tendrá una fuerte incidencia en la manera en que son dictadas e interpretadas las normas jurídicas.

§ 2. HIPÓTESIS DE TRABAJO

2.1. Hipótesis principal

El sistema económico de mercado se manifiesta como un elemento formador o fuente material de tres principios jurídicos, a saber, autonomía de la voluntad, libre circulación de los bienes y la tutela jurídica de la propiedad. Estos principios inciden en los parámetros económicos, y constituyen las piedras angulares de la tutela jurídica del sistema de libre mercado.

2.2. Hipótesis secundarias

- 1.º Las fuentes materiales del derecho, en general, constituyen un elemento idóneo y útil en la formación, interpretación e integración de las normas jurídicas.
- 2.º El sistema económico de libertad de mercado se sustenta, entre otros, en la conjugación de tres principios jurídicos básicos del derecho privado: la autonomía de la voluntad, la libre circulación de los bienes, y la tutela jurídica de la propiedad.

- 3.º El derecho privado occidental en general, y el chileno en particular, está influido por el sistema económico de libre mercado, y las reformas legislativas generadas durante los últimos 40 años dan cuenta de ello.

§ 3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo General

Establecer y determinar las relaciones existentes entre determinados institutos del sistema legal chileno y las fuentes materiales de carácter económico; en particular, el sistema de economía de mercado y los principios de autonomía de la voluntad, libre circulación de los bienes y tutela jurídica de la propiedad.

3.2. Objetivos específicos

- 1.º Determinar la noción fundamental del sistema económico de libertad de mercado aplicado en Chile.
- 2.º Identificar y perfilar al sistema económico de libertad de mercado en cuanto fuente material del derecho privado chileno.
- 3.º Explicar la forma en que el sistema de economía de libre mercado influye en los principios.
- 4.º Describir y analizar los principios jurídicos de autonomía de la voluntad, libre circulación de la riqueza y tutela jurídica de la propiedad, tanto en sus componentes jurídicos como no jurídicos.
- 5.º Proponer las consecuencias y efectos de la vigencia del sistema económico de libre mercado tiene en el modelo normativo jurídico, en particular por medio de los principios de autonomía de la voluntad, libre circulación de los bienes y tutela jurídica de la propiedad.

§ 4. METODOLOGÍA

La metodología de investigación considerará los métodos usualmente aplicados en las ciencias jurídicas, a saber, los métodos descriptivo, comparativo, histórico y sistemático.

A fin de desarrollar la investigación, procederemos a recopilar el material bibliográfico histórico y actualizado sobre las fuentes del derecho, centrado en su concepto,

composición, elementos característicos y consecuencias en el análisis jurídico. Se incluyen, además, el uso del material bibliográfico económico acerca del sistema de libre mercado.

Esta aproximación se efectuará a partir de las principales manifestaciones de dicho sistema, cuyo propósito es identificar el ámbito conceptual bajo el cual se analizará la relevancia que tiene esta clase de fuente material.

Posteriormente, se realizará una comparación crítica con otras clases de sistemas económicos, como los modelos centralmente planificados, a fin de constatar sus principales diferencias, y las condiciones en que pueden operar, lo que permitirá constatar el modo como el derecho asegura la legitimidad y subsistencia de estos sistemas, fundamentalmente por vía de los principios jurídicos. En forma concreta, se analizará de qué manera los principios de autonomía de la voluntad, libre circulación de los bienes y tutela jurídica de la propiedad constituyen las piedras angulares en la conformación del sistema económico de libertad de mercado.

Luego de lo anterior, se procederá a la delimitación conceptual de los principios jurídicos y su composición, tanto en sus aspectos jurídicos como no jurídicos. Esta doble mirada tiene como propósito establecer las condiciones en que las fuentes materiales pueden permear los principios jurídicos.

Finalmente, se realizará un análisis descriptivo y comparativo, luego de la cual se pasará a una instancia final de análisis de carácter crítico, para establecer cuáles son las principales consecuencias de que los principios jurídicos seleccionados puedan ser regulados, interpretados y aplicados según los parámetros económicos, y bajo qué condiciones sería ello posible y aceptable.

§ 5. PLAN GENERAL DE LA TESIS DOCTORAL

La tesis se encuentra dividida en dos partes.

La **Primera Parte** aborda el problema general de las fuentes del derecho, determinando su concepto, antecedentes históricos acerca de su formación teórica, y su principal clasificación, que atiende a las fuentes formales y las fuentes materiales. Se ahondará en lo que respecta a la segunda, lo cual servirá de antesala al análisis de la economía en cuanto fuente material del derecho, y específicamente el sistema económico de libertad de mercado.

La **Segunda Parte** comprende una aproximación general hacia los principios jurídicos, identificando su concepto, naturaleza y formas de identificación. Ello servirá para abordar en forma específica y sucesiva sobre los principios del derecho privado que consisten de la autonomía de la voluntad, la libre circulación de los bienes, y la tutela jurídica de la propiedad. Cada uno de estos principios será analizado con expresa identificación de la

manera en que el sistema económico analizado en esta tesis los influye, indicando las maneras en que se traduce ese influjo.

Cerraremos con un conjunto de **Conclusiones Generales**, que darán cuenta de las principales ideas constatadas en el análisis de la presente tesis doctoral, y proponiendo algunos desafíos derivados de estas ideas.

PRIMERA PARTE:

LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL Y LA
ECONOMÍA EN CUANTO FUENTE MATERIAL.
EL SISTEMA ECONÓMICO DE LIBERTAD DE
MERCADO

PRESENTACIÓN GENERAL

SUMARIO: § 1. Contenido – § 2. Plan de estudio.

§ 1. CONTENIDO

La Primera Parte consiste en una aproximación general hacia el objeto de estudio asumido, cual es el sistema económico de libertad de mercado, asumiendo que éste cumple una función en cuanto fuente material del derecho.

Este reconocimiento conlleva la necesidad de abordar algunas cuestiones preliminares. Por una parte, obliga a la revisión de las fuentes del derecho en general, y en especial sobre las fuentes materiales. Identificada esta calidad, se demostrará cómo es que la economía puede ser considerada en cuanto fuente material del derecho. Finalmente, el acento deberá situarse en los sistemas económicos, con especial énfasis en el llamado “sistema económico de libertad de mercado”.

§ 2. PLAN DE ESTUDIO

Para la organización de este análisis, se ha dividido esta Primera Parte en dos niveles.

El **Título I** trata sobre el problema general de las fuentes del derecho, y la distinción consistente de las fuentes formales y las materiales. En este punto, el trabajo persigue exponer una introducción general a la teoría de las fuentes del derecho, particularmente desde una perspectiva conceptual, sistemática e histórica. Se persigue identificar la noción y el origen de esta teoría, presentando las principales concepciones existentes a su alrededor. Especial atención se formulará respecto de la situación en que se encuentran las llamadas “fuentes materiales del derecho”, a fin de evidenciar en qué consisten, su composición y la manera en que ha venido en ser enseñada y expuesta por la literatura nacional y comparada. Cerraremos con una aproximación a las relaciones presentes entre las fuentes formales y las fuentes materiales.

En el **Título II** se tratará en forma especial sobre la economía en cuanto fuente del derecho, y las implicancias que supone esta constatación y reconocimiento. En el mismo, se abordarán los principales sistemas económicos, entre los cuales se pondrá especial atención en el de libertad de mercado, que constituye nuestro objeto de estudio. En el mismo será necesario abordar las posturas que se han formulado respecto de las relaciones entre el

derecho y la economía, cerrando con una determinación de los principales aspectos en los cuales se produce esta vinculación.

TÍTULO I:

**UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CRÍTICA HACIA
EL SIGNIFICADO, MÉRITO Y APLICACIÓN DE LAS
FUENTES DEL DERECHO**

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: § 1. Importancia del análisis – § 2. Plan de estudio.

§ 1. IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS

La teoría del derecho ha derivado su atención hacia distintos aspectos que comprenden el fenómeno jurídico, y muchas de sus conclusiones han servido para orientar el estudio, análisis y crítica de los distintos ámbitos en que las ciencias jurídicas se dividen. Uno de estos ámbitos lo constituye el problema relativo a las *fuentes del derecho* (*fontibus iuris*² o *fons iuris*³), expresión que deriva del derecho medieval⁴.

El problema de las fuentes del derecho constituye un aspecto que ha preocupado de forma relevante, en cuanto a su significado, origen, composición y aplicaciones, lo cual puede verse reflejado en lo temprano de las obras que abordan la materia, y su cantidad. Es más, se destaca por los autores que es “una materia cuyo conocimiento es indispensable para todo jurista, sea cual fuere su concreto destino profesional”⁵. Ello explica que se trate de uno de los problemas más recurrentes en el estudio de las distintas disciplinas jurídicas⁶, y que constituya uno de los primeros asuntos a ser tratados en cada nueva materia⁷.

Sin embargo, creemos que este esfuerzo se ha marcado demasiado el énfasis en describir y explicar las distintas manifestaciones en que se traduce la norma jurídica, desdeñándose la atención en el impacto que tienen los factores que permiten la formación de ésta y que le dan vida en un contexto social determinado. Por las razones que se explicarán, existe una evidente asimetría, en perjuicio de las llamadas fuentes materiales del derecho.

Según pretendemos ahondar en el trabajo, esta asimetría se explica por el excesivo formalismo con que se enseña y explica esta materia⁸, y aunque se entiende su significado, parece darse por sentado que se comprende a cabalidad cuál es su influjo en la producción

² GORDILLO (s/f), p. 13.

³ NOGUEIRA (2012), p. 87, añadiendo que a partir de esta locución surgieron, en los diversos idiomas europeos, las de “*fuentes del derecho*”, “*sources of law*”, “*surces du droit*” y “*fonti del diritto*”.

⁴ NOGUEIRA (2012), p. 87.

⁵ BILBAO *et alt.* (2018), p. 313.

⁶ También que los problemas presentes en las disciplinas específicas sean similares, según indica PARADA (2012), p. 37.

⁷ LOIS (2003), p. 67. En un sentido similar, VILLAR/VILLAR (1999), p. 61.

⁸ Este formalismo quedaría traducido en el siguiente ejercicio desplegado por la doctrina que postula la existencia de una “teoría de las fuentes del derecho”: “enumerar, primero, y jerarquizar, después, las fuentes del derecho” (GORDILLO, s/f, p. 13).

de la norma jurídica. Quizá el problema consista en que se trata de una materia “demasiado básica”, según afirma AGUILÓ, lo cual se explicaría por su función más bien propedéutica, y por la imposibilidad de brindar respuestas exactas en torno a ella⁹. Lo cierto es que se ha acusado que el estudio de las fuentes materiales del derecho adolece de los vicios de desatención y una desvalorización de su importancia, a pesar de su valor para la mejor comprensión e interpretación de las normas jurídicas vigentes¹⁰.

Se trata de un esfuerzo incompleto. Y se trata de un defecto que debe ser resuelto, puesto que la permanencia de este estado implicará que el jurista no pueda comprender, a cabalidad, cuáles son los factores incidentes en el fenómeno jurídico.

§ 2. PLAN DE ESTUDIO

El trabajo constituye una aproximación hacia las fuentes del derecho en general, y las fuentes materiales en particular, explicándolas desde una perspectiva conceptual, dogmática y crítica. Hemos procurado, asimismo, describir su utilización en la literatura jurídica nacional y comparativa.

Esta parte se compone de cuatro capítulos.

En primer lugar, trataremos sobre la noción general de “fuentes del derecho”, identificando los diversos significados que se han establecido en torno a este concepto (**Capítulo I**).

A continuación, formularemos una aproximación al origen histórico de las fuentes del derecho, debido a que tal evolución tiene algunas implicancias en la propia noción asignada a las fuentes jurídicas (**Capítulo II**).

En tercer lugar, abordaremos el problema de la distinción entre las fuentes formales y las fuentes materiales del derecho. Específicamente nos concentraremos en el significado asignado a esta última, ya que forma parte de nuestro objeto de estudio (**Capítulo III**).

Finalmente, discutiremos la conveniencia del análisis de las fuentes del derecho, tanto en cuanto a la discusión sobre su concepto, como respecto de la utilidad del análisis de las fuentes materiales del derecho (**Capítulo IV**).

⁹ AGUILÓ (2015), p. 1019.

¹⁰ SQUELLA (2012), pp. 564-565.

Capítulo I:

LA NOCIÓN DE “FUENTES DEL DERECHO”: UN PREDICAMENTO CONCEPTUAL

SUMARIO: Sección 1: Fuente: § 1. Su origen en una expresión de la naturaleza: 1.1. Planteamiento; 1.2. La fuente en cuanto “manantial”: 1.2.1. Sentido natural - 1.2.2. Sentido artificial; 1.3. La fuente en cuanto “cauce”; 1.4. Observaciones – **§ 2.** Se trata de una metáfora – **§ 3.** Su traducción en un sentido jurídico: 3.1. En cuanto origen; 3.2. En cuanto medio de conocimiento.- **Sección 2: “Fuentes del derecho”: § 1.** La “fuente del derecho” – **§ 2.** La forma de organización social creadora del derecho: 2.1. En cuanto entidad necesitada de la norma; 2.2. En cuanto entidad propiamente creadora del derecho: 2.2.1. En cuanto autoridad - 2.2.2. En cuanto grupo social – **§ 3.** Las “fuentes del derecho positivo”: 3.1. En cuanto medio o modo de producción normativa: 3.1.1. El planteamiento de Kelsen - 3.1.2. Consecuencias; 3.2. En cuanto fuerzas legítimas de creación del derecho: 3.2.1. Descripción - 3.2.2. Observaciones; 3.3. La necesidad de distinguir al “órgano creador” respecto del “objeto creado”: 3.3.1. Delimitación sujeto-objeto - 3.3.2. Niveles en la producción normativa - 3.3.3. Reducción a la norma jurídica; 3.4. Importancia – **§ 4.** Las fuerzas de la realidad social – **§ 5.** Las “fuentes del conocimiento” del derecho: 5.1. En cuanto medios de información; 5.2. En cuanto medios de inspiración – **§ 6.** La “fuente” de los derechos subjetivos.- **Sección 3: Síntesis.-**

Constituye un lugar común, en la literatura jurídica, tanto nacional como extranjera, el tratamiento sobre las fuentes del derecho¹¹. Ello puede notarse en las obras dedicadas a la introducción al derecho¹², teoría del derecho¹³, filosofía del derecho¹⁴, derecho romano¹⁵,

¹¹ Se trata, por lo demás, de una expresión de uso común entre los juristas, como lo destacan PRIETO (2015), p. 151, y DE PABLO (2018), p. 70. También lo es desde la atención que se le ha prestado, según menciona MARÍN (1999), p. 343.

¹² CARVALLO (1951), pp. 173-228; BASCUÑÁN (1960), pp. 149-207; PACHECO (1962), pp. 245-273; BASCUÑÁN (1972); ESCOBAR (1991), pp. 75-107; MARTÍNEZ (1991), pp. 343-349; REALE (1993), pp. 117-159; RECASÉNS (1996), pp. 165-174; WILLIAMS (1999), pp. 133-189; LATORRE (2000), pp. 50-69; ESCANDÓN (2003), pp. 69-177; GARCÍA (2008), pp. 51-77; ROCHA (2010), pp. 169-215; SQUELLA (2011), pp. 283-427.

¹³ MANS (1970), pp. 130-133; ZULETA (1987), pp. 107-132; PACHECO (1990), pp. 315-373; DE ÁNGEL (1993), pp. 217-288; FERNÁNDEZ-GALIANO/DE CASTRO (1993), pp. 167-182; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), pp. 155-173; BOBBIO (1997), núm. 59, pp. 158-161; LÓPEZ (1997); BETEGÓN *et alt.* (1997), pp. 203-214; EZQUIAGA (1998); MARÍN (1999); AÑÓN (1999); GUIBOURG (2000); GUASTINI (2011), pp. 81-91; DÍEZ-PICAZO (2011), pp. 110-156; FALCÓN Y TELLA (2011), pp. 103-107; CALVO (2012), pp. 118-146; PÉREZ (2013), pp. 203-209; PEDRALS (2014), pp. 201-224; AGUILÓ (2015); ROBLES (2015), pp. 164-170; PRIETO (2015), pp. 151-160; RUIZ (2016), pp. 193-197.

derecho privado¹⁶, derecho público¹⁷, derecho del trabajo¹⁸, derecho canónico¹⁹, derecho comparado²⁰, e, incluso, en el ámbito de la sociología jurídica²¹. En todas ellas se persigue responder a una pregunta que parece fundamental, cual es el origen del cual emanan las normas jurídicas.

Sin embargo, la primera dificultad, cuando se trata de analizar de manera sistemática esta materia, consiste en la determinación del concepto “fuentes del derecho”. Nos avocaremos a esta materia en el siguiente apartado.

SECCIÓN 1: FUENTE

¹⁴ GOLDSCHMIDT (1950); LEGAZ Y LACAMBRA (1979), pp. 509-597; DEL VECCHIO (1991), pp. 364-391; ROSS (1994), pp. 73-104; GOLDSCHMIDT (1996), pp. 216-221; SQUELLA (2012), pp. 563-567.

¹⁵ IGLESIAS (1989); HERNÁNDEZ-TEJERO (1989), pp. 17-22; LOZANO (1999), pp. 213-236; GARCÍA (2001), pp. 59-70; BETANCOURT (2007), pp. 43-123; GUZMÁN (2013), pp. 19-70; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2017), pp. 42-43.

¹⁶ Los análisis de este tipo son propios del derecho civil. Para el derecho chileno: DUCCI (1980), pp. 51-53; AMUNÁTEGUI (2016), pp. 47-126; CORRAL (2018), pp. 43-88.

En el derecho español: GORDILLO (s/f); DE DIEGO (1922); DE CASTRO (1984), pp. 327-346; DEL ARCO/PONS (1984), pp. 651-652; CASTÁN (1988), pp. 411-530; DÍEZ-PICAZO (1993); MONTES *et alt.* (1993), pp. 73-92; ALBÁCAR/MARTÍN-GRANIZO (1995), pp. 3-32; BERCOVITZ (1996), pp. 43-56; VÁSQUEZ (1999), pp. 28-38; BELTRÁN (2000), pp. 77-99; MARÍN (2000); GETE-ALONSO (2001); LOIS (2003); LASARTE (2004), pp. 45-47; FERNÁNDEZ (2004), pp. 47-57; LACRUZ *et alt.* (2006), pp. 116-122; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009); ALBALADEJO (2009), pp. 77-140; LACRUZ (2012), pp. 29-31; CARRASCO/ZURILLA (2012), p. 41; DE PABLO (2018), pp. 70-75; LACRUZ (2019), pp. 21-38.

Tratándose del derecho argentino, CANCELA *et alt.* (1988), pp. 51-73; LORENZETTI (1995), pp. 199-201, aunque desde la perspectiva de la “teoría de las decisiones”; CIFUENTES (1997), § 4, pp. 4-5; PINESE (2006), núm. 8, pp. 8-9.

También constituye un asunto tratado, dentro de sus respectivos márgenes, por el *derecho comercial*. Tratándose de las principales obras del derecho español, pueden consultarse VICENT (1991), pp. 37-71; URÍA (2002), pp. 17-26; URÍA *et alt.* (2006); VICENT (2008), pp. 86-110; SÁNCHEZ/SÁNCHEZ-CALERO (2018), pp. 44-46.

¹⁷ Para el derecho chileno, JARA (1948), pp. 27-46; AMUNÁTEGUI (1950), pp. 53-66; BERNASCHINA (1951), núm. 58-66, pp. 91-111; SILVA (1958), pp. 22-227; GALAZ (1960), pp. 120-147; PFEFFER (1987), núm. 3, pp. 8-16; SILVA (1997), pp. 151-159; CRUZ-COKE (2009), pp. 283-300; MARTÍNEZ (2009); HENRÍQUEZ (2009); NOGUEIRA (2012), pp. 87-302; CEA (2015), pp. 179-186.

Para el derecho español: DE OTTO (1991), pp. 69-101; DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO (1994), pp. 215-236; DE ESTEBAN (1998), pp. 242-270; ENTRENA (1998), pp. 77-81; MORELL (1998), pp. 63-99; GARRIDO (2002), pp. 191-309; PAREJO (2003), pp. 223-366; ESCUIN (2005), pp. 38-61; PÉREZ (2007); MARTÍN/DÍEZ (2009), pp. 77-88; PARADA (2012); BERMEJO (2013), pp. 75-137; PARADA (2015), pp. 45-69. MOLAS (2016), pp. 199-206; ESPIN (2016); ÁLVAREZ/TUR (2018), pp. 81-84; BALAGUER (2018); BILBAO *et alt.* (2018), pp. 313-327.

¹⁸ RAMÍREZ (2016); CRUZ-VILLALÓN (2018), pp. 68-103; PÉREZ DE LOS COBOS (2018); FOTINOPOULOU (2018).

¹⁹ OTADUY (2012).

²⁰ PIZZORUSSO (1987), pp. 145-153.

²¹ MADILE (1989), pp. 143-153.

El primer elemento para tratar es la noción de “fuente”, la cual admite varios significados. Así, por vía de su consideración, podrá comprenderse el origen de las dificultades de su entendimiento, visualizando de mejor manera el objeto de su estudio. Esta circunstancia es la que ha obligado a algunos autores a constatar que este tema constituye “uno de los más complejos y difíciles” de las ciencias jurídicas y de la teoría del derecho²².

Conforme será analizado, la voz “fuente” tiene un significado vinculado a la naturaleza física (§ 1), y que se ha incorporado al léxico jurídico por vía de su utilización en cuanto metáfora (§ 2). Una vez que se ha incorporado en el vocabulario jurídico, ha sido necesario asignarle un determinado significado para tal ámbito (§ 3).

§ 1. SU ORIGEN EN UNA EXPRESIÓN DE LA NATURALEZA

1.1. Planteamiento

Una primera aproximación permite advertir que la expresión carece de una connotación inicialmente jurídica. Se trataría de una expresión proveniente del lenguaje espontáneo u ordinario²³, o vulgar²⁴, específicamente del mundo natural²⁵, y que en ese medio adquiere una pluralidad de sentidos²⁶. Asimismo, su origen se encuentra en esta clase de ámbito, y sólo con posterioridad se incorpora al léxico y sistematización de la teoría del derecho²⁷. En todo caso, y conforme se abordará más adelante, el recurso a esta idea “es tan antiguo como el pensamiento jurídico”²⁸.

Procedente del latín *fons* (“fundo”), *fontis* (gr. *khýden*, *khéo*)²⁹, que se traducen como “derramar”³⁰, y dentro del ámbito natural, se la implementa en tres sentidos distintos, respecto de los cuales se ha explicado en forma detallada.

1.2. La fuente en cuanto “manantial”

1.2.1. Sentido natural

²² GOLDSCHMIDT (1950), p. 1991; LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509; PEDRALS (2014), núm. 59, p. 201.

²³ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

²⁴ MARÍN (1999), p. 343.

²⁵ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 95; D’ORS (2003), núm. 5, p. 18.

²⁶ DE CASTRO (1984), p. 327; MARTÍNEZ (1991), núm. 683, p. 343; MARÍN (1999), p. 343; SÁNCHEZ/SÁNCHEZ-CALERO (2018), p. 44.

²⁷ ZULETA (1987), p. 107; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

²⁸ ZULETA (1987), p. 107.

²⁹ IGLESIAS (1989), p. 23; BETANCOURT (2007), p. 46.

³⁰ DE DIEGO (1922), p. 154.

En primer lugar, sirve para referir al “lugar de surgimiento de un curso de agua o el punto en que el agua mana de la tierra”³¹, o de “punto de emergencia de un curso de agua”³². En virtud de este significado, la expresión “fuente” es sinónima de “manantial”³³, lo cual explica que se reitere como concepto de tal el “manantial de agua que brota de la tierra”³⁴.

Respecto de este primer significado, advierte DIEZ-PICAZO que la palabra “manantial” resulta al día de hoy mucho más expresiva, dado que la idea natural de “fuente” implique un hecho enteramente natural, cual es que “el agua surge de las entrañas de la tierra, porque antes penetró en ellas como consecuencia de las lluvias o del deshielo”³⁵, en oposición a aquellas “fuentes” que son “construcciones humanas destinadas a conducir el agua hasta los que tienen necesidad de ella”³⁶.

1.2.2. Sentido artificial

En segundo lugar, la “fuente” alude al “aparato o artificio con que se hace salir el agua en los jardines y en las casas, calles o plazas, para diferentes usos”. Aquí es donde comienza a manifestarse el sentido moderno en que se emplea la palabra “manantial”, ya que implica una fuente de naturaleza artificial o propiamente humana.

Finalmente, con la “obra de arquitectura hecha de fábrica, piedra, hierro, etc., que sirve para que salga el agua por uno o muchos caños dispuestos en ella”. Según relata DÍEZ-PICAZO, históricamente se trataron de obras muy comunes en las sociedades antiguas, y que daban cuenta de “la personalidad del que las erigió”³⁷.

1.3. La fuente en cuanto “cauce”

Ya en forma más alejada, se recuerda que uno de los significados posibles de la voz “fuente”, es la de “cauces por los que algo (agua o normas) discurre”³⁸, o las “corrientes de agua”³⁹.

Una revisión a esta descripción permite afirmar que ella se aleja un poco de la noción inicial, dado que el significado que parece asumirse es más bien sinónimo de un “camino” o “paso” de un determinado medio. En su lugar, lo que siempre se ha querido decir, bajo este

³¹ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

³² ZULETA (1987), p. 110.

³³ RECASÉNS (1996), p. 169; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

³⁴ GOLDSCHMIDT (1950), p. 1991; MESSINEO (1979), § 4, p. 64; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 95; O’CALLAGHAN (1997), p. 85; GUIBOURG (2000), p. 177; GARCÍA (2001), p. 59; HÜBNER (2008), núm. 32, pp. 139-140, con cita de CLAUDE DU PASQUIER; AMUNÁTEGUI (2016), p. 49.

³⁵ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

³⁶ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

³⁷ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

³⁸ AÑÓN (1999), p. 245; MARÍN (1999), p. 343.

³⁹ CANCELA *et alt.* (1988), § 15, p. 51.

significado, es que existe un lugar al cual se puede acudir en busca de agua y, específicamente, beberla⁴⁰.

1.4. Observaciones

Como se verá, todas ellas constituyen elementos, ora de la naturaleza, ora de la industria humana, con las cuales es posible obtener agua desde la profundidad de la tierra⁴¹.

Este origen semántico es el que ha movido a algunos autores en forma crítica, como PÉREZ LUÑO, a sostener que en este punto existe una “apelación hidráulica”⁴² para explicar el significado de la expresión; o el mismo Díez-Picazo, que habla de la metáfora “acuática” o “hidrológica”⁴³.

§ 2. SE TRATA DE UNA METÁFORA

Esta clase de acepciones serán indispensables, porque a partir de la idea física que surge de ella, se advierte una nueva definición, que la entiende como el “principio, fundamento u origen de una cosa”⁴⁴; en definitiva, para aludir a las ideas de “origen”⁴⁵, “vertiente”⁴⁶, “manar o surgir”⁴⁷, o “procedencia”⁴⁸. Esta última constituye la utilizada en algunas obras para la descripción inicial de la presente materia⁴⁹.

A partir de estas anotaciones, vemos que la expresión “fuente” es invocada como una metáfora⁵⁰, una figura⁵¹ o imagen⁵² calificada como “bastante feliz”⁵³ y “didáctica”⁵⁴, a

⁴⁰ Díez-Picazo (2011), p. 111. En el mismo sentido, Marín (1999), p. 343.

⁴¹ Vallet de Goytisolet (2004), p. 15.

⁴² Según atribuye Prieto (2015), p. 151; Cancela *et al.* (1988), § 15, p. 51.

⁴³ Zuleta (1987), p. 107; Lois (2003), p. 67; Díez-Picazo (2011), p. 112; Otaduy (2012), p. 119.

⁴⁴ Díez-Picazo/Gullón (1994), p. 95. En el mismo sentido, Añón (1999), p. 245.

⁴⁵ De Diego (1922), p. 154; Martínez (1991), núm. 683, p. 343; Marín (1999), p. 343; Guibourg (2000), p. 177; Pineles (2006), núm. 8, p. 8; Squella (2011), p. 284; Díez-Picazo (2011), p. 112.

⁴⁶ Lozano (1999), p. 215.

⁴⁷ Beltrán (2000), p. 77.

⁴⁸ Squella (2011), p. 284.

⁴⁹ En este sentido: Pfeffer (1987), núm. 3, p. 8; Escobar (1990), p. 75; Silva (1997), p. 151; Marín (1999), p. 343; Santos (2003), p. 221.

⁵⁰ Zuleta (1987), p. 109; Cancela *et al.* (1988), § 15, p. 51; Iglesias (1989), p. 23; Montes *et al.* (1993), p. 73; Díez-Picazo/Gullón (1994), p. 95; Ross (1994), p. 74; Guibourg (2000), p. 177; García (2001), p. 59; D’Ors (2003), núm. 5, p. 18; Lois (2003), p. 67; Lasarte (2004), p. 46; Betancourt (2007), p. 46; García (2008), núm. 25, p. 52, con cita de Claude du Pasquier; Hübner (2008), núm. 32, p. 139; Díez-Picazo (2011), p. 111; Otaduy (2012), p. 119; Cordero (2013), p. 11; Prieto (2015), p. 151; Amunátegui (2016), p. 49; De Pablo (2018), p. 70; Corral (2018), p. 43.

⁵¹ Castán (1988), p. 411; Lasarte (2004), p. 46.

⁵² Kelsen (1999), p. 120.

través de la cual se persigue ofrecer una idea visual al intérprete, con la cual pueda entender y comprender el significado de lo que pretende abordar. Se trataría de un mecanismo “necesario”, debido a que el derecho carece de un vocabulario técnico completo, pero que con su uso prolongado en el tiempo terminan por convertirse en verdaderas expresiones técnicas⁵⁵.

La construcción natural de esta expresión sugiere que existe un elemento (agua) que proviene, se derrama o emana de un determinado lugar⁵⁶, y cuyo origen puede ser próximo o remoto⁵⁷, el cual se encuentra incluso oculto a simple vista (tierra). Este elemento resulta extraído, expelido o liberado, y como consecuencia de esa liberación es que podemos conocer su existencia y contenido.

Por ello, el resultado de esta metáfora consiste en el entendimiento de la voz “fuente” como “una realidad de la cual surge otra realidad”⁵⁸. Se traduce como “la razón primitiva de cualquier idea o la causa generatriz o productora de un hecho”⁵⁹, o en cuanto sinónimo de “causa, fundamento, el principio u origen de algo (lo que produce su existencia), y, también, el lugar en donde se produce o al que se acude”⁶⁰.

§ 3. SU TRADUCCIÓN EN UN SENTIDO JURÍDICO

La incorporación de la palabra “fuente” en el ámbito jurídico se produjo en dos sentidos; en cuanto origen (3.1.), y medio de conocimiento (3.2.).

3.1. En cuanto origen

Aplicada en el ámbito jurídico, lo que inicialmente se persigue responder, es la pregunta acerca del manantial de donde nace el derecho objetivo⁶¹, el origen del derecho⁶², su causa⁶³, su nacimiento⁶⁴, su hecho generador⁶⁵, de dónde éste emana⁶⁶, surge⁶⁷ o fluye⁶⁸. En

⁵³ IGLESIAS (1989), p. 23; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 52, con cita de CLAUDE DU PASQUIER. Por el contrario, se advierte por BARBERO que el riesgo de considerar las fuentes en el sentido natural que aquí se ha descrito, en cuanto fuentes autónomas o independientes, se traduzcan en normas contradictorias (BARBERO (1962), núm. 9, pp. 86-87).

⁵⁴ DE PABLO (2018), p. 70.

⁵⁵ CANCELA *et alt.* (1988), § 15, p. 51.

⁵⁶ DE DIEGO (1922), p. 154.

⁵⁷ DE DIEGO (1922), p. 154.

⁵⁸ BARBERO (1962), núm. 8, p. 85.

⁵⁹ CASTÁN (1988), p. 411, citando a SÁNCHEZ ROMÁN.

⁶⁰ GETE-ALONSO (2001), p. 53.

⁶¹ MESSINEO (1979), § 4, p. 64.

⁶² ZULETA (1987), p. 107; DE OTTO (1991), § 21, p. 69; MARTÍNEZ (1991), núm. 683, p. 343; DE ASÍS (1999), p. 203; MARÍN (1999), p. 344; ROCHA (2010), p. 176; SQUELLA (2011), p. 284; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111; FOTINOPOULOU (2018), p. 96.

⁶³ ROCHA (2010), p. 176.

un sentido sociológico, podría definirse como el “nacimiento del modelo de conducta que integra al ordenamiento social”⁶⁹, o los factores que le dan origen⁷⁰. Se dice entonces que “la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho”⁷¹.

Al retomarse la estructura de la metáfora aludida, se entiende que las aguas, que tienen distintas clases de dureza o características, constituyen las “normas jurídicas”, o el “derecho”; estas diferencias de dureza o de características surgen como consecuencia de los distintos lugares de los cuales manan esas aguas, lo que precisamente quiere significar que con la expresión “manantial” se comprende la “fuente”. Estas aguas fluyen, a su turno, por la acción de distintos agentes, idea con la cual se comprenden a los “órganos políticos” o las “fuerzas sociales” que pueden crear esas normas. Finalmente, estas aguas serán encontradas y bebidas por los consumidores finales, cuales son los “aplicadores del derecho”, y las beberán en un orden determinado, para recordarnos el “sistema de fuentes”⁷².

Es precisamente esta observación la que marcará el resto de la tarea de explicación sobre lo que se entienden por “fuentes del derecho”, ya que se insistirá en una suerte de “concepción normativa” que les corresponderían. Por otro lado, se afirma que el concepto carga de dos dificultades; la expresión “fuentes”, y también la carga problemática que implica la noción misma de “derecho”⁷³.

3.2. En cuanto medio de conocimiento

Empero, también se ha dicho que el recurso a esta figura literaria tiene como propósito indicar, como lo enseñaba D’ORS “la forma de producirse el conocimiento de los criterios de derecho, es decir, los libros y otros textos complementarios”⁷⁴.

Esta forma de comprender el sentido de la expresión “fuente” constituye un cambio de perspectiva, en comparación a la manera usual en que se la implementa; porque mientras la primera se emparenta con el nacimiento u origen del derecho, la segunda apunta a la búsqueda de las maneras en que se expone y enseña, de modo que podemos comprender cómo es (o era).

⁶⁴ ROCHA (2010), p. 176.

⁶⁵ BASCUÑÁN (1972), pp. 7 y 8.

⁶⁶ CORDERO (2013), p. 11.

⁶⁷ BARBERO (1962), núm. 8, p. 85; HERNÁNDEZ-TEJERO (1989), p. 17; BELTRÁN (2000), p. 77.

⁶⁸ SANTOS (2003), p. 221.

⁶⁹ MADILE (1989), p. 145.

⁷⁰ AÑÓN (1999), p. 245.

⁷¹ GARCÍA (2008), núm. 25, p. 52, con cita de CLAUDE DU PASQUIER.

⁷² DE PABLO (2018), p. 70. Una descripción más sencilla, en ROSS (1994), p. 74: “El derecho mana de ciertos procedimientos específicos del mismo modo que el agua mana de una fuente”. Una expresión similar a esta última, en CORRAL (2018), p. 43.

⁷³ ZULETA (1987), p. 107.

⁷⁴ D’ORS (2003), núm. 5, p. 18.

Esta circunstancia no deja de tener sentido, si es que acusamos que es en este último sentido en que se la suele apreciar en los distintos manuales de derecho romano, y también en el derecho chileno, cuando en este último caso se explican los antecedentes utilizados para la elaboración del Código Civil. Asimismo, se la declara relacionada con el origen natural del concepto, por cuanto se tratan de “fuentes de las cuales se extrae una noticia, fuentes de las cuales se extrae la información sobre el derecho”⁷⁵.

Esta última fórmula, como se indicará a continuación, se vincula a las “fuentes de conocimiento” del derecho, e implica una concepción “bibliográfica” de las fuentes.

SECCIÓN 2: “FUENTES DEL DERECHO”

Avanzando en el plano jurídico, la expresión “fuentes del derecho” se ha comprendido en diversos sentidos⁷⁶, e incluso que se trata de una expresión analógica, “con una analogía muy diversificada”⁷⁷.

Esta polisemia se ha pretendido justificar en el recurso a una expresión que, por sí sola, tiene una gran cantidad de significados⁷⁸, como se ha apuntado, y que contribuirían a la confusión que se generaría en el ámbito jurídico⁷⁹, por su falta de contenido claro e inequívoco⁸⁰.

A partir de la forma de exposición que la doctrina comparte en forma general sobre la noción “fuentes del derecho”, pueden identificarse alrededor de seis sentidos. Dependiendo del contexto en que se utilice, se habla de “la fuente”, cuando se aborda el problema del fundamento del derecho (§ 1), a la forma de organización social creadora del derecho (§ 2), para aludir a las “fuentes del derecho positivo” (§ 3), a las “fuerzas de la realidad social” (§ 4), sus fuentes de conocimiento (§ 5), y a las fuentes de los derechos subjetivos (§ 6).

§ 1. LA “FUENTE DEL DERECHO”

⁷⁵ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 112.

⁷⁶ BASCUÑÁN (1972), p. 7; DE CASTRO (1984), p. 327; ZULETA (1987), p. 107; MARTÍNEZ (1991), núm. 683, p. 343; O’CALLAGHAN (1997), p. 85; EZQUIAGA (1998), p. 186; WILLIAMS (1999), p. 133; KELSEN (1999), p. 120; AÑÓN (1999), p. 245; ESCANDÓN (2003), p. 69; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 139; SQUELLA (2011), p. 284; VESCOVI (2011), § 12, p. 75; SQUELLA (2012), p. 565; OTADUY (2012), p. 119; CORDERO (2013), p. 11; RUIZ (2016), p. 193.

⁷⁷ OTADUY (2012), p. 119.

⁷⁸ Al punto de decirse que el concepto engloba una “constelación” de conceptos vinculados entre sí, y que trae como consecuencia la creación de todo un “campo semántico” que se trata de ordenar “cartográficamente”. LÓPEZ (1997), p. 14.

⁷⁹ DE CASTRO (1984), p. 327; MARÍN (1999), p. 343; AÑÓN (1999), p. 245.

⁸⁰ HENRÍQUEZ (2009), p. 9; BALAGUER (2018), p. 68.

El primero de ellos, utilizada en forma singular, fuente del derecho, significaría “la causa última del derecho, la raíz de todo lo jurídico, el fundamento de la realidad del ordenamiento jurídico”⁸¹, el “principio constitutivo del derecho en general”⁸², o “la esencia suprema de la idea del derecho”⁸³. También se la puede comprender como “la razón legitimadora de la vinculatoriedad del derecho”⁸⁴, “el fundamento o razón común de validez jurídica de todas las normas”⁸⁵, o la “instancia de legitimación o como causa de justificación del ordenamiento jurídico”⁸⁶. En relación con esta idea se sostiene que en este punto existe una pregunta en torno al fundamento⁸⁷, la “justificación” del derecho⁸⁸, su “fuente legitimadora”⁸⁹, o los “principios o factores que se pueden considerar como constitutivos del derecho en general”⁹⁰.

En todas estas expresiones, vemos que se pregunta por el fundamento último del derecho⁹¹, o el por qué último de éste⁹², o su causa remota (*unde ius*)⁹³.

Bajo este recurso, se trataría de un significado que sólo podría ser respondido a partir de la sociología jurídica⁹⁴ o de la filosofía del derecho⁹⁵, puesto que ella implica determinar el concepto del derecho, el cual será distinto según sea la corriente de pensamiento que se tenga a la vista⁹⁶. Siendo así, podría decirse, bajo la óptica *iusnaturalista* teológica, que la fuente del derecho positivo se encuentra en Dios⁹⁷; su Ley Eterna⁹⁸; la naturaleza⁹⁹; el derecho natural¹⁰⁰; o en un orden inmutable y racionalmente accesible, si se considera al

81 DE CASTRO (1984), p. 327; MONTES *et alt.* (1993), p. 73; GETE-ALONSO (2001), p. 54; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 16; OTADUY (2012), p. 120; BALAGUER (2018), p. 68.

82 BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 204.

83 PINESE (2006), núm. 8, p. 8.

84 GOLDSCHMIDT (1950), p. 1991.

85 RECASÉNS (1996), p. 167.

86 ESCOBAR (1990), p. 76.

87 MARÍN (1999), p. 344.

88 AÑÓN (1999), p. 246; MARÍN (1999), p. 344.

89 LASARTE (2004), p. 46.

90 AÑÓN (1999), p. 246.

91 DEL ARCO/PONS (1984), p. 651; O’CALLAGHAN (1997), p. 85; KELSEN (1999), p. 120; SQUELLA (2011), p. 284; PRIETO (2015), p. 152.

92 LASARTE (2004), p. 46.

93 GORDILLO (s/f), p. 20; CASTÁN (1988), p. 411.

94 GORDILLO (s/f), p. 20.

95 DE CASTRO (1984), p. 327; AÑÓN (1999), p. 246; MARÍN (1999), p. 344; GETE-ALONSO (2001), p. 54; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 16.

96 DE CASTRO (1984), p. 327; MARÍN (1999), p. 344; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 16.

97 GOLDSCHMIDT (1950), p. 1991; CASTÁN (1988), p. 411; ESCOBAR (1990), pp. 76-77; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 204; OTADUY (2012), p. 120; PRIETO (2015), p. 152.

98 GOLDSCHMIDT (1950), p. 1991.

99 CASTÁN (1988), p. 411.

100 ESCOBAR (1990), p. 76; Díez-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 95; LASARTE (2004), p. 46, recalando su carácter “evanescente”. DEL VECCHIO (1991), p. 365, destacando que es, en último término, el origen de los principios inmutables de la justicia.

iusnaturalismo racionalista¹⁰¹; o la norma fundamental¹⁰²; o la Constitución¹⁰³; el poder político¹⁰⁴, o en el espíritu del pueblo (también llamada “conciencia jurídica popular”¹⁰⁵), conforme al historicismo¹⁰⁶; la naturaleza humana¹⁰⁷, o la persona¹⁰⁸. También se invoca a la justicia en cuanto último principio inspirador¹⁰⁹.

Una visión positivista afirmarí­a que el fundamento del derecho se encontrarí­a en la voluntad soberana¹¹⁰, o la del Estado¹¹¹.

En una visi3n normativista, podemos relacionar este sentido con aquel que entiende la fuente del derecho como “el fundamento de validez de una norma jurí­dica”¹¹². Bajo esta idea, se dice que, si la Constituci3n Polít­ica es la fuente de validez de la ley, entonces la primera “es una fuente del derecho”¹¹³. Bajo estos respectos, se razona que toda norma jurí­dica tiene su fundamento de validez en otra de grado superior en la jerarquía, y ello ocurre porque usualmente esta norma superior regula las condiciones de creaci3n de la norma inferior, desde el punto de vista del 3rgano creador, c3mo se crea y los lÍ­mites previstos para la norma inferior¹¹⁴.

La principal crÍ­tica vertida a esta concepci3n es que usa la expresi3n “fuente” en un sentido sumamente genérico¹¹⁵, pero que no plantearí­a dificultades, dada la facilidad para diferenciarla respecto de los demás sentidos¹¹⁶. Tambi3n se ha dicho que, en este supuesto, la fuente se confunde con el concepto mismo del derecho¹¹⁷. Por ú­ltimo, se sostiene que traducir el significado de la fuente del derecho a la identificaci3n del fundamento de la validez legal de la norma, implicarí­a asumir que la validez se justifica a sÍ­ misma¹¹⁸.

Se ha acusado que el estudio del fundamento del derecho siga siendo un asunto descuidado en la literatura actual¹¹⁹.

¹⁰¹ PRIETO (2015), p. 152.

¹⁰² KELSEN (1999), p. 120.

¹⁰³ GORDILLO (s/f), pp. 23-25, quien incluso sostiene que la Constituci3n es “el subrogado imprescindible, o la mediaci3n necesaria, del derecho natural”.

¹⁰⁴ BETEG3N *et alt.* (1997), p. 204.

¹⁰⁵ ROSS (1994), p. 104.

¹⁰⁶ SQUELLA (2011), p. 284; PRIETO (2015), p. 152.

¹⁰⁷ DEL VECCHIO (1991), p. 365.

¹⁰⁸ SQUELLA (2011), p. 284.

¹⁰⁹ DE DIEGO (1922), p. 155; CASTÁN (1988), p. 411; ROSS (1994), p. 103; GOLDSCHMIDT (1996), núm. 227, p. 218; LASARTE (2004), p. 46.

¹¹⁰ ROSS (1994), p. 103.

¹¹¹ RECASÉNS (1996), pp. 167-168.

¹¹² BASCUNN (1972), p. 136; LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 510; SQUELLA (2011), p. 285.

¹¹³ SQUELLA (2011), p. 285.

¹¹⁴ BASCUNN (1972), p. 136; SQUELLA (2011), p. 285.

¹¹⁵ PRIETO (2015), p. 152.

¹¹⁶ PRIETO (2015), p. 152.

¹¹⁷ DEL ARCO/PONS (1984), p. 651.

¹¹⁸ VILLAR/VILLAR (1999), p. 59.

¹¹⁹ SQUELLA (2012), p. 565.

§ 2. LA FORMA DE ORGANIZACIÓN SOCIAL CREADORA DEL DERECHO

La segunda clase de explicación que se pretende brindar acerca de la noción de fuente del derecho, tiene una óptica organicista. Admite así que la fuente es un determinado ente, o sujeto, o grupo de sujetos.

En términos generales, esta clase de posturas entienden que el derecho surge alrededor de un cierto individuo o, en este caso, un grupo social. Pero vuelven a presentarse las complicaciones; porque vemos que existen dos clases de miradas en torno a este punto, Por una parte, se razona en un cuerpo social que necesita de la norma jurídica, y otro que derechamente es el que crea la norma.

2.1. En cuanto entidad necesitada de la norma

En un segundo sentido, se explica que la expresión “fuente del derecho” se traduce como “cualquier forma de organización humana que requiera del derecho para existir y desarrollarse”¹²⁰.

Bajo esta perspectiva, se plantea que la fuente del derecho será la sociedad (si consideramos el caso de la costumbre), o el Estado (lo que ocurre con el derecho nacional), o una determinada comunidad de Estados (respecto del derecho comunitario), o la comunidad internacional (en el caso del derecho internacional)¹²¹.

Puede notarse que el acento se sitúa en una determinada entidad, más o menos organizada desde el punto de vista social o político. Sin embargo, luego se plantea que este grupo es el destinatario de la propia norma que crea, y que la origina porque la “requiere”, es decir, porque la necesita. Implica, desde esta perspectiva, que este grupo social tiene la posibilidad de decidir si es que, para tratar una determinada situación, requiere o no de una determinada norma. Sin embargo, se trata de una noción que no explica, necesariamente, si este mismo grupo es el autorizado para dictar la norma, porque se concentra más bien en una perspectiva del destinatario de la norma, más que del creador mismo.

2.2. En cuanto entidad propiamente creadora del derecho

La entidad creadora del derecho se concibe de dos formas; en cuanto “autoridad” (2.2.1.), y en cuanto “grupo social” propiamente tal (2.2.2.).

2.2.1. En cuanto autoridad

¹²⁰ SQUELLA (2011), p. 284. La misma definición, en SQUELLA (2012), p. 565.

¹²¹ SQUELLA (2011), p. 284; SQUELLA (2012), p. 565.

Por otro lado, se ha dicho que las fuentes del derecho son el “poder o facultad de crear normas jurídicas, o quién o quiénes están autorizados para crear derecho”¹²².

Este criterio se aproxima al anterior, en el sentido que pone su acento en un grupo o cuerpo social. Sin embargo, difiere del anterior porque inmediatamente asume que este mismo grupo tiene una “potestad” o “poder” para “crear” la norma jurídica, en vez de situarse en la óptica del destinatario de la norma. Implica que el grupo se encuentra no sólo reconocido, sino también autorizado para dictar las normas jurídicas, y con la peculiaridad de mantener este grupo el monopolio de dictación de su respectiva norma, dado que debe entenderse que no todos los entes o grupos sociales tienen esta potestad. Se confirma al añadir la idea de que se trata de un ente que está “autorizado” para dictar la norma.

Se concluye que, a través de estas fuentes, “percibimos, pues, la dimensión social, política y moral del derecho”¹²³, y que en última instancia constituye un problema centralmente socio-político, porque implica reconocer un ámbito de poder¹²⁴. Como lo explicaría DÍEZ-PICAZO, esta última noción se traduce en discutir sobre el poder de ordenar, el poder de hacer cumplir lo ordenado o de hacerse obedecer¹²⁵.

Empero, esta noción incurre en algunas deficiencias. Genera una confusión, dado que parece asumir como sinónimos las ideas de “poder” y “órgano”, lo cual se confirma incluso por el recurso a los ejemplos de aquellas potestades que confirman la noción; “la sociedad como un todo, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial de un Estado, los particulares, determinadas instancias internacionales como el Consejo de la Unión Europea, la ciencia jurídica o la recta razón”¹²⁶. Asimismo, la concepción planteada no es capaz de explicar si son todos los entes o grupos los habilitados para dictar la norma jurídica, o cómo es que el respectivo ente obtiene ese poder, de manos de quién o por qué lo tiene bajo ese margen de exclusividad.

En algunas obras es posible constatar que, bajo la noción analizada, se identifica claramente a la “autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente”, como lo sería el Estado o el pueblo¹²⁷.

Es posible, por último, identificar algunas concepciones en que la autoridad se traduce en un “órgano jurídico”, que corresponde al que se le atribuye competencia para la creación de

¹²² RUIZ (2016), p. 193. En un sentido similar, se plantea que uno de los problemas que surgen a propósito de la formación del ordenamiento jurídico, consiste en determinar “quién o quiénes pueden otorgar a sus declaraciones de voluntad el valor de norma jurídica”. MORELL (1998), p. 64.

¹²³ RUIZ (2016), p. 193.

¹²⁴ AÑÓN (1999), p. 246; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 136.

¹²⁵ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 136. Ya la postura de este autor era apoyada por AÑÓN (1999), p. 246.

¹²⁶ RUIZ (2016), p. 193.

¹²⁷ LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509.

las normas¹²⁸. Serán fuentes del derecho el Congreso o Parlamento, respecto de la ley; la Administración, en los reglamentos; los jueces, respecto de las sentencias judiciales¹²⁹.

2.2.2. *En cuanto grupo social*

En otras, se descarta hablar de una “autoridad”, para aludir más bien a un “grupo social” del cual “procede el derecho”¹³⁰. Son de este tipo la comunidad internacional, respecto del derecho internacional público; la Iglesia Católica, respecto del derecho canónico; o los trabajadores y los empresarios en el derecho colectivo del trabajo¹³¹.

La ventaja de esta fórmula es que evita diferenciar, dentro de una sociedad, entre aquellos que pueden dictar normas jurídicas, respecto de aquellos que carecen de este poder. Asimismo, se ha llegado a sostener que el origen mismo de toda norma jurídica se encuentra en una fuerza social o en un grupo social activo y penetrante, el cual presiona sobre el órgano estatal o sobre la sociedad misma, de modo que la respuesta al problema sobre las fuentes del derecho, entendiendo esta expresión en el sentido de consultar sobre su origen, “no llega mucho más allá”¹³².

§ 3. LAS “FUENTES DEL DERECHO POSITIVO”

El segundo sentido en que se utiliza, la implementa en términos plurales, fuentes del derecho positivo¹³³. Sin embargo, ya en este punto pueden observarse una serie de confusiones entre los autores.

Según se dijo, una de las maneras por las cuales se persigue definir las “fuentes del derecho”, es a través de su sentido metafórico. Por el mismo, se explica que por esta expresión se quiere significar el origen del derecho o de dónde emana¹³⁴.

3.1. En cuanto medio o modo de producción normativa

Se abordará la concepción sostenida por KELSEN (3.1.1.) y las consecuencias que ha significado para su desarrollo posterior en la doctrina (3.1.2.).

3.1.1. *El planteamiento de Kelsen*

¹²⁸ PRIETO (2015), p. 152.

¹²⁹ PRIETO (2015), p. 152.

¹³⁰ PRIETO (2015), p. 152.

¹³¹ PRIETO (2015), p. 152.

¹³² DÍEZ-PICAZO (2011), p. 156.

¹³³ En este sentido: AMUNÁTEGUI (1950), p. 53; DEL VECCHIO (1991), p. 365.

¹³⁴ En un sentido similar: BARBERO (1962), núm. 8, p. 85; MESSINEO (1979), § 4, p. 64; PFEFFER (1987), núm. 3, p. 8; SILVA (1997), p. 151; MARÍN (1999), p. 343; CORDERO (2013), p. 11.

Una de las descripciones más representativas de la noción de “fuente del derecho”, y que preliminarmente permite justificar la manera y en énfasis con que se enseña, es la de KELSEN, quien sostiene que las fuentes del derecho son “los medios de producción jurídica que están dentro del propio derecho”¹³⁵. Esta clase de sentido se lo califica como “jurídico-positivo”¹³⁶.

Desde un punto de vista histórico, la idea de la “producción” del derecho no es originaria de KELSEN, dado que se encuentra por primera vez en SAVIGNY, quien usa la voz *Erzeugung*¹³⁷. Sin embargo, esta situación no parece afectar mayormente la proposición, dado que la conceptualización promovida por el primero es la que mayormente incidirá en la literatura actual.

En efecto, la doctrina contemporánea entiende las “fuentes del derecho”, e incluso el sentido “formal” de éstas, como sinónimas de las “fuentes de producción”¹³⁸, indicándose que ellas consisten de “aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”¹³⁹, o “los hechos o los procedimientos reconocidos dentro de un sistema jurídico como válidos para fijar o establecer normas jurídicas”¹⁴⁰, los “hechos o actos humanos específicamente establecidos para la creación de disposiciones”¹⁴¹, o “los hechos o actos jurídicos que, a partir de normas sobre la producción jurídica en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de las disposiciones o normas que lo integran”¹⁴², los “métodos de producción de las normas jurídicas y de los continentes donde es posible localizar e identificar tales normas”¹⁴³, y también “los procesos o medios en virtud de los cuales las normas jurídicas se positivizan con fuerza legítima obligatoria, esto es, con vigencia y eficacia en el contexto de una estructura normativa”¹⁴⁴.

¹³⁵ Esta definición es citada por PÉREZ (2013), p. 207. En un sentido similar se empleará en MUÑOZ/GARCÍA (2010), p. 115; OTADUY (2012), p. 121.

¹³⁶ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.

¹³⁷ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 118.

¹³⁸ DEL ARCO/PONS (1984), p. 651, con cita de GARCÍA AMIGO; BARBERO (1962), núm. 9, p. 87; ESCOBAR (1990), p. 75; DE ÁNGEL (1993), p. 217; O’CALLAGHAN (1997), p. 85; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; AÑÓN (1999), pp. 246 y 249; HENRÍQUEZ (2009), p. 10; CALVO (2012), pp. 118-119; PÉREZ (2013), p. 207; BALAGUER (2018), p. 67.

¹³⁹ BOBBIO (1997), núm. 59, p. 158. Esta definición es la utilizada por NOGUEIRA (2012), p. 90.

¹⁴⁰ CALVO (2012), p. 118.

¹⁴¹ PRIETO (2015), p. 152.

¹⁴² La definición corresponde a PIZZORUSO, citado por AÑÓN (1999), p. 246. Se trata de una definición que sigue en forma general al texto originario, según puede consultarse de PIZZORUSSO (1987), núm. 40, p. 145: “Con la expresión “fuentes del derecho” se indican los actos o hechos de los cuales, en virtud de las normas sobre la producción jurídica, deriva la creación, la modificación o la abrogación de disposiciones o normas susceptibles de valer como tales en el ámbito del ordenamiento jurídico de referencia”.

Esta definición es utilizada, en términos similares, por MARÍN (1999), p. 345; NOGUEIRA (2012), p. 92; y en FALCÓN Y TELLA (2011), pp. 103-104.

¹⁴³ SQUELLA (2012), p. 563.

¹⁴⁴ REALE (1993), p. 118.

A partir de esta definición podemos descubrir otras, como aquella que las entiende como “los procesos formalmente regulados que condicionan la producción de normas de derecho”¹⁴⁵, o los “procedimientos habituales establecidos con competencia para crear derecho”¹⁴⁶. Otras, más simplificadas, describen las fuentes del derecho, como “todo hecho generador o creador del derecho”¹⁴⁷, “los hechos, entidades y organismos que lo generan”¹⁴⁸, “los hechos y las formas mediante los que una sociedad constituida establece y exterioriza la norma jurídica como derecho positivo obligatorio”¹⁴⁹, o el “acto concreto creador del derecho”¹⁵⁰, comprendiendo en este último sentido la legislación, la costumbre, las decisiones judiciales, entre otros¹⁵¹. También se ha dicho que las fuentes constituyen “el sistema de originación (sic) de las normas jurídicas”¹⁵², o que pretende dar respuesta “al problema de la formación del ordenamiento jurídico”¹⁵³, o que es el análisis de “las normas que regulan cómo se crean y cuál es el efecto de las diversas normas jurídicas”¹⁵⁴.

En un sentido formal, se ha dicho igualmente que las “fuentes del derecho” se traducen en los “modos o normas de producción del derecho”¹⁵⁵, o “modos de creación del derecho”¹⁵⁶, o “las normas jurídicas secundarias que regulan esa actividad”¹⁵⁷, lo cual se traduce en que “son las propias normas jurídicas las que establecen cómo se producen otras normas jurídicas”¹⁵⁸, o “la que genera normas jurídicas de cumplimiento obligatorio”¹⁵⁹. Por tanto, se entiende que el origen de una norma jurídica es otra norma jurídica, ya que la segunda es la única habilitada para determinar cómo nace la primera, adquiriendo de esta manera una naturaleza instrumental¹⁶⁰. De este modo, la Constitución es fuente de la ley¹⁶¹, y la ley es

¹⁴⁵ MARTÍNEZ (1991), núm. 685, p. 344, quien cita a GARCÍA MAYNEZ. Este último, se refiere a las “fuentes formales”, definiéndolas como “los procesos de creación de las normas jurídicas”; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51. En un sentido similar, LÓPEZ (1997), p. 23.

¹⁴⁶ RECASÉNS (1996), p. 172.

¹⁴⁷ BASCUÑÁN (1972), p. 8; WILLIAMS (1999), p. 133; BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61.

¹⁴⁸ SILVA (1958), p. 23.

¹⁴⁹ CASTÁN (1988), p. 411. En un sentido similar, para el ámbito administrativo, GARRIDO (2002), p. 191 refiere que se tratan de aquellas formas o actos a través de los cuales el derecho se manifiesta en su vigencia.

¹⁵⁰ LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509.

¹⁵¹ LEGAZ Y LACAMBRA (1979), pp. 509-510; PRIETO (2015), p. 152.

¹⁵² MARTÍN/DÍEZ (2009), p. 77, aludiendo a las fuentes administrativas.

¹⁵³ MORELL (1998), p. 64.

¹⁵⁴ PARADA (2015), p. 46.

¹⁵⁵ DEL ARCO/PONS (1984), p. 651; AÑÓN (1999), p. 246; MARÍN (1999), p. 344; COBO/VIVES (1999), p. 135; GETE-ALONSO (2001), p. 54; GARCÍA (2001), p. 59; LASARTE (2004), p. 45; LACRUZ *et alt.* (2006), p. 116; PRIETO (2015), p. 152; ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83.

¹⁵⁶ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.

¹⁵⁷ EZQUIAGA (1998), p. 186.

¹⁵⁸ AÑÓN (1999), p. 246.

¹⁵⁹ VÁSQUEZ (1999), p. 29.

¹⁶⁰ GALAZ (1960), núm. 89, p. 121; PIZZORUSSO (1987), núm. 40, p. 145.

¹⁶¹ GALAZ (1960), núm. 89, p. 121; PRIETO (2015), p. 152.

fuente de la sentencia¹⁶², y que se concluya finalmente que la Constitución es “la fuente de las fuentes del derecho”¹⁶³ o la “fuente primaria del derecho”¹⁶⁴.

En este contexto, las fuentes del derecho darían cuenta de una “operación” de su creación, y que ellas mismas se encuentran reguladas por el derecho¹⁶⁵.

3.1.2. Consecuencias

Dado que esta clase de lectura gira sobre la base que los medios de producción se encuentran dentro del propio derecho, surgen algunas particularidades.

La primera de las consecuencias que se han planteado en torno a esta concepción, es que se asuma que una de las tareas “fundamentales” de la teoría del derecho consistiría de “la individualización de los actos de producción normativa; es decir, actos que, en virtud de las normas sobre la producción jurídica, crean los elementos que componen el sistema”¹⁶⁶.

Algunos autores sostienen que, si las fuentes del derecho se encuentran reguladas por normas sobre la producción jurídica, entonces se hablará propiamente de una “fuente legal o formal”¹⁶⁷, o reconocidas¹⁶⁸; y si en ciertas fuentes se observa que su fundamento de validez se encuentra fuera del sistema jurídico, debe hablarse de “fuentes materiales o *extra ordinem*”¹⁶⁹. Del primer tipo serían la ley y el reglamento; pero respecto del segundo grupo es que se produce una peculiaridad, dado que se sostiene que la Constitución es una fuente material, debido a que su fundamento no se encuentra en otra norma, al ser la primera norma y fundamento normativo de todo el sistema jurídico¹⁷⁰.

Por otro lado, una noción de “fuentes del derecho” que se fundamente en una visión normativista, como la que surge a partir de esta evaluación, forzosamente debe responder a la pregunta sobre el origen del derecho, que éste se encuentra en una norma jurídica; es decir, en el mismo derecho (*causa sui ipsius*)¹⁷¹. Ello, porque cualquiera otra clase de

¹⁶² PRIETO (2015), p. 152.

¹⁶³ MARTÍNEZ (1991), núm. 687, p. 345; MONTES *et alt.* (1993), p. 89; BELTRÁN (2000), p. 77; PÉREZ (2007), p. 31; FERNÁNDEZ (2018), p. 489; BILBAO *et alt.* (2018), p. 315.

Una particularidad de esta clase de perspectiva puede apreciarse en el derecho constitucional. El inc. 1.º del art. 4.º de la Constitución de Colombia expresa: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”.

¹⁶⁴ GORDILLO (s/f), pp. 76-77.

¹⁶⁵ PRIETO (2015), p. 152.

¹⁶⁶ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 203.

¹⁶⁷ PIZZORUSSO (1987), núm. 41, p. 146; AÑÓN (1999), p. 249.

¹⁶⁸ PRIETO (2015), p. 158.

¹⁶⁹ PIZZORUSSO (1987), núm. 41, p. 146; AÑÓN (1999), p. 249; PRIETO (2015), p. 158.

¹⁷⁰ AÑÓN (1999), p. 249. En rigor, la Constitución originaria sería de este tipo, porque la misma Carta Fundamental se encarga de contemplar reglas que regulan su reforma; siendo así, la Constitución derivada puede ser fuente formal de la propia Constitución. Introduce la primera acotación, PRIETO (2015), p. 158.

¹⁷¹ GORDILLO (s/f), p. 20.

respuesta implicaría que el origen que le correspondería al derecho constituye, en su concepto, una cuestión que escapa del campo de la ciencia jurídica, en la cual esta última no tendría nada que decir¹⁷².

Por su parte, ROSS ha criticado esta concepción en el sentido de declararla aplicable sólo a la legislación; no sería posible predicarla respecto de la costumbre, o de los precedentes judiciales¹⁷³. Esta crítica es efectiva, si tomamos en cuenta que existen ciertas fuentes, como la costumbre, o los principios generales del derecho, que carecen de procedimientos regulados de nacimiento, y a pesar de esta circunstancia se les reconoce en cuanto fuentes formales del derecho.

Dentro de aquellos que sindicaron a la Constitución como la fuente final del derecho, esto no sería aceptable como consecuencia de la evolución del constitucionalismo. Así, MARTÍNEZ ha señalado que esta tendencia apuntaba a alcanzar el imperio del derecho, lo cual no significa en forma alguna que todo el derecho deba contenerse en la Constitución. Los poderes del Estado quedan limitados tanto por esta normativa fundamental, como también “al resto de las normas jurídicas, a las decisiones de los jueces, así como a la equidad y a los principios jurídicos, aunque no estén por escrito”. La Constitución no tiene, en este sentido, el monopolio del derecho, e incluso así lo ha manifestado en normas expresas, en las cuales se revelan los orígenes plurales en las limitaciones a las actuaciones estatales (Const. Pol., art. 5.º, 6.º, 7.º y 19). Incluso más, destaca que el derecho constitucional no queda restringido a la Carta Fundamental, dado que debe acudir a la noción del “bloque de constitucionalidad”¹⁷⁴.

Por último, se observa que esta clase de análisis sólo se concentra en un sentido formal, de modo que pierde interés el estudio del contenido de la norma jurídica¹⁷⁵.

3.2. En cuanto fuerzas legítimas de creación del derecho

Abordaremos algunas de las explicaciones que perfilan las fuentes del derecho como fuerzas legítimas de creación (**3.2.1.**), para luego formular algunas observaciones (**3.2.2.**).

3.2.1. Descripción

Según DE CASTRO, las fuentes del derecho (positivo), consisten en “las fuerzas sociales que determinan legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas, que para ella constituyen el ordenamiento jurídico”¹⁷⁶.

¹⁷² DÍEZ-PICAZO (2011), p. 119.

¹⁷³ ROSS (1994), pp. 74-75.

¹⁷⁴ MARTÍNEZ (2009), pp. 353-354.

¹⁷⁵ SQUELLA (2012), p. 566.

¹⁷⁶ DE CASTRO (1984), pp. 327-328. En un sentido similar, CASTÁN (1988), p. 414; MONTES *et al.* (1993), p. 73; LACRUZ *et al.* (2006), p. 116; OTADUY (2012), p. 122.

En un sentido similar, MARTÍNEZ ha descrito a las fuentes del derecho como “la fuerza creadora que se manifiesta en la sociedad”¹⁷⁷. FALCÓN Y TELLA refiere que consiste de “todo poder o fuerza social con potestad normativa creadora, con potestad de crear normas”¹⁷⁸. LASARTE habla de las “instituciones o grupos sociales que tienen reconocida capacidad normativa”¹⁷⁹. GETE-ALONSO postula que, dentro del concepto “modo de producción del derecho” debe comprenderse no sólo la manera en que se manifiesta la norma, sino también “el órgano o grupo social (poder o poderes) a los que se atribuye la facultad de crearlas”¹⁸⁰. En otro plano, DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO refieren que se tratan de “la persona, personas, o grupos que ostentan el poder o la facultad de crear normas jurídicas”¹⁸¹. AÑÓN destaca que, bajo una perspectiva socio-política acerca del origen del derecho, se puede tratar sobre “cuáles son las fuerzas sociales que, en el marco de una organización jurídica, producen normas”¹⁸². Desde la perspectiva penal, COBO y VIVES afirman que son “los poderes sociales que imponen las normas jurídicas y, también, los ámbitos culturales de los que éstas proceden”¹⁸³.

Bajo un esquema diferente apreciamos a BILBAO, REY y VIDAL, quienes afirman que por “fuentes del derecho” se entienden “aquellos poderes u órganos del Estado a los que el ordenamiento confiere la capacidad de producir legítimamente normas jurídicas”¹⁸⁴. Por su parte, GARCÍA AMIGO destaca que uno de los sentidos en que puede comprenderse la expresión “fuentes del derecho”, es de “los órganos competentes para declarar qué y cuáles sean las reglas”¹⁸⁵.

3.2.2. Observaciones

Respecto de la conceptualización aportada por DE CASTRO, vemos que en este punto ya se aprecia una confusión conceptual, puesto que bajo esta expresión se quiere significar “las

¹⁷⁷ MARTÍNEZ (1991), núm. 685, p. 344. En un sentido similar, SÁNCHEZ/SÁNCHEZ-CALERO (2018), p. 44, las describen como las “fuerzas sociales que crean las normas”; y a RAMÍREZ (2016), p. 55, quien alude a “los poderes sociales que pueden fijar normas jurídicas, normalmente escritas”, cita que se reproduce sin atribuir autoría en PÉREZ DE LOS COBOS (2018), p. 51. Por su parte, NOGUEIRA (2012), p. 91, las describe como “las fuerzas sociales con capacidad para crear normas jurídicas”.

¹⁷⁸ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 104. En un sentido similar, BELTRÁN (2000), p. 77, refiere que se tratan de las “fuerzas o grupos sociales dotados de capacidad normativa, legitimados para crear normas jurídicas”.

¹⁷⁹ LASARTE (2004), p. 45. En un sentido similar, PÉREZ (2007), p. 15, indicando que son las “fuerzas sociales con capacidad para crear normas jurídicas”.

¹⁸⁰ GETE-ALONSO (2001), p. 54. En un sentido similar, ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83, aunque hablan de “sujetos o actos”.

¹⁸¹ DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO (1994), p. 216; DE ESTEBAN (1998), p. 243. En un sentido similar, LÓPEZ (1997), p. 17.

¹⁸² AÑÓN (1999), p. 246.

¹⁸³ COBO/VIVES (1999), p. 135.

¹⁸⁴ BILBAO *et al.* (2018), p. 314; FOTINOPOULOU (2018), p. 96. En un sentido similar se aprecia a ESPIN (2016), p. 58, cuando habla del “origen próximo e inmediato del derecho, como el Parlamento, el Gobierno, los tribunales o cualquier órgano del que emanan disposiciones jurídicas u otras manifestaciones del derecho”.

¹⁸⁵ La cita ha sido tomada por DEL ARCO/PONS (1984), p. 651.

fuentes normativas o en sentido técnico”¹⁸⁶. Dicho de otro modo, aunque se recurra al concepto “fuerzas sociales”, el resultado de esta referencia es el propio de lo que llamaremos más adelante “fuentes formales”; son de este tipo la ley, las costumbres, los principios jurídicos, las sentencias judiciales, entre otros¹⁸⁷.

Analizando en forma crítica las posturas de los autores citados, se nota una diferencia. Ocurre que autores como DE CASTRO, DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO, GETE-ALONSO, LASARTE y AÑÓN acusan que existen ciertos entes, dentro del cuerpo social, que tienen la potestad para crear normas jurídicas, lo cual implicaría reconocer que no todos los sectores de la sociedad tienen esta facultad¹⁸⁸. Por el contrario, MARTÍNEZ parece más explícito en asignar a la sociedad toda esta facultad, sin distinciones.

En otro extremo, FALCÓN Y TELLA, GETE-ALONSO, COBO y VIVES, y LASARTE califican a estas fuerzas en cuanto “fuentes materiales del derecho”¹⁸⁹, lo cual contribuye a dificultar la diferenciación de nomenclatura.

Por último, el modelo planteado en su definición por BILBAO, REY y VIDAL cierra completamente la posibilidad de que otras entidades distintas de los órganos del Estado, tengan capacidad para crear las normas jurídicas.

La principal crítica vertida respecto de todas estas explicaciones es que ellas son incapaces de explicar satisfactoriamente el problema del origen de ciertas fuentes, como ocurre con la costumbre y los principios generales del derecho. Ellas difícilmente pueden explicarse originadas en virtud de un órgano que goza de una potestad pública, la cual derechamente no existe en la primera, e incluso el origen de las segundas es difuso¹⁹⁰. Por otro lado, se incurriría en una petición de principios, puesto que no se podría, sin incidir en tautología, decir que son las fuerzas sociales en sentido jurídico¹⁹¹. Asimismo, se plantea que esta clase de explicación “es hablar de sociología”, de modo que éstas “o son una realidad sociológica, identificable, señalable, o son pura palabrería”¹⁹². También se advierte que, en aquellos países en los cuales se asume que las únicas autoridades que tienen competencia para producir normas jurídicas son el poder ejecutivo y legislativo, supondría asumir que la autoridad judicial no serían fuentes del derecho en la acepción tratada¹⁹³.

3.3. La necesidad de distinguir al “órgano creador” respecto del “objeto creado”

¹⁸⁶ DE CASTRO (1984), p. 328.

¹⁸⁷ DE CASTRO (1984), p. 327, n. 2.

¹⁸⁸ Entre aquellos autores que distinguen entre la forma de exteriorización de la norma, y el ente creador, se aprecian algunos que declaran que existen distintos “órganos políticos o fuerzas sociales”, que tienen “reconocida” la “potestad” de crearlas. Así, DE PABLO (2018), p. 70.

¹⁸⁹ GETE-ALONSO (2001), p. 54; LASARTE (2004), p. 45; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 104; OTADUY (2012), p. 122; SÁNCHEZ/SÁNCHEZ-CALERO (2018), p. 44; PÉREZ DE LOS COBOS (2018), p. 51; FOTINOPOULOU (2018), p. 96.

¹⁹⁰ Sostiene esta crítica DÍEZ-PICAZO (2011), pp. 120-121.

¹⁹¹ LOIS (2003), p. 71.

¹⁹² LOIS (2003), pp. 71-72.

¹⁹³ En este sentido, SQUELLA (2012), pp. 565-566.

A propósito de la definición de las fuentes del derecho que adoptan un criterio orgánico, existen algunos que distinguen entre el sujeto creador de la norma jurídica y el objeto creado (3.3.1.), o niveles de producción normativa (3.3.2.). Por último, se presentan aquellos que simplemente reducen las fuentes del derecho al resultado de esos procesos de creación normativa (3.3.3.).

3.3.1. Delimitación sujeto-objeto

Es posible apreciar quienes formulan una distinción, entre la “fuente de producción” y la “fuente de cognición”. Por la primera, se refieren a “la voluntad que dicta las normas jurídicas”¹⁹⁴ o, derechamente, al órgano del cual el derecho brota¹⁹⁵, lo cual deriva al Estado¹⁹⁶; por la segunda, a la “forma que el derecho objetivo asume en la vida social”¹⁹⁷. El poder o voluntad que dicta la norma jurídica se le conoce como *potestas normandi*¹⁹⁸, mientras que la norma creada por éste, se le llama *normae agendi*¹⁹⁹.

Profundizando en esta disparidad de criterios, algunos autores separan las “fuentes de producción” respecto de las “fuentes formales”, indicando que las primeras consistirían en “los diversos órganos que producen o crean normas jurídicas”²⁰⁰. Puede notarse que este criterio se relaciona con el grupo anterior de las nociones de fuentes del derecho, aunque tiene la particularidad de centrarse directamente en la presencia de un “órgano o ente”, que elabora la norma jurídica.

Esta distinción resulta necesaria, dado que no siempre ocurrirá que a una determinada potestad normativa le corresponderá una forma única de exteriorización²⁰¹. Asimismo, ayudaría a evitar un problema lógico de asumir que el origen del derecho se encuentra en otra norma jurídica²⁰².

3.3.2. Niveles en la producción normativa

¹⁹⁴ SOLER (1951), § 13, p. 117, con cita de STAMMLER.

¹⁹⁵ BASCUÑÁN (1972), p. 136; ETCHEBERRY (1999), p. 65; GARCÍA (2001), p. 59. Indirectamente, por vía de enumerar las autoridades canónicas, la entiende en este sentido OTADUY (2012), p. 122.

¹⁹⁶ SOLER (1951), § 13, p. 117; ETCHEBERRY (1999), p. 65.

¹⁹⁷ SOLER (1951), § 13, p. 117, con cita de GRISPIGNI. En un sentido similar, BASCUÑÁN (1972), p. 7; ETCHEBERRY (1999), p. 65.

¹⁹⁸ DE DIEGO (1922), p. 157; DE CASTRO (1984), p. 332; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 104.

¹⁹⁹ DE DIEGO (1922), p. 157; DE CASTRO (1984), p. 332.

²⁰⁰ ESCANDÓN (2003), p. 70. En un sentido similar, ARIAS/ARIAS (1988), p. 13; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 95; SQUELLA (2011), p. 284, añadiendo que podrán crear derecho también “la autoridad” o “persona”.

Sin usar esta nomenclatura en forma alguna, DE PABLO (2018), p. 70.

²⁰¹ DÍEZ-PICAZO (2011), pp. 118-119. La situación más clara se encuentra en la potestad normativa del Presidente de la República. Conforme la Constitución, éste puede dictar decretos, los cuales forman parte de la jerarquía normativa administrativa; pero también está autorizado para dictar decretos con fuerza de ley, los cuales tienen una jerarquía asimilable a la ley.

²⁰² Así lo destaca DÍEZ-PICAZO (2011), pp. 119-120.

Cabe señalar la presencia de algunas menciones en las cuales, sin utilizar estas categorías conceptuales, distinguen distintos niveles en la producción normativa:

“la autoridad normativa (órgano dotado de poder para crear derecho), bien al acto normativo (acto de producir normas, es decir, el procedimiento que se sigue en la creación de normas), bien al documento normativo (el enunciado normativo, es decir, el enunciado lingüístico con función prescriptiva), bien, por último, a la norma en sentido estricto (el significado del enunciado normativo)”²⁰³.

En otras obras es posible identificar descripciones para las fuentes del derecho como “las categorías o tipos normativos por medio de los cuales se manifiesta el proceso de producción y aplicación del derecho, mediante la incorporación de normas jurídicas al ordenamiento”²⁰⁴.

Esta clase de distinción no es aceptada por la generalidad de los autores²⁰⁵, dado que algunos limitan el sentido de la expresión tan sólo al resultado del proceso de creación de la norma jurídica, conforme se verá a continuación.

3.3.3. Reducción a la norma jurídica

Por último, encontramos aquellos que simplemente indican que las fuentes del derecho consisten de “los actos jurídicos que, en base a las normas sobre la producción jurídica vigentes en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de las disposiciones y normas que lo integran”²⁰⁶, la “forma de expresión o exteriorización del derecho, o cuál o cuáles son las formas que adopta el derecho”²⁰⁷, “la forma que el derecho toma en su trayectoria entre su gestación y su aplicación”²⁰⁸, “las formas de manifestarse el derecho en una sociedad determinada”²⁰⁹, “los instrumentos o formas por medio de los cuales se establecen esas normas”²¹⁰, o “los modos de

²⁰³ PECES-BARBA *et alt.* (1999), p. 204. Cabe acusar que esta distinción ya se encontraba reconocida por GUASTINI, según describe en forma más completa por EZQUIAGA (1998), pp. 184-186, MARÍN (1999), p. 345, y AÑÓN (1999), pp. 247-248. Sin mención de su autoría, se aprecia este esquema en LÓPEZ (1997), pp. 18-19.

²⁰⁴ BALAGUER (2018), p. 69.

²⁰⁵ En este sentido, DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

²⁰⁶ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.

²⁰⁷ RUIZ (2016), p. 193. Ya con anterioridad, LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 510, señalaba en este punto la “forma de manifestarse la norma jurídica”. En este sentido, MONTES *et alt.* (1993), p. 73; DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO (1994), p. 216; DE ESTEBAN (1998), p. 243; URÍA (2002), p. 17; LASARTE (2004), p. 45; OTADUY (2012), p. 121; LACRUZ (2012), p. 29; ESPIN (2016), p. 58; DE PABLO (2018), p. 70; ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83; SÁNCHEZ/SÁNCHEZ-CALERO (2018), p. 44; FOTINOPOULOU (2018), p. 96.

²⁰⁸ SILVA (1958), p. 23.

²⁰⁹ DEL ARCO/PONS (1984), p. 651.

²¹⁰ RAMÍREZ (2016), p. 55; PÉREZ DE LOS COBOS (2018), p. 51.

manifestación de la voluntad social predominante”²¹¹, que también se describe como “los diferentes tipos o categorías normativas generales existentes en el ordenamiento, a través de las cuales se manifiesta o exterioriza el derecho como voluntad del Estado”²¹². También se las describe como “las propias manifestaciones del derecho en cuanto orden normativo de la conducta”²¹³, las “distintas formas típicas” que asumen las normas jurídicas²¹⁴, y “las formas como se manifiesta el derecho”²¹⁵.

También debemos considerar bajo este criterio a “los mecanismos o vías a través de los cuales se crea o descubre el derecho”²¹⁶. Esta descripción se caracteriza por emparentar de una mejor manera con el sentido de “origen” que corresponde a las “fuentes”. Sin embargo, cuando el autor explica cuáles son esas fuentes (normas, jurisprudencia, costumbre), parece incurrir en una confusión, dado que el origen de estas fuentes se encuentra en los órganos que les dan vida, siendo estas normas el resultado.

Constituyen estos últimos el producto de la ejecución de los actos o hechos²¹⁷, o la forma de aparición del derecho²¹⁸, o que simplemente se diga que las fuentes del derecho es la norma jurídica²¹⁹, o se traduzcan finalmente en este resultado²²⁰, o que las definiciones asignadas coincidan en forma evidente con las propias de una norma jurídica²²¹, o las esferas normativas²²².

Serán fuentes en este caso, el derecho consuetudinario, la ley, un decreto-ley, un precedente o determinada jurisprudencia, un contrato de arrendamiento, un decreto, reglamento, o un Reglamento de la Unión Europea, e incluso el derecho científico o el derecho natural²²³.

²¹¹ DEL VECCHIO (1991), p. 366.

²¹² BILBAO *et alt.* (2018), p. 314. En un sentido similar, PÉREZ (2007), p. 15; OTADUY (2012), p. 121; BALAGUER (2018), p. 68.

²¹³ ZULETA (1987), p. 107.

²¹⁴ MANS (1970), p. 130.

²¹⁵ BERNASCHINA (1951), núm. 58, p. 91. En un sentido similar, CIFUENTES (1997), § 4, p. 4.

²¹⁶ MARTÍNEZ (2009), p. 347.

²¹⁷ PRIETO (2015), p. 152. En un sentido similar, EZQUIAGA (1998), p. 186.

²¹⁸ GOLDSCHMIDT (1950), p. 1991.

²¹⁹ Así, ESCUIN (2005), p. 42. En un sentido similar, PINESE (2006), núm. 8, p. 9, señala que las fuentes que “las reglas o normas de derecho positivo, del cual nacen derechos y obligaciones para las personas”. En términos prácticamente iguales, SANDERS (2004), p. 4.

²²⁰ ARIAS/ARIAS (1988), pp. 13-14; ENTRENA (1998), p. 78; ESTEVE (2016), p. 59; FERNÁNDEZ (2018), p. 487.

²²¹ Un ejemplo de este tipo lo podemos constatar en PAREJO (2003), p. 225: “Del concepto de fuente de derecho, según el cual es tal toda prescripción vinculante que determina para la Administración pública modelos de comportamiento, fines, medios y técnicas para su actuación, y reglas para la resolución de eventuales conflictos; todo ello, con entera independencia de la forma en que la prescripción se exprese o manifieste”.

²²² IGLESIAS (2010), p. 31.

²²³ En este sentido, MANS (1970), p. 130; LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 510; PINESE (2006), núm. 8, p. 9; PRIETO (2015), p. 152; RUIZ (2016), p. 193; ESPIN (2016), p. 58.

Desde una perspectiva histórica, es el sentido en que la emplea COING (1996), Tomo II, § 39, p. 311.

Algunos autores destacan que estas formas de expresión se “corresponden” con los distintos órganos políticos o fuerzas sociales que tienen reconocida la potestad de crearlas²²⁴. Esto significa que, al mismo tiempo de entender a las fuentes en el sentido de “norma jurídica”, inmediatamente queda determinado el órgano del cual emana la respectiva fuente.

Desde una perspectiva de la teoría de las decisiones, se plantea que las fuentes del derecho constituyen “criterios de objetividad que brindan seguridad acerca de la razonabilidad de la decisión”, dado que se tratan de normas jurídicas generales mediante las cuales se establecen obligaciones, emanadas de la autoridad competente y que se pueden subsumir lógicamente a las normas de inferior jerarquía normativa²²⁵.

Se trata de un criterio en el cual no todos los autores se encuentran conformes, y hay algunos que previenen de introducir una equiparación entre las nociones de “fuente del derecho” con la de “norma y regla jurídica”²²⁶. Se generaría una confusión, dado que las normas jurídicas se encuentran contenidas en las fuentes del derecho, “que son su continente”²²⁷. En el mismo sentido, y utilizando la nomenclatura dogmática contemporánea, se explica que las formas de expresión no son lo mismo que las formas de producción, de modo que el derecho no nace en las fuentes formales, “sino que se expresa en ellas”²²⁸.

Esta clase de concepciones adolecen igualmente de un problema de vaguedad e insuficiencia para explicar el origen de los principios generales del derecho, ya que estos precisamente no se expresan inicialmente del mandato ni del legislador ni del pueblo, ni tampoco se reflejan derechamente en una determinada norma. Tendría que concluirse que son el modo de exteriorización de una “conciencia colectiva”²²⁹.

3.4. Importancia

Esta forma de comprensión de las fuentes jurídicas es la que prevalece en la generalidad de las obras que son dedicadas a su estudio²³⁰. Incluso se ha llegado a la formación de una “teoría” a su alrededor²³¹, la cual es entendida como el “estudio de la aparición, elaboración y expresión en la sociedad, de las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo o formal”²³², o que ella “nos proporciona las reglas para conocer que una concreta

²²⁴ CASTÁN (1988), p. 414; DE PABLO (2018), p. 70.

²²⁵ LORENZETTI (1995), p. 200.

²²⁶ En este sentido, GETE-ALONSO (2001), p. 53.

²²⁷ MOLAS (2016), p. 199.

²²⁸ OTADUY (2012), p. 121.

²²⁹ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 122.

²³⁰ DEL ARCO/PONS (1984), p. 651. Se trataría de la expresión que es “la más práctica y usual”. CASTÁN (1988), p. 414.

²³¹ PACHECO (1962), p. 245; PACHECO (1990), p. 315; LOIS (2003), p. 76; OTADUY (2012), p. 119; BALAGUER (2018), p. 69.

²³² PACHECO (1962), p. 245; PACHECO (1990), p. 315.

prescripción es derecho”²³³, y que otros autores entienden que su objeto de estudio consiste en “[l]a identificación de esas reglas (*sc.* jurídicas), la determinación de sus caracteres y de su mayor o menor fuerza vinculante”²³⁴.

Empero, incluso en este sentido es posible observar una serie de distinciones, las cuales abordaremos a propósito de la noción de “fuentes formales”.

§ 4. LAS FUERZAS DE LA REALIDAD SOCIAL

Otro sentido en el cual se plantea la idea de “fuente del derecho”, se concentra en aquellos factores o elementos presentes en una determinada sociedad, que también son descritas como “fuerzas”²³⁵, o “convicciones sociales”²³⁶, y en un cierto tiempo, de la más variada índole, que influyen en la creación²³⁷, producción²³⁸, formación y contenido de la norma jurídica que se genera²³⁹. Se trata de un punto que compromete la descripción del origen del derecho desde un punto de vista socio-político²⁴⁰.

Estos factores presentes en la sociedad se traducen en elementos de orden político, económico, social, cultural, científico, técnicos, religioso, moral, entre otros²⁴¹. Todos estos elementos se encuentran presentes al interior de la sociedad, y concurren bajo distintos grados de influencia o relevancia, conforme distinta sea la época que se trate, lo cual se explique que el derecho sea concebido, en esta perspectiva, en cuanto “hecho de la vida social”²⁴². Y estos elementos concurren a la creación de las normas jurídicas que pasan a integrar el derecho positivo.

La complejidad de estas fuerzas sociales ha sido destacada por la doctrina, destacando que se trata de una organización sujeta a algunas características, que describen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ del siguiente modo:

“esa organización no es una realidad abstracta y racional, sino un resultado de múltiples fuerzas, racionales e irracionales, formalizadas e informales, de tendencias autoritarias y de libertades, de presiones y de resistencias abiertas o larvadas”²⁴³.

²³³ LOIS (2003), p. 76, quien agrega que esta teoría sirve “[p]ara discernir si obliga o no, y en qué medida, un cierto mandato”.

²³⁴ BERCOVITZ (1996), p. 43.

²³⁵ LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509; CASTÁN (1988), p. 414; AÑÓN (1999), p. 246; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 16; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140; VESCOVI (2011), § 12, p. 75

²³⁶ RECASÉNS (1996), p. 173.

²³⁷ LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509.

²³⁸ CASTÁN (1988), p. 414; AÑÓN (1999), p. 246.

²³⁹ SQUELLA (2011), p. 285.

²⁴⁰ AÑÓN (1999), p. 246.

²⁴¹ AÑÓN (1999), p. 246; SQUELLA (2011), p. 285.

²⁴² LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509.

²⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2015), p. 89.

Esta noción es la que es considerada para describir, en términos generales, a las llamadas “fuentes materiales del derecho”²⁴⁴, sobre las cuales trataremos más adelante.

§ 5. LAS “FUENTES DEL CONOCIMIENTO” DEL DERECHO

Otro sentido en que se la utiliza implica hablar de las “fuentes de conocimiento del derecho positivo”²⁴⁵, o fuentes cognitivas²⁴⁶.

Al igual que en las acepciones estudiadas, existen algunos significados especiales. Por una parte, el significado atribuido comúnmente es de “medios de información” (5.1.1.). Por otra, se entienden como “medios de inspiración” (5.1.2.).

5.1. En cuanto medios de información

En estas situaciones, se considera al “conjunto de instrumentos que permiten conocer tales disposiciones o normas”²⁴⁷, el “material que se utiliza para poder averiguar el contenido de las normas jurídicas”²⁴⁸, los “medios empleados para conocer el derecho ya creado”²⁴⁹, “aquellos documentos a través de los que conocemos la existencia y el contenido de las normas jurídicas creadas por las fuentes de producción”²⁵⁰, “los conjuntos documentales donde se recogen las normas y demás elementos que integran el ordenamiento jurídico”²⁵¹, o las “manifestaciones externas reveladoras de normas jurídicas o de hechos con significación o importancia jurídica”²⁵², y se traduce en la fórmula latina *fontes ex quibus iuris notitia hauritur*²⁵³. En forma más general, se la define como “todo objeto cultural capaz de manifestar medios aptos para el descubrimiento de las creaciones jurídicas de carácter histórico”²⁵⁴.

²⁴⁴ RAMÍREZ (2016), p. 55; SQUELLA (2011), p. 285.

²⁴⁵ GOLDSCHMIDT (1996), núm. 228, p. 219; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; MARÍN (1999), p. 345; GARRIDO (2002), pp. 191-192; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 104; OTADUY (2012), p. 123; SQUELLA (2012), p. 566.

²⁴⁶ GUIBOURG (2000), p. 178.

²⁴⁷ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.

²⁴⁸ DE CASTRO (1984), p. 328; MONTES *et alt.* (1993), p. 73; O’CALLAGHAN (1997), p. 85; GETE-ALONSO (2001), p. 54. En un sentido similar, ARIAS/ARIAS (1988), p. 13; COBO/VIVES (1999), p. 135; LASARTE (2004), p. 46; OTADUY (2012), pp. 123-124.

²⁴⁹ DEL ARCO/PONS (1984), p. 651.

²⁵⁰ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 104. En cuanto sirven para descubrir la existencia de disposiciones jurídicas, GARRIDO (2002), p. 192.

²⁵¹ ESPIN (2016), p. 58.

²⁵² SQUELLA (2011), p. 285; SQUELLA (2012), p. 566. Una descripción similar era ya destacada por RIPERT/BOULANGER (1979), núm. 197, p. 167.

²⁵³ ESCOBAR (1990), p. 76; Díez-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 96; GARRIDO (2002), p. 192.

²⁵⁴ VÁSQUEZ (1999), p. 29.

Es el sentido en que se entendería para aludir a los materiales en los cuales se encuentra expuesto el derecho de una determinada época²⁵⁵, como ocurriría con el *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIANO, o las *Institutas* de GAYO para estudiar el derecho romano de la época²⁵⁶. En general, estas fuentes se contienen en los códigos²⁵⁷, leyes²⁵⁸, en los antiguos documentos²⁵⁹; o la revisión de las colecciones legislativas²⁶⁰, actas de las discusiones parlamentarias que llevan a la dictación de una determinada ley²⁶¹, como asimismo lo son los periódicos oficiales de publicación de las leyes²⁶², las que se hacen de las sentencias judiciales²⁶³ o de las normas administrativas, entre otros²⁶⁴. Serían del mismo tipo los tratados jurídicos²⁶⁵, los libros²⁶⁶, o los descritos en general como “la doctrina”²⁶⁷, textos jurídicos²⁶⁸ y no jurídicos²⁶⁹, textos compilativos²⁷⁰, e incluso los monumentos y distintas clases de construcciones arquitectónicas²⁷¹.

Este sentido tiene la particularidad de ser similar a lo que se calificaría como las “fuentes históricas”²⁷², a través de las cuales se persigue entender “lo que es o ha sido derecho”²⁷³. Esta última descripción tiene el mérito de ser omnicompreensiva, porque lo cierto es que las normas jurídicas dictadas en una determinada época pueden ser identificadas y analizadas, durante su proceso de formación y aplicación, a partir de un conjunto de antecedentes que pueden ser escritos o no escritos²⁷⁴.

-
- ²⁵⁵ GARCÍA (2001), p. 59. Implícitamente, DE CHURRUCA/MENTXAKA (2007), p. 20.
- ²⁵⁶ CARVALLO (1951), núm. 37, p. 174; DE CASTRO (1984), p. 327, n. 2; BERNAD (2001), p. 39; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51.
- ²⁵⁷ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 104.
- ²⁵⁸ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 104.
- ²⁵⁹ LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 510; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; GETE-ALONSO (2001), p. 54; GARCÍA (2001), p. 59.
- ²⁶⁰ LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 510; LASARTE (2004), p. 46, hablando de “repertorios”; OTADUY (2012), p. 124; ESPIN (2016), p. 58.
- ²⁶¹ PACHECO (1990), p. 315.
- ²⁶² BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; PRIETO (2015), p. 153; GUIBOURG (2000), p. 178.
- ²⁶³ ESCANDÓN (2003), pp. 71-72; ESPIN (2016), p. 58.
- ²⁶⁴ ESCANDÓN (2003), pp. 71-72.
- ²⁶⁵ DE DIEGO (1922), p. 156; LASARTE (2004), p. 46.
- ²⁶⁶ ARIAS/ARIAS (1988), p. 13; GETE-ALONSO (2001), p. 54.
- ²⁶⁷ MADILE (1989), p. 152; OTADUY (2012), p. 124; ESPIN (2016), p. 58.
- ²⁶⁸ GOLDSCHMIDT (1996), núm. 228, p. 219; OTADUY (2012), p. 124.
- ²⁶⁹ OTADUY (2012), p. 124.
- ²⁷⁰ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.
- ²⁷¹ Particularmente el derecho romano ha podido ser conocido gracias a la consideración de materiales no jurídicos. Un breve comentario de estas fuentes, en ARIAS/ARIAS (1988), pp. 14-15; BERNAD (2001), pp. 39-44; DE CHURRUCA/MENTXAKA (2007), pp. 20-23.
- ²⁷² BRUGI (1946) § 2, p. 3; PACHECO (1962), p. 246; PACHECO (1990), p. 315; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51.
- ²⁷³ PACHECO (1962), p. 246; LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 510; PACHECO (1990), p. 315; VESCOVI (2011), § 12, p. 75.
- ²⁷⁴ Bajo esta idea, un monumento arqueológico puede ser considerado fuente de conocimiento del derecho. En este sentido: DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 95.

Una crítica que se ha formulado en la comprensión de las fuentes del derecho en el sentido evaluado en este punto, consiste de que la atención ha quedado muy centrada en el estudio directo de las fuentes formales, en vez de aquellas formas de conocimiento indirecto, como lo serían las exposiciones de motivos o las discusiones al interior del órgano legislativo²⁷⁵.

Sin embargo, algunos autores separan abiertamente las nociones de “fuentes del conocimiento” y “fuentes históricas”, reservando para los segundos a “los ordenamientos jurídicos anteriores en el tiempo que han influido en la formación de un ordenamiento jurídico posterior”²⁷⁶. Nos parece que esta distinción resulta artificial, ya que una y otra sólo se diferencian desde un punto de vista temporal; con las primeras, se conoce el derecho de hoy, mientras que las segundas permiten identificar el derecho pretérito. Se trata de una distinción artificial porque, en ambos casos, lo que se busca es “conocer”²⁷⁷ cómo es el derecho, y de qué se encuentra compuesto en un determinado tiempo, sea pasado o futuro²⁷⁸.

Esta noción tiene claramente un contenido instrumental, porque lo que se pretende es el conocimiento de un determinado derecho positivo²⁷⁹, a través de la revisión de estos materiales. Estos últimos constituyen el medio a través del cual se puede acceder al modo de producción respectivo²⁸⁰. Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a descartar que este sentido pueda asignarse a las “fuentes del derecho”, debido a que ellas no producen disposiciones jurídicas, sino que descubren su existencia²⁸¹.

Por último, cabe observar casos aislados en los cuales se describe como sinónimo de “fuentes materiales”²⁸², e incluso es asumida en un sentido sociológico, cuando se habla del “lugar de conocimiento de la norma”, aludiendo más bien a la norma según la cual conceptualiza la sentencia, la ley o la doctrina²⁸³.

5.2. En cuanto medios de inspiración

Por último, algunos autores han destacado la existencia de las llamadas “fuentes de inspiración”, de las cuales obtienen los órganos jurídicos los criterios normativos²⁸⁴. También pareciera aludirse a esta clase de idea, cuando se habla de las “fuentes indirectas”,

²⁷⁵ Acusa esta circunstancia SQUELLA (2012), pp. 566-567.

²⁷⁶ ESCANDÓN (2003), p. 72.

²⁷⁷ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 96.

²⁷⁸ En un sentido similar: WILLIAMS (1999), p. 133; SQUELLA (2011), p. 285.

²⁷⁹ ESCOBAR (1990), p. 76.

²⁸⁰ Una particularidad en este punto lo constituye el derecho romano, respecto del cual se sostiene una identificación entre las formas de producción y conocimiento del derecho; esto, porque las fuentes de producción eran textos. En este sentido se pronuncian ARIAS/ARIAS (1988), p. 14; BETANCOURT (2007), p. 46.

²⁸¹ GARRIDO (2002), p. 192.

²⁸² MESSINEO (1979), § 4, p. 64; SANTOS (2003), p. 221.

²⁸³ MADILE (1989), p. 145.

²⁸⁴ PRIETO (2015), p. 153.

las cuales se describen como un “medio de integración, interpretación y complementación de las fuentes de producción”²⁸⁵.

Serían de este tipo las costumbres sociales²⁸⁶ de las cuales el legislador o los jueces se sirven para completar la noción de “buen padre de familia”, que se emplea en algunas normas, como ocurre en materia de culpa leve (CCCh., art. 44)²⁸⁷.

También se acudiría a ellas en el ámbito penal, dado que en este orden normativo se acusa la presencia de “conceptos indeterminados que deben ser dotados de contenido teniendo en cuenta los comportamientos sociales”²⁸⁸. Serían los casos de “imprudencia” o “menoscabando su fama”²⁸⁹.

§ 6. LA “FUENTE” DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Otro sentido en que se utiliza la expresión “fuente”, se aplica respecto de los derechos subjetivos. En consecuencia, bajo esta expresión se cubre el origen de aquellas facultades que se comprenden dentro de la noción propia de “derecho subjetivo”²⁹⁰.

Esta clase de concepción es la que se emplea en la literatura civilista para aludir al problema de las “fuentes de las obligaciones”²⁹¹. Por tanto, constituyen fuente de derechos el contrato²⁹², o la ley, o los hechos ilícitos (CCCh., arts. 1437 y 2284). El testamento es citado igualmente en cuanto fuente de derechos subjetivos²⁹³.

Respecto de esta acepción, se menciona que la fuente de los derechos subjetivos es el derecho objetivo, entendiéndose así que el origen de la facultad de obrar procede y mana de la norma objetiva²⁹⁴.

Nuevamente se aprecia en todos estos supuestos que tal noción se emplea en el sentido de explicar el “origen”.

²⁸⁵ MUÑOZ/GARCÍA (2010), pp. 115-116.

²⁸⁶ PRIETO (2015), p. 153; MUÑOZ/GARCÍA (2010), p. 116.

²⁸⁷ PRIETO (2015), p. 153.

²⁸⁸ MUÑOZ/GARCÍA (2010), p. 116.

²⁸⁹ MUÑOZ/GARCÍA (2010), p. 116.

²⁹⁰ CASTÁN (1988), p. 411; OTADUY (2012), p. 120.

²⁹¹ Un análisis crítico acerca del concepto “fuente de obligaciones” puede consultarse en DEL ARCO/PONS (1984), pp. 652-653.

²⁹² DE DIEGO (1922), p. 157.

²⁹³ DE DIEGO (1922), p. 157.

²⁹⁴ OTADUY (2012), p. 120.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

A partir de las formulaciones expuestas, queda de manifiesto que el derecho construye un vocabulario, a través del cual pretende explicar y describir su contenido y principales expresiones. Una de ellas lo constituye el concepto “fuentes del derecho”.

Se trata de una idea que emana del mundo de la naturaleza, a través de la cual se ha pretendido construir una teoría general, la cual pretende explicar, en forma integral, el nacimiento del derecho y sus principales formas de manifestación.

A fin que quienes estudian y aplican el derecho puedan comprender el sentido de esta idea formativa, es que se acude a una figura retórica, que consiste de la metáfora. Con ella, se pone en evidencia una determinada imagen, que permite al destinatario comprender –de la forma más sencilla posible– el fenómeno o realidad que se trata de describir.

El principal problema que presenta esta teoría, es que el concepto en que se apoya terminó expandiéndose, y fue adquiriendo una serie de significados. Empero, todos ellos pretenden asignar a la voz “fuente” un sentido de “origen”, con independencia de los enfoques desde los cuales se pretenda su estudio.

El significado de las “fuentes del derecho” se encuentra atravesado por una serie de consideraciones, que trascienden a cuestiones propiamente formales. Mediante el recurso a las fuentes del derecho es posible la reconstrucción de un ordenamiento jurídico pasado, como asimismo identificar los principales elementos de fundamento del derecho. También pretende la explicación de los órganos y procedimientos a través de los cuales se crea la norma jurídica, y las formas concretas normativas que surgen a través de ese procedimiento de formación. Por último, permite identificar las diversas doctrinas que persiguen explicar el derecho, y sus concepciones finalmente afectan la comprensión de estas fuentes.

Capítulo II:

**UNA APROXIMACIÓN AL ORIGEN HISTÓRICO-DOGMÁTICO DE LA
TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO**

SUMARIO: Sección 1: Formación: § 1. Situación del derecho romano: 1.1. En los escritos literarios: 1.1.1. “Fuente” como “fundamento del derecho” - 1.1.2. “Fuente” como el “origen inmediato de las normas”; 1.2. En los textos jurisprudenciales: 1.2.1. “Fuente” en cuanto “origen” - 1.2.2. “Fuente” en su sentido estricto; 1.3. De vuelta al sentido metafórico – **§ 2.** Situación del derecho castellano – **§ 3.** La recepción de la voz “fuentes” en la obra de Grocio – **§ 4.** La noción francesa de las fuentes del derecho: 4.1. Descripción: 4.1.1. Las bases preliminares - 4.1.2. La codificación; 4.2. Consecuencias – **§ 5.** La escuela histórica del derecho y la conformación moderna de las “fuentes del derecho”: 5.1. Descripción; 5.2. Consecuencias.- **Sección 2: Su inserción e impacto en el derecho positivo: § 1.** Situación general del Derecho Privado: 1.1. Su consagración en los códigos civiles: 1.1.1. Antecedentes: (a) El Código Civil de Italia; (b) El Código Civil de Portugal; (c) El Código Civil de España; (d) El Código Civil y Comercial de Argentina - 1.1.2. Contenido: (a) Su incorporación al Código Civil; (b) La construcción normativa de una “teoría” de “fuentes del derecho”; (c) La solidez histórica del Código Civil; (d) La “paternidad histórica” del Código Civil; 1.2. Significado; 1.3. Críticas – **§ 2.** Situación general del derecho público: 3.1. Derecho administrativo: 3.1.1. Planteamiento - 3.1.2. Pérdida de valor; 3.2. Derecho constitucional – **§ 3.** Otros ámbitos normativos – **§ 4.** Perspectivas para el derecho chileno: 4.1. Las obras jurídicas iniciales; 4.2. Su incorporación curricular; 4.3. El tratamiento posterior; 4.4. En cuanto al traslado del debate al ámbito del derecho público; 4.5. En cuanto a una futura reforma al Código Civil chileno.- **Sección 3: Síntesis.**

Un aspecto que usualmente no se encuentra en los relatos sobre la teoría de las fuentes del derecho, consiste en la precisión de su origen histórico. La literatura jurídica parece dar a entender que se trata de una categoría de común aceptación en cuanto a su existencia y manifestaciones, pero no aparece relatado con claridad el momento a partir del cual se produce la incorporación del concepto en el ámbito jurídico, ni tampoco se explica desde cuándo comenzó a formarse su contenido.

Esta clase de vacío tiene destacadas excepciones²⁹⁵, de las cuales nos serviremos para tratar dos aspectos que nos parecen de relevancia. Por una parte, trataremos de constatar las bases históricas del recurso a la expresión “fuentes del derecho” (**Sección I**), y cómo ha sido aplicada en los distintos ámbitos disciplinarios (**Sección II**).

La importancia que reviste el análisis histórico de la teoría de las fuentes del derecho, se encuentra en que la propia comprensión de esta teoría da cuenta de la relevancia normativa que las distintas sociedades han dado a los diversos poderes sociales generadores del derecho²⁹⁶. Asimismo, la propia historia del derecho constituye, según ha podido destacarse, en una historia de las fuentes del derecho²⁹⁷.

SECCIÓN 1: FORMACIÓN

Las primeras manifestaciones del uso de la palabra “fuentes” o del concepto más o menos explícito de “fuentes del derecho”, incluyendo su comprensión en varios sentidos, se aprecia en las fuentes romanas (§ 1). Esta palabra sobrevivirá a la Edad Media, a través de su incorporación en las Siete Partidas (§ 2), y su utilización por parte de GROCIO (§ 3).

Se completa este recuento histórico con la revisión de la noción que los juristas franceses pretendieron asignarle (§ 4), y la que finalmente emana de la “escuela histórica del derecho”, la cual marca su consolidación (§ 5).

§ 1. SITUACIÓN DEL DERECHO ROMANO

Los autores destacan que la “teoría de las fuentes del derecho” es muy tardía en el contexto de la historia del derecho. No se trata de una obra que forme parte del patrimonio teórico del derecho romano²⁹⁸, aunque sí podemos constatar algunas luces sobre su uso en el vocabulario técnico. Por lo demás, se trata de una categoría conceptual moderna que le sirve a la literatura romanista para organizar el estudio de las distintas clases de normas que se dictaron durante la vigencia de dicho ordenamiento.

En efecto, en las fuentes romanas existen algunas referencias aisladas hacia la expresión “fuente”, careciendo de la fuerza conceptual para ser comprendidas de la manera en que se implementan por la dogmática contemporánea.

²⁹⁵ Tal es el caso de MARÍN (1999), pp. 353-358, donde se esboza una teoría a partir de su origen histórico.

²⁹⁶ MARÍN (1999), p. 353.

²⁹⁷ MARÍN (1999), p. 353.

²⁹⁸ HERNÁNDEZ-TEJERO (1989), p. 17, señalando que los romanos “casi nunca” la emplearon, y que sólo lo hicieron a propósito de las XII Tablas.

Se ha sostenido que la idea de “fuente del derecho” difiere según se analizan los escritos literarios (1.1.), y los jurisprudenciales (1.2.).

1.1. En los escritos literarios

Los autores han entendido que la expresión “fuente” era utilizada en los escritos literarios romanos de manera metafórica²⁹⁹. Fruto de ello, es que se constatan al menos de dos maneras: en cuanto “fundamento del derecho” (1.1.1.), y “el origen de las normas de derecho”³⁰⁰ (1.1.2.).

1.1.1. “Fuente” como “fundamento del derecho”

En la literatura jurídica romana existente, se sindicó un pasaje del Libro *De las Leyes* de CICERÓN (1, 1, 6)³⁰¹, como el primero que adoptaría la expresión “fuente” (*fons*) en su sentido metafórico³⁰².

Esta descripción revela una distinción entre las ideas de “origen del derecho” y “fuente” de éste, la cual se explica en el sentido de la búsqueda del primer punto de nacimiento del derecho³⁰³. El diálogo relatado da cuenta de la necesidad de buscar un estado originario de la República romana, en el cual se encuentran las leyes que se estiman más adecuadas.

Un punto interesante en la discusión es la vinculación de la “raíz del derecho”, identificándola en la “naturaleza”, concepto que debe recordar la idea de la naturaleza humana, cual es el origen del derecho natural concebido por el jurista romano del período clásico.

La suma de estas consideraciones son las que permiten afirmar que el sentido de la voz “fuente” queda enlazada con la búsqueda del fundamento del derecho, el cual pareciera

²⁹⁹ En este sentido: GARCÍA (2001), p. 59; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 17; BETANCOURT (2007), p. 46.

³⁰⁰ VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 17.

³⁰¹ El texto del siguiente tenor:

“Marco. ¿Quieres, pues, que vayamos a buscar el origen del derecho mismo desde su fuente? Hallado el cual, no habrá duda adónde hayan de ser referidas estas cosas que inquirimos.

“Quinto. Así creo yo en verdad que debe hacerse.

“Ático. Adscribeme también a la opinión de tu hermano.

“Marco. Pues toda vez que para nosotros hay necesidad de tener y conservar el estado de aquella República que Escipión, en aquellos seis libros, enseñó ser la mejor, y todas las leyes deben ser acomodadas a aquel género de ciudad, y las costumbres han de ser sembradas, y no todas las cosas sancionadas en escritos, iré á buscar la raíz del derecho en la naturaleza, siendo guía la cual hay para nosotros necesidad de que sea explicada toda disputación.

“Ático. Rectísimamente; y en modo alguno puede, por cierto, errarse con esa guía”.

³⁰² DÍEZ-PICAZO (2011), p. 112. Destaca el recurso de esta voz en la literatura ciceroniana, LOIS (2003), p. 69; OTADUY (2012), p. 119.

³⁰³ ZULETA (1987), p. 107; LOIS (2003), p. 69.

vincularse a la naturaleza humana. Esta circunstancia no significaría una novedad a la época de CICERÓN, dado que el uso de la palabra “fuente” no era ajeno al vocabulario romano, ya que era empleado para aludir a las *fons philosophiae* o a las *fons sapientiae*³⁰⁴. Lo que sí constituye novedad, es que se la incorpore al léxico jurídico.

Existe una segunda obra de CICERÓN en la cual se trata en apariencia sobre el problema de las fuentes del derecho, *De Inventione* II, 65³⁰⁵. Este relato, que da cuenta de una disputa judicial, señala el rol que le corresponde a las partes, indicando que ellas deberán examinar “los fundamentos del derecho”. En la versión original en latín de este texto se lee en su lugar *ius ex quibus rebus contest*. La importancia de esta obra es que sería sindicada más tarde por SAVIGNY como el origen del concepto “fuente del derecho”³⁰⁶. Su particularidad es insistir en la idea que el origen mismo del derecho se encuentra en la naturaleza humana, punto a partir del cual emanan los derechos (subjettivos) de las personas, las cuales progresivamente se van incorporando en las que conocemos modernamente como “fuentes formales”, que son la costumbre y la ley.

1.1.2. “Fuente” como el “origen inmediato de las normas”

Nuevamente se hace uso de la expresión “fuentes”, ahora en la obra del historiador TITO LIVIO *Décadas de la Historia de Roma* (3, 34)³⁰⁷.

³⁰⁴ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 113.

³⁰⁵ CICERÓN (1997), 2, 65, pp. 236-237: “Veamos ahora los preceptos relativos a este estado de causa. Ambas partes (o todas, si hay más de dos partes implicadas) deben examinar los *fundamentos del derecho*. Su origen está manifiestamente en la *naturaleza*. Ciertos derechos pasaron luego a la *costumbre* en virtud de su utilidad, fuera ésta evidente o no. Luego otros, justificados por la costumbre o considerados útiles, fueron consagrados por la *ley*”.

Hacemos presente que NÚÑEZ, traductor de la obra, incorpora una cita a pie de página a propósito de las palabras “fundamentos del derecho” (*ibíd.*, nota 59, p. 237), manifestando explícitamente que esta expresión es sinónima de “fuentes del derecho”, destacando que CICERÓN ha ensayado tanto en esta obra como en sus *Tópicos* (23, 90) las clasificaciones de estas últimas (*partes iuris*).

Esto implica que el traductor entiende las “fuentes del derecho”, y por consecuencia los “fundamentos del derecho”, en un sentido normativo.

³⁰⁶ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 114.

³⁰⁷ El texto dice: “Mientras, así los más encumbrados como los más humildes disfrutaban de su rápida e imparcial administración de justicia, como emitida por un oráculo, y al mismo tiempo prestaban atención a la elaboración de las leyes. Estaban especialmente interesados en que las leyes fuesen al fin escritas en diez tablas que serían exhibidas en una Asamblea especialmente convocada para ese fin. Deseando que su trabajo aportase bienestar y felicidad al Estado, a ellos y a sus hijos, los decenviros les propusieron ir y leer las leyes que se exhibían. “Tanto como lo permite la sabiduría y previsión de diez hombres, han establecido leyes iguales para todos, tanto los que más tienen como los que menos; pero será de más ayuda que la multitud las debata. Deberá cada uno examinar cada ley por separado, discutirla con los demás y presentar al debate público lo que parezca superfluo o incorrecto de cada decreto. Las futuras leyes de Roma deben ser tales que parezcan haber sido unánimemente propuestas por el propio pueblo, en vez de que éste las haya ratificado a propuesta de otros.” Cuando parecía que habían sido suficientemente modificadas de acuerdo con lo que todos habían expresado, las Leyes de las Diez Tablas fueron aprobadas por los comicios centuriados. Incluso en la enormidad de la legislación actual, donde las leyes se apilan unas sobre otras en un

La particularidad de esta cita es que se le atribuye ser la primera vez en la cual se hace uso de la voz “fuente”³⁰⁸, con alguna reminiscencia jurídica, y que se comprende precisamente como sinónimo de “origen”; ello, debido a que estima la Ley de las XII Tablas como la fuente de todo derecho, tanto público como privado³⁰⁹. Asimismo, si consideramos la alusión formulada indirectamente por HERNÁNDEZ-TEJERO, sería a partir de este texto en que, por primera vez, se acude a la expresión analizada.

En contra, DÍEZ-PICAZO sostiene que es el texto ciceroniano el primero en adoptar el significado propio de “origen del derecho”, y que la palabra “fuente” se popularizó con posterioridad, y es precisamente de este éxito en su uso que sería empleada por TITO LIVIO³¹⁰.

1.2. En los textos jurisprudenciales

Las obras jurisprudenciales romanas dan cuenta de dos sentidos para la voz “fuente”. El primero, recuerda el “origen” (1.2.1.). El otro, es que más se aproxima a la concepción propia de las fuentes formales del derecho (1.2.2.).

1.2.1. “Fuente” en cuanto “origen”

Los autores sostienen la presencia de una nomenclatura diferente, a la hora de aludir a la fuente del derecho, y en su lugar se acudía a la voz “origen” (*origo*)³¹¹. Esto quedaría atestiguado en una serie de pasajes del *Digesto*, conforme se indicará a continuación.

En primer lugar, se aprecia en el epígrafe del Título II del Libro Primero del *Digesto*, que se llama “*Sobre el origen del Derecho y de todas las magistraturas y sobre la tradición de los prudentes*”.

Enseguida, se cita el Comentario de la Ley de las XII Tablas del jurisconsulto GAYO, contenido en *Dig.* 1, 2, 1, en donde vuelve a reiterar este significado de “origen”³¹².

confuso montón, aún son la fuente de toda la jurisprudencia pública y privada. Después de su ratificación, corrió el rumor de que faltaban dos tablas; si fuesen añadidas, el cuerpo, por así decir, de las leyes romanas quedaría completo. Conforme se acercaba el día de las elecciones, esta impresión produjo el deseo de nombrar decenviros para un segundo año. Los plebeyos habían aprendido a detestar el título de “cónsul” tanto como el de “rey”, y ahora que los decenviros admitían apelar a uno de ellos contra la decisión de otro, no necesitaban más la ayuda de sus tribunales”.

Junto con esta obra, se cita a AULIO GELIO en su obra *Noches Áticas* (10, 20, 7), cuando indica que la *rogatio* del magistrado es la *fons* de la ley. GARCÍA (2001), p. 59, nota a pie de página 50; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 20.

³⁰⁸ IGLESIAS (1989), p. 23.

³⁰⁹ ZULETA (1987), p. 107.

³¹⁰ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 113.

³¹¹ BETANCOURT (2007), p. 46.

³¹² Dice el texto: “Al tener que hacer la interpretación de las leyes antiguas, he creído necesario remontarme primero a los orígenes de Roma, no porque quiera escribir extensos comentarios, sino

Se cita también un comentario de POMPONIO que se contiene en *Dig.* 1, 2, 2 pr., y que constituye el punto de partida de un extenso relato acerca del origen del Derecho Romano³¹³; y del mismo jurisconsulto, confirmando el objetivo de sus explicaciones, se cita en *Dig.* 1, 2, 2, 13³¹⁴.

Como se apreciará en las tres referencias aquí aportadas, todas ellas aluden al problema del “origen” del derecho romano, y relacionándolo con sus antecedentes históricos³¹⁵. La expresión, siendo así, se emplea en un sentido temporal, en donde se incentiva al intérprete a que conozca el nacimiento de Roma y de su derecho, a fin de tener una idea cabal del significado de las normas que pretende aplicar e interpretar.

El tratamiento que se hace en este punto por el Digesto ha sido considerado por algunos autores, según da cuenta DÍEZ-PICAZO, el punto de partida para la idea moderna de las “fuentes del derecho”, ya que se trata del punto a partir del cual trabajarán los comentaristas de estos pasajes, y se irá difundiendo en la literatura jurídica del siglo XVIII³¹⁶.

1.2.2. “Fuente” en su sentido estricto

Sin embargo, la manera en que son utilizadas en el contexto literal llevan a apuntar que existe un recurso, por lo menos “inconsciente”, para entenderlas en un sentido propio de las fuentes formales. Pero se trata de un recurso que carece de una precisión en lo técnico, porque en las principales disposiciones en que se recuerda cuáles serían las “fuentes formales” del derecho romano, esta expresión no concurre³¹⁷.

Es lo que ocurre en la descripción del “derecho civil” (*ius civile*) que ofrecía el jurisconsulto PAPIANO, contenido en *Dig.*, 1, 1, 7:

porque estimo que, en todas las cosas, es perfecto lo que consta de todas sus partes. Y, ciertamente, el principio es la parte más importante de cualquier cosa. Por otro lado, si parece que no es lícito, por decirlo así, a los abogados en el foro, exponer el asunto al juez sin haber proferido un exordio ¿cuánto más inconveniente será para los que prometen una interpretación tratar inmediatamente la materia de la interpretación, omitiendo los comienzos, no mencionando el origen y, por decirlo así, sin haberse lavado las manos? Pues, salvo que yerre, estos exordios nos conducen con más agrado a la lectura de la materia propuesta y, cuando allí llegamos, facilitan su mejor comprensión”.

Algunos autores, como LOIS (2003), p. 70, sostienen que se usa en este pasaje la voz “fuentes” en el sentido de “modos de producción” del derecho.

³¹³ El pasaje reza: “Así, pues, nos parece necesario exponer el origen y desarrollo del derecho”.

³¹⁴ La compilación dice en este punto: “Una vez conocidos el origen y el desarrollo del derecho es consecuente que examinemos las denominaciones y origen de los magistrados, porque como hemos expuesto, el derecho efectivo se realiza mediante aquellos que tienen la jurisdicción, porque ¿qué importaría que hubiera un derecho en la ciudad si no hubiera quienes pueden aplicarlo en su jurisdicción? Después de esto trataremos enseguida de la tradición de los autores, porque no puede conservarse el derecho si no hay algún jurisperito gracias al cual pueda perfeccionarse cotidianamente”.

³¹⁵ En un sentido similar, OTADUY (2012), p. 119.

³¹⁶ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 113.

³¹⁷ Formula esta acotación VALLET DE GOYTISOLO (2004), pp. 16-17.

“Papiniano, en el libro segundo de Definiciones. El derecho civil es el que proviene de las leyes, de los plebiscitos, de los senadoconsultos, de los decretos de los príncipes y de la autoridad de los expertos”.

Esta descripción se entiende basada en una visión autoritaria del derecho³¹⁸, en la cual se consigue distinguir el órgano de creación o producción, de la clase específica de norma que es creada por su intermedio³¹⁹. En cuanto a la primera afirmación, se destaca que aquí ya existiría una manifestación propia de las llamadas “fuentes de producción de las normas”³²⁰.

Como se apreciará, aunque no existe un uso directo de la voz “fuente del derecho”, vemos que los juristas romanos ya tenían un claro conocimiento sobre el conjunto de partes integrantes de su ordenamiento jurídico. Esta clase de listado es lo que precisamente hemos visto que corresponde al significado de la expresión “fuentes formales”³²¹.

1.3. De vuelta al sentido metafórico

La utilización de la voz “fuente” en su sentido metafórico aparece implementado, aunque en el período justiniano³²². En este sentido, se destaca que, en la entrada de la escuela de derecho de Bizancio, estaba escrita la admonición:

“Soy un lugar consagrado a las leyes. De aquí nace una rica fuente del Derecho Romano que discurre eternamente para todos y ofrece sus manantiales a la juventud aquí reunida”³²³.

En definitiva, los juristas romanos no entendieron la expresión “fuente” en el sentido asumido por la teoría moderna de las fuentes, y sólo se quiere explicar el origen temporal del derecho de la época³²⁴.

§ 2. SITUACIÓN DEL DERECHO CASTELLANO

³¹⁸ GARCÍA (2001), p. 59, nota a pie de página 51.

³¹⁹ GARCÍA (2001), p. 59, nota a pie de página 51.

³²⁰ MIQUEL (1992), p. 36.

³²¹ AMUNÁTEGUI (2016), p. 50, destaca que los romanos “fueron los primeros en sintetizar las fuentes de su propio derecho”.

Una exposición general sobre las fuentes formales, a partir de los textos de la compilación justiniana, puede consultarse en IGLESIAS (1989), pp. 23-34.

³²² GARCÍA (2001), p. 59, nota a pie de página 50.

³²³ GARCÍA (2001), p. 59, nota a pie de página 50.

³²⁴ ZULETA (1987), p. 108.

El uso de la expresión “fuente” no se volverá a ver en otra fuente romana. Tendrá que esperarse hasta la dictación de las Siete Partidas del rey ALFONSO X EL SABIO, para constatar una referencia que tenga alguna clase de significado jurídico. Vemos reflejada esta expresión, e incluso con el recurso al origen de la metáfora, en la Ley 1, del Título 1 de la Partida Tercera³²⁵.

El pasaje utiliza el concepto de “fuente” en el sentido de establecer que la justicia es el fundamento del derecho³²⁶.

La alusión a la norma castellana sirve para sostener que la expresión “fuente” era conocida por los juristas americanos que tuvieron que acudir a este cuerpo legislativo como norma vigente.

Los autores explican que durante la Edad Media, el esfuerzo oficial y académico consistió de la creación de sistemas jerarquizados, dada la enorme proliferación de normas jurídicas, y que decantaron en la instauración de “órdenes de prelación”³²⁷.

Siendo así, el resultado de este proceso consiste de la regulación de la organización de las fuentes formales existentes en la época. Este proceso transcurrió durante los siglos XV al XVIII³²⁸, período que se puede dividir en dos etapas. Hacia la segunda mitad del siglo XIV y primeros decenios del siglo XVII, la concepción sobre las fuentes del derecho es la metafórica³²⁹. Por el contrario, veremos que entre los siglos XVII y XVIII, se adoptará una construcción más técnica, propia de la parte general del derecho privado³³⁰.

³²⁵ La fuente señala en este punto: “Arraigada virtud es la justicia según dijeron los sabios, que dura siempre en las voluntades de los hombres justos, y da y comparte a cada uno igualmente su derecho. Y comoquiera que los hombres mueren, sin embargo ella, cuanto en sí, nunca desfallece, antes queda siempre en los corazones de los vivos inclinados al derecho y buenos; y aunque diga la Escritura que el hombre justo cae en yerro siete veces en día, porque él no puede obrar siempre lo que debía por la flaqueza de la naturaleza que hay en él, con todo eso su voluntad debe estar aparejada siempre para hacer el bien y cumplir los mandamientos de la justicia. Y porque ella es tan buena en sí que comprende todas las otras virtudes principales, así como dijeron los sabios, por ello la semejaron a la fuente perennal que tiene en sí tres cosas, la primera que así como el agua que de ella sale, nace hacia oriente, así la justicia mira siempre hacia donde nace el sol verdadero, que es Dios y por eso llamaron los santos en las escrituras a nuestro señor Jesucristo sol de Justicia; la segunda, que así como el agua de tal fuente corre siempre, y tienen los hombres mayor sabor de beber de ella porque sabe mejor y es más sana que otra, otrosí la justicia siempre es en sí que nunca se recorta ni mengua, y reciben en ella mayor sabor los que la demandan y la han de menester más que en otra cosa; la tercer, que así como el agua de esta fuente es caliente en invierno y fría en verano, y la bondad de ella es contraria a la maldad de los tiempo, así el derecho que sale de la justicia quita y contrasta todas las cosas malas y desaguisadas que los hombres hacen”.

³²⁶ ZULETA (1987), p. 108.

³²⁷ MARÍN (1999), p. 353.

³²⁸ MARÍN (1999), p. 353.

³²⁹ ZULETA (1987), p. 108.

³³⁰ ZULETA (1987), p. 108.

§ 3. LA RECEPCIÓN DE LA VOZ “FUENTES” EN LA OBRA DE GROCIO

Otro importante hito para la utilización de la expresión “fuente”, en alguna clase de significado o connotación jurídica, se encuentra en la obra de HUGO GROCIO, *Del Derecho de la Guerra y la Paz*. Se relata en el § 15 de los Prolegómenos³³¹.

GROCIO utiliza la expresión “fuente” como sinónimo del fundamento del derecho³³², y en este caso, el fundamento del deber de cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*).

Esta clase de análisis llevará a sustentar que existe un ordenamiento normativo eterno y universal, el cual es suficiente para resolver cualquiera clase de conflicto jurídico, cual es el derecho natural, pero éste no constituye sino un conjunto de criterios abstraídos por los hombres, “con ocasión de someter los repartos al sentimiento racional de la justicia”³³³.

Esta corriente de pensamiento dará origen a la “escuela iusracionalista”, la cual primará en las corrientes de pensamiento jurídicos de los siglos XVII y XVIII³³⁴.

§ 4. LA NOCIÓN FRANCESA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Esta parte de la exposición requiere una descripción histórica específica (4.1.), la cual se revelará tiene importantes consecuencias para el período posterior (4.2.).

4.1. Descripción

Dos hitos son importantes en esta revisión; la obra de POTHIER (4.1.1.) y el Código Civil (4.1.2.).

4.1.1. Las bases preliminares

Algunos autores han señalado que el significado moderno de la expresión “fuentes del derecho”, se encontraría en el Prefacio de las *Pandectas* de POTHIER. El mismo da cuenta la tradición seguida por los comentaristas del *Dig. 1, 2, 2*, en donde se refiere a que “las fuentes fueron cuatro” (*quatour fuere fontes*), recordando que ellas consistían en las leyes

³³¹ GROCIO (1925), § 15, pp. 14-15: “Y además, como sea de derecho natural cumplir lo pactado (pues era necesario entre los hombres algún modo de obligarse, ni se puede excogitar (sic) otro modo natural, de esta misma fuente dimanaron los derechos civiles. Porque los que se juntaron en alguna comunidad, o se sometieron a uno o a varios hombres, éstos, o prometieron expresamente, o por la naturaleza del acto debieron entender que tácitamente prometían seguir lo que determinasen, o la mayor parte de la asamblea, o aquellos en quienes se había delegado la potestad”.

³³² ZULETA (1987), p. 108; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 18.

³³³ GOLDSCHMIDT (1996), núm. 223, p. 215.

³³⁴ GOLDSCHMIDT (1996), núm. 223, p. 215.

escritas, las acciones que nacen de ellas y las interpretaciones que se habían dado de ellas, los edictos de los pretores y de los demás magistrados, y la jurisprudencia³³⁵, lo cual se conocería en la actualidad como las “fuentes formales”.

Esta obra será traducida al francés, pero con la particularidad de que “*fons*” será leída en dicho idioma como “*sources*”. Esta expresión será implementada en el lenguaje jurídico galo en forma general, no sólo dentro del ámbito de la teoría del derecho (*sources du droit*), sino también del derecho civil (*sources des obligations*).

Este origen será criticado, dado que el mismo sólo tiene por objeto describir las fuentes del derecho romano, y porque se incorporan algunas categorías que difícilmente se podrían aceptar, en clave contemporánea, como fuentes del derecho, como ocurre en este último caso con la *interpretatio* o las *disputationes fori*³³⁶.

4.1.2. La codificación

Las principales concepciones del derecho surgidas a partir del iusnaturalismo racionalista decantarán en la base conceptual para los primeros procesos de codificación, cuyo punto cumbre se encuentra en el Código Civil francés.

La estructura del Código Civil francés, y así ocurrirá igualmente con las restantes codificaciones inspiradas en esta última, como es el caso de la chilena, giran sobre la base de partir con una definición de “ley”, y delimitando el campo de aplicación de las restantes fuentes formales. Básicamente, entendiéndose la ley como una norma jurídica general y abstracta, emanada de la voluntad soberana, se convierte en la principal fuente jurídica, alrededor de la cual girarán el resto de las demás.

Paradójicamente, el desarrollo de las fuentes del derecho en el Código francés era mínimo, dada la pretensión de sistematizar la totalidad del derecho vigente, y la derogación del preexistente, de modo que no cabe otra fuente que no sea la ley³³⁷. Es por ello que se explique que sean los Códigos los llamados a juzgar si la costumbre constituirá o no derecho, o el valor jurídico de las sentencias judiciales, o la eventual aplicación de los principios jurídicos o la equidad natural.

4.2. Consecuencias

El resultado de esta clase de razonamiento afectará a la concepción de las fuentes, desde varios niveles. En primer lugar, se asume al legislador como el principal órgano de creación del derecho. En segundo lugar, la principal fuente formal es la ley³³⁸, aunque con un

³³⁵ DÍEZ-PICAZO (2011), pp. 116-117.

³³⁶ En este sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO (2011), p. 117.

³³⁷ En este sentido, ZULETA (1987), pp. 122-123; LOIS (2003), p. 73.

³³⁸ MARÍN (1999), p. 354. Esta actitud supuso, en paralelo, desdeñar la importancia de la costumbre como fuente del derecho (RECASÉNS, 1996, p. 171). En las más de las veces, limitando su marco de procedencia, como ocurrió con el caso de Chile (CCCh., art. 2.º).

eventual reconocimiento acerca de su sujeción a la Constitución³³⁹. En tercer lugar, dada la preeminencia de la ley, en perjuicio de otras fuentes, da a entender que es el poder político el principal llamado a resolver cuáles serán las normas vinculantes para la sociedad, de modo que las fuentes del derecho tienen un origen político³⁴⁰, más que social. En cuarto lugar, que detrás del problema de las fuentes hay más bien un circunloquio, puesto que quien está llamado a resolver cuáles son las normas y sus características, es el propio derecho, traducido en otras normas jurídicas³⁴¹.

Esta estructura es la que explica que la cultura jurídica, como la española o la chilena, acomoda tan rápidamente el estudio de las fuentes del derecho alrededor de la determinación de las distintas clases de normas presentes dentro del ordenamiento jurídico, y que deberá aplicar el juez en la resolución del conflicto que se le formule³⁴².

§ 5. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO Y LA CONFORMACIÓN MODERNA DE LAS “FUENTES DEL DERECHO”

Trataremos en qué consistió su postulado (5.1.) y principales consecuencias (5.2.).

5.1. Descripción

Según hemos indicado, la expresión “fuentes del derecho” no existió en el derecho romano. Se trata de una voz desconocida dentro de las compilaciones y en los manuales de enseñanzas clásicas y postclásicas que existen disponibles³⁴³. Sólo la veremos reflejada como tal, por primera vez, dentro de la escuela histórica del derecho³⁴⁴, atribuyéndose su autoría a SAVIGNY³⁴⁵, quien las plasmó en su obra *Sistema de Derecho Romano Actual*. Es

³³⁹ Es lo que ocurrió con la definición de “ley”, prevista en el art. 1.º CCCh., al disponer que ésta se manifiesta “en la forma prevista por la Constitución”.

³⁴⁰ DE PABLO (2018), p. 70.

³⁴¹ DE PABLO (2018), pp. 70-71.

³⁴² Compartiendo el diagnóstico, nos alejamos, en parte, del razonamiento seguido por DE PABLO (2018), pp. 70-71, quien sostiene que la tarea de la literatura jurídica tradicional es la detección y análisis de “la norma o normas que regulan la creación de las demás”.

En rigor, tal tarea sólo se desarrolla dentro del estudio del derecho constitucional, que es la sede natural para discutir esta cuestión específica. Muy brevemente la tocan los manuales de derecho civil, que en el caso de Chile la circunscriben más bien a prevenir sobre las reglas de promulgación y publicación de la ley, que forman parte de la fase final del proceso de creación de ésta.

³⁴³ AMUNÁTEGUI (2016), p. 49, refiere que su uso en el sentido propio de una metáfora nace en la Edad Moderna.

³⁴⁴ BASCUÑÁN (1960), núm. 80, p. 150; ZULETA (1987), p. 109; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 159; MARÍN (1999), p. 354; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 20.

³⁴⁵ DE DIEGO (1922), p. 132; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 159; VALLET DE GOYTISOLO (2004), p. 20; OTADUY (2012), p. 119; DE PABLO (2018), p. 70.

Se ha insinuado que el primero en hacer uso de este concepto, es J. F. PUCHTA, en su obra *El Derecho Consuetudinario*, publicada en 1829, teniendo a la vista que SAVIGNY publicó su tratado sólo a partir de 1840. Esto ha motivado a sostener a algunos autores que la autoría corresponde al

por ello que se sostenga que la formalización de la teoría sobre las fuentes del derecho se encuentra recién a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX³⁴⁶.

Conforme las enseñanzas de SAVIGNY, las fuentes del derecho son las causas del nacimiento del derecho en general, o las “causas determinantes del derecho”³⁴⁷, y bajo esta idea se comprenden tanto las instituciones jurídicas, como las reglas jurídicas que se infieren en virtud de un proceso de abstracción de las primeras³⁴⁸.

Un punto particular en la doctrina de este jurista, consiste en que la tarea de investigación sobre el origen del derecho, desemboca en la idea del “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*)³⁴⁹. SAVIGNY afirma que el derecho nace del “espíritu del pueblo”³⁵⁰, y las fuentes del derecho no son sino las formas de manifestación de esta conciencia común³⁵¹, lo cual evitaría que la ley se convierta en “la obra de una especulación de gabinete”³⁵². El resultado de este razonamiento consiste en que las fuentes tienen dos significados; son la causa de nacimiento del derecho (se entiende al “espíritu del pueblo” como fuente), y también la manifestación de este espíritu³⁵³. Dada esta circunstancia, el derecho será el producto específico de cada pueblo en un momento determinado³⁵⁴, y que dentro del análisis de las fuentes se comprendan los factores o hechos que, acaso, influyan en su decisión³⁵⁵.

Desde un punto de vista normativo, SAVIGNY distinguió las normas generales, de los actos jurídicos singulares; y las fuentes históricas, de las fuentes normativas. En su concepto, por “fuentes” sólo podían comprenderse “las formas de expresión de normas generales”³⁵⁶.

primero. (MONTES *et alt.*, 1993, p. 74). Incluso se destaca que, en forma previa a SAVIGNY, fue HUGO quien utilizó las palabras “fuente de las verdades jurídicas” (*quellen der iuristischen wahrheiten*), aunque con un sentido distinto del aquí analizado (LOIS, 2003, p. 69, n. 5).

En contra de esta aseveración se han elevado dos observaciones. La primera, es que PUCHTA fue discípulo de SAVIGNY (MONTES *et alt.*, 1993, p. 74; LOIS (2003), p. 69, n. 5; Díez-PICAZO, 2011, p. 117). La segunda, es que esta relación académica permite suponer que el origen de esta doctrina haya sido realmente las enseñanzas de SAVIGNY (LOIS (2003), p. 69, n. 5; Díez-PICAZO, 2011, p. 117).

Se hace presente que SAVIGNY adhirió a varias ideas sostenidas por PUCHTA, como el fundamento de la costumbre como fuente del derecho, según da cuenta OTADUY (2012), p. 119; afirmación esta última que podría reducir la potencia de la crítica. Postula el fortalecimiento de la costumbre como fuente del derecho en esta doctrina, GUIBOURG (2000), p. 188.

Algunas notas adicionales relativas a la originalidad de la autoría, en MARÍN (1999), p. 355.

³⁴⁶ GORDILLO (s/f), p. 19.

³⁴⁷ GUIBOURG (2000), p. 179.

³⁴⁸ MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 159.

³⁴⁹ DE DIEGO (1922), pp. 132-133; MONTES *et alt.* (1993), p. 74; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 159; GOLDSCHMIDT (1996), núm. 223, p. 215; RECASÉNS (1996), p. 171.

Según ROSS (1994), p. 334, quien introdujo este término fue PUCHTA.

³⁵⁰ GOLDSCHMIDT (1996), núm. 223, p. 215.

³⁵¹ DE DIEGO (1922), p. 133; GUIBOURG (2000), p. 179.

³⁵² RECASÉNS (1996), p. 171.

³⁵³ MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 159.

³⁵⁴ GOLDSCHMIDT (1996), núm. 223, p. 215.

³⁵⁵ DE PABLO (2018), p. 71.

³⁵⁶ OTADUY (2012), p. 119.

Por nuestra parte, agregaremos que esta clase de dinámica permite visualizar que la noción “fuente del derecho” se asimila a dos de los sentidos que hemos reseñado: a las fuentes formales, y al fundamento último del derecho.

5.2. Consecuencias

Desde un punto de vista de la evaluación de esta doctrina, su mérito se basa en ser la primera que considera los factores histórico-sociológicos en las cuales el derecho se genera³⁵⁷. Asimismo, se manifiesta que las ideas de SAVIGNY fueron fundamentales porque el concepto se extendió al resto de la literatura pandectística alemana, como ocurrió con DERNBURG y WINDSCHEID, entre otros³⁵⁸.

Desde un punto de vista de su enfoque, se ha sostenido que tenía una perspectiva privatista³⁵⁹, y que coincide con el origen del Estado Liberal de Derecho, en donde la ley, entendida como una manifestación de la voluntad soberana, es la principal fuente³⁶⁰. El Parlamento mantiene en esta perspectiva la producción normativa fundamental, sentando las bases del positivismo, operando en forma exclusiva frente a la costumbre y la jurisprudencia³⁶¹. La perspectiva privatista bajo la cual se construyó la teoría de las fuentes del derecho también significó que sólo se estudiaran las normas ya producidas, pero no el proceso de producción, quedando ellas en un segundo plano y su carácter jurídico pasa “despercibido”³⁶².

Con todo, se ha criticado que la escuela histórica pueda ser tenida como la precursora del concepto contemporáneo de las fuentes formales. Esto, porque ella habría tenido como propósito directo más bien atacar el predominio del derecho legal en el sistema de fuentes, aludiendo directamente al modelo francés³⁶³. Por otro lado, su crítica no parece haber logrado efectividad, dado que el entendimiento actual de esta teoría se efectúa bajo la concepción francesa-codificada³⁶⁴, fuertemente formalista³⁶⁵, que no constituyó un mayor objeto de atención el problema de los antecedentes fácticos que contribuyen a la creación, modificación o derogación de las normas jurídicas, desdeñando de esta forma la importancia de las fuentes materiales, su reserva para el estudio de otras disciplinas

³⁵⁷ BASCUÑÁN (1960), núm. 80, p. 151.

³⁵⁸ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 118.

³⁵⁹ MARÍN (1999), p. 355; LOIS (2003), p. 78; HENRÍQUEZ (2009), p. 18. Sin atribuirle relación directa a esta corriente de pensamiento, pero coincidiendo en este origen de la teoría de las fuentes, BALAGUER (2018), p. 65.

³⁶⁰ HENRÍQUEZ (2009), p. 18; BALAGUER (2018), p. 65.

³⁶¹ HENRÍQUEZ (2009), p. 18; BALAGUER (2018), p. 65.

³⁶² LOIS (2003), p. 78.

³⁶³ DE PABLO (2018), p. 70.

³⁶⁴ El análisis puede ser consultado en MARÍN (1999), pp. 354-355.

³⁶⁵ MONTES *et al.* (1993), p. 74.

jurídicas³⁶⁶, e incluso que las doctrinas u opiniones de los juristas carezcan en general de fuerza normativa³⁶⁷.

En cualquier caso, los juristas franceses tuvieron acceso a la noción pandectística, y finalmente influye en los autores españoles, citándose a DE DIEGO (1922) como un autor decisivo para la incorporación y masificación del concepto y concepciones³⁶⁸.

SECCIÓN 2: SU INSERCIÓN E IMPACTO EN EL DERECHO POSITIVO

Los antecedentes abordados en esta evolución histórica tendrán finalmente un efecto en la manera en que se concibe la teoría de las fuentes.

En forma general, se estudiarán los efectos generados en el derecho privado (§ 1), público (§ 2), en algunas disciplinas especiales (§ 3), formulando algunas observaciones finales para el derecho chileno (§ 4).

§ 1. SITUACIÓN GENERAL DEL DERECHO PRIVADO

Como fue señalado, el derecho privado fue el lugar a partir del cual se originó la teoría de las fuentes del derecho. Empero, aquí se ha producido una situación particular, y es que esta teoría se ha consagrado en los textos positivos.

Una de las dificultades que evidencia la doctrina dedicada al derecho privado para discutir en profundidad sobre las fuentes materiales del derecho, conforme se ha estudiado, es la forma en que entiende el sentido de “fuentes del derecho”. En definitiva, ello ocurre por la rápida asimilación a la categoría específica de “fuentes formales”, y también a una carencia de interés en la distinción, que podría justificarse en que estas cuestiones serían un problema de la aplicación del derecho que de la legislación³⁶⁹.

La asimilación de la noción de “fuentes del derecho” como sinónima de “fuentes formales”, y la dedicación profundizada a estas últimas, no es patrimonio de la doctrina chilena. Pero la peculiaridad es que en el derecho comparado existiría un interés en orden a consagrar

³⁶⁶ Lo usual es que se diga que el análisis del ámbito de poder que determina la creación de normas se considera un problema “de índole sociológica que trasciende el ámbito de lo jurídico, al menos si se le entiende en sentido estricto”. MONTES *et al.* (1993), p. 75. En el mismo sentido, ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83.

³⁶⁷ DE PABLO (2018), p. 71.

³⁶⁸ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 118.

³⁶⁹ En este último sentido, DÍEZ-PICAZO (1993), p. 4.

reglas explícitas que pretenden abordar el problema de las fuentes del derecho, y que se incorporan al Código Civil.

Esta clase de procedimiento lo denominaremos “positivización de la teoría de las fuentes del derecho”. Se trata de un fenómeno respecto del cual conviene formular un análisis crítico, debido a que asume una determinada concepción acerca de tales fuentes.

Analizaremos cómo es que se consagra en los códigos civiles (1.1.), su significado (1.2.), y las principales críticas que emanan de esta clase de metodología (1.3.).

1.1. Su consagración en los códigos civiles

En esta primera parte se efectuará una descripción general de la forma en que algunos códigos civiles han decidido positivizar la teoría de las fuentes del derecho.

Presentaremos algunos de estos ejemplos (1.1.1.), y luego se compararán en sus principales aspectos (1.1.2.).

1.1.1. Antecedentes

En forma sucesiva, serán abordadas las redacciones asumidas por los códigos civiles de Italia (a), Portugal (b) y España (c)³⁷⁰. Recientemente debemos citar el Código Civil y Comercial de Argentina (d).

(a) El Código Civil de Italia

Uno de los primeros textos modernos en contemplar una regulación integral sobre las fuentes del derecho, fue el Código Civil de Italia (1942). Éste, contiene un Capítulo I de las “*Disposizioni sulla legge in generale*”, y que se llama “De las fuentes del derecho”. En el mismo se contempla un listado que pretende señalar cuáles son las “fuentes del derecho”.

Tal listado se encuentra en el art. 1.º, mencionando que “[s]ono fonti del diritto” las siguientes: “*le leggi*”; “*i regolamenti*”, y “*gli usi*”³⁷¹.

Esta norma es la primera con la cual se abre el orden de materias contemplada por el Código, de modo que se ha intentado destacar ya en este punto cuál es la conformación normativa del derecho civil italiano. Conforme se observa del tenor, el legislador italiano ha intentado explicar el significado de las fuentes del derecho, y que debería entenderse aplicable al resto del ordenamiento jurídico, dado que no ha reducido el ámbito de esta norma sólo al derecho civil. Acusada esta circunstancia, las limita a tres, ignorando otras,

³⁷⁰ GUZMÁN (2000), p. 32, aunque curiosamente omite el ejemplo español.

³⁷¹ Cada una de estas fuentes comprende, respectivamente, los N.º 1), 2) y 4). En el N.º 3) se enumeraba entre las fuentes a “*la norma corporativa*”, el cual fue derogado en virtud de una ley de 23 de noviembre de 1944.

como es el caso de la Constitución, e incluso los principios generales del derecho. Por último, queda de manifiesto que el legislador quiso asignar un significado formal a las fuentes del derecho, ignorando la situación en que se encuentran las fuentes materiales.

(b) El Código Civil de Portugal

Con posterioridad, este modelo se replica por el Código Civil de Portugal (1966). Éste trata sobre el tema con ocasión del Libro I, que contiene la “Parte General”. Su Capítulo I, contenido en el Título I (*Das leis, sua interpretação e aplicação*), se llama “*Fontes do direito*”.

El art. 1.º explica cuáles son las llamadas “*Fontes imediatas*”, indicando:

“1. São fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas.

“2. Consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes; são normas corporativas as regras ditadas pelos organismos representativos das diferentes categorias morais, culturais, económicas ou profissionais, no domínio das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos.

“3. As normas corporativas não podem contrariar as disposições legais de carácter imperativo”.

Al igual que lo que ocurre con el caso italiano, el Código Civil de Portugal persigue enumerar las fuentes del derecho, sin precisar el ámbito descriptivo de esta enumeración. Sólo contempla la ley y las normas corporativas. El tenor del concepto de fuentes es claramente, en este punto, formal.

(c) El Código Civil de España

Otro caso en que se ha seguido este esquema descriptivo, es el Código Civil de España (1889), el cual lleva como epígrafe para el Capítulo I del Título Preliminar, la de “Fuentes del Derecho”, y luego formula su listado en el núm. 1 de su art. 1.º, diciendo que:

*“Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*³⁷².

Debe destacarse que la redacción de esta norma no es originaria, dado que constituye el resultado de la reforma legislativa sufrida por el Código durante el período 1973-1974, a través de la dictación de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, y del Decreto 1836/1974, de 30 de mayo³⁷³.

³⁷² Una revisión jurisprudencial acerca de las fuentes consagradas por la legislación española, en MARÍN (2000), pp. 3-5.

³⁷³ ALBÁCAR/MARTÍN-GRANIZO (1995), pp. 3-4. En cuanto al fundamento de esta reforma, la doctrina no se encuentra de acuerdo. Se ha dicho que el legislador español reformador intentó que se respetara

Con anterioridad, se decía que el concepto de “fuentes del derecho” era de carácter, “extralegal”³⁷⁴, “escolar o teórico”³⁷⁵, y se asumía incluso que su ocupación era reservada tradicionalmente al derecho civil³⁷⁶. En consecuencia, el mérito de esta reforma se traduce en la incorporación del concepto “fuentes”³⁷⁷.

Conforme es una tendencia normativa, adopta en esta norma el sentido asignado a las fuentes formales³⁷⁸.

(d) El Código Civil y Comercial de Argentina

Por último, puede citarse el Código Civil y Comercial de Argentina, aprobado en virtud de la Ley N.º 26.994, y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

Trata sobre la materia en su Título Preliminar. En el mismo, el art. 1.º, que lleva por nombre “*Fuentes y aplicación*”, señala:

“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Una lectura preliminar de esta norma arroja que ella no enuncia directamente las fuentes del derecho, a pesar de la denominación que se le quiso asignar. Empero, esta circunstancia se ve compensada por su tenor, la cual permite inferir un catálogo de fuentes, que se entienden nuevamente en un sentido formal. A diferencia de lo que ocurre con las restantes normas estudiadas, el caso argentino se diferencia en el sentido de reducir su campo de aplicación al derecho civil.

1.1.2. Contenido

la totalidad de la numeración de los artículos comprendidos en el Título Preliminar, con el objetivo de “evitar la destrucción ordinal de los artículos del Código en toda su extensión” (VÁSQUEZ, 1999, p. 28).

En contra, se afirma que los motivos de esta modificación no se conocen de una manera suficiente, y se especula que se habría tratado de “un designio en cierta medida pedagógico o didáctico” (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 4).

³⁷⁴ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 123.

³⁷⁵ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 123.

³⁷⁶ MOLAS (2016), p. 199; ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 81.

³⁷⁷ ALBÁCAR/MARTÍN-GRANIZO (1995), p. 4.

³⁷⁸ BELTRÁN (2000), p. 77.

Las normas italiana, portuguesa, española y argentina se caracterizan por una fórmula común. En todos estos casos constituyen la norma de partida del Código Civil, los cuales revelan un propósito descriptivo de las fuentes del derecho reconocidas en estos ordenamientos. Ello se refleja por compartir, salvo Argentina, una redacción propia de “fuentes del derecho”, sin especificaciones de su ámbito de aplicación.

Los principales aspectos que serán revisados en este punto, se refieren al hecho de incorporarse estas normas en el Código Civil **(a)**, el esfuerzo de construir una teoría normativa de las fuentes del derecho **(b)**, la justificación de su ubicación por la solidez histórica de esta clase de textos **(c)**, y la pretendida “paternidad histórica” del Código Civil para tratar estos asuntos **(d)**.

(a) Su incorporación al Código Civil

Se refleja en la metodología utilizada por estos Códigos una pretensión de generalidad³⁷⁹, lo cual se explica por varios factores. El primero de ellos, es que se hubiera incorporado en el Código Civil, en vez de un texto como la Constitución³⁸⁰, el cual podría estimarse la sede más adecuada para un tratamiento general de las fuentes jurídicas, teniendo en cuenta que el derecho civil constituye el derecho común³⁸¹. Ello significará, en principio, que las fuentes enumeradas en esta clase de normas serían comunes para todo el ordenamiento jurídico³⁸². Asimismo, su ubicación en la parte general asegura que las soluciones que puedan extraerse de ella puedan extenderse a los distintos ámbitos jurídicos, quedando a estas últimas la resolución de las cuestiones más específicas y que surjan desde éstas³⁸³.

Por lo demás, una peculiaridad en el sistema jurídico continental, es la estabilidad relativa de las codificaciones civiles, incluso por sobre los textos constitucionales³⁸⁴, lo cual justificaría un deseo de brindar una norma con algún grado de consenso general, de común aceptación, más estable en lo institucional y con pocas posibilidades de derogación en un breve o mediano plazo³⁸⁵; incluso hasta el punto de decirse que el Código Civil es una

³⁷⁹ VÁSQUEZ (1999), pp. 28-29; CARRASCO/ZURILLA (2012), p. 41.

³⁸⁰ Se trata de un procedimiento no sólo válido para España, sino que en general fue seguido en el ámbito europeo, conforme da cuenta DE OTTO (1991), § 23, p. 83.

³⁸¹ DE OTTO (1991), § 23, p. 83; DíEZ-PICAZO (1993), p. 4.

³⁸² VILLAR/VILLAR (1999), p. 62.

³⁸³ En un sentido similar se pronuncian PARADA (2012), p. 37; GARRIDO (2002), p. 192.

³⁸⁴ En el sistema continental es muy frecuente que el Código Civil existente en un país sobreviva las diversas mutaciones constitucionales. Por lo pronto, la doctrina destaca esta circunstancia, conforme puede leerse: “El baile de Constituciones que se suceden unas a otras sin grandes diferencias entre sí no es frecuente, pero sí es posible”. DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO (1994), p. 216. La misma cita se encuentra en DE ESTEBAN (1998), p. 243.

³⁸⁵ LACRUZ (2019), p. 22.

suerte de “Constitución”³⁸⁶, e incluso teniendo “valor constitucional”³⁸⁷, que al día de hoy ya no resultaría justificado³⁸⁸.

Estas circunstancias se repiten igualmente en el tenor de estas normas, cuando hablan de las “fuentes del derecho”, o de las fuentes del “ordenamiento jurídico español” se compone de tres clases de fuentes, las cuales enumera; ni siquiera las reduce al derecho civil, sino que se tratarían de todas aquellas fuentes formales que integran el derecho español. Esta afirmación quedaría confirmada por el carácter exhaustivo de estas normas, lo cual determina que el conjunto de fuentes del derecho se sujeta al esquema del *numerus clausus*³⁸⁹, no existiendo más principios que aquellos consagrados en la norma; todo lo cual quedaría confirmado por el uso de la conjunción “y” en la norma³⁹⁰.

(b) La construcción normativa de una “teoría” de “fuentes del derecho”

En segundo término, los códigos descritos incorporan esta clase de normas en un título o capítulo de naturaleza general o preliminar, recordando así la estructura propia de una “parte general” del derecho civil.

En esta clase de ubicaciones, los Códigos Civiles encuentran un punto de ejercicio de una pseudo “teoría general del derecho”, en donde se persigue identificar las distintas fuentes que se encuentran al interior del ordenamiento jurídico.

Esta clase de ubicación forma parte de la tradición, ya que se toma de las sistematizaciones propias de las obras de DOMAT, en donde el tratamiento de las distintas instituciones jurídicas era precedido de una determinación de las distintas clases de normas existentes.

El modelo, recopilado en forma inicial de manera académica, luego se traspasa al Código Civil francés, que en este punto inspirará al Código Civil de Chile y España³⁹¹, a más de los supuestos estudiados.

(c) La solidez histórica del Código Civil

En tercer lugar, y también desde un punto de vista histórico, el Código Civil ha constituido, en forma general, la primera clase de cuerpo legal³⁹², incluso antes que las propias

³⁸⁶ LACRUZ *et alt.* (2006), p. 116, hablando de su “importancia cuasi-constitucional”.

³⁸⁷ LASARTE (2004), p. 46.

³⁸⁸ Esto lo pone en evidencia, DíEZ-PICAZO, desde el momento en que la Constitución de 1978 cumple las funciones de sentar las bases para la actuación del Poder Legislativo, y limita la posible actuación de éste en el respeto a lo que es un cuerpo jurídico con pretensión de eficacia normativa inmediata (DíEZ-PICAZO, 1993, p. 5).

Coincidiendo en la imposibilidad para asignar a esta norma un valor jerárquico superior, se pronuncian DE OTTO (1991), § 23, p. 83; VÁSQUEZ (1999), p. 29.

³⁸⁹ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 105.

³⁹⁰ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 105.

³⁹¹ DíEZ-PICAZO (1993), p. 4; ESPIN (2016), pp. 58-59.

³⁹² DíEZ-PICAZO (1993), p. 4; LACRUZ *et alt.* (2006), p. 116.

Constituciones, lo cual explicaría que, por una tradición jurídica, se trate sobre las fuentes en el Título Preliminar³⁹³.

En este contexto, las Constituciones ni siquiera eran consideradas en términos jurídicos³⁹⁴, sino más bien políticos³⁹⁵, de modo que el conjunto de fuentes partía desde la ley³⁹⁶.

Esta clase de ubicación constituyó la aplicación más evidente de la fuerza que adquirió el principio de supremacía de la ley, y de la estructura fuertemente centralizada del Estado democrático-liberal europeo³⁹⁷, la cual pretendía marcar un punto de separación respecto del mundo feudal, caracterizado por el derecho consuetudinario³⁹⁸.

(d) La “paternidad histórica” del Código Civil

En cuarto lugar, y relacionada con la idea anterior, se entiende que el origen de la teoría de las fuentes del derecho se encuentra bajo el alero del derecho privado³⁹⁹, siendo su incorporación a la dinámica del derecho público muy posterior, sindicándose a la “Escuela de Viena” como la principal propulsora del nuevo tratamiento⁴⁰⁰.

1.2. Significado

Respecto de la redacción asumida por estas normas, si bien se reconoce que bajo el concepto de “fuentes de derecho” se alude a los medios de expresión de la norma jurídica⁴⁰¹, y se entiende en el sentido de aludir a las “fuentes de producción”⁴⁰², también existiría un reconocimiento implícito a la presencia de ciertas “instituciones o grupos sociales legitimados para crear las normas jurídicas”⁴⁰³.

En este sentido, desde el momento en que se reconoce a la “ley” como fuente, también se asumiría que hay reconocimiento de las Cortes Generales, como pasa con el derecho español; tratándose de la costumbre, se reconoce que los miembros del pueblo pueden crearlas⁴⁰⁴.

La importancia de esta clase de normas se encuentra para aquellos regímenes que se declaren eventualmente carentes de un particular y específico sistema de fuentes formales

³⁹³ DE OTTO (1991), § 23, p. 85; DÍEZ-PICAZO (1993), p. 4; MUÑOZ (2006), p. 30; ESPIN (2016), p. 58.

³⁹⁴ ESPIN (2016), p. 58.

³⁹⁵ PÉREZ (2007), p. 18.

³⁹⁶ PÉREZ (2007), p. 18.

³⁹⁷ Según afirma DE OTTO (1991), § 23, p. 83.

³⁹⁸ BALAGUER (2018), p. 70.

³⁹⁹ ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 81; BALAGUER (2018), p. 70.

⁴⁰⁰ ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 81.

⁴⁰¹ URÍA (2002), p. 17; LASARTE (2004), p. 45.

⁴⁰² VÁSQUEZ (1999), p. 29; VICENT (2008), p. 87.

⁴⁰³ LASARTE (2004), p. 45.

⁴⁰⁴ LASARTE (2004), p. 45.

de las que emanen sus normas, conforme se ha declarado para el caso del derecho mercantil⁴⁰⁵.

1.3. Críticas

La importancia que adquiere esta norma, desde el punto de vista dogmático, consiste que este listado tendrá también influencia en la forma de exposición por parte de su doctrina⁴⁰⁶. Empero, adolece de algunas falencias que deberán ser tratadas a continuación.

Una falla general de esta clase de metodología es la de provocar un círculo vicioso⁴⁰⁷. Como señala ROSS, para que pueda determinarse qué es una fuente del derecho, deberá presuponerse un conocimiento de las fuentes del derecho, lo cual precisamente no ocurre cuando es una norma jurídica la que viene en decidir cuáles son las fuentes⁴⁰⁸. Se supone que, lo que llama el autor “doctrina de las fuentes del derecho” supone que debe ser deducida de las distintas clases de normas⁴⁰⁹ (Constitución, ley, tratados). En una forma similar es que GORDILLO sostenga que no es posible enumerar y jerarquizar las fuentes formales sólo a partir del dato formal de su inserción en una norma legal⁴¹⁰.

Se trata de un listado que, lejos de originar consensos entre los autores⁴¹¹, ha llevado a una serie de críticas, dado su carácter incompleto⁴¹², impreciso y vago⁴¹³. No menciona la Constitución⁴¹⁴, los tratados internacionales⁴¹⁵, ni las normas provenientes del derecho comunitario⁴¹⁶, las leyes autonómicas en el caso español⁴¹⁷, ni las normas emanadas de los órganos de la Administración⁴¹⁸. Tampoco admitiría otras fuentes propuestas por los

⁴⁰⁵ Es la afirmación formulada, para el derecho español, por URÍA *et alt.* (2006), p. 49. En este mismo sentido deberíamos situar a VICENT (1991), p. 38, y VICENT (2008), p. 87, desde el momento que declara que el sistema de fuentes del derecho mercantil español no sería distinto del consagrado por el Código Civil. Coinciden en esto último SÁNCHEZ/SÁNCHEZ-CALERO (2018), pp. 44-45.

⁴⁰⁶ Entre otros, podemos ver este sistema en DE CASTRO (1984), pp. 327-346; PUIG (1987), pp. 64-65; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), pp. 93-95.; ALBALADEJO (2009), pp. 77-140.

⁴⁰⁷ ROSS (1994), p. 102.

⁴⁰⁸ ROSS (1994), p. 102.

⁴⁰⁹ ROSS (1994), p. 102. Debemos destacar que el autor entiende por “doctrina de las fuentes del derecho” la descripción detallada que la ciencia jurídica hace de cada una de las fuentes y de su importancia relativa dentro de un orden jurídico específico (ROSS, 1994, p. 100).

⁴¹⁰ GORDILLO (s/f), p. 23.

⁴¹¹ No formula críticas respecto del listado de fuentes, a pesar de añadir un sistema de escala, ALBÁCAR/MARTÍN-GRANIZO (1995), p. 5.

⁴¹² BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 213; MOLAS (2016), p. 200.

⁴¹³ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 208.

⁴¹⁴ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 106; ROBLES (2015), pp. 164-169. Indirectamente, PARADA (2015), p. 47.

⁴¹⁵ PÉREZ (2007), p. 20; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 106; ROBLES (2015), pp. 164-169; BILBAO *et alt.* (2018), p. 316.

⁴¹⁶ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 107; ROBLES (2015), pp. 164-169; PARADA (2015), p. 47; ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 81.

⁴¹⁷ PÉREZ (2007), p. 20; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 107; PARADA (2012), p. 39; ROBLES (2015), pp. 164-169; PARADA (2015), p. 47; BILBAO *et alt.* (2018), p. 316.

⁴¹⁸ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 106; ROBLES (2015), pp. 164-169; BILBAO *et alt.* (2018), p. 314.

autores, como la doctrina⁴¹⁹, la jurisprudencia⁴²⁰, la equidad⁴²¹, la analogía⁴²², el contrato⁴²³, entre otros. En paralelo a estas omisiones, conviene considerar que se ha observado un fenómeno de pluralización de las fuentes jurídicas, tanto nacionales como internacionales y supranacionales⁴²⁴. Por tanto, esta clase de normas no son técnicamente correctas⁴²⁵.

Se critica la nomenclatura empleada. La norma habla de las “fuentes del ordenamiento jurídico”, como pretendiendo hacerla sinónimo de “fuentes del derecho”. Esta nomenclatura sería contradictoria con la explicación tradicional de “ordenamiento jurídico”, en la forma propuesta por SANTI ROMANO, porque ella engloba no sólo las distintas normas que la conforman, sino también a los órganos de producción y de aplicación del derecho, e incluso los principios y valores que rigen en éste⁴²⁶.

También se denuncia que la determinación exacta de las fuentes del derecho no puede obtenerse necesariamente de una norma jurídica que los enumere, sino que será el resultado de “una labor compleja de construcción hermenéutica”⁴²⁷, a fin de establecer la respuesta exacta y completa.

Desde un punto de vista de la “competencia sistemática” de esta cuestión, se ha dicho que una delimitación de las fuentes del derecho parece más bien una tarea propia de la Constitución⁴²⁸, de modo que su análisis sería más bien propio del derecho constitucional, o que todo lo relativo a las fuentes que se trata en el Código Civil se encuentra “subordinada” a la Constitución⁴²⁹, la cual ha hecho más complejo y abultado el sistema de fuentes⁴³⁰. Incluso se llega a sostener que esta clase de esfuerzos convierten a tales normas privadas en obsoletas⁴³¹.

En relación a la falta de jerarquía constitucional, la identificación de las fuentes del derecho se hace en virtud de una norma que tiene la naturaleza propia de una ley⁴³². Dado este origen, el legislador no queda vinculado a ella, y podrá alterarla, modificarla e incluso

⁴¹⁹ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 105.

⁴²⁰ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 214; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 105.

⁴²¹ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 105.

⁴²² FALCÓN Y TELLA (2011), p. 105.

⁴²³ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 105.

⁴²⁴ En este sentido, ZULETA (1987), pp. 124-132; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 204.

⁴²⁵ LOIS (2003), pp. 81-82, n. 39.

⁴²⁶ DÍEZ-PICAZO (2011), pp. 123-124.

⁴²⁷ ROBLES (2015), p. 169.

⁴²⁸ GORDILLO (s/f), pp. 23-24; DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; BERCOVITZ (1996), p. 43; GETE-ALONSO (2001), p. 55; MUÑOZ (2006), p. 30; LACRUZ *et alt.* (2006), p. 116; PARADA (2012), p. 38; PARADA (2015), p. 46; ÁLVAREZ/TUR (2018), pp. 81-82; LACRUZ (2019), p. 22.

⁴²⁹ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; PÉREZ (2007), p. 19; PARADA (2012), p. 39; MOLAS (2016), p. 200. Hablando de que las normas civilistas son “complementarias” de la Constitución, BILBAO *et alt.* (2018), p. 316. El Código Civil es válido en la medida que no vulnere la Constitución, conforme destaca DE OTTO (1991), § 23, p. 85.

⁴³⁰ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 208.

⁴³¹ LOIS (2003), p. 81.

⁴³² PARADA (2012), p. 38.

derogarla⁴³³, ya sea totalmente, ya sea respecto de determinados ámbitos jurídicos⁴³⁴, conforme se verá a continuación. El resultado de esta ubicación es que ella sólo obliga al intérprete, el juez y la doctrina, la cual deberán observar a la hora de la interpretación y aplicación de la ley⁴³⁵.

Se previene sobre el valor relativo de algunas de las fuentes enumeradas dentro de las disciplinas jurídicas especiales. Esto significa que, a pesar de la enumeración de las fuentes del derecho contenida en el Código Civil, e incluso aceptándose su supuesta aplicación general, existirían algunas áreas jurídicas en las cuales sería imposible el reconocimiento de fuerza obligatoria a algunas fuentes, como lo son las costumbres o los principios generales del derecho, por sujetarse éstos a importantes reservas legales, o por su sujeción al llamado “principio de legalidad”. Son las situaciones típicas del derecho penal, tributario, y el derecho público interno⁴³⁶.

En cuanto al argumento histórico de la primacía del derecho civil para tratar sobre esta clase de asuntos, se ha destacado que su ubicación en esta sede podría ser más bien un mero azar, teniendo a la vista que la totalidad de las demás disciplinas jurídicas deben dedicarse a estudiar en forma preliminar sobre las fuentes del derecho⁴³⁷.

Por último, se ha dicho que la enumeración de fuentes del derecho que se contiene en la norma quede circunscrita sólo al derecho privado⁴³⁸, lo cual se explicaría porque la construcción de las fuentes del derecho se efectúa desde la Constitución, y que sólo vale en cuanto resulta compatible con el sistema de fuentes europeo y el constitucional⁴³⁹.

§ 2. SITUACIÓN GENERAL DEL DERECHO PÚBLICO

⁴³³ En contra, BALAGUER (2018), p. 71, señala que una alteración singular de los preceptos contenidos en el Título Preliminar del Código Civil podría afectar a principios constitucionales como el de seguridad jurídica, lo cual podría ser impugnada por inconstitucional, a la luz del art. 9.3 de la Constitución española.

⁴³⁴ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 4.

⁴³⁵ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 4.

⁴³⁶ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; COBO/VIVES (1999), p. 136; GARRIDO (2002), p. 196; MUÑOZ/GARCÍA (2010), pp. 115-118; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 124; LACRUZ (2012), p. 31.

⁴³⁷ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 127.

⁴³⁸ VICENT (1991), p. 37; DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; BERCOVITZ (1996), p. 43; GETE-ALONSO (2001), p. 55; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 124; CARRASCO/ZURILLA (2012), p. 41; LACRUZ (2012), p. 30; BERCOVITZ (2009), p. 39, en este último caso, con indicación que incluso las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre las distintas fuentes que reconozcan. Por su parte, LASARTE (2004), p. 47, recuerda que a la luz del artículo 149 de la Constitución española, la “determinación de las fuentes del derecho” constituye una cuestión de competencia exclusiva del Estado; en el mismo sentido, MUÑOZ (2006), p. 31.

En contra, sosteniendo que la validez de esta norma se extiende a todo el ordenamiento jurídico, en vez de tan sólo al derecho civil, LACRUZ (2019), p. 22.

⁴³⁹ PARADA (2012), p. 39.

Una mirada hacia la literatura dedicada al derecho público, también da cuenta de un estado particularmente propicio a entender las “fuentes” en un sentido estrictamente vinculado hacia las formales, desconociendo a las materiales.

Cabe destacar, en base a consideraciones históricas, que la doctrina de las fuentes del derecho adquirirá, a partir de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, una perspectiva propia del derecho público. Particularmente se acepta que el origen de esta nueva perspectiva se produjo en Alemania, como consecuencia del concepto “dualista” de la ley⁴⁴⁰.

Esta concepción publicista de las fuentes del derecho tendrá como expresión máxima la doctrina de Kelsen, dado que a partir de este autor se sostiene que la Constitución sirve de medida para la determinación de la vigencia y validez del derecho⁴⁴¹. Asimismo, tendrá consecuencias en la concepción conceptual, dado que se reemplazará la expresión “fuentes del derecho” por la de “modos de producción jurídica”⁴⁴², preocupándose finalmente la doctrina por abordar el proceso de producción normativa⁴⁴³. Esto explica que los estudios contemporáneos en torno a la teoría de las fuentes del derecho provengan desde especialistas en el ámbito constitucional y administrativo⁴⁴⁴, según veremos a continuación.

3.1. Derecho administrativo

A partir de una exposición general (3.1.1.), se apreciará cómo es que la teoría de las fuentes ha perdido valor en la terminología de esta disciplina jurídica (3.1.2.).

3.1.1. Planteamiento

Esto se puede comprobar en las obras que se dedicaron al estudio del derecho administrativo, donde sus primeras obras entienden la expresión “fuentes del derecho” en un sentido equivalente al que se conoce hoy como las fuentes formales, avanzando en un estudio profundizado de su contenido y distintas divisiones, y desconociendo la noción de fuentes materiales.

Así, podemos ver que se entiende por “fuentes del derecho” a “los hechos, entidades y organismos que lo generan”, o “la forma que el derecho toma en su trayectoria entre su gestación y su aplicación”⁴⁴⁵. Esto constituye una novedad, suponiendo que otra parte importante de las obras ni siquiera explican qué entienden por “fuentes”, aunque

⁴⁴⁰ HENRÍQUEZ (2009), p. 18.

⁴⁴¹ HENRÍQUEZ (2009), p. 19; BALAGUER (2018), pp. 67 y 70.

⁴⁴² MARÍN (1999), p. 357.

⁴⁴³ LOIS (2003), p. 78.

⁴⁴⁴ Se ha sostenido que en el derecho administrativo es donde las fuentes del derecho adquiere una importancia superior. En este sentido, PARADA (2012), p. 37.

⁴⁴⁵ SILVA (1958), p. 22.

claramente el tratamiento detallado de lo que se conoce como “fuentes formales” nos da una pista sobre el significado faltante⁴⁴⁶.

3.1.2. *Pérdida de valor*

Hacemos presente que algunos autores rechazan, directa o indirectamente, denominar esta teoría de la forma usual, y simplemente se dedican a abordar el problema de las distintas normas que forman parte del “ordenamiento jurídico administrativo”⁴⁴⁷.

Otros, aunque conservan el recurso a la noción de “fuentes del derecho”, no manifiestan un interés directo en abordar su significado, sino simplemente abordan la composición y ordenación jerárquica de las normas que las comprenden⁴⁴⁸, e incluso advirtiendo que “son las mismas que las de las restantes ramas del derecho”⁴⁴⁹, o acusando que su análisis detallado forma parte de otras disciplinas jurídicas⁴⁵⁰, limitándose a discutir algunas cuestiones indispensables para el tratamiento posterior de la materia⁴⁵¹.

3.2. Derecho constitucional

Una mirada a la literatura general permite afinar el recurso a la expresión “fuentes”, aunque en algunos casos no resulta explicado su significado⁴⁵², debiendo asumirse que se interpreta como sinónima de “fuentes formales”, tras comprobarse el análisis detallado de lo que tradicionalmente se estimaría comprendida en ella⁴⁵³. Otros explican su significado, pero traducido únicamente bajo el sentido propio de las fuentes formales⁴⁵⁴.

En todo caso, es más frecuente apreciar la dicotomía explicitada, aunque en este proceso se aprecia que la importancia de la distinción cede notoriamente a favor de las primeras, en desmedro de las segundas, las cuales no merecen una mayor atención por parte de la literatura jurídica. Las obras que comprenden esta última perspectiva incluso ahondan en descartar que las fuentes materiales sean “como las verdaderas fuentes del derecho”, siendo

⁴⁴⁶ Es lo que ocurre con VARAS (1940), núm. 12, p. 20, y JARA (1948), p. 27.

⁴⁴⁷ Es el procedimiento empleado por MORELL (1998), p. 64; MARTÍN-RETORTILLO (2007), pp. 101-108; MUÑOZ (2006), pp. 23-310; MUÑOZ (2009), pp. 37-69; BERMEJO (2013), pp. 75-137; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2015), pp. 87-91; COSCULLUELA (2017), pp. 55-58; SÁNCHEZ (2018), pp. 113-142.

⁴⁴⁸ Es el caso de ENTRENA (1998), pp. 77-81; PAREJO (2003), pp. 223-366; ESCUIN (2005), pp. 38-61. MARTÍN/DÍEZ (2009), pp. 77-78; PARADA (2015), pp. 45-49.

⁴⁴⁹ ENTRENA (1998), p. 78. En un sentido similar, PARADA (2015), p. 45; FERNÁNDEZ (2018), p. 487.

⁴⁵⁰ Es lo que ocurre con PAREJO (2003), p. 225; ESTEVE (2016), p. 59.

⁴⁵¹ MORELL (1998), pp. 63-99; PAREJO (2003), pp. 225-229.

⁴⁵² En otros, el silencio es total, como ocurre en CERDA (1988).

⁴⁵³ En este sentido: AMUNÁTEGUI (1950), p. 53.

⁴⁵⁴ Es lo que ocurre en PFEFFER (1987), núm. 3, p. 8.

estas últimas traducidas como las fuentes formales, conforme a los parámetros kelsenianos⁴⁵⁵.

En consecuencia, la mayor preocupación de la literatura constitucionalista es la identificación de las distintas clases de normas que se organizan jerárquicamente en el ordenamiento jurídico, o derechamente una síntesis de las principales características del ordenamiento jurídico⁴⁵⁶. En todo caso, debe destacarse que la expresión “ordenamiento” no es unívoca, y podría entenderse en diversos sentidos, englobando en este punto a las fuentes formales del derecho⁴⁵⁷.

Por último, cabe destacar que la expresión “fuentes del derecho” se encuentra incorporada a algunas Constituciones, como ocurre con el caso español (art. 149, 1, 8)⁴⁵⁸.

§ 3. OTROS ÁMBITOS NORMATIVOS

En otros ámbitos especiales, como ocurre en la literatura dedicada al derecho tributario⁴⁵⁹, del trabajo⁴⁶⁰ y penal⁴⁶¹, entre otros, es posible visualizar que es un lugar común comprender la expresión “fuentes del derecho” en el mismo sentido que por fuentes formales. Tales obras persiguen enumerar las normas jurídicas que forman parte de sus respectivos sistemas, y analizan críticamente su fuerza obligatoria.

Cabe destacar que no todas las obras persiguen esta estructuración⁴⁶², y existen algunas en las que no existe alusión alguna hacia las fuentes del derecho⁴⁶³.

§ 4. PERSPECTIVAS PARA EL DERECHO CHILENO

⁴⁵⁵ Esta metodología, y su explicación, es utilizada por GALAZ (1960), núm. 89, pp. 120-121. La doctrina constitucionalista apunta hacia el tratamiento de las fuentes formales del derecho en su sentido propio de “procedimientos de producción normativa”. Así, ÁLVAREZ/TUR (2018), p

⁴⁵⁶ LÓPEZ (1997), con la particularidad que se trata de una obra redactada desde la perspectiva de la teoría del derecho. Propiamente de la disciplina, MOLAS (2016), pp. 199-206; BILBAO *et alt.* (2018), pp. 313-327. Se acusan algunos textos en los cuales ni siquiera es abordado el problema de las fuentes del derecho, como ocurre con PÉREZ/CARRASCO (2018), pp. 36-46.

⁴⁵⁷ Una revisión acerca de las relaciones entre las fuentes del derecho y la noción de ordenamiento jurídico, puede consultarse en MARTÍNEZ (2009), p. 349.

⁴⁵⁸ MOLAS (2016), p. 199.

⁴⁵⁹ ASTE (2013), p. 160.

⁴⁶⁰ GAETE (1966), núm. 81, p. 53; RAMÍREZ (2016), p. 55; CRUZ-VILLALÓN (2018), pp. 68-70; PÉREZ DE LOS COBOS (2018), pp. 51-52.

⁴⁶¹ COUSIÑO (1975), § 18, p. 81; LABATUT (1995), núm. 42, p.39; GARRIDO (1997), núm. 6, p. 87; ETCHEBERRY (1999), p. 65; COBO/VIVES (1999), pp. 135-136; POLITOFF *et alt.* (2004), p. 93; CURY (2005), § 7, p. 165; NOVOA (2005), núm. 78, p. 111; BUSTOS (2007), núm. 10, p. 386.

⁴⁶² MUÑOZ/GARCÍA (2010), pp. 115-120, en donde se advierte que el problema de las fuentes del derecho penal sólo es tratado después de abordarse, en forma relevante, el principio de legalidad.

⁴⁶³ En la literatura del derecho penal, ROMEO (2016).

Habiendo estudiado la recepción de la teoría de las fuentes del derecho en un sentido comparativo, queda por revisar la situación en que se encuentra el derecho chileno.

Este análisis obliga a considerar algunas de las obras jurídicas de comienzos del siglo XX (4.1.). Ellas serán el marco teórico que coexistirá con su inserción en los programas curriculares de la época (4.2.), y condicionarán su utilización posterior por la doctrina (4.3.). Al igual que en el medio europeo, la teoría de las fuentes del derecho tenderá a trasladarse a la perspectiva propia del derecho público (4.4.). Por último, serán referidas algunas propuestas de reforma para el Código Civil en este punto (4.5.).

4.1. Las obras jurídicas iniciales

Tratándose de las principales obras de derecho privado existentes en Chile, es posible apreciar el recurso a la expresión “fuentes”, incluso tempranamente en los textos de enseñanza existentes a comienzos del siglo XX, aunque su presencia no pareciera ser una constante en la literatura en la época⁴⁶⁴.

Con todo, varias de esas obras ni siquiera se han propuesto explicar en qué consiste esta expresión, y las más de las veces se utiliza sólo para referir aquellos documentos u obras jurídicas que sirvieron de inspiración para el contenido de las reglas insertas en el Código Civil⁴⁶⁵, caso en el cual las entendemos como sinónimo de “fuentes de conocimiento”, o para la descripción del estatuto jurídico existente en las “Indias”, lo cual significa un entendimiento implícitamente equivalente del concepto “fuentes formales”⁴⁶⁶. Creemos que esta consideración obedece a una clara influencia de la cátedra de historia del derecho, en donde también es posible constatar una utilización temprana de la noción “fuentes del derecho”⁴⁶⁷.

4.2. Su incorporación curricular

La noción de “fuentes del derecho” se encuentra, desde un punto de vista curricular nacional, en la asignatura de Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales, el cual contempla el estudio específico de las “formas de expresión y fuentes del derecho”,

⁴⁶⁴ Se ignora absolutamente su referencia en VODANOVIC (1945), pp. 11-96, aunque cita el programa vigente del curso de primer año de derecho civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (1935), el cual apunta como contenido disciplinar a las “fuentes del Código Civil”. Otro tanto ocurre con FIGUEROA (1995), p. 17, en que se refiere a las “fuentes” del Código Civil.

⁴⁶⁵ En este sentido, ALESSANDRI (s/f), p. 19; PINTO (1972), núm. 12, p. 55; ALESSANDRI *et alt.* (2005), núm. 124, p. 93.

⁴⁶⁶ En este sentido: BASCUÑÁN (1954), núm. 82, p. 210.

⁴⁶⁷ Entre los manuales disponibles, podemos identificar, BASCUÑÁN (1954), y EYZAGUIRRE (1955).

contemplado en el segundo programa aprobado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, el 26 de diciembre de 1934⁴⁶⁸.

4.3. El tratamiento posterior

A partir de esta ubicación, y su posterior reiteración en los distintos programas aprobados por la misma entidad, y las restantes facultades de derecho existentes en el país, la doctrina comienza un proceso de divulgación y enseñanza, la cual se traduce en la publicación de distintos manuales y tratados en los cuales se aborda el análisis de las fuentes del derecho⁴⁶⁹. En ellos, constituye un lugar común la determinación del concepto de “fuentes del derecho”, y su distinción entre las fuentes formales y las materiales. Sin embargo, siguen una tendencia que se extenderá a su consideración en las disciplinas especiales, y que consiste en el análisis profundizado de las fuentes formales, en perjuicio de las materiales.

La incorporación de la distinción entre las fuentes formales y materiales del derecho, con explicación de su significado, será muy posterior en la literatura disciplinar. Así, la vemos reflejada en la obra de DUCCI, aunque previniendo que “lo que nos interesa aquí no son las fuentes materiales, sino las fuentes formales del derecho”⁴⁷⁰.

Como se apreciará de esta revisión, la literatura iusprivatista nacional da cuenta del conocimiento que tiene sobre la distinción entre las fuentes formales y materiales del derecho, e incluso avanza a destacar el impacto que las segundas tienen en la formación de la primera. Sin embargo, estas ideas sólo se destacan de manera general, y no existe una mayor revisión, ni siquiera a título de crítica, sobre el grado de influencia que las fuentes materiales pudieran alcanzar. Por tanto, la inserción de esas materias sólo tiene un mérito formal, para incrementar el acervo de vocabulario jurídico del estudiante, y no pretende profundizar en este aspecto. Por otro lado, tampoco se trata de una noción que haya penetrado con mucha fuerza en las obras posteriores dedicadas a la materia, dada la escasez de obras recientes.

Hasta el día de hoy, se siguen publicando obras dedicadas a las fuentes del derecho, pero concentradas sólo en las fuentes formales. No hemos podido disponer de ninguna clase de obra nacional que se dedique a tratar, de manera pormenorizada, las fuentes materiales. Una excepción relativa es la que constatamos en la obra de SQUELLA (2011), aunque en esta obra la asimetría en el estudio de una y otra modalidad cede a favor de las formales, en perjuicio de las materiales. Es más, este último autor manifiesta que hay una evidente desatención respecto de esta clase de temas⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Destaca este origen, BASCUÑÁN (1960), núm. 22, p. 55.

⁴⁶⁹ Una revisión de la literatura jurídica nos permite identificar, entre otros, a CARVALLO (1951), PACHECO (1962), BASCUÑÁN (1960), BASCUÑÁN (1972), PACHECO (1990), WILLIAMS (1999), SQUELLA (2011).

⁴⁷⁰ DUCCI (1980), núm. 33, p. 51.

⁴⁷¹ SQUELLA (2012), p. 565.

No debemos olvidar que otra manera en la cual se ha insertado en el léxico jurídico la expresión “fuentes del derecho”, ha sido en materia de derecho romano, en donde hasta el día del hoy se hace recurso a esta expresión, aunque calificaría más bien en la noción formalista que hemos estudiado⁴⁷².

4.4. En cuanto al traslado del debate al ámbito del derecho público

El resultado de todo lo anterior es que la totalidad de las obras que se refieren a esta disciplina, dedican una enorme cantidad de páginas al estudio detallado de cada una de las fuentes formales de su disciplina, e incluso se observa que el devenir de la teoría de las fuentes se trasladó desde el derecho privado hacia el derecho público⁴⁷³.

En todo caso, esto parece comprenderse, si se considera que esta disciplina constituye el principal punto en el cual debe revisarse la composición del ordenamiento jurídico, con indicación de sus respectivas partes.

4.5. En cuanto a una futura reforma al Código Civil chileno

Otro aspecto que llama la atención sobre la redacción del Código Civil español, que incorpora en un texto positivo la doctrina de las fuentes del derecho, se traduce a su posibilidad de ser incorporada en una eventual reforma al Código Civil chileno. Esta circunstancia no dejaría de ser extraña, si atendemos a la cercanía idiomática y dogmática que en los últimos años se ha construido en el derecho privado.

De alguna forma pareciera haber incidido en la doctrina, ya que derechamente se han postulado algunas formas para sustituir el tenor del art. 1.º CCCh., desde su redacción actual, hasta otra en que se incorpore el listado de fuentes del derecho⁴⁷⁴, en formas muy similares al Código Civil de España⁴⁷⁵.

⁴⁷² Es el caso de GUZMÁN (2013); DAZA/RODRÍGUEZ (2009), p. 26, donde se usa la voz “fuente”, aunque sin ninguna mayor profundización sobre el tema, más que para explicar las distintas clases de normas que rigieron durante la vigencia de este ordenamiento.

⁴⁷³ Un análisis en torno de esta afirmación, en MARÍN (1999), pp. 356-358.

⁴⁷⁴ Una de las proposiciones de reforma al art. 1.º CCCh. es la elaborada por CARVALLO, quien ofrece en su lugar el tenor siguiente: “*La ley es un ordenamiento de la convivencia social de los hombres impuesta por la autoridad. // “La ley se origina en: “1. Estatutos dictados por organismos públicos debidamente facultados. “2. Precedentes judiciales obligatorios para tribunales inferiores. “3. Usos de la sociedad humana constantes y fundados en la ley natural. “4. Principios generales en ausencia de los anteriores. // “La ley se clasifica en: “1. Imperativa la que prohíbe o manda sobre la voluntad de los hombres. “2. Permisiva la que rige cuando los hombres no manifiestan una voluntad decisoria”* (CARVALLO, 1995, p. 11.

Otra propuesta de reforma consistió en la elaborada en el seno de los “Seminarios sobre Modificaciones a los Códigos Civil y de Comercio”, a propósito de una reforma al Título Preliminar. En esta tarea se discutió un nuevo texto redactado bajo la dirección de GUZMÁN. El mismo supone dos procesos; por una parte, introduce un nuevo epígrafe para el § 1 del Título Preliminar, que pasaría a llamarse “*De las fuentes del derecho*”. El segundo, apunta derechamente a la sustitución del actual art. 1.º CCCh., por el siguiente: “*Constituyen derecho legal: “1.º La Constitución Política de la República; y, en sus límites; “2.º Las leyes interpretativas de la Constitución Política, las leyes*

Sin embargo, estas propuestas de reforma sólo pretenden centrar su mirada desde un punto de vista normativo, presentando de esta manera las mismas dificultades formuladas en la literatura española. Implican igualmente una visión reducida del auténtico sentido atribuible a las fuentes del derecho, pues omiten todos aquellos factores en que se sintetizan las “fuentes materiales del derecho”.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

Una revisión histórica acerca de las fuentes del derecho confirma los distintos sentidos y concepciones alrededor de los cuales se ha construido esta teoría.

Queda de manifiesto que “fuentes” constituye un concepto antiguo en el vocabulario jurídico, conocido incluso en el derecho romano. En este punto, los filósofos y jurisconsultos le atribuyen dos significados que permanecen vigentes hasta el día de hoy; para explicar el fundamento filosófico del derecho, y comprender las principales formas de expresión normativa en que se encuentra comprendida. Con todo, no existe todavía en este punto una construcción propia de una “teoría”, bajo los estándares contemporáneos en que se comprende.

La noción “fuentes del derecho” no parece utilizarse ni en la literatura jurídica ni en el derecho positivo sino a partir de la escuela histórica. Esta última tiene la particularidad de constituir la primera que construye una teoría más aproximada a la forma en que actualmente es estudiada y enseñada.

La evolución histórica que se ha abordado plantea que la idea de las fuentes del derecho se vincula a las concepciones propias del derecho privado. Esta orientación generó como consecuencia que su estudio hubiere quedado reservada a la parte general del derecho civil,

orgánicas constitucionales y las leyes de quórum calificado; “3.º Las leyes ordinarias, los decretos con fuerza de ley, los decretos leyes emitidos a la fecha y los tratados internacionales ratificados y aprobados en conformidad por la Constitución Política. “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. // “También constituyen derecho en los límites de la Constitución Política y las leyes; “4.º Los reglamentos del Presidente de la República; “5.º Los decretos supremos; “6.º Los autoacordados de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones; “7.º Las ordenanzas municipales; “8.º Los reglamentos, decretos, resoluciones e instrucciones de los órganos y autoridades políticos y administrativos a quienes la Constitución Política o las leyes confieren la potestad de emitirlos. // “Lo que en este título se dice de las leyes, se aplicará a todas las fuentes precedentemente indicadas, salvo que hubiere una regla especial o que lo dicho para las leyes no resultare aplicable a cierta fuente atendida su naturaleza” (GUZMÁN, 2000, pp. 32-33).

⁴⁷⁵ Tratándose de la redacción confeccionada por el grupo de trabajo dirigido por GUZMÁN, se menciona directamente que ella se ha inspirado en los Códigos Civiles de Italia y Portugal (GUZMÁN, 2000, p. 32).

y que se consagrara normativamente en los códigos civiles. En todos estos supuestos, la naturaleza atribuida es formal, y limitada a las distintas clases de normas que emanan de la actividad del Estado.

Esta concepción sufrirá un importante cambio, tras los estudios formulados desde la óptica del derecho público. A partir de la obra de KELSEN es que se repetirá la idea de las fuentes del derecho en el sentido de “modos de producción”. Dado que en este punto resulta esencial el análisis de los procedimientos de producción normativa estatal, es que la ubicación asignada a la teoría haya sido traspasada al derecho público.

Con todo, la comprensión de las fuentes del derecho ha ido cambiando, primando una estructura formalista, que resulta ajena a las circunstancias materiales que justifican la dictación, modificación o derogación de las normas jurídicas. Esta circunstancia no constituye un olvido, dado que el formalismo asume y acepta que existen ciertos elementos que pierden interés en el análisis jurídico, o que incluso se sostenga que no forman parte del estudio en una perspectiva jurídica.

Capítulo III:

LAS FUENTES FORMALES Y MATERIALES DEL DERECHO: CONCEPTO, DIFERENCIAS Y RELACIONES

SUMARIO: Sección 1: Criterio normativista: § 1. Descripción – § 2. Críticas.- **Sección 2: Criterio tradicional: § 1.** Fuentes formales: 1.1. En cuanto procedimiento; 1.2. En cuanto órgano; 1.3. En cuanto hecho o acto (el resultado); 1.4. Sentido empleado – § 2. Fuentes materiales: 2.1. Denominación; 2.2. Análisis conceptual tradicional: 2.2.1. Situación frente a la realidad social - 2.2.2. Composición - 2.2.3. Integración específica de sus componentes - 2.2.4. Especificaciones temporales y espaciales - 2.2.5. Relación con las fuentes formales - 2.2.6. Formas específicas de influencia - 2.2.7. Carácter de la interacción de los factores - 2.2.8. Su falta de fuerza vinculante - 2.2.9. Grado de influjo en las fuentes formales; 2.3. Descripciones particulares: 2.3.1. Propuesta de Albaladejo - 2.3.2. Propuesta de Martínez; 2.4. Importancia.- **Sección 3: Síntesis.-**

Cuando se analiza la literatura presente en la teoría de las fuentes del derecho, vemos que las exposiciones se traducen en una enumeración de distintos sentidos en que esta expresión debe ser comprendida. A pesar de lo dicho, prontamente se visualizan dos grandes nociones que toman el protagonismo; las fuentes formales y las fuentes materiales del derecho.

Se trata de una distinción tradicional en la literatura jurídica, y controvertida⁴⁷⁶, aunque algunos afirman que se trata de una distinción vetusta⁴⁷⁷, e incluso en desuso⁴⁷⁸.

Sin embargo, la primera dificultad que se constata es la presencia de dos clases de criterios. Uno de estos criterios lo podemos calificar como normativista (**Sección I**). El otro, es el modelo tradicional, que acusa una división más profunda y material entre estas clases de fuentes (**Sección II**). Cada una de ellas da cuenta de una concepción diferente para estas clases de fuentes, lo cual justifica su análisis.

SECCIÓN 1: CRITERIO NORMATIVISTA

§ 1. DESCRIPCIÓN

⁴⁷⁶ DE ASÍS (1999), p. 205.

⁴⁷⁷ REALE (1993), p. 117.

⁴⁷⁸ GUIBOURG (2000), p. 179.

Siguiendo en esta parte a GUASTINI, autor cuyos planteamientos son considerados especialmente por la literatura española contemporánea, enfatiza el estudio de las llamadas “fuentes de producción del derecho”, también llamadas “fuentes normativas”, y advierte que ellas han sido tradicionalmente entendidas en dos grandes nociones; una “formal” y otra “material”⁴⁷⁹.

Según el autor, cada vez que se habla de la noción material de fuente, quiere referirse a “todo hecho o acto que produzca derecho, y más precisamente normas generales y abstractas”⁴⁸⁰. De esta manera, el autor destaca que una norma podrá adquirir esta característica en la medida que ella “produzca”, es decir, que se trata de “cualquier actividad cuyo resultado sea la modificación del derecho existente en un cierto momento”⁴⁸¹. Y estas modificaciones consistirán, a su turno, en introducir nuevas normas generales y / o abstractas, en derogar o extinguir normas existentes, y sustituir normas existentes. Para este autor, la identificación de la noción material de fuente se consigue analizando el contenido de la norma⁴⁸², no siendo posible asignarle esa calificación de antemano, por el solo hecho de alcanzar una determinada forma.

Por su parte, sostiene que la noción formal de fuente del derecho “denota todo acto o hecho no ya efectivamente productivo de normas, sino autorizado a producir normas: cualquiera que sea su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho)”⁴⁸³. En concepto del autor, la calidad de fuente que puede adoptar una determinada norma se puede identificar de manera previa, con prescindencia de su contenido.

El autor, tras advertir igualmente que algunos autores (PIZZORUSSO y ROMANO) sostienen que las fuentes de derecho se caracterizan más bien por versar sobre normas que tienen eficacia *erga omnes*⁴⁸⁴, y atendiendo a la situación en que se encuentra el derecho italiano, destaca que este último ha privilegiado en su legislación una visión formal de las fuentes, desde el momento en que ella explicita cuáles son sus fuentes (Código Civil, art. 1.º). Siendo así, cualquier acto que tenga la forma de ley, uso o reglamento, y aunque su contenido sea una norma particular y concreta, será una fuente del derecho.

Concluye el autor indicando que la identificación de la fuente del derecho se hace sin necesidad de reducir la mirada a un determinado criterio previo. Siendo así, en vez de centrar la mirada en un campo estrictamente formal o estrictamente material, sostiene que es necesario usar un criterio mixto, advirtiendo que este modelo ayuda a identificar una

⁴⁷⁹ GUASTINI (2011), núm. 1, p. 81.

⁴⁸⁰ GUASTINI (2011), núm. 2, p. 82.

⁴⁸¹ GUASTINI (2011), núm. 2, p. 82.

⁴⁸² GUASTINI (2011), núm. 2, p. 83.

⁴⁸³ GUASTINI (2011), núm. 5, p. 85.

⁴⁸⁴ GUASTINI (2011), núm. 6, p. 86. Esta idea influenciará a la doctrina española, según puede notarse en las anotaciones atribuidas a GASCÓN, por AÑÓN (1999), p. 248; en el ámbito canónico a OTADUY (2012), p. 121; y en el derecho constitucional a BALAGUER (2018), p. 70, quien describe el mérito de PIZZORUSSO.

fuente de derecho en aquellos casos para los cuales hay ciertos hechos o actos que, “de facto, producen normas, aunque no exista una norma sobre la producción jurídica que autorice a producirlas”⁴⁸⁵.

§ 2. CRÍTICAS

El estudio que GUASTINI propone en este artículo atiende únicamente al estudio de las llamadas “fuentes formales del derecho”, descartando que se dedique a analizar las fuentes materiales del derecho, que se han entendido como los factores sociales, históricos, políticos y económicos que motivan la dictación o nacimiento de una norma jurídica. De este modo, sus observaciones sólo se concentran en la estructura formal de las fuentes del derecho, y cuándo ella definitivamente es una fuente, pero prescindiendo de un criterio vinculado a su contenido.

En lo que se refiere a la consideración de qué clases de actos y hechos importan fuentes del derecho, el autor plantea que lo son realmente aquellas que imponen mandatos de carácter general y abstracto (y / o que tengan una eficacia *erga omnes*). En virtud de este criterio, el contrato pierde su función de ser fuente del derecho, porque sus mandatos no son de carácter abstracto, sino más bien concreto⁴⁸⁶, rigiendo sólo *inter partes*⁴⁸⁷. Y otro tanto ocurre con las resoluciones judiciales⁴⁸⁸. Sin embargo, ambas clases de actos tienen una importancia capital dentro del funcionamiento del ordenamiento jurídico, y de hecho sus proposiciones tienen una importancia capital en la configuración de reglas de naturaleza abstracta:

1. Esto, porque en el caso de las resoluciones judiciales van generando “jurisprudencia”, y que conforma una manera en que se ha interpretado la ley de una manera reiterada en el tiempo, y que con mayor o menor intensidad obliga a cada uno de los Tribunales. Por lo demás, existen modelos normativos en los cuales la jurisprudencia tiene validez general, de modo que constituye fuente del derecho⁴⁸⁹.
2. Igualmente, hoy por hoy es posible que una sentencia judicial sea capaz incluso de provocar la derogación de la ley, adquiriendo en consecuencia efectos de carácter

⁴⁸⁵ GUASTINI (2011), núm. 8, p. 88. En rigor, esta afirmación le sirve como una forma para aplicar selectivamente el criterio formal o material, sin generar una categoría especial.

⁴⁸⁶ DE OTTO (1991), § 21, p. 71; AÑÓN (1999), p. 248; GARRIDO (2002), pp. 191-192.

Una referencia sucinta sobre la improcedencia de considerar los negocios jurídicos y los convenios colectivos suscritos entre la Administración y los sindicatos de funcionarios, en GARRIDO (2002), pp. 191-192, n. 2.

⁴⁸⁷ BALAGUER (2018), p. 70.

⁴⁸⁸ DE OTTO (1991), § 21, p. 71; AÑÓN (1999), p. 248; BALAGUER (2018), p. 70.

⁴⁸⁹ DE OTTO (1991), § 21, p. 71. En el ámbito sociológico se ha sostenido que las sentencias judiciales sí constituyen fuentes del derecho; así, MADILE (1989), pp. 149-152.

abstracto. Es lo que ocurre con la declaración de inconstitucionalidad de la ley de preceptos legales previamente declarados inaplicables.

3. En lo que dice relación con los contratos, existe el fenómeno de las “cláusulas de uso común”, las cuales se generan y explican sólo por una reiteración que va más allá del caso en concreto, configurándose igualmente como una norma abstracta. Se trata de una suerte de sumatoria de los distintos contratos que, en forma particular, han ido celebrando diversas partes, y que pueden aplicarse a un contrato en especial.

Por lo demás, esta clase de razonamiento formalista resulta contradictorio incluso con las enseñanzas de KELSEN, quien manifestaba que “[e]n su sentido más extendido, puede decirse que hay fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que deriven de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos”⁴⁹⁰. Y, precisamente, las sentencias y los contratos imponen una serie de derechos y deberes que son susceptibles de ser exigidos, incluso de manera compulsiva, elemento indispensable en la noción positivista acerca de las normas jurídicas.

El “modelo mixto” al cual se refiere el autor no constituye un sistema de tal, en el sentido de tratarse de una “fusión” entre el criterio formal y el material, sino que más bien es una manera de aplicar los criterios formales y materiales de forma selectiva. No importa un nuevo grupo.

Un aspecto llamativo del análisis propuesto por el autor es que muchas de las fuentes formales del derecho, más allá de su origen, denominación y propósitos constitucionalmente definidos, pueden contener mandatos de carácter especial y concreto, caso en el cual no importan verdaderas “fuentes del derecho”. No obstante, esta circunstancia no las exime de dar cumplimiento a los trámites constitucionales de formación, o del sometimiento a control por parte del Tribunal Constitucional. Siendo así, tal aspecto no pareciera tener una consecuencia práctica en nuestro sistema.

Tratándose del derecho chileno, estimamos que igualmente se ha seguido un criterio formal, si atendemos a la definición prevista por el Código Civil sobre la ley (art. 1.º). Sin embargo, la Constitución Política, a la hora de señalar las materias de ley, y explicar cuál es su ámbito, destaca el hecho que constituye una norma de carácter “general”, de modo que débilmente impone una mirada material a, por lo menos, esta clase de fuente. No existe una referencia equivalente sobre las restantes fuentes del derecho, salvo en el caso de las sentencias judiciales, respecto de las cuales declara que tienen una eficacia relativa (CCCh., art. 3.º inc. 2.º).

El autor, finalmente, no formula observación alguna respecto del impacto que generan los acontecimientos de hecho en la formación de las fuentes del derecho, ya que lo esencial a la hora de definir el carácter de fuente, por lo menos desde un punto de vista “material”, es determinar si contienen una regla de carácter abstracto. Esto es insuficiente, toda vez que el

⁴⁹⁰ KELSEN (1999), p. 120.

esquema de análisis planteado por GUASTINI se apoya en una mirada del ordenamiento jurídico interno, que no toma como punto de referencia la situación en que se encuentran otras normas jurídicas que no emanan de la potestad legislativa interna⁴⁹¹.

SECCIÓN 2: CRITERIO TRADICIONAL

El criterio normativista no suele ser la manera de exposición tradicional en la materia. En lugar de ello, la distinción usual para abordar las fuentes del derecho, es aquella que se apoya en un criterio dicotómico: la forma versus el fondo, o la estructura y la substancia. En tal sentido, se distingue entre las fuentes formales y las fuentes materiales.

§ 1. FUENTES FORMALES

Desde un punto de vista de su nomenclatura, existe consenso en cuanto a su denominación, no existiendo formas expresivas alternativas.

Cuando comenzamos el estudio de la noción de “fuentes del derecho”, dijimos que ella podía ser entendida como las “fuentes de producción”, y en forma minoritaria como “fuentes de conocimiento”⁴⁹², o “fuentes directas”⁴⁹³. Un modo tradicional de comprensión de las fuentes del derecho consiste en su total asimilación a la idea de las fuentes formales⁴⁹⁴, circunstancia que sirve como justificación para suprimir la necesidad de prestar atención hacia las fuentes materiales.

Otra particularidad presente en la materia, consiste en los múltiples sentidos que admite su comprensión. En rigor, sostenemos que existen tres formas de concebir las fuentes formales: como un “proceso o procedimiento” (1.1.), como un “órgano” (1.2.), y como “un hecho o acto” (1.3.).

1.1. En cuanto procedimiento

⁴⁹¹ Tal es el caso de los tratados internacionales, los cuales no calzan dentro del formato de creación ordinaria de las fuentes del derecho interno.

⁴⁹² MESSINEO (1979), § 4, p. 66.

⁴⁹³ MAZEAUD (1959), núm. 63, p. 119; CASTÁN (1988), pp. 412 y 413.

⁴⁹⁴ BARBERO (1962), núm. 9, p. 87; RIPERT/BOULANGER (1979), núm. 197, p. 167; BOBBIO (1997), núm. 59, p. 158; LARROUMET (2008), núm. 171; CALVO (2012), p. 118; PÉREZ (2013), p. 207. Hablando de “medios de producción”, PACHECO (1962), pp. 245-246.

El primer sentido, como proceso o procedimiento, se asocia a la idea de las “fuentes de producción”. Se considera aquí que las fuentes formales importan un “procedimiento”⁴⁹⁵, o “un proceso”⁴⁹⁶, “medios”⁴⁹⁷, “maneras”⁴⁹⁸, “formas”⁴⁹⁹ o “modos”⁵⁰⁰ con los cuales se puede crear la norma jurídica.

Bajo estos respectos, se puede estimar que las fuentes formales son un conjunto de actos, previstos y regulados o reconocidos por el ordenamiento jurídico, a partir de los cuales se pueden crear válidamente las normas jurídicas. Estos procedimientos tienen la particularidad de encontrarse, en la generalidad de las veces, regulados por normas jurídicas de grado⁵⁰¹, en las cuales se indican los órganos o la autoridad que se encuentran autorizados para su dictación, las etapas⁵⁰² o modos⁵⁰³ que deberán cumplirse, y las limitaciones sustantivas, como su constitucionalidad⁵⁰⁴, que deberán ser respetados⁵⁰⁵.

Por tanto, se apreciará que se trata de pasos que pretenden alcanzar un resultado, y ese resultado consiste en que el derecho se constituye en una norma jurídica⁵⁰⁶.

Otra idea detrás de esta noción es la noción “fuente formal del derecho” significaría asumir que existen normas jurídicas que regulan cómo deben crearse otras normas jurídicas⁵⁰⁷.

Sin embargo, resulta indispensable acusar algunas divergencias en esta concepción, puesto que algunos autores, como es el caso de GASCÓN, acusan que el procedimiento de creación de las normas jurídicas o modo de producción del derecho puede generarse “conforme a determinados modelos de comportamiento preexistentes”⁵⁰⁸, caso en el cual se habla de “fuente-hecho”⁵⁰⁹, siendo un ejemplo típico de esta clase la costumbre⁵¹⁰. Por el contrario, si el procedimiento de producción del derecho es el resultado “de la elaboración de disposiciones destinadas específicamente a ser observadas y a través de ellas se trata de

⁴⁹⁵ PECES-BARBA *et alt.* (1999), p. 205; COBO/VIVES (1999), p. 135; GUIBOURG (2000), p. 179; SQUELLA (2011), p. 294; RUIZ (2016), p. 193; ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83.

⁴⁹⁶ PACHECO (1962), p. 245; REALE (1993), p. 117; MORELL (1998), p. 65; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51.

⁴⁹⁷ REALE (1993), p. 118; ALBALADEJO (2009), § 13, p. 78.

⁴⁹⁸ PUIG (1987), p. 63.

⁴⁹⁹ ESCOBAR (1991), p. 78.

⁵⁰⁰ DE DIEGO (1922), p. 153; DUCCI (1980), núm. 33, p. 51; ESCOBAR (1991), p. 78; AÑÓN (1999), p. 246.

⁵⁰¹ ESCOBAR (1991), p. 77. Hacemos presente que este encadenamiento de la validez de las distintas clases de normas jurídicas ya era destacada por KELSEN (1999), pp. 118-119.

⁵⁰² GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51.

⁵⁰³ BOBBIO (1997), núm. 59, p. 159.

⁵⁰⁴ BOBBIO (1997), núm. 61, p. 166; KELSEN (1999), p. 119.

⁵⁰⁵ ESCOBAR (1991), p. 77; BOBBIO (1997), núm. 61, p. 165.

⁵⁰⁶ DE DIEGO (1922), p. 153; DUCCI (1980), núm. 33, p. 51.

⁵⁰⁷ AÑÓN (1999), p. 246.

⁵⁰⁸ AÑÓN (1999), p. 248.

⁵⁰⁹ AÑÓN (1999), p. 248; PRIETO (2015), p. 153.

⁵¹⁰ AÑÓN (1999), p. 248; PRIETO (2015), p. 153.

crear o modificar el derecho vigente”⁵¹¹, se habla de una “fuente-acto”⁵¹²; de esta clase serían la Constitución, la ley, el reglamento, y las sentencias judiciales⁵¹³.

Por otro lado, ROSS apunta hacia el reconocimiento de la doctrina de las fuentes del derecho en un sentido de procedimiento, pero más bien relacionado con el razonamiento judicial, puesto que habla del “conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión”⁵¹⁴. Explica al efecto que estas fuentes no se refieren directamente al modo en que se puede resolver un conflicto, sino que indican la manera en que deberá proceder el juez para descubrir la norma (directiva) o normas (directivas) que sean necesarias para la cuestión debatida⁵¹⁵.

1.2. En cuanto órgano

En segundo lugar, las fuentes formales se traducen en los órganos que se encuentran habilitados para dictar la norma jurídica⁵¹⁶.

Como fue dicho, cada vez que consideramos la presencia de un “procedimiento” o “proceso” de creación de la norma jurídica, vemos que ella se genera como consecuencia de la intervención de un determinado autor, el cual puede encontrarse dentro de la jerarquía de los poderes del Estado –tratándose en este caso de la autoridad–⁵¹⁷, o fuera de ella, por la propia sociedad⁵¹⁸. Lo dicho explica la naturaleza de origen de las leyes, las cuales se dictan por el Poder Legislativo, en el primer caso, y la costumbre en el segundo, en que participa la colectividad toda o una parte de ella.

Estos órganos, o autoridades o personas, invisten un determinado poder, el cual les habilita para la creación de la norma jurídica; de hecho, todo el proceso “presupone siempre una estructura de poder”⁵¹⁹. Para referirse a ellas, algunos autores prefieren hablar de las “fuerzas sociales”, las cuales detentan la potestad normativa⁵²⁰.

En forma especial, identificamos en esta segunda acepción una descripción formulada por MARTÍNEZ, quien refiere que las fuentes formales “son las que crean derecho como producto de la voluntad humana dirigida por la razón”⁵²¹, identificando en esta última forma a la Constitución, la ley, las manifestaciones de la potestad reglamentaria, la

⁵¹¹ AÑÓN (1999), p. 248. En un sentido similar, PRIETO (2015), p. 157.

⁵¹² AÑÓN (1999), p. 248; PRIETO (2015), p. 157.

⁵¹³ AÑÓN (1999), p. 248.

⁵¹⁴ ROSS (1994), p. 75.

⁵¹⁵ ROSS (1994), p. 75.

⁵¹⁶ PUIG (1987), p. 63; MARTÍNEZ (1991), núm. 689, p. 345; WILLIAMS (1999), p. 134.

⁵¹⁷ BARBERO (1962), núm. 9, p. 85; DE ASÍS (1999), p. 205.

⁵¹⁸ En un sentido similar: BASCUÑÁN (1972), p. 8; ESCOBAR (1991), p. 78.

⁵¹⁹ REALE (1993), p. 117. En un sentido similar, MONTES *et alt.* (1993), p. 74.

⁵²⁰ MESSINEO (1979), § 4, p. 64; ESCOBAR (1991), p. 78; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162.

⁵²¹ MARTÍNEZ (2009), p. 348.

jurisprudencia y la costumbre. Todas ellas comparten en común, en su concepto, que se traducen en normas⁵²².

1.3. En cuanto hecho o acto (el resultado)

En tercer lugar, se entienden por fuentes formales “aquellos actos o hechos a través de los cuales se manifiesta concretamente la norma jurídica”⁵²³, “los modos de expresión o exteriorización de las normas jurídicas”⁵²⁴, “los tipos de elementos que deben ser tenidos como derecho aplicable en un determinado sistema jurídico”⁵²⁵, o “el acto al que conduce el ejercicio de la voluntad normadora (sic) del órgano habilitado para ello por el ordenamiento jurídico”⁵²⁶.

Puede notarse que, en este punto, consideramos las fuentes formales como un resultado⁵²⁷ del proceso de creación de la norma jurídica. Esta norma ha sido creada, es válida y resulta sancionada por la autoridad, además de ser obligatoria para la comunidad respecto de la cual se destina. Pues bien, el proceso de creación de la norma jurídica se traduce en la adopción de un modo o forma de manifestación externa del derecho positivo⁵²⁸, o al producto de la actividad de los operadores jurídicos⁵²⁹, o la forma en que la norma se presenta⁵³⁰.

En alguna relación con la concepción anterior, GÉNY definía las “fuentes formales del derecho positivo” como “las imperativas de autoridades externas al intérprete con virtualidad bastante para regir su juicio, cuando tiene por objeto propio e inmediato la revelación de una regla destinada a imprimir una dirección en la vida jurídica”⁵³¹. Esta clase de interpretación conduce igualmente a un sentido normativo para las fuentes formales, de modo que es posible incorporarla en esta posición.

Pero en este punto también se previene por algunos autores cuál es la relación entre las fuentes formales y las materiales, dado que se explica que por vía de estos actos “los

⁵²² MARTÍNEZ (2009), p. 348.

⁵²³ BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61. En un sentido similar, pero con las acotaciones que formularemos enseguida, BASCUÑÁN (1972), p. 8.

⁵²⁴ BELTRÁN (2000), p. 77.

⁵²⁵ CORRAL (2018), p. 43.

⁵²⁶ DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

⁵²⁷ EZQUIAGA (1998), p. 186; DE ASÍS (1999), p. 205; RUIZ (2016), p. 193.

⁵²⁸ En un sentido similar: CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; MAZEAUD (1959), núm. 63, p. 119; BASCUÑÁN (1972), pp. 7 y 8; RIPERT/BOULANGER (1979), núm. 197, p. 167; CASTÁN (1988), p. 413; FERNÁNDEZ-GALIANO/DE CASTRO (1993), p. 174; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 95; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162; O’CALLAGHAN (1997), p. 86; WILLIAMS (1999), p. 134; SANTOS (2003), p. 222; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140; VESCOVI (2011), § 12, p. 75; RUIZ (2016), p. 193.

⁵²⁹ EZQUIAGA (1998), p. 186.

⁵³⁰ CANCELA *et alt.* (1988), § 15, p. 53.

⁵³¹ GÉNY (2000), núm. 91, p. 183.

contenidos materiales alcanzan una concreta formulación positiva”⁵³², de modo que se aprecia que las fuentes formales sirven como un medio que asegura el cauce y manifestación concreta de las fuentes materiales.

1.4. Sentido empleado

De estos tres significados, es el tercero de los citados el que resulta utilizado de manera recurrente por la doctrina⁵³³, a la hora de la exposición de las distintas fuentes formales del derecho, lo cual constituye una peculiaridad, dado que algunos previenen de atribuir la noción “fuente del derecho” sólo respecto de los actos y procedimientos de creación de la norma⁵³⁴. Los dos primeros suelen ser omitidos en su enseñanza⁵³⁵, o muy brevemente referidos⁵³⁶, salvo en el ámbito del derecho constitucional, el cual tiene la virtualidad de comprender cada uno de estos tres aspectos.

Finalmente, todos ellos destacan su relación con la “creación” o “formación” de la norma jurídica⁵³⁷, y cuyo análisis se considera el problema fundamental derivado de la noción de “fuente formal”⁵³⁸.

§ 2. FUENTES MATERIALES

2.1. Denominación

La segunda categoría, en directa oposición a la noción de “fuentes formales”, consiste de las “fuentes materiales”. Esta denominación constituye la de aceptación general en la literatura jurídica, sin perjuicio que también identificamos como sinónimo la expresión “fuentes reales”⁵³⁹, “fuentes del derecho en sentido substancial”⁵⁴⁰, y “fuentes indirectas”⁵⁴¹.

⁵³² BASCUÑÁN (1972), p. 8.

⁵³³ Ello ha ocurrido a tal punto que ya forma parte del lenguaje de los juristas, como manifiesta PRIETO (2015), p. 153.

⁵³⁴ Introduce esta precisión terminológica, PRIETO (2015), p. 153.

⁵³⁵ Es lo que ocurre en los tratados y manuales de derecho penal y otras disciplinas especiales.

⁵³⁶ Es lo que ocurre en las obras de derecho civil, aunque con algunos matices. En materia de sanción de la ley, se estudia en la llamada “parte general” la promulgación y la publicación de la ley. Asimismo, se suelen formular algunas referencias hacia la constitucionalidad de la ley, la cual importa revisar las limitaciones del contenido de la ley.

⁵³⁷ GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51.

⁵³⁸ En este sentido parece pronunciarse RUIZ (2016), p. 193.

⁵³⁹ En este sentido: CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; PACHECO (1962), p. 246; PACHECO (1990), p. 315; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51; ROCHA (2010), p. 177; VESCOVI (2011), § 12, p. 76.

Habla de fuentes del derecho, en un sentido “realista”, BETEGÓN *et al.* (1997), p. 205.

⁵⁴⁰ BARBERO (1962), núm. 9, p. 85.

⁵⁴¹ CIFUENTES (1997), § 4, p. 4; MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346; SANTOS (2003), p. 221.

A diferencia de los múltiples sentidos en los cuales son concebidas las fuentes formales, tratándose de las materiales existe consenso a la hora de su concepto. Se previene en este punto que algunos autores sostienen que las “fuentes materiales” son aquellas que se encuentran autorizados para crear el derecho⁵⁴², de modo que en este punto confunden la noción “fuente material” en el sentido tradicional, con el propio de “fuentes de producción”, el cual es una forma en que se han entendido las fuentes formales. Esto implicaría asignar a la noción un significado orgánico, el cual comprendería a los distintos grupos⁵⁴³ o fuerzas⁵⁴⁴ sociales, sean religiosos, políticos, económicos, sindicales, profesionales, la comunidad internacional, las doctrinas filosófico-jurídicas⁵⁴⁵. Otros sostienen que las fuentes materiales consisten en la jurisprudencia, las costumbres *contra legem* y la doctrina⁵⁴⁶.

2.2. Análisis conceptual tradicional

Explicada esta divergencia, se procederá a revisar la estructura conceptual de general aceptación alrededor de las fuentes materiales del derecho.

La metodología empleada para identificar esta noción no consiste de reproducir la totalidad de las definiciones que los autores han invocado. En su lugar, se identificarán los hitos en los cuales existe mayor reiteración a la hora de su identificación⁵⁴⁷.

2.2.1. Situación frente a la realidad social

La primera, consiste que las fuentes materiales se sitúan originadas en la propia realidad social⁵⁴⁸. Las fuentes materiales tienen su causa en la sociedad, escapando en este sentido de adquirir un origen en la actividad normativa del propio Estado.

Esto determina que algunos autores incluso expliquen que la expresión “fuentes del derecho” se entienda, en un sentido que se asimila al de las fuentes materiales, desde una perspectiva “político-social”⁵⁴⁹.

2.2.2. Composición

⁵⁴² Es el caso de RUIZ (2016), p. 193.

⁵⁴³ MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346.

⁵⁴⁴ BELTRÁN (2000), p. 77.

⁵⁴⁵ En este sentido se pronuncia MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346.

⁵⁴⁶ CIFUENTES (1997), § 4, p. 5.

⁵⁴⁷ Existen algunos casos en los cuales no consta una mayor profundización en el concepto de fuente material. Es lo que ocurre con LORENZETTI (1995), p. 201, quien menciona que las fuentes materiales constituyen un “argumento razonable”. Por su parte, PINESE (2006), núm. 8, p. 9, refiere que se tratan de “aquellas circunstancias en que las fuentes formales no brinden al juez una posible solución al caso sometido a su atención”.

⁵⁴⁸ DUCCI (1980), núm. 33, p. 51.

⁵⁴⁹ BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 204; MARÍN (1999), p. 344, hablando de un sentido “socio-político”.

La segunda, dice relación con la composición de las fuentes materiales. Las diversas aproximaciones las traducen en “factores”⁵⁵⁰, “elementos”⁵⁵¹, “circunstancias”⁵⁵², “fuerzas”⁵⁵³, “motivos”⁵⁵⁴, “razones”⁵⁵⁵, o simplemente en “hechos”⁵⁵⁶, “sucesos o situaciones”⁵⁵⁷. Esta clase de descripción descarta su asimilación a “entidades” o “personas”, como ocurre con las fuentes formales. También es posible identificarlas en alusión a la “dimensión” o “naturaleza” que asume el derecho⁵⁵⁸.

2.2.3. Integración específica de sus componentes

La tercera, comprende la integración de estos factores. Una revisión de la literatura permite sostener que ella es compleja, variada e indefinida.

Estos atributos surgen debido a la ausencia de un control público o estatal, dado que se generan al interior de la sociedad. Estos factores tienen diverso origen, y obedecen a distintos intereses, lo cual explica su cantidad, y que no sea posible formular enumeraciones exhaustivas.

En forma general, DE OTTO postula que estos factores avanzan desde circunstancias fácticas y eventualmente no humanas, hasta conductas fuertemente regladas por el ordenamiento jurídico⁵⁵⁹. De este modo, no es posible asignar un componente material determinado a las fuentes de esta clase.

Estos listados suelen ser coincidentes en las referencias hacia los factores de orden material⁵⁶⁰, histórico⁵⁶¹, político⁵⁶², ideológico⁵⁶³, filosófico⁵⁶⁴, económico⁵⁶⁵, social⁵⁶⁶,

⁵⁵⁰ CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; PACHECO (1962), p. 246; BASCUÑÁN (1972), p. 7; ZULETA (1987), p. 107; CASTÁN (1988), p. 413; ESCOBAR (1991), p. 78; MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346; DE OTTO (1991), § 21, p. 70; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; WILLIAMS (1999), p. 134; AÑÓN (1999), p. 246; ESCANDÓN (2003), p. 69; SANTOS (2003), p. 221; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140; SQUELLA (2011), p. 286; SQUELLA (2012), p. 564; ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83; CORRAL (2018), p. 43.

⁵⁵¹ CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; PACHECO (1962), p. 246; BASCUÑÁN (1972), p. 8; CASTÁN (1988), p. 413; ESCOBAR (1991), p. 78; SANTOS (2003), p. 221; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.

⁵⁵² BASCUÑÁN (1972), p. 8; PINESE (2006), núm. 8, p. 9.

⁵⁵³ LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509; DUCCI (1980), núm. 33, p. 51; PUIG (1987), p. 64; VESCOVI (2011), § 12, p. 75.

⁵⁵⁴ REALE (1993), p. 117; DE ASÍS (1999), p. 205; GUIBOURG (2000), p. 177.

⁵⁵⁵ GUIBOURG (2000), p. 177.

⁵⁵⁶ MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346; PÉREZ (2013), p. 207.

⁵⁵⁷ BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61.

⁵⁵⁸ RUIZ (2016), p. 193.

⁵⁵⁹ DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

⁵⁶⁰ ZULETA (1987), p. 107.

⁵⁶¹ BARBERO (1962), núm. 9, p. 85; PACHECO (1962), p. 246; PACHECO (1990), p. 316; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; AÑÓN (1999), p. 246; BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61; AMUNÁTEGUI (2016), p. 49; CORRAL (2018), p. 43.

cultural⁵⁶⁷, étnico⁵⁶⁸, geográfico⁵⁶⁹, demográfico⁵⁷⁰, científico⁵⁷¹, técnico⁵⁷², religioso⁵⁷³, espiritual⁵⁷⁴, ético⁵⁷⁵, moral⁵⁷⁶, climáticos⁵⁷⁷, el paisaje⁵⁷⁸, la necesidad social⁵⁷⁹, la moral social⁵⁸⁰, la utilidad social⁵⁸¹, la naturaleza humana⁵⁸², la naturaleza de las cosas⁵⁸³, el interés social⁵⁸⁴, el cambio social⁵⁸⁵, la opinión popular⁵⁸⁶, el lenguaje⁵⁸⁷, la labor de los juristas⁵⁸⁸, el sentimiento jurídico⁵⁸⁹, las tradiciones⁵⁹⁰, la cultura popular⁵⁹¹, las guerras⁵⁹²,

562 BASCUÑÁN (1972), p. 8; PACHECO (1990), p. 316; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; AÑÓN (1999), p. 246; ESCANDÓN (2003), p. 69; BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61; SQUELLA (2011), p. 286; AMUNÁTEGUI (2016), p. 49; RUIZ (2016), p. 193.

563 BASCUÑÁN (1972), p. 8; DUCCI (1980), núm. 33, p. 51; COBO/VIVES (1999), p. 135.

564 HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.

565 CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; BASCUÑÁN (1972), p. 8; LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509; DUCCI (1980), núm. 33, p. 51; PACHECO (1990), p. 315; REALE (1993), p. 117; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; AÑÓN (1999), p. 246; ESCANDÓN (2003), p. 69; BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 52; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140; VESCOVI (2011), § 12, p. 75; SQUELLA (2011), p. 286.

566 CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; BASCUÑÁN (1972), p. 8; PACHECO (1990), p. 316; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; AÑÓN (1999), p. 246; ESCANDÓN (2003), p. 69; BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140; VESCOVI (2011), § 12, p. 75 (aunque habla de “vida social”); SQUELLA (2011), p. 286; RUIZ (2016), p. 193.

567 CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; BARBERO (1962), núm. 9, p. 85; DUCCI (1980), núm. 33, p. 51; PUIG (1987), p. 64; PACHECO (1990), p. 316; ESCANDÓN (2003), p. 69; BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 52.

568 BASCUÑÁN (1972), p. 8.

569 BARBERO (1962), núm. 9, p. 85; BASCUÑÁN (1972), p. 8; CORRAL (2018), p. 43.

570 BASCUÑÁN (1972), p. 8.

571 COBO/VIVES (1999), p. 135; SQUELLA (2011), p. 286.

572 SQUELLA (2011), p. 286. Refiriéndose exactamente a “los progresos técnicos”, HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.

573 BASCUÑÁN (1972), p. 8; PACHECO (1990), p. 316; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140; SQUELLA (2011), p. 286; CORRAL (2018), p. 43.

574 BARBERO (1962), núm. 9, p. 85.

575 PACHECO (1990), p. 316; REALE (1993), p. 117; RUIZ (2016), p. 193.

576 BASCUÑÁN (1972), p. 8; SQUELLA (2011), p. 286; RUIZ (2016), p. 193.

577 CORRAL (2018), p. 43.

578 CORRAL (2018), p. 43.

579 CASTÁN (1988), p. 413; ESCOBAR (1991), p. 78.

580 CORRAL (2018), p. 43.

581 CASTÁN (1988), p. 413; ESCOBAR (1991), p. 78.

582 BARBERO (1962), núm. 9, p. 85; LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509; PACHECO (1990), p. 315; VESCOVI (2011), § 12, p. 75.

583 MESSINEO (1979), § 4, p. 66 (para descartarlas como fuentes de producción, y destacando que ella es “la representación de la función social y económica de los hechos, en la conciencia colectiva del lugar y del tiempo, en que los hechos se producen”); CASTÁN (1988), p. 413; ESCOBAR (1991), p. 78; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162; SANTOS (2003), p. 221.

584 MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162.

585 DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

586 CASTÁN (1988), p. 413; ESCOBAR (1991), p. 78; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162; SANTOS (2003), p. 221.

587 CORRAL (2018), p. 43.

588 MESSINEO (1979), § 4, p. 66 (pero para descartarlas como fuentes de producción); SANTOS (2003), p. 221; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.

las revoluciones⁵⁹³, los terremotos (y en general, los fenómenos de la naturaleza física)⁵⁹⁴, la revolución industrial⁵⁹⁵, el nacimiento de la burguesía⁵⁹⁶, el incremento de un tipo de delincuencia⁵⁹⁷, los nuevos cambios económicos⁵⁹⁸, el peligro para la salud⁵⁹⁹, la protección de un determinado bien jurídico⁶⁰⁰, y “los principios generales del Derecho”⁶⁰¹, entre otros.

Se trata de un listado que no suele ser exhaustivo, y que en todo caso tampoco podría serlo, puesto que se tratan de factores múltiples e ilimitados⁶⁰², de diversa índole⁶⁰³, y que llevaría a impedir cualquier esfuerzo de catalogación⁶⁰⁴. Debe reconocerse que se han formulado algunos esfuerzos, como el que formula GUIBOURG, quien identifica la justicia⁶⁰⁵, la equidad⁶⁰⁶ y la seguridad⁶⁰⁷.

Por último, podemos destacar que la presencia de una pluralidad de estos factores debería impedir que, en forma preliminar, la norma jurídica sólo se vea influenciada por un determinado factor en concreto; esto, porque la norma jurídica nace y se aplica en un medio social que tiene una conformación compleja.

2.2.4. Especificaciones temporales y espaciales

El cuarto consiste en la especificación del tiempo y espacio para los cuales se han consagrado estas fuentes. Estos factores surgen de una sociedad determinada⁶⁰⁸ no sólo por estos factores, sino también en un determinado tiempo⁶⁰⁹, e incluso con la especificación que se trata de una sociedad de un determinado espacio.

589 LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509; PACHECO (1990), p. 315; VESCOVI (2011), § 12, p. 75.
590 DUCCI (1980), núm. 33, p. 51; CASTÁN (1988), p. 413; ESCOBAR (1991), p. 78; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162; SANTOS (2003), p. 221
591 CORRAL (2018), p. 43.
592 HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.
593 HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.
594 SQUELLA (2011), p. 289.
595 BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.
596 BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.
597 DE OTTO (1991), § 21, p. 70; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.
598 BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.
599 DE OTTO (1991), § 21, p. 70.
600 BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.
601 MESSINEO (1979), § 4, p. 66 (pero para descartarlas como fuentes de producción); HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.
602 PACHECO (1962), p. 246; CANCELA *et alt.* (1988), § 15, p. 52; CASTÁN (1988), p. 413; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162; ESCANDÓN (2003), p. 70; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140; CORRAL (2018), p. 43.
603 SQUELLA (2012), p. 564.
604 CASTÁN (1988), p. 413; ESCOBAR (1991), p. 78; GUIBOURG (2000), p. 190.
605 GUIBOURG (2000), p. 191.
606 GUIBOURG (2000), pp. 191-192.
607 GUIBOURG (2000), pp. 192-194.
608 DUCCI (1980), núm. 33, p. 51; SQUELLA (2011), p. 286.
609 SQUELLA (2011), p. 286; PÉREZ (2013), p. 207.

Así, debemos observar que las distintas fuerzas o factores en que se traducirán las fuentes materiales tienen distintos niveles de influjo, dependiendo del tiempo y lugar en las cuales se dictan las normas jurídicas. En esta perspectiva, las distintas corrientes e ideas de pensamiento presentes en la sociedad van cambiando conforme pasa el tiempo, debido a las variaciones que ella va experimentando; y esas circunstancias podrían no concurrir si pensamos en sociedades que pertenecen a distintos Estados.

Los factores presentes en la sociedad son esencialmente cambiantes en el tiempo, y ello determinará que su acción en las normas jurídicas cambie de manera progresiva.

2.2.5. *Relación con las fuentes formales*

El quinto aspecto es la determinación de la relación que las fuentes materiales tienen con las fuentes formales. Todas las nociones que hemos analizado aceptan, en términos más o menos explícitos, que las fuentes materiales tienen una influencia⁶¹⁰, motivan⁶¹¹, conducen⁶¹², concurren⁶¹³, contribuyen⁶¹⁴, persuaden⁶¹⁵, o generan un efecto de condicionamiento⁶¹⁶ o determinación⁶¹⁷ en las normas jurídicas, y hemos descrito que una de las nociones de fuentes formales lo constituyen las distintas formas de manifestación externa de las normas jurídicas.

Para destacar la intensidad de este efecto, se ha planteado que esta influencia es “de manera importante”⁶¹⁸.

También los autores han destacado que estos factores son importantes, puesto que permiten explicar por qué el ordenamiento jurídico de un país difiere respecto de otro⁶¹⁹.

2.2.6. *Formas específicas de influencia*

Habitualmente, esta relación es planteada en términos muy generales, aceptándose que las fuentes materiales inciden en las normas jurídicas, pero no indican con mayor especificidad cuáles son esas influencias concretas⁶²⁰.

⁶¹⁰ BASCUÑÁN (1972), p. 8; ZULETA (1987), p. 107; PACHECO (1990), p. 316; WILLIAMS (1999), p. 134; AÑÓN (1999), p. 246; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140; SQUELLA (2011), p. 286; SQUELLA (2012), p. 564; CORRAL (2018), p. 43.

⁶¹¹ ESCANDÓN (2003), p. 69.

⁶¹² ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83.

⁶¹³ MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346.

⁶¹⁴ CASTÁN (1988), p. 413.

⁶¹⁵ CIFUENTES (1997), § 4, p. 4.

⁶¹⁶ PACHECO (1962), p. 246; REALE (1993), pp. 117-118.

⁶¹⁷ CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; PACHECO (1962), p. 246; BASCUÑÁN (1972), p. 7; MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346; BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205; GUIBOURG (2000), p. 177; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51.

⁶¹⁸ SQUELLA (2012), p. 564.

⁶¹⁹ CORRAL (2018), pp. 43-44.

⁶²⁰ En este sentido: DUCCI (1980), núm. 33, p. 51.

Con todo, esto último no constituye un procedimiento general, dado que algunos autores destacan que los efectos concretos en que se traducen las fuentes materiales consisten en justificar la necesidad de establecer una norma⁶²¹, su aparición⁶²², elaboración⁶²³, nacimiento⁶²⁴, producción⁶²⁵, creación⁶²⁶, origen⁶²⁷, génesis⁶²⁸, existencia⁶²⁹, contenido⁶³⁰, conformación⁶³¹, o su dictación⁶³², representando el cauce o canal por el cual fluyen las fuentes formales⁶³³, las nutren⁶³⁴, incidiendo eventualmente en su transformación⁶³⁵ o modificación⁶³⁶.

Estos factores ayudan a responder por qué y para qué se dictó la norma⁶³⁷, o para identificar “la conformación de un particular ordenamiento jurídico y determina las características específicas que permiten diferenciarlo de otros”⁶³⁸, o inciden en “las diferentes formas de edición del derecho positivo”⁶³⁹.

No se suele destacar su impacto en la necesidad de derogar las normas jurídicas, pero creemos que esto último podría estimarse comprendido en su influjo en la formación de la norma jurídica⁶⁴⁰.

También se ha sostenido, aisladamente, que las fuentes materiales pueden contribuir a la interpretación de la norma jurídica⁶⁴¹.

621 BULLEMORE/MACKINNON (2005), p. 61.

622 BASCUÑÁN (1972), p. 8.

623 BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.

624 MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346.

625 AÑÓN (1999), p. 246; SQUELLA (2011), p. 286; SQUELLA (2012), p. 564.

626 LEGAZ Y LACAMBRA (1979), p. 509; PACHECO (1990), p. 316; REALE (1993), p. 117; WILLIAMS (1999), p. 134; VESCOVI (2011), § 12, p. 75; ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83.

627 DE ASÍS (1999), p. 205; AMUNÁTEGUI (2016), p. 49.

628 CANCELA *et alt.* (1988), § 15, p. 52; MARTÍNEZ (1991), núm. 690, p. 346; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.

629 PÉREZ (2013), p. 207.

630 CARVALLO (1951), núm. 37, p. 173; PACHECO (1962), p. 246; BASCUÑÁN (1972), p. 7; PUIG (1987), p. 64; ZULETA (1987), p. 107; CASTÁN (1988), p. 413; PACHECO (1990), p. 316; ESCOBAR (1991), p. 78; WILLIAMS (1999), p. 134; GUIBOURG (2000), p. 177; ESCANDÓN (2003), p. 69; SANTOS (2003), p. 221; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 51; SQUELLA (2011), p. 286.

631 CORRAL (2018), p. 43.

632 ESCANDÓN (2003), p. 69.

633 GARCÍA (2008), núm. 25, p. 52.

634 MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 162.

635 REALE (1993), pp. 117-118.

636 SQUELLA (2011), p. 286.

637 DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

638 CORRAL (2018), p. 43.

639 ZULETA (1987), p. 107.

640 La excepción a este silencio general lo constituye SQUELLA (2011), p. 286.

641 AMUNÁTEGUI (2016), pp. 49-50.

Algunos autores intentan distinguir que las fuentes del derecho contribuyen a la creación no sólo de las normas, sino también las instituciones jurídicas⁶⁴².

2.2.7. *Carácter de la interacción de los factores*

También se manifiesta que las fuentes materiales presentan una interacción que reviste las características de ser dinámica y recíproca⁶⁴³.

Por tanto, ocurrirá que las fuentes materiales no obran solas, sino que la dictación de la norma jurídica se verá motivada por la acción de varios factores, los cuales concurrirán con mayor o menor protagonismo, pero usualmente lo harán de manera colectiva.

Algunos autores destacan, a propósito de la interacción entre estas fuentes, mencionan que las materiales suelen aparecer antes que las formales en el tiempo⁶⁴⁴.

2.2.8. *Su falta de fuerza vinculante*

En forma más aislada, se suele destacar que las fuentes materiales “no tienen fuerza de obligar por disposición autoritaria, pero contribuyen al conocimiento del derecho o a su más certera aplicación”⁶⁴⁵.

La ausencia de fuerza vinculante ya era sostenida por KELSEN, por cuanto declara que todas aquellas ideas que en realidad ejercen influencia sobre los órganos de creación jurídica, como los postulados morales y políticos, las doctrinas jurídicas, las opiniones de los juristas, entre otros, carecían en sí mismas de fuerza obligatoria⁶⁴⁶.

Se trataría de un factor respecto del cual existiría una clara diferencia con las fuentes formales, ya que estas últimas sí tendrían la fuerza vinculante⁶⁴⁷.

2.2.9. *Grado de influjo en las fuentes formales*

Por último, existen algunas definiciones que tratan de medir el grado de influjo que tienen las fuentes materiales en las fuentes formales. Indican que los factores constitutivos de las fuentes materiales concurren “directa o indirectamente”⁶⁴⁸, o influyen “mediata o inmediatamente”⁶⁴⁹ en la formación del derecho.

⁶⁴² BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 205.

⁶⁴³ SQUELLA (2011), p. 286.

⁶⁴⁴ CANCELA *et alt.* (1988), § 15, p. 52.

⁶⁴⁵ SANTOS (2003), p. 221. Coincide en su falta de fuerza vinculante, CIFUENTES (1997), § 4, p. 4.

⁶⁴⁶ La cita se encuentra en GALAZ (1960), núm. 89, p. 121.

⁶⁴⁷ SANTOS (2003), p. 222.

⁶⁴⁸ HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.

⁶⁴⁹ WILLIAMS (1999), p. 134.

Al efecto, se pueden clasificar en dos grupos; fuentes materiales directas e indirectas. Por las primeras, se describe al órgano, persona o colectividad de la cual emana la norma jurídica; y así se distingue a la sociedad (respecto de la costumbre), los órganos legislativos (tratándose de la ley), y los Tribunales de Justicia (en el caso de las sentencias)⁶⁵⁰, todas las cuales se describen como “fuerzas”⁶⁵¹. Tratándose de las segundas, se las describe como “todos aquellos elementos que, en forma más o menos remota, mediata, influyen en la génesis y transformaciones del derecho”⁶⁵²; y serían de este tipo aquellas que tradicionalmente se describen como fuentes materiales propiamente tales.

2.3. Descripciones particulares

2.3.1. *Propuesta de Albaladejo*

ALBALADEJO, quien explica que “[e]l poder de establecer éstas [sc. las normas jurídicas] lo pueden tener diversos organismos o fuerzas sociales”, de modo que “[e]l que lo tenga es fuente material de derecho, en cuanto que, al establecerlas, de origen a derecho”⁶⁵³.

Esta definición constituye una excepción respecto del conjunto de autores que describen las fuentes materiales, puesto que la noción queda centrada en la perspectiva del “órgano” creador de la norma jurídica, y en el sentido que se trata de uno que tiene el “poder” de dictar normas jurídicas. No se tratan de factores que influyen en la sustancia de la norma, sino que derechamente se traduce en las personas o grupos dentro de la sociedad que tienen la potestad de dictar normas jurídicas.

Como se apreciará, este último criterio constituye volver a la noción de fuente formal en cuanto órgano, y se asemeja a la noción de “fuente material directa” defendida en nuestro país por HÜBNER.

2.3.2. *Propuesta de Martínez*

Por su parte, MARTÍNEZ define las fuentes materiales como “aquellas en que el hombre descubre el derecho a través de la razón”⁶⁵⁴, situando en este grupo a la equidad y los principios jurídicos.

Respecto de estas fuentes, y citando a LON FULLER, menciona que son elementos implícitos o inherentes a la creación jurídica, y que se encuentran conformadas por “las exigencias

⁶⁵⁰ HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140. En un sentido similar, calificándola directamente como “fuente material”, FERNÁNDEZ-GALIANO/DE CASTRO (1993), p. 172; O’CALLAGHAN (1997), p. 86; VESCOVI (2011), § 12, p. 76.

⁶⁵¹ PUIG (1987), p. 63.

⁶⁵² HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.

⁶⁵³ ALBALADEJO (2009), § 13, pp. 77-78. Una concepción similar puede ser apreciada en las explicaciones ofrecidas por ESCOBAR (1991), p. 78.

⁶⁵⁴ MARTÍNEZ (2009), p. 348.

morales y la equidad”. Dado su origen implícito, es que ellas no son propiamente “creadas” por el intérprete, sino que son “descubiertas”⁶⁵⁵.

Esta noción encuentra como dificultad que se confundan las fuentes formales y las materiales. Sin embargo, su mérito se encuentra en destacar el origen que en general les corresponde, como resultado de un proceso de interpretación. Asimismo, tiene como mérito destacar el contenido valorativo que tendrían esta clase de fuentes.

2.4. Importancia

A la hora del análisis de las fuentes materiales, RUIZ señala que sus problemas fundamentales son la determinación de la naturaleza política, ética y social del derecho, su legitimación o justificación, en cuanto hecho humano y social que es. Implicaría la necesidad de indagar sobre “los fines, intereses y valores a los que responde la creación jurídica”, puesto que

“referirnos a la fuente del Derecho como poder que crea derecho exige traer a colación aspectos no formales, relativos al problema mismo del poder político y de la lucha que hay en torno a él”⁶⁵⁶.

En definitiva, según la autora, analizar las fuentes materiales del derecho implicará discutir acerca de la legitimación del poder político, “en donde se dilucida si hay que obedecer o no el derecho creado por quien ostenta el poder político, en un momento dado”⁶⁵⁷. Este punto resulta relevante, dado que la autora parece insinuar la posibilidad de cuestionar las normas jurídicas, en la medida que ella responda a determinados intereses. También es evidente que destaca la intencionalidad en la creación de la norma jurídica, dados los intereses que resulten eventualmente comprometidos con su dictación.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

Dentro del estudio de la teoría de las fuentes del derecho se ha instituido una de las principales distinciones para comprender el sentido en que se asume. Esta distinción descansa en aludir a las “fuentes formales” y las “fuentes materiales”.

El significado predominante en la literatura jurídica que aborda esta distinción, refiere que las fuentes formales pueden comprenderse en tres formas. Una de ellas sostiene que consisten de los procedimientos a través de los cuales se genera la norma jurídica, o se manifiesta la actividad normativa. La otra, importa que las fuentes formales se traduce en

⁶⁵⁵ MARTÍNEZ (2009), p. 348.

⁶⁵⁶ RUIZ (2016), p. 193.

⁶⁵⁷ RUIZ (2016), p. 193.

los órganos, autoridades o personas que gozan de la potestad o autoridad para dictar las normas jurídicas. La tercera, y que es la que mayormente justifica la manera en que se estudia y divulga esta teoría, comprende el resultado del procedimiento de formación de la norma.

Por su parte, la lectura tradicional del concepto “fuentes materiales del derecho” se traduce en un conjunto de factores de la más diversa naturaleza, que influyen en la dictación de las normas jurídicas, y dan contenido e identidad al ordenamiento jurídico. Estos factores son múltiples, de modo que se dificulta una construcción acabada de éstas. Sin embargo, ellas dan cuenta de elementos que forman parte de la vida del ser humano en sociedad, y que integran su historia, forma de vivir y actividad.

En forma especial, los autores manifiestan de manera general que las circunstancias económicas constituyen una fuente material del derecho. Ello significa, en forma preliminar, que los factores de esta naturaleza influyen en la creación del derecho, en sus más diversas manifestaciones.

La identificación de esta distinción permite sostener que las fuentes materiales afectan a las fuentes formales, por lo menos desde el punto de vista de su contenido.

Capítulo IV:

SOBRE LA CONVENIENCIA DEL ANÁLISIS DE LAS “FUENTES DEL DERECHO”

SUMARIO: Sección 1: El problema conceptual: § 1. Contra la conservación – **§ 2.** Una defensa del concepto.- **Sección 2: Sobre la relación entre las fuentes formales y las fuentes materiales: § 1.** Irrelevancia de la relación: 1.1. Las fuentes formales y las fuentes materiales son conceptos independientes; 1.2. Las fuentes formales requieren mayor atención que las fuentes materiales – **§ 2.** La relación entre las fuentes formales y las materiales es necesaria: 2.1. Las fuentes materiales son “fuentes del derecho”; 2.2. La relación entre las fuentes formales y las materiales es reconocida en los análisis formales; 2.3. Para qué sirven las fuentes materiales: 2.3.1. Función de origen de las fuentes formales – 2.3.2. Función de respuesta - 2.3.3. Función de contenido - 2.3.4. Función orientadora.- **Sección 3: Síntesis.**

El problema de la teoría de las fuentes del derecho encierra dos clases de problemas. El primero de ellos, apunta a la conveniencia de su conservación en lo conceptual (**Sección 1**). El segundo, se concentra en la utilidad que implicaría una relación entre las fuentes formales y las materiales (**Sección 2**).

**SECCIÓN 1:
EL PROBLEMA CONCEPTUAL**

Para cerrar el estudio de las fuentes del derecho, se trata en este punto de discutir acerca de la conveniencia de su tratamiento, y eventualmente algunas alternativas de reemplazo que se han postulado en la doctrina.

§ 1. CONTRA LA CONSERVACIÓN

A la hora de acudir al significado original de la expresión “fuente”, no todos los autores se encuentran de acuerdo en cuanto a su mérito. Fuera de aquellos que la declaran una “feliz metáfora”, vemos las opiniones de quienes acusan que la pluralidad de significados que se le han designado sería la responsable de los “numerosos equívocos” derivados de su uso⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ AÑÓN (1999), p. 245, con cita en el mismo sentido de PÉREZ LUÑO.

La principal crítica que se propone es que, al utilizar una expresión proveniente del mundo natural, de la manera propuesta, se quiere dar a entender que el derecho mana de manera espontánea, a partir de “alguna misteriosa fuente supraempírica”⁶⁵⁹. En su lugar, se recuerda que este misterio es inexistente, desde el momento en que el derecho importa un artificio, un producto que tiene su origen en la voluntad del hombre, de modo que “sólo éstos son “fuente” del derecho”⁶⁶⁰, o que la única fuente formal por excelencia sería la ley⁶⁶¹. Como se apreciará, se trata de una perspectiva anclada en una mirada puramente formal⁶⁶² o positivista del derecho⁶⁶³, quizá explicada como una manera de evitar cualquiera clase de insinuación “iusnaturalista” acerca del origen del derecho, lo cual explicaría su intento de descartar cualquier mirada “supraempírica” en este punto, o que considere que su origen se encuentra fuera del derecho mismo, como una realidad prejurídica no regulada⁶⁶⁴.

Otra crítica que surge, y que contribuye a oscurecer el sentido de la expresión, consiste en que realmente el derecho surge como consecuencia de un conglomerado o conjunto complejo de factores, “que van desde simples circunstancias fácticas, incluso no humanas, hasta conductas minuciosamente regladas por el ordenamiento”⁶⁶⁵. Esta crítica apunta a que la verdadera fuente del derecho son los que se denominan “fuentes materiales”.

Una vez que se ha podido constatar los múltiples sentidos que se asigna a la noción “fuentes del derecho”, se ha postulado que se trataría de “un concepto prácticamente inútil”⁶⁶⁶, “oscuro”⁶⁶⁷, “críptico”⁶⁶⁸, “ambiguo”⁶⁶⁹, “confuso”⁶⁷⁰, “equivoca”⁶⁷¹, “insuficiente”⁶⁷², “anormal e indefinible”⁶⁷³, un “*bouquet d’aphorisme*”⁶⁷⁴, y que debería ser reemplazado, abandonado o eliminado⁶⁷⁵. Esta confusión se explicaría porque, a través de ella, se pretenden designar distintos aspectos o fenómenos que se encuentran muy vinculados en la vida del derecho, específicamente con su proceso de producción y cambio⁶⁷⁶.

⁶⁵⁹ PRIETO (2015), p. 151.

⁶⁶⁰ PRIETO (2015), p. 151.

⁶⁶¹ LOZANO (1999), p. 215.

⁶⁶² LOZANO (1999), p. 215.

⁶⁶³ Así lo reconoce PRIETO (2015), p. 151.

⁶⁶⁴ PRIETO (2015), p. 151.

⁶⁶⁵ DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

⁶⁶⁶ EZQUIAGA (1998), p. 186; PECES-BARBA *et alt.* (1999), p. 203.

⁶⁶⁷ LOIS (2003), p. 67.

⁶⁶⁸ LOIS (2003), p. 67.

⁶⁶⁹ En este sentido, GARCÍA VALDECASAS, según DEL ARCO/PONS (1984), p. 652; ZULETA (1987), pp. 107 y 110; DE ASÍS (1999), p. 203.

⁶⁷⁰ DE ASÍS (1999), p. 203; LOIS (2003), p. 67; PRIETO (2015), p. 151.

⁶⁷¹ MARTÍNEZ (1991), núm. 683, p. 344; MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 155; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

⁶⁷² MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 155; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 111.

⁶⁷³ PETRAZYCKI, según ZULETA (1987), p. 110.

⁶⁷⁴ Es la afirmación de A. ROSS, según BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 206.

⁶⁷⁵ EZQUIAGA (1998), p. 186; MARÍN (1999), p. 343.

⁶⁷⁶ PRIETO (2015), p. 151.

Por lo demás, esta afirmación no constituye innovación alguna. KELSEN afirmaba que “[e]n razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable”⁶⁷⁷.

Es por ello que algunos textos generales tienden al abandono de una sistematización basada en la noción de “fuentes del derecho”, prefiriéndose en su lugar la de “creación del derecho”⁶⁷⁸. Incluso encontramos autores que, desde sus disciplinas específicas, siguen usando la voz “fuentes del derecho” o “fuentes”, pero sin identificarla como factor de sistematización, a la hora de abordar el conjunto de normas que forman parte de una determinada área del derecho, hablando en su lugar de “ordenamiento jurídico”, o “fuentes del ordenamiento”. Es lo que ocurre en algunas obras de derecho administrativo, conforme se trató.

§ 2. UNA DEFENSA DEL CONCEPTO

En rigor, tales equívocos no parecen tales a la hora de asumir su significado natural, dado que éste es bastante claro, por referirse al origen de algo; donde se oscurece esta noción es a la hora de su “traducción” en clave jurídica.

Se trata de una expresión que ha nacido como un recurso para explicar el origen del derecho, que proviene del mundo de la naturaleza, al cual paulatinamente se la ha pretendido dar un significado preciso⁶⁷⁹, hasta convertirse en un concepto jurídico fundamental, que pretende cumplir determinadas funciones dentro del contexto de la teoría del derecho.

A pesar de las confusiones en que se incurre, parece ser que los juristas entienden el objetivo del análisis, dado que a través de su estudio parece aceptarse que la “teoría de las fuentes del derecho”⁶⁸⁰ trata sobre los siguientes aspectos: 1) Quién puede crear el derecho⁶⁸¹, distinguiendo si se trata de un cuerpo político o social; 2) cómo se llaman las normas jurídicas que son creadas por estas entidades⁶⁸²; 3) Qué características presentan las

⁶⁷⁷ KELSEN (1999), p. 120.

⁶⁷⁸ Tal es el caso que se presenta en DE ASÍS (1999), p. 203.

⁶⁷⁹ LASARTE (2004), p. 46; DE PABLO (2018), p. 70.

⁶⁸⁰ Conviene precisar que el uso de la expresión “teoría de las fuentes del derecho” quiere aludir al conocimiento abstracto y sistemático de las distintas fuentes jurídicas. Ello, a fin de evitar usarla en el sentido defendido por ROSS, quien entiende que se trata de aquella tarea desarrollada por la filosofía jurídica en orden a “identificar los tipos generales de fuentes del derecho que, de acuerdo con la experiencia, aparecen en todos los sistemas jurídicos maduros” (ROSS, 1994, p. 75).

Puede observarse que esta última noción tiene un componente, sin decirlo derechamente, propio del derecho comparado más que propio de la teoría del derecho.

⁶⁸¹ DE PABLO (2018), p. 70.

⁶⁸² DE PABLO (2018), p. 70.

normas así creadas por estos entes⁶⁸³; y, por nuestra parte, 4) Cuáles son los procedimientos, sean reglados o no, que determinan su creación y validez, que es lo mismo de hablar de “cómo se ha producido y establecido la norma”⁶⁸⁴. Debemos reconocer, incluso en esta situación, que no todos los autores se encuentran conformes con la determinación de los objetos de estudio aquí identificados⁶⁸⁵. Aunque se afirme que se trata de un listado extenso, y que dificulta la comprensión del concepto, existen algunas alternativas conceptuales simplificadas que pueden englobar el núcleo de estos aspectos. Tal sería la definición elaborada por CORRAL, quien indica que las fuentes del derecho son “las realidades de las cuales el derecho emana y a aquellas que lo expresan o contienen”⁶⁸⁶.

A este listado, que tiene una fuerte validez formal, se estima igualmente necesario agregar el problema de la “motivación” de las normas jurídicas. En efecto, hemos podido revisar que las normas jurídicas no surgen de manera espontánea, sino que obedecen a una serie de circunstancias, materiales o humanas, que justifican el nacimiento, la modificación o la extinción de la norma jurídica. Esto obliga a considerar, dentro del cúmulo de asuntos propios de las fuentes del derecho, todo lo relativo a la determinación e identificación de los factores materiales que contribuyen a dar vida a la norma jurídica. Estos elementos resultan fundamentales, porque sin su debido entendimiento la norma deviene vacía.

También se ha indicado que la necesidad del estudio de las fuentes se encuentra en su valor para la historia del derecho, porque ella se comprende, en sí misma, como una “historia de las fuentes del derecho”, e incluso como una historia relativa al conflicto que se suscitaba entre las diversas fuentes, como también su relación histórica con las diversas formas de dominación política⁶⁸⁷.

Para cerrar, en cuanto al pretendido carácter doctrinario o académico que pudiere parecer el problema, como una forma de desdeñar su importancia, lo cierto es que existen algunos países en los cuales la definición de las fuentes se convirtió en derecho objetivo, como ocurre con España⁶⁸⁸, según fue mencionado.

683 DE PABLO (2018), p. 70.

684 LACRUZ (2019), p. 21.

685 Es el caso de ROSS, para quien la doctrina tradicional de las fuentes del derecho trata sobre cuestiones como las siguientes: 1) De dónde derivan su fuerza obligatoria las distintas fuentes; 2) cuál es la fuente suprema de toda la “validez del derecho”; 3) qué conclusiones pueden extraerse a partir de la fuerza relativa de la respectiva fuente del derecho (ROSS, 1994, p. 103).

Por su parte, BETEGÓN *et alt.* (1997), p. 203, plantean que el estudio de las fuentes del derecho exige responder preguntas como “¿qué son?, ¿cuáles son? y, sobre todo, ¿cómo se relacionan entre sí?”, y añade que debe extenderse su análisis al fundamento de las relaciones entre las fuentes y, en particular, “la naturaleza política del sistema de fuentes en su conjunto”.

686 CORRAL (2018), p. 43.

687 En este sentido, ZULETA (1987), pp. 111-112.

688 DE PABLO (2018), p. 70.

En contra a este argumento, DE OTTO (1991), § 21, pp. 74-75, quien insiste que la positivización de la noción “fuentes del derecho” no ha significado en forma alguna que la expresión conserve una utilidad puramente académica. Partiendo de la base de estimar que la expresión debe comprenderse a partir del objeto central de las normas constitucionales, cual es la organización del Estado y los procedimientos y funciones de sus órganos” (p. 75), concluye: “Dentro de esos actos

SECCIÓN 2: SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LAS FUENTES FORMALES Y LAS FUENTES MATERIALES

Un punto que no ha sido mayormente tratado por la doctrina es la determinación de las relaciones entre las fuentes formales y las materiales. A pesar de esta deficiencia, se trata de uno de los aspectos que mayor relevancia tiene para justificar el estudio detallado de las segundas.

§ 1. IRRELEVANCIA DE LA RELACIÓN

1.1. Las fuentes formales y las fuentes materiales son conceptos independientes

Dentro de esta óptica, es posible constatar algunos matices. El primero de ellos, es el que adhiere a una separación inicial de las fuentes formales frente a las materiales, postura defendida por KELSEN, quien propugnaba que las fuentes formales son independientes de las fuentes materiales, entendidas éstas como factores externos, tal como ocurre con los éticos, culturales y políticos, entre otros⁶⁸⁹.

1.2. Las fuentes formales requieren mayor atención que las fuentes materiales

Si comparamos el grado de atención que los autores prestan al estudio de las fuentes formales, en comparación a las materiales, vemos que las segundas toman muy poca relevancia. Usualmente se aprecia una metodología expositiva que tiende sólo a identificar en qué consisten las fuentes materiales (y a veces, ni siquiera ocurre esto)⁶⁹⁰, por vía de acompañar un breve concepto, y luego acusar el hecho que el estudio de la teoría de las fuentes del derecho queda centrado sólo en las formales⁶⁹¹. Ocurre del mismo modo que

normativos se incluyen aquí en la categoría fuentes del derecho todos los actos productores de normas, con la exclusión de los actos administrativos, de los llamados actos constitucionales –actos de ejecución directa de la Constitución, tales como el nombramiento del Presidente del Gobierno- y de los fallos de las sentencias en cuanto creadores de normas individuales. La exclusión o la inclusión no se deben a ninguna toma de postura acerca de su valor normativo, algo obvio dado el valor meramente académico del concepto de fuente, sino tan sólo a que se trata de materias propias de otros campos del derecho –caso de los actos administrativos y las sentencias- o a que, como ocurre con los actos de ejecución directa de la Constitución, su examen ha de hacerse al hilo de un estudio de los diversos órganos constitucionales” (p. 75).

⁶⁸⁹ PÉREZ (2013), p. 207.

⁶⁹⁰ Implícitamente queda de manifiesto en PEDRALS (2014), pp. 201-224, que parece concentrarse sólo en algunas cuestiones y dificultades en materia de fuentes formales.

⁶⁹¹ En este sentido: CARVALLO (1951), núm. 37, p. 174 (“[n]os referiremos a las fuentes formales”); DUCCI (1980), núm. 33, p. 51 (“[p]ero lo que nos interesa aquí no son las fuentes materiales, sino las

esta transición se haga de manera silenciosa, en cuanto no se explica que el objeto central de atención serán las fuentes formales⁶⁹². Incluso, en aquellos textos que suponen predicar con el nombre principal de “fuentes del derecho”, sólo se compone del estudio sistemático de las fuentes formales⁶⁹³. Creemos que este significado constituye una influencia evidente de la literatura dedicada a la historia del derecho, como se aprecia en la inserción de estas materias en los programas académicos.

Puede notarse, en consecuencia, que el criterio expositivo es profundamente “formalista”, destacando que lo único realmente útil es la descripción de estas últimas. Ocasionalmente se ofrece la explicación que parece ser más exacta para justificar esta falta de atención. Mientras que la exposición de las fuentes formales se puede afrontar con criterios típicamente jurídicos, la composición de las fuentes materiales obliga a exponerlas bajo criterios y valoraciones que no serían típicas de las ciencias jurídicas; su carácter sería “metajurídico”⁶⁹⁴, debiendo acudirse a criterios propios de la moral⁶⁹⁵, la psicología⁶⁹⁶, la antropología jurídica⁶⁹⁷, la sociología jurídica⁶⁹⁸, la historia del derecho⁶⁹⁹, mas no del derecho⁷⁰⁰. Esto plantea un problema importante, toda vez que los fenómenos sociales no pueden ser abordados siguiendo criterios jurídicos, debiendo aceptarse que otras disciplinas de las ciencias sociales y humanistas puedan abordarla de una manera más apropiada. Incluso se afirma que su conocimiento es propio de los “tópicos de la cultura general”⁷⁰¹.

Estas circunstancias se ven acrecentadas por la constatación de dos perspectivas a la hora de la formulación y análisis de las fuentes materiales. Por una parte, se pregunta por el o los factores que pueden estar presentes en el origen del derecho, aspecto que se resuelve a partir de la filosofía del derecho⁷⁰², lo cual supone la investigación de las llamadas “fuerzas modeladoras del derecho”, en las cuales se habla de la presencia de las fuerza políticas, psicológicas, económicas, y las nacionales o raciales, usando en este punto la nomenclatura de BODENHEIMER⁷⁰³. Por otra, se consulta por el o los factores que pueden explicar un

fuentes formales del derecho”); VESCOVI (2011), § 12, p. 75 (“[l]o importante es conocer las fuentes en sentido formal”).

⁶⁹² PACHECO (1990), pp. 315-316; ESCOBAR (1991), p. 75-79; WILLIAMS (1999), pp. 133-136; GARCÍA (2008), núm. 25, p. 52; HÜBNER (2008), núm. 32, p. 141.

⁶⁹³ CORDERO/ALDUNATE (2013).

⁶⁹⁴ CASTÁN (1988), p. 413.

⁶⁹⁵ REALE (1993), p. 117.

⁶⁹⁶ BASCUÑÁN (1972), p. 138.

⁶⁹⁷ BASCUÑÁN (1972), p. 138.

⁶⁹⁸ BASCUÑÁN (1972), p. 138; CASTÁN (1988), p. 413; DE OTTO (1991), § 21, p. 70; REALE (1993), p. 117; ÁLVAREZ/TUR (2018), p. 83; CORRAL (2018), p. 43.

⁶⁹⁹ BASCUÑÁN (1972), p. 138.

⁷⁰⁰ REALE (1993), p. 118. En este sentido, se indica que el carácter de las fuentes materiales es “sociológico o metajurídico”; ESCOBAR (1991), p. 77. Por su parte, VESCOVI (2011), § 12, p. 75 indica que los “problemas filosóficos” detrás del análisis de las fuentes materiales del derecho “trascienden la finalidad de este curso”.

⁷⁰¹ HÜBNER (2008), núm. 32, p. 140.

⁷⁰² SQUELLA (2011), p. 289.

⁷⁰³ El análisis detallado, en BODENHEIMER (2010), pp. 231-306. Una síntesis de su pensamiento, en SQUELLA (2011), pp. 290-294.

ordenamiento jurídico en particular, o una o más instituciones o normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico determinado; esta última, se respondería a partir de la sociología jurídica⁷⁰⁴.

Otra crítica implícita a la calificación de las fuentes materiales en un sentido propio de “fuente”, la plantea DE OTTO. En primer lugar, postula que sólo son realmente fuentes del derecho “aquello a lo que el ordenamiento confiere la virtualidad de crear una norma”⁷⁰⁵. En segundo lugar, refiere que la creación de una norma jurídica no se basa exclusivamente en los factores de la realidad que la hacen necesaria; es preciso la intervención de quien tiene el poder jurídico para dictar las normas, y conforme a los requisitos que el propio ordenamiento ha dispuesto⁷⁰⁶. Por último, afirma que el concepto “fuente del derecho” parte por distinguir entre la realidad puramente fáctica, y aquello a lo que el ordenamiento jurídico le confiere eficacia creadora de normas⁷⁰⁷.

Pero también es posible visualizar actitudes negativas hacia la distinción, la cual se sindicó como la causante de “grandes equívocos en el ámbito de la ciencia jurídica”⁷⁰⁸, porque se trata del recurso a categorías que no son jurídicas, y en virtud de esta circunstancia es que resulta necesario reservar a la expresión “fuente del derecho” una única acepción “que esté circunscrita al campo del derecho”⁷⁰⁹.

§ 2. LA RELACIÓN ENTRE LAS FUENTES FORMALES Y LAS MATERIALES ES NECESARIA

Una postura negacionista acerca de las relaciones entre las fuentes formales y las materiales convierte a la teoría en su integridad en un complejo insuficiente. Ello se justifica por las razones que serán abordadas a continuación.

2.1. Las fuentes materiales son “fuentes del derecho”

En lo relación a la crítica formulada por DE OTTO, nos parece desmesurada, ya que, en su expresión más profunda, ambas constituyen “fuentes”. No basta solamente el conocimiento de los procesos de creación de la norma jurídica, y la manera en que ella se manifiesta externamente; también resulta necesario conocer el por qué se crean las normas, dado que este último aspecto, lejos de oscurecer el problema, asegura la efectividad de la implementación de la norma.

⁷⁰⁴ SQUELLA (2011), p. 289.

Una aproximación acerca de las fuentes del derecho, desde la perspectiva sociológica, en MADILE (1989), pp. 143-153.

⁷⁰⁵ DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

⁷⁰⁶ DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

⁷⁰⁷ DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

⁷⁰⁸ REALE (1993), p. 117.

⁷⁰⁹ REALE (1993), p. 118.

2.2. La relación entre las fuentes formales y las materiales es reconocida en los análisis formales

En primer lugar, debe precisarse que, aunque se trata de una posición más bien formalista, ella no niega que las fuentes materiales tienen una influencia fáctica o de hecho en el proceso de creación de las normas⁷¹⁰.

En segundo lugar, la relación entre las fuentes formales y las materiales se hace imprescindible, porque se observa que la norma jurídica emana o procede de una serie de “antecedentes” de hecho, los cuales “van desde simples circunstancias fácticas, incluso no humanas, a conductas minuciosamente reguladas por el ordenamiento”⁷¹¹. Incluso la pregunta que justifica el uso del concepto que estamos analizando procede a mutar, puesto que ahora la cuestión pasa a ser la explicación del “por qué y para qué la norma se dictó”⁷¹².

2.3. Para qué sirven las fuentes materiales

Tras la examinación del concepto y características de las fuentes materiales del derecho, es posible identificar dos funciones: constituyen el origen de las normas jurídicas (2.3.1.), son una respuesta a un problema al cual se enfrenta el legislador (2.3.2.), dan contenido o sustancia a la norma (2.3.3.), y sirven en cuanto medio de orientación del cual puede valerse el legislador (2.3.4.).

2.3.1. Función de origen de las fuentes formales

Aunque se sostenga que la ley proviene inmediatamente de la obra del legislador, no debe desconocerse que el legislador es un ser humano, el cual se ve afectado por el entorno en que desarrolla su gestión. Desde las épocas más antiguas, se ha podido comprobar cómo es que las doctrinas jurídicas influyen en el pensamiento de los legisladores, de los abogados y los jueces, e incluso contribuyen a la formación de convicciones populares⁷¹³.

RECASÉNS sostiene que el contenido de las normas jurídicas puede emanar de circunstancias que, en nuestro concepto, pueden distinguirse en niveles más o menos organizados y orgánicos. Por una parte, puede explicarse por las “convicciones sociales tradicionales dotadas de un fuerte vigor”. También destaca que pueden emanar de las “corrientes predominantes de opinión pública”, las cuales dan cuenta de ciertos anhelos, afanes, ideales colectivos respecto de lo que debiera ser derecho. Identifica en otro nivel a los llamados “grupos de presión”, los cuales constituyen grupos colectivos particulares, los

⁷¹⁰ PÉREZ (2013), p. 207.

⁷¹¹ MARÍN (1999), p. 343.

⁷¹² MARÍN (1999), p. 343, con cita correspondiente a DE OTTO. La ubicación de esta cita corresponde a DE OTTO (1991), § 21, p. 70.

⁷¹³ RECASÉNS (1996), p. 172, quien cita como un supuesto representativo la “Ley de Citas” del año 426, la cual confirió validez general a las doctrinas de los juriconsultos PAPINIANO, GAYO, PAULO, ULPIANO y MODESTINO.

cuales llegar a influir decisivamente sobre los poderes públicos, a partir de su mayor grado de influencia para el funcionamiento de la vida económica, social o cultural de un Estado, y que adquieren esta influencia por cuanto son capaces de hacer llegar sus posturas directamente ante las autoridades. Menciona igualmente que se acude a las realidades presentes en países extranjeros. Por último, y para el caso específico de los regímenes autocráticos, destaca que la fuente de las normas podría ser “el antojo” del dictador, o las sugerencias formuladas a éste por un amigo, o los intereses personales del uno o del otro⁷¹⁴.

Resulta indispensable identificar estos niveles, dado que mientras más orgánico sea el elemento de influencia de la obra de formación de la norma jurídica, mayores riesgos existen de que tales normas no satisfagan el interés general, sino que del grupo específico que condiciona su origen y contenido, además de comprometer la independencia y probidad del legislador en cuanto poder público. Es por ello que se han debido dictar normas especiales tendientes a exteriorizar y transparentar la intervención de estos grupos sociales en la labor normativa. Así, han debido dictarse leyes que ordenan la publicidad de los financiamientos de los partidos políticos (Ley N.º 20.900, DO. 14.4.2016), o la regulación de las condiciones en que se ejercitará el “lobby” (Ley N.º 20.730, DO. 8.3.2014).

De esta manera, la fuente material constituye el punto de partida de la norma jurídica, sirviéndole de esta manera como su “causa material”.

2.3.2. *Función de respuesta*

La primera función que les corresponden a las fuentes materiales se relaciona con el origen de la norma jurídica. Conforme fue estudiado, las fuentes materiales se traducen en elementos o factores que inciden en la formación de las fuentes formales. Corresponde revisar en forma detallada este punto del nacimiento de las normas.

Conforme han propuesto algunos autores, las fuentes materiales dan cuenta de un problema o necesidad existente en la sociedad⁷¹⁵, y que puede ser de la más diversa naturaleza; podrá tratarse de una cuestión tecnológica, monetaria, social, entre otras. Frente a la verificación de una situación que afecta la convivencia social, el legislador interviene, a fin de contribuir al mejoramiento de las condiciones existentes en la sociedad. Esto implica que la norma, particularmente traducida en la ley, no se dicta a fin de satisfacer un preciosismo jurídico. El nacimiento de las normas jurídicas, y definitivamente las fuentes formales en general, constituyen una reacción, dirigida a solucionar el respectivo problema⁷¹⁶.

2.3.3. *Función de contenido*

⁷¹⁴ RECASÉNS (1996), p. 173.

⁷¹⁵ TORRÉ, citado por ROCHA (2010), p. 177.

⁷¹⁶ TORRÉ, citado por ROCHA (2010), p. 177.

La norma jurídica se entiende traducir un determinado “contenido”, el cual es atribuido a una fuente material. Esto implica que la norma revela un conjunto de ideales, anhelos, valores o motivos⁷¹⁷.

Estos elementos se incorporan a la norma jurídica en dos tiempos. El primero de ellos ocurre al momento de la formación de la norma, dado que las orientaciones seguidas por el legislador son las que se incorporarán a la norma, de modo que estas ideas pueden terminar consagrándose en la norma jurídica, la cual sí tiene fuerza vinculante⁷¹⁸. Tales elementos se pueden descubrir en la historia del establecimiento de la norma, a través de los diversos documentos y discusiones habidas por el Poder Legislativo.

Pero también debe reconocerse que estos elementos podrían incorporarse por una vía indirecta, lo cual ocurrirá cuando los valores, ideales o motivos surjan como resultado de la interpretación de las normas contenidas en la respectiva fuente formal. Esto implica que no sólo la norma podría verse afectada por los elementos valorativos ya plasmados en ella, sino también por todos aquellos que el intérprete pretenda atribuir a la norma interpretada.

Esta circunstancia es la que permite asignar a las fuentes materiales del derecho una función muy destacada en la interpretación de las normas jurídicas, según lo ha destacado la doctrina, incluso desde una perspectiva positivista⁷¹⁹.

2.3.4. *Función orientadora*

Finalmente, las fuentes materiales cumplen una función de orientación, la cual se explica y depende directamente de la función de contenido que se ha descrito.

La presencia de estos elementos en la norma jurídica no es el fruto de un proceso inconsciente, ni tampoco una mera casualidad. El legislador podría estar interesado en asegurar la realización de ciertas finalidades o valores en el medio social para el cual legisla⁷²⁰. Por tanto, toma ciertas fuentes materiales que constituyen esas finalidades o valores.

Esta clase de afirmación supone que el órgano creador de la norma jurídica, particularmente en el caso de las fuentes formales de origen estatal, podría tener interés en defender y difundir una determinada visión ideológica, que se pretenda aplicar en la sociedad a la cual va destinada la norma jurídica.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

⁷¹⁷ RECASÉNS (1996), p. 173.

⁷¹⁸ GALAZ (1960), núm. 89, p. 121, citando a KELSEN.

⁷¹⁹ Para el derecho chileno, es el caso de SQUELLA (2012), pp. 564-565.

⁷²⁰ TORRÉ, citado por ROCHA (2010), p. 177.

Una vez que fue abordada la diferencia entre las fuentes formales y materiales del derecho, correspondía discutir dos cuestiones que se consideraban indispensables; la importancia del concepto y teoría de las fuentes del derecho, y las relaciones que se producen entre ambas clases de fuentes.

En cuanto a lo primero, las críticas que algunos autores han formulado para reducir la relevancia del concepto de las fuentes del derecho, se apoyan de manera general en las ambigüedades que ésta evidencia en el plano descriptivo. Con todo, estas críticas no parecen convenientes, si se sostiene que las diversas acepciones existentes alrededor del concepto estudiado tienden a coincidir en un procedimiento descriptivo. Esta coincidencia se traduce en entender la teoría de las fuentes del derecho desde el marco formal y material, es decir, si se toman en consideración cuáles son los órganos y procedimientos a través de los cuales se crea la norma jurídica, junto con las maneras de expresión de tales normas, y los factores materiales que han motivado su dictación. Por último, el estudio del concepto de fuente refleja que, con independencia de la perspectiva que se asume, siempre se coincide en responder a partir de la determinación del origen del derecho.

En lo que respecta a las relaciones que se producen entre las fuentes formales y materiales, ha debido enfrentarse una dificultad preliminar, que consiste de la falta de atención que han tenido las fuentes materiales dentro de la discusión jurídica. La reacción del positivismo jurídico tiene como antecedente el enfoque mismo desde el cual se construyó esta teoría, y que supuso preocuparse más bien de la estructura normativa del ordenamiento jurídico. Sin embargo, resulta indispensable el conocimiento de estos elementos materiales, dado que ellos importan el verdadero origen de las fuentes formales, además que orientan y dan contenido a estas últimas. Finalmente, las fuentes formales son creadas como respuesta a una determinada situación originada en las fuentes materiales.

TÍTULO II:

**LA ECONOMÍA EN CUANTO FUENTE MATERIAL DEL
DERECHO.
EL SISTEMA ECONÓMICO DE LIBERTAD DE MERCADO:
UNA REVISIÓN CRÍTICA DE ALGUNAS DE SUS FORMAS
DE INFLUJO EN EL ÁMBITO JURÍDICO**

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: § 1. Descripción general – § 2. Plan de estudio.

§ 1. DESCRIPCIÓN GENERAL

A lo largo de la investigación propuesta, se ha efectuado un análisis que se inició con el estudio de las fuentes del derecho. En esa oportunidad, revisamos el concepto de fuentes, y las principales clases en que se reconoce comprendida. Con algunas excepciones, se pudo identificar la presencia de unas “fuentes formales” y unas “fuentes materiales”, las cuales se explicaron en cuanto a su significado y composición. Dentro del catálogo de fuentes materiales que se constataron, se cita a la economía, aspecto en el cual se ha concentrado la investigación propuesta.

El estudio de la economía ha adquirido una importancia crucial en el desarrollo de las sociedades contemporáneas⁷²¹. A partir de ella se han organizado distintas clases de posiciones ideológicas y políticas, a través de las cuales se ha intentado explicar, desde el comportamiento del ser humano, pasando por el funcionamiento de la sociedad y sus diversas instituciones, la organización política, e incluso la defensa de determinadas concepciones políticas e ideológicas. Todas estas circunstancias determinan que al día de hoy sea imposible concebir cualquiera clase de decisión individual, familiar, social, e incluso política, sin atender a la economía de alguna manera⁷²², lo cual se explica porque “[t]odos los seres humanos intervenimos, de una u otra forma, en los procesos económicos de cada día”⁷²³.

Esta importancia ha supuesto la extensión de la aplicación de sus principios y teorías más allá de su disciplina, al punto que se pretenden expandir hacia otras disciplinas y diversos temas⁷²⁴, entre las cuales se encuentra el derecho. El jurista contemporáneo, formado durante varios años bajo una estructura de enseñanza dogmática, se ve enfrentado a la fuerte importancia que la economía ha ido adquiriendo en la toma de decisiones políticas. Frente a tal grado de influjo, cabe preguntar la importancia que adquieren las teorías económicas para la concepción del ordenamiento jurídico y su aplicación práctica. Es usual la discusión del contenido actual de las normas jurídicas a partir de una óptica no jurídica.

⁷²¹ Así, se ha sostenido que “*la economía es una parte consustancial a la vida social y se convierte en la principal preocupación contemporánea para casi todas las personas*” (NÁCHER 1996, p. 21).

⁷²² Es por ello que se diga que “[*l*a suerte de los políticos y la suerte de los países, las empresas y los ciudadanos parecen depender de cómo vayan sus economías” (STIGLITZ 1994, p. 17). En un sentido similar, SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 3.

⁷²³ NÁCHER (1996), p. 21.

⁷²⁴ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), pp. 3-4.

Ello obliga a mirar esta disciplina con ojos diferentes, no sólo por su importancia para el progreso del país, sino también en lo tocante a la elaboración y modificación del ordenamiento jurídico. En general, pareciera ser la señal de los tiempos actuales donde la importancia de esta área científica adquirió en la opinión pública y académica, y a tal punto que pareciera haberse convertido en una opinión preponderante⁷²⁵.

En este punto, corresponde plantear diversas interrogantes referidas a aquellos aspectos propios de ciencia económica que inciden decisivamente en la naturaleza social del derecho. Esta alusión tiene en cuenta que el derecho tiene como propósito regular la vida del ser humano en sociedad, a fin prevenir conflictos, por una vía preceptiva, y que el núcleo del conflicto que pretende ser solucionado a través del derecho, tiene una naturaleza económica en una relevante proporción⁷²⁶. Ello es lo que justifica la necesidad de indagar el fenómeno económico que incide en el fenómeno jurídico, y con especial atención en la manera en que se producido este influjo en algunos principios jurídicos del derecho privado, como son la autonomía de la voluntad, la libre circulación de los bienes y la tutela jurídica de la propiedad.

El análisis propuesto en esta parte del trabajo consiste en una perspectiva jurídica sobre la economía, a partir de la cual se resaltarán algunos aspectos de interés, para efectos de la presente tesis doctoral, y al margen de la mayor o menor relevancia que dichos aspectos tengan en la disciplina económica. Aunque se trata de un criterio que implica algunas limitaciones, restricciones y heterodoxias, estimamos que constituye una aproximación más conveniente para los objetivos y propósitos formulados.

§ 2. PLAN DE ESTUDIO

El trabajo propuesto contempla una aproximación a la economía, y la determinación de la forma en que los llamados sistemas económicos, en especial aquel denominado “libertad de

⁷²⁵ Pareciera ser que esta preocupación no es solamente del mundo de hoy. Ya EDMUND BURKE lo advertía en pleno siglo XVIII, al decir que *“la era de la caballería ha terminado; le ha sucedido la de los sofistas, los economistas y los matemáticos”*. Citado por SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 3. Con una adaptación de esta frase, formulada a título de pregunta, ¿significará también que la era de los abogados ha terminado? Esta cuestión forma parte, en cierta forma, del contenido del trabajo.

⁷²⁶ La mención de “relevante proporción” toma en cuenta que existen conflictos de relevancia jurídica que no tratan sobre asuntos susceptibles inicialmente de apreciación pecuniaria, como es lo que ocurriría en el ámbito familiar, como podría serlo la discusión acerca de las relación directa y regular que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá con sus hijos, o el debate acerca del incumplimiento de los deberes personales entre los cónyuges.

Con todo, incluso en tales situaciones se ha pretendido formular una evaluación en términos económicos, lo cual queda confirmado por las perspectivas que el análisis económico del derecho ha pretendido formular para el derecho de la familia. Algunas de estas evaluaciones pueden ser consultadas en TAVANO (2006), pp. 80-86.

Tal clase de postulaciones querrían significar, implícitamente, que incluso el ámbito afectivo podría ser susceptible de una evaluación en términos de eficiencia.

mercado”, contienen elementos que generan alguna clase de efecto o consecuencia en el ámbito jurídico.

Para ello, dividiremos el estudio en cinco capítulos, los cuales tratarán sucesivamente sobre los siguientes aspectos.

En primer lugar, debemos acudir a la determinación de unas nociones preliminares, las cuales servirán para identificar la ciencia económica, y el problema económico que constituye su objeto de estudio (**Capítulo I**).

Completado lo anterior, abordaremos los principales sistemas económicos, los cuales se organizan con el fin de solucionar el problema económico, a partir de ciertos parámetros que analizaremos en forma detallada (**Capítulo II**).

A continuación, avanzando en el plano de las vinculaciones entre la economía y el derecho, se ha estimado indispensable identificar algunos puntos en común entre estas disciplinas, las cuales ayudarán a la comprensión de las posibles relaciones que pudieren generarse entre ellas (**Capítulo III**).

Una de las respuestas frente a la pregunta anteriormente formulada, ha consistido de aquella que niega cualquiera clase de relación entre el derecho y la economía. Veremos en qué consisten sus fundamentos, y sus principales críticas (**Capítulo IV**).

Cerraremos el estudio con la postura contraria, cual es que admite la existencia de una relación entre el derecho y la economía. Para ello, identificaremos aquellas posturas que declaran que la relación es sólo unilateral. Por nuestra parte, postulamos que tal relación es de naturaleza recíproca; es decir, que tanto el derecho como la economía se ven afectadas mutuamente. Para ello, explicaremos los ámbitos en que se produce tal vinculación, y cuáles son las consecuencias que se derivan de ello (**Capítulo V**).

Capítulo I:

NOCIONES PRELIMINARES

SUMARIO: Sección 1: La Economía: § 1. Etimología – **§ 2.** En torno al concepto de economía: 2.1. Es una ciencia; 2.2. Estudia el comportamiento humano; 2.3. El comportamiento humano se origina de una determinada situación que lo afecta; 2.4. Se tratan de necesidades que sólo pueden ser satisfechas con los bienes materiales; 2.5. Resuelve el problema derivado de la satisfacción de estas necesidades; 2.6. Medidas tendientes a la superación de las necesidades; 2.7. Estándares exigidos para la solución del problema – **§ 3.** La economía en cuanto ciencia social: 3.1. Planteamiento – 3.2. Por qué la economía es una ciencia humana o social.- **Sección 2: El objeto de estudio de la economía: Una aproximación al “problema económico”:** **§ 1.** La necesidad: 1.1. En qué consiste; 1.2. Importancia de su satisfacción – **§ 2.** Los medios o bienes como instrumentos de satisfacción de la necesidad: 2.1. Significado general; 2.2. Identificación de algunas nociones relacionadas; 2.3. Los bienes económicos: 2.3.1. Precisiones conceptuales - 2.3.2. Principales características de los bienes económicos – **§ 3.** La elección: 3.1. Descripción; 3.2. Algunas características de la elección: 3.2.1. La decisión es racional - 3.2.2. Qué es lo racional en el ámbito económico: (a) Identificación; (b) La construcción de un modelo de actuación racional; (c) Críticas – **§ 4.** Ubicación real del problema económico: 4.1. En qué consiste; 4.2. Importancia del problema – **§ 5.** Las preguntas metodológicas derivadas del problema económico: 5.1. Cuáles son las interrogantes: 5.1.1. Qué producir - 5.1.2. Cómo producir - 5.1.3. Para quién producir - 5.1.4. Otras interrogantes; 5.2. Algunos comentarios críticos.- **Sección 3: Síntesis.**

A fin de continuar con el estudio de las relaciones que se producen entre la economía y el derecho, será necesario proponer algún conjunto de premisas conceptuales, a partir de las cuales se explique el desarrollo posterior de los restantes apartados del trabajo propuesto.

En primer lugar, se abordará la economía desde un punto de vista conceptual y descriptivo (**Sección 1**). A continuación, será analizado el “problema económico”, el cual constituye el objeto de estudio de esta disciplina (**Sección 2**).

SECCIÓN 1: LA ECONOMÍA

El primer aspecto conceptual que requiere de ser abordado, dice relación con el concepto de “economía”. Para comprender si es que el derecho ha sido afectado como consecuencia de ésta, resulta indispensable precisar qué debe entenderse por tal⁷²⁷.

Esta aproximación tendrá lugar desde un plano etimológico (§ 1), para luego avanzar hacia el concepto disciplinar (§ 2). Estudiadas estas cuestiones, abordaremos su inserción dentro de las ciencias sociales (§ 3).

§ 1. ETIMOLOGÍA

Lo primero a tener en cuenta es su significado etimológico. Por tal, se recuerda que “economía” proviene del latín *oeconomia*, y esta última del griego *oikonomia*, que se puede traducir como “dirección o administración de una casa”⁷²⁸.

Esta última palabra constituye un derivado del griego *oikonomos*⁷²⁹, que literalmente significa “el que administra un hogar”⁷³⁰. Se compone de las voces *oikos* (“casa”) y *nemo* (“administro, distribuyo”)⁷³¹.

§ 2. EN TORNO AL CONCEPTO DE ECONOMÍA

A partir de la revisión bibliográfica en torno al concepto asignado a la economía, aparecen como elementos comunes su descripción como una ciencia (2.1.) que estudia el comportamiento humano (2.2.), el cual se origina en una determinada situación que lo afecta (2.3.). Esta situación, que se traduce en una “necesidad”, sólo puede ser satisfecha a través de bienes materiales (2.4.). Según se comprobará, la economía resuelve el problema

⁷²⁷ Esta clase de procedimiento metodológico no sólo es propio. También lo implementa, aunque en forma más breve que la que se expondrá en este punto, DURÁN Y LALAGUNA (1997), pp. 113-114.

⁷²⁸ MARTÍNEZ (1987), p. 764.

⁷²⁹ MARTÍNEZ (1987), p. 764; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001), p. 549.

⁷³⁰ MANKIW (2012), p. 3.

⁷³¹ MARTÍNEZ (1987), p. 764.

Esta acepción alude a una persona, la cual gestiona la vida de un hogar, el cual se encuentra compuesto de un conjunto de bienes, pero también de personas, comprendiéndose entre estas últimas tanto a los integrantes del núcleo familiar, como a todas aquellas personas que trabajan desarrollando servicios al interior de ese hogar. Es por ello que inicialmente se entendió por “economía” la labor de “economizar a nivel familiar o economía doméstica” (REES, 1974, p. 59), de modo que lo que actualmente se comprende en cuanto ciencia social, y destacar un mayor campo de acción, se denominaba “economía política” (REES, 1974, p. 59).

Por tanto, el objetivo inicial de la economía se encuentra en la estructura más fundamental de la sociedad, y da cuenta de todas aquellas actividades necesarias para “administrar” el hogar. Supone esta idea el desarrollo de un conjunto de actividades, todas las cuales perseguían que el hogar pudiera vivir de forma adecuada, sin dificultades.

derivado de la satisfacción de estas necesidades (2.5.), debiendo adoptar ciertas medidas tendientes a la superación del estado de necesidad (2.6.), y a partir de ciertos estándares que son exigidos (2.7.).

2.1. Es una ciencia

Una revisión preliminar de la literatura económica, arroja un consenso en describir y definir la economía en cuanto “ciencia”⁷³² y “estudio”⁷³³. Como tal, quiere evidenciarse que existe en ella un conjunto de conocimientos, los cuales han sido obtenidos a partir de la observación y el razonamiento⁷³⁴, y que se organizan en forma sistemática⁷³⁵, deduciendo de esta manera algunos principios y leyes generales⁷³⁶ de común aceptación entre aquellos que forman parte de esta área.

Para obtener esta estructura, la economía se precia de seguir un determinado “método”, el cual recibe la calidad de ser “científico”. El “método científico” se traduce en “el desarrollo y contrastación desapasionados de teorías sobre el modo en que funciona el mundo”⁷³⁷. Este método pretende comprobar cómo es que un determinado acontecimiento, el cual se somete a un análisis, se produce, identificando sus causas y estableciendo los efectos que se producirán. Quienes estudian esta disciplina han intentado explicar cuál es este método científico⁷³⁸, y previniendo de algunas falacias en que se incurre a propósito de los análisis de una actividad que se precia de ser compleja⁷³⁹.

Lo anterior se afirma sin desconocer algunas propuestas de conceptualización que avanzan en un sentido organicista, describiendo la economía como “un conjunto sistemático de órganos y funciones”⁷⁴⁰.

2.2. Estudia el comportamiento humano

El objeto de estudio de la economía es el comportamiento humano. En virtud de esta afirmación, la economía no pretende abordar los problemas que afectan a los seres vivos en sí mismos, sino que centra su atención en el ser humano. Ello determinará su inserción dentro de las llamadas “ciencias humanas”, como se abordará más adelante.

⁷³² BALTRA (1963), p. 4; REES (1974), p. 58; NÁCHER (1996), pp. 21-22; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.
⁷³³ REES (1974), p. 58; TORRES (1992), p. 3; WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 29; STIGLITZ (1994), p. 28; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3, la que se repite en GIMENO *et alt.* (2008), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.
⁷³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001), p. 549.
⁷³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001), p. 549.
⁷³⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001), p. 549.
⁷³⁷ MANKIW (2012), p. 22.
⁷³⁸ Los autores explican, entre otras cosas, cuál es exactamente la clase de método científico utilizado, o describen los elementos con los cuales se pueden construir los “modelos económicos”, como ocurre con GIMENO/GUIROLA (1997), pp. 6-8.
⁷³⁹ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), pp. 5-6.
⁷⁴⁰ MARTÍNEZ (1987), p. 764.

El comportamiento analizado respecto del ser humano en cuanto individuo, comprende sus “elecciones”⁷⁴¹ y sus “decisiones”⁷⁴².

A pesar de formularse este reconocimiento, lo cierto es que el sujeto estudiado por ella es amplio, dado que comprende a los individuos, las economías domésticas, las empresas, e incluso el Estado⁷⁴³. Respecto de todas ellas, las conductas analizadas consisten de sus “elecciones”⁷⁴⁴ y “decisiones”⁷⁴⁵.

2.3. El comportamiento humano se origina de una determinada situación que lo afecta

El comportamiento adoptado por el ser humano, sea en forma individual o colectiva, tiene una razón de ser. Las elecciones y decisiones que adopta se originan en una situación que lo afecta, y que se describe como una “necesidad”⁷⁴⁶ o “deseo”⁷⁴⁷.

Estas necesidades y deseos se ven afectas a tres precisiones descriptivas. En primer lugar, se declara que son necesidades “humanas”⁷⁴⁸, de modo que esta disciplina atiende las carencias que afectan y comprometen directamente al ser humano. En segundo lugar, estas necesidades son de naturaleza “material”⁷⁴⁹, lo cual descarta como objeto de atención aquellas carencias de naturaleza afectiva, sentimental, religiosa, moral, o inmateriales en general. En tercer lugar, estas necesidades tendrían una naturaleza alternativa⁷⁵⁰, lo cual significará que la satisfacción de una determinada necesidad impedirá la satisfacción de otra.

Algunos han sostenido que no se habla de una “necesidad”, bajo un atributo de ser ilimitado, sino que existen realmente una infinidad de “fines competitivos”⁷⁵¹.

2.4. Se tratan de necesidades que sólo pueden ser satisfechas con los bienes materiales

Frente a la constatación de las necesidades que afectan a los seres humanos, la actividad a la cual se encuentra dirigido el estudio de la economía consiste de su satisfacción.

⁷⁴¹ TORRES (1992), p. 3; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et al* (2008), p. 3.

⁷⁴² TORRES (1992), p. 3; STIGLITZ (1994), p. 28; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et al* (2008), p. 3.

⁷⁴³ STIGLITZ (1994), p. 28.

⁷⁴⁴ TORRES (1992), p. 3; STIGLITZ (1994), p. 28; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et al* (2008), p. 3.

⁷⁴⁵ TORRES (1992), p. 3; NÁCHER (1996), p. 21; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et al* (2008), p. 3.

⁷⁴⁶ REES (1974), p. 58; MARTÍNEZ (1987), p. 764; TORRES (1992), p. 3; WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 29; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et al* (2008), p. 3.

⁷⁴⁷ REES (1974), p. 58.

⁷⁴⁸ REES (1974), p. 58; MARTÍNEZ (1987), p. 764; TORRES (1992), p. 3; WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 29; NÁCHER (1996), p. 21; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et al* (2008), p. 3.

⁷⁴⁹ REES (1974), p. 58; MARTÍNEZ (1987), p. 764.

⁷⁵⁰ TORRES (1992), p. 3; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et al* (2008), p. 3.

⁷⁵¹ REES (1974), p. 58.

Esta circunstancia implicará que el ser humano no permanecerá en un estado de inactividad, padeciendo estas necesidades. Su comportamiento se orientará en el sentido de avanzar hacia su satisfacción⁷⁵².

Para satisfacer sus necesidades, el individuo deberá obtener ciertas clases de cosas, las cuales se denominan “medios”⁷⁵³, “bienes”⁷⁵⁴, “mercancías”⁷⁵⁵, “servicios”⁷⁵⁶ o “recursos”⁷⁵⁷. Usualmente se emplean estas nociones de manera indistinta, sin perjuicio que algunos manifiestan que entre ellos existe una relación causal, que implica que los recursos son utilizados para la producción de los bienes y servicios⁷⁵⁸, e incluso previniendo que unos y otros son distintos⁷⁵⁹. En forma aislada, también se habla en este punto de la riqueza pública⁷⁶⁰.

En cuanto a su naturaleza, se destaca que estos bienes así producidos tienen como característica que son “materiales”⁷⁶¹.

Incluso se ha destacado que esta satisfacción es tan fundamental, que con ella se asegura “la supervivencia de las personas”⁷⁶².

2.5. Resuelve el problema derivado de la satisfacción de estas necesidades

La economía se configura bajo una serie de principios y reglas que persiguen un determinado objetivo, cual es la solución del “problema económico”.

Conforme las descripciones formuladas desde el punto de vista conceptual, el problema analizado se produce por una relación de desproporción entre los recursos y las necesidades. Ella se caracteriza en el sentido que las necesidades materiales son ilimitadas⁷⁶³ o, por lo menos diversas⁷⁶⁴, y que se organizan de manera alternativa⁷⁶⁵.

⁷⁵² REES (1974), p. 58; MARTÍNEZ (1987), p. 764; TORRES (1992), p. 3; WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 29; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3.

⁷⁵³ REES (1974), p. 58.

⁷⁵⁴ TORRES (1992), p. 3; DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 113; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁷⁵⁵ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.

⁷⁵⁶ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁷⁵⁷ REES (1974), p. 58; TORRES (1992), p. 3; WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 29; STIGLITZ (1994), p. 28; NÁCHER (1996), p. 21; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.

⁷⁵⁸ TORRES (1992), p. 3; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.

⁷⁵⁹ TORRES (1992), p. 3; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3.

⁷⁶⁰ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 113.

⁷⁶¹ REES (1974), p. 58; MARTÍNEZ (1987), p. 764.

⁷⁶² NÁCHER (1996), p. 21.

⁷⁶³ REES (1974), p. 58.

⁷⁶⁴ WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 29.

Frente a este panorama, los recursos y bienes empleados para la satisfacción de estas necesidades son escasos⁷⁶⁶.

Usualmente se destaca esta desproporción, aunque sin ahondar mayormente en sus consecuencias. El resultado de esta asimetría es que existirán necesidades que no podrán verse totalmente satisfechas⁷⁶⁷. Esta circunstancia constituye una realidad asumida por la ciencia económica, y llevará a la adopción de ciertas medidas.

2.6. Medidas tendientes a la superación de las necesidades

Para enfrentar el llamado “problema económico”, en las descripciones formuladas para la economía se suele indicar que la superación de las necesidades se producirá a través de la administración⁷⁶⁸, utilización⁷⁶⁹, producción⁷⁷⁰, distribución⁷⁷¹ o consumo⁷⁷² de los bienes.

En forma general, se ha mencionado que la actividad desarrollada en este punto consistirá de la coordinación de las actividades productivas⁷⁷³.

2.7. Estándares exigidos para la solución del problema

Dado que el objetivo de la economía consiste de abordar un problema de distribución de bienes, ella procede a esta tarea a partir de ciertos estándares, como son que se haga de manera “recta”⁷⁷⁴, “adecuada”, o “equitativa”.

Estos atributos han movido a algunos autores a sostener que la mayor o menor rectitud en la administración de los bienes significaría que la delimitación de este estándar no constituye un problema estrictamente jurídico⁷⁷⁵, ni tampoco económico, como podría agregarse; se trata de un asunto que revierte en el campo de la ética o de la moral⁷⁷⁶.

⁷⁶⁵ BALTRA (1963), p. 5; TORRES (1992), p. 3; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3.

⁷⁶⁶ BALTRA (1963), p. 5; REES (1974), p. 58; TORRES (1992), p. 3; WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 29; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.

⁷⁶⁷ REES (1974), p. 58.

⁷⁶⁸ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 113.

⁷⁶⁹ TORRES (1992), p. 3; STIGLITZ (1994), p. 28; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.

⁷⁷⁰ TORRES (1992), p. 3; NÁCHER (1996), p. 21; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁷⁷¹ REES (1974), p. 58; WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 29; NÁCHER (1996), p. 21; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁷⁷² TORRES (1992), p. 3; NÁCHER (1996), p. 21; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁷⁷³ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁷⁷⁴ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 113.

⁷⁷⁵ Así señala DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 113.

⁷⁷⁶ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 113.

§ 3. LA ECONOMÍA EN CUANTO CIENCIA SOCIAL

Revisaremos en forma preliminar este problema (3.1.), para luego indicar sus fundamentos (3.2.).

3.1. Planteamiento

Las ciencias se encuentran sujetas a diversas clasificaciones, siendo una de ellas la estudiada en este punto. Sin embargo, la primera peculiaridad es que el concepto “ciencia social” se entiende sinónimo de “ciencias humanas”.

Las ciencias humanas se definen como “las que, como la psicología, antropología, sociología, historia, filosofía, etc., se ocupan de aspectos del hombre no estudiados en las ciencias naturales”⁷⁷⁷.

Este significado supone una separación entre dos áreas temáticas, que son las “ciencias naturales” y las “ciencias humanas”, siendo las segundas descritas a título de defecto de las primeras. No pone directamente su acento en el estudio de los aspectos del hombre, debido a que algunas cuestiones que comprometen al ser humano, como su salud, o su posición frente a los demás seres vivos integrantes de la naturaleza, se abordan por las ciencias naturales.

En lugar de lo anterior, destaca que estudia al ser humano, pero desde una perspectiva no comprendida dentro de las ciencias naturales.

3.2. Por qué la economía es una ciencia humana o social

Conforme ha podido comprobarse, una de las acepciones asignadas a la economía, consiste en su postulación como “ciencia social”⁷⁷⁸. Esta circunstancia obliga a formular algunas apreciaciones también terminológicas, pero que contribuirán a comprender de forma más completa el objeto analizado.

La economía constituye una ciencia social o humana porque estudia el comportamiento humano⁷⁷⁹. No se hace cargo de abordar el origen del ser humano, ni sus convicciones ni creencias. Es explicado que esta ciencia no se circunscribe a un ámbito determinado de la actividad humana, sino que la estudia en forma completa, pero desde un aspecto concreto⁷⁸⁰, que se traduce en su actividad.

⁷⁷⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001), p. 550.

⁷⁷⁸ REES (1974), p. 58; NÁCHER (1996), p. 21; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 5; GIMENO *et alt.* (2008), p. VII.

⁷⁷⁹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 5; GIMENO *et alt.* (2008), p. 3.

⁷⁸⁰ GIMENO *et alt.* (2008), p. 3.

A partir de la observación de la realidad y de las consecuencias emanadas de las elecciones que adopta el ser humano en torno a los bienes económicos, es que formula algunas teorías que pretenden explicar el comportamiento humano en el ámbito económico, e incluso predecir cómo será en el futuro⁷⁸¹. Para predecir los eventos derivados de la elección económica, se recurre a una serie de “modelos”⁷⁸² de general aceptación en la disciplina, los que permiten la construcción de las respectivas teorías⁷⁸³. En la determinación del comportamiento económico, resulta indispensable para los economistas el control estadístico⁷⁸⁴. Toda esta organización sistemática persigue, en forma definitiva, determinar “cómo funciona la economía real para poder influir sobre su evolución y mejorar sus resultados utilizando distintos criterios”⁷⁸⁵.

Por otro lado, su consideración en cuanto ciencia social permitirá relacionarla con otras disciplinas que forman parte de ella, y cuya consideración resulta necesaria para la comprensión de los procesos económicos. Así se entiende que la economía se vea nutrida, dado que estudia el comportamiento humano, de la psicología⁷⁸⁶; o que deba relacionarse con el derecho debido a que esta última regula algunos ámbitos en los cuales la primera tenga incidencia, como ocurre con la propiedad, la regulación de los precios, la protección del consumidor, o incluso la defensa de la libre competencia, entre otros. Es así que los textos de economía promueven su utilización en las restantes áreas técnicas de naturaleza social⁷⁸⁷.

SECCIÓN 2: **EL OBJETO DE ESTUDIO DE LA ECONOMÍA:** **UNA APROXIMACIÓN AL “PROBLEMA ECONÓMICO”**

La economía tiene un objeto de estudio que consiste de un “problema”. Este problema compromete al ser humano, el cual tendrá incidencia en su actividad o comportamiento, lo cual explica que estudie el “comportamiento humano”.

Abordaremos el problema al cual se enfrenta la economía, que es la necesidad (§ 1). A continuación, serán revisados los medios o bienes como instrumentos de satisfacción de la necesidad (§ 2), y la elección que debe tomar el sujeto (§ 3). Seguiremos a continuación

⁷⁸¹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 5.

⁷⁸² GIMENO/GUIROLA (1997), p. 5, definen al “modelo” en los siguientes términos: “*es una simplificación y una abstracción de la realidad en la que se han seleccionado los elementos o relaciones que se consideran relevantes para la cuestión que se desea analizar y del que, a su vez, se han excluido los poco relevantes*”.

⁷⁸³ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 5; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 37.

⁷⁸⁴ REES (1974), p. 60.

⁷⁸⁵ NÁCHER (1996), pp. 21-22.

⁷⁸⁶ REES (1974), p. 60.

⁷⁸⁷ En este sentido, OCHANDO (1996), p. 10.

con la ubicación real del problema económico (§ 4), y las preguntas metodológicas derivadas del problema económico (§ 5).

§ 1. LA NECESIDAD

Dos cuestiones serán tratadas respecto de la necesidad; en qué consiste (1.1.), y la importancia de su satisfacción (1.2.).

1.1. En qué consiste

El origen de la decisión se encuentra en la “necesidad”. Como tal, se comprende una carencia que afecta al ser humano.

BALTRA define las necesidades, diciendo que son “el deseo de disponer de un medio idóneo para prevenir o eliminar sensaciones penosas o para provocar, conservar o acrecentar sensaciones agradables”⁷⁸⁸.

Las carencias afectan al ser humano debido a que no constituye una entidad autosuficiente, y requiere constantemente del mundo exterior para suplir sus propias carencias. Lo cierto es que ellas constituyen “un hecho cierto en la vida de todo el mundo”⁷⁸⁹, y confieren a la economía un carácter “esencialmente humano”⁷⁹⁰.

Estas necesidades pueden ser de la más diversa naturaleza⁷⁹¹. Podrán ser materiales⁷⁹², como el vestuario, la alimentación, el transporte, la defensa, entre otras. Podrán ser espirituales o inmateriales⁷⁹³, como los afectos, obtener cultura musical, la preocupación por el devenir, la necesidad de una divinidad, y otras. Del mismo modo, pueden ser de la más diversa magnitud, de modo que es posible constatar intensidades irrelevantes, mínimas, normales, e incluso extraordinarias.

En lo tocante a su extensión, las necesidades se caracterizan por ser ilimitadas⁷⁹⁴, lo cual se explica porque así son los deseos del ser humano⁷⁹⁵.

La necesidad constituye el punto de partida del comportamiento del ser humano. Esta afirmación significa que, sin necesidades, sería irrelevante el obrar, dado que a éste le

⁷⁸⁸ BALTRA (1963), p. 31.

⁷⁸⁹ STIGLITZ (1994), p. 28, a propósito de la escasez.

⁷⁹⁰ BALTRA (1963), p. 31.

⁷⁹¹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 2; GIMENO *et alt* (2008), p. 2.

⁷⁹² REES (1974), p. 58; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 2; GIMENO *et alt* (2008), p. 2.

⁷⁹³ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 2; GIMENO *et alt* (2008), p. 2.

⁷⁹⁴ REES (1974), p. 58; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.

⁷⁹⁵ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3.

bastaría con mantenerse en la situación en que se encuentra⁷⁹⁶. Por otro lado, esta ausencia de autosuficiencia servirá, hasta cierto punto, como un incentivo a la conservación de la sociabilidad en el ser humano, dado que depende de sus semejantes para conservarse en vida; quien resulte excluido de la sociedad se verá en una difícil situación de sobrevivencia⁷⁹⁷.

El resultado de este razonamiento consiste que, en cierta medida, la Economía da cuenta de una “historia de la privación”⁷⁹⁸ que afecta al ser humano, o que el término “escasez” ocupe un lugar fundamental en la economía⁷⁹⁹.

1.2. Importancia de su satisfacción

Frente a una necesidad, el ser humano se encuentra ante una disyuntiva, pues se le presentan dos posibilidades, cuyos resultados no serán indiferentes.

La primera alternativa consistirá en que el ser humano no atienda la necesidad que se le ha originado. En esta opción, el sujeto no alterará el estado de su situación, a pesar que se le ha originado esta circunstancia. Si esa necesidad no resulta satisfecha, se podría generar una consecuencia que impacta al sujeto, impacto que podrá ser mayor o menor, conforme lo sea la situación de necesidad que lo aqueja.

La segunda posibilidad es que el ser humano atienda la necesidad originada. Esta situación es la única que plantea una alteración de la realidad a la cual se enfrentaba el sujeto, dado que la necesidad que le ha surgido lo obligará a salir de su espacio de pasividad y tranquilidad, y deberá realizar un conjunto de actividades que le permitan obtener los medios necesarios y adecuados para satisfacer esas necesidades⁸⁰⁰. Pero esta actividad le podría significar, si decide obrar, romper con el estado de necesidad que lo aqueja, y obtener dos beneficios; la satisfacción de su necesidad, y asegurar su subsistencia personal, el cual es considerado el objetivo más elemental del ser humano⁸⁰¹.

Frente a estas posibilidades, el sujeto debe tomar una decisión. Deberá elegir, y es aquí en donde se manifiesta propiamente el comportamiento humano que resulta analizado por la economía, y que determina su inserción dentro de las ciencias humanas.

⁷⁹⁶ En relación a esta idea, se afirma que “la escasez no figura en su vocabulario (sc. el de una persona inmensamente rica) hasta que se considera que el tiempo es un recurso y que debe decidir a qué caro juguete va a dedicarlo cada día”. STIGLITZ (1994), p. 28.

⁷⁹⁷ Estas circunstancias determinaban que las medidas de destierro fuesen consideradas, sobre todo en las culturas más primitivas, una sanción fuertemente grave. No sólo implicaban la ruptura de sus nexos familiares, sino también la imposibilidad de acudir a los demás integrantes de su grupo social, para satisfacer sus necesidades.

⁷⁹⁸ WONNACOTT/WONNACOTT (1992), p. 3.

⁷⁹⁹ En este sentido, REES (1974), p. 59; STIGLITZ (1994), p. 28; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et al* (2008), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.

⁸⁰⁰ BALTRA (1963), p. 33; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 2.

⁸⁰¹ NÁCHER (1996), p. 21.

§ 2. LOS MEDIOS O BIENES COMO INSTRUMENTOS DE SATISFACCIÓN DE LA NECESIDAD

Trataremos sobre su significado general (2.1.), la identificación de algunas nociones relacionadas (2.2.), y los bienes económicos (2.3.).

2.1. Significado general

Para satisfacer la necesidad existe un medio. Bajo esta expresión, se entiende para estos efectos a un elemento disponible y que se encuentra dirigido a satisfacer una necesidad. Pero deberá recalcarse, conforme lo sostenido, que la satisfacción de la necesidad no es lo único que se persigue por el sujeto, dado que la obtención de este objetivo significará la sobrevivencia del ser humano⁸⁰².

Los medios pueden ser de cualquiera naturaleza, de modo que podrán consistir en bienes materiales e incluso inmateriales. Con prescindencia de su naturaleza específica, comparten en común el hecho que existen o se encuentran fuera del sujeto necesitado, lo que se entiende porque si el propio sujeto dispusiere de ellos, no existiría realmente una necesidad.

Al encontrarse fuera del ser humano, supone que el medio o recurso sirve como punto de ruptura del estado de pasividad del sujeto. Sin embargo, esta sola circunstancia es de suyo insuficiente para motivar el obrar del ser humano; será igualmente necesario que exista un medio, y que éste se encuentre disponible para solucionar su necesidad. La ausencia del recurso podría desencadenar dos posibilidades en el ser humano: o tendrá que él mismo inventar el medio de satisfacción, para lo cual orientará su conducta, o se mantendrá en el estado de pasividad originario.

La producción de los bienes tiene lugar en la sociedad, la cual ha ido progresivamente complejizándose en su confección. Este fenómeno se aprecia en la progresiva especialización en la producción de bienes y servicios⁸⁰³, lo cual ha ido aumentando la producción, y las posibilidades de acceso a éstos.

2.2. Identificación de algunas nociones relacionadas

Desde un punto de vista técnico, será necesario introducir algunas precisiones que resultan indispensables para comprender el fenómeno que se estudia en la economía. El primero de ellos, es la determinación del concepto de “bien” en su sentido económico, el cual puede definirse como “las cosas que el hombre reputa aptas para satisfacer sus necesidades y que

⁸⁰² NÁCHER (1996), p. 22.

⁸⁰³ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 10.

se encuentran disponibles para ello”⁸⁰⁴, o “todo aquello, material o inmaterial, que permita satisfacer una necesidad humana”⁸⁰⁵.

Por otra parte, deberá distinguirse al bien respecto de los “recursos o factores productivos”, siendo estos últimos aquellos bienes que sirven para producir otros⁸⁰⁶. Siendo así, el recurso constituye una especie de bien, pero que tiene el propósito específico de generar otros bien. Por su parte, el conjunto de acciones necesarias para que un bien pueda ser apto para el consumo directo y para satisfacer una necesidad económica, se llama “producción”⁸⁰⁷.

En lo tocante a la noción específica de bien, ella puede ser entendida en el sentido amplio que se ha venido tratando, o en un sentido estricto, y en este último para efectos de diferenciarlo respecto del “servicio”. Los “bienes” en un sentido estricto consisten de todos aquellos medios materiales que permiten satisfacer una necesidad⁸⁰⁸. Por su parte, los “servicios” consisten de aquellos bienes de naturaleza inmaterial, con los cuales se satisface directamente una necesidad⁸⁰⁹. En relación a estas categorías, el acto a través del cual se produce la adquisición y disposición de los bienes y servicios, se llama “consumo”⁸¹⁰, y constituye el camino para la satisfacción de las necesidades⁸¹¹. Con ello, se crea una relación entre la necesidad y el bien, de modo que sin el primero no existe el segundo⁸¹².

En cuanto a las características que tendrán, los medios se caracterizan por ser escasos, entendiendo tanto a los bienes, servicios y los recursos⁸¹³, dado el carácter limitado de la naturaleza física, y de las propias aptitudes del ser humano para producir nuevos bienes y servicios. Asimismo, se advierte que ellos tienen como elemento característico su uso alternativo, lo cual significa que un mismo bien puede ser empleado para satisfacer distintas clases de necesidades⁸¹⁴.

2.3. Los bienes económicos

⁸⁰⁴ BALTRA (1963), p. 45.

⁸⁰⁵ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 2. En un sentido similar, se expresa GIMENO *et alt* (2008), p. 2.

⁸⁰⁶ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 5.

⁸⁰⁷ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3. En relación a este concepto, y en un sentido diferente, se ha dicho que el “producto” consiste en “los bienes que implican trabajo humano” (BALTRA, 1963, p. 45).

⁸⁰⁸ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 2; GIMENO *et alt* (2008), p. 2.

⁸⁰⁹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 2; GIMENO *et alt* (2008), p. 2.

⁸¹⁰ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 2; GIMENO *et alt* (2008), p. 2.

⁸¹¹ GIMENO *et alt* (2008), p. 2.

⁸¹² BALTRA (1963), p. 45.

⁸¹³ REES (1974), p. 59; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 5. Es por ello que se afirma que todo lo que se tiene por cierto respecto de los mercados de los bienes de consumo, se aplica igualmente al mercado de los factores de producción; así, SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁸¹⁴ GIMENO *et alt* (2008), p. 3.

Formularemos algunas precisiones conceptuales relativas a los bienes económicos (2.3.1), y sus principales características (2.3.2.).

2.3.1. Precisiones conceptuales

Conforme fue explicado, las necesidades que aquejan al ser humano pueden ser de la más diversa naturaleza, entidad e intensidad. Del mismo modo, los medios con los cuales podrán satisfacerse esas necesidades tendrán una calidad igualmente material o inmaterial. Si esto es así, ¿significa que la economía atenderá todas y cada una de las necesidades que comprometen al ser humano? ¿Tendrá que preocuparse por la distribución de cualquiera clase de recurso?

La respuesta es negativa. La economía sólo tomará en consideración cierta clase de medios, los cuales se vienen en denominar “bienes económicos”, categoría que sirve para distinguirla de los “bienes libres”. Los bienes libres consisten de aquellos que son muy abundantes o ilimitados, y cuya propiedad no se le puede adscribir a nadie⁸¹⁵, precisamente porque no aparece en ellos su limitación física⁸¹⁶.

Por su parte, los bienes económicos consisten en “aquellos que no se encuentran a disposición de los seres humanos de forma libre y gratuita y cuya adquisición requiere, por tanto, una asignación específica de esfuerzo o recursos en detrimento de lo que pudiera realizarse para otros”⁸¹⁷. También se lo define como “aquellos que existen en cantidades inferiores a las que se precisarían para satisfacer las necesidades del hombre hasta llegar a su saciedad”⁸¹⁸, y “aquel que es limitado o escaso y propiedad de alguien con posibilidad de limitar el acceso al mismo”⁸¹⁹.

2.3.2. Principales características de los bienes económicos

A fin de explicar esta noción, deberá expresarse, en primer término, que los bienes tienen como peculiaridad común el que generan una utilidad; el bien se hace “útil” puesto que sirve para cumplir una determinada función o propósito, con la cual podrá resolverse una necesidad que afectaba al sujeto. Esta utilidad podrá ser, dada la naturaleza del bien, material o inmaterial.

Sin embargo, frente a una necesidad, es posible satisfacerla de las más diversas formas, incluso en términos tales que una necesidad material podría ser resuelta a partir de un bien inmaterial, y viceversa. Por tanto, resulta necesario determinar qué permite a un bien adquirir el carácter de “económico”.

⁸¹⁵ BALTRA (1963), p. 47; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 4.

⁸¹⁶ BALTRA (1963), p. 47.

⁸¹⁷ TORRES (1992), p. 56.

⁸¹⁸ BALTRA (1963), p. 47.

⁸¹⁹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 4.

Lo que marca el carácter “económico” del “bien”, consisten en una serie de factores que surgen a partir de los conceptos empleados. El primero de ellos es que los bienes económicos son de una cantidad mucho más limitada y escasa que los bienes libres, lo cual dificulta las posibilidades de acceso a éste. En segundo lugar, los bienes económicos se encuentran bajo la propiedad de otra persona, lo cual determinará una limitación a las posibilidades para acceder a éste⁸²⁰.

Una de las formas posibles de acceso consiste del intercambio⁸²¹, en donde los bienes no sólo tienen utilidad, dado que sirven para algo, sino también un “valor de cambio”, el cual consiste en “la relación cuantitativa que tiene un bien con los demás a la hora del cambio”⁸²², de modo que nos indica “qué cantidad de alguna otra cosa es preciso dar para obtenerlo o recibir para entregarlo”⁸²³.

La cantidad de una cosa que se da para obtener otra a cambio, constituye el precio, el cual es el valor del bien en términos de dinero⁸²⁴.

En todo caso, conviene precisar, desde la lógica jurídica, que el resultado del intercambio no redundará necesariamente en la transferencia del dominio del bien económico. Es posible que se celebren otras clases de actos, que digan relación con la cesión de la tenencia o goce del mismo bien, por el cual se puede recibir igualmente un valor de cambio. Es lo que ocurre con el arrendamiento, o la constitución de un censo, entre otras posibilidades.

§ 3. LA ELECCIÓN

Efectuaremos una descripción (3.1.), con indicación de algunas de sus principales características (3.2.).

3.1. Descripción

La economía aborda una situación básica que compromete al ser humano, la cual forma parte de sus atributos racionales. Esta situación consiste de la elección⁸²⁵. Este elemento es tan relevante para la disciplina, que si no hubiera necesidad de elegir, tampoco existiría esta ciencia⁸²⁶.

⁸²⁰ Esta observación no es compartida por algunos autores. Así, Baltra sostenía que existían casos en los cuales podían haber bienes entregados al hombre por la naturaleza, sin esfuerzo de éste, y que tengan el carácter de económicos, como ocurre con los terrenos de aluvión (BALTRA, 1963, p. 47).

⁸²¹ TORRES (1992), p. 56.

⁸²² TORRES (1992), p. 56.

⁸²³ TORRES (1992), p. 56.

⁸²⁴ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁸²⁵ BALTRA (1963), p. 5; STIGLITZ (1994), p. 28; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 3; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; KRUGMAN *et alt.* (2013), pp. 1 y 4.

⁸²⁶ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 4.

El problema de la elección consiste inicialmente de un asunto de común ocurrencia. A diario los seres humanos tomamos decisiones y elecciones; así decidimos qué hacer frente a las alternativas que se nos han otorgado o a las cuales nos enfrentamos. Se tratan de decisiones que se forman de manera diaria, dado que la complejidad de la realidad implica resolver una enorme cantidad de problemas, de mayor o menor dificultad. Esto implica que las elecciones son tomadas durante toda la vida del ser humano, y no habrá un solo momento en el cual no deba adoptar una determinada resolución frente a un problema.

Asimismo, estas decisiones tienen el carácter de ser múltiples, porque inciden en los más diversos ámbitos, tanto individuales como grupales e incluso sociales. Tendrán la más diversa naturaleza e intensidad. Se tratarán de cuestiones de orden afectivo, familiar, educacional, deportivo, religioso, cultural, contractual, entre otros. En todas ellas, se aprecia un problema, respecto del cual reflexiona el ser humano, y visualizando una forma de solución, decide obrar en base a esa decisión.

Por otro lado, las decisiones y elecciones adoptadas tendrán, en las más de las veces, un componente social. Ello ocurre porque nuestras decisiones tendrán incidencia en los demás, y porque las decisiones que se adoptan por el individuo quedan igualmente condicionadas por las decisiones de otros⁸²⁷.

La economía no puede resolver todas estas clases de problemas. Es por ello que ésta trata sobre un tipo específico de decisión; cómo usaremos los recursos disponibles para satisfacer una necesidad.

3.2. Algunas características de la elección

La decisión es racional (**3.2.1.**). Esta característica requiere una explicación en cuanto a su aplicación al ámbito económico (**3.2.2.**).

3.2.1. La decisión es racional

Un aspecto tratado por la economía es la manera en que el ser humano decide resolver el problema de la satisfacción de sus necesidades.

Un problema importante en este análisis, se encuentra en las características del sujeto observado. El ser humano se caracteriza por su libertad, lo cual acarrea una dificultad inicial, ya que sus actuaciones tienen la potencialidad de ser múltiples. Siendo así, esta multiplicidad podría desencadenar un resultado casi impredecible en el comportamiento humano, dado que algunas de las decisiones que adopte podrán ser mayormente pensadas, elaboradas, e incluso impulsivas o improvisadas.

⁸²⁷ KRUGMAN *et al.* (2013), p. 1.

A pesar de esta circunstancia, la economía sigue atenta al comportamiento humano. Y lo hace porque las decisiones que esta ciencia analiza tienen ciertas características, las cuales aseguran su efectividad. Las decisiones que el ser humano adopta en el contexto económico se caracterizan por ser conscientes y razonadas. Implican ellas que el sujeto que toma la decisión se comporta de forma racional⁸²⁸, frente a una necesidad que experimenta.

Al tratarse de una elección racional, genera como resultado que la conducta pueda ser objeto de un análisis científico, e incluso postular ámbitos de carácter predictivo. En este sentido, la conducta irracional es impredecible, dada su carencia de lógica. Por el contrario, los comportamientos racionales son esperables en el ser humano, y éste es el dato del cual se aprovecha la economía para efectuar su análisis, demostrar los resultados que encuentra, e incluso predecir los fenómenos futuros que ocurrirán en dicho ámbito.

3.2.2. Qué es lo racional en el ámbito económico

La economía debe tomar en consideración el comportamiento del ser humano. Para que sus diversas reglas y principios puedan tener efectividad, debe partir de una premisa metodológica en lo relativo al comportamiento humano. Tal premisa consiste del comportamiento racional, motivo por el cual debe analizar qué es lo racional en el ámbito económico, pregunta para la cual se suelen distinguir los distintos tipos de sujetos que son estudiados dentro de esta ciencia.

Este comportamiento requiere ser explicado **(a)**, punto a partir del cual puede construirse un modelo de actuación racional **(b)**. Tal modelo, empero, se encuentra sujeto a críticas **(c)**.

(a) Identificación

Tratándose de las empresas, se sostiene que la racionalidad en su comportamiento implica que éstas actúan tratando de maximizar sus beneficios o el valor de mercado de sus acciones.

Si se trata de estudiar a las personas, se dice que la elección racional es la que supone que las personas son capaces de confrontar los costes y los beneficios de cada posibilidad⁸²⁹, en términos tales que el sujeto elige y decide buscando su propio provecho. Este provecho se generará en la medida que los beneficios superan los costes, y ello permitirá que la persona esté dispuesta a tomar una determinada decisión⁸³⁰. Y si ocurre que existen varias posibilidades que generan este resultado positivo, se asume que optará por la que le proporcione el valor más alto⁸³¹.

⁸²⁸ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 7.

⁸²⁹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 7.

⁸³⁰ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 7.

⁸³¹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 7.

Para que esto ocurra, se espera que las personas actúen de manera coherente, con una idea razonablemente bien definida de lo que les gusta, con una determinación de sus objetivos y una comprensión razonable de cómo alcanzar esos objetivos. En cualquier caso, no se exige un comportamiento infalible, ya que bastará con que el sujeto comprenda claramente cuál es su problema, y cuáles son las formas posibles de solucionar su problema. Es por ello que resultaría inexplicable que, frente a un determinado problema, pretenda solucionarlo por vía de un recurso que no soluciona tal problema; y del mismo modo sería imposible resolver un problema sin saber cómo obrar.

(b) La construcción de un modelo de actuación racional

El resultado de esta clase de evaluación, determina que los economistas suelen basarse en un determinado “estándar” de conducta en el ser humano, el cual se traduce en el llamado *homo oeconomicus* (“el hombre económico”)⁸³².

Este sujeto, en un sentido individual, toma decisiones en las cuales revisa los costes y beneficios, de modo que optará en las condiciones propuestas, y aunque pudiese tener distintas clases de motivaciones, como podrían serlo las éticas, religiosas, morales, sentimentales, entre otras, las consideraciones económicas suelen permitir un análisis más satisfactorio a la hora del establecimiento de un comportamiento promedio⁸³³.

(c) Críticas

Desde un punto de vista valorativo, se suele criticar que la construcción de este estándar promedio es el propio de un ser “egoísta”⁸³⁴, por cuanto sólo importa su beneficio individual, y “frío”⁸³⁵, porque decide exclusivamente a partir del cálculo del mayor o menor beneficio en sus decisiones. Sin embargo, se argumenta en contra no sólo la mayor efectividad en el análisis basado sólo en el parámetro económico, sino también al hecho que en los análisis económicos también es posible, en ciertos niveles, la consideración de variables diferentes a las puramente monetarias⁸³⁶.

§ 4. UBICACIÓN REAL DEL PROBLEMA ECONÓMICO

Veremos en qué consiste el problema económico (4.1.) y su importancia (4.2.).

4.1. En qué consiste

⁸³² GIMENO/GUIROLA (1997), p. 8.

⁸³³ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 8.

⁸³⁴ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 8.

⁸³⁵ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 8.

⁸³⁶ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 8.

Una revisión del esquema propuesto arrojaría un resultado que en su estructura parece sencillo; el ser humano necesita determinados bienes para satisfacer una necesidad. Sin embargo, este esquema no es realmente sencillo, dado que el mismo encierra un problema.

Conforme se dijo, la obtención de un determinado recurso, es el fondo de la decisión que adoptará el sujeto, y ello dirigirá su comportamiento, en vías de satisfacer su necesidad. El problema se encuentra en una desproporción en el esquema; esto, porque mientras nuestras necesidades son prácticamente ilimitadas, los recursos o bienes económicos son limitados. Ésta es la esencia de lo que se denomina el “problema económico” en la literatura especializada, y constituye el objeto de estudio de la Economía⁸³⁷. Este problema no existiría si es que los recursos existiesen de manera ilimitada; la abundancia de los bienes determinaría la innecesidad del mercado, y derechamente la utilidad de la economía⁸³⁸.

El problema tiene una estructura claramente material, y que se ve complementado por una cuestión de limitaciones en el propio sujeto que experimenta la necesidad. Esto significa que si una persona tuviese infinitas formas de solucionar una necesidad, sería innecesario incluso decidir; bastaría con que adquiriera todos los objetos que necesita. En realidad, el sujeto experimenta un problema de limitación de acceso a la adquisición de los bienes, lo cual lo obligará a tomar una decisión; deberá optar entre un determinado recurso, en vez de otro. Con ello, al adoptar una determinada decisión, deberá abandonar necesariamente la posibilidad de optar por la otra.

La elección implica necesariamente resolver un problema de incompatibilidad, debido a que no le será posible al sujeto tomar todas las opciones que se le ofrecen. Tratándose de los recursos o bienes económicos, para que el sujeto pueda obtener una determinada, necesariamente se verá en el riesgo de perder la otra opción, lo cual se explica por su naturaleza, o ser adquirido por otra persona.

Dado que los recursos se caracterizan por ser escasos y de uso alternativo, se plantea para el sujeto un problema, que consiste del “costo de oportunidad”. Éste se define como “la cantidad de un bien a la que es preciso renunciar para poder obtener algo más de otro bien”⁸³⁹. Este concepto da cuenta de las múltiples posibilidades que se derivan del uso de los bienes, y las consecuencias que tendrá su inversión en determinados fines, en vez de otros a los cuales podría igualmente acceder.

4.2. Importancia del problema

⁸³⁷ La presentación de este problema marca el arquetipo del manual o tratado general de economía. A título de ejemplo, pueden consultarse STIGLITZ (1994), p. 28; GIMENO/GUIROLA (1997), pp. 2 y 4; GIMENO *et alt* (2008), p. 3; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 9.

⁸³⁸ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4.

⁸³⁹ GIMENO *et alt* (2008), p. 4. En un sentido similar se observa descrito en KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 6.

El problema económico no constituye un fenómeno aislado, sino que tiene consecuencias sociales⁸⁴⁰. La manera en que se traduzca la elección del sujeto necesariamente afectará a los demás integrantes de la sociedad, debido a que la adquisición de un bien o servicio por parte de una persona, disminuye las posibilidades de que otras, también interesadas en satisfacer la misma necesidad y por el mismo medio, puedan acceder al mismo tipo de objeto.

Esta posibilidad implica un riesgo de conflicto que comprometa la paz y armonía entre los miembros de la sociedad. La urgencia en la satisfacción de la necesidad podría desencadenar desencuentros entre los seres humanos, e incluso obligarlos a luchar entre sí para efectos de obtener la satisfacción de la misma necesidad, lo cual es más factible mientras más escaso sea el bien que se trate de adquirir, y la urgencia de la necesidad que padezcan los individuos. Esto se explica porque, en ocasiones, el ser humano no acudirá al diálogo como instrumento de solución de sus conflictos, sino que se dejará guiar por sus pasiones, las cuales en ocasiones pueden volverse salvajes o violentas, y estas últimas son las que afectan el orden social⁸⁴¹.

Es por ello que la economía se hace cargo de contribuir a la solución de un problema social, y que igualmente pretende generar el mantenimiento de un estado de paz social, y de respeto entre las personas.

§ 5. LAS PREGUNTAS METODOLÓGICAS DERIVADAS DEL PROBLEMA ECONÓMICO

Conforme se explica por los autores, debido al problema que conlleva la limitación de los recursos frente al carácter ilimitado de las necesidades humanas, ella conduce a la formulación de algunas preguntas, las cuales traducen el “problema económico”.

Se estudiarán en concreto cuáles son esas interrogantes (5.1.), y se formularán algunos comentarios críticos a su alrededor (5.2.).

5.1. Cuáles son las interrogantes

Estas interrogantes consisten en qué producir (5.1.1.), cómo producir (5.1.2.), y para quién producir (5.1.3.)⁸⁴².

En algunas obras suelen agregarse otras clases de interrogantes (5.1.4.).

5.1.1. Qué producir

⁸⁴⁰ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 1.

⁸⁴¹ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 112.

⁸⁴² Esta triple distinción es la tradicionalmente expuesta en la literatura económica. Entre otros, puede observarse en STIGLITZ (1994), pp. 28-31; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 7.

Bajo la pregunta qué producir, se pretende determinar cuáles son las clases de bienes y servicios que se producirán para efectos de la satisfacción de las necesidades que se puedan generar para las personas.

Esta pregunta resulta complementada con otra, dado que no basta con la determinación de las clases de bienes que serán producidos, sino también “en qué cantidad” se producirán⁸⁴³.

La importancia que tiene la cuestión es que tan sólo para responder esta pregunta, será necesario adoptar miles de decisiones⁸⁴⁴, siendo posible visualizar los efectos que tendrán los precios en la determinación de los bienes que se producen⁸⁴⁵.

La determinación de la composición del producto, tema sobre el cual trata esta primera interrogante, podría efectuarse por el mercado, o a través de decisiones políticas o del gobierno⁸⁴⁶.

5.1.2. Cómo producir

La segunda interrogante económica consiste en cómo producir los bienes. Bajo este rótulo, se persigue determinar el procedimiento mediante el cual se producirán los bienes y servicios⁸⁴⁷. Se procederá a determinar la persona que se encargará de la producción, con qué recursos los producirá, y las técnicas adecuadas que se emplearán en la producción⁸⁴⁸.

La respuesta a esta pregunta también será variada, por la pluralidad de posibilidades⁸⁴⁹. Cada una de ellas admite cálculo en cuanto a su costo económico y las eventuales restricciones normativas que pudieren existir a su alrededor.

También se aprecia que esta pregunta resulta afectada por la intervención estatal, dado que éste afectará al proceso productivo en forma completa, “desde la organización global de las empresas hasta la manera en que se relacionan éstas con sus trabajadores y con sus clientes”⁸⁵⁰. El Estado interviene en la respuesta a esta pregunta a través de las distintas leyes y normas administrativas que se dictan⁸⁵¹.

5.1.3. Para quién producir

⁸⁴³ REES (1974), p. 61; STIGLITZ (1994), p. 28; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 7.

⁸⁴⁴ STIGLITZ (1994), p. 28.

⁸⁴⁵ STIGLITZ (1994), p. 29.

⁸⁴⁶ REES (1974), p. 61.

⁸⁴⁷ STIGLITZ (1994), p. 29; GIMENO/GUIROLA (1997), p. 4.

⁸⁴⁸ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 7.

⁸⁴⁹ STIGLITZ (1994), p. 29.

⁸⁵⁰ STIGLITZ (1994), p. 29.

⁸⁵¹ STIGLITZ (1994), p. 29.

La tercera interrogante económica consiste en para quién producir. En este punto, se trata de determinar la manera en que se distribuirá el resultado de la producción de los bienes y servicios, identificando quiénes serán las llamadas que gozarán de los bienes y servicios que son generados con ocasión del proceso productivo⁸⁵², de modo tal que sólo estas personas son las que conseguirán satisfacer sus necesidades económicas⁸⁵³.

Para conseguir su determinación, se toman en cuenta una serie de factores, como las rentas y salarios que perciben las personas, su educación, la herencia, los ahorros obtenidos, entre otros, los cuales determinan que, en general, los ingresos de las personas son determinados como consecuencia de la interacción privada de las empresas y las economías domésticas⁸⁵⁴.

En esta última fase también podrá intervenir en el Estado, a través de la instauración de impuestos⁸⁵⁵ y programas de redistribución de la renta⁸⁵⁶, los cuales pretenden el acceso a los bienes y servicios.

En este punto de la interrogante se puede discutir asimismo los problemas derivados de la distribución del ingreso y la riqueza bajo estándares de justicia y equidad, y la protección de los sectores más desposeídos, entre otros asuntos⁸⁵⁷.

5.1.4. Otras interrogantes

A estas interrogantes clásicas, algunos autores añaden una cuarta; quién toma las decisiones económicas y por medio de qué procedimiento⁸⁵⁸.

En este punto se trata de establecer quién de todos los posibles agentes económicos es el que se dedicará a resolver las interrogantes anteriormente formuladas. Este punto constituye una alusión a los sistemas económicos en general⁸⁵⁹.

5.2. Algunos comentarios críticos

Al analizar de manera atenta la formulación del problema económico, y de las interrogantes que ella desencadena, se puede criticar que éstas dicen relación más bien con la forma en que funciona la economía entendida como actividad, más que el análisis exacto del

⁸⁵² SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁸⁵³ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 4.

⁸⁵⁴ STIGLITZ (1994), p. 29.

⁸⁵⁵ REES (1974), p. 58, precisando que el impuesto constituye una forma de pago que las personas hacen por la producción de bienes y servicios que no son proporcionados por el mercado; STIGLITZ (1994), p. 29.

⁸⁵⁶ STIGLITZ (1994), p. 29.

⁸⁵⁷ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁸⁵⁸ En este sentido, STIGLITZ (1994), pp. 30-31.

⁸⁵⁹ En este sentido, STIGLITZ (1994), p. 30-31.

comportamiento humano individual que es susceptible de desencadenar los efectos económicos descritos.

El resultado de estas preguntas no apunta realmente al estudio del comportamiento del ser humano, sino más bien le sirven para establecer el “lugar” al cual acudirá el sujeto para solucionar su necesidad. Sirven, en realidad, como una antesala para el análisis de los llamados “sistemas económicos”.

Por otro lado, se advierte que los economistas no sólo se encuentran interesados en saber cómo es que la economía responde a estas interrogantes, sino también con qué grado de satisfacción⁸⁶⁰. Bajo este rótulo, formarían parte del análisis económico la determinación de la “eficiencia” de la economía, si es posible la mayor producción de ciertos bienes sin generar una menor en otros, o si es posible mejorar el bienestar de algunas personas sin empeorar el de otras⁸⁶¹.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

En esta primera parte, de naturaleza conceptual y descriptiva, ha sido tratado el concepto de la economía. Se ha destacado que se trata de una ciencia que estudia el comportamiento humano, de modo que forma parte de las llamadas “ciencias sociales”. El objeto de estudio de la economía apunta a la solución de un problema que afecta al ser humano, y que se deriva de las necesidades que afectan su subsistencia. Estas necesidades sólo pueden ser satisfechas por medio de los “bienes económicos”.

Se sostiene que la economía trata de resolver un problema debido a las diferencias que se producen entre la cantidad de necesidades que afectan al ser humano, y la cantidad de bienes existentes para satisfacerlas. Las primeras son múltiples e ilimitadas, mientras que las segundas son escasas y limitadas. Por tanto, resulta indispensable adoptar mecanismos tendientes a obtener la máxima satisfacción de las necesidades que sea posible, a partir de bienes que son limitados. En la determinación de esta solución, se deberán adoptar criterios especiales, los cuales se caracterizan por ser racionales.

A lo largo del tiempo, distintas sociedades han debido enfrentarse al mismo tipo de problema, y adoptar procedimientos con los cuales puedan resolverlos. Este procedimiento consiste en resolver las interrogantes, que en forma tradicional consisten en las siguientes: ¿qué producir?, ¿cómo producir?, y ¿para quién producir? A estas interrogantes suelen añadirse otras, que apuntan a determinar la entidad o grupo que, dentro de la sociedad respectiva, está llamado a decidir sobre la solución de estas interrogantes.

⁸⁶⁰ STIGLITZ (1994), p. 31.

⁸⁶¹ STIGLITZ (1994), p. 31.

Estas preguntas en el ámbito económico se relacionan necesariamente con los llamados “sistemas económicos”, dado que estos últimos suponen la respuesta que cada sociedad organizada ha dado al problema económico. Veremos sobre esto a continuación.

Capítulo II:

LOS SISTEMAS ECONÓMICOS:
LA ORGANIZACIÓN DE RESPUESTA AL PROBLEMA ECONÓMICO

SUMARIO: Sección 1: Generalidades: § 1. Significado – **§ 2.** Principales clases.- **Sección 2: El sistema económico de libertad de mercado: § 1.** Generalidades – **§ 2.** En cuanto a su respuesta al problema económico: 2.1. Qué producir: 2.1.1. En cuanto a los recursos - 2.1.2. En cuanto a los precios: (a) En cuanto a su fuente; (b) En cuanto a su objetivo; (c) En cuanto a su fijación; 2.2. Cómo producir: 2.2.1. El mercado - 2.2.2. La intervención estatal; 2.3. Para quién producir; 2.4. El lugar del intercambio: El mercado – **§ 3.** Críticas: 3.1. Desde un punto de vista positivo; 3.2. Desde un punto de vista negativo.- **Sección 3: El sistema económico centralmente planificado: § 1.** Generalidades – **§ 2.** En cuanto a su respuesta al problema económico: 2.1. Qué producir: 2.1.1. En cuanto a los recursos - 2.1.2. En cuanto a los precios - 2.1.3. Dificultades; 2.2. Cómo producir: 2.2.1. El protagonismo estatal - 2.2.2. Situación del mercado - 2.2.3. Consecuencias; 2.3. Para quién producir – **§ 3.** Críticas.- **Sección 4: Los sistemas económicos mixtos.- Sección 5: Síntesis.**

Conforme fue explicado, las interrogantes que estructuran el problema económico constituyen el inicio del análisis de los llamados “sistemas económicos”, el cual constituye el segundo concepto que corresponde ser abordado en el trabajo.

En cuanto concepto, los “sistemas económicos” requieren una revisión preliminar (**Sección 1**), antes de abordar cada uno de ellos en general. Comenzará este análisis con el sistema económico de libertad de mercado (**Sección 2**), siguiendo a continuación con el sistema económico centralmente planificado (**Sección 3**). Cierra este análisis la revisión de los llamados sistemas económicos mixtos (**Sección 4**).

SECCIÓN 1:
GENERALIDADES

En esta aproximación general, explicaremos sobre el significado del concepto (**§ 1**), y sus principales clases (**§ 2**).

§ 1. SIGNIFICADO

Los “sistemas económicos” consisten de las diversas formas de organización de la actividad económica. Su propósito directo consiste en resolver el problema derivado de la limitación de los bienes y la multiplicidad de las necesidades.

Desde un punto de vista conceptual, la aproximación respecto de la cual debe asumirse, consiste del “conjunto de instituciones o relaciones entre las personas que permiten a una sociedad enfrentar el problema económico”⁸⁶². También se la entiende como “la organización de cada grupo social para lograr los bienes económicos que los miembros del grupo requieren”⁸⁶³. Como se apreciará, la premisa bajo la cual se estudian los sistemas económicos es que ellos consisten, en forma definitiva, en formas de organización que adopta la sociedad, y que en este punto su propósito consiste en responder al problema económico⁸⁶⁴.

Los sistemas económicos son estudiados dentro del área de la teoría económica y del derecho económico, como una manera de explicar cuáles han sido, a nivel comparativo, los modelos que en las distintas sociedades y Estados se han implementado durante estos años, en la tarea de la solución del problema económico. Este último se ha traducido en tres preguntas de contenido aceptado en la ciencia económica, y que consisten de “¿qué producir?”, “¿cómo producir?”, y “¿para quién producir?”. La economía pretende ofrecer respuesta a la dificultad de las limitaciones de los recursos disponibles versus la ilimitada cantidad de necesidades de las personas, las cuales deberán ser necesariamente satisfechas bajo un estándar de eficiencia y eficacia en la administración de esos recursos⁸⁶⁵.

§ 2. PRINCIPALES CLASES

De acuerdo a estas referencias, los autores sostienen la presencia de tres grandes tipos de sistemas económicos. Ellos son el centralmente planificado, el de libertad de mercado, y el mixto.

Esta distinción, que se ha constatado en los distintos textos jurídicos y económicos, presenta algunas observaciones. Una de ellas supone que se tratan de categorías que no se presentan de manera exacta en cada sociedad, debido a las distintas intensidades que se han querido seguir respecto de cada uno.

Otra observación que se ha formulado es que la identificación exacta de estos tres modelos no suele constatare en la literatura económica. Algunos autores prefieren hablar sólo de los dos primeros⁸⁶⁶.

⁸⁶² RUIZ-TAGLE (2010).

⁸⁶³ SEPÚLVEDA (1994).

⁸⁶⁴ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁸⁶⁵ SEPÚLVEDA (1994); RUIZ-TAGLE (2010).

⁸⁶⁶ En este sentido, GIMENO/GUIROLA (1997), pp. 12-13.

En tercer lugar, debe destacarse que, incluso en los modelos de mercado, se produce la intervención del Estado, como se ha destacado que ocurriría en los países integrantes de la Unión Europea⁸⁶⁷.

En cuarto lugar, se manifiesta que la distinción tenía más sentido en un modelo dialéctico, como era el que caracterizaba la organización del orden mundial durante la Guerra Fría, en la cual los modelos capitalistas y socialistas eran notoriamente diferenciados e identificados en cuanto a los países que las practicaban.

En quinto lugar, y en relación con la idea anteriormente descrita, más que una división económica basada en los modelos capitalista o socialista, el orden económico mundial se estructura más bien entre el “mundo desarrollado” y el “mundo subdesarrollado” o “en vías de desarrollo”⁸⁶⁸. Al día de hoy, se constatan desde el Primer al Tercer Mundo⁸⁶⁹.

SECCIÓN 2: EL SISTEMA ECONÓMICO DE LIBERTAD DE MERCADO

El primer sistema económico que será abordado consiste del llamado “de libertad de mercado”. Trataremos algunas cuestiones generales (§ 1), la forma en que responde al problema económico (§ 2), y las principales críticas que se le han formulado (§ 3).

§ 1. GENERALIDADES

En cuanto al sistema económico de libertad de mercado, se entiende que es el mercado el que determina, en forma libre, la solución del problema económico, determinándose la necesidad de los particulares a partir del libre flujo de la oferta y la demanda, y su impacto en los precios⁸⁷⁰, de modo que el interés privado es el que se convierte en el motor esencial de la vida económica⁸⁷¹. Se lo ha definido diciendo que es aquel en que “los intercambios entre economías domésticas y entre éstas y las empresas se realizan libremente, los productores y los consumidores acuerdan precios y cantidades”⁸⁷². También se ha dicho que es “una economía en la que los productores y los consumidores individuales toman las decisiones sobre producción y consumo”⁸⁷³.

⁸⁶⁷ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 13.

⁸⁶⁸ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 13.

⁸⁶⁹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 13.

⁸⁷⁰ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁸⁷¹ HERRERA (1952), núm. 7, p. 48.

⁸⁷² GIMENO/GUIROLA (1997), p. 12.

⁸⁷³ KRUGMAN *et al.* (2013), p. 2.

Esta clase de sistema económico tiene como protagonista al mercado, el cual es considerado el medio en el cual se desencadena el libre juego de la oferta y la demanda que se genera entre los proveedores privados y los particulares que buscan la satisfacción de sus necesidades particulares, logrando de este modo que los precios de los bienes y servicios sean establecidos libremente por las partes. Estructuralmente se le define como “un mecanismo mediante el cual los compradores y los vendedores interactúan para determinar precios e intercambiar bienes y servicios”⁸⁷⁴.

En virtud de esta descripción, y desde un punto de vista estructural, el mercado constituye un espacio, un lugar, inicialmente imaginado de manera física, para luego convertirse en una metáfora general, en el cual tiene lugar una determinada actividad, que es el proceso de intercambio de bienes y servicios, a cambio de un precio. La noción adquiere una doble noción; supone un punto en que los distintos actores económicos se presentan y discuten la posibilidad de coordinar un proceso de intercambio, el cual eventualmente se materializará en el intercambio de bienes y servicios, a cambio de un precio. Puede notarse claramente que la noción económica de mercado se asemeja sobremedida a la estructura jurídica del proceso de contratación, en el cual se asume que el mercado se materializa físicamente a través del principal contrato de intercambio, cual es la compraventa.

El protagonismo que asume el mercado en este sistema es el que le atribuye su denominación de tal⁸⁷⁵. Se trata de un sistema económico que impera en Estados Unidos y en el mundo occidental en general, aunque con la advertencia que lo hace más bien bajo una forma mixta.⁸⁷⁶

Este modelo pone su acento en la eficiencia, pues alrededor de ellas se construye la trama del problema económico⁸⁷⁷. Su énfasis queda en manos del particular, ya que defiende los valores de la libertad y la igualdad, los cuales son inherentes al ser humano, conforme al modelo filosófico en que se justifica, cual es el liberalismo económico de finales del siglo XIX.

Desde un punto de vista histórico, las primeras formas de práctica propias del capitalismo son ubicadas durante la Edad Media, en los siglos XIII y XIV. En esta época, las repúblicas de Venecia, Génova y Florencia, y los puertos de los Países Bajos, desarrollaron una fuerte actividad comercial. También en la Edad Media nacen los primeros bancos, y se intensificó la práctica de los préstamos, incluyendo el de gruesa ventura⁸⁷⁸.

⁸⁷⁴ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁸⁷⁵ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁸⁷⁶ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁸⁷⁷ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 4, especificando que por “eficiencia económica” se entiende que lo exigido a una economía es “que produzca la combinación más elevada de cantidad y calidad de productos y servicios dada su tecnología y sus escasos recursos”, de modo tal que “[u]na economía produce con eficiencia cuando no puede mejorar el bienestar económico de una persona sin afectar negativamente el de otra”.

⁸⁷⁸ HERRERA (1952), núm. 4, p. 29.

Desde el punto de vista de sus principales características, el sistema económico de libertad de mercado se precia del automatismo de su funcionamiento⁸⁷⁹, no requiriendo de este modo la intervención del Estado para la conservación de su flujo. Se trata de un sistema económico que no depende de un individuo en particular para asegurar su flujo, ni tampoco para que conserve su movimiento. Funciona a través de la constante celebración de actos y contratos que implican la transferencia de bienes y servicios, en el cual cada una de las personas y entidades que participan en el mismo, lo hacen bajo un esquema estrictamente individual; ninguno de ellos interviene en el tráfico de bienes y servicios bajo la instrucción implícita de proteger y conservar la vida del mercado. En lugar de ello, este modelo implica que durante todos los días se producen millones de intercambios, que las personas celebran “por su propia voluntad, sin una dirección central ni un plan maestro”⁸⁸⁰. En cierta forma, el sistema económico de mercado permanecerá vivo mientras sigan celebrándose compraventas y arrendamientos de servicio.

Por otro lado, se trata de un modelo descentralizado, en el sentido que las principales decisiones económicas son adoptadas “por muchas empresas y por muchos individuos”⁸⁸¹. Conforme se ha destacado, se trata de un ámbito que no tiene un núcleo central, y en que incluso sus protagonistas parecieran obrar conforme sus propios intereses. Da cuenta de una estructura altamente compleja, carente de una inteligencia central⁸⁸², pero que a pesar de ello, “funciona notablemente bien”⁸⁸³.

§ 2. EN CUANTO A SU RESPUESTA AL PROBLEMA ECONÓMICO

Conforme fue señalado, el sistema económico de libertad de mercado brinda respuestas especiales a las preguntas que comprenden qué producir (2.1.), cómo producir (2.2.), y para quién producir (2.3.). Por su importancia, será abordado en forma especial el mercado en cuanto lugar de intercambio (2.4.).

2.1. Qué producir

En esta primera pregunta existen dos cuestiones; los recursos (2.1.1.) y los precios (2.1.2.).

2.1.1. En cuanto a los recursos

⁸⁷⁹ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 12.

⁸⁸⁰ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 26.

⁸⁸¹ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2. En un sentido similar, ya lo sostenían SAMUELSON/NORDHAUS (2010), pp. 5-6.

⁸⁸² SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 26.

⁸⁸³ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 26.

La determinación de los bienes y servicios que se producen en esta clase de sistema se efectúa como consecuencia de un proceso de interacción, el cual se genera entre los productores y los consumidores⁸⁸⁴.

Esto implica que los recursos son determinados de manera privada. No es el Estado el que determina qué es lo que los individuos y sus familias necesitan. Las necesidades de los particulares son identificadas por los mismos particulares, organizados en forma individual o colectiva para la producción de bienes y servicios. En algunos casos, los particulares adoptan modelos complejos de organización, en los cuales surge un sistema de personalidad diferente de quienes contribuyen a su formación, los cuales son las empresas. Estas últimas pueden acudir a las más diversas formas jurídicas, las cuales se ajustarán a las necesidades de su proceso de producción, y la clase de utilidades que desean obtener⁸⁸⁵. Asimismo, los productores producen bienes y servicios bajo la motivación general de maximizar sus utilidades⁸⁸⁶, lo cual se define como “ingresos netos, o la diferencia entre las ventas totales y los costos totales”⁸⁸⁷.

Por otro lado, los productores son capaces de identificar estas necesidades a través de una atención al comportamiento del consumidor. Estos últimos son los que, en virtud de las decisiones que toman diariamente, adquieren ciertos tipos de bienes y servicios⁸⁸⁸. Por tanto, el qué producir se resuelve “por los votos monetarios de los consumidores”⁸⁸⁹; podría sostenerse, metafóricamente hablando, que sus adquisiciones se convierten en una suerte de “encuesta” de sus necesidades. En algunos casos, y en relación a la idea anteriormente expuesta, los proveedores suelen efectuar estudios de preferencias, o incluso acudir a los llamados “mercados experimentales”, a fin de comprobar la aceptación que se hace de un determinado producto⁸⁹⁰.

Dada la forma en que funciona el sistema, basado en un modelo de intercambio sujeto a ciertas características especiales, los recursos materiales que sirven al objetivo de la supervivencia, adoptan la forma propia de una “mercancía”⁸⁹¹.

2.1.2. En cuanto a los precios

Respecto de los precios, revisaremos su fuente **(a)**, objetivo **(b)**, y fijación **(c)**.

⁸⁸⁴ En este sentido, STIGLITZ (1994), p. 30. De manera similar, SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8, aunque más adelante indican que la determinación de la respuesta a esta primera interrogante se efectúa por “las empresas”.

⁸⁸⁵ Es por eso que merece reparos la calificación de los agentes económicos que formula STIGLITZ (1994), p. 28, al señalar que la interacción privada que pone el movimiento la actividad económica, se producirá entre las “empresas” y los “consumidores”.

⁸⁸⁶ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁸⁸⁷ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁸⁸⁸ REES (1974), p. 61.

⁸⁸⁹ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁸⁹⁰ REES (1974), p. 61.

⁸⁹¹ NÁCHER (1996), p. 32.

(a) En cuanto a su fuente

Conforme fue explicado, el ser humano requiere del mundo exterior para la satisfacción de sus necesidades, lo cual lo obligará a interactuar con otros, en busca de solucionar las carencias que lo aquejan.

La manera en que podrá adquirir los medios de satisfacción de sus necesidades podrá ser de la más diversa naturaleza. Algunas de ellas implican acudir a la libre generación de los bienes por parte de la naturaleza, recogiendo aquellos bienes que carezcan de otros dueños, a través de la ocupación. Pero ello normalmente no es lo que ocurrirá, dado que esos mismos bienes pertenecen ya a otros. En cuanto a los servicios, éstos son necesariamente generados a partir de la actividad humana, lo cual lo obliga a entenderse con aquellos que tienen la aptitud de producirlos.

Cualquiera que sea el medio requerido para satisfacer la respectiva necesidad, el ser humano tendrá que acudir a mecanismos que le sean aptos para adquirir los bienes y servicios que le son indispensables. Ello se producirá a través de un proceso que, en el ámbito económico, se podrá entender como “intercambio”, y que jurídicamente se traducirá en un “contrato”.

Estos procesos de intercambio podrán hacerse de dos maneras posibles, según si la adquisición de los bienes y servicios se generará sin introducir un gravamen para el adquirente, o si la adquisición del bien o servicio necesariamente deberá hacerse bajo un modelo de utilidad recíproca para las partes. En rigor, la Economía no suele atender los procesos adquisitivos a título gratuito, centrándose únicamente en aquellos intercambios a título oneroso, entre los cuales identificamos a la compraventa.

Empero, tampoco atiende todas las formas posibles de intercambio a título oneroso; así, sabemos que igualmente la permutación o cambio constituye un contrato oneroso, incluso de carácter conmutativo. Empero, ¿por qué no se toma en consideración a esta última clase de contrato dentro del análisis económico? La razón se encuentra en el hecho que la permutación supone un proceso de intercambio fuertemente difícil, dado que deberán coincidir exactamente los bienes que se intercambian entre las partes, y las necesidades que ellas mantengan por el producto que se pretende cambiar⁸⁹². Asimismo, si no ocurre de manera inmediata la coincidencia de la necesidad, el sujeto queda obligado a continuar una larga (y agotadora) cadena de intercambios, negociaciones y transacciones, hasta encontrar el respectivo bien o servicio que le resultaba necesario⁸⁹³. Es por ello que son objeto del análisis económico sólo aquellos que suponen como contraprestación esperada como consecuencia de la adquisición del bien o la prestación del servicio, el pago de una suma de dinero⁸⁹⁴.

⁸⁹² GIMENO/GUIROLA (1997), p. 10.

⁸⁹³ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 10.

⁸⁹⁴ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 10.

Conviene recordar que, en el proceso de evolución histórico-jurídico y económico, las sociedades primitivas basaron su actividad económica en el trueque, para ir luego decantando en una clase de contrato en el cual uno de los bienes que se intercambiaban consistía de dinero, el cual ganó como ventaja la posibilidad de un mayor consenso a la hora del intercambio⁸⁹⁵, dado que distintos vendedores podían fijar el precio en una unidad de referencia conocida universalmente⁸⁹⁶, y que todos los compradores podían reconocer para adquirir el mismo tipo de bien⁸⁹⁷.

Esto implica que la compraventa suele ser el contrato de mayor consideración dentro del análisis económico, dado que es uno de los pocos cuya estructura esencial admite que por la adquisición de bienes y servicios, se pague una suma de dinero. Esto se explica porque una de las mayores preocupaciones que tiene la Economía, se encuentra en el control del flujo del dinero dentro del mercado. Esto, porque se asume que la principal función del mercado es la determinación del precio de los bienes⁸⁹⁸.

En esa compraventa intervienen en calidad de contraparte, aquellas personas que serán los destinatarios finales del bien o servicio, quienes jurídicamente tienen la calidad de consumidores. Pero también podrán serlo otras personas que adquieren los bienes o servicios con el propósito de emplearlos en su proceso productivo, o celebrar el mismo tipo de prestación, pero ahora con el consumidor. Es por ello que, en un estricto sentido jurídico, no es posible calificar que el proceso de intercambio se producirá siempre entre proveedores y consumidores⁸⁹⁹; y del mismo modo, se sabe en el plano jurídico que los contratos de compraventa pueden ser celebrados entre personas que carecen de la calidad propia del proveedor.

(b) En cuanto a su objetivo

En cuanto al comprador, el precio constituye el valor de la mercancía, y será con su pago el medio a través del cual podrá acceder al recurso que necesita para satisfacer su necesidad⁹⁰⁰. Desde un plano jurídico, el comprador es un tercero, el cual carece de acceso a la propiedad privada ajena, de modo que el pago del precio es su única alternativa para obtener tales bienes y servicios.

Esta afirmación sólo podría entenderse válida si se considera, en primer lugar, que los bienes deberán encontrarse en una “predisponibilidad previa (sic)” de ser adquiridos por cualquier persona, si es que se paga el precio al propietario⁹⁰¹; y en segundo lugar, que

⁸⁹⁵ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 10.

⁸⁹⁶ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 10.

⁸⁹⁷ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 10.

⁸⁹⁸ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁸⁹⁹ Nuevamente debe corregirse la afirmación efectuada por STIGLITZ (1994), p. 28, al señalar que la interacción privada que pone el movimiento la actividad económica, se producirá entre “las empresas y los consumidores”.

⁹⁰⁰ NÁCHER (1996), p. 32.

⁹⁰¹ NÁCHER (1996), p. 33.

debido a que sólo bastaría con pagar el precio, no debería existir ninguna clase de discriminación basada en la raza, edad, sexo, religión, ideología u otra, que impida la adquisición del mismo bien⁹⁰². Para pagar el precio, deberá contar con medios que le aseguren disponer de éste, los cuales se traducirán en lo que pueda obtener de la realización de sus propios bienes, o como retribución de los servicios que presta a terceros, y que se entiende que es a través del trabajo⁹⁰³.

En cuanto al vendedor, el precio puede ser considerado desde distintos puntos de funcionalidad. Por una parte, se puede confirmar que el proceso de acceso a los bienes y servicios no es gratuito, dado que éstos forman parte de su propiedad privada, y en cuanto tal tiene derecho para hacer lo que quiera con sus bienes⁹⁰⁴, incluso no compartirlos con otros.

También para el vendedor, el precio constituye el punto final del proceso productivo. A través del mismo, se refleja el esfuerzo desplegado por el proveedor para la producción del bien o servicio, el cual se traduce en una serie de costos públicos y privados⁹⁰⁵. A modo de ejemplo, en el precio deberá el proveedor preocuparse de cubrir el costo del arrendamiento de los establecimientos en los cuales presta sus servicios o produce los bienes para la comunidad; los salarios que ha pagado a los trabajadores encargados de la producción de los bienes y servicios que presta; los gastos derivados de la adquisición de materias primas e insumos para la producción; el pago de los impuestos a que se sujeta por parte del Estado, ya sea por la clase de operación jurídica que desarrolla para obtener sus ingresos, o por la naturaleza de su actividad económica; las prestaciones que deberá satisfacer como consecuencia de la Seguridad Social, las cuales se originan a favor de sus trabajadores, o incluso a las que él mismo se sujeta; e incluso las prestaciones derivadas de los contratos privados de seguros a los cuales se sujeta de manera forzosa o voluntaria, entre otras clases de costos. Estos gastos deberán ser cubiertos íntegramente por el precio, si es que el proveedor desea que su actividad económica pueda subsistir en el tiempo.

Pero también se introduce en el precio un factor adicional. Dado que no es necesario que el precio se ajuste totalmente al valor del costo de producción, el proveedor se encuentra habilitado para añadir un valor al producto que ofrece a la comunidad, el cual marcará la utilidad de producir el bien o servicio; y que en general pasa a denominarse “lucro”; lo que pretende la empresa es la obtención de las máximas utilidades⁹⁰⁶. Se trata de un elemento que se obtiene como consecuencia directa del precio que ofrece a quien pretenda adquirir el bien o servicio respectivo, y el mismo explicará igualmente el propio deseo del proveedor de ejercer una determinada actividad económica; si los bienes y servicios que produce valieran exactamente a los gastos en que incurre para producirlos, no se encontraría en un estado diferente de aquel en que no ejercitaba esa misma actividad, y no se justificaría

⁹⁰² NÁCHER (1996), p. 33.

⁹⁰³ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 112.

⁹⁰⁴ NÁCHER (1996), p. 32.

⁹⁰⁵ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁹⁰⁶ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

invertir tiempo y dinero en algo que no genera cambio alguno en su diario vivir. También sirve para justificar la subsistencia futura de la actividad del proveedor, dado que su mayor demanda significará el incremento de las utilidades que obtendrá de la actividad desarrollada, y la consecuencial continuación del proceso productivo⁹⁰⁷; una disminución de éstas podría significar el abandono del área⁹⁰⁸. En forma indirecta, las utilidades que obtenga del proceso de intercambio habilitarán al proveedor para acceder a una mejor calidad de vida, por vía de la destinación de sus utilidades al ahorro y la adquisición de bienes y servicios de utilidad personal y familiar. En definitiva, se afirma que el incremento de los bienes contribuye a obtener un mayor bienestar, de modo que la obtención del lucro económico significaría “[e]l mejor medio de intentar la estabilidad política”⁹⁰⁹.

La obtención de una utilidad como consecuencia del ejercicio de la actividad económica de producción de bienes y servicios, se encuentra permitida en el plano jurídico. Ello ocurre en los sistemas económicos de esta naturaleza debido a la inexistencia, en general, de sistemas de fijación de precios.

(c) En cuanto a su fijación

En los sistemas de libertad de mercado, la fijación de los precios queda determinada por la interacción de dos factores, los cuales consisten en la oferta y la demanda. La oferta da cuenta del precio que es ofrecido por los distintos proveedores existentes en el mercado, lo cual dependerá de la disponibilidad, cantidad e incluso rareza del bien o servicio que se trata de prestar. La demanda, por su parte, consiste de la mayor o menor necesidad de la colectividad por la adquisición de cierta clase de bien o servicio.

En principio, la fijación del precio da cuenta de una clara relación entre estos dos factores. En este sentido, si la cantidad de oferta del bien o servicio se va incrementando, en el sentido de ser muchos los proveedores que pueden ofrecerlos, o enorme la cantidad de bienes o servicios existentes en el mercado, marcará la disminución del precio. Por su parte, una mayor demanda por ciertos bienes o servicios puede igualmente un aumento del precio⁹¹⁰, lo cual se producirá por la progresiva disminución de los productos ofrecidos por los proveedores, o por las propias expectativas de mayor lucro por parte de estos últimos.

El proveedor tiene plena libertad para valorar el costo de sus bienes y servicios, y bajo tal apreciación es que las ofrece a la comunidad. Sin embargo, en esta apreciación deberá ser cuidadoso, debido a que una sobredimensión en los valores que pretenda imponer podría significar el fracaso de su actividad productiva, al desincentivar a la comunidad a la adquisición de un bien o servicio costoso, si es que existe otro proveedor capaz de ofrecer el mismo tipo de producto, de la misma o incluso superior calidad, y bajo mejores

⁹⁰⁷ En un sentido similar, BEGG *et al.* (2006), p. 9.

⁹⁰⁸ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁹⁰⁹ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 112.

⁹¹⁰ REES (1974), p. 61; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

condiciones de precio, o derechamente sustituirá el tipo de bien a necesitar⁹¹¹, tomando en cuenta las alternativas que el propio mercado ofrezca. Por tanto, queda de manifiesto que los precios sirven como “señales” para los productores y los consumidores⁹¹². Conviene precisar que sólo se tratarán de señales, dado que el análisis del comportamiento basado tan sólo en un cambio del precio, suele ser insinuado como un estudio incompleto⁹¹³.

La fijación del precio sólo quedaría autorizada, dentro del marco de la libertad del mercado, con el propósito de garantizar que los recursos escasos se emplean para producir los bienes y servicios que la sociedad quiere⁹¹⁴.

2.2. Cómo producir

Dos actores son los que se enfrentan ante esta pregunta; el mercado (2.2.1.) y el Estado (2.2.2.).

2.2.1. El mercado

Desde la perspectiva de este segundo problema económico, nuevamente es el mercado el llamado a determinar los procedimientos más adecuados para la producción de los bienes y servicios. Se tratará de una determinación que se efectúa de manera privada, sin intervención inicial por parte del Estado.

Dado que se trata de una producción efectuada de manera privada, serán las empresas y los individuos los que deberán adquirir las materias primas, mano de obra y establecimientos en los cuales se efectuarán los procesos productivos. Siendo así, este modelo sólo se entenderá funcionar si existe pleno acceso a la adquisición de bienes y servicios, y un pleno control de la producción. Asimismo, será necesario que el sistema económico asegure la protección de la propiedad privada⁹¹⁵, a fin que los productores puedan continuar con sus procesos sin perturbaciones por parte de terceros, y sin que el Estado pueda privarles de tales medios.

Conforme fue explicado, el proceso productivo implica, en sí mismo, un conjunto de gastos, los cuales requerirán traducirse en el precio. Esta situación puede desencadenar algunos efectos, puesto que un incremento en el proceso productivo podría estimular al proveedor a incrementar el precio, como una manera de aminorar las consecuencias de este gasto; y los consumidores de estos bienes y servicios, frente a este incremento, podrán preferir el producto hasta que surja alguno de igual o menor valor, y de una misma calidad, caso en el cual preferirán este último. Si baja la demanda del bien o servicio, el productor podría intentar reducir el precio, para mantener su demanda por la comunidad, pero un

⁹¹¹ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27.

⁹¹² SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 27. REES (1974), p. 58.

⁹¹³ En este sentido se pronuncia REES (1974), pp. 59-60.

⁹¹⁴ BEGG *et al.* (2006), p. 8.

⁹¹⁵ HERRERA (1952), núm. 7, p. 48.

proceso prolongado de baja del precio podría significar, finalmente, que deje de obtener utilidades, e incluso corra el riesgo de no sustentar ni siquiera el costo de producción, lo cual podría conducir al fin de su actividad económica.

Dada la situación anterior, para evitar estos riesgos, el productor deberá adoptar procesos productivos que le permitan mantener las utilidades, sin aumentar los gastos. Es por ello que en el proceso productivo deberá administrar sus recursos bajo estándares de racionalidad económica, los cuales permitan producir al mínimo costo posible, para así maximizar las utilidades⁹¹⁶.

2.2.2. La intervención estatal

Así como la mirada respecto del particular está llena de optimismo y confianza, ella cambia cuando se trata de la participación del Estado en la solución del problema económico, y cambia a un ambiente plagado de una sensación sospechosa y desconfiada. Esta última se explica en que el Estado es concebido como un mecanismo tendiente de forma más natural (y frecuente) a entorpecer las condiciones de la libertad de mercado, más que asegurar su subsistencia y vigencia en el contexto nacional. Es por ello que los modelos liberalistas parecen condenar el estatismo en cualquiera de sus manifestaciones⁹¹⁷.

Bajo el modelo más extremo de este modelo, se pretende sostener que la economía de mercado perfecta es aquella en que la intervención del Estado no existe, de modo que todo lo relativo a las decisiones económicas es resuelto única y directamente por el mercado. Tal clase de situación es la que en forma tradicional se ha denominado *laissez-faire*⁹¹⁸.

En rigor, esta clase de perspectiva no toma en cuenta que el mercado debe funcionar en condiciones que permitan la defensa de la libertad que tendrán los proveedores y productores, y esas condiciones podrán ser aseguradas por el mismo Estado. Ella queda asegurada, en primer lugar, por la defensa de la libertad para adquirir toda clase de bienes y servicios, los cuales permitirán la producción. En segundo lugar, deberá ser asegurado el derecho de propiedad de los medios de producción⁹¹⁹, lo cual garantizará que los particulares no se vean perturbados en el desarrollo libre del proceso productivo, al conservar las materias primas, y los establecimientos industriales o comerciales en los cuales elaborarán los bienes y servicios.

2.3. Para quién producir

La última pregunta del proceso productivo implica que los proveedores deberán determinar quiénes serán los destinatarios de los bienes y servicios que producirán.

⁹¹⁶ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), pp. 8 y 27.

⁹¹⁷ HERRERA (1952), núm. 7, p. 48.

⁹¹⁸ HERRERA (1952), núm. 7, p. 48; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁹¹⁹ HERRERA (1952), núm. 7, p. 48.

Alrededor de esta cuestión, el sistema de libertad de mercado responde diciendo que se determinarán, en gran parte, a partir de la oferta y la demanda en los mercados de los factores de producción⁹²⁰.

Esta idea se relaciona necesariamente con la respuesta a la primera interrogante económica. Dado que son los individuos, los cuales a través de la adquisición de los bienes y servicios expresan sus necesidades, se producirán los bienes y servicios para quienes quieran y puedan pagar el máximo posible por ellos. Dicho de otra forma, se producirá para quienes puedan pagar el precio que se fije.

Esta determinación se produce en virtud del proceso de consumo, el cual quedará determinado “por las decisiones de los individuos respecto a cómo gastar los salarios y los ingresos sobre la propiedad que generan su trabajo y sus propiedades”⁹²¹. Siendo así, supone una evaluación que efectuará el propio individuo, el cual analizará los recursos que dispone, y los empleará de manera racional para satisfacer las necesidades que lo aquejan.

La determinación del grupo humano que adquirirá los bienes y servicios no ha surgido de manera espontánea, sino que se ha procedido de manera razonada. Normalmente se han efectuado estudios y análisis previos, con el propósito de establecer quiénes tienen la potencialidad de ser los consumidores de estos bienes y servicios. El desconocimiento de esta información podría generar como riesgo el fracaso de la actividad económica proyectada.

Por otro lado, estas personas sólo podrán adquirir los bienes y servicios en la medida que puedan pagar el precio determinado por el proveedor. Ello implica que la adquisición gratuita no será el medio idóneo al cual acudirán los productores de bienes y servicios. Asimismo, los consumidores deberán incurrir en gastos si es que desean adquirirlos, y si no disponen de los medios monetarios suficientes, no podrán satisfacer su necesidad con ese producto, o deberán acudir a uno sustituto menos oneroso.

Dado el funcionamiento de este sistema, la única barrera inicial que debería existir a la hora de la adquisición de estos bienes, es el precio. No se justifica, en principio, que los proveedores impongan alguna clase de elemento de discriminación para la adquisición del bien o servicio.

En lo que respecta a la intervención estatal, éste no tiene injerencia en la determinación de los destinatarios de los bienes y servicios, ni tampoco podrá obligar a los particulares a que produzcan bienes a favor de determinadas personas. Tampoco le debería ser permitido el control de los precios que se cobrarán a la colectividad.

2.4. El lugar del intercambio: El mercado

⁹²⁰ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 28.

⁹²¹ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

La interacción de los particulares se produce en un ámbito privado, dado que no se trata de una estructura que forma parte de la estructura estatal, y que se denomina “mercado”.

Esta expresión tiene, en su significado corriente, la referencia a un espacio físico existente en las ciudades y pueblos, en los cuales se concentran un conjunto de personas que proceden a ofrecer bienes y servicios al público que acude a ellos⁹²², y literalmente podría serlo en ciertos casos, como la adquisición de ciertas clases básicas de bienes⁹²³. En el plano económico, se entiende en forma más compleja por tal al “proceso por el cual las decisiones de los hogares sobre los bienes que van a consumir, las decisiones de las empresas sobre lo que van a producir y cómo van a producirlo y las decisiones de los trabajadores sobre la cantidad que van a trabajar y para quién van a trabajar se concilian todas ellas por medio del ajuste de los precios”⁹²⁴. En forma más sencilla, por tal se entiende “cualquier situación en la que se realicen intercambios”⁹²⁵.

Conforme fue explicado, el mercado se caracteriza por tratarse de un ámbito que se regula de manera autónoma y descentralizada, de modo que no requiere de una autoridad central que tome las principales decisiones de producción y distribución. Éste se forma a partir de un proceso de interacción, entre los productores y los consumidores, de modo que su existencia permanecerá en el tiempo mientras persistan estos polos de interés.

Dentro del mercado suelen distinguirse en tres grandes categorías, que consisten del “mercado de productos”, el “mercado de trabajo”, y el “mercado de capitales”. El primero comprende la venta de bienes por parte de las empresas a las economías domésticas y a otras empresas⁹²⁶. El segundo, consiste de las transacciones en las que se contratan trabajadores o se compran servicios de trabajo⁹²⁷. El tercero, es aquel que comprende toda la gama de instituciones por medio de las cuales las empresas y los individuos reúnen dinero de otras empresas e individuos⁹²⁸, y que comprende a los “bienes de capital”, que consisten fundamentalmente de las máquinas y los edificios⁹²⁹, como asimismo el dinero que se utiliza para comprar y vender bienes de capital o para comprar y vender empresas⁹³⁰.

§ 3. CRÍTICAS

⁹²² STIGLITZ (1994), p. 31.

⁹²³ BEGG *et al.* (2006), p. 8.

⁹²⁴ BEGG *et al.* (2006), p. 9.

⁹²⁵ STIGLITZ (1994), p. 31.

⁹²⁶ STIGLITZ (1994), p. 34.

⁹²⁷ STIGLITZ (1994), p. 34.

⁹²⁸ STIGLITZ (1994), p. 34.

⁹²⁹ STIGLITZ (1994), p. 34.

⁹³⁰ STIGLITZ (1994), p. 34.

Estas críticas suponen evaluar los principales aspectos positivos (3.1.) y negativos (3.2.) detrás de este sistema económico.

3.1. Desde un punto de vista positivo

Los principales aspectos que pueden destacarse de esta clase de sistema económico, se encuentran en los valores en los cuales se sustenta. Así, el funcionamiento de un modelo en que se defiende un intercambio de bienes y servicios sin trabas sólo puede justificarse en uno que defienda como valor primordial la libertad⁹³¹.

Este estado de cosas se apoya en algunas estructuras básicas, que consisten en el respeto por la libertad individual, la propiedad privada y la libre iniciativa del individuo para alcanzar su propio y máximo desarrollo⁹³².

Se entiende, en esta estructura, que el ser humano se caracteriza por su tendencia a superar su propio estado de comodidad, y que siempre apuntará hacia la obtención del progreso. Para ello, hará uso de sus dones particulares, los cuales serán considerados por la sociedad a través de la especialización de las actividades económicas. Ellas, unidas al estándar del libre mercado, determinarán que se produzcan legítimamente situaciones de ganancias que son legítimas de ser percibidas por quien desarrolla estas actividades.

3.2. Desde un punto de vista negativo

El sistema económico de libertad de mercado plantea una serie de inconvenientes. Algunos de los que se han apuntado por la literatura son que genera resultados socialmente indeseables⁹³³. Asimismo, se trata de sistemas en los cuales suelen necesitar largos plazos para garantizar resultados eficientes⁹³⁴.

Por otro lado, se sostiene que el liberalismo económico bajo el cual se organizó en forma inicial esta clase de sistema, se caracterizaba por defender una concepción “amoral” de la vida económica⁹³⁵. Promovería una visión basada en competir, a cualquier precio, con otros, sin mayorm propósito que eliminar la competencia⁹³⁶.

⁹³¹ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 115.

⁹³² DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 115.

⁹³³ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 12.

⁹³⁴ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 12.

⁹³⁵ HERRERA (1952), núm. 7, p. 48.

⁹³⁶ En relación a esta afirmación, MARX ya acusaba esta clase de “conductas predatorias” en el mercado: “Los pequeños capitales se dirigen, pues, hacia las ramas de la producción de que la gran industria no se ha apoderado todavía, o de que sólo se ha apoderado imperfectamente. La competencia en este terreno es violentísima, y termina siempre con la ruina de buen número de pequeños capitalistas, cuyos capitales perecen en parte y pasan –también en parte– a manos del vencedor”. MARX (2007), p. 268.

Por último, este sistema encierra algunos riesgos, como son el incremento artificial de los precios, en perjuicio de los consumidores, e incluso el desarrollo de fenómenos de concentración que terminarían extirpando la competencia en el mercado.

SECCIÓN 3: EL SISTEMA ECONÓMICO CENTRALMENTE PLANIFICADO

El segundo sistema económico que será abordado en forma general, consiste en la planificación estatal o centralmente planificado. Será efectuada una revisión general (§ 1), la forma en que responde al problema económico (§ 2), y las principales críticas que se le han formulado (§ 3).

§ 1. GENERALIDADES

El “sistema centralmente planificado”, o también llamado “economía basada en un sistema de planificación central”⁹³⁷, es identificado como aquel en que el Estado constituye el único agente, o por lo menos el principal, que soluciona el problema económico⁹³⁸. De este modo, gira sobre la base de la existencia de una autoridad central, la cual está llamada a tomar las decisiones de producción y consumo⁹³⁹.

Esta clase de sistema económico era practicada por la antigua Unión Soviética⁹⁴⁰, como asimismo por todos aquellos países que formaron parte de su área de influencia⁹⁴¹, hasta su caída a comienzos de la década de 1990, como consecuencia de la grave crisis que afectó a la planificación estatal desarrollada durante el siglo XX⁹⁴². Al día de hoy, todavía subsiste, siendo Cuba⁹⁴³ y Corea del Norte sus continuadores, una vez que la Unión Soviética desapareció a comienzos de la década de 1990, avanzando hacia un modelo de libertad⁹⁴⁴. Incluso aquellos países que siguieron un modelo de esta naturaleza y lo mantienen formalmente, como es el caso de China⁹⁴⁵, han ido abriéndose en los últimos años a los esquemas propios del sistema económico de libertad de mercado.

La corriente filosófica en la cual se inspira, y que es en general el modelo marxista formulado a partir de MARX y ENGELS, constituye una de las iniciales posturas críticas

⁹³⁷ En este sentido, STIGLITZ (1994), p. 30.

⁹³⁸ STIGLITZ (1994), p. 30; BEGG *et alt.* (2006), p. 9.

⁹³⁹ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2. En un sentido similar, SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁹⁴⁰ BEGG *et alt.* (2006), p. 9; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁹⁴¹ BEGG *et alt.* (2006), p. 9.

⁹⁴² SEPÚLVEDA (1994); PRZERWORSKI (1995).

⁹⁴³ BEGG *et alt.* (2006), p. 9.

⁹⁴⁴ BEGG *et alt.* (2006), p. 10.

⁹⁴⁵ BEGG *et alt.* (2006), p. 9.

hacia el liberalismo económico y político, lo cual justifica que sea revisada en virtud de la presente investigación⁹⁴⁶.

§ 2. EN CUANTO A SU RESPUESTA AL PROBLEMA ECONÓMICO

El sistema económico centralmente planificado responde las preguntas sobre qué producir (2.1.), cómo producir (2.2.) y para quién producir (2.3.).

2.1. Qué producir

Es necesario revisar la situación que compromete a los recursos (2.1.1.) y los precios (2.1.2.). Cada una implica algunas dificultades que deben ser examinadas (2.1.3.).

2.1.1. En cuanto a los recursos

En este sentido, corresponde al Estado la identificación y determinación de las necesidades que afectan a las personas, para lo cual producirá los bienes y servicios de la clase y cantidad que estime indispensables para su satisfacción. Esto se traducía incluso en la confección de instrucciones detalladas a los hogares, a fin de establecer aquellos bienes y servicios que debían ser consumidos⁹⁴⁷.

En cuanto a la determinación de la naturaleza y cantidad de bienes y servicios a producir, se pretende evitar la acumulación de recursos en los particulares, más allá del nivel requerido para la satisfacción de sus necesidades. Tal procedimiento tiene una lógica valórica, que es la que mueve al sistema; lo que se trata de hacer por vía de la introducción de estas restricciones, es evitar el estímulo al lucro y la riqueza como valores de vida⁹⁴⁸. Es por ello que el Estado procederá a discernir las distintas necesidades de la sociedad, asumiendo que de esta forma se logra de forma más efectiva la protección de los derechos de los particulares, y así evitar su explotación por parte de los privados.

2.1.2. En cuanto a los precios

Constituye una preocupación exclusiva del Estado fijar en forma permanente los precios de bienes y servicios⁹⁴⁹, ya que la premisa que se persigue satisfacer es la necesidad de evitar actos especulativos con las necesidades primordiales del cuerpo social, aprovechando la

⁹⁴⁶ Una síntesis sobre los postulados defendidos por el socialismo, puede consultarse en HERRERA (1952), núm. 9, pp. 54-58.

⁹⁴⁷ BEGG *et al.* (2006), p. 9.

⁹⁴⁸ La gran dificultad de la vida social consistía, según sostenía MARX, es que el ánimo de lucro en el trabajador sólo conducía a su propio perjuicio: “El alza de salarios despierta en el obrero el ansia de enriquecimiento propia del capitalista que él, sin embargo, sólo mediante el sacrificio de su cuerpo y de su espíritu puede saciar”. MARX (1999), p. 55.

⁹⁴⁹ HERRERA (1952), núm. 11, p. 63.

fijación del precio como un mecanismo de control del lucro, el cual no es aceptado en esta clase de modelos. No resulta explicable que los bienes puedan ser adquiridos a un valor superior del que naturalmente les corresponde⁹⁵⁰.

Para la regulación de estos precios, se han creado algunas instituciones administrativas, como los comisariatos y otras análogas, las cuales buscan evitar la acumulación y la constitución de situaciones propias del “mercado negro”.

Cabe precisar que esta clase de mecanismos funcionan bajo una condición más bien permanente en este tipo de sistema. Esta afirmación resulta necesaria porque, incluso en modelos económicos ajenos a esta perspectiva, se ha procedido a la adopción de medidas restrictivas en lo tocante a la fijación de los precios⁹⁵¹.

2.1.3. Dificultades

Empero, esta clase de metodología arroja algunas anomalías, las cuales redundaron en las dificultades para su conservación prolongada en un estado puro.

Algunas de estas anomalías consistían de las dificultades para la continuación de la producción, como consecuencia de la carencia de materias primas⁹⁵². Incluso se plantearon situaciones extrañas en las cuales, siendo posible la producción, no existía quién pudiese adquirir los productos⁹⁵³. También se cita la dificultad para encontrar ciertas clases de bienes de consumo ordinarios⁹⁵⁴, lo cual se explica por las anomalías descritas⁹⁵⁵.

Estas carencias obligaban a una continuada revisión acerca del estado de las necesidades de la sociedad, lo cual no suele ocurrir como consecuencia de la negligente fiscalización de la burocracia existente en la materia, y derechamente por sobrecarga de información que afectaba a los planificadores, los cuales no podían estar constantemente al tanto de todos los detalles de la actividad económica⁹⁵⁶.

⁹⁵⁰ Como explicar MARX en este punto: “Afirmar que la plusvalía resulta para los productores de que vendan sus mercancías en más de lo que valen es tanto como decir que los cambistas, en su calidad de vendedores, poseen el privilegio de vender demasiado caro”. MARX (2007), p. 91.

⁹⁵¹ Con todo, en tales situaciones se tratan de medidas que tienen una vigencia transitoria, las cuales se justifican en la necesidad de afrontar períodos de inestabilidad económica (DOMÍNGUEZ 1981), e incluso dentro de los llamados “*estados de excepción constitucional*”, como ha ocurrido con el propio caso chileno (Const. Pol., art. 43 inc. 3.º).

⁹⁵² KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁹⁵³ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁹⁵⁴ Así, STIGLITZ (1994), p. 28, recordaba que en los países de la antigua Unión Soviética, ocurría que a menudo era imposible encontrar zanahorias, papel higiénico, o incluso botas. O, en el caso de KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2, se citan las largas colas de espera en las tiendas, para adquirir los escasos bienes.

⁹⁵⁵ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 2.

⁹⁵⁶ BEGG *et alt.* (2006), p. 10.

En paralelo, dado que las altas magistraturas no se encuentran normalmente sujetas a un control exhaustivo en este punto, en las más de las veces se han denunciado las fuertes riquezas y patrimonios de quienes forman parte de las altas esferas del Estado. Asimismo, dado que las autoridades llamadas a tomar decisiones económicas no se veían afectas a cambios como consecuencia de procesos eleccionarios, resultaba imposible que la comunidad pudiese manifestar su descontento ante la autoridad ineficiente, por vía de no reelegirlo⁹⁵⁷, y debían soportarlo mientras el Partido imperante no tomara la decisión unilateral de destituirlo.

2.2. Cómo producir

El elemento revelador de este sistema económico es el protagonismo adquirido por el Estado en la actividad económica (2.2.1.). Ésta reacciona de una determinada manera frente al mercado (2.2.2.). Este proceso implica algunas consecuencias (2.2.3.).

2.2.1. El protagonismo estatal

Como esta pregunta ha sido respondida igualmente por el Estado, será éste quien adoptará los procedimientos tendientes a la generación de bienes y servicios. Para ello, se ha asegurado el proceso productivo de manera exclusiva y monopólica, sin la concurrencia preponderante de agentes privados. Es el Estado el que dictará la manera en que determinará la manera en que se efectúa el trabajo y la producción⁹⁵⁸, lo que se explica por la desconfianza en el supuesto automatismo económico que concebía el liberalismo⁹⁵⁹.

A fin de asumir este proceso productivo, el Estado ha tomado la propiedad exclusiva sobre todos los medios de producción. Al Estado pertenecen la tierra, las fábricas, las industrias, las materias primas y el transporte, entre otros elementos⁹⁶⁰. Ello determina que, por regla general, la propiedad sea de carácter colectiva, admitiéndose algunas formas básicas de propiedad individual⁹⁶¹.

2.2.2. Situación del mercado

Todas estas circunstancias tienen lugar en un contexto de ausencia general del mercado como medio de determinación de las necesidades de los particulares. No se ha querido utilizar en este punto una afirmación rotunda, como podría serlo la “inexistencia”, debido a que incluso en sistemas económicos fuertemente planificados, existieron mercados privados, aunque sujetos a algunas particularidades. Una de ellas, era que se encontraban autorizadas expresamente por la ley⁹⁶². La otra, era que estas intervenciones de los privados

⁹⁵⁷ BEGG *et alt.* (2006), p. 10.

⁹⁵⁸ HERRERA (1952), núm. 11, p. 62; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁹⁵⁹ HERRERA (1952), núm. 11, p. 62.

⁹⁶⁰ BEGG *et alt.* (2006), p. 9; SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁹⁶¹ ALESSANDRI *et alt.* (1997).

⁹⁶² Según REES (1974), p. 61, estos mercados privados se encontraban en el ámbito de los productos agrarios perecederos.

eran lo suficientemente puntuales para no tener la suficiente fuerza de desplazar el rol del agente estatal en la satisfacción de las necesidades humanas.

Asimismo, se trata de un sistema económico que mira con recelo al agente privado, ya que éste no perseguiría la atención de los intereses de los particulares, sino más el interés particular de los mismos agentes productores, y solidifica al Estado bajo un rol de distribuidor justo de los recursos económicos. Por otro lado, el recelo con que se mira la propiedad privada es que se la mire como un mecanismo de concentración de los bienes de producción⁹⁶³.

Esta clase de modelo económico pone en evidencia que la lógica seguida por el capitalismo tempranamente en el siglo XIX persigue la satisfacción de intereses egoístas, puesto que pretenden convertir al comercio en una instancia de aprovechamiento del hombre por el hombre, autorizando la explotación de la mano de obra a bajos costos, y en condiciones socialmente inaceptables, porque ello permitiría asegurar el uso eficiente de los recursos disponibles por el empresario⁹⁶⁴. Siendo así, la condición humana mejoraría en la medida que el lucro deje de ser invocado como un fundamento de la iniciativa particular, y que en su lugar se instaure la solidaridad.

2.2.3. Consecuencias

El control estatal del proceso productivo traía aparejadas una serie de inconvenientes.

En primer lugar, se produjeron fenómenos de sobreacumulación de la materia prima. En los procesos productivos, dado que sólo tenía importancia asegurar los materiales suficientes para producir en el año siguiente, se generó una sobredemanda de estos recursos⁹⁶⁵. También generó, en algunos niveles, una fuerte descomposición y pérdida de los bienes por su putrefacción o pérdida de valor.

En segundo lugar, la sobreacumulación de las materias primas trajo consigo diversas clases de problemas medioambientales⁹⁶⁶. No sólo se produjeron importantes procesos de

⁹⁶³ En este sentido, MARX (2007), p. 266: “Cada uno de los capitales individuales de que se compone el capital social representa desde luego cierta concentración en manos de un capitalista de medios de producción y de subsistencia del trabajo, y a medida que la acumulación se realiza, se extiende esa concentración. Al aumentar los elementos reproductivos de la riqueza, la acumulación, pues, realiza al mismo tiempo su concentración, cada vez mayor, en manos de empresarios privados”. Una crítica similar es formulada en MARX (1999), p. 55.

⁹⁶⁴ En cuanto al fundamento de esta crítica, señalaba MARX: “La expropiación de los productores inmediatos se efectúa con un cinismo implacable, aguijoneado por móviles infames, por pasiones sórdidas y aborrecibles en medio de su pequeñez. La propiedad privada, fundada en el trabajo personal; esa propiedad que adhiere, por decirlo así, al trabajador aislado y autónomo a las condiciones exteriores del trabajo, ha sido suplantada por la propiedad privada capitalista, fundada en la explotación del trabajo ajeno, en el régimen del salario”. MARX (2007), pp. 300-301.

⁹⁶⁵ BEGG *et al.* (2006), p. 10.

⁹⁶⁶ BEGG *et al.* (2006), p. 10.

deforestación, sino también de abierta contaminación del mar, los lagos, ríos, y de las fuentes verdes.

En tercer lugar, la falta de incentivos por producir significó una baja estimulación por generar bienes de calidad⁹⁶⁷. Dado que sólo bastaba cubrir la cantidad necesaria, los bienes que se ofrecían tendían fácilmente a corromperse o destruirse apenas con su uso.

2.3. Para quién producir

Nuevamente es el Estado el que determina, de manera centralizada, la manera en que los bienes y servicios serán distribuidos entre la comunidad⁹⁶⁸. Ellos serán los destinatarios de estos recursos, aunque lo efectúa en términos tales que estos últimos no tienen margen para exigir mayores cantidades o distinta calidad de recursos, que aquellas que les han sido proporcionadas.

Bajo esta estructura, sólo un análisis específico y actualizado que pudiere hacer la autoridad es la única capaz de comprender, en teoría, cuáles son las variaciones que la comunidad va sufriendo en el acceso a los bienes y la satisfacción de sus necesidades.

§ 3. CRÍTICAS

Los sistemas de planificación central entienden que el libre mercado desemboca en un espíritu egoísta, caracterizado por la obtención del lucro como única salida posible, incluso a costa de la propia explotación del hombre por sus semejantes.

Esta clase de comportamientos no se ajustarían a las características propias del ser humano, los cuales apuntan hacia una vida social pacífica y solidaria, en la cual prima un estado de igualdad entre las personas⁹⁶⁹. Esta igualdad es entendida no sólo en un sentido jurídico, en cuanto a la igualdad ante la ley, sino también en un estado material, lo que se produce por vía de la eliminación de las clases sociales, y de la equiparación de salarios y de condiciones de vida. Se apunta hacia modelos de vida en los cuales las riquezas materiales son irrelevantes, y el lucro constituya un elemento ajeno al desarrollo personal.

SECCIÓN 4: LOS SISTEMAS ECONÓMICOS MIXTOS

⁹⁶⁷ BEGG *et al.* (2006), p. 10.

⁹⁶⁸ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

⁹⁶⁹ En este punto, DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 115.

Los sistemas económicos mixtos consisten de una forma de organización que no existe en forma pura, debido a que los Estados que las implementan han adoptado una serie de decisiones que tratan de conciliar los dos aspectos que las tesis anteriores no podían efectuar por sí mismas; la intervención del Estado en el mercado, junto con los particulares.

Siendo así, esta clase de sistemas económicos se caracteriza porque es el mercado el encargado de resolver el problema económico, pero la intervención del Estado se requiere con mayor intensidad que en un sistema estrictamente de libre mercado o capitalista. Esto se consigue a partir de medidas que pretenden la regulación de la actividad económica de los particulares, y la protección del grupo social que carece de los medios económicos suficientes para acudir al mercado a fin de satisfacer sus necesidades. Ello justifica que los Estados adopten un criterio proteccionista de los intereses de los consumidores, la generación de impuestos, subsidios y prestaciones básicas que son concedidas a través de los agentes estatales.

Históricamente, y a pesar de sus diferencias internas, son de este tipo el *New Deal* (“Nuevo Trato”) implementado durante la presidencia en EE. UU. de FRANKLIN D. ROOSEVELT (1882-1945)⁹⁷⁰, y el sistema de economía social de mercado implementado durante la República Federal Alemana bajo la cancillería de KONRAD ADENAUER (1876-1967).

El *New Deal* significó la adopción de una serie de medidas tendientes a la eliminación de los aspectos antidemocráticos del proceso de concentración de la riqueza, como una forma de “reformular” el capitalismo. Para ello, se propusieron como medidas que comprendía la política agraria, bancaria, industrial, monetaria, seguridad social, *antitrust*, entre otras⁹⁷¹. Estas medidas implicaban un mayor compromiso del Estado en el ejercicio y control de la actividad económica.

Se estima que el sistema mixto es el que rige a nivel comparativo, incluyendo a Chile, aunque con algunas diferencias mayores o menores entre estos, como consecuencia de no existir un modelo mixto único⁹⁷². Esta última circunstancia, unida al hecho que se trata de un modelo también crítico del liberalismo clásico, determinan la necesidad de abordarla, en sus características generales y principales aportes a la revisión del liberalismo económico.

Cabe destacar, dentro de los sistemas de carácter mixto, una propuesta que es conocida en términos generales como “la tercería vía”, según la ha designado GIDDENS. A través de la misma, advierte que no se trata de un intento de hallar un medio camino entre “la vieja izquierda y el fundamentalismo de libre mercado”⁹⁷³, sino que es más bien “un proyecto a la izquierda del centro”, a fin de modernizar la social democracia⁹⁷⁴, con adopción de medidas que fortalezcan la actividad de los servicios públicos, a fin de “crear modelos

⁹⁷⁰ HERRERA (1952), núm. 12, p. 67.

⁹⁷¹ HERRERA (1952), núm. 12, p. 67.

⁹⁷² SEPÚLVEDA (1994); RUIZ-TAGLE (2010).

⁹⁷³ GIDDENS (2004), p. 10.

⁹⁷⁴ GIDDENS (2004), p. 10.

descentralizados de no-mercado que a un tiempo sean equitativos y respondan a las necesidades del consumidor”⁹⁷⁵.

Al día de hoy, se afirma que las sociedades contemporáneas no encajan perfectamente en alguno de los dos modelos tradicionales, dado que en unos y otros existirá una mayor o menor intervención del Estado, la cual tiene como propósito la supervisión del funcionamiento del mercado. Esta intervención la formula por vía de la aprobación de leyes que regulan la vida económica, la producción de servicios educativos y políticos, y el control de la contaminación⁹⁷⁶.

SECCIÓN 5: SÍNTESIS

Tras la descripción de la economía y su objeto de estudio, fueron revisados los principales sistemas económicos vigentes; el de libertad de mercado, el centralmente planificado, y los mixtos. Cada uno de ellos pretende configurar su respuesta a las interrogantes económicas.

El sistema de libertad de mercado se caracteriza porque el mercado es el ente en el cual se resuelve el problema económico. Las necesidades de los particulares que acuden ante éste a su satisfacción, es lo que conducirá a la determinación de los bienes que deben producirse, y la cantidad en que tendrá lugar. Para ello, los particulares, configurados en las más de las veces bajo organizaciones de naturaleza empresarial, reunirán ciertos factores productivos con los cuales podrán generar los bienes y servicios que se ofrecerán en el mercado. Finalmente, se producirán los bienes y servicios para quienes dispongan de los medios para adquirirlos. La producción en este sistema se caracteriza por la iniciativa privada, la cual se ejercita en condiciones de libertad, y con pleno respeto del derecho de propiedad, especialmente de los bienes de producción.

Por su parte, el sistema económico centralmente planificado se traduce en que el Estado es el protagonista en el proceso productivo. Éste es el que determinará los bienes y servicios que serán producidos, y el precio a exigir. Para producir los bienes y servicios, el Estado dispone de la propiedad de los medios de producción, y de modo que generará en las cantidades que estime conveniente. Finalmente, el proceso queda destinado para satisfacer las necesidades de la colectividad, sin tomar en consideración la capacidad de estos últimos para adquirir los bienes y servicios.

Finalmente, se encuentran los sistemas mixtos. Estos proliferaron como consecuencia de la oposición que se produjo entre los dos primeros sistemas económicos. En general, se tratan de modelos construidos bajo la libertad de mercado, en los que se potencializó la actividad

⁹⁷⁵ GIDDENS (2004), p. 26.

⁹⁷⁶ SAMUELSON/NORDHAUS (2010), p. 8.

estatal en el ámbito empresarial, a fin de subsanar los defectos que tenían lugar en el mercado de mediados del siglo XX.

Capítulo III:

ALGUNAS COMPARACIONES ESTRUCTURALES ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

SUMARIO: Sección 1: En cuanto a su construcción metodológica.- Sección 2: En cuanto al objeto de estudio.- Sección 3: En cuanto a la objetividad del análisis.- Sección 4: Síntesis.

Constituye un lugar recurrente, lo cual ocurre en algunos de los textos de introducción al derecho⁹⁷⁷ y en los de teoría del derecho⁹⁷⁸, la consideración de sendos capítulos en los cuales se abordan las “ciencias afines” a la jurídica⁹⁷⁹.

También suele ser un recurso, aunque hoy en retirada, que se emplea en la sistematización del derecho civil, dado que se la incluye dentro del análisis de lo que se llamaría su “parte general”.

La afinidad que se promueve entre estas disciplinas se constata a propósito de su construcción metodológica (**Sección 1**), su objeto de estudio (**Sección 2**), e incluso una pretensión de objetividad en el análisis (**Sección 3**).

SECCIÓN 1: EN CUANTO A SU CONSTRUCCIÓN METODOLÓGICA

En lo tocante a su construcción metodológica, la economía y el derecho se precian de concebirse en cuanto “ciencia”. Siendo así, ambas comparten como elemento común la necesidad de configurar algunos principios y reglas, los cuales se organizan en un conjunto

⁹⁷⁷ Es el caso de REALE (1976), pp. 35-36.

⁹⁷⁸ Es el caso de DURÁN Y LALAGUNA (1997), pp. 109-118.

⁹⁷⁹ La precisión sobre la importancia que se asigna al tratamiento de estas asimilaciones resulta importante, dado que una revisión de la literatura jurídica general, revela la carencia de una atención específica sobre el tema. Esta omisión puede conjeturarse en las más diversas razones.

Una de ellas, que parece ser la más cercana, sería que el estudio de la economía “*se incluye en el plan de estudios de la carrera jurídica*” (REALE 1976, pp. 35), lo cual libera al redactor a entrar en consideraciones más profundas. La segunda, que proviene de la tradición jurídica disciplinar, sería que el estudio del fenómeno jurídico debe caracterizarse por su formalismo o declarado “positivismo” (como es el caso de CALVO 2010, p. 13), y la eliminación de cualquiera consideración ajena a esa naturaleza. La tercera, podría ser simplemente una carencia de interés por abordar el punto, quizá por lo poco relevante, o eventualmente obvio del asunto.

Esta omisión es llamativa, considerando que los planes de estudios jurídicos han tendido a incluir, dentro de la revisión de la Teoría del Derecho, a consideraciones de naturaleza introductoria.

de teorías, las cuales son de general aceptación entre quienes comparten la disciplina respectiva.

Estas teorías son aceptadas en la medida que gocen de alguna clase de comprobación práctica, a partir de los postulados en que se apoyan. Siendo así, si las conclusiones a las cuales arriban no se condicen con los resultados que se generan en la realidad, es porque el análisis adoptado ha sido el equivocado, por tomarse en consideración algunos elementos erróneos.

SECCIÓN 2: EN CUANTO AL OBJETO DE ESTUDIO

En cuanto al objeto de estudio, tanto el derecho como la economía forman parte de las ciencias sociales, de modo que el estudio y análisis que formulan se hacen desde la perspectiva humana y, en forma específica, analizan el comportamiento humano. Una y otra se apoyan en una consideración de las consecuencias que la actividad del ser humano genera en la sociedad, lo cual explica que se las estime una ciencia de naturaleza social. Siendo así, se apoyan necesariamente en un ser que vive en sociedad, y que genera un impacto entre sus semejantes por su actividad.

De acuerdo a esta idea, ambas ciencias consideran que la aplicación de sus principios y reglas sólo serán válidas respecto de seres racionales. El Derecho sólo funciona respecto de un sujeto que es capaz de tomar decisiones en forma libre, obrar en base a ellas, y de orientar su conducta en forma racional en torno a estas reglas, asumiendo las consecuencias de sus decisiones. En relación a ello, las construcciones económicas y jurídicas permiten, dentro de sus respectivos límites, generar algunas predicciones o anticipaciones, las cuales consisten fundamentalmente en dos: qué ocurrirá si es que se ajusta el comportamiento a las reglas y propuestas establecidas; y qué sucederá si tales reglas resultan vulneradas. Y ello es posible porque la construcción de un modelo general de comportamiento es el que permitirá obtener los resultados que se pretendan predecir. Cabe precisar que este carácter predictivo se refiere más bien al comportamiento agregado de grupos considerables de personas, y no al de los individuos⁹⁸⁰, de modo que la efectividad de la predicción se obtendría por vía de la repetición que una misma clase de conducta se produce respecto de un grupo suficientemente amplio para producir una predicción válida, y sujeta a algunas restricciones⁹⁸¹.

En el trabajo se ha destacado cómo los economicistas han identificado el objeto de estudio. Desde la óptica de la dogmática jurídica, se aprecian algunas circunstancias particulares. Así, para KELSEN, la determinación del lugar del derecho entre las ciencias naturales o las

⁹⁸⁰ REES (1974), p. 59.

⁹⁸¹ Una formulación general de estas prevenciones, en REES (1974), pp. 59-60.

sociales no puede ser respondida de manera categórica, dado que su propia naturaleza determina que participe de una calificación en cuanto ciencia natural; ello, porque

“la sociedad entendida como la convivencia pacífica de los seres humanos, puede ser pensada como una parte de la vida en general, y, por ello, como una parte integrante de la naturaleza; y en tanto el derecho –o aquello que, por de pronto, se suele considerar tal–, por lo menos en cuanto se encuentra con una parte de su ser en el dominio de la naturaleza, pareciera tener una existencia plenamente natural”⁹⁸².

Salvo este parecer, se entiende en forma general que el derecho constituye igualmente una ciencia social, en la medida que su objeto de estudio es el comportamiento humano. Esto, porque mientras el derecho persigue la regulación normativa del comportamiento humano en la sociedad, la Economía trata sobre las consecuencias derivadas de la elección que adopta el ser humano en la aplicación de los escasos bienes y servicios a la satisfacción de sus ilimitadas necesidades. En el ámbito economicista, el comportamiento humano se traduce en una actividad al servicio de un fin, cual es la propia subsistencia y la conservación, la cual se entiende una tarea urgente, dado que de ella depende la vida del ser humano. Esta observación es compartida desde la perspectiva jurídica, a la hora de la comprensión de los objetivos de la ciencia económica⁹⁸³.

SECCIÓN 3: EN CUANTO A LA OBJETIVIDAD DEL ANÁLISIS

También se aprecia un esfuerzo por diferenciar en ambas disciplinas el estado en que se encuentra la realidad, y cómo debería ser. Tratándose de la economía, se plantea una diferenciación entre la economía “positiva” y la “normativa”. Por la primera, se intentan describir los hechos, “lo que es o ha sido”, y en el cual es posible demostrar que existe o ha existido como tal⁹⁸⁴. La segunda, trata sobre “el ámbito de lo que debe ser en relación con unos objetivos predeterminados”⁹⁸⁵.

Se postula que el análisis económico debería caracterizarse por su objetividad, en el sentido que ésta no analiza “lo que la gente debiera desear, en contraposición a lo que desea realmente”⁹⁸⁶; el proceder de la primera forma significaría más bien una cuestión de “filosofía económica”, más que la ciencia económica en un sentido estricto⁹⁸⁷. Esto significa que el resultado de la investigación económica apunta sólo a efectuar un

⁹⁸² KELSEN (1991), p. 16.

⁹⁸³ REALE (1976), p. 35.

⁹⁸⁴ En un sentido similar, KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 38, explican que “*es la rama del análisis económico que describe el funcionamiento real de la economía*”.

⁹⁸⁵ GIMENO/GUIROLA (1997), p. 8. Por su parte, KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 38, refieren que ésta “*ofrece prescripciones sobre cómo debería funcionar la economía*”.

⁹⁸⁶ REES (1974), p. 59.

⁹⁸⁷ REES (1974), p. 59.

diagnóstico y/o predicción respecto de las tendencias económicas sin introducir elementos de valoración. Pues bien, se reconoce que la Economía, dada su naturaleza propia de ciencia social, resulta imposible que no se vea afectada por tal clase de valoraciones, en las cuales la perspectiva del observador afectará de manera importante el análisis que efectúe⁹⁸⁸. Así, se afirma que a menudo ocurre que la economía se encuentra inevitablemente vinculada a la política⁹⁸⁹. Es por ello que se entienda que “[c]ualquier enfoque interpretativo de la realidad económica es valorativo”⁹⁹⁰.

Tales clases de valoraciones han permitido que la economía se haya construido a partir de diversas teorías y postulados, los cuales revelan un contenido ideológico y valórico. Por otro lado, las diferencias en los enfoques adoptados generan distintas clases de evaluaciones, siendo cada una de ellas válida en sí misma, dado el método que se ha implementado para obtenerlas o deducirlas. Incluso esta diversidad de opiniones suele ser felicitada, dado que incentiva el interés por la disciplina, o se minimiza el grado de discrepancia real entre los integrantes de esta disciplina⁹⁹¹.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

A fin de establecer cuáles son las relaciones que se producen entre el derecho y la economía, ha sido adoptada una metodología que persigue identificar algunas características comunes entre ambas áreas del saber.

En esta comparación, aparece que ambas constituyen “ciencia”, en el sentido de organizar un conjunto ordenado y sistemático de conocimientos, y que obedece a un determinado método con el cual pueden comprobarse sus principales resultados.

El derecho y la economía constituyen ciencias sociales o de las humanidades, dado que ambas estudian el comportamiento humano. Entienden que las acciones del ser humano que vive en sociedad pueden significar ciertas consecuencias, las cuales conviene estudiar.

Por último, es postulado para ambas áreas científicas que seguirían una metodología objetiva. Empero, la economía y el derecho obedecen a ciertos valores y principios, los cuales condicionarán la forma en que se entiende la realidad.

⁹⁸⁸ En este sentido, GIMENO/GUIROLA (1997), p. 9; KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 39.

⁹⁸⁹ KRUGMAN *et alt.* (2013), p. 39.

⁹⁹⁰ OCHANDO (1996), p. 12.

⁹⁹¹ Así proceden KRUGMAN *et alt.* (2013), pp. 39-40, dando cuenta de algunos estudios en la materia.

Capítulo IV:

LA NEGACIÓN DE UNA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

SUMARIO: Sección 1: La óptica de la Teoría Pura del Derecho: § 1. Necesidad de un análisis depurado para el derecho – § 2. Motivo de la perspectiva – § 3. Conclusiones.- **Sección 2: Problemas posteriores: § 1.** Limitaciones de perspectiva – § 2. El derecho tiene una naturaleza meramente instrumental.- **Sección 3: Críticas a una visión purista de las fuentes del derecho.- Sección 4: Síntesis.**

Con el advenimiento del positivismo jurídico, comienzan a sentarse las bases de un análisis que debe ser exento de toda consideración de origen no jurídico, como lo sería la economía. Para ello, se explica que no es tarea del jurista estudiar otras disciplinas, dado que su rol es conocer y aplicar el derecho, en un sentido puramente normativo.

Esta clase de comprensión quedará de manifiesto en la teoría kelseniana del derecho, conforme se tratará a continuación.

SECCIÓN 1: LA ÓPTICA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Resulta relevante el análisis de la postura defendida por KELSEN en la forma de análisis propuesta para el derecho, la cual plantea como un modelo depurado de elementos externos (§ 1). Esta clase de procedimiento tuvo una clara justificación por parte del autor, la cual debe ser revisada, dado que suele omitirse este punto (§ 2). Cerraremos con algunas conclusiones (§ 3).

§ 1. NECESIDAD DE UN ANÁLISIS DEPURADO PARA EL DERECHO

La culminación del proceso de depuración en el análisis jurídico se encuentra justificada por KELSEN, en su “Teoría Pura del Derecho”. A la hora de explicar el significado de su análisis, y de la calidad de “pureza” que la caracteriza, menciona que ello resulta necesario a fin de obtener un conocimiento orientado en forma exclusiva hacia el Derecho, excluyendo de éste todo lo que no pertenezca al objeto jurídico⁹⁹².

⁹⁹² KELSEN (1991), p. 15.

Esta clase de análisis entiende que es capaz de romper con las concepciones asumidas por la ciencia jurídica durante los siglos XIX y XX, en donde se entiende que la disciplina se había confundido, de manera acrítica, “con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política”⁹⁹³. En lugar de un escenario atravesado por conceptos confusos, y ajenos a las categorías jurídicas, debía procederse a un análisis basado estrictamente en el ordenamiento positivo⁹⁹⁴.

§ 2. MOTIVO DE LA PERSPECTIVA

Sin embargo, KELSEN destaca dos ideas que resultan fundamentales, si el propósito del jurista consiste en convencerse de que no es responsabilidad del jurista saber acerca de las otras disciplinas, ni que olvide sus principios y reglas.

En primer lugar, menciona que la confusión habida en el método jurídico desarrollado durante el siglo XIX se explicaba porque todas esas ciencias se referían “a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho”⁹⁹⁵, de modo que, en ningún momento la “teoría pura del derecho” supuso desconocer la relación entre la economía y el derecho; de alguna forma acepta su estrecha cercanía.

En segundo lugar, previene que el objetivo del descarte de estos elementos “extra-jurídicos” no obedece a una “ignorancia o rechazo de la relación”, sino lo que persigue es “evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto”⁹⁹⁶.

§ 3. CONCLUSIONES

El esquema del positivismo que es atribuido a KELSEN sólo pretende aclarar el análisis jurídico, evitando que el derecho se convirtiese en una disciplina carente de autonomía conceptual, al poder contar con sus propias herramientas de estudio e interpretación. En sí mismo, se entiende que el derecho es un fenómeno humano, y como tal se encuentra atravesado por diversas circunstancias que son estudiadas separadamente por las restantes disciplinas propias de las ciencias sociales.

SECCIÓN 2: PROBLEMAS POSTERIORES

⁹⁹³ KELSEN (1991), p. 15.

⁹⁹⁴ KELSEN (1991), p. 15.

⁹⁹⁵ KELSEN (1991), p. 15.

⁹⁹⁶ KELSEN (1991), p. 15.

El modelo explicado incurre en dos dificultades que han podido identificarse. Por una parte, dificulta una completa comprensión sobre las fuentes formales del derecho (§ 1). Por otra, convierte al derecho en una doctrina instrumental carente de contenido (§ 2).

§ 1. LIMITACIONES DE PERSPECTIVA

El trabajo desarrollado a partir de una comprensión puramente normativa del derecho, ajena a toda consideración que no perteneciere a la disciplina jurídica, se tradujo en la identificación de un ordenamiento jurídico ordenado y pleno, en donde cada uno de los elementos que los integran, tanto desde el punto de vista normativo como orgánico, se encontraban plenamente organizados. El derecho es comprendido en cuanto sistema, al poder configurarse de manera ordenada a partir de ciertas reglas y principios fundamentales.

Sin embargo, un análisis puramente positivo no permite explicar satisfactoriamente el origen de las normas. Es capaz de indicarnos cuál es el órgano creador de la norma, los procedimientos a partir de los cuales se creará, y finalmente cuál es la norma resultante; pero no puede establecer las motivaciones que se encuentran detrás de la norma, punto a partir del cual se podría criticar en forma más adecuada su establecimiento, interpretación y aplicación.

Posiblemente el lugar en donde con mayor fuerza se refleja esta situación, es a propósito de la construcción de las fuentes del derecho. Quienes han tratado sobre el tema han procedido, en general, de dos maneras. La primera, es la de aquellos que identifican inmediatamente esta noción con la idea de las “fuentes formales”; entienden de esta manera que las fuentes del derecho sólo se traducen en resolver quién o quiénes tienen la potestad para dictar normas jurídicas, y cuál es la clase de norma que la materializa. La segunda, consiste de identificar la dicotomía “fuente formal/fuente material”, e incluso definiéndolos, pero luego ha procedido a tratar rápidamente a centrar su atención en las primeras.

Esta circunstancia ha determinado, entre algunas consecuencias que se postulan, que el derecho perdiera su visión general de relación con las restantes disciplinas. Suponen, a la hora de preguntarse acerca del origen de las normas jurídicas, en evadir las circunstancias materiales que contribuyeron o justificaron su creación. De alguna forma, suponen concebir el nacimiento de la norma jurídica de una forma casi espontánea, como por una casualidad, carente de todo significado sustancial. No ha permitido aprovechar, en este sentido, los

desarrollos sostenidos por estas últimas, las cuales contribuirían a una renovación de diversas instituciones jurídicas típicamente consideradas en un anacronismo⁹⁹⁷.

Por otro lado, los análisis jurídicos revelan una dificultad para interactuar con otras ciencias, ya sean sociales o naturales, a la hora de la configuración de sus normas, e incluso en las más de las veces las regula de manera completamente insuficiente para los estándares de esas disciplinas.

§ 2. EL DERECHO TIENE UNA NATURALEZA MERAMENTE INSTRUMENTAL

Un segundo problema que se ha denunciado a la hora de abordar el fenómeno jurídico desde una perspectiva puramente positivista es que la convierte en un mero instrumento de cualquier orientación política.

Esta mención es formulada por BARROS, quien, a propósito del estudio de la responsabilidad civil, señala que el positivismo jurídico concibe al derecho “de una manera radicalmente instrumental, pero, a la vez, vacía de contenido”, lo cual abre un espacio “para redefinir la orientación política del derecho”, lo cual efectúa en esta época el análisis económico del derecho⁹⁹⁸.

Las perspectivas puramente normativas carecen de una finalidad propia, lo cual justifica que puedan ser utilizadas por distintas clases de orientaciones políticas e ideológicas. Ellas no son capaces de juzgar tales orientaciones, y quedarán subordinadas a ellas.

SECCIÓN 3: CRÍTICAS A UNA VISIÓN PURISTA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Cabe prevenir que esta clase de diagnóstico no es general. En la literatura jurídica es posible constatar opiniones que descartan que la normas jurídicas surjan como consecuencia de una generación espontánea. Como explica LATORRE:

⁹⁹⁷ Así, el caso más paradigmático existente en el derecho privado, es la noción de “*demencia*” que subsiste entre las reglas generales (CCCh., art. 1447), y que al día de hoy resulta imposible de conciliar con la psicología.

Dentro de esta línea, no ha sido capaz de tomar en consideración las *dificultades derivadas del envejecimiento humano en la contratación*, en lo tocante a la plenitud de sus facultades psíquicas, y a pesar que la disciplina jurídica entiende que se tratan de personas plenamente capaces.

En el mismo orden de ideas, al día de hoy sigue siendo difícil su relación con el *derecho informático*. Son tan sólo algunas muestras de campos en los cuales el análisis interdisciplinario sigue estando pendiente.

⁹⁹⁸ BARROS (2007), núm. 16, pp. 43-44, n. 60.

“Un sistema de fuentes no es fruto del azar o del capricho, sino consecuencia de múltiples factores políticos, sociológicos e ideológicos. A través de ellos se trasparenta un conjunto de ideas y de hechos dominantes de la comunidad de que se trate”,⁹⁹⁹.

El autor continúa con estas afirmaciones, llegando al punto central de su crítica:

“Aquí, como siempre, una consideración meramente formal de una cuestión jurídica (las fuentes del derecho) es imperfecta e incompleta. Ciertamente es que al jurista práctico le interesa sobre todo conocer cuáles son las particulares normas aplicables a cada caso; pero si quiere llegar a una comprensión más profunda de su actividad no pueden dejarle indiferente esos problemas que yacen a niveles más profundos que es de saber cuáles son las fuentes “formales” del derecho”,¹⁰⁰⁰.

Estas críticas dan cuenta, efectivamente, que el derecho tiene una formación que es deliberada, en la cual el legislador plasma las orientaciones valorativas a las cuales adhiere. En tal sentido, ellas influirán en la formación definitiva de la norma jurídica, y de los principios jurídicos, y no pueden ser desconocidas por el intérprete.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

En la discusión acerca del influjo que pueda existir entre el derecho y la economía, una cuestión preliminar que requiere revisión es la presencia efectiva de una relación entre ellas.

En este contexto, la teoría pura del derecho apuntaba a descartar toda consideración de los elementos de naturaleza extrajurídica, con el objetivo de ofrecer un tratamiento depurado, objetivo y científico del derecho, a partir de conceptos, métodos y postulados propios, que no formaran parte de otras disciplinas.

Empero, esta revisión depurada pareció asumirse por la doctrina posterior en que la economía no reviste mayor punto de interés en el estudio de las instituciones jurídicas. Tal razonamiento no era compartido por KELSEN, quien destacaba la importancia de las restantes áreas del saber social.

El problema de perseverar en análisis “objetivos”, carentes de toda connotación y de toda consideración hacia los factores materiales, es que el derecho se convierte en una estructura instrumental, a disposición de cualquiera clase de ideología o postura política, que puede convertir al derecho en una categoría prescindible para el legislador de turno.

⁹⁹⁹ LATORRE (2000), p. 51.

¹⁰⁰⁰ LATORRE (2000), p. 51.

Por eso, contrariamente a esta clase de metodología, se asume en esta investigación que el derecho y la economía mantienen una relación recíproca de influjo, por los motivos y formas que serán expuestas a continuación.

Capítulo V:

EL INFLUJO ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA.
UNA DISCUSIÓN ACERCA DE LOS SENTIDOS EN LOS QUE PRODUCE.
SUS PRINCIPALES FORMAS DE EXPRESIÓN

SUMARIO: Sección 1: Clases de influjo: § 1. Influjo unilateral: 1.1. La doctrina marxista del Derecho: 1.1.1. Planteamiento - 1.1.2. Críticas: (a) En cuanto a concebir la economía como una entidad previa al derecho; (b) En cuanto a la construcción de la norma jurídica; (c) Acerca de la real forma de interacción entre el derecho y la economía; 1.2. El análisis económico del derecho: 1.2.1. Planteamiento - 1.2.2. Descripción general - 1.2.3. Críticas; 1.3. Críticas al modelo unilateral – **§ 2.** Influjo recíproco: 2.1. Influjo de la economía en el derecho: 2.1.1. La economía es una fuente material del derecho; 2.1.2. La economía concebida como una forma de comprensión del derecho: (a) Planteamiento; (b) Descripción del proceso; 2.2. Influjo del derecho en la economía: 2.2.1. Influjo histórico - 2.2.2. Influjo normativo: (a) La recepción de categorías económicas; (b) La defensa jurídica del sistema económico: (i) La defensa institucional; (ii) Las medidas materiales de defensa - 2.2.3. Influjo dogmático.- **Sección 2: Los desafíos que implica la admisión del influjo: § 1.** La economía no es una ciencia libre de contenido valórico – **§ 2.** El derecho no constituye un obstáculo para la economía – **§ 3.** Necesidad de evitar las aproximaciones puras al fenómeno jurídico – **§ 4.** La utilización de categorías jurídicas en el análisis económico: 4.1. Evaluación inicial; 4.2. La utilización de categorías jurídicas en el ámbito económico; 4.3. Consecuencias.- **Sección 3: Síntesis.**

Contrariamente a una posición de análisis jurídico incapaz de considerar las relaciones entre el derecho y la economía, en este punto se sostendrá e identificarán los principales aspectos en los cuales se produce el influjo entre estas disciplinas sociales. Ellas pueden ser identificadas, y constituyen una manera de expresión de que el derecho es capaz de defender algunas ideas, valores y parámetros que provienen de otros ámbitos científicos.

En este punto, se discutirá acerca de las formas en que se producen estas interacciones (**Sección 1**), y los desafíos que significa su reconocimiento (**Sección 2**).

SECCIÓN 1:
CLASES DE INFLUJO

Ahora bien, en lo tocante a los sentidos en que se produce ese influjo, existe discrepancia en la dogmática jurídica. Sobre los sentidos en que se produciría el influjo entre el derecho y la economía, los podemos clasificar en el modelo unilateral (§ 1) y el recíproco (§ 2).

§ 1. INFLUJO UNILATERAL

La primera alternativa de influjo que se ha considerado en la literatura es aquella que proclama que sólo existe uno de naturaleza unilateral. Respecto de este, trataremos sobre su significado y las principales críticas que pueden formularse al respecto.

La postura que se analiza asume que existe una relación que puede construirse entre el derecho y la economía. Sin embargo, tal relación tendría una naturaleza unilateral, dado que sólo uno de estos ámbitos es capaz de afectar el funcionamiento del otro, no al revés. Por tanto, asume que el derecho es incapaz de generar alguna clase de consecuencia o efecto en el ámbito económico.

En este sentido, la economía ha influido a tal punto en el análisis jurídico, que prueba de su expresión es que sea posible identificar distintas clases de teorías que han pretendido explicar la naturaleza y funcionamiento del derecho. Una de ellas la constituye la concepción marxista del derecho (1.1); la otra, proviene del análisis económico del derecho (1.2).

1.1. El marxismo

1.1.1. Planteamiento

Se trata de una concepción cuyo principal expositor es MARX. Sus planteamientos giran sobre la base de la concepción conocida como “materialismo histórico”¹⁰⁰¹, y que se entienden comprendidos como una clase de sociología jurídica, puesto que su pretensión consiste en la identificación de las leyes generales o los procesos típicos de desarrollo del derecho dentro de la sociedad¹⁰⁰². Siendo así, se trata de una clase de doctrina que pretende explicar el derecho y su transformación¹⁰⁰³. Tratándose de esta corriente de pensamiento, supone que el núcleo central del derecho descansa en una determinada concepción económica que se adoptó por la sociedad contemporánea.

Para identificar esta relación, MARX plantea una distinción, que luego se traducirá en las nociones de superestructura y la infraestructura. Explica que el derecho, así como lo es la cultura, el arte, la moral e incluso la religión, constituyen una clase de “superestructura”,

¹⁰⁰¹ RADBRUCH (1974), § 3, p. 15.

¹⁰⁰² RADBRUCH (1974), § 3, p. 14. Ello explica su análisis en algunas obras de la disciplina, como es el caso de TREVES (1988), pp. 59-66.

¹⁰⁰³ HERNÁNDEZ (1971), p. 51.

que tiene un carácter ideológico explícito; mientras que la infraestructura la constituye la economía y, específicamente, el sistema económico imperante. La relación que se produce entre estas dos categorías es que la “infraestructura” modela las concepciones presentes en la sociedad, y cada una de las manifestaciones en que ella se traduce, y que constituyen la “superestructura”. Esta relación se verifica de manera tal que los cambios que se producen en la base económica generarán un desplazamiento, que puede ser más o menos lento, de toda la superestructura que se levanta sobre ella¹⁰⁰⁴.

Las distintas clases de superestructuras existentes son el resultado de una voluntad que es manifestada por la clase dominante¹⁰⁰⁵, la cual es aquella que detenta los medios de producción, y a través de ellas se persigue, de algún modo, perpetuar esa concepción, de modo que el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de vida jurídico-política y el de la vida del espíritu, en general¹⁰⁰⁶. A su turno, esas concepciones tratan de ocultar la realidad¹⁰⁰⁷, la cual consiste de un estado de explotación hecha por una parte de la sociedad por la otra¹⁰⁰⁸. En la clase social explotadora, identifica a la burguesía¹⁰⁰⁹, en cuanto es titular de los medios de producción y controladora de la actividad económica. Dicho estamento social ha procedido, durante el curso de los años, a la explotación indebida del proletariado, cual es la clase oprimida, y que consiste de la clase trabajadora cuya única riqueza es la demográfica, al aportar a los futuros trabajadores que reemplazarán a las generaciones anteriores. Esta explotación, que se supone perpetuada en el tiempo, se produjo por el hecho que, en el proceso productivo, los proveedores se adueñan de las utilidades, obteniendo en el proceso un lucro que se estima ilegal. Lo sería porque las ventajas de mayor valor obtenidas como consecuencia del proceso productivo, se obtienen directamente como consecuencia del trabajo, de modo que se asume es, realmente, de propiedad de los trabajadores.

Esta postura destaca que tal escenario no existió siempre en la historia de la Humanidad. Tuvo un punto de comienzo que consistió en el momento en que se produjo la división del trabajo¹⁰¹⁰. Este último es el “pecado original”, a partir del cual surgirían las nociones de propiedad privada, la explotación, la división en clases y la lucha de clases¹⁰¹¹. La división

¹⁰⁰⁴ RADBRUCH (1974), § 3, p. 15.

¹⁰⁰⁵ WELZEL (1977), p. 201.

¹⁰⁰⁶ RADBRUCH (1974), § 3, p. 15.

¹⁰⁰⁷ Este ocultamiento de la realidad no constituiría una mera casualidad en lo tocante al fundamento del Derecho. Según WELZEL, su origen se encuentra en la concepción jurídica aceptada por IHERING, al reconocerlo como la “política bien entendida de la fuerza”. Al aceptarse tal clase de concepción, la idea de la justicia también debería conducir a una concepción propia de una máscara o encubrimiento que persigue estabilizar las situaciones de poder del momento. Por tanto, el derecho y la justicia se traducen en meras máscaras, fruto de un engaño intencionado, que se originaría a partir “de las constelaciones de poder del momento”. Aquí se encuentra, según concluye WELZEL, la base en que formularán sus críticas la teoría de las ideologías en el siglo XIX, y que será el punto de trabajo de la interpretación marxista (WELZEL 1977, pp. 199-200).

¹⁰⁰⁸ WELZEL (1977), p. 201.

¹⁰⁰⁹ WELZEL (1977), p. 203.

¹⁰¹⁰ WELZEL (1977), p. 202.

¹⁰¹¹ WELZEL (1977), p. 202.

del trabajo produjo una escisión entre el trabajo intelectual y el trabajo manual, punto en el cual surgió la “conciencia ideológica falsa”, que devino en la generación de las superestructuras conocidas como la teología, la filosofía, la moral, entre otros¹⁰¹².

Este modelo se entiende subsistir mientras las clases obreras no tomen conciencia de su realidad y persigan un cambio de su realidad, la cual sólo se producirá en un contexto de la llamada “lucha de clases”, a través de la cual el proletariado pueda reemplazar la titularidad de los medios de producción, de la cual se habría apoderado la burguesía. Esta lucha decantará en el triunfo del proletariado sobre la burguesía, de modo que la primera se convertirá en la legítima titular de los medios de producción y de las utilidades de las cuales había sido privada.

1.1.2. Críticas

(a) En cuanto a concebir la economía como una entidad previa al derecho

En conformidad con esta concepción, se entiende que la economía constituye el único tipo de factor que incide en el derecho; es más, la primera sería la forma exacta de comprensión de la totalidad de los fenómenos presentes en la sociedad. Asimismo, se da a entender que la economía precede al derecho, porque sólo se entiende que el segundo adopte unas determinadas características y se subordine de tal manera, si es que existe de manera anterior una determinada concepción económica.

Esto implica, en la concepción marxista tradicional, que el derecho no es una categoría coetánea con la estructura económica. Por tanto, rompe con una concepción del derecho como un elemento natural a la existencia humana. Éste tendría una naturaleza artificial, desde el momento en que surge como consecuencia de la imposición de una determinada clase social sobre la otra. Esta circunstancia es la que postulan los modelos marxistas clásicos debería cambiar con el establecimiento de la llamada “dictadura del proletariado”, el cual constituye el estado social ideal en el cual las estructuras como el derecho serían absolutamente innecesarias.

Tal circunstancia ha sido incluso criticada por las corrientes marxistas posteriores, las cuales entienden que la ordenación jurídica se encuentra siempre presente, incluso con prescindencia de la ordenación económica imperante. Por otro lado, el derecho resulta un fenómeno necesario para el funcionamiento y defensa de las sociedades que se adhieren a esta clase de modelo económico.

(b) En cuanto a la construcción de la norma jurídica

En cuanto a los efectos que se verifican en la estructura de la norma jurídica, dado que la infraestructura es económica, tanto la forma como el fondo del derecho se encuentran

¹⁰¹² WELZEL (1977), p. 202.

condicionados por la primera¹⁰¹³. No existiría una forma distinta de construcción de la norma que no provenga de la Economía sostenida por la sociedad dominante. Esta clase de formulación significaría que el derecho refleja una “ideología”, que en clave marxista se entiende como “un conocimiento deformado y falso, producto de una falsa conciencia, ya que ésta está determinada por unos intereses socioeconómicos, o, lo que es lo mismo, por una sociedad clasista, y que, sin embargo, se pretende justificar enmascarándola y presentándola como conciencia verdadera”¹⁰¹⁴.

Frente a esta postura, algunos autores han tratado de sostener una distinción. Para criticar el materialismo histórico, STAMMLER afirma que, mientras el contenido de los actos humanos es económico, su forma sería necesariamente jurídica¹⁰¹⁵. Esto implicaría asumir que el derecho tiene una estructura abstracta y vacía¹⁰¹⁶.

Esta respuesta ha sido criticada por otros, como es el caso de REALE. En primer lugar, el autor manifiesta que resulta imposible concebir al derecho en cuanto una estructura abstracta, que sólo pueda ser llenada por las consideraciones económicas; ello, porque existen una serie de normas jurídicas que regulan actos que resultan totalmente indiferentes, ajenos e irrelevantes a la Economía, de modo que no todos los asuntos susceptibles de regulación jurídica tendrán incidencia en el fenómeno económico¹⁰¹⁷. Por otro lado, citando en este punto a ASCARELLI, indica que el derecho recibe en sí mismo una serie de valores de distinta naturaleza; no sólo los económicos, sino también los morales, culturales, artísticos, religiosos, entre otros¹⁰¹⁸. Lo que hace el Derecho con ellos es regularlos conforme sus propias estructuras y fines, convirtiéndolos de esta forma en un fenómeno jurídico, al integrarlos finalmente en el ordenamiento¹⁰¹⁹. Lo que hace en definitiva el derecho, para lo cual cita la metáfora del Rey Midas, es que

“no por castigo, sino por destino ético, convierte en jurídico todo aquello que toca, para ponerlo en condiciones de poder realizarse con garantía y en armonía con los demás valores sociales”¹⁰²⁰.

(c) Acerca de la real forma de interacción entre el derecho y la economía

Asimismo, se ha prevenido que la concepción marxista tradicional implica que, mientras el derecho se encuentra subordinado forzosamente a la economía, esta última puede subsistir como un elemento independiente del primero. Implicaría asumir que el influjo sólo se produce desde la economía hacia el derecho, pero no hacia el revés, negando cualquiera

¹⁰¹³ En un sentido similar se pronunciaba RADBRUCH (1974), § 3, p. 15.

¹⁰¹⁴ MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ (1994), p. 32. Con anterioridad, WELZEL (1977), p. 203, también destacaba que la ideología constituía “una falsa conciencia de la realidad”, y que sólo mantiene la burguesía.

¹⁰¹⁵ REALE (1976), p. 35.

¹⁰¹⁶ REALE (1976), p. 36.

¹⁰¹⁷ REALE (1976), p. 36.

¹⁰¹⁸ REALE (1976), p. 36.

¹⁰¹⁹ REALE (1976), p. 36.

¹⁰²⁰ REALE (1976), p. 36.

clase de impacto que el segundo pudiese introducir en el primero. Por tanto, la norma jurídica sólo es capaz de expresar una forma y contenido que son doblemente condicionados por la economía. El derecho no podría concebirse como una entidad autónoma.

Esta circunstancia ya sería objeto de revisión por ENGELS, al destacar que, aunque el derecho depende de la economía, la primera se rige, hasta cierto punto, por leyes propias. Sólo así se podría comprender que exista una interacción entre los hechos jurídicos y los económicos¹⁰²¹.

En definitiva, la interacción que se produce entre estos ámbitos es realmente recíproca; a medida que una nueva técnica de producción se introduce, generará un cambio de la anterior estructura jurídica, y este nuevo cambio en el plano jurídico va a repercutir forzosamente en el desarrollo económico. De igual modo, esta interacción es constante, ya que se producirá a futuro cada vez que se produzcan tales cambios.

1.2. El análisis económico del derecho

1.2.1. Planteamiento

DURÁN Y LALAGUNA sostiene que tal relación sólo va en el sentido de subordinar el derecho a la evolución del sistema económico imperante, de modo que el resultado de este influjo es incluso desolador; se entiende que el derecho ha quedado incluso superado por el análisis económico¹⁰²².

En forma separada, se ha formulado un tratamiento integral acerca de la importancia del Derecho en el ámbito económico, y cómo el primero podría ser mejor orientado si es que siguiera los parámetros del segundo. Es por ello que se inició el estudio del llamado “análisis económico del derecho”.

Esta clase de análisis ha resultado fuertemente exitoso, desde el punto de vista académico y disciplinar. Académico, puesto que sus principales ideólogos han sido reconocidos internacionalmente, a través de la concesión del Premio Nobel en Economía.

1.2.2. Descripción general

El análisis económico del derecho se promueve como una forma de explicación y crítica hacia el derecho, a partir de los criterios económicos.

La misma toma como base el problema económico, la pluralidad de necesidades y la escasez de bienes. Entiende esta doctrina que tal clase de cuestión también se manifiesta en

¹⁰²¹ RADBRUCH (1974), § 3, pp. 15-16.

¹⁰²² DURÁN Y LALAGUNA (1997), pp. 114-115.

el derecho, dado que este último es capaz de establecer un sistema de distribución de recursos, con el carácter coactivo que lo caracteriza.

Pues bien, dado que el derecho tiene la aptitud de generar una reasignación de recursos, o la imposición de costos determinados, la economía sería capaz de analizarla, a fin de establecer si sus soluciones se ajustan a los principios y reglas económicas.

Esta teoría tiene la pretensión de aplicarse a los distintos ámbitos jurídicos, de modo que se han formulado esfuerzos de explicación del derecho en clave económica. En este sentido, sus principales manifestaciones se encuentran en el ámbito contractual, el derecho de propiedad, el proceso civil y penal, el derecho penal, e incluso las relaciones de familia.

Supuestamente, la disciplina ha pretendido establecer un límite a la validez de sus opiniones, dado que entiende que ella no es capaz de derogar el derecho.

1.2.3. Críticas

Para su aplicación, esta escuela debe apoyarse nuevamente en un parámetro económico de análisis, cual es el “hombre económico”. Siendo así, la validez de sus respuestas queda condicionada por el hecho que el ser humano tome sus decisiones desde un plano objetivo, en que sus decisiones son adoptadas de manera racional. Sólo este dato es el que permitiría generar un cuadro predictivo de su actuación.

Sin embargo, tal modelo puede criticarse porque encierra el comportamiento del ser humano en un modelo fuertemente egoísta e individual, en el cual pareciera asumir que sus decisiones sólo tendrán como objetivo final la maximización del lucro. Tal circunstancia no es efectiva, dado que la propia naturaleza del comportamiento humano conduce a la posibilidad de obrar de manera irracional. También le será posible obrar movido por consideraciones que escapan a un propósito de maximización de la riqueza.

Por otro lado, la doctrina del análisis económico del derecho tiene un trasfondo ideológico, el cual hace imposible que pueda conciliarse con sistemas económicos basados en la planificación estatal.

También se critica a esta doctrina que se opone a cualquiera clase de intervención estatal, incluso aquella considerada indispensable para la satisfacción de las necesidades sociales que no pueden ser satisfechas a través del mercado. Tal procedimiento resulta inconciliable con una perspectiva institucional basada en el principio de subsidiariedad, en el cual el Estado debe asumir un papel primordial en la protección de los cuerpos sociales más desaventajados.

Finalmente, el modelo del análisis económico del derecho tiende a privilegiar la desregulación de la actividad económica. Tal circunstancia no ha sido aceptada, porque supone una desnaturalización del modelo propuesto por la doctrina clásica en el ámbito económico, como la de SMITH, quien rechazaba un total ámbito de libertad de los agentes

económicos. Por otro lado, una desregulación afecta a la comunidad en forma mediata, dado que tiene como vicio la producción de monopolios, los cuales terminan afectando la competencia, cual es una de las premisas que promueve esta escuela.

1.3. Críticas al modelo unilateral

Esta clase de postura no se ajusta a una cabal comprensión de los ámbitos en los cuales se verifica la relación entre el derecho y la economía.

En este sentido, aunque se sostenga que el derecho se nutre de algunas consideraciones económicas, no puede negarse que esta última se encuentra abierta a los efectos normativos que contiene el derecho.

§ 2. INFLUJO RECÍPROCO

En este trabajo, aunque se mencionará la manera en que se ha producido un cambio de perspectiva en la preponderancia que el derecho ha mantenido en la discusión social, creemos que tal influjo tiene una naturaleza recíproca.

En virtud de esta perspectiva, se asume que el derecho y la economía generan ciertos efectos que se perciben en ambos sentidos, siendo cada uno de ellos capaz de nutrir al otro.

Se abordarán a continuación estas manifestaciones, y los fundamentos de esta aseveración.

2.1. Influjo de la economía en el derecho

La economía influye en el derecho a través de la asunción de algunas funciones que la primera presta a favor de la segunda. Ello ocurre por vía de la creación y comprensión de las ciencias jurídicas.

2.1.1. La economía es una fuente material del derecho

En lo tocante a la creación del derecho, ya se ha identificado a través del reconocimiento que se hace de la economía y de los factores que la componen en cuanto se trata de una fuente material.

Al ser considerada bajo esta naturaleza, significa que los factores económicos en general constituyen un elemento inspirador de la norma jurídica. Su aparición puede significar la generación de una necesidad de adecuación del ordenamiento jurídico hacia un determinado problema que tiene dicha naturaleza, lo cual se materializará a través de la dictación de dicha norma. También podría significar la necesidad de modificar o derogar una norma que no se ajuste al estándar económico deseado.

De este modo, el derecho dependerá del sistema económico imperante, si se toma en cuenta el grado de consideración que este último tenga de los bienes y los hechos a regular¹⁰²³.

2.1.2. La economía concebida como una forma de comprensión del derecho

(a) Planteamiento

También se ha expuesto en el trabajo que la economía influye en el derecho a través de su reconocimiento como una forma de comprensión o fundamento del mismo. En este sentido, ha se descrito cómo es que el marxismo, o incluso el análisis económico del derecho, han intentado levantarse como una manera de describir, e incluso optimizar, el funcionamiento de las instituciones jurídicas. Normalmente se tratan de doctrinas que tienden a reducir el comportamiento humano, el cual es analizado tanto por el derecho como por la economía, a meras consideraciones de la segunda naturaleza, descartando la intervención de otros factores materiales.

(b) Descripción del proceso

Este último punto es vital para comprender en la actualidad el incremento del interés por la economía, y la generación de una mayor preponderancia en el debate social, incluso por sobre las consideraciones jurídicas vigentes. Desde un punto de vista histórico, DURÁN Y LALAGUNA expone un proceso que se ha compuesto de, al menos, tres etapas.

La primera de ellas, consiste en que la economía sólo prestaba una función técnica al derecho, por vía de explicar las categorías económicas a las cuales se remite el derecho a la hora de la definición contenida en la norma, obrando en este punto el economista tan sólo como un “técnico”¹⁰²⁴.

La segunda, supone que el economista adquiere mayores competencias, por vía de asumir los problemas que le plantea el jurista, siendo estos problemas de naturaleza económica; ello implicará que la doctrina jurídica deberá explicitarse o “traducirse” en términos económicos, y determina en este punto sólo una parte concreta de lo que le ha planteado el jurista¹⁰²⁵.

La tercera y final, que es la que se aprecia en la estructura actual, es el protagonismo casi exclusivo de la economía, aportando su vocabulario y la estructura analítica para resolver las cuestiones jurídicas; incluso es capaz de dar una explicación propia (y crítica) a los problemas del derecho, de modo que la interpretación se producirá en clave económica y no jurídica¹⁰²⁶. Esta última etapa supone, en forma típica, concebir al derecho como un

¹⁰²³ En este sentido: DURÁN Y LALAGUNA (1997), pp. 112-113.

¹⁰²⁴ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 114.

¹⁰²⁵ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 114.

¹⁰²⁶ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 114.

estamento anacrónico, una barrera del progreso económico, y que como tal debe ser superada.

2.2. Influjo del derecho en la economía

Conforme fue afirmado, el influjo entre las ciencias jurídicas y económicas es recíproco. Al momento, han sido tratadas las maneras en que la economía ha podido incidir en la formación y comprensión del derecho. Pues bien, corresponde discutir a continuación la forma en que tal influjo se ha verificado, aunque en un sentido opuesto.

Este influjo es en un sentido histórico, normativo y dogmático.

2.2.1. Influjo histórico

Bajo este rótulo se sostiene que el derecho ha podido influir en el ámbito económico a través del origen de algunas de las doctrinas más representativas que han contribuido a su configuración en cuanto ciencia social, y las perspectivas en que se encuentra dividida.

Esta circunstancia se explica puesto que la economía constituye un área cuyo reconocimiento, desde un punto de vista científico, es más bien tardío. Ella resulta a partir del trabajo de distintos especialistas, y entre los cuales se constata la presencia de dos teóricos formados en un plano jurídico. Se tratan de ADAM SMITH, quien es el principal autor dentro del modelo capitalista clásico¹⁰²⁷, y KARL MARX, cuyas doctrinas constituyen la base fundamental de los sistemas económicos centralmente planificados.

Esta circunstancia no constituye una casualidad, debido a que ambos autores analizaron las consecuencias que los sistemas de contratación tienen en el ámbito económico de las naciones, ya sea para potenciar su desarrollo, ya sea para criticar las situaciones de desequilibrio que se estaban generando. Incluso la perspectiva bajo la cual diseñan su trabajo es a partir del juego que factores jurídicos como el derecho de propiedad privada, o la libre contratación, desempeñan en la comprensión de la actividad productiva de los países.

2.2.2. Influjo normativo

La segunda y más fuerte forma de influjo que el derecho tiene en el ámbito económico es a propósito de la función normativa que le corresponde al primero, la cual le permite tratar sobre distintos asuntos que tienen una importancia económica.

Esta clase de influjo constituye una vía institucional que el Estado ha generado de manera explícita, a fin de que el derecho pueda preocuparse de generar un estado de certeza

¹⁰²⁷

La importancia que se atribuye a los estudios de SMITH alcanza tal nivel de consenso en el ámbito disciplinar, que incluso se le sindicó como el “padre” o el “fundador” de la “ciencia económica”. En este sentido, DURÁN Y LALAGUNA (1997), pp. 111 y 113.

respecto del funcionamiento de la actividad económica, e incluso para delimitar aquellos ámbitos económicos que forman parte del ámbito público o privado, es decir, cuáles serán aquellas materias que los particulares podrán controlar y regular por sí mismos, o que deberán ser regladas y / o supervigiladas por el Estado.

Esta clase de vía da cuenta, por lo demás, de un estado de ruptura, desde un punto de vista material, con una forma de comprensión del derecho que se preciaba de ser pura y libre de elementos de naturaleza extrajurídica. Tal situación resulta imposible en una sociedad y ordenamiento jurídico complejo como es el contemporáneo. Éstos han significado que el derecho deba asumir una determinada visión y valoración frente a distintos aspectos que comprometen a la sociedad, entre los cuales se encuentra la economía.

Esta vía se traduce en dos fórmulas de influjo normativo. Por una parte, se encuentra la recepción de algunas categorías y nociones económicas. Por otra, a través de la defensa jurídica del sistema económico.

(a) La recepción de categorías económicas

Conforme ya lo ha destacado REALE, y se ha citado en el trabajo, el derecho tiene la habilidad para elevar a la calidad de norma jurídica, todos aquellos aspectos de la vida en sociedad que resulten relevantes, entre los cuales se encuentran aquellos de naturaleza económica.

Esta regulación resulta antigua, si consideramos que diversos textos jurídicos han tratado acerca de la actividad comercial, o sobre los tributos que se encuentran expresamente autorizados para ser cobrados a los particulares¹⁰²⁸, entre otros asuntos. Se explica igualmente desde el punto de vista constitucional, en donde se ha debido determinar si el Estado se encuentra autorizado para ejercer actividades económicas, o si va a reconocer el derecho de propiedad privada. Con todo, a pesar de tratarse de una regulación antigua, todo lo tocante a la importancia de la Economía, se entendía más bien una cuestión perteneciente al orden privado, dado que se sostiene que los procesos de intercambio de bienes tenían el propósito inicial tan sólo de satisfacer las necesidades, en vez de la obtención del lucro¹⁰²⁹. Por su parte, todo lo relativo al derecho, entendido como la regulación de aquellas medidas que aseguraban el respeto por lo que le corresponde a cada uno, caía dentro del ámbito público¹⁰³⁰.

La tendencia es la explicitación del sistema económico en las distintas normas que forman parte del ordenamiento jurídico, partiendo con la Constitución. A partir de ese punto, y la tendencia de plasmar los principios y valores que inspiran al resto de las fuentes formales, es que se han consagrado un conjunto de mecanismos que dan cuenta de un área normativa

¹⁰²⁸ MARTÍN (2017), p.38.

¹⁰²⁹ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 111.

¹⁰³⁰ DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 112.

indispensable para asegurar el funcionamiento de la actividad económica, y que pasarán incluso a ser defendidas por vía de distintos mecanismos de tutela, incluso jurisdiccional.

El conjunto de normas que constituyen la esencia de la actividad económica dentro del Estado, y que aseguran la especificación¹⁰³¹ y el funcionamiento del sistema económico que impera en ella, se conoce como el orden público económico. Por lo pronto, se trata de una tendencia que no sólo se aprecia en modelos de mercado, sino también en los de planificación central. Este orden público económico tiene la potencialidad de dar cuenta de una determinada y explícita visión que el constituyente y el legislador pudieren tener en el ámbito económico, y que a continuación requiere de una protección normativa, a través de ciertos mecanismos, conforme se tratará a continuación.

(b) La defensa jurídica del sistema económico

Desde el momento en que el derecho entra a regular el ejercicio y desarrollo de la actividad económica, incorpora algunos mecanismos que tienden al fortalecimiento del mismo. Con prescindencia de la opción ideológica que el constituyente o el legislador pudieren mantener en el ámbito económico, en la medida que tal concepción haya sido consagrada desde un punto de vista fundamental, será necesario que se adopten algunas medidas de resguardo de dicha visión. Su conjunto es el que asegura la pervivencia normativa del sistema económico, punto a partir del cual se trabajará en su optimización, o eventualmente su modificación.

Esta defensa se aprecia en dos sentidos. Desde un punto de vista institucional, a través de la consagración de las competencias que existirán para la protección del sistema económico. Desde un punto de vista material, por la presencia de algunas medidas típicas que se consagran en presencia de un determinado sistema económico.

(i) La defensa institucional

Desde un punto de vista institucional, la Constitución es la primera llamada en establecer cuáles son las competencias que tendrán los poderes del Estado en el ámbito económico, y las medidas que podrán adoptarse en el caso que reconozca un determinado modelo o sistema económico.

Así, es posible que se impongan mecanismos de tutela jurisdiccional, a través de los cuales la Carta Fundamental pone de cargo del Poder Judicial el conocimiento y resolución de todos aquellos conflictos que se generen en el ámbito económico. Por una parte, existen aquellos medios que pretenden reaccionar directamente frente a una situación de vulneración de aquellos derechos fundamentales que constituyen la base del sistema económico que se practica por un determinado Estado; tal es el caso, en nuestro país, del recurso de protección y del recurso de amparo económico. También lo hace por vía de la creación de tribunales especiales llamados a conocer de asuntos específicos de naturaleza

¹⁰³¹ Destaca esta función DURÁN Y LALAGUNA (1997), p. 113.

económica, como ocurre dentro del ámbito de la libre competencia, o la protección medioambiental, entre otros. Pero también debemos considerar aquellos mecanismos que no aseguran de manera inmediata el sistema económico que se adoptó por el Estado, sino que reaccionan frente a la vulneración de normas fundamentales que consagran la estructura del sistema económico; es lo que ocurriría en nuestro país con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En cuanto al Poder Legislativo, la defensa del sistema económico tiene lugar desde la Carta Fundamental, a través de la distribución de aquellas competencias que le corresponderán para regular la actividad económica, y creándose en contrapartida algunos mecanismos jurisdiccionales tendientes a orientar las normas legales que dicte, conforme a los parámetros previstos en la Constitución. Punto importante para ello será el mayor o menor grado de explicitación, en la norma fundamental, de un orden público económico, según lo explicado.

En lo tocante al Poder Ejecutivo, éste asume dos funciones. Por una parte, la Constitución pudo instaurarlo como un agente de supervigilancia de la actividad económica, a través de su potestad administrativa, modelo bajo el cual se han consagrado distintos órganos llamados a operar en la medida que se produzcan desequilibrios en la actividad económica, como podría serlo una Fiscalía Nacional Económica, o las superintendencias que pudieren establecerse dentro de sectores económicos fundamentales para el desarrollo del país. Por otra, también se encuentra autorizado para intervenir, en situaciones de anormalidad institucional, para tomar medidas de control de la actividad económica. Finalmente, es posible que se le haya autorizado en forma explícita para el ejercicio de actividades económicas, sea en forma exclusiva, sea en paralelo al mercado privado.

(ii) Las medidas materiales de defensa

Dependiendo del sistema económico que resulta imperante, suelen instaurarse o fortalecerse algunas clases de medidas concretas, que se han calificado de manera genérica como “materiales”, y que suelen ser características de tales modelos.

Así, en los sistemas económicos centralmente planificados, se acuden a medidas de expropiación y Nacionalización de ciertos sectores económicos estimados en calidad de fundamentales para la producción del país, como suele ocurrir en el ámbito de las materias primas de origen minero, aguas potables, combustibles, telecomunicaciones, transporte, entre otros. También se ha escogido la consagración del derecho de propiedad del Estado sobre los llamados “medios de producción”, reduciendo de esta manera el ámbito de la actividad empresarial de origen privado. Suelen consagrarse sistemas de control de los precios, y en paralelo la supervisión de los precios y distribución de los alimentos, a través de comisariatos u órganos afines.

Por su parte, en los sistemas económicos de libertad de mercado, se advierten algunas variantes. En forma inicial, se suele mencionar por las corrientes neoliberales más extremas que el derecho no debería asumir intervención alguna en el ámbito económico, dado que es

el mercado el llamado a regular su propio funcionamiento, de manera autónoma. Sin embargo, tal esquema resulta imposible por diversas consideraciones. Por una parte, el derecho sí tiene un importante grado de intervención, incluso en los sistemas económicos basados en el mercado, debido a que sólo el primero es capaz de asegurar la protección de las herramientas de funcionamiento mínimo en que se basa, como lo son la libre iniciativa económica, la libertad para adquirir toda clase de bienes, y el derecho de propiedad privada. Por otro lado, el derecho es capaz de establecer mecanismos administrativos y jurisdiccionales que, lejos de limitar el desarrollo de la libertad de mercado, la protejan, por vía de la corrección de los vicios que se derivan precisamente de un funcionamiento irregular, como lo son la represión de los monopolios y oligopolios privados, a fin de asegurar la libre competencia. Por otro lado, el Estado asume una función mínima de bienestar social, el cual debe ser tutelado en todos aquellos ámbitos en los cuales el mercado no interviene o desea intervenir, e incluso si su intervención resulta deficiente, y que usualmente se trata de asegurar algunos mínimos de protección para la sociedad; es el caso de la educación, salud, jubilación, o los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, entre otros, todos los cuales constituyen ámbitos en los cuales los valores tutelados por el ordenamiento jurídico consisten de la solidaridad, la equidad, o la protección de los más débiles. Finalmente, conviene precisar que el modelo de libertad de mercado propuesto en su concepción clásica por SMITH, nunca fue concebido originalmente como un sistema no limitado, dado que el razonamiento jurídico debía nutrirse de consideraciones valorativas.

El reconocimiento y defensa de un determinado sistema económico puede ser asumido por el derecho, debido a su naturaleza coactiva. Del mismo modo, gozará de las características que revisten a este último, como su estabilidad institucional, y la certeza. Se sabrá de forma efectiva cuál es la orientación económica seguida por el Estado, y se podrán establecer los mecanismos necesarios para corregir los defectos que pudiere padecer, y fortalecerlo. Ello también adquirirá efectos económicos, dado que la estabilidad orgánica, institucional y normativa en los Estados, constituye un parámetro tenido en cuenta a la hora de las inversiones económicas, entre otras situaciones.

2.2.3. Influjo dogmático

Para concluir con el análisis de los puntos en que el derecho ha significado un influjo en el ámbito económico, se encuentra su reconocimiento desde el punto de vista dogmático.

Bajo tal noción, se sostiene que las ciencias jurídicas, en su espíritu de sistematización de los principios y reglas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, ha generado dos áreas disciplinares que abordan en forma específica el régimen jurídico del sistema económico que imperan en un Estado, y de sus principales fenómenos con incidencia jurídica. Esta disciplina se traduce actualmente en la consagración del llamado derecho económico.

Asimismo, también regula en forma especial el régimen jurídico aplicable a ciertas obligaciones de naturaleza pública, y que constituyen la manera a través de la cual se

obtiene la principal forma de recaudación estatal, cual es el tributo o impuesto. La regulación de esta clase de obligaciones resulta fundamental, puesto que en el ámbito económico es reconocida su importancia en la construcción y control de la actividad económica. Se trata del derecho tributario y financiero, el cual es considerado una extensión del derecho económico, del cual obtiene su contenido dogmático general, y que en general constituye un área temática que se caracterizaría por conjugar elementos jurídicos y económicos a la vez¹⁰³².

SECCIÓN 2: LOS DESAFÍOS QUE IMPLICA LA ADMISIÓN DEL INFLUJO

La aceptación del influjo entre la economía y el derecho, y la identificación de algunos puntos de contacto, no resulta indiferente. Ella significará una serie de desafíos que deben ser asumidos por el jurista. Sobre estos aspectos se tratará a continuación.

§ 1. LA ECONOMÍA NO ES UNA CIENCIA LIBRE DE CONTENIDO VALÓRICO

Conforme lo reconoce la propia literatura económica, esta última constituye una disciplina que no está exenta de valoraciones ni de ideologismos. Los análisis propuestos en esta área se pretenden levantar siguiendo un método que ha sido reconocido como científico dentro de su disciplina, pero tienen como peculiaridad y riesgo la introducción de valoraciones que, confrontados con los valores y principios que rigen a un determinado ordenamiento jurídico, no coincidan.

El problema que se puede desencadenar con esta clase de disonancias, es que conduzcan a problemas de antinomias, que podrían afectar en mayor o menor medida al régimen jurídico de protección del sistema económico. Si un modelo jurídico ha reconocido la libertad de mercado, no podrían acudir a mecanismos propios de un sistema de planificación central.

Por otro lado, el sistema económico requiere de una estabilidad en el tiempo para producir los efectos que son deseados. Frente a tal conocimiento, es posible que se ofrezcan modelos económicos cuyos resultados son intencionados, a fin de defender un determinado centro de interés o grupo de presión social.

¹⁰³² No corresponde tratar en forma profundizada acerca de esta discusión. Empero, se recordará en este punto que la recaudación fiscal tiene una estructura que obliga a considerar aspectos propios del derecho privado y Público, pero también implica un efecto económico que resulta innegable. Sobre el contenido de estas disciplinas y su autonomía, pueden consultarse MARTÍN (2017), pp. 36-38; MARTÍNEZ *et alt.* (2018), pp. 46-50; PÉREZ/CARRASCO (2018), pp. 31-37.

§ 2. EL DERECHO NO CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PARA LA ECONOMÍA

Tanto en la óptica más radical de las doctrinas de libertad de mercado, como las de planificación central, se ha venido denunciando que el derecho constituye un obstáculo. En cuanto a los primeros, por cuanto impide que el mercado pueda regular los precios de los bienes y servicios en condiciones de libertad, conforme a la oferta y demanda; en cuanto a los segundos, dado que se estima como un mecanismo reaccionario, que ha sido establecido para defender la posición de la clase dominante que es titular de los medios de producción.

Ninguna de estas perspectivas es efectiva. El derecho no constituye un mecanismo que obstaculice el progreso de la actividad económica. Es capaz de brindar los instrumentos que aseguran la estabilidad del sistema económico, y conseguirán perpetuarlo en el curso del tiempo. Incluso más, ha ocurrido en ciertas ocasiones que, en virtud de modelos económicos equivocados, se ha pretendido asegurar la ineficiencia de ciertos ordenamientos jurídicos.

Probablemente el caso más representativo de estos estudios lo han sido los informes de *Doing Business*, emitidos por el Banco Mundial, los cuales han asegurado que algunos países, especialmente aquellos que comparten el sistema jurídico continental, son ineficientes en comparación a aquellos que forman parte de la tradición del common law¹⁰³³; ello, a pesar que en sus indicadores sitúan a países del Tercer Mundo incluso por encima de naciones europeas, cuyas economías son más estables¹⁰³⁴. En el caso de Chile, algunos de los informes emanados de la misma entidad, plasmaron críticas del modelo concursal imperante en un determinado momento, y que se estimaban desajustados a los parámetros económicos más actuales; ello significó que dichos informes fuesen utilizados para justificar algunas reformas legislativas que, con posterioridad a su aprobación, se descubrieron que eran innecesarias, por basarse en cálculos y parámetros incorrectos.

§ 3. NECESIDAD DE EVITAR LAS APROXIMACIONES PURAS AL FENÓMENO JURÍDICO

Dentro del análisis jurídico, y en lo tocante a las consecuencias derivadas de las relaciones que se producen naturalmente entre el derecho y la economía, conviene descartar dos clases de aproximaciones.

Por una parte, no es posible la aproximación a la norma jurídica desde una óptica puramente economicista. Conforme ha sido tratado, la norma jurídica se caracteriza por la

¹⁰³³ GRIMALDI (2012), p. 30, n. 51.

¹⁰³⁴ El resultado de estas críticas, que esconderían un esfuerzo por promover veladamente la órbita del *common law*, se ha traducido en una reacción desde la doctrina francesa. Entre las organizaciones creadas con el propósito para la defensa del sistema jurídico continental, se encuentra la *Fondation pour le Droit Continental* (PIZARRO, 2012, p. 9).

pluralidad de valores e intereses que coexisten, sin que sea posible tomar en cuenta únicamente aquellos parámetros económicos de eficiencia en la administración de bienes y servicios. Ello tampoco es posible en el proceso de formación, modificación o derogación de las normas jurídicas, debido a que institucionalmente será necesario adoptar ciertas decisiones que no responden, necesariamente, a consideraciones económicas, o que desde esta última perspectiva podrían ser criticables.

En segundo lugar, el derecho tampoco puede ser analizado desde un plano puramente jurídico. Una formulación o justificación carente de atención respecto de los fenómenos extrajurídicos que inciden en la formación y aplicación del derecho, no será capaz de conciliarse con aquellas necesidades que surgen de la propia vida en sociedad. Tan sólo pensando en el ámbito económico, constituiría un fuerte riesgo la dictación y aplicación de las fuentes formales del derecho carentes de toda consideración respecto de la clase de sistema económico imperante, y de los mecanismos dispuestos a su alrededor para su protección. Incluso una corrección sustantiva de dicho régimen requiere de una decisión meditada, y de una implementación que requeriría de tiempo suficiente.

§ 4. LA UTILIZACIÓN DE CATEGORÍAS JURÍDICAS EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO

Hasta el momento, una parte importante de la propuesta de identificación que se ha estudiado implica que los juristas reconozcan la manera en que la economía ha podido incidir en el derecho. Dicho esto, implica un entendimiento por parte de quienes se dedican al estudio jurídico, de que las categorías económicas tienen algún grado de importancia, en las intensidades que se han abordado hasta el momento.

A continuación, corresponderá analizar si es que tal preocupación en el fenómeno jurídico logra ser apreciado en el ámbito económico.

4.1. Evaluación inicial

Conforme fue estudiado a partir de las obras jurídicas, suelen introducirse algunas referencias hacia la afinidad que el derecho mantiene con otras áreas, particularmente con aquellas que forman parte de las ciencias humanas. Dada esta ubicación, suele identificarse de manera inmediata una afinidad entre el derecho y la economía, de la manera que se ha expuesto.

La pregunta que surge, en paralelo, atiende a si existe tal clase de constatación de afinidad desde la perspectiva económica. A partir de este punto, el resultado tiende a cambiar de manera sensible. Desde un punto de vista general, se aprecia en la literatura general económica una atención muy escasa, o casi nula, por el derecho. Por lo pronto, los estudiosos de la economía no suelen introducir, en sus capítulos introductorios, alguna clase de referencia hacia las relaciones con otras áreas del saber, dado que en ellos se persigue explicar a los estudiantes cuál es el objeto de estudio. Resulta necesaria la revisión de los

prólogos para apreciar alguna clase, incluso por la sola vía de la cita a la palabra “derecho”. Al llegar a este último nivel, el resultado sigue siendo igual de escaso.

El resultado de esta apreciación es que el economista parece aceptar que su disciplina forma parte de las ciencias sociales, por vía de reconocer que su objeto de estudio es el comportamiento humano en un sentido económico. Pero fuera de este reconocimiento, no parece haber un mayor esfuerzo por considerar qué grado de influjo tiene el derecho en las diversas teorías económicas.

En todo caso, es posible constatar algunas excepciones, en las cuales se aprovecha de aludir al “análisis económico del derecho”. Sin embargo, la cuestión sólo confirma el hecho de que la comprensión de la afinidad entre estas disciplinas sólo implicará subordinar al Derecho hacia una relectura en clave económica; no existe una mayor atención a si las categorías jurídicas pudieran adquirir alguna clase de significado en el contexto de las teorías económicas.

4.2. La utilización de categorías jurídicas en el ámbito económico

Aunque el estudio del derecho tiende a ser escaso en las obras generales económicas, en ellas sí que es posible apreciar el recurso a algunas categorías jurídicas. Es así que se suele aludir a las “leyes” y los “reglamentos”, aparentemente en un sentido de la introducción de puntos de regulación que son de cargo del Estado, y que podrían tener interés en el funcionamiento de la actividad económica.

Del mismo modo, se introduce una revisión importante acerca del ámbito fiscal, de modo que el impuesto o tributo constituye un instrumento al servicio del funcionamiento de la actividad económica.

Aunque se lo revela en un sentido económico, los autores de esta disciplina se refieren al “intercambio”, en cuanto medio a través del cual se adquieren los bienes y servicios, a cambio del pago de un determinado “precio”. Atendido el sentido en que las obras aluden al primer concepto, es claro que por medio de éste se está introduciendo la categoría jurídica del “contrato”, el cual constituye precisamente el instrumento jurídico de intercambio de bienes, y que se encuentra regulado por el derecho. Por su parte, “precio” constituye uno de los objetos de los principales contratos de intercambio, cuales son la compraventa, la permutación y el arrendamiento de bienes y servicios.

Finalmente, una categoría jurídica que resulta implementada por los economistas es el “derecho de propiedad”. El mismo resulta comprendido en un sentido algo diferente de las categorías clásicas recogidas por el derecho.

4.3. Consecuencias

La utilización de categorías jurídicas por parte de los economistas tiende a hacerse en términos comprensibles para esta última área del saber, lo cual arroja como consecuencia un mayor o menor acercamiento con las nociones reconocidas por el derecho.

La falta de admisión explícita del influjo que el derecho reviste en el ámbito económico, y el recurso inmediato de categorías jurídicas dentro del análisis científico al que se sujeta esta última, sólo permite concluir que el conocimiento del derecho parece funcionar más bien a un nivel básico o, por lo menos, intuitivo. El economista parece asumir que el Derecho es una categoría relevante en el estudio de la disciplina, pero sólo lo comprende en un sentido instrumental; se trata de un elemento puesto al servicio de las teorías económicas.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

Contrariamente hacia aquellas posturas que descartan cualquiera relación entre el derecho y la economía, se ha sostenido en esta tesis que tal vinculación existe. Con todo, la doctrina discrepa en las formas en que se produce.

Existe un modelo de análisis que postula un efecto unilateral, lo cual significa que las vinculaciones sólo se producen en un sentido; una de estas ciencias afecta a la otra, pero no en el sentido contrario. Esta clase de criterios se observan, en nuestro concepto, en la doctrina marxista y en el análisis económico del derecho, porque ambas teorías pretenden explicar la realidad y el derecho desde un plano económico.

Contrariamente a esta clase de interpretaciones, que se consideran incompletas, sostenemos que la relación de influjo entre el derecho y la economía es recíproca; ambas ciencias se ven afectadas como consecuencia de la otra. Por una parte, la economía influye en el derecho debido a que constituye una de sus fuentes materiales, y ofrece una forma de comprensión del derecho. Por otra, el derecho influye en la economía desde un punto de vista histórico, donde SMITH y MARX se formaron en el ámbito jurídico, y desde el punto de vista normativo, debido a que el derecho es capaz de asegurar la protección del sistema económico.

La aceptación de este influjo recíproco supone algunos desafíos. Implica recordar que la economía no constituye una ciencia libre de contenido valórico, de modo que se verá afectada por las concepciones, prejuicios, ideales y valores defendidos por el Estado. También supone considerar que el derecho no es un obstáculo para la economía, puesto que la primera ofrece mecanismos que aseguran el funcionamiento adecuado de la segunda. Del mismo modo que la economía no constituye una ciencia neutra, el derecho no puede caer en perspectivas puristas.

SEGUNDA PARTE:

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO
PRIVADO:
CONCEPTO, CONFIGURACIÓN Y PRINCIPALES
CLASES. SU RELACIÓN E INFLUJO DEL SISTEMA
ECONÓMICO DE LIBERTAD DE MERCADO

PRESENTACIÓN GENERAL

SUMARIO: § 1. Contenido – § 2. Plan de estudio.

§ 1. CONTENIDO

La Segunda Parte del trabajo aborda en forma integral el problema de los principios jurídicos, su manifestación específica en el ámbito del derecho privado, y la determinación del influjo que pudieren generar en ellos el sistema económico de libertad de mercado.

§ 2. PLAN DE ESTUDIO

Este estudio se encuentra dividido en cuatro títulos. El primero de ellos consiste de una aproximación de naturaleza introductoria a los principios jurídicos, llamados también “principios generales del Derecho”. Esta aproximación será desde el punto de vista conceptual, histórico y descriptivo. Pretendemos explicar la posición que éstas tienen en el ordenamiento jurídico, y la manera en que han sido reconocidas y consagradas (**Título I**).

En segundo lugar, abordaremos los principios jurídicos de derecho privado en forma especial, centrandó el objeto de estudio en tres que se consideran indispensables para la comprensión del derecho privado contemporáneo, cuales son la autonomía de la voluntad, la libre circulación de los bienes y la tutela jurídica de la propiedad. Respecto de cada uno de ellos estudiaremos la manera concreta en que las afecta el sistema económico de libertad de mercado.

Así, se abordará el principio de autonomía de la voluntad (**Título II**). La autonomía de la voluntad constituye un principio jurídico rector del derecho privado, aunque su reconocimiento normativo es más bien tardío, y se hizo al alero de una base filosófica de corte liberal y anclada en la tradición de la escuela del derecho natural racionalista. Si bien se trata de un principio ampliamente estudiado en la literatura chilena, suelen desconocerse distintos aspectos que son relevantes para comprender su inserción en el sistema jurídico y económico que caracteriza a nuestro país. En este punto, queremos ahondar en sus orígenes históricos y consagración institucional, para así comprender por qué motivo queda inseparablemente asociado al sistema económico de libertad de mercado, y si efectivamente se trata de un principio exclusivo de esta clase de sistemas económicos.

A continuación, se tratará el principio de libre circulación de los bienes (**Título III**). Pretendemos formular una construcción conceptual y descriptiva del principio de libre

circulación de los bienes, el cual aparece expresado normativamente en el ordenamiento jurídico, pero que carece de una aproximación sistemática en nuestro medio.

Finalmente, nos dedicaremos al principio de tutela jurídica de la propiedad (**Título IV**). En este punto se analiza el principio de tutela jurídica de la propiedad. Se identifica su significado, la justificación de la protección de la propiedad en el contexto histórico, económico y jurídico. Se postula que se trata de un principio reconocido desde la Constitución Política, y regulada en forma detallada en distintas leyes propias del derecho privado.

Respecto de cada uno de ellos, se tratará sobre su significado, principales manifestaciones, y la manera en que el sistema económico propuesto influye en su contenido, interpretación y aplicación.

TÍTULO I:

**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN GENERAL.
SU NATURALEZA Y POSICIÓN ENTRE LAS FUENTES
DEL DERECHO**

INTRODUCCION

SUMARIO: § 1. Contexto e importancia – § 2. Plan de estudio.

§ 1. CONTEXTO E IMPORTANCIA

A propósito de la descripción del concepto y de los elementos que configuran la composición básica del derecho, constituye un lugar común el que se afirme que se trata de un “conjunto”, el cual comprende “normas” y “principios”, los cuales tienen el carácter de ser “jurídicos”¹⁰³⁵. Si atendemos a su significado gramatical, con la expresión “conjunto” se quiere dar a entender que consiste de una *combinación* de naturaleza *armónica* entre dos elementos. Esto implica que el derecho constituye un fenómeno complejo, dada la pluralidad que se ha indicado, cuyos elementos pueden coexistir.

De acuerdo a lo expresado, el derecho se encuentra compuesto de “normas jurídicas” y de “principios jurídicos”. Esta distinción crea una separación entre dos aspectos que tendrían diferencias entre sí, y que comprenden tanto la fuente de la cual emanan, como también los procedimientos o maneras por las cuales nacen, cómo consiguen su carácter vinculante, y su contenido material¹⁰³⁶. En general, y con las insuficiencias que provienen de esta caracterización se ha indicado que las “normas jurídicas” se originan de una fuente estatal, o que reciben reconocimiento por parte del Estado. Su creación es oficial, estatal, y por medio de ellas se persigue imponer una determinada regla de conducta, y se asegura su obligatoriedad por vía de la fuerza coactiva.

Con esta descripción inicial, se quiere destacar que las normas jurídicas se diferenciarían de los “principios jurídicos”, cuya efectividad es cuestionada, ¿pero es esto efectivo? ¿Podrán diferenciarse de esta manera? Si se conciben como factores de distinta naturaleza, será necesario apreciar que cada categoría se apoya en una composición y funciones diferenciadas, cuyo resultado será que con ellas se conformará el objeto final, cual es el derecho. Es por ello que resulta indispensable un análisis descriptivo y crítico de los principios jurídicos.

Una revisión preliminar de la literatura existente, da cuenta de una materia que ha sido objeto de preocupación en distintos niveles, con un tratamiento especial en la teoría del

¹⁰³⁵ VERGARA (2018), § 4, p. 104.

¹⁰³⁶ Una síntesis de la discusión en torno a estas diferencias, en ALCALDE (2016), pp. 43-45, el cual termina admitiendo, con algunas observaciones, la distinción de DWORKIN, entre “directrices, principios y reglas”.

derecho¹⁰³⁷, posicionándose en el estudio de las fuentes formales¹⁰³⁸, y de los elementos de interpretación de la ley¹⁰³⁹; y otro tanto puede encontrarse dentro de la filosofía del derecho¹⁰⁴⁰. Otro tanto puede decirse respecto de las disciplinas jurídicas, las cuales han tomado en cuenta la sistematización aportada desde la primera, con la prevención que se trata de una atención que se ha desplegado progresivamente, a medida que se abandonó la mirada exegética de las áreas codificadas.

Desde el punto de vista material, el análisis de los principios jurídicos se ha realizado a nivel monográfico¹⁰⁴¹ y de artículos de doctrina¹⁰⁴², e incluso ha llevado a la realización de congresos y seminarios sobre temas específicos¹⁰⁴³. Por último, desde un punto de vista propedéutico, corresponde que sean abordados en estudios de carácter general o introductorio¹⁰⁴⁴. Todas estas circunstancias dan cuenta de la importancia general y especial que revisten los principios jurídicos, y que puedan atravesar casi todos los campos del derecho, tanto en lo teórico como en lo práctico¹⁰⁴⁵.

¹⁰³⁷ Un estudio de los principios jurídicos en la teoría del derecho, en BOBBIO (1994), núm. 81, pp. 238-241; VALLET DE GOYTISOLO (1997), pp. 77-103; FERNÁNDEZ/RUIZ (1997); APARISI (1997); GARCÍA (1997), pp. 60-71; CANARIS (1998), § 2, pp. 55-69; COMANDUCCI (1998); BARRÈRE (1998), pp. 122-126; ANSUÁTEGUI (1999), pp. 166-173; RUIZ (2000); NIETO (2003), pp. 29-30; MORESO/VILAJOSANA (2004), pp. 89-93; DíEZ-PICAZO (2011), pp. 209-219; ÁVILA (2011), p. 25; SQUELLA (2011), p. 17; FALCÓN Y TELLA (2011), pp. 121-128; ORTIZ *et alt.* (2012); DEL VECCHIO (2017); VERGARA (2018), pp. 93-123; ALONSO (2018).

Indirectamente; no se trata del objeto directo de estudio, VELLUZZI (2017), pp. 100-107.

Una aproximación al origen histórico de la noción de “principios generales del derecho”, en GUZMÁN (2015).

¹⁰³⁸ Algunas de las obras presentes en la literatura nacional, BASCUÑÁN (1972), pp. 95-105; WILLIAMS (1999), pp. 185-188; ESCANDÓN (2003), pp. 170-174; PEDRALS (2014), pp. 319-349; SQUELLA (2014), pp. 333-359. En el derecho español, GORDILLO (s/f), pp. 39-72; PRIETO (2016), pp. 205-212.

¹⁰³⁹ Es el caso de PACHECO (1994), pp. 414-417 y pp. 423-425; NAZAR (2018), pp. 291-296.

¹⁰⁴⁰ Aunque brevemente, MILLAS (2012), pp. 152-156; SQUELLA (2012), p. 564.

¹⁰⁴¹ Sin exhaustividad: ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS (1990); LIMODIO (2009), pp. 41-70; ALCALDE (2016); RABINOVICH-BERKMAN (2017), pp. 22-36.

¹⁰⁴² Algunos ejemplos, fuera de los citados, en NIÑO (1983); OLLERO (1998), p. 307; RUIZ (2000); ROSENDE (2002), p. 163; GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a); GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b). Pueden observarse asimismo las distintas colaboraciones contenidas en CARBONELL *et alt.* (2011).

Una revisión general sobre el estado doctrinario de la materia en VERGARA (2018), § 4, pp. 110-113.

¹⁰⁴³ Es lo que ha ocurrido en Chile con las “*Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Derecho: Los Principios Generales del Derecho*”, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (22, 23 y 24 de agosto de 2006), y los seminarios preparados por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, en los años 2009 y 2010, según da cuenta CARBONELL *et alt.* (2011), p. V.

¹⁰⁴⁴ PEÑAILILLO (2015), p. 47.

¹⁰⁴⁵ Esta circunstancia era expuesta por DE DIEGO: “*Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más alto y comprensivo sentido son materia propia del filósofo del derecho; empero hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen desde luego y dentro de su competencia están, cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva*”. DE DIEGO (2017), p. 10.

El resultado de una reiteración en el estudio de un área común debería traducirse en un conocimiento más acabado del objeto de análisis. Sin embargo, se aprecia que no existe un consenso sobre su concepto, naturaleza, funciones, y su efectividad en cuanto fuente formal. El resultado, en lo que respecta a los principios generales del derecho, es una noción que carece de suficiente claridad¹⁰⁴⁶. La perspectiva usualmente asignada la convierten, a los ojos de algunos autores, en “algo bastante deletéreo, más filosófico que jurídico”, de modo que da cuenta de una expresión “de pías intenciones más que normas jurídicas auténticamente vividas”¹⁰⁴⁷. Por otro lado, siguen en discusión importantes aspectos que la configuran en cuanto fuente formal, o sobre las distintas clases en que se manifiesta. Esta clase de circunstancias son las que obligan a revisarlas de forma descriptiva y crítica.

§ 2. PLAN DE ESTUDIO

Este Título dedicado a la revisión de los aspectos fundamentales de los principios jurídicos se encuentra dividido en nueve capítulos.

En primer lugar, trataremos sobre los aspectos generales de orden conceptual y descriptivo sobre los principios jurídicos, a fin de identificar el objeto de estudio propuesto (**Capítulo I**).

A continuación, se abordarán algunos antecedentes históricos en torno a su reconocimiento, lo cual permitirá identificar las distintas concepciones que ha habido en cuanto al concepto y naturaleza de los principios jurídicos (**Capítulo II**).

Hecho lo anterior, se abordarán en forma sintética algunas teorías que explican la naturaleza y origen de los principios jurídicos (**Capítulo III**),

Vinculado al análisis previo, debe abordarse la cuestión sobre la naturaleza jurídica de los principios, en cuanto constituyan realmente normas, o se traten de una calidad diferente (**Capítulo IV**).

Este análisis se extiende al problema del reconocimiento y consagración de los principios jurídicos entre las fuentes del derecho (**Capítulo V**).

También será necesario revisar cuáles son las principales funciones que se le han propuesto (**Capítulo VI**),

Finalizando esta parte, y tras haber completado un análisis general, se identificarán sus principales clases (**Capítulo VII**).

¹⁰⁴⁶ BARBERO (1962), núm. 38, p. 128; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 141.

¹⁰⁴⁷ LOIS (2003), pp. 88-89.

En forma específica, los análisis previamente señalados contribuirán a la precisión de aquellos principios jurídicos que integran el derecho privado chileno contemporáneo, lo cual servirá como antesala al estudio pormenorizado de aquellos principios en que se apoya la investigación (**Capítulo VIII**).

Capítulo I:

ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

SUMARIO: Sección 1: Nomenclatura: § 1. “Principios generales del derecho” – **§ 2.** Principios jurídicos – **§ 3.** Principios del derecho – **§ 4.** Principios.- **Sección 2: Concepto: § 1.** Un análisis semántico: 1.1. Principios: 1.1.1. En cuanto origen - 1.1.2. En cuanto base o cimiento - 1.1.3. En cuanto fundamento de una proposición; 1.2. Generales: 1.2.1. En cuanto identidad común entre varios elementos - 1.2.2. En cuanto da cuenta de un alto grado de aceptación - 1.2.3. Recurso al plural - 1.2.4. Pertinencia del adjetivo; 1.3. Del derecho: 1.3.1. Queda incorporada en las definiciones usuales de derecho - 1.3.2. Su significado estrictamente jurídico – **§ 2.** Análisis conceptual.- **Sección 3: Características: § 1.** En cuanto a su fuente: 1.1. Origen hermenéutico; 1.2. Pluralidad – **§ 2.** En cuanto a su contenido: 2.1. Nomenclatura; 2.2. Contenido normativo: 2.2.1. Brevedad - 2.2.2. Directividad - 2.2.3. Vaguedad - 2.2.4. Finalidad; 2.3. Contenido valorativo – **§ 3.** En cuanto a su ámbito de aplicación: 3.1. Generalidad; 3.2. Fundamento; 3.3. Supletoriedad.- **Sección 4: Diferencias con otras categorías jurídicas: § 1.** Los principios generales del derecho y la equidad – **§ 2.** Los principios generales del derecho y las reglas o máximas jurídicas – **§ 3.** Los principios generales del derecho y las cláusulas generales – **§ 4.** Los principios generales del derecho y la analogía.- **Sección 5: Síntesis.-**

En este primer punto corresponde abordar algunas cuestiones preliminares, las cuales persiguen identificar el objeto de estudio, desde un punto de vista terminológico y conceptual. Asimismo, se distinguirán diversas figuras afines a los principios jurídicos.

Trataremos en este capítulo sobre cuatro aspectos. En primer lugar, revisaremos la nomenclatura asignada (**Sección 1**). En segundo lugar, abordaremos los principios desde un punto de vista conceptual (**Sección 2**). A continuación, estudiaremos las principales características que le han sido atribuidas (**Sección 3**). Cerraremos con una precisión que permitirá diferenciarlas respecto de otras categorías jurídicas a las cuales usualmente se asocia (**Sección 4**).

SECCIÓN 1: NOMENCLATURA

Desde el plano literal, los principios han sido abordados bajo distintos nombres¹⁰⁴⁸, los cuales contribuyen a generar algunas inquietudes sobre su significado.

Usualmente no se suele abordar en forma detallada la nomenclatura empleada, lo cual justifica las dificultades para comprenderla¹⁰⁴⁹. Es por ello que se abordará primariamente este aspecto, incluso antes de su análisis conceptual y su categorización.

Los autores las identifican como “principios generales del derecho”, “principios jurídicos”, principios del derecho” y “principios”. Se analizará cada una de estas acepciones, destacando su significado.

§ 1. “PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO”

La denominación corrientemente utilizada en la teoría del derecho consiste de “principios generales del derecho”¹⁰⁵⁰, y sistemáticamente se las aborda a propósito de las fuentes formales, y del estudio de los elementos de interpretación, conforme se ha reseñado.

Bajo esta redacción, la propia denominación revela la justificación de su inserción en esta disciplina. Se trata de un conjunto de “principios”, los cuales tienen el atributo de ser “generales”, y este calificativo es el que permite que sean predicados respecto de la unidad completa que es el derecho. Esta referencia determina que los principios insertos en este punto son aplicables con prescindencia del área específica.

¹⁰⁴⁸ ORTIZ *et alt.* (2012), p. 11; PEDRALS (2014), núm. 102, p. 319.

¹⁰⁴⁹ Como lo denuncia GUZMÁN (2015), § 1, p. 3: “*Es muy constante que las investigaciones sobre el concepto de unos “principios generales del derecho” suelen omitir el examen de la noción previa y sustantiva, vale decir, de la de “principio” misma, como si la dieran por sentada y conocida; y, lo que es peor, como si supusieran que tal examen carece de relevancia para la determinación del concepto que se pretende investigar. No es, por consiguiente, extraño que, en torno al punto de qué sean los principios generales del derecho, con semejante método terminemos por permanecer en la ignorancia inicial*”.

¹⁰⁵⁰ ALESSANDRI (1930), pp. 3-4; COVIELLO (1949), núm. 29, p. 95; BARBERO (1962), núm. 38, p. 128; BASCUÑÁN (1972), pp. 95-97; DE CASTRO (1984), p. 405; GORDILLO (s/f), p. 15; CANCELA *et alt.* (1988), § 20, p. 70; CASTÁN (1988), pp. 492-511; ESCOBAR (1990), p. 101; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS (1990), p. 11; DíEZ-PICAZO (1993), pp. 5 y 9; MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, p. 125; BOBBIO (1994), núm. 81, p. 238; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 141; PACHECO (1994), p. 414; DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIANO (1994), p. 232; ARA (1995), p. 262; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48; APARISI (1997), p. 269; GARCÍA (1997), p. 60; VALLET DE GOYTISOLO (1997), p. 77; CANARIS (1998), § 2, p. 55; DE ESTEBAN (1998), p. 266; WILLIAMS (1999), pp. 185-186; GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), p. 56; MARTÍN (2000), p. 88; BELTRÁN (2000), p. 98; URÍA (2002), núm. 14, p. 23; GARRIDO (2002), p. 303; LOIS (2003), p. 87; ESCANDÓN (2003), p. 170; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41; ALBALADEJO (2009), § 16, p. 101; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 121; SQUELLA (2012), p. 564; PARADA (2012), p. 75; ORTIZ *et alt.* (2012), p. 11; PEDRALS (2014), núm. 102, p. 319; SQUELLA (2014), p. 333; ALCALDE (2016); PRIETO (2016), p. 205; GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 19; GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b), p. 78; RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, p. 22; DE DIEGO (2017), p. 10; DEL VECCHIO (2017), p. 36; OSORIO (2017), p. 127; NAZAR (2018), núm. 99, p. 291; DE PABLO (2018), § 39, p. 106; BALAGUER (2018), p. 70.

En relación a esta nomenclatura, debemos acusar ciertos casos en los cuales se habla simplemente de “principios generales”¹⁰⁵¹, sin aludir directamente a que provengan del derecho.

§ 2. PRINCIPIOS JURÍDICOS

Una segunda denominación que se logra apreciar es la de “principios jurídicos”¹⁰⁵². Se trata de una denominación más bien moderna, y que usualmente se la asocia al estudio de los principios que rigen en forma concreta a una determinada disciplina jurídica.

Es por ello que vemos obras dedicadas al análisis de los principios en el derecho público¹⁰⁵³ y privado¹⁰⁵⁴, o los principios del derecho civil¹⁰⁵⁵, penal¹⁰⁵⁶, procesal civil y penal, del trabajo¹⁰⁵⁷, constitucional¹⁰⁵⁸, o administrativo¹⁰⁵⁹, entre otros.

§ 3. PRINCIPIOS DEL DERECHO

Una variante del concepto anterior es aquella que las designa como “principios del derecho”¹⁰⁶⁰, eliminando la cuestión sobre el carácter general con que se las concibe.

En este punto, la eliminación del carácter “general” se encontraría en la propia naturaleza con que se estima operar el principio, cual es precisamente su calidad de general. Por tanto, incorporar esta última acepción sería reiterativo.

§ 4. PRINCIPIOS

¹⁰⁵¹ SALERNO (1998), núm. 22, p. 148; CANARIS (1998), § 2, p. 55; VÁSQUEZ (1999), p. 33; URRUTIGOITY (2009), p. 281.

¹⁰⁵² Es lo que vemos en FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 142; BARRÈRE (1998), p. 124; COMANDUCCI (1998), p. 89; RUIZ (2000), p. 149; MORESO/VILAJOSANA (2004), p. 89; LIMODIO (2009), p. 51; MARTÍNEZ (2009), p. 347; CARBONELL *et alt.* (2011); Díez-PICAZO (2011), p. 209; VERGARA (2018), § 4, p. 93.

¹⁰⁵³ ALCALDE (2016); MODERNE (2017).

¹⁰⁵⁴ ALCALDE (2016).

¹⁰⁵⁵ GUTIÉRREZ (2011); DE LA MAZA (2011).

¹⁰⁵⁶ ROJAS (2011).

¹⁰⁵⁷ IRURETA (2011).

¹⁰⁵⁸ VIERA-GALLO (2011); ALDUNATE (2011); CARBONELL/LETÉLIER (2011); LEÓN (2011); VERGARA (2011 a).

¹⁰⁵⁹ GARRIDO (2002), pp. 303-309; VERGARA (2011 b); GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a); GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b).

¹⁰⁶⁰ COLOMA (2011), p. 3; GUZMÁN (2015), pp. 1-2; VELLUZZI (2017), p. 100.

Por último, debe considerarse la reducción del concepto a tan sólo “principios”¹⁰⁶¹.

Esta nomenclatura no alude en forma alguna a su relación con el derecho, y puede implicar su relación con su sentido filosófico. Y se ha anunciado que la falta de identificación del ámbito al que correspondan tales, podría conducir a dificultades a la hora de identificar el sentido en que se refiere la palabra¹⁰⁶².

Por otro lado, la expresión “principios” ha sido utilizada en el ámbito bibliográfico, a fin de designar diversas clases de libros y obras de naturaleza introductoria, o para identificarse claramente con una función básica, no profundizada, descartando por esta vía que se pueda calificar como un tratado. En el ámbito jurídico se la utiliza para hablar de los “principios de derecho”, acompañada en este último punto de la disciplina estudiada en dicha obra (público, privado, latinoamericano, entre otros).

Por otro lado, se ha justificado el uso de la expresión “principios” con un propósito metodológico, para efectos de justificar el ámbito analizado, y evidenciar la concepción *iusfilosófica* asumida. En el ámbito del derecho privado, se ha defendido el uso de “principios del derecho privado”, intentando por esta vía abarcar un ámbito mucho más amplio que el tradicional; comprendería el estudio de la ley natural (*lex naturale*), entendida esta última como un hecho de la experiencia humana, y el resultado del juicio de la razón que emite juicios valorativos, por el cual se establece cuándo algo está bien o está mal¹⁰⁶³. No comprendería sólo el estudio de la ley positiva, la cual se acusa como la tendencia en la perspectiva del derecho privado, lo cual se traduce en la propia denominación “parte general”¹⁰⁶⁴, la cual se evita:

“ya que la misma hace referencia a la teoría general y esta implica una visión positivista puesto que la parte general no sería otra cosa que legitimar la visión de la ley como fuente principal y excluyente del derecho”¹⁰⁶⁵.

Expuestas algunas cuestiones sobre la nomenclatura utilizada por la literatura jurídica, avanzaremos hacia el concepto de los principios generales del Derecho.

SECCIÓN 2: CONCEPTO

¹⁰⁶¹ BARRÈRE (1998), p. 122; ANSUÁTEGUI (1999), p. 166; NIETO (2003), p. 29; GORDILLO (2003), p. 81; URRUTIGOITY (2009), p. 282; GARCÍA (2011); ATRIA (2011); BARROS (2014 b), p. 22; PEÑAILILLO (2015), p. 46.

¹⁰⁶² SQUELLA (2011), p. 18.

¹⁰⁶³ LIMODIO (2009), p. 58.

¹⁰⁶⁴ LIMODIO (2009), pp. 58-59.

¹⁰⁶⁵ LIMODIO (2009), p. 59.

Para este respecto, atenderemos a las explicaciones que la doctrina ofrece en este punto, puesto que de ellas será posible identificar los aspectos que existen en común a la hora de la individualización de estos principios.

Usaremos como premisa la expresión “principios generales del derecho”, porque se trata de una de una expresión tradicional en la literatura jurídica, y que da mejor cuenta del significado y alcances que ésta tiene¹⁰⁶⁶.

§ 1. UN ANÁLISIS SEMÁNTICO

1.1. Principios

En cuanto a su origen etimológico, “principios” constituye una palabra que proviene del latín *principium*. La anterior, deriva del latín *princeps*, y esta última de *primo-caps* (*primus* y *capere*), que se traduce literalmente como “que toma el primer lugar, la primera parte, el primer rango”¹⁰⁶⁷.

Tan sólo en su significado usual se encuentra compuesta de una serie de significados, los cuales han debido ser revisados por los autores¹⁰⁶⁸, y cuya variedad justificaría la crítica de su ambigüedad¹⁰⁶⁹.

1.1.1. *En cuanto origen*

En cuanto al significado de esta palabra, es posible constatar en los diccionarios de carácter usual que tiene diversos significados, aunque todos ellos guardan alguna clase de relación entre sí. En este sentido, y sólo limitándonos a aquellas que se relacionan con el objeto de estudio, se habla del “primer instante del ser de algo”; o la “causa, origen de algo”.

Tratándose de estos significados, puede notarse que el “principio” tiene un significado temporal y espacial, marcando en ambos una vinculación con el “inicio” o “comienzo” de algo. Se concibe, así, como un punto de partida, a partir del cual nace algo, o comienza el camino de algo; en forma más precisa, este concepto podemos referirlo a “cómo, dónde o cuándo ese algo comienza”¹⁰⁷⁰. Bajo esta perspectiva, incluso podríamos relacionarla con la idea de “fuente” u “origen”, y así se admita que la Constitución sea el “principio”, dado que

¹⁰⁶⁶ En relación a ello, GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b), p. 79, manifiesta que la expresión es “feliz”. En nuestro concepto, esta afirmación se formula en el sentido que ella es capaz de explicar inmediatamente el significado de la expresión.

¹⁰⁶⁷ GUZMÁN (2015), § 1, p. 5, n. 4.

¹⁰⁶⁸ Algunos ejemplos de este esfuerzo pueden ser consultados en SQUELLA (2014), pp. 342-350.

¹⁰⁶⁹ BARRÈRE (1998), p. 125.

¹⁰⁷⁰ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, p. 22.

“conformarían el punto de arranque de las restantes normas del ordenamiento jurídico”¹⁰⁷¹, asunto sobre el cual se ha tratado.

1.1.2. *En cuanto base o cimiento*

La expresión también se ha definido como el “punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa”.

Tiene en este punto un significado material, y se emparenta con un proceso de construcción o conformación de un objeto, marcando su origen y también los elementos a partir del cual se sostiene ese objeto. En relación a ello, se dice que los “principios” comprendan “aquellos factores que constituyen las bases de alguna cosa”¹⁰⁷², como podría serlo un país, una cultura o una institución¹⁰⁷³.

1.1.3. *En cuanto fundamento de una proposición*

También se constata un segundo sentido, al revisar los siguientes significados: “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia”, y “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”.

En estas últimas nociones, la voz “principio” adopta un significado de naturaleza discursiva. Supone que una proposición o idea que es comunicada por una persona, se encuentra apoyada por un determinado punto, idea o verdad, el cual sostiene su continuación.

Tiene algún grado de sentido temporal, dado que se la ubica al comenzar la proposición, pero tiene como elemento adicional que servirá de sustento a la idea que se quiere expresar. Por tanto, en virtud del principio, la comunicación adquiere una secuencia temporal y lógica, que le permite sostenerse.

1.2. Generales

En su singular, el adjetivo calificativo “general” proviene del latín, *generālis*. Bajo esta expresión, se entiende algo que es “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente”, y “común, frecuente, usual”.

1.2.1. *En cuanto identidad común entre varios elementos*

¹⁰⁷¹ APARISI (1997), p. 271.

¹⁰⁷² RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, p. 22.

¹⁰⁷³ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, p. 22. Es por ello que se afirma que los principios se llaman de esta forma porque “informan” la institución en que se manifiestan (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2016 b, p. 79).

Estos significados dan cuenta que los principios, que son el sustantivo respecto del cual se predica este adjetivo, gozan de una característica. Importan una construcción, la cual surge por vía de identificar aspectos que son reiterados en un determinado conjunto de objetos, individuos o sujetos que son analizados, a pesar de las distintas características que pudieren tener entre sí.

Esta ubicación asegura igualmente el ámbito en que pueden aplicarse estos principios. Comprenderán cualquiera clase de disciplina jurídica, con prescindencia de su naturaleza, e incluso con prescindencia del mayor o menor grado de especialización de las normas en que se encuentre compuesta.

1.2.2. *En cuanto da cuenta de un alto grado de aceptación*

También esta “generalidad” se justifica en el mayor grado de aceptación que tiene la noción. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA refiere que este atributo se define como

“procedentes de una estimativa objetiva y social, no de la apreciación retórica y singular de una supuesta “justicia del caso concreto”, de una “justicia del cadí”, en la famosa expresión de Richard Schmidt”¹⁰⁷⁴.

1.2.3. *Recurso al plural*

El recurso al plural, “generales”, constituye una indicación de que no existiría un “principio” único, sino que se traduce en una variedad de ellos. Con todo, no todos coinciden con esta afirmación, como ocurre con el caso de VERGARA, quien afirma que los principios son propios de cada disciplina especial, y no sería posible afirmar la presencia de principios de naturaleza universal¹⁰⁷⁵.

Por su parte, VELLUZZI sostiene que los principios adquieren distintos grados de generalidad, de modo que se podrán organizar de manera graduable, aceptándose la existencia de principios más generales respecto a otros¹⁰⁷⁶.

1.2.4. *Pertinencia del adjetivo*

GUZMÁN ha señalado que el recurso al calificativo “general” tiende a oscurecer la extensión de los principios. Esto, puesto que entiende que, por sí mismo, todo principio es general¹⁰⁷⁷.

1.3. Del derecho

1.3.1. *Queda incorporada en las definiciones usuales de derecho*

¹⁰⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b), p. 79.

¹⁰⁷⁵ VERGARA (2018), § 4, pp. 120-121.

¹⁰⁷⁶ VELLUZZI (2017), p. 103.

¹⁰⁷⁷ GUZMÁN (2015), p. 2.

Este último nivel es el ámbito del cual se obtienen estos principios, o se deduce la existencia de estos principios. Para efectos de este análisis, entendemos por “derecho” a “la expresión de los principios de justicia que regulan las relaciones de las personas en sociedad y determinan las facultades y obligaciones que les corresponden, considerando las circunstancias histórico-sociales”¹⁰⁷⁸.

El origen de estos principios debe ser tenido en cuenta, ya que al sostener que los principios emanan de aquel conjunto de reglas que regulan las relaciones del ser humano en sociedad, y que el derecho regulan la vida en sociedad del ser humano, entonces los principios también participan de esta función.

1.3.2. *Su significado estrictamente jurídico*

También se ha sostenido que, al incluir este vocablo,

“se concreta su validez jurídica, en el sentido ya del derecho aplicable, como también su expresión técnica, fruto de la experiencias de la vida jurídica, expresable sólo en una técnica de este carácter, y no como un simple precepto moral, lo que de nuevo revela su carácter objetivo”¹⁰⁷⁹.

§ 2. ANÁLISIS CONCEPTUAL

La doctrina ha enunciado algunas definiciones para los principios generales del derecho.

DE CASTRO explica que los principios generales del derecho consisten de “las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación”¹⁰⁸⁰. ARCE Y FLORES-VALDÉS los define diciendo que son “las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora (*sic*), interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico”¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁸ PACHECO (1990), p. 788.

¹⁰⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b), pp. 79-80.

¹⁰⁸⁰ DE CASTRO (1984), p. 420. Esta definición será repetida por DE ESTEBAN (1998), p. 267, y BELTRÁN (2000), p. 98.

En un sentido similar, DE PABLO (2018), § 39, p. 108, las define como “las ideas motrices del conjunto del ordenamiento”. Del mismo modo se encuentra a FALCÓN Y TELLA (2011), p. 121: “Los principios generales del derecho son las ideas fundamentales que informan nuestro derecho positivo (leyes y costumbres) y, en última instancia, los que derivan de la justicia”.

¹⁰⁸¹ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS (1990), p. 79.

También se las ha descrito como las “pautas o directrices que informan y orientan a todo un ordenamiento jurídico”¹⁰⁸². De un modo equivalente, aplicado en el ámbito del derecho comercial, se las refiere como “aquellos postulados informadores del ordenamiento mercantil que se inducen de las normas positivas integrantes del mismo”¹⁰⁸³.

Por su parte, ALBALADEJO señala que los principios generales del derecho “son las ideas fundamentales que informan nuestro derecho positivo contenido en leyes y costumbres y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro ordenamiento jurídico”¹⁰⁸⁴.

DÍEZ-PICAZO define los principios jurídicos como aquellas normas “básicas”, en cuanto que “encuentran su raíz y, además, expresan o reflejan las líneas maestras y los criterios fundamentales de organización”¹⁰⁸⁵.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO define los principios generales del derecho como “los valores o creencias fundamentales de carácter social vigentes en cada momento”, de modo que ellos “reflejan la conciencia social”¹⁰⁸⁶.

En definitiva, cuando se abordan los principios jurídicos, se coincide en que constituyen un “conjunto de ideas generales o rectoras que inspiran al ordenamiento jurídico”. Se las afirma como una pauta o conjunto de valores que se manifiestan en el ordenamiento jurídico, y que constituyen el reflejo de aquellos valores o convicciones que han sido reconocidos, compartidos y protegidos por la comunidad¹⁰⁸⁷. En relación a esta última idea, GARCÍA DE ENTERRÍA refiere que los principios generales del derecho “condensan los valores primigenios del ordenamiento”¹⁰⁸⁸.

SECCIÓN 3: CARACTERÍSTICAS

PEDRALS ha sostenido que los principios generales del derecho se caracterizan de la siguiente manera: su directividad, generalidad, fundamento, valor, nombre y brevedad¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸² ESCANDÓN (2003), p. 170.

¹⁰⁸³ URÍA (2002), núm. 14, p. 23.

¹⁰⁸⁴ ALBALADEJO (2009), § 16, pp. 101-102. Esta definición aparece utilizada, con expresa alusión a la autoría anterior, en VÁSQUEZ (1999), p. 33.

¹⁰⁸⁵ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 213.

¹⁰⁸⁶ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48. En prácticamente los mismos términos, se conservará esta definición en BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41. Esta definición se encuentra citada, sin mención de autoría, en MARTÍN (2000), p. 88.

¹⁰⁸⁷ En un sentido similar, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 146.

¹⁰⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), p. 56.

¹⁰⁸⁹ PEDRALS (2014), núm. 104, pp. 324-325.

Por nuestra parte, añadiremos que son de aplicación subsidiaria, su pluralidad, y su origen hermenéutico.

La constatación de este conjunto de características nos permite identificar que estas características se organizan a partir de ciertos criterios que procedemos a enumerar: en cuanto a su fuente, contenido y ámbito de aplicación.

Sin embargo, a la hora de la determinación de los principios jurídicos, se ha acusado que no es posible asumir que existe un solo tipo de principio, y que todos los principios poseen una o más características comunes¹⁰⁹⁰.

§ 1. EN CUANTO A SU FUENTE

En lo que respecta a su fuente u origen, los principios jurídicos se caracterizan por su carácter hermenéutico, y su pluralidad.

1.1. Origen hermenéutico

Los principios jurídicos han surgido, en forma preponderante, de la labor hermenéutica desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia¹⁰⁹¹.

Esto implica que los principios emanan de los procesos de interpretación e integración del derecho, labor para la cual los juristas han debido estudiar el contenido del ordenamiento jurídico, a fin de identificar aquellos valores e ideas fundamentales en que éste se apoya. Por tanto, y al igual que la equidad, se trata de fuentes que no son “creadas”, sino “descubiertas”¹⁰⁹².

Asimismo, este origen tiene algunas consecuencias en la formulación del principio. Se sostiene que algunos principios se estructuran a título de “normas de segundo grado” o “metanormas”, las cuales sólo persiguen regular la aplicación del derecho, de modo que no se dirigen a los particulares, sino a los órganos jurisdiccionales y administrativos¹⁰⁹³.

El legislador ha ido “positivizando” algunos de los principios jurídicos que habían sido inicialmente elaboradas por la doctrina y aplicadas por los jueces en la resolución de conflictos. Pero ello no significará que se detenga la labor de interpretación por parte de estos actores. Incluso aquellos principios jurídicos explícitos requieren de una revisión crítica, motivo por el cual la labor hermenéutica no cesa.

¹⁰⁹⁰ GUASTINI (1999), p. 146.

¹⁰⁹¹ VERGARA (2018), § 4, pp. 104-105 y p. 113.

¹⁰⁹² MARTÍNEZ (2009), p. 347.

¹⁰⁹³ GUASTINI (1999), p. 149.

Esta característica serviría para sostener que los principios jurídicos *no tendrían un origen estatal*, en el sentido que ellas no se fundan en la autoridad del Estado, como ocurre con la ley, ni tampoco derivan de los usos o prácticas sociales¹⁰⁹⁴. Con todo, esta afirmación debe manejarse con cuidado, dada la presencia de ciertos principios que se concretan inmediatamente en una norma jurídica, sea constitucional o legal, de modo que ellas sí tienen una fuente estatal concreta.

Este origen adquirió tal relevancia para la teoría del derecho, que se estima constituye uno de los hitos que marcará la ruptura del positivismo jurídico¹⁰⁹⁵.

1.2. Pluralidad

Los principios jurídicos son variados, dado que se pueden identificar en las distintas disciplinas jurídicas¹⁰⁹⁶.

Esta circunstancia significará la posibilidad de identificar niveles entre los principios jurídicos, conforme se tratará hacia el final. Los principios se ubican desde una condición general, hasta distintos ámbitos especiales.

§ 2. EN CUANTO A SU CONTENIDO

Este atributo da cuenta de ciertas características que surgen de la estructura interna de los principios jurídicos. Ellos comprenden cuestiones de nomenclatura, su contenido normativo y valorativo.

2.1. Nomenclatura

Que posean un *nombre*, implica que los principios “se conocen con un rótulo que alude a un aspecto fundamental del mismo”. Tratándose de PEDRALS, acude a designaciones simples: legalidad, igualdad, cosa juzgada¹⁰⁹⁷.

En rigor, estimamos que la denominación es compuesta, dado que varios de los principios jurídicos son designados atendido a una determinada actividad, la cual explica inmediatamente cuál es su función; bien se aprecia este modelo respecto de “autonomía de la voluntad”, “libre circulación de la riqueza”, “repudio al enriquecimiento sin causa”, “protección de la buena fe”, “respeto a los actos propios”. Todos ellos suponen una estructura compleja, formulada en sentido positivo o negativo.

¹⁰⁹⁴ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, p. 127.

¹⁰⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), p. 46.

¹⁰⁹⁶ VERGARA (2018), § 4, pp. 120-121. En un sentido similar, VELLUZZI (2017), p. 103.

¹⁰⁹⁷ PEDRALS (2014), núm. 104, p. 325.

En un *sentido positivo*, implican el reconocimiento de una idea, valor o bien jurídico que se persigue proteger de una determinada manera. Siendo así, cuando se habla de “autonomía de la voluntad”, el ordenamiento jurídico promueve que la “voluntad” de las partes carezca de limitaciones (“autonomía”).

En un *sentido negativo*, se constata el esfuerzo del ordenamiento jurídico de prevenir, castigar o sancionar una situación que estime indebida, ilegítima o injusta. Cuando en el ámbito penal o civil se alude a la “irretroactividad de la ley”, quiere impedirse la aplicación hacia el pasado (“irretroactividad”) de las normas legales, como una forma de evitar resultados perniciosos.

Por último, para que sean calificados como un principio jurídico, no es necesario que lleven la designación formal de “principio”, la cual “no es condición ni necesaria ni suficiente” para identificarlos como tales¹⁰⁹⁸.

2.2. Contenido normativo

En lo que respecta al contenido normativo de los principios jurídicos, éstos se caracterizarían por su brevedad, directividad, vaguedad y finalidad.

2.2.1. Brevedad

En cuanto a su brevedad, quiere significar que un principio “no es una explicación detallada, sino una fórmula sumaria”¹⁰⁹⁹, en términos que se ajusta a una técnica del “mínimo material”¹¹⁰⁰.

Los principios jurídicos constituyen una suerte de síntesis del ámbito en el cual se aplica. Sería imposible hablar propiamente de un “resumen” si el principio no es capaz de formularse en términos sencillos, que permitan entender su funcionamiento y aplicación a partir de su sola lectura. Distinto es la mayor o menor extensión que conceptualmente pudiere corresponderles.

Esta brevedad sería tal que se ha sostenido que algunos principios se encuentran incluso “privados de toda formulación”, lo cual significa que algunos de ellos son habitualmente mencionados, pero no formulados, de modo tal que se los designa “por el nombre”¹¹⁰¹, con la idea de que en ella queda inmediatamente claro su significado y efectos. Es más, algunos de los principios no podrían verse reducidos a un único enunciado normativo, dado que en el proceso se corre riesgo de una formulación torpe e inadecuada¹¹⁰².

¹⁰⁹⁸ COMANDUCCI (1998), p. 92.

¹⁰⁹⁹ PEDRALS (2014), núm. 104, p. 325.

¹¹⁰⁰ PEDRALS (2014), núm. 104, p. 325.

¹¹⁰¹ GUASTINI (1999), p. 148.

¹¹⁰² GUASTINI (1999), p. 148, quien cita como ejemplo de este tipo el principio de separación de poderes.

2.2.2. *Directividad*

Que posean *directividad* querría significar que los principios jurídicos constituyen una “directiva”, es decir, que incluyen un supuesto y una consecuencia. Esto significa que son auténticas normas jurídicas¹¹⁰³.

Este punto será discutido a propósito de la naturaleza de los principios.

2.2.3. *Vaguedad*

Esta clase de indeterminaciones son las que han contribuido a la caracterización de los principios jurídicos como “vagos”¹¹⁰⁴, lo cual se explicaría por la fuerte abstracción que los caracteriza¹¹⁰⁵, y que se encuentra en un nivel mayor al de las reglas de derecho¹¹⁰⁶.

La doctrina ha discutido el significado de tal afirmación¹¹⁰⁷, pero creemos que precisamente en esta clase de indeterminaciones se evidencian problemas propios de la vaguedad¹¹⁰⁸. Ellas pueden decir relación con que no quedan precisadas las situaciones a las que se aplican¹¹⁰⁹.

Se reconoce que no existe una forma concreta de medir la indeterminación de los principios¹¹¹⁰.

Por último, y aunque la vaguedad pudiera ser estimada como un defecto, en esta materia tiene una notoria utilidad, dado que asegura que los principios sean naturalmente adaptables¹¹¹¹, o que se las designe con el calificativo de “flexibles”¹¹¹².

2.2.4. *Finalidad*

Algunos de los principios jurídicos se caracterizan por ser normas teleológicas, es decir, que no prescriben un comportamiento concreto, sino más bien encomiendan la obtención de un fin¹¹¹³. Para alcanzar ese fin los destinatarios de la norma podrán escoger entre una pluralidad de comportamientos alternativos¹¹¹⁴.

¹¹⁰³ CANARIS (1998), § 2, p. 57 y p. 60; PEDRALS (2014), núm. 104, p. 324.

¹¹⁰⁴ COMANDUCCI (1998), p. 103; ANSUÁTEGUI (1999), p. 167.

¹¹⁰⁵ COLOMA (2011), p. 5; SQUELLA (2011), p. 24.

¹¹⁰⁶ COLOMA (2011), p. 5.

¹¹⁰⁷ VELLUZZI (2017), p. 103.

¹¹⁰⁸ En contra, GUASTINI (1999), pp. 146-147, quien acusa que la vaguedad es un elemento característico de las normas y los principios.

¹¹⁰⁹ BARROS (2014 b), p. 22.

¹¹¹⁰ GUASTINI (1999), p. 147.

¹¹¹¹ BARROS (2014 b), p. 30, con cita de HART.

¹¹¹² CANARIS (1998), § 2, p. 57.

¹¹¹³ GUASTINI (1999), p. 149.

¹¹¹⁴ GUASTINI (1999), p. 149.

También se ha dicho que los principios persiguen orientar la aplicación práctica de una determinada legislación¹¹¹⁵.

2.3. Contenido valorativo

Los principios jurídicos han sido concebidos en forma general, diciendo que se caracterizan por su valor. Dicho de otro modo, consisten en valores¹¹¹⁶. De hecho, una forma en que se han definido los principios ha sido por vía de estimarlas como “normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc.”¹¹¹⁷.

El *valor* del principio general del derecho se traduce en que ellos tendrían “un “acento axiológico”, una “carga estimativa”, un “peso ético-racional” y suscita “juicios de valor”¹¹¹⁸. En efecto, se afirma que los principios tienen un contenido en el cual el valor es explícito en ellos¹¹¹⁹.

En cuanto a su extensión, los principios jurídicos contendrían valores que no son singulares, sino que se encuentran alrededor del ordenamiento jurídico, y que aseguran su unidad. Es por ello que se diga que un “sistema” jurídico pueda ser definido como “un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho”¹¹²⁰.

Este contenido valorativo se traduciría al propio lenguaje empleado por el principio, los cuales en las más de las veces han sido formulados no en un lenguaje prescriptivo, sino más bien optativo o valorativo¹¹²¹. Aunque se sostenga que los principios dirijan el comportamiento, ello ocurrirá de manera indirecta; “a veces proclamando un valor, a veces formulando auspicios”¹¹²².

Esto implicaría que se juzga la mayor o menor fuerza de convicción que éstos tienen para quienes deben aplicarlos en el caso concreto. Este punto se relaciona con el origen del principio, ya que su inserción directa en una norma constitucional o legal les aseguraría inmediatamente la fuerza normativa de estas respectivas fuentes.

Tal atributo no ha sido aceptado por la generalidad de los autores, como ocurre con VELLUZZI, quien acusa que los principios podrían eventualmente no contener términos valorativos, y a pesar de esta circunstancia puedan seguir siendo considerados principios¹¹²³.

¹¹¹⁵ PEÑAILILLO (2015), p. 46.

¹¹¹⁶ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48; GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), p. 56.

¹¹¹⁷ RUIZ (2000), p. 151.

¹¹¹⁸ PEDRALS (2014), núm. 104, p. 324.

¹¹¹⁹ CANARIS (1998), § 2, p. 59.

¹¹²⁰ CANARIS (1998), § 2, p. 55.

¹¹²¹ GUASTINI (1999), p. 148.

¹¹²² GUASTINI (1999), pp. 148-149.

¹¹²³ VELLUZZI (2017), pp. 104-105.

§ 3. EN CUANTO A SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

Respecto a las características que surgen de su ámbito de aplicación, los principios jurídicos pueden destacarse por su generalidad, fundamento y subsidiariedad.

3.1. Generalidad

Que sean *generales* significa que los principios “atravesan la totalidad del derecho”¹¹²⁴, de modo que son aplicables a cualquier materia jurídica¹¹²⁵. Este atributo es de tal relevancia que se la incluye dentro de su denominación, conforme ha sido tratado.

Hemos visto que, con independencia del problema de la unidad o diversidad de principios jurídicos, en un contexto de pluralidad, ellos se organizan en grados de especialidad, y van disminuyendo hasta un punto en que van perdiendo su generalidad, y se hacen más limitados en cuanto a su ámbito y autoridad¹¹²⁶.

Que un principio jurídico pueda ser calificado como “general”, se entiende que no puede lograrse a través de un criterio que pueda fijarse de antemano, de modo que esto mismo constituye un criterio relativo¹¹²⁷. La doctrina ha propuesto algunas fórmulas, las cuales trataremos más adelante.

3.2. Fundamento

Que sean un fundamento se traduce en que “puede tener una base más o menos amplia”¹¹²⁸. Esto se explica en alguna forma por el atributo de generalidad de que gozan.

Los principios permiten explicar el contenido del ámbito en que se aplican, y facilita la interrelación de las normas que integran el ordenamiento, siendo más fácil que se congreguen alrededor de un principio que de una norma que típicamente se estructura bajo la fórmula de un supuesto y una consecuencia¹¹²⁹.

También se ha sostenido que, al tratarse los principios jurídicos de normas que son fundamentales, trae como consecuencia que

¹¹²⁴ PEDRALS (2014), núm. 104, p. 324. Reconociendo la característica, pero sin explicar su significado, SQUELLA (2011), p. 24.

¹¹²⁵ PEÑAILILLO (2015), p. 47.

¹¹²⁶ DE DIEGO (2017), p. 10.

¹¹²⁷ CANARIS (1998), § 2, p. 56.

¹¹²⁸ PEDRALS (2014), núm. 104, p. 324.

¹¹²⁹ En este sentido, CANARIS (1998), § 2, p. 57.

“su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del ordenamiento o del sector del ordenamiento en el que actúan o desarrollan sus efectos, ya que los principios constituyen, entre otras cosas, criterios preferenciales de interpretación”¹¹³⁰.

Pero también puede destacarse que este atributo da cuenta de una característica de los principios jurídicos, que parecen no requerir, a su vez, de otro fundamento o justificación, ya que se perciben como elementos obvios, autoevidentes o intrínsecamente justos¹¹³¹.

Este atributo resulta criticado, puesto que este atributo confía la calificación de los principios a un juicio subjetivo de valor de los intérpretes¹¹³².

Esta característica será tratada más adelante, a propósito de las funciones de los principios jurídicos.

3.3. Supletoriedad

En distintos ordenamientos jurídicos, los principios son reconocidos en cuanto fuente del derecho, y en cuanto elemento de interpretación e integración. Empero, no se aplican inmediatamente en la resolución de conflictos, sino más bien en caso que las restantes fuentes nada pudieren decir frente al supuesto de hecho respectivo. En forma específica, se las aplicará a falta de ley o de costumbre¹¹³³.

Esta aplicación ha llevado a algunos autores a calificar a los principios jurídicos como doblemente “post-legales”. En primer lugar, porque se aplican en defecto de la ley; y en segundo lugar, porque el contenido de los principios se consideran una mera decantación de las leyes que componen el ordenamiento¹¹³⁴.

Algunos autores han ensayado que esta subsidiariedad cumple como función asegurar la plenitud del ordenamiento jurídico, dado que con ellas se completará el sistema de fuentes del derecho, en caso que las anteriores no fuesen aplicables. Pero también contribuiría a reducir el riesgo de atribuir una función creadora del derecho en manos del juez. Este tema será tratado más adelante.

Esta supletoriedad se encontraría reforzada, en la concepción de algunos autores, porque los principios se aplican “siempre indirectamente”, a través de la ley o de la costumbre, y sólo en forma directa en defecto de las anteriores¹¹³⁵.

¹¹³⁰ ANSUÁTEGUI (1999), p. 166.

¹¹³¹ GUASTINI (1999), p. 151.

¹¹³² GUASTINI (1999), p. 147.

¹¹³³ GORDILLO (s/f), p. 37; URÍA (2002), núm. 14, p. 23; FALCÓN Y TELLA (2011), pp. 121-122; GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 19; VERGARA (2018), § 4, p. 95.

¹¹³⁴ OLLERO (1998), p. 307, n. 7.

¹¹³⁵ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

Otros han denunciado que se produciría una contradicción entre la importancia asignada a los principios, en comparación al rango normativo que se les ha designado¹¹³⁶.

La supletoriedad será tratada en forma detallada a propósito de las funciones que cumplen los principios jurídicos, dado que se han planteado algunas diferencias para el caso que sean utilizadas como un elemento de interpretación o de integración de la ley.

SECCIÓN 4: DIFERENCIAS CON OTRAS CATEGORÍAS JURÍDICAS

La doctrina reitera que los principios generales del derecho no pueden ser confundidos ni con la equidad (§ 1), ni con las reglas o máximas jurídicas (§ 2), ni con las cláusulas generales (§ 3), ni menos con la analogía (§ 4).

§ 1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA EQUIDAD

Otro elemento con el cual no pueden confundirse los principios generales del derecho, es con la equidad, la cual entendemos como la “aplicación equitativa” de éste, “la mitigación del rigor de la ley, aplicándola templada por la *humanitas, pietas* o *benignitas*”, “la adaptación de la ley a las circunstancias del caso concreto, de tal forma que aquélla resulte más justa que resultaría si tal caso se resolviese, sin ponderar sus peculiaridades”, o también llamada “la justicia del caso particular”¹¹³⁷.

La doctrina ha expuesto que se tratan de categorías diferentes tanto en su naturaleza como en su origen,¹¹³⁸ e incluso en el procedimiento aplicado para su determinación. Así, mientras los principios generales del derecho son determinados mediante la inducción, la equidad natural es descubierta a partir de un proceso deductivo, porque descende del concepto valorativo ideal, al caso particular que se juzga¹¹³⁹.

Algunos autores han sostenido que la equidad no constituye una fuente del derecho¹¹⁴⁰, porque ella no es capaz de crear nuevas normas; en lugar de ello, lo que permite es la aplicación de los principios generales¹¹⁴¹. Por tanto, la equidad es concebida como un

¹¹³⁶ GORDILLO (s/f), p. 41.

¹¹³⁷ PACHECO (1994), p. 418. En una forma similar, lo decía CASTÁN (1988), p. 506.

¹¹³⁸ BASCUÑÁN (1972), pp. 109-111. En contra, PEÑAILILLO (2015), p. 47, quien señala que la equidad es el fundamento, en último término, de los principios.

¹¹³⁹ BASCUÑÁN (1972), p. 110.

¹¹⁴⁰ ESCOBAR (1990), p. 105, aunque destaca que, si bien no es una fuente formal, sí vale en cuanto fuente material. ALBALADEJO (2009), § 16, p. 111.

¹¹⁴¹ En contra, BASCUÑÁN (1972), pp. 108-109, donde se promueve la equidad como una fuente del Derecho de carácter supletoria.

método que facilita la aplicación del principio jurídico¹¹⁴², debido a que la aplicación estricta de la ley arroja un resultado injusto¹¹⁴³, debiendo entonces resolverse conforme al principio que la inspira; o cuando el legislador ha previsto expresamente que el caso sea resuelto conforme a equidad.

Esta diferencia es particularmente notoria en el derecho chileno, donde la alusión a la “equidad natural” aparece como una categoría distinta y separada en relación al “espíritu general de la legislación”. Particularmente ocurre en el Código Civil, donde se prevé que ambos elementos deberán utilizarse para la determinación del sentido oscuro o contradictorio de las normas legales (CCCh., art. 24). Empero, la norma exige que deban ser aplicadas de manera conjunta, no separada; esto último, puesto que existen algunas afirmaciones que indican que la equidad natural constituye el mecanismo final en el proceso de integración de la ley, para el caso en que no fuere posible la identificación de un principio general del derecho que pueda dirimir el conflicto¹¹⁴⁴.

§ 2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LAS REGLAS O MÁXIMAS JURÍDICAS

Existe acuerdo en torno a que los principios generales del derecho son diferentes de las reglas o máximas jurídicas¹¹⁴⁵. Ello, a pesar que en algunos niveles se ha sostenido que bajo el concepto de “principios jurídicos” quedarían comprendidas estas máximas¹¹⁴⁶.

Las reglas o máximas jurídicas, las cuales se las llama “reglas de derecho” (*regulae iuris*) consisten de un conjunto de decisiones de origen judicial o formulaciones de carácter doctrinario, que sirven como refranes o fórmulas de carácter concentrado con las cuales se quiere explicar o comprender una determinada experiencia jurídica¹¹⁴⁷. Se las redacta en términos breves y sentenciosos¹¹⁴⁸.

Las reglas de derecho no constituyen por sí solos principios porque carecen de valor jurídico¹¹⁴⁹, y porque estas reglas “pueden servir de vehículo también para otros contenidos (reglas de razonamiento jurídico, reglas de interpretación) de valor heterogéneo”¹¹⁵⁰. Ellas han sido concebidas como meros instrumentos de carácter pedagógico¹¹⁵¹ o nemotécnico, para efectos de explicar en términos más o menos sencillos una determinada consecuencia

¹¹⁴² ALBALADEJO (2009), § 16, p. 113.

¹¹⁴³ BASCUÑÁN (1972), p. 107; WILLIAMS (1999), p. 188; ALBALADEJO (2009), § 16, p. 113.

¹¹⁴⁴ RODRÍGUEZ (1990), p. 38.

¹¹⁴⁵ CASTÁN (1988), p. 496; GARRIDO (2002), p. 303.

¹¹⁴⁶ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 144; RUIZ (2000), p. 151.

¹¹⁴⁷ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 149.

¹¹⁴⁸ CASTÁN (1988), p. 501; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49.

¹¹⁴⁹ COVIELLO (1949), núm. 29, p. 97, nota 2; BASCUÑÁN (1972), p. 98; DE CASTRO (1984), p. 433; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 149. En un sentido similar, VERGARA (2018), § 4, p. 114, cuando menciona que los adagios jurídicos no se han incorporado en norma legal alguna.

¹¹⁵⁰ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 42.

¹¹⁵¹ GARRIDO (2002), pp. 303-304.

jurídica¹¹⁵², y que permiten la sistematización o presentación sistemática del ordenamiento jurídico, o un sector del mismo¹¹⁵³. Ni siquiera constituyen, por sí solas, fuentes formales, como sí lo son los principios. En todo caso, debemos destacar que ha habido quienes han acogido estos adagios como un instrumento supletorio de interpretación de la ley, por defecto de los principios generales del derecho¹¹⁵⁴.

Varios principios jurídicos se encuentran explicados, tanto en su configuración como en algunos de sus efectos, a título de aforismos o reglas de derecho¹¹⁵⁵. Pero ello tampoco significa que esos refranes constituyen un principio. En todo caso, debe reconocerse que alrededor de algunos de estos refranes se han configurado algunos principios jurídicos específicos para algunas áreas del derecho¹¹⁵⁶. Es lo que ha ocurrido con el llamado “principio de respeto a los actos propios”.

§ 3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LAS CLÁUSULAS GENERALES

Se ha propuesto por VELLUZZI la necesidad de distinguir entre los principios generales del derecho y las llamadas “cláusulas generales”. Esta distinción resulta indispensable, dado que algunos autores califican los principios jurídicos dentro de las primeras¹¹⁵⁷.

Las cláusulas generales se definen como “un término o sintagma de naturaleza valorativa caracterizada por la indeterminación, para el cual el significado de dichos términos o sintagmas no es determinable (o, en otros términos, las condiciones de aplicación del término o sintagma no son identificables), sino recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y / o externos al derecho, potencialmente concurrentes entre sí”¹¹⁵⁸.

El origen de esta asimilación se explica porque la doctrina tiende a emplear la palabra “principio”, para referirse a una norma que ha sido redactada en términos particularmente vagos, como ocurre también con los “conceptos jurídicos indeterminados”¹¹⁵⁹, los cuales se definen como “conceptos que no tienen sólo una periferia de textura abierta, sino que resultan centralmente vagos”¹¹⁶⁰.

¹¹⁵² DE CASTRO (1984), pp. 433-434; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 149.

¹¹⁵³ BARRÈRE (1998), p. 125; RUIZ (2000), p. 151.

¹¹⁵⁴ CARVALLO (1951), núm. 47, p. 201.

¹¹⁵⁵ Acusan esta circunstancia: BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49; FERNÁNDEZ (2004), p. 56; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 42; ALBALADEJO (2009), § 16, p. 114.

Un listado detallado de estas reglas que dicen relación con los principios jurídicos, en DE CASTRO (1984), pp. 434-438.

¹¹⁵⁶ En un sentido similar: ESCOBAR (1990), p. 102; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 149; GARRIDO (2002), p. 304.

¹¹⁵⁷ Es lo que se aprecia en GALVÁN (2006), p. 16, cuando evidentemente se refiere a los principios jurídicos reconocidos en el derecho matrimonial chileno.

¹¹⁵⁸ VELLUZZI (2017), p. 104.

¹¹⁵⁹ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 144; BARRÈRE (1998), pp. 124-125; RUIZ (2000), p. 151.

¹¹⁶⁰ BARRÈRE (1998), pp. 124-125.

El mismo ha propuesto la falta de sinonimia entre los conceptos analizados, considerando que las cláusulas generales son términos o sintagmas, es decir, elementos, que son componentes de las normas¹¹⁶¹. Asimismo, recuerda que no siempre los principios jurídicos se encuentran constituidos por términos valorativos¹¹⁶².

§ 4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA ANALOGÍA

Finalmente, se observa que los principios jurídicos no son sinónimos de la *analogía*, aunque tienen una importante relación¹¹⁶³, según se explicará.

La analogía constituye un procedimiento técnico mediante el cual se resuelve un caso, el cual no se encuentra regulado ni por la ley ni por otra fuente formal, mediante la aplicación de un principio general que es obtenido a partir de la regulación establecida en aquélla para otro supuesto o conjunto de supuestos.

Debemos prevenir que esta clase de postura gira sobre la base que la analogía es un camino para la aplicación de los principios jurídicos¹¹⁶⁴. Esta afirmación parece no concordar con otras que mencionan que los instrumentos de integración de las lagunas legales consisten de tres, siendo la analogía una alternativa de diferente naturaleza que las otras dos, cuales son los principios jurídicos y la equidad natural¹¹⁶⁵. De hecho, se suele afirmar en este sentido que sólo se aplicarán los principios generales del derecho cuando debiere excluirse la analogía¹¹⁶⁶, dada la ausencia de una norma análoga o incluso obsoleta¹¹⁶⁷.

Tanto los principios como la equidad difieren en cuanto a su origen; mientras que los primeros se encuentran al interior del ordenamiento jurídico, los segundos “resultan del estudio del caso por la conciencia valorativa del juez”¹¹⁶⁸. Del mismo modo, difieren por el método utilizado para su identificación; mientras que los principios se coligen por un método inductivo, la equidad procede por vía deductiva¹¹⁶⁹. También se afirma que la diferencia en el método seguido por una y otra se hace evidente, dado que en la determinación de los principios jurídicos faltaría la comparación entre un caso y otro, el cual es esencial en materia de analogía¹¹⁷⁰.

¹¹⁶¹ VELLUZZI (2017), p. 104.

¹¹⁶² VELLUZZI (2017), pp. 104-105.

¹¹⁶³ COVIELLO (1949), núm. 29, p. 96.

¹¹⁶⁴ ALBALADEJO (2009), § 16, p. 109.

¹¹⁶⁵ PACHECO (1994), p. 411.

¹¹⁶⁶ CARVALLO (1951), núm. 47, p. 201; RODRÍGUEZ (1990), p. 36.

¹¹⁶⁷ En este sentido: RODRÍGUEZ (1990), p. 36.

¹¹⁶⁸ WILLIAMS (1999), p. 188.

¹¹⁶⁹ WILLIAMS (1999), p. 188.

¹¹⁷⁰ COVIELLO (1949), núm. 29, p. 96.

Los principios pueden ser aplicados a un caso no regulado mediante la analogía. Esta última es sólo un método con el cual se facilita al proceso de identificación del principio que está llamado a ser aplicado.

SECCIÓN 5: SÍNTESIS

La primera aproximación que se ha efectuado respecto de los principios es desde un punto de vista conceptual y descriptivo. En cuanto a su nomenclatura, es predominante la expresión “principios generales del derecho”, sin perjuicio que por nuestra parte hemos preferido la de “principios jurídicos”, máxime si se considera que algunos autores parecieran distinguir en cuanto a su origen para efectos de asignar la primera o segunda designación.

Desde un punto de vista conceptual, suelen entenderse los principios jurídicos como “ideas” o “valores”, y que se califican de carácter “fundamental”, y en este caso para destacar su relevancia. Por último, se manifiestan algunas funciones concretas, como las de servir de fundamento e inspiración del ordenamiento jurídico y de cada una de las normas que las componen.

Un análisis conceptual y funcional respecto de los principios jurídicos arroja algunas características, los cuales se concentran en su fuente, contenido y ámbito de aplicación. En cuanto a su fuente, los principios jurídicos nacieron a partir de una labor interpretativa, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia que hizo aplicación de esta categoría. Conforme se estudiará hacia el final, se caracterizan por su pluralidad, lo que se explica por la complejidad del ordenamiento jurídico. En cuanto a su contenido, los principios dan cuenta de una norma de conducta, cuya infracción podría desencadenar consecuencias desfavorables para quien incurre en ellas, y que resulta necesario construir, debido a que traducen más bien valores o ideales a los cuales aspira el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la vaguedad forma parte de la esencia de los principios, e importan el elemento que confiere flexibilidad a su utilización. Finalmente, se postula su condición de fuente supletoria.

Debido a su naturaleza y manera en que se formula, suele confundirse con la equidad, las reglas jurídicas, las cláusulas generales y la analogía. La primera constituye una forma especial de resolución del conflicto, basándose en una solución justa para el supuesto concreto, la cual eventualmente podría fundarse en uno o más principios jurídicos. Las segundas constituyen más bien una técnica romanista y medieval a través de la cual se resumía el derecho a unas cuantas palabras u oraciones de fácil memorización y estudio, y entre las cuales se encuentran las bases con que se comprenden algunos principios jurídicos. Los principios son diferentes de las cláusulas generales, ya que estas últimas dan cuenta de disposiciones de contenido indeterminado, y que no necesariamente se relacionan con valores fundamentales del ordenamiento jurídico. Por último, los principios constituyen

una realidad diferente respecto de la analogía, siendo esta última un procedimiento tendiente a la determinación de otra norma jurídica, y eventualmente la constatación de un principio jurídico.

Capítulo II:

ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN TORNO AL RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y ALGUNOS APORTES

SUMARIO: **Sección 1: Antecedentes greco-romanos:** § 1. Las concepciones griegas – § 2. La recepción romana.- **Sección 2: Propuestas del Medioevo:** § 1. La Escolástica – § 2. Influjo de la filosofía en el derecho canónico y común – § 3. Decaimiento.- **Sección 3: El iusnaturalismo racionalista:** § 1. Premisas – § 2. Influjo.- **Sección 4: Las codificaciones:** § 1. Las tendencias iniciales – § 2. El Código Civil de Francia – § 3. Codificaciones posteriores.- **Sección 5: La escuela histórica del derecho:** § 1. Ausencia del concepto – § 2. Otros aspectos en relación.- **Sección 6: Tendencias contemporáneas:** § 1. En el plano positivo – § 2. La óptica académica y literaria.- **Sección 7: Síntesis.**

Aunque la teorización sobre los principios generales del derecho, e incluso esta propia noción es más bien tardía en la historiografía jurídica, la necesidad de acudir a ciertos criterios o valores que no se encontraran contenidos por la ley, ha constituido una temprana necesidad en los distintos sistemas jurídicos que han existido en la historia de la humanidad¹¹⁷¹.

En forma sucesiva, trataremos sobre las doctrinas greco-romanas (**Sección 1**), las de origen medieval (**Sección 2**), las derivadas del iusnaturalismo racionalista (**Sección 3**), en el proceso de codificación (**Sección 4**), en la escuela histórica del derecho (**Sección 5**), y algunas de las principales tendencias contemporáneas (**Sección 6**).

**SECCIÓN 1:
ANTECEDENTES GRECO-ROMANOS**

El primer ámbito dogmático que deberá ser revisado en forma sintética es la tradición griega (§ 1) y romana (§ 2), atendido que las bases normativas de nuestro ordenamiento jurídico de derecho privado descienden de tales ordenamientos.

Cada uno de ellos aporta ciertos antecedentes indispensables para la comprensión posterior de los principios, especialmente durante la Edad Media.

¹¹⁷¹ Así, PRIETO (2016), p. 205, menciona que el vocablo “principios” se encuentra presente “desde antiguo en el lenguaje del derecho y de los juristas”.

§ 1. LAS CONCEPCIONES GRIEGAS

El origen de la expresión “principio” no es jurídico, sino más bien filosófico¹¹⁷². El primero en emplearlo habría sido ANAXIMANDRO (c. 618 y 610 A. C. – c. 548 y 545 A. C), sin perjuicio que el primero en tratarlo de manera orgánica sería ARISTÓTELES¹¹⁷³, en el Libro V de la *Metaphisica*¹¹⁷⁴, bajo la expresión *arché* (“comienzo”, “origen”, “principio”, “fundamento”, “elemento”)¹¹⁷⁵.

En Grecia se aceptaba la existencia, junto con la ley escrita, de una “ley no escrita” (*agrafos nomos*), la cual derivaría de la naturaleza y de las convicciones morales y religiosas¹¹⁷⁶, tratándose de una ley no escrita y grabada en el corazón del hombre, o de un derecho que se repite entre las diferentes tribus, o de un derecho natural que las criaturas razonables se encuentran obligadas a reconocer en todas partes¹¹⁷⁷.

Esta clase de concepción comenzó a ser aceptada entre los filósofos, desde la época de SÓCRATES, PLATÓN y ARISTÓTELES¹¹⁷⁸. Con ello, vemos que la connotación inicialmente asumida sobre lo que actualmente consideramos “principios generales del derecho”, era claramente valórica, y presupone una categoría superior a la ley escrita.

§ 2. LA RECEPCIÓN ROMANA

Una concepción similar se encuentra en el derecho romano, donde las alusiones a lo que entendemos modernamente como “principios” eran claras y eran de una aplicación que se encontraba legitimada por la propia jurisprudencia¹¹⁷⁹.

A ella se alude en términos tales como “*ratio iuris*”, o “*natura rerum*”, o *regulae iuris*¹¹⁸⁰, e incluso el derecho constituido “*more et aequitate*”¹¹⁸¹. Por lo pronto, el derecho romano recibió un fuerte influjo de la filosofía griega¹¹⁸².

¹¹⁷² GUZMÁN (2015), p. 4.

¹¹⁷³ ORTIZ *et alt.* (2012), p. 11; GUZMÁN (2015), § 2, p. 5.

¹¹⁷⁴ GUZMÁN (2015), § 2, pp. 5-6.

¹¹⁷⁵ Una revisión detallada del significado de la expresión en la obra aristotélica, en GUZMÁN (2015), § 2, pp. 5-11. Una síntesis de estos postulados, en ORTIZ *et alt.* (2012), p. 11.

¹¹⁷⁶ DE CASTRO (1984), p. 405; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 142; DíEZ-PICAZO (2011), p. 214.

¹¹⁷⁷ VINOGRADOFF (1994), p. 166.

¹¹⁷⁸ VINOGRADOFF (1994), p. 166.

¹¹⁷⁹ Atribuyen su origen general a Roma, SQUELLA (2014), p. 333; PEÑAILILLO (2015), p. 47.

¹¹⁸⁰ SQUELLA (2014), p. 333, aunque destacando que estas regular adoptarán más adelante la expresión y el nombre de “máximas”, conforme las conocemos al día de hoy; CORRAL (2018), pp. 76-77.

¹¹⁸¹ DE CASTRO (1984), p. 405; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 142; DíEZ-PICAZO (2011), p. 214; ORTIZ *et alt.* (2012), p. 12.

La importancia que estas reglas adquirieron para la comprensión y aplicación del derecho, significó que fuesen reproducidas en forma extensa en el *Digesto* 50, 17, el cual dedicó un título a las “diversas reglas de derecho” (*De diversis regulis iuris*)¹¹⁸³.

En cuanto a su ámbito de aplicación, se sostiene que las fuentes romanas habrían destacado el rol supletorio que cumpliría el derecho natural. Así, en *Dig.* 27, 1, 13, 7, que recopila una obra del jurisconsulto MODESTINO (*Excusas*, Libro IV), se indica:

“Porque si alguno no pudiere comparecer dentro del tiempo establecido, por enfermedad, o por otro impedimento, por ejemplo, del mar o de temporal, o por acometida de ladrones, o por cualquier otro semejante, se le ha de dispensar; y aunque la verdad de esto basta afirmarla por la misma justicia natural, hay, sin embargo, también una Constitución de los Emperadores Severo y Antonino que lo dice”.

En nuestro concepto, y contrariamente a lo invocado por algunos autores¹¹⁸⁴, esta referencia jurisprudencial no da cuenta de una función supletoria de la justicia natural, sino más bien como un complemento del derecho positivo. Esto, porque tan pronto se estima justa la dispensa por falta de comparecencia, se recuerda la Constitución imperial donde expresamente se ofrece esta clase de excusa. Por tanto, el derecho natural es invocado como un argumento de refuerzo para el derecho positivo. Lo que sí se podría argumentar en contra es que la alusión al derecho positivo es posterior, casi como si la norma imperial fuese el fundamento a la justicia de la solución.

La utilización de las reglas de derecho se extendió a los juristas del Medievo, siendo una obra destacada las *Maximes et institutes coutumières* de LOISEL (1536-1617), quien recopiló las máximas del derecho consuetudinario francés¹¹⁸⁵.

En cualquier caso, la concepción romanista tiene importancia al día de hoy, dado que muchas de las “reglas de derecho” que fueron concebidas por los jurisconsultos, son utilizadas hasta el día de hoy, para efectos de sintetizar el funcionamiento de algunos principios jurídicos. Especialmente se tratan de reglas útiles al derecho civil, debido a la importancia que adquirieron los principios de buena fe, que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, el respeto a los actos propios, o el repudio al enriquecimiento injustificado, entre otros¹¹⁸⁶.

¹¹⁸² DE CASTRO (1984), p. 405; DíEZ-PICAZO (2011), p. 214. Una síntesis de la jurisprudencia romana que da cuenta de la influencia filosófica griega, en VINOGRADOFF (1994), pp. 167-168, y GUZMÁN (2015), § 6, pp. 37-58.

¹¹⁸³ SALERNO (1998), núm. 22, p. 149; CORRAL (2018), p. 77, con un breve listado.

¹¹⁸⁴ ORTIZ *et alt.* (2012), p. 12.

¹¹⁸⁵ SALERNO (1998), núm. 22, p. 149.

¹¹⁸⁶ CORRAL (2018), p. 77, destacando incluso la aplicación de algunas reglas de derecho en el ámbito penal, procesal, y de derecho público.

SECCIÓN 2: PROPUESTAS DEL MEDIEVO

Una de las expresiones más importantes de la concepción filosófica detrás de la noción de “principio”, se encuentra en la escolástica (§ 1). Ella tendrá influencia en las concepciones admitidas tanto en el derecho canónico como en el derecho común (§ 2).

Sin embargo, veremos que esta influencia se irá perdiendo en forma progresiva, hasta su abandono en el modelo del iusnaturalismo racionalista (§ 3).

§ 1. LA ESCOLÁSTICA

En la Edad Media surge un importante aporte referido a la naturaleza de los principios¹¹⁸⁷, a través de la Escolástica, la que fuertemente influida por la filosofía aristotélica, propone una descripción integral de lo que se entenderá posteriormente como “derecho natural”¹¹⁸⁸, destacando de esta manera la presencia de un estatuto normativo superior a la ley terrenal, a la cual debe orientarse esta última.

Esta estructura se aprecia en la *Suma Teológica* de SANTO TOMÁS DE AQUINO, en un pasaje donde se alude precisamente al concepto “principio”, y en donde trataba de responder a la pregunta de si toda ley humana proviene de la ley natural (I-IIae – q. 95, art. 2, resp.):

“Pero hay que advertir que una norma puede derivarse de la ley natural de dos maneras: bien como una conclusión de sus principios, bien como una determinación de algo indeterminado o común. El primer procedimiento es semejante al de las conclusiones demostrativas que en las ciencias se infieren de los principios; el segundo se asemeja a lo que pasa en las artes, donde las formas comunes reciben una determinación al ser aplicadas a realizaciones especiales, y así vemos que el constructor tiene que determinar unos planos comunes reduciéndolos a la figura de esta o aquella casa. Pues bien, hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión; y así, el precepto «no matarás» puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda «no hacer mal a nadie». Y hay otras normas que se derivan por vía de determinación; y así, la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural”.

¹¹⁸⁷ A tal punto resultaría importante esta etapa, que se la sostenido ser el origen del concepto. En este sentido, GUZMÁN (2015), p. 1.

¹¹⁸⁸ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 215; ORTIZ *et alt.* (2012), p. 12. Una revisión acerca de la concepción de los principios en la obra de SANTO TOMÁS DE AQUINO puede ser consultada en GUZMÁN (2015), § 3, pp. 14-16 y § 8, pp. 69-93.

§ 2. INFLUJO DE LA FILOSOFÍA EN EL DERECHO CANÓNICO Y COMÚN

Durante la Edad Media, el nacimiento de la filosofía “aristotélico-tomista” tendrá una honda influencia en el derecho, y específicamente en el estudio del derecho romano justinianeo en las universidades europeas, y que será aplicada por los canonistas¹¹⁸⁹.

Estas dos corrientes son relevantes a la hora de la aplicación e integración del derecho de la época, puesto que los estatutos o fueros particulares fueron complementados, en aquellos espacios o reductos carentes de una norma específica, mediante el recurso al derecho romano, el cual tenía el valor propio de “*ratio scripta*”, o incluso a la “razón natural”¹¹⁹⁰.

Por otro lado, el aporte de esta corriente fue la de asegurar una unidad normativa, en el sentido que “las reglas positivas estaban trascendidas por el derecho natural”¹¹⁹¹.

También se afirma que el derecho canónico habría aportado una visión de los principios en que se declara que son superiores a la norma la razón y la equidad¹¹⁹².

§ 3. DECAIMIENTO

La corriente filosófica jurídica fundada en las doctrinas de ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS DE AQUINO influyó en la concepción jurídica católica posterior¹¹⁹³, y prevalecerá en Europa sólo hasta la Reforma¹¹⁹⁴.

La concepción *iusnaturalista* sufrirá una importante alteración como consecuencia de la introducción de perspectivas de origen protestante¹¹⁹⁵.

SECCIÓN 3: EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

¹¹⁸⁹ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 215.

¹¹⁹⁰ COVIELLO (1949), núm. 29, p. 96; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 142; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 215.

¹¹⁹¹ NIETO (2003), p. 48.

¹¹⁹² URRUTIGOITY (2009), p. 284.

¹¹⁹³ Un análisis detallado, en GUZMÁN (2015), §§ 9-10, pp. 95-160.

¹¹⁹⁴ Una síntesis de esta influencia, en DE CASTRO (1984), p. 406.

¹¹⁹⁵ DE CASTRO (1984), p. 406.

Respecto de esta doctrina, será necesario analizar algunas de sus premisas (§ 1), y el influjo que adquirirán para la evolución posterior (§ 2).

§ 1. PREMISAS

Hacia adelante, el *iusnaturalismo* sufre un importante proceso de secularización¹¹⁹⁶ y de “racionalización”, de modo tal que la esencia inicial medieval ya no se conservaría para explicar el fundamento del derecho, ni tampoco para la justificación de un orden superior a la ley terrenal. En este sentido, se afirma que en este punto comenzó un proceso de separación entre el derecho positivo y el derecho natural¹¹⁹⁷.

Surge de esta forma la concepción llamada “iusnaturalismo racionalista”¹¹⁹⁸, la cual explica que las leyes positivas se siguen fundando en un derecho natural, pero este último adquiere un origen distinto del defendido por la Escolástica. El origen del derecho natural se encontrará en la razón humana, lo cual explica su denominación.

§ 2. INFLUJO

Se sostiene que fue la tradición iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII fue la que impuso la palabra “principios”¹¹⁹⁹. Esta circunstancia tendrá relevancia, porque el positivismo legalista es tributario del ideario ilustrado, al equiparar metafísicamente ley y razón¹²⁰⁰, y constituyó la respuesta inmediata al iusnaturalismo racionalista¹²⁰¹.

La alusión a la presencia de algunos principios inmutables y eternos, capaces de imponerse a las normas legales, se extendió igualmente a Inglaterra, y perduró hasta el siglo XVIII, período a partir del cual el modelo adoptado es de naturaleza positivista, debido a que se estimaba incompatible con el dogma de la soberanía del Parlamento, y la primacía de la ley escrita¹²⁰².

SECCIÓN 4: LAS CODIFICACIONES

¹¹⁹⁶ MERRYMAN/PÉREZ-PERDOMO (2014), p. 48.

¹¹⁹⁷ NIETO (2003), p. 48.

¹¹⁹⁸ Una revisión general acerca de la noción de principio en esta doctrina, en GUZMÁN (2015), § 11, pp. 161-231.

¹¹⁹⁹ SQUELLA (2014), p. 333; GUZMÁN (2015), p. 1.

¹²⁰⁰ Según plantea GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 27.

¹²⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 60.

¹²⁰² PARADA (2012), p. 76, aunque destacando más adelante que este positivismo queda limitado en virtud de dos principios capitales; la doctrina del *ultra vires*, y la *natural justice*.

El proceso de codificación cuenta, en materia de consagración de los principios jurídicos, de algunas muestras preliminares (§ 1). Empero, tales no alcanzarán a afectar el modelo diseñado a partir del Código Civil de Francia de 1804 (§ 2).

Igualmente será necesario abordar el curso de algunas de las formas de codificación posteriores, específicamente aquellas influenciadas inicialmente por el modelo francés (§ 3).

§ 1. LAS TENDENCIAS INICIALES

Las primeras codificaciones del siglo XIX, que constituyen el resultado material del racionalismo jurídico, se enfrentaron precisamente a este nuevo panorama, en donde se discutió sobre la necesidad de la determinación de alguna fuente supletoria; si debía asignársele esa función supletoria a la equidad, a la ley natural o a la razón¹²⁰³.

Se ha sostenido que el primer cuerpo normativo que reconoce los principios con una función en concreto, es el Código Civil de Austria (1811)¹²⁰⁴, el cual es calificado como una obra fuertemente influenciada por el iusnaturalismo racionalista¹²⁰⁵. Este Código señala que en caso de no poder solucionarse un conflicto por una norma especial, ni tampoco mediante la aplicación analógica de casos, ni en los fundamentos de otras leyes semejantes, *“se decidirá de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales”* (art. 7.º)¹²⁰⁶.

Fuera de las explicaciones en torno a la concepción racionalista de estos principios, algunos autores sostienen que, en la época en que se acuñó la frase “principios jurídicos naturales”, se aludía realmente al sentir jurídico del juez, en cuanto a la intuición que éste tuviere sobre lo justo, de modo que las normas de esta naturaleza autorizaban la discrecionalidad judicial frente a casos en que no hubiera una norma legal expresa¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Una revisión de los cuerpos legales que desde el siglo XVIII comenzaron a tratar sobre los principios jurídicos, en GUZMÁN (2015), § 12, pp. 233-248.

¹²⁰⁴ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 9; MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, p. 126; SALERNO (1998), núm. 22, p. 149; RUIZ (2000), p. 151; LOIS (2003), p. 87, n. 44; DE PABLO (2018), § 39, p. 107.

Un análisis textual, en GUZMÁN (2015), § 12, pp. 249-251.

¹²⁰⁵ VINOGRADOFF (1994), p. 169; MORESO/VILAJOSANA (2004), p. 89; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 215; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122; SQUELLA (2014), p. 339; DE DIEGO (2017), p. 15; DEL VECCHIO (2017), p. 38.

¹²⁰⁶ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 142. Una ligera diferencia de redacción se aprecia en DÍEZ-PICAZO (2011), p. 215.

¹²⁰⁷ Así, LOIS (2003), p. 87.

§ 2. EL CÓDIGO CIVIL DE FRANCIA

Tratándose del Código Civil de Francia (1804), se tomó la decisión de omitir una referencia hacia esta situación¹²⁰⁸. Esto, dado que en el llamado “Proyecto del año VIII” se establecía que el juez, a falta de ley, se convertía en un “ministro de equidad”¹²⁰⁹.

La ausencia de estas normas se explicaría por una supuesta estimación del Código como una obra racional que se entiende capaz de auto-integrarse, sin necesidad de acudir a una supuesta categoría superior propia del derecho natural¹²¹⁰, de modo que cualquier inconveniente debía ser solucionado por “la técnica, ciencia y conciencia del juez”¹²¹¹. Esta última afirmación es típica de la doctrina racionalista¹²¹².

§ 3. CODIFICACIONES POSTERIORES

Es postulado que el origen de la expresión “principios generales del derecho” se encuentra en el Código Albertino de 1842.

Teniendo como antecedente el cuerpo legislativo anterior¹²¹³, el Código Civil de Italia (1865) es el que utiliza explícitamente –de una forma que se mantendrá hasta el día de hoy¹²¹⁴– la voz “principios generales del derecho”¹²¹⁵, respecto de la cual se discutió si comprendía una concepción iusnaturalista o positivista en concreto¹²¹⁶.

Cabe destacar que algunas legislaciones recelaron de la aplicación de los principios. Fue lo que ocurrió en España, donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaró en forma reiterada que

¹²⁰⁸ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 215; PARADA (2012), p. 76.

Una revisión histórica del debate sobre la incorporación de los principios jurídicos a los proyectos de codificación francesa, en GUZMÁN (2015), § 12, pp. 251-256.

¹²⁰⁹ DE PABLO (2018), § 39, p. 107.

¹²¹⁰ DE CASTRO (1984), p. 407; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 142; PARADA (2012), p. 77.

¹²¹¹ DE DIEGO (2017), p. 15.

¹²¹² WILLIAMS (1999), p. 186. Coincide que las raíces racionalistas se manifiestan en la codificación francesa, PARADA (2012), p. 77.

¹²¹³ CORRAL (2018), p. 76.

¹²¹⁴ LOIS (2003), p. 87.

¹²¹⁵ BARBERO (1962), núm. 38, p. 128; DE CASTRO (1984), p. 407; CASTÁN (1988), p. 492; DÍEZ-PICAZO (1993), p. 9; BOBBIO (1994), núm. 81, p. 238; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 142; MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, p. 126; APARISI (1997), p. 271; LOIS (2003), p. 87; PARADA (2012), p. 76; GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b), p. 78; DEL VECCHIO (2017), p. 38; DE PABLO (2018), § 39, p. 107.

Una revisión de la formación histórica de la norma, en GUZMÁN (2015), § 12, pp. 262-265.

¹²¹⁶ GORDILLO (s/f), pp. 43-44. En general, se sostenía su vinculación al derecho natural, según dan cuenta GUASTINI (1999), p. 154, y previamente DEL VECCHIO (2017), pp. 38-40. Una concepción positivista, en FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

“no pueden invocarse como verdaderas doctrinas, dogmas abstractos de moralidad y justicia, sino las leyes que sean pertinentes y la jurisprudencia donde concretamente se hallen dichos dogmas” (sentencias de 20.06.1863, 16.04.1884, y 6.10.1866)¹²¹⁷.

La formulación de los principios en esta nomenclatura servía como una advertencia al juez, en orden a impedirle considerarlos como una entidad que pudiera comprender a su entero gusto, o bajo criterios de justicia individuales, e incluso meros sentimentalismos. La tarea que se le imponía al tribunal, para evitar que incurriera en arbitrariedades, era la de “buscar alguna clase de enlace o conexión con el resto del ordenamiento”¹²¹⁸.

Como se apreciará, las codificaciones avanzaron hacia una concepción positivista de los principios jurídicos, lo cual constituyó una manifestación general, que significó la desaparición completa del derecho natural, imponiéndose así una nueva unidad normativa, “limpia ya de valores éticos e ideológicos”¹²¹⁹.

SECCIÓN 5: LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Como se explicará, esta corriente jurídica carecerá de una concepción propia de los principios jurídicos (§ 1). Empero, ella conducirá al reconocimiento de ciertos mecanismos que serán utilizados hasta el día de hoy en la labor hermenéutica tendiente a la identificación de los principios (§ 2).

§ 1. AUSENCIA DEL CONCEPTO

Debe destacarse que en la escuela histórica del derecho no se hace alusión al concepto de “principios”. No se trata de una expresión presente en la obra de SAVIGNY¹²²⁰, a pesar que hemos visto que con este autor comienza el proceso de decantación sistemática de las fuentes del derecho.

§ 2. OTROS ASPECTOS EN RELACIÓN

¹²¹⁷ Según reseña OSORIO (2017), pp. 128-129. Una crítica sobre esta vinculación entre los principios jurídicos y las normas positivas, en CASTÁN (1988), pp. 498-499.

¹²¹⁸ DE PABLO (2018), § 39, p. 107.

¹²¹⁹ NIETO (2003), p. 48.

¹²²⁰ VERGARA (2018), § 4, p. 98.

Sin embargo, lo que sí este autor incorporaría como elementos que se estiman indispensables para la comprensión de los principios jurídicos, fueron la consideración a la analogía como un método de integración de las lagunas legales¹²²¹, refutando en el proceso el recurso al derecho natural, y el concepto de “espíritu del pueblo”, el cual es estimado por VERGARA como la noción más cercana a la idea –defendida por él– de lo que consisten los principios jurídicos¹²²².

Algunos autores pertenecientes a esta escuela abogaban por la aplicación del derecho romano y el recurso a la analogía como instrumento de integración del derecho, como una forma de evitar la aplicación de las concepciones propias del derecho natural¹²²³.

SECCIÓN 6: TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

Por último, abordaremos brevemente cómo ha continuado el reconocimiento normativo (§ 1) y doctrinario (§ 2) de los principios jurídicos.

§ 1. EN EL PLANO POSITIVO

Tratándose de los códigos y leyes dictadas en el siglo XX, el avance en la positivización de los principios generales del derecho se manifiesta con mayor fuerza, constancia e intensidad.

En el Código Civil de Italia (1942), el cual acude al concepto, se entiende como los “principios de derecho positivo”¹²²⁴.

El Código Civil de España, tras las reformas legislativas introducidas durante la década de 1970, y que se han reseñado, ha permitido expresamente que los principios generales del derecho constituyan una fuente formal¹²²⁵, y que tendrían incluso una naturaleza amplia, comprendiendo los principios naturales y los positivos¹²²⁶.

¹²²¹ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

¹²²² VERGARA (2018), § 4, p. 98. La misma postura parece sostener FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

¹²²³ DE DIEGO (2017), p. 17.

¹²²⁴ BOBBIO (1994), núm. 81, p. 238, con una referencia a los antecedentes legislativos que justificaron esta postura; GUASTINI (1999), p. 154; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122; SQUELLA (2014), p. 340.

¹²²⁵ En los ordenamientos forales españoles también suelen formularse invocaciones hacia los principios generales. Una síntesis, en CASTÁN (1988), p. 500; MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, pp. 125-126; VALLET DE GOYTISOLO (1997), pp. 98-99.

¹²²⁶ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

En forma más reciente, los principios generales del derecho son consagrados como fuente del derecho canónico, según da cuenta el Canon 19 del Código de Derecho Canónico¹²²⁷.

Incluso los principios han sido destacados por el derecho internacional, ya que constituyen una fuente que puede utilizar la Corte Internacional de Justicia en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento¹²²⁸.

Por otro lado, se aprecia cómo la doctrina y la jurisprudencia de derecho público han construido una serie de principios jurídicos que permiten limitar la actividad legislativa¹²²⁹. Así, en el derecho administrativo francés se ha propuesto por RIVERO que existirían cuatro grupos de principios: el conjunto de reglas que emanan de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789; las reglas más técnicas que el Consejo de Estado identifica contenidas en el Código Civil o las leyes de procedimiento, y que se adaptan al orden administrativo; los principios de origen puramente moral y que el juez impone a la Administración; y los que el Consejo de Estado extrae de la “naturaleza de las cosas”, o de la lógica de las instituciones¹²³⁰.

§ 2. LA ÓPTICA ACADÉMICA Y LITERARIA

Desde un punto de vista bibliográfico, el interés por el estudio de los principios jurídicos surge desde el ámbito de la creación y aplicación del derecho, a partir de la década de 1950¹²³¹, siendo los campos de la filosofía del derecho y el derecho constitucional las principales áreas comprometidas¹²³².

¹²²⁷ Según dicho precepto legal: “Cuando, sobre una determinada materia, no exista una prescripción expresa de la ley universal o particular o una costumbre, la causa, salvo que sea penal, se ha de decidir atendiendo a las leyes dadas para los casos semejantes, a los principios generales del derecho aplicados con equidad canónica, a la jurisprudencia y práctica de la Curia Romana, y a la opinión común y constante de los doctores”.

¹²²⁸ DE CASTRO (1984), p. 408; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 142; APARISI (1997), pp. 272-273; URRUTIGOITY (2009), p. 283; DÍEZ-PICAZO (2011), pp. 215-216.

Según el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; 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. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

¹²²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), pp. 46-49; PARADA (2012), pp. 79-80.

¹²³⁰ Una descripción sucinta de este modelo, en PARADA (2012), pp. 79-80.

¹²³¹ LIMODIO (2009), p. 52.

¹²³² LIMODIO (2009), p. 52.

Particular importancia para la doctrina contemporánea constituyó la propuesta de DWORKIN, publicada por primera vez en un trabajo de 1967, e incorporada más tarde en su obra *Los derechos en serio* (1977)¹²³³. También han constituido un aporte para el entendimiento de la naturaleza de los principios jurídicos, las obras de ALEXY, y especialmente su *Teoría de los Derechos Fundamentales*¹²³⁴.

Hasta el día de hoy, la doctrina sigue discutiendo en torno a la naturaleza jurídica de los principios, conforme se tratará a continuación. De esta manera, la doctrina sostiene que tras las codificaciones ha vuelto a enfatizarse la vigencia y aplicación de los principios, lo cual ha implicado “[u]n sofisticado retorno al pasado, que no cabe sino alabar”¹²³⁵.

SECCIÓN 7: SÍNTESIS

El origen de la palabra “principio”, proviene de la filosofía griega, para aludir al “origen”. Más adelante se extendió para comprender la presencia de una ley no escrita, que será más adelante la base de la concepción del derecho natural.

También será conocida de los juristas romanos, quienes introdujeron como instrumento de estudio y divulgación las “reglas de derecho”. Asimismo, comienzan a profundizar las relaciones entre el derecho positivo y el derecho natural, del cual se extraen algunas de las manifestaciones propias de los principios modernos.

En la Edad Media, la escolástica adquiere importancia, dado que ella supone una revisión de la filosofía aristotélica, la cual utiliza el concepto “principio” como sinónimo de “origen”. En paralelo, en el proceso de formación del “derecho común”, fue el derecho romano el que se consideró la “razón escrita”, de modo que los principios jurídicos encontrarían su fuente en tal ordenamiento.

Desde este punto, comenzará un paulatino proceso en el cual el derecho nacional adquirirá mayor importancia que el derecho común, e incluso del derecho natural, el cual se ve afectado como consecuencia del racionalismo, corriente que será la base de los procesos de codificación del siglo XIX. Estos últimos adoptan variadas actitudes respecto del objeto analizado; los primeros cuerpos normativos acudían a los “principios jurídicos naturales”, mientras que el Código Civil de Francia renuncia a su consagración. Finalmente, la

¹²³³

Se ha convertido en un lugar común en la literatura jurídica la reseña del tenor del debate sostenido entre DWORKIN y HART, a propósito de la distinción entre normas y principios. En este sentido, se pueden consultar FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), pp. 143-146; BARRÈRE (1998), pp. 122-124; ANSUÁTEGUI (1999), pp. 168-172; RUIZ (2000), pp. 149-150; ATRIA (2011).

¹²³⁴

CORRAL (2018), p. 76. Una síntesis de esta obra, sobre los principios jurídicos, en GARCÍA (2011).

¹²³⁵

GORDILLO (2003), p. 81. En un sentido similar, declarando que se trata de un retorno a las concepciones anglosajona y canónica sobre los principios, lo señala URRUTIGAITTY (2009), pp. 283-284.

tendencia codificada apuntará a su reconocimiento en texto positivo, usando la voz “principios generales del derecho”, y asumiendo una concepción positivista.

Al día de hoy, el estudio de los principios jurídicos ocupa un lugar importante dentro de la teoría y filosofía del derecho, especialmente a partir de las discusiones generadas durante el siglo XX.

Capítulo III:

TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

SUMARIO: Sección 1: Criterio positivista: § 1. Planteamiento – § 2. Críticas.- Sección 2: Criterio iusnaturalista: § 1. Planteamiento – § 2. Críticas.- Sección 3: Criterio ecléctico: § 1. Planteamiento – § 2. Críticas.- Sección 4: Criterio romanista: § 1. Planteamiento – § 2. Críticas.- Sección 5: Criterio historicista: § 1. Planteamiento – § 2. Críticas.- Sección 6: Criterio tópico: § 1. Planteamiento – § 2. Críticas.- Sección 7: Síntesis.

La naturaleza de los principios jurídicos ha sido un aspecto discutido entre los autores. Ella deriva del origen que tienen estos principios, y el hecho que su contenido tendría diferencias relevantes en comparación a otras normas jurídicas en general.

Este capítulo tratará sintéticamente sobre las doctrinas positivistas (**Sección 1**), iusnaturalistas (**Sección 2**), eclécticas (**Sección 3**), romanistas (**Sección 4**), historicistas (**Sección 5**), las tópicas (**Sección 6**), para luego cerrar con un conjunto de conclusiones que servirán para exponer nuestra posición frente a estos postulados (**Sección 7**).

**SECCIÓN 1:
CRITERIO POSITIVISTA**

Respecto de esta doctrina, trataremos sobre su contenido general (§ 1) y las principales críticas que pueden formularse respecto de ella (§ 2).

§ 1. PLANTEAMIENTO

Algunos autores sostienen que los principios generales del derecho tienen una naturaleza más bien objetiva. Surgen a partir de las manifestaciones adoptadas por las propias normas jurídicas presentes en el ordenamiento jurídico¹²³⁶, de modo que son el fruto y desarrollo de la vida jurídica¹²³⁷. Nacen a partir de un proceso de generalización y decantación de las

¹²³⁶ BARBERO (1962), núm. 38, p. 128; BASCUÑÁN (1972), p. 100; CANCELA *et alt.* (1988), § 20, p. 71; ARA (1995), p. 263; APARISI (1997), p. 270; URÍA (2002), núm. 14, p. 23; SQUELLA (2012), p. 564; DE DIEGO (2017), pp. 20-21; NAZAR (2018), núm. 99, p. 293.

¹²³⁷ VERGARA (2010), p. 20.

leyes¹²³⁸, de modo que estos principios son intrínsecos en el ordenamiento jurídico¹²³⁹. Por tanto, su método de identificación es por inducción¹²⁴⁰.

Conforme a esta clase de criterio, los principios jurídicos carecen de toda clase de relación con el derecho natural, no teniendo la condición de ser elementos originados desde un punto de vista valórico. En este sentido, el orden positivo no reconoce ninguna clase de orden superior, y especialmente uno que se base en una construcción extra-positiva o a-científica o metafísica¹²⁴¹. Puede admitirse que estos principios coincidan incluso con principios racionales superiores, éticos –iusnaturalistas¹²⁴²– o incluso los derivados del derecho romano, pero en definitiva tendrán valor “porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente”¹²⁴³.

Por tanto, descartada la presencia de un orden superior, esta clase de posturas sostiene que los principios emanan a partir de las reglas dictadas por la propia potestad estatal, identificándose su existencia a partir de una interpretación sistemática de las distintas normas jurídicas, utilizándose en este caso el método inductivo. Ello conduce a sostener que los principios generales del derecho se traducen en los “principios del ordenamiento jurídico”¹²⁴⁴, y que sean “principios científicos”¹²⁴⁵ o “principios sistemáticos”¹²⁴⁶. Aunque ellos no constan por escrito, se asume que se originan a partir del propio ordenamiento jurídico, el cual constituye una unidad dotada de significado y coherencia de sentido entre todas sus partes¹²⁴⁷. Esto implica también que los principios generales del derecho no se encuentran fuera del orden positivo, sino que están dentro¹²⁴⁸.

Esta clase de criterio, de un fuerte contenido positivista, persigue demostrar la inexistencia de un conjunto normativo superior a las propias normas estatales, y que estas últimas tienen el mérito suficiente para crear un sistema hermético y autosuficiente, que prescinde de cualquiera clase de connotación extraña al derecho positivo.

§ 2. CRÍTICAS

¹²³⁸ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10; COMANDUCCI (1998), p. 99; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 216.

¹²³⁹ SQUELLA (2014), p. 340.

¹²⁴⁰ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48; BELTRÁN (2000), p. 97; ESCANDÓN (2003), p. 171; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122; SQUELLA (2012), p. 564. SQUELLA (2014), p. 340.

¹²⁴¹ BASCUÑÁN (1972), p. 100.

¹²⁴² FALCÓN Y TELLA (2011), p. 123.

¹²⁴³ COVIELLO (1949), núm. 29, pp. 96-97; BASCUÑÁN (1972), p. 100.

¹²⁴⁴ BARBERO (1962), núm. 38, p. 128; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 143.

¹²⁴⁵ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 216.

¹²⁴⁶ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 216.

¹²⁴⁷ BASCUÑÁN (1972), p. 100.

¹²⁴⁸ BASCUÑÁN (1972), pp. 100-101; PACHECO (1994), p. 416; WILLIAMS (1999), p. 187.

Empero, esta clase de criterio encuentra serias dificultades y contradicciones. Una de ellas, implica que los principios que son descubiertos a partir de la identificación del conjunto de normas particulares que se van pronunciando en un mismo sentido, sólo rigen dentro del orden de relaciones y materias sobre las cuales se pronuncian estas mismas reglas¹²⁴⁹.

También se acusa que si los principios jurídicos son emanados del propio ordenamiento estatal, significaría que habría tantos principios cuantos Estados concurrieren, lo cual contradice la concepción de los principios como una *ratio iuris* de carácter universal¹²⁵⁰.

También se expresa que esta clase de origen en los principios jurídicos no admiten contradicción entre éstos y las leyes de las cuales emanan¹²⁵¹.

Otro aspecto problemático en la concepción positivista, se encuentra en el origen de los principios jurídicos. El positivismo asocia el nacimiento de las fuentes del derecho a una autoridad pública o social, la cual se dicta su propia norma. Tal procedimiento se puede visualizar en la ley y en la costumbre, pero no es lo mismo con los principios jurídicos. Del mismo modo, si se postula que los principios jurídicos han sido consagrados como un mecanismo supletorio de la ley y de la costumbre, deberán diferenciarse de ella, porque si emanasen realmente de ellos, entonces no serían realmente una fuente supletoria; serían la respectiva fuente aplicada de forma principal¹²⁵².

Otra crítica que puede ensayarse respecto de las posiciones positivistas, es su dificultad para aceptar la composición de los principios jurídicos. Estos se encuentran integrados por valores jurídicos e ideas separadas respecto de las reglas¹²⁵³. Los principios se encuentran integrados esencialmente por elementos valorativos, los cuales tienen incluso un origen ético, moral, político e incluso económico. Estos valores, en la medida que se encuentran contenidas en las normas vigentes, se concretarán finalmente en los principios, motivo por el cual se declara que éstos se encuentran conectados “con los dogmas propios de la ideología política dominante”¹²⁵⁴. Ello explica que en estas corrientes se califique al concepto de los principios como “desgraciadamente amplio y difuso”¹²⁵⁵.

Desde el momento en que se sostiene que los principios se obtienen por esta vía, en realidad no se producirán “principios generales del derecho”, sino más bien ciertos principios que rigen a un determinado ordenamiento jurídico del cual se obtienen¹²⁵⁶. También quedarían limitados desde el punto de vista del tiempo, ya que estos principios se extraen a partir de ciertas leyes que se encuentran vigentes¹²⁵⁷, e implicaría así que tales

1249 BASCUÑÁN (1972), p. 102.
1250 BASCUÑÁN (1972), p. 102.
1251 BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48.
1252 PRIETO (2016), p. 208.
1253 VERGARA (2018), § 4, p. 96.
1254 CASTÁN (1988), p. 495.
1255 CANCELA *et alt.* (1988), § 20, p. 71.
1256 SQUELLA (2014), p. 340.
1257 BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48.

principios puedan desaparecer si cambian las leyes que los revelan. Esto último significa que los principios jurídicos de naturaleza positivista son de una estructura dinámica¹²⁵⁸.

Admitir que los principios jurídicos son los que informan a la legislación respectiva, plantea como problema que se impide la expansión del derecho establecido, “dejándole encerrado en el marco, siempre estrecho y limitado, de los principios ya aceptados por el legislador y traducidos en las disposiciones concretas de los Códigos”¹²⁵⁹. Incluso plantearían un problema paradójico, consistente en que no existiría posibilidad alguna de contradicción entre las leyes y los principios, dado que los segundos emanan directamente de los primeros¹²⁶⁰.

SECCIÓN 2: CRITERIO IUSNATURALISTA

Dos cuestiones serán abordadas en este punto. En primer lugar, explicaremos en qué consiste (§ 1), y las principales críticas que pueden formularse respecto de ella (§ 2).

§ 1. PLANTEAMIENTO

Se ha sostenido también que los principios jurídicos emanan de los preceptos del derecho natural¹²⁶¹.

Esta postura reconoce la presencia de un orden que es previo¹²⁶² y superior al sistema positivo de origen estatal¹²⁶³, en condiciones tales que este último se encuentra en la necesidad de ajustarse a las exigencias que provienen del orden natural¹²⁶⁴, e incluso prevalece sobre el derecho positivo en caso de contradicción¹²⁶⁵. Este último constituye un

¹²⁵⁸ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

¹²⁵⁹ DE DIEGO (2017), p. 21. En contra, CASTÁN (1988), p. 495, quien defiende que los principios jurídicos no sólo se deben extraer del Código, sino también “del entero ordenamiento jurídico”.

¹²⁶⁰ En este sentido, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48.

¹²⁶¹ DíEZ-PICAZO (1993), p. 9; DíEZ-PICAZO (2011), p. 216.

Sostienen esta posición, DE CASTRO, según da cuenta GORDILLO (s/f), p. 46, ya que califica a los principios jurídicos como “el vehículo de positivización del derecho natural”. En cuanto a la posición personal de este último, sigue una orientación ecléctica, en la cual admite la concepción iusnaturalista (GORDILLO, s/f, p. 69). En la misma orientación, APARISI (1997), p. 271. En una posición iusnaturalista de carácter aristotélico-tomista, es el criterio seguido por VALLET DE GOYTISOLO (1997), pp. 77-91.

¹²⁶² APARISI (1997), p. 269.

¹²⁶³ BASCUÑÁN (1972), p. 99; DíEZ-PICAZO (1993), p. 9; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 143; WILLIAMS (1999), pp. 186-187.

¹²⁶⁴ En un sentido similar: ESCOBAR (1990), p. 104.

¹²⁶⁵ CANCELA *et alt.* (1988), § 20, p. 72; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48.

orden que se precia de ser inmutable¹²⁶⁶ o estático¹²⁶⁷, siendo válido para todo tiempo y lugar¹²⁶⁸, lo cual las convierte en categorías universales¹²⁶⁹. Como se trata de una realidad que no cambia ni temporal ni culturalmente, resulta que estos principios deberán mantenerse indefinidamente en el tiempo, no admitiéndose que puedan caer en desuso como consecuencia de la evolución social¹²⁷⁰. Son, en consecuencia, objetivos¹²⁷¹.

En cuanto a la identificación de la fuente de esta ley inmutable, se promueven algunas diferencias, que han significado la presencia de diversas concepciones *iusnaturalistas*¹²⁷². En este sentido, se ha dicho que el derecho natural consiste de “un derecho divino mitigado, conforme al cual juzga Dios a los infieles”¹²⁷³, y que al hombre cristiano no interesa personalmente, puesto que conoce “el positivo más exigente”¹²⁷⁴, y que sólo servirá “por sus relaciones con los infieles”¹²⁷⁵. Incluso más, se trataría de un derecho que puede conocerse a través del Decálogo y los Evangelios¹²⁷⁶.

Otra posición relativa al significado del derecho natural es aquella que defiende su origen en la razón humana. Ella justificaría mirar el origen de los principios jurídicos con prescindencia de la divinidad. Es en la propia naturaleza humana, y específicamente su razón, la fuente de estos principios¹²⁷⁷. Esta clase de posición *iusnaturalista* es la que caracterizó a los racionalistas liberales, y se plasmó en la necesidad de originar algunos axiomas más concretos para justificar la configuración político-jurídica que se generó a partir del siglo XVIII¹²⁷⁸. El resultado de estos axiomas consistirá en la dictación de las primeras declaraciones de derechos humanos¹²⁷⁹.

Incluso se ha llegado a sostener que la función histórica del derecho natural habría sido confiada a la Constitución; se afirma así que la Carta Fundamental es “el subrogado tecnificado del derecho natural”¹²⁸⁰. Del mismo modo, se sostiene que la conversión de los preceptos absolutos del derecho natural “en criterios técnicos y tecnificables es lo que se expresa en el concepto de “principios generales del derecho”¹²⁸¹.

1266 BASCUÑÁN (1972), p. 99; CASTÁN (1988), p. 503.

1267 FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

1268 PACHECO (1994), p. 415.

1269 CASTÁN (1988), p. 503; BELTRÁN (2000), p. 97.

1270 En un sentido similar, GORDILLO (s/f), p. 49.

1271 CASTÁN (1988), p. 503.

1272 SQUELLA (2014), p. 340. Sin embargo, el mismo autor reconocía previamente una proliferación de “positivismos jurídicos”, lo cual califica como “un signo de buena salud” (SQUELLA, 2011, p. 20).

1273 D’ORS (2003), núm. 13, p. 28.

1274 D’ORS (2003), núm. 13, p. 28.

1275 D’ORS (2003), núm. 13, p. 28.

1276 D’ORS (2003), núm. 13, p. 28.

1277 DÍEZ-PICAZO (2011), p. 217. Modernamente ha sostenido esta postura DEL VECCHIO (2017), p. 56.

1278 RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 13, p. 29.

1279 RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 13, pp. 30-3213, pp. 30-32.

1280 GORDILLO (s/f), pp. 64-65.

1281 GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 63.

La consecuencia de esta clase de postura es que los principios jurídicos de este tipo son descubiertos a partir de un proceso deductivo¹²⁸², puesto que parte de las premisas generales previstas por la ley natural, a partir de los cuales podrán descubrirse los principios generales¹²⁸³. Asimismo, bajo esta doctrina, los principios jurídicos nacen fuera del ordenamiento jurídico¹²⁸⁴, y son anteriores al mismo¹²⁸⁵.

§ 2. CRÍTICAS

El establecimiento de unos principios jurídicos que existan en forma independiente del reconocimiento legal, plantea como consecuencia la posibilidad que los primeros puedan entrar en contradicción con los segundos¹²⁸⁶.

Esta postura presenta algunos inconvenientes. Uno de ellos se encuentra en la propia noción que se tenga del derecho natural¹²⁸⁷, lo cual se denuncia como una aporía¹²⁸⁸. En este sentido, sostienen que no será lo mismo la concepción aristotélico-tomista que la derivada del racionalismo, motivo por el cual algunos autores han debido precisar que una perspectiva de los principios desde la óptica del derecho natural implica descartar “la interpretación de la escuela moderna del derecho natural vinculada a la razón humana o a la libertad”¹²⁸⁹.

Asimismo, se previene del recurso a esta naturaleza respecto de aquellos sistemas jurídicos cuya ideología pudiere ser contradictoria con estas concepciones¹²⁹⁰; no serán lo mismo una sociedad liberal, que una en que impera una concepción socialista¹²⁹¹. En un sentido similar, se dice que “la tradición de un país o la ideología política que lo domina puede dar origen a principios de derecho, que en rigor no tienen nada que ver con el derecho natural”¹²⁹².

También se ha indicado que esta clase de principios serían vagos, elásticos y subjetivos, de modo que se haría imposible la determinación de un medio cierto, seguro y constante para la integración de la ley¹²⁹³.

¹²⁸² ESCANDÓN (2003), p. 171; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

¹²⁸³ ESCANDÓN (2003), p. 171.

¹²⁸⁴ GORDILLO (s/f), p. 53; CANCELA *et alt.* (1988), § 20, p. 72.

¹²⁸⁵ GORDILLO (s/f), p. 53.

¹²⁸⁶ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48; GARCÍA (1997), p. 67.

¹²⁸⁷ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 9; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 144; GARCÍA (1997), pp. 67-71.

En un sentido similar, GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), pp. 59-60, en cuanto declara que esta incertidumbre fue la que sirvió para asegurar el éxito de las miradas positivistas.

¹²⁸⁸ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 9.

¹²⁸⁹ LIMODIO (2009), p. 54.

¹²⁹⁰ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 144.

¹²⁹¹ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 144.

¹²⁹² DÍEZ-PICAZO (2011), p. 217.

¹²⁹³ COVIELLO (1949), núm. 29, p. 96.

Otro elemento que dificultaría la aplicación del criterio iusnaturalista, tiene un fundamento normativo. Su procedencia será posible en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales se acepte expresamente su aplicación; y respecto de aquellos que no cuentan con una norma de remisión expresa, se declara que

“todo sistema jurídico necesariamente representa, en muchos de sus aspectos, una aplicación o adaptación de principios axiológicos de máxima generalidad, como los de equidad y justicia, de los cuales siempre será posible derivar, tomando en cuenta las peculiaridades del asunto que se pretende resolver, un criterio adecuado”¹²⁹⁴.

Finalmente, se ha observado que los principios jurídicos pueden entrar en conflicto con una determinada realidad de la sociedad, la cual muta en cuanto a sus necesidades y prioridades, y podría ocurrir que un principio aceptado por un anterior orden social, ya no sea compartido de manera contemporánea, de modo tal que corren el riesgo que quedar desactualizados¹²⁹⁵.

SECCIÓN 3: CRITERIO ECLÉCTICO

Respecto de este criterio, se explicará de manera general (§ 1), y las principales críticas que pueden formularse respecto de ella (§ 2).

§ 1. PLANTEAMIENTO

Frente a las dificultades a las cuales han conducido las miradas positivista y iusnaturalista, se ha sostenido que los principios generales del derecho son tanto del respectivo ordenamiento jurídico positivo, como de los que provienen del derecho natural¹²⁹⁶.

En algunos casos, se ha propuesto un orden de prelación en la aplicación de esta clase de principios. Así, CASTÁN sostenía que los principios del derecho natural cumplían dos funciones; servir de elemento auxiliar para indagar y esclarecer los principios del derecho vigente, y para suplir a los principios del derecho positivo en aquellos casos que no sea posible colmar las lagunas legales, ni siquiera por esta última vía¹²⁹⁷.

¹²⁹⁴ GARCÍA (1997), pp. 63-64.

¹²⁹⁵ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 146.

¹²⁹⁶ SQUELLA (2014), p. 341. En la doctrina, defienden esta naturaleza CASTÁN (1988), p. 495; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 121.

¹²⁹⁷ CASTÁN (1988), p. 495.

El caso más representativo de esta mirada se encontraría en el Código Civil de Egipto de 1949, el cual explica que, en defecto de disposiciones legales, y a continuación en defecto de la costumbre, se fallará “según los principios generales del derecho islámico, y a falta de éstos, según los principios del derecho natural y de la equidad”¹²⁹⁸.

Algunos autores sostienen que el Código Civil de España ha consagrado esta alternativa, en cuanto declara que los principios generales del derecho “*se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*” (CCEsp., art. 1.º inc. 4.º)¹²⁹⁹.

§ 2. CRÍTICAS

Modelos de esta naturaleza incurren en la misma clase de defectos que atraviesan en forma separada a cada una de las corrientes analizadas.

SECCIÓN 4: CRITERIO ROMANISTA

Respecto de esta doctrina, trataremos sobre su contenido general (§ 1), y las principales críticas que pueden formularse respecto de ella (§ 2).

§ 1. PLANTEAMIENTO

Finalmente, se ha planteado que los principios generales del derecho constituían los preceptos y reglas de justicia que se encontraban aceptados por los jurisconsultos del derecho romano¹³⁰⁰.

Esta clase de posturas constituyen, según hemos destacado al comienzo del trabajo, las bases de la posterior teoría sobre los principios generales del derecho. Ellas surgen a partir de la Edad Media, como consecuencia de la difusión en la enseñanza del derecho romano en las nacientes universidades en el continente europeo. La propagación del “derecho común” durante el período medieval arrojó como consecuencia que los juristas y los tribunales recurriesen al derecho romano para la resolución de los conflictos que no podían ser suficientemente solucionados por los incipientes regímenes nacionales.

¹²⁹⁸ SQUELLA (2014), p. 341.

¹²⁹⁹ PARADA (2012), p. 75.

¹³⁰⁰ SQUELLA (2014), p. 341.

La posición de los juristas frente al derecho romano, particularmente en el caso de la escuela de los glosadores, era la de concebir a este ordenamiento como la “razón natural”¹³⁰¹, y que era la única capaz de ofrecer una solución lógica y justa a la controversia¹³⁰². La fuente final de la *equidad* se encontraba, de esta manera, en la compilación justiniana¹³⁰³.

Una de las consecuencias derivadas de esta clase de posición, se encuentra en la expresión de los principios jurídicos en un conjunto de reglas, máximas o aforismos jurídicos¹³⁰⁴.

Esta clase de interpretación se explica porque una parte importante de la legislación del derecho privado se construyó a partir del derecho romano¹³⁰⁵.

Se estima que esta postura fue decayendo durante el curso de la Edad Moderna, como consecuencia de la pérdida de la primacía del derecho romano y la aplicación exclusiva de los regímenes estatales. Empero, vemos que algunos autores han destacado que, por defecto de la analogía y de los principios generales del derecho, deberá acudirse “a los adagios, o sea, a las máximas y principios del derecho que hemos heredado del derecho romano”¹³⁰⁶. Incluso se aprecia en la jurisprudencia española algunos casos en que se resolvió que

“puede un Tribunal fundar su fallo en un principio de Derecho admitido en las leyes de Partidas sin declarar categóricamente que, no habiendo ley aplicable al punto controvertido, ni costumbre del lugar, adquiere aquél la virtualidad necesaria”¹³⁰⁷.

§ 2. CRÍTICAS

Se ha sostenido que una de las razones del éxito del derecho romano, su vigencia, y su consideración en este punto como fundamento de los principios jurídicos, se debe a que este derecho se apoya en un sistema de razonamiento por principios¹³⁰⁸.

Se acusa que esta clase de postura tiene dos problemas importantes. El primero de ellos, apunta que los principios derivados del derecho romano carecen de fuerza vinculante al día de hoy, y sólo tienen mérito histórico¹³⁰⁹.

¹³⁰¹ DEL VECCHIO (2017), p. 62, citando doctrina que afirmaba esta circunstancia.

¹³⁰² BASCUÑÁN (1972), p. 97.

¹³⁰³ GUZMÁN (1992), pp. 78-81, con lo cual concluye que es necesario apartarse de cualquiera noción de equidad que atienda a la subjetiva opinión individual, al sentimiento o la imaginación.

¹³⁰⁴ BASCUÑÁN (1972), p. 98; PACHECO (1994), pp. 416-417; WILLIAMS (1999), p. 186; SQUELLA (2014), p. 341.

¹³⁰⁵ DEL VECCHIO (2017), p. 62.

¹³⁰⁶ CARVALLO (1951), núm. 47, p. 201.

¹³⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de España, 1ª Sala, 26.11.1926, citada por VÁSQUEZ (1999), p. 34.

¹³⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), pp. 34-35; GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b), pp. 81-82.

¹³⁰⁹ BASCUÑÁN (1972), p. 98; WILLIAMS (1999), p. 186; SQUELLA (2014), p. 342.

Asimismo, se observa que es erróneo que los aforismos o máximas jurídicas sean identificados con los principios jurídicos, precisamente porque sólo tienen un valor pedagógico, y que sólo son “verdades relativas o parciales buenas para un tiempo o para ciertos casos”¹³¹⁰.

SECCIÓN 5: CRITERIO HISTORICISTA

Se explicará en qué se traduce esta doctrina (§ 1), y las principales críticas que se han promovido a su alrededor (§ 2).

§ 1. PLANTEAMIENTO

Dentro de las tendencias que pueden constatarse para explicar la naturaleza de los principios jurídicos, podemos encontrar la expuesta por VERGARA, quien menciona que los principios jurídicos dan cuenta “del espíritu jurídico del pueblo, de la conciencia jurídica popular que ronda en los usos y costumbres, de la tradición jurídica actualizada en la mente y decisión del juez”¹³¹¹.

En forma indirecta parece asumir este criterio DÍEZ-PICAZO, desde el momento en que son principios jurídicos no sólo aquellos consagrados en las normas jurídicas constitucionales o legales en forma explícita, sino también lo son aquellos que emanan de “la conciencia social o en las convicciones imperantes en una sociedad”¹³¹². Otro tanto podemos encontrar en MONTES¹³¹³ y BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO¹³¹⁴.

Esta postura se apoya claramente en la concepción historicista del derecho, siguiendo de cerca en este punto la doctrina de SAVIGNY, de quien se toma la noción del “espíritu del pueblo” y que declara la base de la concepción moderna de los principios jurídicos¹³¹⁵.

§ 2. CRÍTICAS

¹³¹⁰ BASCUÑÁN (1972), p. 98.

¹³¹¹ VERGARA (2018), § 4, p. 102 y pp. 115-116.

¹³¹² DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10.

¹³¹³ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, p. 126.

¹³¹⁴ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41.

¹³¹⁵ Ello explica que el autor aborde en forma sintética la evolución del pensamiento *savigniano*. Puede observarse en VERGARA (2018), § 4, pp. 97-101.

Un planteamiento de esta naturaleza implica un problema de contradicción. Por una parte, asume que los principios se coligen del espíritu del pueblo y la tradición jurídica popular; pero descarta que los valores en que se apoya sean de un contenido extraño del derecho, y desconoce el valor del derecho natural.

En este punto, el historicismo no logra superar las dificultades del modelo positivista, incurriendo en este punto en las mismas críticas formuladas con antelación. Algunos autores la consideran incluida dentro del positivismo¹³¹⁶.

Asimismo, genera como riesgo una alta mutabilidad de los principios jurídicos. Si se supone que el derecho y sus respectivas áreas temáticas se caracterizan por unos determinados principios, sustentarlos en una visión popular sujeta a cambio, implicará que tales ámbitos sufran notorios cambios en el curso del tiempo, dificultando su fundamento.

Por otro lado, pareciera incurrir en algún grado de contradicción en cuanto al contenido de los principios jurídicos, puesto que el autor reconoce que los principios se encuentran compuestos de “valores materiales y morales”¹³¹⁷.

SECCIÓN 6: CRITERIO TÓPICO

La doctrina tópica requiere ser abordada en cuanto a su significado (§ 1), y sus principales críticas (§ 2).

§ 1. PLANTEAMIENTO

Cabe destacar que algunos autores han sostenido que dentro de aquellas doctrinas que van “más allá de las normas legales”, como lo son las *iusnaturalistas*, deberán comprenderse también aquellas que estiman que los principios jurídicos consisten de “los principios de los tratadistas y la teoría jurídica”¹³¹⁸, o también llamado el “derecho científico”, entendidos estos últimos como aquellos más generales de la ciencia jurídica¹³¹⁹.

Estos principios, como se apreciará, son conformados por la propia comunidad jurídica que los identifica, y los adopta mediante consenso¹³²⁰.

¹³¹⁶ En este sentido, FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122.

¹³¹⁷ VERGARA (2018), § 4, p. 104. La contradicción se encuentra en VERGARA (2018), § 4, p. 116, cuando refiere que “las exigencias morales, racionales o de derecho natural”, no son principios jurídicos.

¹³¹⁸ CARVALLO (1951), núm. 47, p. 201.

¹³¹⁹ ALBALADEJO (2009), § 16, p. 103.

¹³²⁰ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10.

Esta clase de postura es calificada por DíEZ-PICAZO como “tópica”¹³²¹.

§ 2. CRÍTICAS

Se descarta esta tesis en cuanto el fundamento de los principios, puesto que la doctrina no constituye una fuente del derecho, y por tratarse de “tiempos de hipercrítica”, los cuales impiden que pueda adoptarse una solución en la cual no exista controversia entre los autores¹³²².

Por otro lado, éste no pasa de ser otra cosa que un modelo positivista, de modo que recibe las mismas críticas de dicha doctrina.

SECCIÓN 7: SÍNTESIS

Se han expuesto las principales concepciones en torno a la naturaleza de los principios jurídicos. Entre ellas, las principales son la positivista, iusnaturalista, romanista y la histórica, entre otras.

Para el positivismo, los principios jurídicos surgen como resultado de un proceso inductivo, y se construyen a partir de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico, de modo que no existe un orden superior desde el cual se pudieren generar. Sin embargo, debido a que se asume que el núcleo de los principios se encuentra compuesto de valores, esta clase de doctrina manifiesta algunas dificultades a la hora de justificar su existencia y contenido.

Por el contrario, el iusnaturalismo manifiesta que los principios jurídicos se deducen de un orden superior y previo al derecho positivo. El origen de este orden superior ha sido debatido, y en ello se diferencian las distintas formas de exposición de este contenido.

El criterio romanista asume que los principios jurídicos emanan del derecho romano. Este criterio se ajusta a la manera en que los juristas medievales estudiaron el ordenamiento vigente, y que más tarde será destacado por la escuela histórica del derecho.

Por su parte, la escuela histórica del derecho reclama que el origen de los principios se encuentra en el espíritu popular, como una forma de prescindir de cualquiera clase de modelo iusnaturalista. Algunos autores contemporáneos han complementado esta posición, señalando que la doctrina es la que identifica este espíritu popular.

¹³²¹ DíEZ-PICAZO (1993), p. 10.

¹³²² COVIELLO (1949), núm. 29, p. 96.

En virtud de las consideraciones formuladas, una perspectiva predominantemente *iusnaturalista* pareciera cuadrar mejor con la naturaleza y origen de los principios jurídicos.

En nuestro concepto, el seguimiento de esta doctrina evita incurrir en las dificultades que el positivismo y el historicismo conllevan, y que les dificulta conciliar la existencia de estos principios, en un modelo normativo cerrado, en el cual los principios emanan del propio ordenamiento jurídico, y en apariencia carente de consideraciones valorativas. Por otro lado, se ha aceptado que varios de los principios jurídicos coinciden con aquellos emanados del derecho natural o ideal “de lo que es siempre justo y bueno”¹³²³.

Conviene prevenir que esta clase de postura no constituye impedimento para aceptar que, a la par de los principios propios del derecho natural, rijan aquellos que emanan del ordenamiento jurídico. Como ha sido explicado, la doctrina que plantea una posición sobre la naturaleza de los principios jurídicos, suele concluir que tienen una composición mixta¹³²⁴. Esto se notará más adelante, cuando se trate sobre las principales clases de principios.

¹³²³ MILLAS (2012), p. 155.

¹³²⁴ Es lo que ocurre con DíEZ-PICAZO (1993), p. 10, quien manifiesta que los principios jurídicos no sólo son aquellos consagrados en el ordenamiento jurídico, sino también se encuentran los que emanan de la conciencia social o las convicciones imperantes en la sociedad. Sigue al mismo autor, MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, pp. 126 y 127.

Capítulo IV:

**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS,
SU ESTRUCTURA BÁSICA EN CUANTO NORMA JURÍDICA**

SUMARIO: Sección 1: Los principios y las normas tienen una naturaleza diferente: § 1. Diferencias de estructura: 1.1. Planteamiento; 1.2. Consecuencias – **§ 2.** Diferencias en la formulación – **§ 3.** Diferencias en cuanto a su finalidad – **§ 4.** Diferencias de coordinación – **§ 5.** Diferencias de posición respecto del ordenamiento jurídico – **§ 6.** Diferencias en cuanto a su reconocimiento estatal – **§ 7.** Diferencias en cuanto a los parámetros hermenéuticos que les son aplicables.- **Sección 2: Posturas de identificación estructural entre los principios y las normas jurídicas: § 1.** Asimilación de naturaleza en virtud del origen – **§ 2.** Asimilación de naturaleza por su función – **§ 3.** Asimilación de naturaleza por sujeción a la norma fundamental.- **Sección 3: Propuesta: § 1.** Fundamentos – **§ 2.** Estructura material de los principios jurídicos: 2.1. Planteamiento; 2.2. Supuesto de hecho; 2.3. Consecuencia jurídica: 2.3.1 Falta de claridad respecto de la sanción aplicable - 2.3.2. Carácter implícito de la sanción - 2.3.3. Posibilidad de identidad de la consecuencia entre diversos principios jurídicos.- **Sección 4: Síntesis.**

Un debate que se ha formulado en el ámbito de la teoría del derecho ha dicho relación con la naturaleza propia de los principios jurídicos. Esta discusión apunta a si los principios jurídicos constituyen una norma jurídica, o constituyen una calidad diferente.

Esta discusión queda reflejada en varios niveles. La primera de ellas se encuentra en la propia definición usual de “derecho”, donde suele explicarse que consiste de un “conjunto” de “principios y reglas”, o de “principios y normas jurídicas”.

El motivo de esta discusión se encuentra en la aparente diferencia de estructura, en comparación al resto de las normas jurídicas. Adicionalmente, para diferenciar a los principios respecto de las demás normas jurídicas, se ha propuesto denominar a estas últimas como “reglas”.

Trataremos, en primer lugar, aquellas doctrinas que afirman que los principios y las normas jurídicas tendrían una naturaleza diferente (**Sección 1**). Hecho esto, veremos aquellas que postulan que unas y otras tienen una misma naturaleza (**Sección 2**). Por nuestra parte, ofrecemos una propuesta tendiente a identificar la naturaleza y estructura material de los principios (**Sección 3**).

SECCIÓN 1: LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS TIENEN UNA NATURALEZA DIFERENTE

Una postura que se ha formulado consiste que los principios son diferentes respecto de las normas jurídicas en general¹³²⁵, no siendo posible que se admita su similitud en forma alguna.

En virtud de estas consideraciones, se sostiene que los principios no son propiamente reglas, “ni siquiera concebidas en forma muy general”, sino que más bien se tratan de “ideas jurídicas generales”. Ellas se concentran en su estructura (§ 1), formulación (§ 2), finalidad (§ 3), coordinación (§ 4), su posición respecto del ordenamiento jurídico (§ 5), su reconocimiento estatal (§ 6), y en cuanto a los parámetros hermenéuticos que les son aplicables (§ 7).

§ 1. DIFERENCIAS DE ESTRUCTURA

1.1. Planteamiento

Conforme han planteado algunos autores, los principios se diferencian de las demás normas jurídicas, en el sentido de contener una estructura diferente.

Para ello, se postula que las normas jurídicas en general pretenden imponer directamente una regulación de la conducta humana, que en cuanto a su estructura material se compone de la relación jurídica y la consecuencia jurídica. Cada una de las mencionadas involucra una etapa diversa de la norma jurídica. La relación jurídica consiste de la etapa voluntaria y que opera bajo una premisa de normalidad, toda vez que las personas tienden a cumplir voluntariamente con los deberes que contienen las normas. Por su parte, la consecuencia jurídica involucra un escenario diverso, en que el deber jurídico no ha sido realizado de manera voluntaria, por lo que deberá ser obtenido forzada o coactivamente. Esto implicaría el carácter taxativo de las normas, porque las únicas opciones consisten que la norma se aplicará en su integridad, o no podrá aplicarse¹³²⁶. Asimismo, las reglas configuran de modo cerrado el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica¹³²⁷.

Esta estructura no aparecería en los principios jurídicos, los cuales tendrían una calidad diferente¹³²⁸. Ellos se caracterizarían por su estructura abierta¹³²⁹. Para ser más precisos, acusan que los principios jurídicos se encontrarían privados de un hecho condicionante, o

¹³²⁵ Acusa diferencias entre unas y otras, SQUELLA (2011), pp. 26-27.

¹³²⁶ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 143.

¹³²⁷ RUIZ (2000), p. 153.

¹³²⁸ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 143; PRIETO (2016), p. 206.

¹³²⁹ PRIETO (2016), p. 206.

que el que tienen sería de carácter abierto, y no exigirían o tipificarían comportamientos concretos y específicos¹³³⁰.

1.2. Consecuencias

La constatación de diferencias en cuanto a la estructura material de las normas y los principios, significaría que su forma de aplicación diferiría.

Así, se dice que la norma jurídica se aplica de manera disyuntiva, lo cual significa que las consecuencias jurídicas se aplicarán sólo en la medida que se cumplan los requisitos previstos en el supuesto de hecho¹³³¹.

Por el contrario, los principios son sostenidos como normas categóricas, y que se encuentran privadas de un ámbito específico de aplicación¹³³².

§ 2. DIFERENCIAS EN LA FORMULACIÓN

A fin de identificar una diferencia entre las normas y los principios, se ha dicho que estos últimos son formulados en un lenguaje que se caracterizaría por su vaguedad, generalidad e indeterminación.

Tales singularidades no se encontrarían usualmente en las normas jurídicas, las cuales pretenden determinar con claridad y precisión cuáles son las circunstancias de hecho que deberán ocurrir para que pueda aplicarse una consecuencia jurídica, la cual igualmente se encontrará determinada¹³³³.

§ 3. DIFERENCIAS EN CUANTO A SU FINALIDAD

Las normas y los principios serían diferentes según las finalidades que persiguen.

Así, las normas jurídicas tendrían como objetivo directo e inmediato la regulación de la conducta.

Por el contrario, los principios jurídicos imponen los llamados “mandato de optimización”¹³³⁴. En términos generales, los mandatos de optimización “obligan a hacer

¹³³⁰ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), pp. 143-144.

¹³³¹ BARRÈRE (1998), pp. 123-124.

¹³³² BARRÈRE (1998), p. 124.

¹³³³ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 143.

¹³³⁴ PRIETO (2016), p. 206; VERGARA (2018), § 4, p. 106.

aquello que es necesario para que los estados de cosas ideales se realicen en la mayor medida posible”¹³³⁵. Por tanto, los principios forman parte de una categoría de metas que el ordenamiento jurídico propone para el desarrollo de la colectividad.

§ 4. DIFERENCIAS DE COORDINACIÓN

También se ha planteado que los principios y las normas jurídicas difieren en una relación de coordinación que puede construirse entre ellos.

Así, se ha dicho que los principios jurídicos “son los fines que persiguen las normas, o los intereses que tutelan, o los valores en que se inspiran, o, en fin, sus consecuencias lógicas”¹³³⁶.

§ 5. DIFERENCIAS DE POSICIÓN RESPECTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Respecto a la posición que le corresponde a los principios en el ordenamiento jurídico, una propuesta ha referido que son normas fundamentales, de modo que alcanzan un valor incluso superior en comparación a las normas.

Con todo, esta afirmación no sería objeto de consenso, particularmente respecto de aquellos ordenamientos en los cuales los principios son proclamados en una función subsidiaria de la ley. Lo que realmente significan los principios es que caracterizarían la identidad material del ordenamiento en su conjunto.

Algunos autores previenen que la distinción entre las reglas y los principios jurídicos persigue encubrir una oposición, cual es la que distingue entre las normas positivas y las normas del derecho natural¹³³⁷.

§ 6. DIFERENCIAS EN CUANTO A SU RECONOCIMIENTO ESTATAL

Algunos autores han preferido diferenciar los principios de las reglas, especialmente a la hora de la discusión sobre si existen los llamados “principios explícitos”, es decir, aquellos que se encuentren reconocidos en virtud de una norma, sea constitucional o legal.

¹³³⁵ MORESO/VILAJOSANA (2004), p. 92.

¹³³⁶ PRIETO (2016), p. 210.

¹³³⁷ GUASTINI (1999), p. 144.

Así, VERGARA explica que serán “reglas” aquellos principios jurídicos que hubieren sido consagrados en forma explícita por el legislador¹³³⁸. Esto implica que, en su concepto, la diferencia es radical en cuanto a su origen, no admitiéndose en este sentido que los principios queden contenidos en normas legales. Por tanto, los principios no se originarían a través de los órganos estatales regulares.

Esta exigencia adquiere consecuencias prácticas inmediatas. Al adquirir la calidad de regla, entonces se sujetan a todos los mecanismos de interpretación e integración propios de la ley.

§ 7. DIFERENCIAS EN CUANTO A LOS PARÁMETROS HERMENÉUTICOS QUE LES SON APLICABLES

Por último, se ha propuesto que los principios se diferencian de las reglas en lo que dice relación con los procedimientos de interpretación que deben aplicarse respecto de los primeros.

Así, se diferenciarían en el sentido de que los principios no admiten interpretaciones literales, orientan la interpretación de las restantes normas del ordenamiento, su aplicación no opera por vía de subsunción, y que los conflictos que se producen entre principios se resuelven en virtud de la ponderación¹³³⁹.

SECCIÓN 2: POSTURAS DE IDENTIFICACIÓN ESTRUCTURAL ENTRE LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS JURÍDICAS

Frente a aquellos autores que sostienen la diversidad de naturaleza entre los principios y las normas jurídicas, otros han defendido que son igualmente normas jurídicas, aunque con indicación que se tratan de “normas jurídicas generales”¹³⁴⁰; son “las normas más generales”¹³⁴¹; o que se tratan de “reglas de conducta pertenecientes al contenido del derecho”¹³⁴².

¹³³⁸ VERGARA (2010), p. 27.

¹³³⁹ GUASTINI (1999), pp. 145-146.

¹³⁴⁰ En este sentido se pronuncia NAZAR (2018), núm. 101, p. 295. El uso de esta clase de adjetivos supone que los principios serían “una especie particular dentro del género de las normas”, la cual incurre en el defecto de no explicar satisfactoriamente qué propiedades son necesarias para que una norma pueda adquirir la denominación de “principio” (GUASTINI, 1999, p. 144).

Sin el calificativo de “general”, las entiende en esta naturaleza VELLUZZI (2017), p. 102.

¹³⁴¹ BOBBIO (1994), núm. 81, p. 239.

¹³⁴² MILLAS (2012), p. 156.

Esta asimilación se produce en razón de su origen (§ 1), función (§ 2) y su sujeción a la norma fundamental (§ 3).

§ 1. ASIMILACIÓN DE NATURALEZA EN VIRTUD DEL ORIGEN

Para defender esta calidad, se ha invocado como argumento la asimilación de naturaleza por su origen.

En el entendido que los principios se extraen de las normas jurídicas, significará entonces que los primeros no podrían tener lógicamente una naturaleza diferente¹³⁴³. En virtud del proceso de abstracción, sólo se puede identificar una norma a partir de otra norma¹³⁴⁴.

Incluso más, se ha dicho que esta norma, en que se traduce el principio, “representa de verdad una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen”, puesto que una mera repetición de las normas sólo serviría para efectuar una descripción resumida del derecho o de alguno de sus campos normativos, y no serían propiamente una fuente¹³⁴⁵.

También debe reconocerse que los principios pueden encontrarse contenidos en normas legales¹³⁴⁶, lo cual contribuye a insistir en la ausencia de diferencias, sobre todo si admiten su inserción entre las mismas clases de fuentes formales.

§ 2. ASIMILACIÓN DE NATURALEZA POR SU FUNCIÓN

Otro argumento que se ha considerado es la asimilación de naturaleza por su función.

Se sostiene que la función de los principios es la de “regular genéricamente ciertas situaciones concretas”¹³⁴⁷ o “casos”¹³⁴⁸, y esta función es la de regular la conducta humana¹³⁴⁹, estableciendo pautas o modelos de conducta¹³⁵⁰, o guiar el comportamiento¹³⁵¹, lo cual precisamente hacen las normas jurídicas.

§ 3. ASIMILACIÓN DE NATURALEZA POR SUJECIÓN A LA NORMA FUNDAMENTAL

¹³⁴³ BOBBIO (1994), núm. 81, p. 239; NAZAR (2018), núm. 101, p. 296.

¹³⁴⁴ PRIETO (2016), p. 209; NAZAR (2018), núm. 101, p. 296.

¹³⁴⁵ PRIETO (2016), p. 209.

¹³⁴⁶ BARRÈRE (1998), p. 124.

¹³⁴⁷ NAZAR (2018), núm. 101, p. 296.

¹³⁴⁸ BOBBIO (1994), núm. 81, pp. 239-240.

¹³⁴⁹ MILLAS (2012), p. 156; NAZAR (2018), núm. 101, p. 296.

¹³⁵⁰ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, p. 127.

¹³⁵¹ GUASTINI (1999), p. 143.

Se sostiene que los principios son normas jurídicas porque derivan su validez de la norma fundamental del ordenamiento jurídico¹³⁵².

Son consideradas por el mismo legislador a la hora de servir como fuente de las decisiones judiciales, y los órganos jurisdiccionales las aplican a la hora de la resolución de los conflictos¹³⁵³. Para ello invocan, incluso, el principio de inexcusabilidad.

SECCIÓN 3: PROPUESTA

A partir de las doctrinas en discusión, creemos que los principios jurídicos tienen una naturaleza propia de una regla, como consecuencia de la forma en que se aplican por el juez y el intérprete.

Para ello, se expondrán los fundamentos en que se apoya esta postura (§ 1), y la estructura material (§ 2).

§ 1. FUNDAMENTOS

Como se ha sostenido, los principios jurídicos dan cuenta de una labor de creación del derecho. Pues bien, será una creación que se verá confirmada por la aplicación del principio jurídico en el caso concreto, a través de la forma en que el juez acude a ella. Esta aplicación se efectúa, en nuestro concepto, en los pasos siguientes.

En primer lugar, se deberá identificar el principio jurídico que corresponda aplicar en el caso concreto que es discutido por las partes. En segundo lugar, y una vez que se constata la pertinencia del principio, y por su construcción incompleta, deberá colegirse de este principio la consecuencia jurídica que se necesite.

Puede que se encuentren situaciones en las cuales no existe una claridad en cuanto al mecanismo concreto que se deriva del principio para solucionar el conflicto –como ocurre con los efectos derivados del principio de respeto a los actos propios–, pero finalmente se identificará aquella que resulte más adecuada.

Con ello, el juez ha terminado de convertir el principio en una regla jurídica. Se tratará de un procedimiento de creación del derecho, y de traducción del principio a una regla.

¹³⁵² NAZAR (2018), núm. 101, p. 296.

¹³⁵³ NAZAR (2018), núm. 101, p. 296.

§ 2. ESTRUCTURA MATERIAL DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

2.1. Planteamiento

La configuración típica de la norma jurídica entre un supuesto de hecho y una consecuencia, adquiere una calidad diferente tratándose de los principios jurídicos. Ello se produciría en una condición doble, porque compromete tanto la formulación del supuesto de hecho, como de la consecuencia jurídica, cambiando la estructura típica de las reglas.

Usualmente, una norma jurídica se caracteriza por su formulación condicional, y que ocurre de la manera tradicionalmente relatada a propósito de la estructura material de la norma jurídica:

“Si A, entonces B”.

Pero tal circunstancia no sería posible con los principios jurídicos, los cuales adquieren más bien una calidad categórica o incondicionada, lo que se explica porque sólo proclaman una finalidad o valor a perseguir¹³⁵⁴. Lo único que vemos, a la hora de la formulación del principio jurídico, es lo siguiente:

“Repudio al enriquecimiento sin causa”.

“Libre circulación de los bienes”.

“Protección de la buena fe”¹³⁵⁵.

“Autonomía de la voluntad”.

Incluso se observan algunos principios en los cuales la formulación es mucho más radical, sin formulación aparente de una determinada acción. Tal ocurre en los siguientes ejemplos:

“Irretroactividad de la ley”.

“Legalidad”.

“Tipicidad”.

¹³⁵⁴ GUASTINI (1999), p. 150.

¹³⁵⁵ Respecto de este principio, BARROS (2014 b), p. 30, acusa que su contenido semántico es doblemente pobre: “es concepto indeterminado respecto de sus condiciones de aplicación y, además, tiene un contenido normativo que sólo es indiciario de sus fines”. Coincide en la indeterminación de este principio, DíEZ-PICAZO (1993), p. 10.

Como se verá, la apreciación es completamente categórica, dado que no existen alternativas que impidan la aplicación de una consecuencia jurídica determinada. Esto supone que el principio jurídico deberá respetarse *siempre*.

Por otro lado, mientras más sencilla sea la forma de formulación del principio, mayores dificultades existirán a la hora de su aplicación judicial, debido a que “si las condiciones de aplicación del estándar son demasiado vagas e imprecisas, se confiere al juez un grado de discernimiento que puede deslindar con la discreción”¹³⁵⁶, lo cual convierte el ejercicio de establecimiento y aplicación del principio en una situación riesgosa de objetividad, o simplemente conducir a un decisionismo jurídico “que puede ser ingenuo acerca de sus propios supuestos y consecuencias”¹³⁵⁷.

Si se acepta que los principios jurídicos tienen una naturaleza normativa, debe aceptarse que éstas se encuentran compuestas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica¹³⁵⁸.

2.2. Supuesto de hecho

En cuanto a su presencia, se ha sostenido que el supuesto de hecho se encuentra contenido en los principios jurídicos¹³⁵⁹. Empero, tal afirmación no se adopta en forma unánime, dado que se ha mencionado que hay algunos principios jurídicos que son formulados sin ligarse específicamente a un supuesto de hecho, o que aquellos que sí la vinculan, evidencian un supuesto de hecho formulado en términos muy generales o indeterminados¹³⁶⁰.

Desde un punto de vista estructural, el supuesto de hecho que se contendría en el principio jurídico se caracterizaría por ser *abierto*¹³⁶¹, lo cual ocurriría porque “son normas derrotables” las cuales no enumeran exhaustivamente las excepciones que hacen improcedente la consecuencia jurídica¹³⁶².

La particularidad del supuesto de hecho es que da cuenta de una valoración de manera explícita¹³⁶³, y tendría como ventaja que tendría tal grado de fijación que contiene una manifestación sobre la consecuencia jurídica que emana de éste¹³⁶⁴.

¹³⁵⁶ BARROS (2014 b), p. 30.

¹³⁵⁷ BARROS (2014 b), p. 32.

¹³⁵⁸ CANARIS (1998), § 2, p. 60.

¹³⁵⁹ En este sentido se encontraría RUIZ (2000), p. 153; DE PABLO (2018), § 39, pp. 106-107.

¹³⁶⁰ En este sentido, Díez-PICAZO (1993), p. 10; ANSUÁTEGUI (1999), p. 166.

¹³⁶¹ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 145; GUASTINI (1999), pp. 147 y 151; RUIZ (2000), p. 153; VELLUZZI (2017), pp. 102-103.

¹³⁶² VELLUZZI (2017), pp. 102-103, con cita de GUASTINI. El tratamiento que este último hace sobre la materia, puede consultarse brevemente en GUASTINI (1999), pp. 147 y 151.

¹³⁶³ CANARIS (1998), § 2, pp. 60-61.

¹³⁶⁴ CANARIS (1998), § 2, p. 61.

En términos generales, la formulación del supuesto de hecho es diferente respecto de las normas jurídicas en general. En el entendido que el principio jurídico constituye una realidad que deberá ser siempre aplicada por el derecho, y respetada por la comunidad a la cual va dirigida, el supuesto de hecho implicará un acto de valoración sobre la situación fáctica que obliga a la aplicación del principio. Por tanto, lo que hace el juez es comparar si el caso planteado se ajusta o no a la valoración defendida en virtud del principio, traduciendo el juez el principio hasta convertirlo en un supuesto de hecho. Ello determina que “la vía conductora de los principios jurídicos” sea la jurisprudencia, en este proceso de aplicación del principio a la circunstancia que sea aplicable¹³⁶⁵.

En este sentido, si el principio jurídico consiste del “repudio al enriquecimiento sin causa”, la tarea del juez consistirá en establecer si el caso fáctico respectivo supone la configuración de un acto de enriquecimiento injusto. Cuando ello ocurre, deberá preguntarse por la consecuencia jurídica que resulte procedente.

Se propone el siguiente esquema, para efectos de explicar este proceso:

PRINCIPIO JURÍDICO	VALOR DEFENDIDO / BIEN PROTEGIDO / SITUACIÓN A EVITAR	SUPUESTO DE HECHO / CONJETURADO POR EL JUEZ
<i>Repudio enriquecimiento causa</i>	<i>al “Enriquecimiento sin ilegítimo”.</i>	<i>Si se produce X situación (que suponga un enriquecimiento sin causa), entonces [...]</i>

El proceso en virtud del cual el principio jurídico se convierte en una norma, es denominado por DÍEZ-PICAZO de “concreción o concretización”, el que describe del siguiente modo:

“Significa ello la necesidad de establecer, arrancando del principio, una concreta norma para un supuesto de hecho concreto”¹³⁶⁶.

2.3. Consecuencia jurídica

Sobre las consecuencias jurídicas, y debido a la manera de formulación de los principios jurídicos, ellos no dan cuenta inmediata de la sanción aplicable cuando una determinada conducta o situación no se ajusta al principio respectivo, de modo que se sostenga que la

¹³⁶⁵ VÁSQUEZ (1999), p. 33.

¹³⁶⁶ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10. En un sentido similar, aunque hablando de “adaptación”, lo afirma GARCÍA (1997), p. 70.

consecuencia jurídica no se encuentra establecida expresamente¹³⁶⁷, o que no haya sido fijada y determinada con certeza¹³⁶⁸.

Estas vaguedades obligan a sostener que la tarea de la determinación de la sanción o consecuencia jurídica es desarrollada por el juez, el cual identificará la consecuencia a partir del principio aplicable¹³⁶⁹.

En este proceso de determinación podrían producirse dos situaciones; que no exista expresión alguna de una posible sanción, o que ésta sea implícita en el principio.

2.3.1 Falta de claridad respecto de la sanción aplicable

En primer lugar, los principios jurídicos *no explicitan cuál es la sanción aplicable frente a la verificación de la situación de hecho para la cual se predica el principio respectivo*.

Esto implica que el juez se encontrará en la necesidad de asignar una sanción, lo cual hará a partir de una interpretación analógica. Esto implicará revisar cuál es la clase de consecuencia usual frente a situaciones de idéntica naturaleza, que en este caso se traducen en sanciones previstas comúnmente por el legislador en normas que constituyen una expresión o manifestación del principio jurídico respectivo, lo que se revela en los respectivos supuestos de hecho de las normas legales identificadas.

En algunos casos, pareciera no existir mayor dificultad a la hora de identificar esta consecuencia. Es lo que ocurre con el principio jurídico de repudio al enriquecimiento sin causa, conforme surge del siguiente esquema propuesto:

PRINCIPIO JURÍDICO	SUPUESTO DE HECHO CONJETURADO	NORMAS LEGALES DE MANIFESTACIÓN
<i>Repudio enriquecimiento causa</i>	<i>al Si se produce X sin situación (que suponga un enriquecimiento sin causa), entonces [...]</i>	<i>Norma jurídica 1:</i> CCCh., Art. 2295 inc. 1.º: “ <i>Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado</i> ”. <i>Norma jurídica 2:</i> CCCh., Art. 2316 inc.

¹³⁶⁷ RUIZ (2000), p. 153; DE PABLO (2018), § 39, pp. 106-107.

¹³⁶⁸ ANSUÁTEGUI (1999), p. 166.

¹³⁶⁹ DE PABLO (2018), § 39, p. 107.

2.º: “El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”.

Norma jurídica 3:

CCCh., Art. 890 inc. 2.º y 3.º: “Exceptúanse las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. // “Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla”.

CONCLUSIONES:

1. *En situaciones normalmente identificadas de enriquecimiento injustificado, el legislador obliga a restituir el provecho obtenido de manera indebida.*
2. *La acción emanada del enriquecimiento*

*sin causa es una
de naturaleza
restitutoria.*

Debe reconocerse que existen otros supuestos en los cuales ha sido difícil identificar una sanción específica frente a la infracción de un determinado principio. Un ejemplo que ha sido destacado consiste del principio de respeto a los actos propios, en donde las sanciones específicamente propuestas han consistido de la indemnización de perjuicios al sujeto dañado, la pérdida del derecho para el que se fió de la conducta contradictoria, entre otros. Frente a esta dificultad, se ha postulado como sanción general la “inadmisibilidad de la pretensión”¹³⁷⁰.

En relación a estas ideas, se ha sostenido que la realización de los principios es necesaria la presencia de otros principios subordinados, y de valoraciones singulares con contenido material propio, porque ellos no son susceptibles de aplicación inmediata¹³⁷¹.

2.3.2. *Carácter implícito de la sanción*

La segunda situación a la cual se podría enfrentar el juez, es que, a través del establecimiento de las condiciones de aplicación implícitas de los principios, podrán extraerse las consecuencias aplicables al caso concreto¹³⁷².

Es lo que ocurriría con el principio de *irretroactividad* de la ley. En tal caso, frente a la posibilidad de que una ley, sea civil o penal, pretenda aplicarse hacia situaciones jurídicas producidas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, la consecuencia será que tal retroactividad se vea impedida del todo.

2.3.3. *Posibilidad de identidad de la consecuencia entre diversos principios jurídicos*

En concepto de CANARIS, los principios no comportan la pretensión de exclusividad. Ello lleva a que la mayor o menor precisión de la sanción podría generar como consecuencia que algunos principios jurídicos podrían compartir una misma consecuencia¹³⁷³.

A modo de ejemplo, el autor señala que el deber de indemnizar los perjuicios no sólo se genera en virtud de una conducta negligente; también podría originarse en el principio de riesgo, el de confianza o el de privación¹³⁷⁴.

Tratándose del derecho privado chileno, el principio de responsabilidad y el de respeto a los actos propios podrían conducir a escenarios de indemnización de perjuicios.

¹³⁷⁰ En este sentido: PEÑAILILLO (2015), p. 72. Coincide en la sanción aplicable: SALAH (2008), núm. 12, p. 196.

¹³⁷¹ CANARIS (1998), § 2, pp. 66-67.

¹³⁷² MORESO/VILAJOSANA (2004), p. 91.

¹³⁷³ CANARIS (1998), § 2, p. 63.

¹³⁷⁴ CANARIS (1998), § 2, p. 63.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

Junto con mantenerse vigente la discusión acerca del fundamento de los principios jurídicos, persiste como cuestión de debate su naturaleza, dado que se estima que su estructura material no es la propia de una regla de conducta.

Los principios jurídicos tendrían una composición abierta, la que no precisaría el supuesto de hecho al cual se aplicaría, e incluso existirían dificultades para determinar la consecuencia jurídica. Esta estructura facilitaría su vaguedad. También se distinguirían en su finalidad, dado que los principios constituyen un mandato de optimización, y marcarán los valores que protegen las normas. En cuanto a su ubicación, los principios jurídicos suelen reconocerse en una función supletoria de la ley. Al emanar del ordenamiento jurídico, los principios no pueden reducirse a una norma concreta, sin convertirse en el proceso en una regla. Por último, no se sujetan a los criterios de interpretación y aplicación propios de las normas jurídicas.

Frente a esta postura, se levanta otra que asimila los principios con las normas jurídicas. Para ello, sostienen que los principios y las reglas tienen un mismo origen, dado que los primeros sólo podrían obtenerse a partir de los segundos, siendo así imposible que pueda tener una naturaleza diferente del punto de donde emanan. También compartirían una misma función, que es la regulación de la conducta humana. Cierra este listado la sujeción que tanto las reglas como los principios prestan a la norma fundamental.

Asumida esta postura, será necesario ajustar la estructura material de la norma jurídica a los principios. En esta situación, se verificarán algunas particularidades en el supuesto de hecho y las consecuencias que derivan de su infracción. En cuanto a lo primero, los principios no se caracterizan por su redacción en términos hipotéticos, sino más bien categóricos, y su vaguedad e indeterminación generan algunas dudas acerca de la clase de situaciones a las cuales se aplican. Respecto de las consecuencias jurídicas, existen algunos principios que no las contienen claramente, de modo que incumbe al juez su determinación.

**RECONOCIMIENTO Y CONSAGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS
ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO**

SUMARIO: Sección 1: La consideración de los principios jurídicos en cuanto fuente formal del Derecho: § 1. Teorías negativas – **§ 2.** Teorías afirmativas.- **Sección 2: Mecanismos de consagración de los principios generales del Derecho: § 1.** Alternativas de manifestación: 1.1. Por su explicitación: 1.1.1. Descripción - 1.1.2. Maneras de expresión: (a) Asignación de una ubicación privilegiada; (b) Ubicación conjunta - 1.1.3. Evaluación crítica: (a) Méritos; (b) Dificultades; 1.2. Consagración implícita: 1.2.1. Descripción - 1.2.2. Método de identificación de los principios: (a) La analogía; (b) Interpretación sistemática – **§ 2.** Situación del derecho chileno: 2.1. El principio de inexcusabilidad o non liquet: 2.1.1. Reglas aplicables - 2.1.2. Un principio que regula el acceso a los principios - 2.1.3. Ámbito de validez del principio de non liquet; 2.2. Los principios jurídicos como fundamentos de la sentencia definitiva: 2.2.1. Regla aplicable - 2.2.2. Importancia - 2.2.3. Naturaleza de los “principios de equidad”; 2.3. Los principios jurídicos en cuanto constituyen elementos de interpretación de la ley: 2.3.1. Regla aplicable - 2.3.2. Antecedentes históricos - 2.3.3. Ámbito de aplicación - 2.3.4. Naturaleza del “espíritu general de la legislación”: (a) Posición tradicional; (b) Discrepancias.- **Sección 3: Mecanismos que permiten la constatación de un principio general del Derecho: § 1.** Método propuesto por Albaladejo: 1.1. Descripción; 1.2. Críticas – **§ 2.** Método propuesto por Vergara: 2.1. Descripción; 2.2. Críticas – **§ 3.** Método propuesto por Canaris: 3.1. Descripción; 3.2. Críticas.- **Sección 4: Síntesis.**

Habiéndose efectuado una aproximación y conceptualización en torno a los principios jurídicos, corresponde tratar su calificación en cuanto fuente del derecho.

Este análisis se compone del tratamiento de tres aspectos. El primero, abarca la consideración de los principios como una fuente formal del derecho (**Sección 1**). La segunda, aborda los mecanismos de consagración de los principios (**Sección 2**). Cierra este estudio con la revisión de algunas propuestas formuladas desde la doctrina para la identificación de un principio jurídico (**Sección 3**).

**SECCIÓN 1:
LA CONSIDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN CUANTO FUENTE FORMAL DEL
DERECHO**

La primera dificultad que se presenta en torno a los principios generales del derecho, dice relación con su reconocimiento en calidad de fuentes formales.

§ 1. TEORÍAS NEGATIVAS

Algunos autores han considerado que los principios generales del derecho carecen de la característica propia de las fuentes formales del derecho, no pudiendo ser consideradas entre ellas¹³⁷⁵.

Estas posiciones han destacado el hecho que las fuentes formales se traducen, en cuanto resultado, en la creación de una “norma jurídica”, circunstancia de la cual carecen los principios. Los principios jurídicos constituyen elementos de naturaleza más bien valorativa; se tratarían de meras ideas que carecen de la ordenación típica en que se traduce la norma jurídica, cual es la de asegurar la aplicación de una determinada consecuencia frente a la verificación de un determinado supuesto de hecho. Los principios jurídicos implican más bien la consagración de un “estándar”, o una meta a la cual debería apuntar el ordenamiento jurídico, pero que por sí solos no son capaces de establecer una determinada orden de conducta en el sujeto.

GORDILLO sostiene que los principios sólo permiten explicitar aquello que se encuentra latente en la propia norma legal¹³⁷⁶. Por su parte, SQUELLA rechaza esta función, debido a que los principios no constituirían métodos de producción de normas jurídicas, puesto que detrás de ellos no sería posible visualizar una autoridad normativa, una fuerza social o unos sujetos de derecho autorizados para llevar a cabo actos de producción jurídica; la que constituye realmente el medio de producción del principio jurídico sería la sentencia judicial, la cual sí se podría postular como la fuente formal propiamente tal¹³⁷⁷. Este último sostiene que los principios cumplen una “función normativa”, pero no en el sentido de que sean lo mismo que las normas, sino que colaboran a la aplicación y producción de normas por parte de los órganos jurídicos correspondientes¹³⁷⁸.

En relación a lo anterior, se ha sostenido que la fuente material de los principios jurídicos serían los jueces y tribunales, los cuales serían los creadores de los principios, al aplicar el derecho¹³⁷⁹.

¹³⁷⁵ En este sentido se pronuncian BARBERO (1962), núm. 24, p. 104; GORDILLO (s/f), p. 72; SQUELLA (2014), pp. 335-337.

¹³⁷⁶ GORDILLO (s/f), p. 72.

¹³⁷⁷ SQUELLA (2014), pp. 335-337, aunque conserva su tratamiento en el capítulo dedicado a las fuentes formales del derecho; probablemente por motivos académicos.

¹³⁷⁸ SQUELLA (2014), p. 354.

¹³⁷⁹ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 104.

Nos parece que dentro de estas tesis debemos comprender aquellos que refieren que la calidad de fuente formal que pudieren investir los principios jurídicos sólo puede ser determinada libremente por el Estado¹³⁸⁰. Esto significaría que si el Estado no ha asignado esta condición, debería concluirse que no es fuente formal.

§ 2. TEORÍAS AFIRMATIVAS

Una revisión de la literatura jurídica arroja la aceptación de los principios generales del derecho como fuentes formales.

Estructuralmente, se observa que los principios generales del derecho también emanan de una determinada “potestad normativa”, las cuales constituyen aquellos centros creadores de las fuentes formales del derecho. En este contexto, los principios se estiman como el resultado de una “potestad implícita”. Se la concibe en este punto como una potestad distinta de aquella que ostentan el Estado, la sociedad y los particulares.

La potestad implícita supone que ciertas clases de fuentes formales se entienden creadas en virtud del propio ordenamiento jurídico. Esto significaría que es el propio ordenamiento el que tendría la facultad de dictarse ciertas fuentes formales a sí misma.

Esta clase de potestad se explica bajo un razonamiento que se entiende es propio del racionalismo jurídico, la cual entiende que el ordenamiento jurídico es capaz de dar solución a cualquiera clase de conflicto jurídico, incluso a falta de una norma expresa. También destaca que las normas jurídicas son armónicas entre sí, de modo que la interrelación entre ellas permitirá la constatación de ciertos principios que aseguran la coherencia interna del ordenamiento.

También se ha dicho que la denominación “principios” no debería conducir a una estimación diferente de las restantes normas jurídicas. Se ha señalado que los principios jurídicos constituyen una forma de manifestación de las normas jurídicas que se encuentran implícitamente contenidas en la legislación positiva. Los principios son determinados en virtud de un proceso de abstracción, y cuya validez resulta conferida por la misma legislación que le reconoce fuerza supletoria. También se recuerda que los principios regulan igualmente las conductas del ser humano en sociedad¹³⁸¹, imponiendo ciertas pautas o modelos de conducta¹³⁸².

Pero este punto significará un problema, puesto que ellos emanan puramente de la argumentación efectuada por el intérprete del derecho, el cual se erige en este punto una

¹³⁸⁰ ESCANDÓN (2003), p. 170.

¹³⁸¹ BASCUÑÁN (1972), p. 104; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 144.

¹³⁸² DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 144.

“fuente del derecho”¹³⁸³. Son la doctrina y la jurisprudencia las que dan vida a los principios jurídicos. Se originan los principios a partir de la labor de aquellas que no han sido consideradas fuentes formales del derecho, al carecer de fuerza vinculante. Pero que para que esta circunstancia no suponga una vulneración al estándar que priva al juez de una función creadora del derecho, se sostiene que los principios no son identificados de una manera arbitraria, sino que se trata de una creación guiada y encauzada desde el mismo orden jurídico¹³⁸⁴; pero será una creación al fin y al cabo¹³⁸⁵, si consideramos finalmente que “toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico”¹³⁸⁶.

No estamos de acuerdo con las críticas que se han formulado por las tesis negativistas. Los principios jurídicos cumplen una destacada función normativa, en el sentido de servir como fuentes formales del derecho. Ellas orientan el comportamiento con relevancia jurídica de las personas, y adquieren valor por sí mismas, con prescindencia de que surjan de un proceso de razonamiento judicial.

SECCIÓN 2:

MECANISMOS DE CONSAGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Las fuentes formales del derecho se refieren, entre otros aspectos, a los procedimientos conforme a los cuales se crean las normas jurídicas, los órganos llamados a crear las normas jurídicas al interior del Estado, y la manera específica de expresión de la norma jurídica. En virtud de esto, las fuentes formales pueden ser identificadas y caracterizadas a partir de los contornos que les han sido designados.

Si ello es así, entonces los principios generales del derecho también admitirán alguna forma de consagración, con miras a identificar cuáles son y de qué se componen. Es por ello que serán estudiadas las alternativas de manifestación de estos principios, y cuál es la situación que en especial compromete al derecho chileno.

§ 1. ALTERNATIVAS DE MANIFESTACIÓN

Una mirada a la manera en que los ordenamientos jurídicos han procedido a reconocer los principios generales del derecho, arroja la presencia de dos alternativas; su consagración explícita, o la ausencia de una mención directa.

¹³⁸³ PRIETO (2016), p. 212.

¹³⁸⁴ PRIETO (2016), p. 212.

¹³⁸⁵ PRIETO (2016), p. 212.

¹³⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 22.

Esta clase de orientación no se aprecia en forma pura en los distintos Estados. Es más, puede apreciarse que la consagración explícita ha sido una tendencia en ascenso en aquellos lugares en los cuales no se trataba de una técnica aceptada.

1.1. Por su explicitación

1.1.1. Descripción

Una de las metodologías aplicadas para la aceptación de los principios generales del derecho, ha ido de la mano de su “positivización”. Esto significa que su aceptación en el ordenamiento jurídico ha tenido lugar por vía de su reducción a un texto positivo¹³⁸⁷. A través de este sistema, el principio se convierte en norma jurídica.

Este sistema consiste en que el Estado ha procedido a la identificación de un conjunto de principios que se han estimado indispensables para el funcionamiento del derecho en general, o de una determinada área disciplinar. Se trata de una clase de trabajo que implica la construcción de los elementos principales en que se apoyarán estos niveles, en términos tales que, a partir de ellos, se irán concibiendo el resto de las normas que implicarán la manifestación y aplicación de esos principios. Por tanto, se trata de un sistema de trabajo generado desde lo general a lo especial.

1.1.2. Maneras de expresión

(a) Asignación de una ubicación privilegiada

Una alternativa en la manifestación de los principios jurídicos en los textos positivos, consiste en la manifestación de estos principios de una manera separada respecto del conjunto de normas jurídicas específicas. En esta clase de cuerpos normativos, se persigue diferenciar claramente los principios jurídicos respecto de las demás normas jurídicas, en donde incluso se ha ensayado la presencia de una parte “dogmática”, en donde se pretenden exponer estos principios, y la parte “orgánica”, en donde se desenvuelven las normas jurídicas especiales.

A lo largo de la literatura jurídica, e incluso de los cuerpos jurídicos positivos, se encuentran el recurso a unas “bases fundamentales”¹³⁸⁸, en un preámbulo¹³⁸⁹, o una “declaración de principios”, o en un “título preliminar”¹³⁹⁰. Esta clase de ubicaciones permite al constituyente consagrar normas programáticas o directrices, lo cual se entiende

¹³⁸⁷ CANCELA *et alt.* (1988), § 20, p. 73; SALERNO (1998), núm. 22, p. 149; BELTRÁN (2000), p. 97; URRUTIGOITY (2009), p. 283; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 218; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 122; COLOMA (2011), p. 5; PARADA (2012), p. 81; PRIETO (2016), p. 206.

¹³⁸⁸ En el caso chileno, se encuentran en el Capítulo I de la Const. Pol., a propósito de las *Bases de la Institucionalidad*. En este sentido, ROSENDE (2002), p. 166.

¹³⁸⁹ CANCELA *et alt.* (1988), § 20, p. 72.

¹³⁹⁰ Esta última es la fórmula empleada por la Constitución española de 1978, según indica FALCÓN Y TELLA (2011), p. 123.

como una norma que estipula “la obligación de perseguir determinados fines”¹³⁹¹, y tales normas pueden recibir la denominación de “principios”¹³⁹².

Esto implicará que los principios generales del derecho suelen ser consagrados en las normas de jerarquía constitucional¹³⁹³, convirtiéndose este texto en “una gran cantera de principios que inspiran todo nuestro orden jurídico”¹³⁹⁴. El reconocimiento constitucional ocurrirá por vía de explicitar valores o normas programáticas o directrices, lo cual justificaría se las designe como “principios”¹³⁹⁵. Es por ello que uno de los principios jurídicos, el respeto a la dignidad del ser humano, se encuentra tutelado por la Constitución y por los principales tratados internacionales de derechos humanos¹³⁹⁶. También serían de esta naturaleza los principios de protección de la familia, la servicialidad del Estado, la autonomía de los grupos intermedios, la libertad personal, la probidad y transparencia, entre otros¹³⁹⁷.

Cabe señalar que este mismo procedimiento se aprecia en las leyes modernas, las cuales reservan un capítulo preliminar tendiente a tratar sobre los principios jurídicos que recogen dichos cuerpos normativos. Se trata de una metodología muy usual en el ámbito del derecho procesal contemporáneo, a la hora de la descripción de los principios que rigen un determinado régimen de procedimientos. De este modo, los principios jurídicos no constituyen patrimonio exclusivo de la Constitución, sino que existen varios al margen de ésta¹³⁹⁸, incorporados dentro de la legislación¹³⁹⁹.

(b) Ubicación conjunta

¹³⁹¹ BARRÈRE (1998), p. 125.

¹³⁹² FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 144; BARRÈRE (1998), p. 125.

¹³⁹³ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 128; Díez-PICAZO (1993), p. 10; BOBBIO (1994), núm. 81, p. 240; Díez-PICAZO /GULLÓN (1994), p. 145; APARISI (1997), p. 271; VILLAR/VILLAR (1999), p. 65; GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), p. 56; GARRIDO (2002), p. 308; LOIS (2003), p. 89; MORESO/VILAJOSANA (2004), p. 89; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41; COLOMA (2011), p. 15; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 123; SQUELLA (2014), p. 336; PRIETO (2016), p. 206; VELLUZZI (2017), p. 102.

¹³⁹⁴ CORRAL (2018), p. 77.

¹³⁹⁵ BARRÈRE (1998), p. 125.

¹³⁹⁶ CORRAL (2018), p. 77.

El reconocimiento de ciertos principios dentro de la Constitución ha generado algunos esfuerzos de sistematización, proponiéndose una clasificación de principios constitucionales. Así, se identifican los “principios constitucionales en sentido estricto”, que se suelen contener en las normas preliminares de la Carta Fundamental. Son de esta clase, por ejemplo, que se proclame que un país se organice como un “Estado social y democrático de Derecho”, o que se reconozca el principio de soberanía, entre otros (FALCÓN Y TELLA, 2011, pp. 124-125).

En segundo lugar, se encuentran los “principios constitucionales de carácter organizativo del ordenamiento jurídico”, bajo el cual se encuentran, entre otros, el principio de legalidad, el de jerarquía normativa, la publicidad, o la responsabilidad de los poderes públicos. Un análisis detallado, en FALCÓN Y TELLA (2011), pp. 125-126.

¹³⁹⁷ CORRAL (2018), p. 77.

¹³⁹⁸ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 42.

¹³⁹⁹ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 129; GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), p. 56; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41.

Otra alternativa de consagración de los principios jurídicos, consiste en que estos principios son contenidos directamente en el cuerpo normativo que ha sido creado, sin separación respecto de las normas jurídicas que pretenden coordinarse y aplicar estos principios.

Esta clase de procedimiento es utilizado en las codificaciones clásicas del derecho privado, donde los principios se encuentren manifestados en normas de jerarquía simplemente legal¹⁴⁰⁰.

Es lo que ocurre con los principios jurídicos de autonomía de la voluntad¹⁴⁰¹ o la responsabilidad por culpa¹⁴⁰², las cuales se manifiestan implícita o explícitamente en el Código Civil¹⁴⁰³.

Para que una norma se considere receptora de un principio jurídico, no es necesario que aparezca bajo el *nomen iuris* de “principios”, “sino que pueda ser así considerada cualquier disposición en atención a su generalidad, fundamentalidad, etc.”¹⁴⁰⁴.

1.1.3. Evaluación crítica

(a) Méritos

El recurso a esta manifestación explícita de los principios jurídicos significa algunas ventajas para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Se consigue evidenciar con toda claridad cuáles son estos elementos, los cuales pasarán a ser utilizados directamente por el juez, invocando al efecto normas explícitas, lo cual facilitará la fundamentación de sus sentencias, y reduciendo el riesgo de casaciones o invalidaciones bajo el pretexto de no haberse cometido una infracción de ley, entendiendo en este punto que los principios no son “ley”.

En relación a esta idea, se ha dicho que el reconocimiento de los principios jurídicos en los cuerpos normativos, significa que éste adquiere la fuerza propia del documento que lo consagra¹⁴⁰⁵, y tienen eficacia directa¹⁴⁰⁶, de modo que cualquiera disposición que le sea contradictoria no se podrá estimar una “excepción” al principio, sino derechamente una “infracción” del mismo¹⁴⁰⁷, y pudiendo incluso justificar la derogación de las normas

¹⁴⁰⁰ SQUELLA (2014), p. 336; PRIETO (2016), p. 206.

¹⁴⁰¹ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 145; PRIETO (2016), p. 206.

¹⁴⁰² DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 145.

¹⁴⁰³ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 145; SQUELLA (2014), p. 336.

¹⁴⁰⁴ PRIETO (2016), p. 206, quien cita en este sentido la forma en que se ha consagrado el “principio de legalidad penal”.

¹⁴⁰⁵ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 129. En un sentido similar, VILLAR/VILLAR (1999), p. 65.

¹⁴⁰⁶ APARISI (1997), p. 272; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 123.

¹⁴⁰⁷ LOIS (2003), p. 89; FERNÁNDEZ (2004), p. 56; PRIETO (2016), pp. 206-207; DE PABLO (2018), § 39, p. 108.

legales contrarias a esta clase de principios¹⁴⁰⁸, al adquirir estas últimas un valor superior a la ley¹⁴⁰⁹. En tales casos, se designa a estos principios en calidad de pre-legales¹⁴¹⁰.

Bajo este rol descrito, los principios jurídicos contribuyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores¹⁴¹¹. De este modo, el principio consagrado constitucionalmente servirá como fundamento para fundamentar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales¹⁴¹², y prevalecerán sobre los principios y normas de rango legislativo o administrativo¹⁴¹³.

A propósito de la jerarquía de los principios constitucionales, se han mencionado cinco ideas. En primer lugar, los principios de esta clase se encuentran en una jerarquía superior a las normas constitucionales, debido a que son normas finales (en cuanto señalan y promueven metas) y permanentes (porque definen la estructura básica de un sistema)¹⁴¹⁴. En segundo lugar, se ha postulado la presencia de algunos “principios supremos”, los cuales se entienden como aquellos sobre los que se funda la Constitución, y que por ello prevalecerían incluso sobre los principios constitucionales¹⁴¹⁵. En tercer lugar, ha sido sostenido que los principios consagrados en la Constitución generarían una clase muy especial de principios, que se denominan por SANTAMARÍA PASTOR los “supraprincipios jurídicos”¹⁴¹⁶. En cuarto lugar, la prevalencia de los principios de jerarquía constitucional sobre las leyes y los reglamentos significará que éstos no pueden ocupar un lugar último y subsidiario, como lo reclaman las regulaciones civilistas de las fuentes del derecho, sino que será superior¹⁴¹⁷. En quinto lugar, los principios constitucionales obligan a identificar una jerarquía de valor entre los principios, en oposición a aquellos principios que carecen del valor constitucional, de modo que los primeros prevalecen sobre los segundos y sobre las leyes, de modo que los demás principios jurídicos se encuentran subordinados a la ley y sólo prevalecen ante las normas reglamentarias¹⁴¹⁸.

Asimismo, evitan que el juez deba acudir a mecanismos de interpretación sistemáticos muy complejos en orden a reconocer la presencia de un determinado principio jurídico, los

¹⁴⁰⁸ OLLERO (1998), p. 307; FERNÁNDEZ (2004), p. 56, citando en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional español, de 2 de febrero de 1981.

¹⁴⁰⁹ VILLAR/VILLAR (1999), p. 65.

¹⁴¹⁰ OLLERO (1998), p. 307.

¹⁴¹¹ PRIETO (2016), p. 207. Indirectamente, DE PABLO (2018), § 39, p. 109.

¹⁴¹² Para justificar la ilegalidad constitucional, y la ineficacia de la fuente inferior en el derecho italiano, GUASTINI (1999), pp. 160-161.

En el derecho español, lo sostienen MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 129; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), pp. 48-49; FERNÁNDEZ (2004), p. 56; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41; DE PABLO (2018), § 39, p. 109.

¹⁴¹³ GUASTINI (1999), p. 160; GARRIDO (2002), p. 306; ALONSO (2018), p. 216.

¹⁴¹⁴ APARISI (1997), p. 272.

¹⁴¹⁵ GUASTINI (1999), p. 161.

¹⁴¹⁶ APARISI (1997), p. 271.

¹⁴¹⁷ VILLAR/VILLAR (1999), p. 66.

¹⁴¹⁸ VILLAR/VILLAR (1999), p. 66; GARRIDO (2002), p. 306.

cuales se dificultan precisamente cuando el principio no se encuentra lo suficientemente manifestado.

En general, si estos principios se constituyen en “algo real, presente y consciente en la mente del legislador”, deberían ser objeto de un reconocimiento normativo concreto¹⁴¹⁹.

(b) Dificultades

Con todo, esta clase de modelo da lugar a dificultades que podrían mermar la efectividad de este sistema. Es así que si un principio no queda lo suficientemente precisado por su norma, difícilmente podría ser aplicado en las condiciones que se pretendían perseguir¹⁴²⁰. Se ha sostenido que ello ocurre usualmente cuando se pretenden consagrar a nivel legislativo ciertos principios que no han terminado su proceso de madurez histórica¹⁴²¹.

También plantea como resultado la eliminación de la categorización “principio/norma”, puesto que todo se convierte en una norma. Se ha sostenido por VERGARA que el papel del legislador consiste de crear reglas, no principios¹⁴²², y que proceder de esta manera significa privar a la doctrina y la jurisprudencia de su papel tradicional de “rellenar las lagunas de las reglas”, generando de esta manera una situación de ambigüedad, al confundirlas con aquellos principios jurídicos que surgen de esta labor¹⁴²³.

Por nuestra parte, agregamos a la idea anterior que la positivización de los principios jurídicos pudiera conducir a un resultado absurdo, el cual precisamente ocurre cuando la norma carece de la suficiente claridad para ser interpretada, y para comprender su significado haya que acudir a un principio jurídico. Esto podría suponer que existan discrepancias en cuanto al significado del principio jurídico explícito, al evaluarlo según su principio implícito.

Por último, se sostiene que aquellos principios jurídicos que han sido consagrados en un texto positivo no es otra cosa que una regla¹⁴²⁴ o “normas sobre normas”¹⁴²⁵. Por otro lado, no se diferenciaría de la ley, y el principio no tendrá fuerza obligatoria por sí sola, sino por su naturaleza de norma legal¹⁴²⁶. Incluso se sostiene la improcedencia de un problema propio de lagunas frente a un principio explícito¹⁴²⁷.

¹⁴¹⁹ En este sentido se pronuncia BARBERO (1962), núm. 38, p. 128.

¹⁴²⁰ Advierte de estos riesgos BARBERO (1962), núm. 38, p. 128.

¹⁴²¹ VERGARA (2010), p. 27; VERGARA (2018), § 4, p. 106.

¹⁴²² VERGARA (2010), p. 25; VERGARA (2018), § 4, p. 105.

¹⁴²³ VERGARA (2010), p. 26; VERGARA (2018), § 4, p. 105.

¹⁴²⁴ VERGARA (2010), p. 27; GARRIDO (2002), p. 309; VERGARA (2018), § 4, p. 106.

En contra, GUASTINI (1999), p. 155, quien sostiene que estas disposiciones sí tienen el valor de principio, debido a la valoración del propio legislador y no del intérprete.

¹⁴²⁵ DE PABLO (2018), § 39, p. 108.

¹⁴²⁶ GORDILLO (s/f), pp. 71-72.

¹⁴²⁷ BOBBIO (1994), núm. 81, p. 240.

1.2. Consagración implícita

1.2.1. Descripción

La segunda posibilidad consiste en que los principios jurídicos no sean objeto de una manifestación expresa entre las normas jurídicas¹⁴²⁸. El legislador no ha procedido a utilizar un catálogo sistemático o explícito de normas jurídicas que consagren unos determinados principios jurídicos. En lugar de eso, sólo se encuentran un conjunto de reglas¹⁴²⁹.

¿Significa esta situación una ausencia de toda clase de expresión de los principios? Aunque no exista una formulación literal, los principios corren a través de las normas jurídicas dispuestas por el legislador, de modo que se encuentran implícitos¹⁴³⁰. Estos principios son los que permitirán que ese conjunto de normas mantenga su unidad y su armonía, y ellas mismas reflejan una determinada coordinación como consecuencia de responder, frente a una determinada situación común, a un mismo principio jurídico. Es un deber del jurista identificar estos principios implícitos, incluso si ellos no han sido formulados de manera positiva por la legislación¹⁴³¹.

El origen de estos principios también depende de la concepción asignada a los principios jurídicos, puesto que se ha señalado que ellos se originan de la lógica del sistema, y que son independientes del derecho natural¹⁴³².

1.2.2. Método de identificación de los principios

Para la identificación de los principios jurídicos, se acude derechamente a la interpretación. El intérprete podrá descubrir, ya sea en el derecho en general, o en algunos de sus ámbitos en particular, cuáles son las reglas que permitirán configurar el principio.

La pregunta que surge en este punto dice relación con la forma exacta con la cual se podría obtener un principio jurídico. Se han planteado dos posibilidades; la analogía y la interpretación sistemática.

(a) La analogía

Una forma posible que se ha planteado para identificar un principio, consistiría de acudir a la analogía¹⁴³³, la cual se ha definido tradicionalmente como “el procedimiento en virtud del cual se resuelve conforme a leyes que rigen casos semejantes o análogos uno no

¹⁴²⁸ CANCELA *et alt.* (1988), § 20, p. 73; ARA (1995), p. 263; SALERNO (1998), núm. 22, p. 149; BELTRÁN (2000), p. 97; GARRIDO (2002), p. 305; COLOMA (2011), p. 5.

¹⁴²⁹ En el lenguaje de BALAGUER (2018), p. 75, nos encontramos con “normas sin disposición”.

¹⁴³⁰ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 123.

¹⁴³¹ DEL VECCHIO (2017), p. 81.

¹⁴³² GARRIDO (2002), p. 305.

¹⁴³³ MANS (1970), p. 131; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 123; BALAGUER (2018), p. 75.

previsto por la ley ni en su letra ni en su espíritu, o uno previsto pero cuya ley aplicable no tiene un sentido claro a su respecto”¹⁴³⁴.

El recurso a la analogía se basa en el aforismo jurídico “donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición” (*ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*), lo cual significa que los hechos que tienen igual valor jurídico deberán significar las mismas consecuencias jurídicas¹⁴³⁵. En cuanto procedimiento, se la utiliza para interpretar e integrar el derecho. En cuanto a la primera, significa que se la usa para determinar el sentido y alcance de una norma oscura o contradictoria¹⁴³⁶. En cuanto a la segunda, la analogía persigue colmar vacíos legales, es decir, que tiene como propósito crear una norma para un caso en que no existe un precepto legal que regule un determinado supuesto de hecho¹⁴³⁷.

Se ha sostenido que la analogía conduce a dos clases de resultados. Por una parte, se encuentra la *analogia legis*, mediante la cual se aplican los principios de la ley. Por otra, está la *analogia iuris*, con la cual se aplican los principios generales del derecho¹⁴³⁸. Una y otra son diferentes en sus funciones, dado que la primera es una especie de interpretación, mientras que la segunda es una fuente de derecho supletoria¹⁴³⁹.

La analogía conlleva un procedimiento. El primer paso consiste en identificar la existencia de un vacío normativo¹⁴⁴⁰ en que el caso no está regulado¹⁴⁴¹, o de oscuridad en el sentido de la norma existente. En segundo lugar, se deberá encontrar una norma clara y que se refiera a la misma materia, debiendo tratarse de normas similares en los hechos¹⁴⁴². El tercer paso es de descarte; la norma utilizada en la analogía no debe ser idéntica, porque si fuese literalmente idéntica, no se aplica la analogía, sino la misma norma. Por último, se deberá establecer si la norma clara se encuentra dictada con el mismo propósito (“la misma razón”), de modo que deben ser similares en el fin jurídico a realizar¹⁴⁴³.

La principal crítica que se ha ensayado en contra de la aplicación de la analogía para la construcción de los principios jurídicos, consiste en que la argumentación de este tipo no podría extenderse indefinidamente¹⁴⁴⁴, dado que su naturaleza propia consiste de avanzar “de lo particular a lo particular coordinado”¹⁴⁴⁵. Lejos de identificarse un elemento propio

¹⁴³⁴ ALESSANDRI *et alt.* (1998), núm. 260, p. 196.

¹⁴³⁵ DUCCI (1980), núm. 90, p. 118; LARRAÍN (1994), núm. 29, p. 64; WILLIAMS (1999), p. 243.

¹⁴³⁶ DUCCI (1980), núm. 90, p. 118; WILLIAMS (1999), p. 250.

¹⁴³⁷ DUCCI (1980), núm. 90, p. 118; LARRAÍN (1994), núm. 29, p. 64; WILLIAMS (1999), p. 250.

¹⁴³⁸ MANS (1970), p. 131.

¹⁴³⁹ MANS (1970), p. 132.

¹⁴⁴⁰ WILLIAMS (1999), p. 250.

¹⁴⁴¹ BOBBIO (1994), núm. 81, p. 240, quien precisa que un caso no está regulado cuando “no existe ninguna norma expresa, ni específica, ni general, ni generalísima, que lo establezca, o sea, cuando además de una norma específica que lo contemple, el principio general, dentro del cual podría estar contenido, tampoco es expreso”.

¹⁴⁴² DUCCI (1980), núm. 90, p. 118; WILLIAMS (1999), p. 250.

¹⁴⁴³ DUCCI (1980), núm. 90, p. 118; WILLIAMS (1999), p. 250.

¹⁴⁴⁴ DEL VECCHIO (2017), p. 47.

¹⁴⁴⁵ DEL VECCHIO (2017), p. 48.

de un principio, este mecanismo da cuenta de un estado de igualdad entre las normas, pero que no avanza hacia la constatación de una idea general. Es por ello que DEL VECCHIO señale que no puede construirse una verdad general por medio de la analogía¹⁴⁴⁶.

Asimismo, en aquellos sistemas normativos en los cuales la analogía haya sido prevista como un mecanismo previo a la aplicación de los principios jurídicos, pareciera ocurrir que no es la intención de éstos la búsqueda de una idea general, sino un tratamiento más bien igualitario¹⁴⁴⁷.

(b) Interpretación sistemática

En lugar de esta alternativa, se ha planteado que el camino consiste de la revisión de las normas en particular, identificando en ellas algunas ideas comunes, las cuales consisten en los principios jurídicos. La armonía de las normas revela, a partir de una interpretación sistemática¹⁴⁴⁸, la existencia de los principios.

Esto determina que el método usado para la constatación de los principios jurídicos sea el *inductivo*, avanzando desde la norma particular hasta el principio general¹⁴⁴⁹. Como se apreciará, el método es claramente abstracto¹⁴⁵⁰. Asimismo, cuando se identifican principios de esta naturaleza y se encuentra una norma contradictoria con éstos, se dirá que la norma es una excepción del principio¹⁴⁵¹.

En la identificación y expresión del principio, tendrá incidencia la mayor cantidad de normas que la confirmen. Así, mientras mayor sea la cantidad de normas, mayor garantía habrá que se trata de un principio perteneciente al derecho¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁶ DEL VECCHIO (2017), p. 48.

¹⁴⁴⁷ En relación a esta idea de igualdad detrás de la analogía, señala BARROS (2014 b), p. 33, n. 24: “La lógica del derecho privado hace atender a lo que una parte puede esperar de la otra en una situación contractual típica; por eso, aun si el juez carece de elementos de integración a partir del propio sistema, su atención no se dirigirá a lo que puede ser tenido por aceptable por una comunidad universal de personas (como afirma la teoría de HABERMAS sobre el discurso), sino a lo que cada parte puede esperar de la otra en ese tipo de circunstancias y en el negocio que han convenido. Por eso, la analogía es el mecanismo integrador que más cercano resulta a una forma de pensar el derecho privado que atiende a sus especificidades como ordenamiento que rige la interacción espontánea entre personas”.

¹⁴⁴⁸ En contra, RODRÍGUEZ (1990), p. 106, quien sostiene que la identificación de los principios se encuentra en el recurso al elemento lógico de interpretación.

¹⁴⁴⁹ BASCUÑÁN (1972), p. 101; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48; URÍA (2002), núm. 14, p. 23; ALBALADEJO (2009), § 16, p. 103; ALONSO (2018), p. 191.

Pareciera proponerlo DEL VECCHIO (2017), p. 48, aunque este autor adhiere a una doctrina más bien iusnaturalista.

¹⁴⁵⁰ ALBALADEJO (2009), § 16, p. 103.

¹⁴⁵¹ PRIETO (2016), p. 206.

¹⁴⁵² PRIETO (2016), p. 211.

Este modelo es el que caracteriza a las primeras codificaciones del siglo XIX, como ocurre con la francesa, y frente a los riesgos derivados de una positivización insuficiente, se plantea por ellos como la mejor alternativa¹⁴⁵³.

§ 2. SITUACIÓN DEL DERECHO CHILENO

Aunque al día de hoy es cada vez más frecuente la positivización de los principios jurídicos, subsiste al día de hoy un estatuto básico a partir del cual se ha procedido a la admisión y determinación de las funciones primordiales que cumplen los principios jurídicos dentro del derecho chileno.

2.1. El principio de inexcusabilidad o *non liquet*

2.1.1. Reglas aplicables

En primer lugar, la premisa consiste en que en la ausencia de una norma legal expresa no puede ser un impedimento para dirimir una determinada controversia. De acuerdo al art. 10 inc. 2.º COT:

“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

Esta redacción sigue de cerca lo previsto en el art. 76 inc. 2.º Const. Pol.:

“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

La primera constatación que se formula en torno a esta norma, es que ella reconoce la existencia de vacíos o lagunas en las leyes¹⁴⁵⁴, a pesar de la inicial confianza que parece evidenciar el Código Civil, a la hora de asumir la plenitud hermética de la ley¹⁴⁵⁵.

2.1.2. Un principio que regula el acceso a los principios

Ambas disposiciones, legal y constitucional, consagran el, a su turno denominado *“principio de inexcusabilidad”*¹⁴⁵⁶, también llamado *non liquet*, el cual es considerado uno de los dogmas de la cultura jurídica de la codificación¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵³ BARBERO (1962), núm. 38, p. 128.

¹⁴⁵⁴ NAZAR (2018), núm. 99, p. 291; VERGARA (2018), § 4, p. 109; CORRAL (2018), p. 79.

¹⁴⁵⁵ BASCUÑÁN (1972), p. 96; DUCCI (1980), núm. 79, p. 110; WILLIAMS (1999), p. 186.

Este último se trata de un principio jurídico que rige la actividad jurisdiccional, mediante el cual se resuelve que la ausencia de una norma legal no puede ni debe ser un obstáculo para que el tribunal pueda dirimir una determinada controversia¹⁴⁵⁸. Por tanto, el único camino que tiene el juez es conocer del asunto hasta dictar sentencia definitiva¹⁴⁵⁹.

Puede notarse, como curiosidad, que la inexcusabilidad se encuentra consagrada en forma explícita, a título de “principio jurídico”, el cual engendra un “deber de actuación”. Ella impone un deber de actuación a los jueces, por el cual se insiste en que deban solucionar la controversia, incluso si no existe norma legal aplicable. Ello sería posible si se admite que uno de los diversos sentidos en que puede entenderse la voz “principio”, es la de una “norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.”¹⁴⁶⁰. Es por ello que se refiera que la solución de las antinomias se encuentren en un conjunto de principios o criterios¹⁴⁶¹.

Por tanto, la conclusión que surge a partir de estas normas es que, para solucionar el conflicto, en el cual no existe una norma legal u otra formal aplicable, el juez aplicará los principios jurídicos¹⁴⁶².

2.1.3. *Ámbito de validez del principio de non liquet*

Las observaciones anteriores podrían llevar a concluir que los principios jurídicos constituyen, en sí mismos, un mandato al juez en orden a que deberá siempre resolver la contienda, a falta de ley y de toda otra norma¹⁴⁶³. Sin embargo, tal afirmación deberá hacerse con cuidado.

La inexcusabilidad constituye un principio que, si bien obliga a resolver la contienda incluso en caso de ausencia de norma legal, ello no significa que este principio determine exactamente la manera en que deberá resolverse el conflicto, y se resolverá acudiendo precisamente a un principio jurídico. La solución será distinta según el área jurídica en que nos encontremos¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁵⁶ Se trata de una denominación de común aceptación en el derecho chileno. Entre otros, ORELLANA (2006 a), p. 153; CORRAL (2018), p. 79.

¹⁴⁵⁷ PRIETO (2016), p. 207.

¹⁴⁵⁸ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, p. 126; DE PABLO (2018), § 39, p. 107; VERGARA (2018), § 4, p. 109.

¹⁴⁵⁹ ORELLANA (2006 a), p. 154.

¹⁴⁶⁰ BARRÈRE (1998), p. 125. En un sentido similar, FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 144.

¹⁴⁶¹ HENRÍQUEZ (2009), p. 10.

¹⁴⁶² VERGARA (2018), § 4, p. 109.

¹⁴⁶³ DE PABLO (2018), § 39, p. 106.

¹⁴⁶⁴ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; COBO/VIVES (1999), p. 136; MUÑOZ/GARCÍA (2010), pp. 115-118; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 124; LACRUZ (2012), p. 31.

Es lo que ocurre con el *derecho penal y procesal penal*¹⁴⁶⁵. En ellos, si una determinada conducta que no se encuentra expresamente sancionada por el legislador –se trata de una conducta atípica–arrojará como resultado la absolución del imputado.

En el *derecho tributario* ocurre algo similar¹⁴⁶⁶. Cuando un determinado hecho no se encuentra afecto expresamente al pago de impuestos, entonces no podrá obligarse a una persona a que cumpla con esa clase de obligación legal.

En el *derecho administrativo* se postula que un funcionario público no podría aplicar los principios jurídicos, en el sentido de conceder un derecho a alguien, amparado en un supuesto principio de equidad¹⁴⁶⁷.

Un aspecto en común de las disciplinas citadas consiste en que sus estatutos normativos se caracterizan por tributar en forma fundamental al “principio de tipicidad”, generarán la necesidad de eximir de responsabilidad al sujeto involucrado, de modo que impiden que los principios jurídicos puedan constituirse en fuente de delitos o de tributos no expresamente contemplados por la ley.

Todo ello permite concluir que los principios jurídicos tendrán una aplicación más o menos intensa, o diferencias de aplicación, dependiendo del área jurídica que se trate¹⁴⁶⁸.

2.2. Los principios jurídicos como fundamentos de la sentencia definitiva

2.2.1. Regla aplicable

Un segundo campo en el cual se encontrarían reconocidos los principios jurídicos en el derecho nacional, es a propósito de la redacción de las sentencias definitivas.

Esta afirmación se encontraría en el tenor del art. 170 N.º 5.º CPCCh., según el cual:

“Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

“5º La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

2.2.2. Importancia

Al igual que lo que ocurre con el Código Orgánico de Tribunales, esta norma es tenida como un acto de reconocimiento que el legislador formula respecto de la presencia de

¹⁴⁶⁵ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; COBO/VIVES (1999), p. 136; MUÑOZ/GARCÍA (2010), pp. 115-118; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 124; LACRUZ (2012), p. 31.

¹⁴⁶⁶ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 5; COBO/VIVES (1999), p. 136; MUÑOZ/GARCÍA (2010), pp. 115-118; DÍEZ-PICAZO (2011), p. 124; LACRUZ (2012), p. 31.

¹⁴⁶⁷ VERGARA (2010), p. 20.

¹⁴⁶⁸ VERGARA (2018), § 4, pp. 121-122.

vacíos o lagunas en las leyes, contrariamente al espíritu que caracterizaba a las codificaciones¹⁴⁶⁹.

La inserción de los principios jurídicos no sólo interesa a la hora de plantear la resolución del asunto, sino también puede insertarse en la “parte considerativa” de la sentencia definitiva. En efecto, el N.º 4.º del art. 170 CPCCh., también requiere como elemento que debe insertarse en la sentencia definitiva, “*las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia*”. El concepto de “consideraciones de derecho” es amplio, y debe entenderse no sólo a una mera relación de leyes; no se habla de citar “preceptos legales”, sino que se usa un concepto más genérico.

La mezcla de estas circunstancias genera como resultado que, cuando el juez acude a estos principios, el *obiter dicta* será inseparable de la *ratio decidendi*, desde el momento en que no bastará al juez invocar el principio respectivo; deberá fundamentar explícitamente su decisión¹⁴⁷⁰.

2.2.3. Naturaleza de los “principios de equidad”

Esta norma no se refiere expresamente a los principios jurídicos, sino que pareciera insinuar que la forma de solución de la controversia pasa por la aplicación de un “principio de equidad”.

La doctrina ha entendido que este pasaje permite emitir una decisión conforme a los principios jurídicos, punto en el cual nuevamente no existiría consenso, al no poder establecerse si ella se refiere a los principios generales del derecho, o a la equidad, o ambos¹⁴⁷¹.

Hacemos mención que en los textos de derecho procesal se constata la ausencia de toda cuestión respecto de la naturaleza de estos principios¹⁴⁷².

2.3. Los principios jurídicos en cuanto constituyen elementos de interpretación de la ley

2.3.1. Regla aplicable

¹⁴⁶⁹ BASCUÑÁN (1972), p. 96; DUCCI (1980), núm. 79, p. 110; WILLIAMS (1999), p. 186; CORRAL (2018), p. 79.

¹⁴⁷⁰ BARROS (2014 b), p. 22.

¹⁴⁷¹ SQUELLA (2014), p. 357.

¹⁴⁷² Es lo que ocurre con RODRÍGUEZ (1995), núm. 257, pp. 234-235; GUZMÁN (1996), pp. 81-109; JORQUERA (1997), p. 73; ALVARADO/BOTTO (2003), pp. 148-150; DÍAZ (2004), p. 260; ORELLANA (2006 b), p. 120; CASARINO (2012), núm. 155, p. 96; NÚÑEZ/PÉREZ (2013), p. 427; STOEHLER (2017), núm. 204, pp. 104-105.

En tercer lugar, la aplicación de los principios jurídicos ha sido reconocida en materia interpretativa, en el sentido que pueden ayudar a interpretar pasajes oscuros o dudosos de una norma legal.

Esta función ha sido designada en el art. 24 CCCh., en cuanto se explica que:

*“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”*¹⁴⁷³.

2.3.2. Antecedentes históricos

Se previene que en el proceso de formación de este precepto legal, el Proyecto de Código Civil de 1853 decía:

*“En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre, que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para casos análogos y, a falta de éstas, conforme a los principios generales del derecho y de equidad natural”*¹⁴⁷⁴.

Esta norma tenía como propósito establecer el carácter supletorio con que operarían los principios, destacando en este sentido la primacía inicial de la ley. Sin embargo, ella desapareció y se conservó la redacción definitiva prevista por el actual art. 24 CCCh.¹⁴⁷⁵

Se especula que la eliminación de esta norma en el Proyecto supondría que el legislador no ha admitido la presencia de vacíos o lagunas legales¹⁴⁷⁶, y sólo admite que pueda existir un problema de interpretación; por tanto, el codificador civil asumiría que el ordenamiento jurídico constituye un todo pleno y hermético¹⁴⁷⁷, capaz de consagrar solución para las diversas situaciones de hecho que se presentaren ante el juez.

Sin embargo, tal circunstancia debe ser criticada. Efectivamente se producen situaciones en las cuales no existe norma alguna que pueda aplicarse al caso concreto. Frente a tales situaciones, los principios jurídicos serán procedentes, en cuanto constituyen en este punto fuentes formales del derecho. Desde un punto de vista lógico, el hecho que tales vacíos deban ser colmados a través de los principios, sólo viene en confirmar el hecho que el ordenamiento presenta puntos de vacío.

2.3.3. Ámbito de aplicación

¹⁴⁷³ La norma sería originaria, no guardando relación con el Código Civil de la Luisiana en este punto, a diferencia de las restantes normas previstas por el Código Civil chileno en materia interpretativa. En este sentido, DUCCI (2006), núm. 95, pp. 149-150.

¹⁴⁷⁴ CARVALLO (1951), núm. 47, p. 206.

¹⁴⁷⁵ CORRAL (2018), p. 79.

¹⁴⁷⁶ PACHECO (1994), p. 423; WILLIAMS (1999), p. 186. Implícitamente, DUCCI (1980), núm. 79, p. 110.

¹⁴⁷⁷ BASCUÑÁN (1972), p. 96.

Esta norma se aplica en el caso en que no pudiere obtenerse una interpretación satisfactoria mediante la utilización de las demás reglas de interpretación previstas en los arts. 19 a 23 CCCh.¹⁴⁷⁸ Por tanto, tendría una naturaleza supletoria¹⁴⁷⁹, circunstancia que no es compartida por algunos autores, indicando en su lugar que es una norma que informa todo el proceso interpretativo¹⁴⁸⁰. Incluso se ha sostenido que el orden de estas reglas debería invertirse, ocupando el art. 24 CCCh. el primer lugar¹⁴⁸¹.

Por otro lado, opera bajo la base que sí existe una norma, pero ella es oscura, o existen preceptos legales que son contradictorios entre sí¹⁴⁸². Se agrega que este espíritu no puede ser conocido sino después de estudiar la totalidad de la legislación o, al menos, las partes que dicen relación con la materia que se trata¹⁴⁸³.

A pesar de lo dicho, se ha extendido la aplicación de esta norma no sólo frente a un problema de interpretación, sino también al proceso de integración de las leyes¹⁴⁸⁴.

Cuando se reúnen estas condiciones, el juez podrá adoptar la interpretación que “más conforme parezca” al “espíritu general de la legislación” y a la “equidad natural”. Ambos constituyen elementos que operan de manera copulativa¹⁴⁸⁵.

2.3.4. Naturaleza del “espíritu general de la legislación”

(a) Posición tradicional

La cuestión discutida en torno a esta norma consiste del significado de las palabras “espíritu general de la legislación”. La norma no señala explícitamente a los principios generales del derecho, pero en el contexto de la interpretación y aplicación jurisdiccional de esta norma, se ha comprendido este mecanismo en el sentido que estamos estudiando¹⁴⁸⁶.

En cuanto al origen de la asimilación del concepto codificado a la noción moderna de los principios jurídicos, es tardío, ya que se ha dicho que el art. 24 CCCh. se refiere a los

¹⁴⁷⁸ Esta restricción ha sido calificada de “mezquina” por SQUELLA, dado que entiende que “siempre podrán aplicarse las reglas de interpretación de las disposiciones precedentes” (SQUELLA, 2011, p. 26).

¹⁴⁷⁹ DUCCI (2006), núm. 96, p. 150, con cita de jurisprudencia en el sentido mayoritario, y algunas sentencias discrepantes.

¹⁴⁸⁰ Es la opinión sostenida por DUCCI (2006), núm. 97, p. 151; BARCIA (2010 b), p. 54.

¹⁴⁸¹ CERDA (1995), p. 769.

¹⁴⁸² Por ello, no se aplicaría a situaciones de lagunas normativas, según indica SQUELLA (2011), p. 26.

Esta “mezquindad” denunciada por el autor sólo ha podido ser corregida por vía jurisprudencial, al mencionarse que el art. 24 CCCh. también se aplica cuando no existe norma legal. ¹⁴⁸³ ALESSANDRI *et alt.* (1998), núm. 248, p. 188.

¹⁴⁸⁴ DUCCI (2006), núm. 96, pp. 150-151, con cita de jurisprudencia en el mismo sentido; CORRAL (2018), pp. 79-80.

¹⁴⁸⁵ DUCCI (2006), núm. 97, p. 152.

¹⁴⁸⁶ RODRÍGUEZ (1990), pp. 36-38 y pp. 105-107; SQUELLA (2014), p. 334; CORRAL (2018), p. 79. Sólo plantea la duda, PEÑAILILLO (2015), p. 48, n. 41.

“principios de derecho teórico ideal que llamaremos derecho natural”¹⁴⁸⁷. Otros han definido al “espíritu general de la legislación”, diciendo que es “la orientación o tendencia de la legislación sobre cierta materia, revelada por los principios morales o jurídicos fundamentales que le sirven de base y por la finalidad general a que tienden sus normas”¹⁴⁸⁸.

No todos comparten esta sinonimia, y destacan que la norma civil sólo comprende al sentido o contenido fundamental del conjunto de normas positivas dictadas por la autoridad pública¹⁴⁸⁹, tratándose de un elemento cuya extensión es mucho más restringida que los principios generales del derecho¹⁴⁹⁰, y que incluso se trata de un elemento que se encontraría implícito en el elemento sistemático¹⁴⁹¹. Por tanto, el texto tendría un claro sentido positivista¹⁴⁹².

(b) Discrepancias

Existen algunos autores que parecen distinguir entre los “principios jurídicos” y el espíritu general de la legislación”.

Es el caso de GUZMÁN, quien sostiene en forma general:

“De paso digamos que esta concepción impide identificar dicho espíritu con los “principios generales del derecho”, cuya historia desgraciadamente no hemos podido trazar aquí, los cuales siguen siendo principios y no razones o finalidades; y aunque en ciertos casos el espíritu de la ley pueda consistir en instrumentalizar un principio general, debe mantenerse rigurosamente la distinción conceptual”¹⁴⁹³.

En su concepto, entiende que la alusión contenida en el precepto legal comentado debe entenderse en el sentido formulado por DOMAT, que alude a la antigua “ratio” de los medievales, de modo que se trata de la “razón” o “finalidad objetiva”, pero que no se trata de una ley en específico, sino que de la general de toda la legislación positiva chilena¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁸⁷ ALESSANDRI (1941), p. 41.

¹⁴⁸⁸ LARRAÍN (1994), núm. 28, p. 64.

¹⁴⁸⁹ En este último sentido, BASCUÑÁN (1972), pp. 102-103. WILLIAMS (1999), p. 187; ESCANDÓN (2003), pp. 171-173.

¹⁴⁹⁰ WILLIAMS (1999), p. 187.

En un sentido similar, SQUELLA (2011), p. 26, refiere que esta manifestación de “mezquindad” en que incurre la norma se traduce en que restringe la manera como deben entender tanto los principios como la equidad.

¹⁴⁹¹ DUCCI (1980), núm. 87, p. 116.

¹⁴⁹² Según defiende SQUELLA (2014), pp. 340-341 y p. 356.

¹⁴⁹³ GUZMÁN (1992), p. 76.

¹⁴⁹⁴ GUZMÁN (1992), pp. 75-76.

Por su parte, DUCCI manifiesta que son conceptos diferentes, y que los principios generales de la legislación gozan de una mayor generalidad que las normas expresas de las cuales se derivan, dado que pueden obtenerse por deducción o por inducción¹⁴⁹⁵.

En forma más reciente, VERGARA señala que una de las funciones que le corresponde a los primeros es “acuñar fundamentos señalando que el espíritu de la legislación es tal o cual, o para invocar la equidad natural”¹⁴⁹⁶.

SECCIÓN 3: MECANISMOS QUE PERMITEN LA CONSTATACIÓN DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Dentro de las particularidades con que la doctrina ha procedido a explicar los principios generales del derecho, parece insinuarse que existen ciertos “procedimientos” los cuales permitirían identificar válidamente un principio general del derecho.

§ 1. MÉTODO PROPUESTO POR ALBALADEJO

1.1. Descripción

Esta clase de metodología parece manifestarse por ALBALADEJO, quien explica el proceso de determinación de los principios generales del derecho como si fuesen pasos o etapas, las cuales han creado una suerte de sistema de prelación entre los materiales que deben considerarse para el descubrimiento de un principio determinado.

En primer lugar, afirma que los principios deberán ser identificados a partir de aquellos que se encuentran acogidos por las normas nacidas de otras fuentes formales¹⁴⁹⁷. Asume que el legislador pudo haber dispuesto que los casos imprevistos se resolverán conforme a los principios que ya informan al derecho.

En segundo lugar, si no es posible acudir a la primera alternativa, será necesario acudir a “los principios de justicia, o de derecho (en abstracto) justo”¹⁴⁹⁸. Pero se previene que no será aquella concepción de la justicia que el juez estime arbitrariamente; deberá tratarse de aquella justicia que es concebida como tal por el ordenamiento jurídico¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁵ DUCCI (2006), núm. 98, pp. 153-154.

¹⁴⁹⁶ VERGARA (2018), § 4, pp. 101-102 y p. 120.

¹⁴⁹⁷ ALBALADEJO (2009), § 16, p. 103.

¹⁴⁹⁸ ALBALADEJO (2009), § 16, p. 104.

¹⁴⁹⁹ ALBALADEJO (2009), § 16, p. 104.

1.2. Críticas

Puede notarse que esta clase de proposición persigue evitar, de manera inicial, la dependencia hacia categorías extrañas a las consagradas y reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Pero si esto fuese así, resultaría un procedimiento un tanto contradictorio con la afirmación que más adelante sitúa, por la cual admite que el derecho positivo pueda ser integrado no sólo mediante los principios contenidos en las leyes y costumbres, sino también en los “principios extrapositivos a los demás”¹⁵⁰⁰.

En definitiva, puede sostenerse que algunos autores evidencian algunas dificultades a la hora de admitir ciertas categorías jurídicas más próximas al iusnaturalismo.

§ 2. MÉTODO PROPUESTO POR VERGARA

2.1. Descripción

Por su parte, VERGARA destaca que los principios jurídicos surgen como resultado de un proceso hermenéutico, en que será necesaria una revisión integral de diversos factores. En su concepto, estos factores consisten de “la realidad ineludible de los hechos, las normas que ha de aceptar, y respecto de los cuales ha de realizar una interpretación rigurosa”¹⁵⁰¹.

Previene el autor que los principios jurídicos no surgen de la nada, ni pueden emanar únicamente de los textos, ni tampoco de las íntimas convicciones del jurista; “son el resultado de un método depurado que posibilita, a través de ellos, la paz social”¹⁵⁰². Con este sistema el principio jurídico pueda convertirse, a partir de una labor individual, en “un patrimonio colectivo”¹⁵⁰³.

2.2. Críticas

La principal crítica que puede formularse a este modelo es que realmente no constituye un procedimiento en sí mismo.

Del mismo, lo que sí puede aprovecharse es el hecho que no reduzca el procedimiento de identificación de un principio jurídico a tan sólo un análisis sistemático de las normas jurídicas.

¹⁵⁰⁰ ALBALADEJO (2009), § 16, p. 104.

¹⁵⁰¹ VERGARA (2010), p. 24.

¹⁵⁰² VERGARA (2010), p. 24.

¹⁵⁰³ VERGARA (2010), p. 24.

Esta circunstancia se explica porque, en el concepto del autor analizado, los principios jurídicos que son explicitados o declarados como tales por el legislador, no son realmente “principios”, sino que son “reglas/regulaciones”¹⁵⁰⁴.

§ 3. MÉTODO PROPUESTO POR CANARIS

3.1. Descripción

CANARIS ha tratado sobre los principios generales del derecho a propósito de las caracterizaciones que pueden atribuirse a un sistema como tal, constatando que el mismo se encuentra compuesto de un conjunto de normas, conceptos, institutos jurídicos y valores. En este análisis, identifica algunos criterios con los cuales se puede distinguir cuándo un principio vale como “general”.

El autor reconoce que se trata de criterio “totalmente relativo”¹⁵⁰⁵, dado que existen una diversidad de subsistemas, dentro de un sistema más amplio; es lo que ocurre con el subsistema de los hechos ilícitos o la protección de la confianza, respecto del sistema de derecho privado. Frente a ello, la cuestión de la “generalidad” se decide en orden a establecer

“qué ideas jurídicas se han de ver como constitutivas para la interna unidad de sentido del sector parcial en cuestión, de modo tal que el orden de éste se modificaría en su “contenido esencial” si se modificase uno de esos principios”¹⁵⁰⁶.

Fruto de este criterio se reconoce como constitutivos del sistema de derecho privado, entre otros, “los principios de autonomía, de responsabilidad por los propios actos, de protección del tráfico y de la confianza, de respeto de la esfera personal y de libertad de los otros y de restitución del enriquecimiento injusto”¹⁵⁰⁷.

3.2. Críticas

Este último criterio es el que más se aproxima desde un punto de vista de su utilidad. Éste reconoce la relatividad del proceso de identificación de un principio jurídico, pero permite identificar la importancia que tiene éste respecto de la integridad del ordenamiento jurídico. Un principio, en cuanto fundamento del mismo ordenamiento, permite explicar el funcionamiento de un determinado ámbito del derecho, de modo que esta propuesta aprovecha.

¹⁵⁰⁴ VERGARA (2010), p. 27; VERGARA (2018), § 4, p. 106.

¹⁵⁰⁵ CANARIS (1998), § 2, p. 57.

¹⁵⁰⁶ CANARIS (1998), § 2, p. 57.

¹⁵⁰⁷ CANARIS (1998), § 2, p. 57.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

Dentro de las características generales que se atribuyen a los principios jurídicos, es la de constituir una fuente formal del derecho, motivo por el cual se la estudia dentro de la teoría de las fuentes.

Esta afirmación ha generado algunas discrepancias en la literatura jurídica, debido a que existen algunos que consideran los principios el resultado de la labor hermenéutica desarrollada por el juez en su sentencia, lo cual implicará que éstos carezcan de valor formal en sí mismos, no constituyendo una nueva fuente formal en sí mismas. Esta tesis no es compartida, y en contra debe reconocerse que los principios son utilizados para la regulación de la conducta humana, y que adquieren una misma naturaleza que el resto de las fuentes formales del derecho. El que emanen de una potestad de naturaleza implícita no les resta valor en este punto.

Admitida su función como fuente formal, fueron analizadas las maneras en que pueden ser identificadas. En primer lugar, se encuentra su consagración en un texto expreso, lo cual constituye una técnica jurídica relativamente contemporánea, y muy utilizada en el ámbito constitucional. En las normas legales también suele acudir a este mecanismo. Todas estas alternativas generan como efecto que el principio pase a adquirir la fuerza vinculante de la fuente que las contienen. Sin embargo, presentan como inconveniente los riesgos de una redacción deficiente, que reduzca el ámbito de valor real del principio así positivizado.

La segunda manera en que los principios pueden identificarse, es a través de una labor interpretativa de carácter inductivo. Los principios constituyen elementos intrínsecos en el ordenamiento jurídico, y el intérprete puede identificarlos a través de las normas que se encuentran en éste. Para ello, utilizará como herramientas hermenéuticas la analogía y la interpretación sistemática.

Ambos procedimientos abordados se comprueban existir en el derecho chileno. El legislador del siglo XIX y comienzos del siglo XX se caracterizaba por omitir cualquiera explicitación de un principio jurídico, aunque admitía su procedencia y aplicación por parte del juez, en virtud del principio de inexcusabilidad, y de su labor en la interpretación de las leyes (CCCh., art. 24), y la fundamentación de la sentencia definitiva (CPCCh., art. 170 N.º 5.º).

A fin de evitar excesos en la labor de interpretación y aplicación del derecho, que se produciría en el evento de estimar que cualquiera idea o valor constituya un principio, algunos autores han señalado algunos procedimientos. Por ejemplo, ALBALADEJO se apoya en el carácter explícito del principio, y en caso de no existir una norma que los reconozca, deberán acudir a aquellos que surgen de la justicia. Por su parte, VERGARA manifiesta que los principios jurídicos emanen de la realidad colectiva. Finalmente, CANARIS coloca su

acento en la importancia que el principio reviste en el ámbito jurídico estudiado, de modo que su ausencia no permitiría explicar su funcionamiento.

Capítulo VI:

FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

SUMARIO: Sección 1: Los principios jurídicos como fundamentos del ordenamiento jurídico: § 1. Significado – § 2. Facilidades derivadas de su uso – § 3. Contradicciones con algunas funciones.- Sección 2: Síntesis del ordenamiento jurídico: § 1. Significado – § 2. Consecuencias.- Sección 3: Síntesis del derecho: § 1. Significado – § 2. Consecuencias.- Sección 4: Función de garantía: § 1. Significado – § 2. Fundamento.- Sección 5: Los principios jurídicos como elementos de interpretación de la ley: § 1. Planteamiento – § 2. Clases de tareas en que se manifiesta esta función – § 3. Aplicación supletoria.- Sección 6: Los principios jurídicos como medios de integración de las lagunas legales: § 1. Significado – § 2. Supletoriedad: 2.1. Premisa; 2.2. Excepción – § 3. Situación del juez en este esquema.- Sección 7: Los principios jurídicos son una fuente del derecho: § 1. Planteamiento – § 2. Fuente formal: 2.1. Planteamiento; 2.2 Consecuencias – § 3. Fuente material.- Sección 8: Síntesis.

Con prescindencia de las discusiones habidas en torno al reconocimiento de los principios jurídicos en cuanto constituyen una fuente formal del derecho, existe consenso en general respecto a las funciones que le corresponden.

Ellas consisten de servir como fundamento del ordenamiento jurídico (**Sección 1**), servir de síntesis para éste (**Sección 2**), para su conocimiento (**Sección 3**), como elemento de interpretación de la ley (**Sección 4**), como elemento para la integración de la ley (**Sección 5**), y finalmente en cuanto fuente del derecho (**Sección 6**).

SECCIÓN 1:

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO FUNDAMENTOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

§ 1. SIGNIFICADO

La primera función que ha sido asignada a los principios jurídicos, consiste de servir como fundamento del ordenamiento jurídico¹⁵⁰⁸. También se alude esta función destacando que los principios jurídicos informan¹⁵⁰⁹, orientan¹⁵¹⁰ e inspiran¹⁵¹¹ todo el ordenamiento.

¹⁵⁰⁸ DE CASTRO (1984), p. 420; GORDILLO (s/f), p. 44; MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 128; Díez-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 148; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 48; GUASTINI

Esta afirmación significa que los principios son concebidos como un instrumento que pretende orientar el conjunto de fuentes formales presentes en el ordenamiento jurídico, siendo la base última del ordenamiento jurídico¹⁵¹².

Las fuentes formales nacen en virtud de los actos de los órganos estatales, o a partir de la actividad del cuerpo social, pero al nacer se aprecia que las normas jurídicas que constituyen su resultado van organizándose de manera tal que se van coordinando, ofreciendo un conjunto de soluciones que guardan inicialmente un grado de armonía frente a las situaciones de hecho. Esta armonía viene dada por la obediencia de ellas a una determinada lógica interna.

Esa lógica es la que termina uniendo a las más diversas disposiciones que se dictan de manera sucesiva, porque se aprecia que las normas jurídicas no son dictadas porque sí, o como consecuencia de un proceso que sea carente de coordinación y orden. Estas normas se van encadenando entre sí porque parecen obedecer a un determinado principio, el cual se hace cada vez más explícito a medida que las normas obedecen, de manera reiterada, a una misma idea, valor o bien; en definitiva, estas reglas dan cuenta de la presencia de un determinado principio.

La principal consecuencia de esta coordinación entre los principios y las normas jurídicas, es que rige en este punto una relación denominada “coherencia jurídica”, que ha sido descrita por MACCORMICK como

“una relación entre principios y reglas según la cual un conjunto (reducido) de principios permite “explicar” o “dotar de sentido” a un conjunto (más vasto) de reglas jurídicas”¹⁵¹³.

§ 2. FACILIDADES DERIVADAS DE SU USO

-
- (1999), p. 151; BELTRÁN (2000), p. 98; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41; URRUTIGOITY (2009), p. 283.
- ¹⁵⁰⁹ BASCUÑÁN (1972), p. 104; GORDILLO (s/f), p. 44; Díez-PICAZO (1993), p. 10; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49; FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 146; VÁSQUEZ (1999), p. 33; GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), p. 46; MARÍN (2000), p. 9, con cita en el mismo sentido de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España (21.04.1988), y otra emanada del Tribunal Constitucional español (4/1981, de 2.02.1981; 150/1990, de 4.10.1990); MARTÍN (2000), p. 89; URÍA (2002), núm. 14, p. 23; FERNÁNDEZ (2004), p. 57, citando la sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de noviembre de 1985, y 31 de octubre de 1985; GARRIDO (2002), p. 196; GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 b), p. 79; DE PABLO (2018), § 39, p. 108.
- ¹⁵¹⁰ PEÑAILILLO (2015), p. 48.
- ¹⁵¹¹ NIETO (2003), p. 29; VERGARA (2010), p. 20.
- ¹⁵¹² Díez-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 148.
- ¹⁵¹³ ALONSO (2018), p. 45. Una descripción detallada y sintética sobre la coherencia jurídica, en ALONSO (2018), pp. 45-71.

En esta función, los principios jurídicos tienen una enorme utilidad, puesto que la consideración a un conjunto de valores generales, previamente establecidos y reconocidos, facilitará que las fuentes formales que pudieren formarse hacia futuro, se dicten de manera armónica.

Una de las grandes dificultades en un ordenamiento jurídico excesivamente cargado de normas jurídicas, se encuentra en el potencial riesgo de contradicciones por una creación que se hace sin referencia hacia las bases fundamentales del ordenamiento jurídico. Pues bien, ese riesgo se reduce cuando esas normas son dictadas a partir de los parámetros concebidos por los respectivos principios jurídicos, porque se dictarán en debida consonancia.

Precisamente por la mayor o menor consideración de un determinado principio jurídico, se constatan una serie de institutos en las cuales su coordinación en torno a un determinado principio es muy evidente; es lo que ocurre con aquellas normas que constituyen una manifestación del principio de protección de la buena fe.

En cambio, en otros institutos normativos se plantea una seria dificultad, porque no han sido concebidos en relación más coordinada en torno al principio jurídico con el cual se relacionan, tal como ocurre con la cláusula de no enajenar, en donde no se aprecia una determinada regla general que la permita o prohíba, y su relación con el principio de libre circulación de los bienes.

§ 3. CONTRADICCIONES CON OTRAS FUNCIONES

Algunos autores han sostenido que esta función sería contradictoria con aquella que asume que los principios jurídicos constituyen *fuentes formales* del derecho¹⁵¹⁴.

Esta contradicción se produciría, en su concepto, porque equivaldría a decir que los principios son, simultáneamente, “elemento de un conjunto y algo exterior al mismo”¹⁵¹⁵. Para superar lo que a su juicio constituye una *contradictio in terminis*, postulan que “los principios generales sólo pueden explicar este doble carácter que se les atribuye si se entienden como definidores de todo el ordenamiento jurídico, más que como simple fuente de último grado”¹⁵¹⁶. Es más, sostienen que los llamados principios del ordenamiento jurídico no serían una fuente autónoma del derecho, sino “una forma de conocimiento del total ordenamiento positivo”¹⁵¹⁷.

¹⁵¹⁴ Es la opinión de VILLAR/VILLAR (1999), p. 62; GARRIDO (2002), p. 306.

¹⁵¹⁵ VILLAR/VILLAR (1999), p. 62.

¹⁵¹⁶ VILLAR/VILLAR (1999), p. 62.

¹⁵¹⁷ GARRIDO (2002), p. 306.

Esta circunstancia se justificaría, en su concepto, por cuanto acusan que los principios jurídicos suelen invocarse para “relegar la aplicación de una ley o dar primacía aplicativa a un uso socialmente admitido, en la búsqueda, siempre difícil, de una solución justa (o no simplemente legalista) al caso concreto”¹⁵¹⁸.

Frente a esta circunstancia, creemos que existe un inconveniente en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales los principios jurídicos sólo admiten aplicación en silencio de la ley, hipótesis en la cual no existe relegación alguna de una ley que, claramente, no existe para regular el caso concreto. Creemos que el escenario del cual dan cuenta los autores que critican esta contradicción funcional, se produce cuando la magistratura incurre en un vicio propio de “activismo judicial”, tratando de superar una disposición legal que es injusta en la conciencia de los jueces. Tales escenarios no son comunes, pero ellos no pueden constituir la regla general que impida asumir la función de los principios en cuanto son fuentes del derecho.

SECCIÓN 2: SÍNTESIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

§ 1. SIGNIFICADO

Atendida la complejidad y extensión que han adquirido las fuentes formales, especialmente las leyes, se ha insinuado que los principios generales del derecho sirven como un esfuerzo de simplificación. A partir de las distintas normas en que se traducen las fuentes formales, es posible extraer de ellas un patrón común, el cual consiste de los principios jurídicos¹⁵¹⁹.

Este carácter sintético se relaciona inmediatamente con una “función explicativa” del ordenamiento jurídico, o una parte de éste. Ello, porque una versión abreviada proporciona información jurídica relevante, incorporándose así al léxico de los juristas, los cuales ponen en evidencia las normas fundamentales que presiden el ordenamiento o una parte de éste¹⁵²⁰.

Estos principios aseguran la coherencia de los sistemas que se conformen a partir de algún o algunos principios jurídicos, dado que todos los conceptos, clases, órdenes y regímenes se organizarán a su alrededor¹⁵²¹.

§ 2. CONSECUENCIAS

¹⁵¹⁸ VILLAR/VILLAR (1999), p. 62.

¹⁵¹⁹ PEDRALS (2014), núm. 103, pp. 321-323.

¹⁵²⁰ SQUELLA (2014), p. 353.

¹⁵²¹ NIETO (2003), p. 29.

Se ha postulado que la identificación sistemática de los principios jurídicos permite asegurar que una disciplina jurídica pueda adquirir autonomía y carácter científico, desde el momento en que tales principios permiten explicar su funcionamiento¹⁵²², sin tener que acudir a principios que tributan a otros ámbitos normativos, de diferente naturaleza, y pueden asegurar su unidad cuando no existe en ellas una sistemática codificadora¹⁵²³. Una disciplina jurídica autónoma cuenta con sus propios principios jurídicos¹⁵²⁴, la cual eventualmente dependerá cada vez menos de dichos principios si cuenta con cuerpos legales coherentes y sistemáticos¹⁵²⁵.

Los principios jurídicos se organizan alrededor de otras normas jurídicas, en forma tal que estas últimas son las que servirán como medio de materialización del principio. Siendo así, los principios contribuyen no sólo como un resumen de la disciplina, sino que le confieren identidad a la misma¹⁵²⁶.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS DEL DERECHO

§ 1. SIGNIFICADO

La posibilidad que el ordenamiento jurídico admita una síntesis, a fin de identificar sus elementos fundamentales, contribuye al conocimiento integral del derecho, circunstancia que es citada precisamente como una función específica que pueden cumplir los principios¹⁵²⁷.

§ 2. CONSECUENCIAS

Esta función ayudará igualmente a la enseñanza del derecho¹⁵²⁸, en la medida que la identificación de los principios sea usada con fines didácticos, a fin que quienes estudian el derecho o sus respectivas disciplinas, puedan conocer la composición y estructura básica del ámbito que abordan.

¹⁵²² NIETO (2003), p. 29.

¹⁵²³ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 128; VERGARA (2010), p. 18; GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 39.

¹⁵²⁴ VERGARA (2010), p. 18.

¹⁵²⁵ En este sentido, MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 128.

¹⁵²⁶ MORESO/VILAJOSANA (2004), p. 92.

¹⁵²⁷ APARISI (1997), p. 269; PEDRALS (2014), núm. 112, p. 347.

¹⁵²⁸ PEDRALS (2014), núm. 112, p. 347.

El desafío será, en consecuencia, que en la enseñanza del derecho sea más frecuente el esfuerzo de identificación y sistematización de los principios que rigen en el respectivo ámbito. Este proceso se encuentra en proceso de construcción, aunque ya existen disciplinas jurídicas en las cuales existe un catálogo más o menos aceptado.

SECCIÓN 4: FUNCIÓN DE GARANTÍA

§ 1. SIGNIFICADO

Dentro del ámbito del derecho administrativo, se ha defendido que los principios jurídicos constituyen “garantías” de tutela frente a la actividad de la administración.

Esta garantía se traduce, en primer lugar, en cuanto los principios operan como garantías inviolables que los particulares pueden invocar frente al Estado; y en segundo lugar, porque son garantías de consecución de los intereses públicos confiados a los administradores¹⁵²⁹.

§ 2. FUNDAMENTO

Todas estas funciones se explican porque los principios jurídicos se encontrarían incorporados dentro del llamado “bloque de legalidad” y del “orden público administrativo”¹⁵³⁰.

Esta circunstancia puede admitirse, si tenemos en cuenta que la noción de “orden público” es amplia, y queda integrada no sólo por normas expresas, sino también por principios jurídicos.

SECCIÓN 5: LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

§ 1. PLANTEAMIENTO

¹⁵²⁹ URRUTIGOITY (2009), p. 288.

¹⁵³⁰ URRUTIGOITY (2009), p. 288.

La segunda función en que se acepta un consenso en cuanto a su presencia, consiste de servir como elemento de interpretación de la ley¹⁵³¹, e incluso de las normas constitucionales¹⁵³².

En virtud de esta calidad, servirán como un medio auxiliar para los jueces¹⁵³³, dado que orientan la función interpretativa¹⁵³⁴.

§ 2. CLASES DE TAREAS EN QUE SE MANIFIESTA ESTA FUNCIÓN

Los principios generales del derecho constituyen, según se ha afirmado, la base a partir de la cual se crean, y deberían formar, las normas jurídicas. Su presencia es la que asegura la armonía de las normas. Y es por esta circunstancia que pueden ser invocados los principios para la interpretación de las normas jurídicas en general, y de la ley en especial, cuando se aprecia alguna clase de pasaje oscuro¹⁵³⁵ o contradictorio¹⁵³⁶, inexactitudes¹⁵³⁷, deficiencias¹⁵³⁸, o ambigüedades¹⁵³⁹.

En virtud de esta función, se asumen dos postulados. En primer lugar, que toda interpretación que contradiga los principios jurídicos deberá ser rechazada¹⁵⁴⁰. En segundo lugar, que entre varias interpretaciones posibles, deberá preferirse la que más conforme parezca con los principios¹⁵⁴¹. En relación a esta idea, se ha sostenido que deberá interpretarse extensivamente la regla de derecho que se encuentre en consonancia con los

¹⁵³¹ BASCUÑÁN (1972), p. 105; DE CASTRO (1984), p. 420; GORDILLO (s/f), p. 46; RODRÍGUEZ (1990), p. 106; MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 128; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 141; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49; FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 146; SALERNO (1998), núm. 22, p. 151; WILLIAMS (1999), p. 187; ESCANDÓN (2003), p. 172; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 128; SQUELLA (2011), p. 25; PEÑAILILLO (2015), p. 48; GUZMÁN (2015), § 4, p. 26; VELLUZZI (2017), p. 102.

Implícitamente, al señalar que los principios sirven para dotar “de su verdadero sentido” a la norma, URRUTIGOITY (2009), p. 293.

¹⁵³² APARISI (1997), p. 272.

¹⁵³³ SQUELLA (2014), p. 334.

¹⁵³⁴ BELTRÁN (2000), p. 98.

¹⁵³⁵ BASCUÑÁN (1972), p. 105; WILLIAMS (1999), p. 187; SQUELLA (2014), p. 334; GUZMÁN (2015), § 4, p. 26.

¹⁵³⁶ BASCUÑÁN (1972), p. 105. WILLIAMS (1999), p. 187; SQUELLA (2014), p. 334; GUZMÁN (2015), § 4, p. 26; VERGARA (2018), § 4, p. 120.

¹⁵³⁷ VERGARA (2018), § 4, p. 101 y p. 120.

¹⁵³⁸ MANS (1970), p. 131.

¹⁵³⁹ GUZMÁN (2015), § 4, p. 26; VERGARA (2018), § 4, p. 101 y p. 120.

¹⁵⁴⁰ URRUTIGOITY (2009), pp. 287-288.

¹⁵⁴¹ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49; GUZMÁN (2015), § 4, p. 26, n. 44; DE PABLO (2018), § 39, p. 109.

principios jurídicos¹⁵⁴², y restrictivamente la norma que pertenece a un área que se encuentre en disonancia con los principios¹⁵⁴³.

En una función interpretativa, los principios contribuyen al aclaramiento de conceptos jurídicos y potestades caracterizados por su vaguedad e indeterminación¹⁵⁴⁴; en general, las indeterminaciones normativas¹⁵⁴⁵.

En tal función implica que los principios son empleados en forma general para justificar una interpretación “conforme”¹⁵⁴⁶, lo cual deja al principio en un plano de superioridad axiológica respecto de la norma legal interpretada¹⁵⁴⁷.

Asimismo, el recurso a los principios impide que los intérpretes incurran en arbitrariedades a la hora del cumplimiento de su labor¹⁵⁴⁸, de modo que logran traducir la ley en vida jurídica efectiva¹⁵⁴⁹. A través de la aplicación de los principios se impide que las decisiones judiciales sean arbitrarias o respondan a estándares diferentes de la justicia, dado que los principios jurídicos constituirían una categoría objetiva, que no significarían la imposición de una concepción personal del juez sobre lo justo o del derecho¹⁵⁵⁰.

Dentro de una labor interpretativa, encontramos que los principios jurídicos se convierten en un medio que permite evitar las consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que pudieren derivarse de la aplicación de una ley¹⁵⁵¹.

Esta última función ha sido precisada por GUZMÁN, dado que una inadecuada lectura del precepto legal podría inducir a pensar que una ley inicua pudiera ser inaplicada o enmendada por el juez; todo lo que permite el precepto legal es descartar una interpretación inicua frente a otra que no lo sea, de modo que si el texto de la ley es contrario a la equidad, entonces se trata de problema que excede a la función judicial y sólo podría corresponder su inaplicabilidad al legislador¹⁵⁵².

¹⁵⁴² DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10; URRUTIGOITY (2009), p. 287.

¹⁵⁴³ DÍEZ-PICAZO (1993), p. 10; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 41; URRUTIGOITY (2009), p. 287.

¹⁵⁴⁴ Es por ello que su aplicación al derecho administrativo resultaría capital, según da cuenta GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), pp. 40-41.

¹⁵⁴⁵ URRUTIGOITY (2009), p. 287.

¹⁵⁴⁶ GUASTINI (1999), p. 164; COLOMA (2011), p. 4.

¹⁵⁴⁷ GUASTINI (1999), p. 164.

¹⁵⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 20.

¹⁵⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (2016 a), p. 20.

¹⁵⁵⁰ DE DIEGO (2017), p. 12.

¹⁵⁵¹ SQUELLA (2014), p. 334.

¹⁵⁵² GUZMÁN (1992), pp. 77-78, destacando que la norma seguiría la doctrina medieval de BÚLGARO (siglo XIII), quien sostenía que “la corrección de una ley de sentido inicuo es tarea del legislador, no del juez ni del doctor”. Coinciden en que no se asuma esta función, GARRIDO (2002), p. 305; y CORRAL (2018), p. 80.

Asimismo, se ha dicho anteriormente que sólo los principios traducidos en normas constitucionales tienen la fuerza suficiente para derogar preceptos legales que se hallen en contradicción.

§ 3. APLICACIÓN SUPLETORIA

Al aceptarse la incorporación de esta función, y en base a la norma invocada, significa que los principios generales del derecho sólo podrían recibir aplicación por vía supletoria, en la medida que los demás elementos de interpretación no hubieren podido solucionar el conflicto interpretativo de la ley.

Esta circunstancia debería aplicarse para el caso del derecho chileno, en donde el art. 24 CCCh. pareciera imponer la aplicación del espíritu general de la legislación sólo frente al defecto de las restantes normas de interpretación. Frente al tenor de esta redacción, GUZMÁN sostiene que la norma ha establecido un sistema de ordenación de las operaciones hermenéuticas, de modo tal que la labor judicial y la doctrinal no consisten de resolver casos mediante el espíritu general de la legislación y la equidad natural, ni tampoco interpretar la ley acudiendo directamente a estos parámetros, creándose de esta manera, en cuanto a su relación con las restantes normas sobre interpretación de la ley, “la misma que existe entre una regla general y una especial, y no la que existe entre una regla de mayor jerarquía frente a otra de menor”¹⁵⁵³.

A pesar de lo dicho, en las más de las veces es posible identificar que los principios cumplen un rol de fundamento de los razonamientos y las decisiones judiciales, incluso si éstos toman por base un precepto legal o una norma basada en la costumbre¹⁵⁵⁴. En estos casos, los principios no cumplen una función supletoria, sino *complementaria* de la interpretación judicial, contribuyendo a justificar la aplicación directa de la ley o la norma costumbrista.

Es por ello que sostenemos que, en su función interpretativa, los principios jurídicos no podrían ser aplicados en forma subsidiaria, sino más bien coetánea, paralela o complementaria de las fuentes formales que fueren procedentes¹⁵⁵⁵.

SECCIÓN 6:

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO MEDIOS DE INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS LEGALES

§ 1. SIGNIFICADO

¹⁵⁵³ GUZMÁN (1992), p. 77.

¹⁵⁵⁴ DE DIEGO (2017), p. 10.

¹⁵⁵⁵ Esta posición es compartida por MARTÍN (2000), p. 89; DUCCI (2006), núm. 97, pp. 151-152.

Finalmente, los principios jurídicos han sido propuestos como un elemento de integración de las lagunas legales¹⁵⁵⁶, entendiéndose por estas últimas la ausencia de una norma legal con la cual se pudiese resolver o regular una determinada situación de hecho¹⁵⁵⁷.

Los principios jurídicos son concebidos como un mecanismo con el cual el ordenamiento jurídico es capaz de integrar aquellos supuestos de hecho que carecen de una norma jurídica que las regule¹⁵⁵⁸, y girando sobre la base de asumir que las lagunas legales son posibles, en el sentido explicado. Fruto de ello es que los principios ayudan a que tal característica pueda, por lo menos, adquirir “alguna apariencia de verosimilitud”¹⁵⁵⁹. Esto ocurre desde el momento en que el juez, para solucionar un conflicto, deberá acudir en primer lugar a alguna de las normas comprendidas en el resto de las fuentes del derecho, y sólo en ausencia de éstos se acudirá a los principios jurídicos.

Esta afirmación no es compartida en la doctrina. Por una parte, se ha dicho que la consagración de los principios jurídicos impide que el ordenamiento jurídico presente en definitiva lagunas, puesto que éste contendrá normas para solucionar toda clase de casos¹⁵⁶⁰, y permitirían que se respete el atributo del ordenamiento jurídico en cuanto se lo considere una unidad cerrada y completa¹⁵⁶¹. E incluso encontramos aquellos que sostienen que las lagunas del derecho no existen, sino que se encubriría un aparente “desacuerdo” en la justicia de las soluciones previstas por las normas, como lo explica KELSEN:

“Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente”¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁶ BASCUÑÁN (1972), p. 105; DE CASTRO (1984), p. 429; Díez-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 148; PACHECO (1994), p. 423; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49; SALERNO (1998), núm. 22, p. 151; WILLIAMS (1999), p. 187; GUASTINI (1999), p. 165; ESCANDÓN (2003), pp. 172-173; ALBALADEJO (2009), § 16, pp. 102-103; URRUTIGOITTY (2009), p. 283; FALCÓN Y TELLA (2011), p. 128; SQUELLA (2011), p. 25; PEÑAILILLO (2015), p. 48; GUZMÁN (2015), § 4, pp. 25-26; VELLUZZI (2017), p. 102; DE DIEGO (2017), pp. 10-11; VERGARA (2018), § 4, p. 101.

¹⁵⁵⁷ PACHECO (1990), p. 401; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (1996), p. 49; WILLIAMS (1999), p. 247; GUZMÁN (2015), § 4, p. 26.

¹⁵⁵⁸ DE PABLO (2018), § 39, p. 107.

¹⁵⁵⁹ PRIETO (2016), p. 207.

¹⁵⁶⁰ ALBALADEJO (2009), § 16, p. 103.

¹⁵⁶¹ PRIETO (2016), p. 207. Desde el plano de la ley, se ha sostenido que los principios generales del derecho confiere a la primera “la válvula de seguridad que garantice su reinado absoluto” (GORDILLO, s/f, p. 41).

¹⁵⁶² KELSEN (2005), p. 135. Esto explicaría por qué los principios se encuentran ausentes de tratamiento en la obra cumbre del autor.

§ 2. SUPLETORIEDAD

2.1. Premisa

Frente a esta ausencia de norma, los principios se encuentran contemplados como un mecanismo supletorio¹⁵⁶³, con el cual podrá darse una respuesta.

Esta supletoriedad, en algunos códigos, incluso se declara en relación a la analogía¹⁵⁶⁴, de modo que esta última se aplica en forma preferente a los principios jurídicos. Y esta circunstancia se ha afirmado de forma tal que DEL VECCHIO afirmó que

“el postulado de que el juez debe sentenciar en todo caso, si no mediante una disposición precisa de la ley, al menos acudiendo a la analogía o, en último término, según los principios generales del derecho, es al mismo tiempo un principio general del derecho”¹⁵⁶⁵.

2.2. Excepción

En relación a lo dicho, sólo en supuestos muy específicos se autoriza a que un juez pueda acudir a un principio jurídico y aplicarlo con preferencia a la ley, sin tener que aguardar las condiciones de supletoriedad. La situación consiste del *juez árbitro arbitrador*, el cual debe resolver la contienda sometida a su conocimiento “obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren” (COT., art. 223 inc. 3.º)¹⁵⁶⁶.

Se trata ésta de una situación muy especial, en la cual el ordenamiento jurídico ha autorizado a un juez para que, en un caso concreto, pueda eventualmente desconocer una norma legal, y aplicar en su lugar su prudencia y equidad¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶³ MANS (1970), p. 132; DíEZ-PICAZO (1993), p. 10; OLLERO (1998), p. 307, n. 7; GUASTINI (1999), p. 165; VÁSQUEZ (1999), p. 34, con cita en el mismo sentido de varias sentencias dictada por el Tribunal Supremo de España (3ª Sala, Aa., 13.10.1894, 30.05.1898; 1ª Sala, 12.07.1929, 18.03.1931, 7.02.1935, 5.10.1942); MARÍN (2000), p. 9, con cita en el mismo sentido de varias sentencias dictada por el Tribunal Supremo de España (18.01.1975, 12.05.1992, 5.06.1992, 22.02.1993); GARRIDO (2002), pp. 196 y 304.

Para el derecho canónico, la supletoriedad surge del tenor del canon 19 del Código de Derecho Canónico. La doctrina ha destacado esta supletoriedad, según menciona OTADUY (2012), p. 121.

¹⁵⁶⁴ MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 45, p. 126.

¹⁵⁶⁵ DEL VECCHIO (2017), pp. 70-71.

¹⁵⁶⁶ CORRAL (2018), p. 80.

¹⁵⁶⁷ En este sentido, GATICA (1934), p. 206; AYLWIN (1982), núm. 92, p. 145, con un desarrollo del comportamiento que debe asumir el árbitro arbitrador.

Cabe destacar que su decisión no será arbitraria, dado que en el laudo que dicte deberá contener “*las razones de prudencia o equidad que sirven de fundamento a la sentencia*” (CPCC., art. 640 N.º 4.º).

§ 3. SITUACIÓN DEL JUEZ EN ESTE ESQUEMA

Este punto ha planteado diversas inquietudes, particularmente en las posturas de naturaleza positivista.

Así, se ha dicho que el juez no se convierte en creador de derecho¹⁵⁶⁸ cuando acude a los principios jurídicos. Se estima que esta aseveración se explica por la preocupación de los idearios en que se fundó la codificación, y que son descritos por KELSEN del modo siguiente:

“Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales”¹⁵⁶⁹.

Contrariamente a esta forma de razonar, en la identificación de un principio jurídico existe realmente una función creadora de derecho, desde el momento en que deberá resolverse un caso a través de un principio jurídico, el cual será identificado a partir de los criterios que se han venido exponiendo en este trabajo. Así, DE PABLO sostiene que al aplicar un principio general del derecho a un supuesto no regulado por el derecho positivo, lo que hace es “inventar” la norma concreta que aplica, aclarando respecto de este procedimiento:

“si bien no a su puro arbitrio, sino buscando su enlace con el resto del ordenamiento positivo, con su contexto ideológico o cultural, o con la tradición histórica o doctrinal a que aquél responde”¹⁵⁷⁰.

Asimismo, ALONSO, citando en este sentido a ALCHOURRÓN y BULYGIN, refiere que, a través de la integración de una laguna normativa, lo que hace el juez es “modificar el sistema”, por vía de completarlo, en su tarea de dictar sentencia¹⁵⁷¹.

Con independencia de la función específica que cumple el juez en la identificación y aplicación del principio jurídico, debe destacarse que su solo empleo no significará una

¹⁵⁶⁸ PRIETO (2016), p. 207.

¹⁵⁶⁹ KELSEN (2005), p. 137.

¹⁵⁷⁰ DE PABLO (2018), § 39, p. 106.

¹⁵⁷¹ ALONSO (2018), p. 215.

vulneración de la sujeción que debe a la ley, “siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema normativo como el aceite que facilita su funcionamiento y no como una alternativa o una excepción o ruptura del mismo”¹⁵⁷². Como se apreciará, este llamado se explica por la composición vaga de los principios jurídicos, indeterminada tanto en su supuesto de hecho como en sus consecuencias. El juez deberá adoptar especial cautela en el proceso de determinación y aplicación del principio jurídico, a fin de evitar abusos.

SECCIÓN 7: LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS SON UNA FUENTE DEL DERECHO

§ 1. PLANTEAMIENTO

Los principios han sido considerados como una fuente del derecho¹⁵⁷³. Pero ocurre que éstos son sindicados no sólo como una fuente formal, sino también una fuente material del derecho.

§ 2. FUENTE FORMAL

2.1. Planteamiento

Los principios jurídicos han sido propuestos en forma general como una clase de *fuentes formal del derecho*, debido a que pueden regular una situación de hecho¹⁵⁷⁴.

Esto es posible por la función de medio de integración de las lagunas legales, porque lo que precisamente se efectúa en virtud de esta clase de procedimientos, consiste en que pueda hallarse una regulación concreta de una situación de hecho que carecía inicialmente de una norma jurídica dentro de las restantes fuentes formales del derecho. De este modo, son fuente formal desde el momento en que el juez puede utilizarlas, en virtud de la adjudicación, en cuanto dicta una sentencia en base a los principios¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), p. 57.

¹⁵⁷³ MANS (1970), p. 132; MONTES *et alt.* (1993), § 16, núm. 46, p. 128; Díez-PICAZO (1993), p. 10; APARISI (1997), p. 269; BELTRÁN (2000), p. 98; VERGARA (2018), § 4, p. 95; DE PABLO (2018), § 39, p. 108.

¹⁵⁷⁴ VELLUZZI (2017), p. 102, al declarar que los principios cobran relevancia en la producción del derecho, diferenciándolo en este punto de la función de integración. Del mismo modo, GUASTINI (1999), p. 162.

¹⁵⁷⁵ VERGARA (2018), § 4, p. 95.

También cumpliría esta función si consideramos que los principios pueden utilizarse en la creación de “una disciplina para realidades hasta el momento no objetos de un concerniente tratamiento jurídico, precisamente a partir de unos principios”¹⁵⁷⁶.

En este punto también pueden situarse los principios jurídicos, cuando se los utiliza “para la elaboración dogmática, cuando la elección o creación de un régimen, o su complemento, van ejecutados con recurso a uno o varios principios”¹⁵⁷⁷. Creemos que esta clase de tarea es propia de la calificación jurídica, la cual podrá completarse con el recurso a los principios.

2.2 Consecuencias

Al estimarse como fuente formal, significaría que puede ser aplicado por cualquier tribunal o juez, para resolver un conflicto, y sin necesidad de que sea alegado por las partes, pudiendo de esta manera invocarse de oficio por el juez¹⁵⁷⁸.

En relación a lo anterior, y dado que constituye derecho, no requeriría ser probado por las partes¹⁵⁷⁹.

§ 3. FUENTE MATERIAL

Pero también se ha postulado, con algunas confusiones, que los principios jurídicos sirvan como “*fente material del derecho*”¹⁵⁸⁰. Decimos que se produce con confusiones, puesto que dependerá de la noción asignada a las fuentes materiales, conforme ha sido tratado.

Se trata de una función muy débilmente tratada por aquellos que constatan entre los distintos elementos que contribuyen a la formación de las fuentes formales. Sin embargo, tiene sentido que se le formule esta atribución, si se considera que los principios se encuentran compuestos de “los valores materiales y morales de las sociedades contemporáneas”¹⁵⁸¹, las cuales precisamente componen las fuentes materiales.

Para cerrar este capítulo, y tomando en cuenta las diversas funciones que cumplen los principios jurídicos, ellas ayudan a evitar su consideración como categorías jurídicas abstractas, carentes de toda aplicación práctica. En definitiva, estas funciones ayudan a

¹⁵⁷⁶ GUZMÁN (2015), § 4, p. 25, citando como ejemplo el derecho aplicable a la contratación electrónica, en donde se pueden utilizar los principios generales de la contratación tradicional.

¹⁵⁷⁷ GUZMÁN (2015), § 4, p. 25.

¹⁵⁷⁸ En este sentido, FALCÓN Y TELLA (2011), p. 123, aunque sugiere que sea alegado por las partes, especialmente en las hipótesis de aplicación supletoria que le correspondan.

¹⁵⁷⁹ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 123.

¹⁵⁸⁰ GORDILLO (s/f), p. 72, sosteniendo que los principios son más bien contenido. También las califica en esta categoría, MARTÍNEZ (2009), p. 348.

¹⁵⁸¹ VERGARA (2010), p. 18.

evitar considerarlas “como música celestial” o “estrellas de un Olimpo jurídico” desvinculado de la vida práctica¹⁵⁸².

SECCIÓN 8: SÍNTESIS

En esta parte, se han tratado acerca de las funciones que cumplen los principios jurídicos. A partir de esta revisión, la doctrina sostiene que sirven como fundamento del ordenamiento jurídico, constituyen una síntesis de éste y del derecho en general, cumplen una función de garantía. Asimismo, se sostiene que sirven como elemento de interpretación e integración de la ley. Finalmente, se postulan como fuente formal y material del derecho.

Las tres primeras funciones guardan relación entre sí, debido a que dan cuenta de un estado general y ordenado del derecho. Los principios constituyen un punto de organización de los valores e ideales que el ordenamiento refleja y tutela, y su identificación permite organizar su análisis.

La función de garantía supone concebir a los principios jurídicos como un elemento que restringe la actividad del Estado, y fundamentalmente de la Administración, de modo que integra la noción general de juridicidad. En este sentido, todos los órganos de la Administración del Estado se encuentran en la necesidad de respetar la Constitución y las leyes, pero también aquellos principios que gozan de estas jerarquías.

En cuanto elemento de interpretación de la ley, los principios jurídicos ayudan a determinar el sentido y alcance de las normas legales. Se ha discutido si esta función la cumplen en un carácter subsidiario o complementario a las restantes reglas de interpretación. Aunque los códigos civiles tienden a restarles una función supletoria, la doctrina manifiesta que, por su naturaleza, los principios jurídicos deberían ser considerados incluso en un primer lugar cuando se interpretan las normas legales.

En su función más destacada, los principios jurídicos contribuyen a integrar las normas legales, cuando se verifican situaciones de ausencia de una norma legal, e incluso frente a fenómenos de contradicción entre éstas. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito interpretativo, en su función de integración existe la opinión predominante de que sólo concurren en forma subsidiaria, por defecto de toda otra norma. Incluso se ha llegado a sostener que concurren en defecto de la analogía.

Por último, los principios jurídicos son calificados de fuentes del derecho, lo cual explica la ubicación tradicional de su estudio, tanto en la teoría del derecho como en las restantes disciplinas especiales. En cuanto permiten crear una regla de conducta, constituyen fuentes formales. En forma aislada, se ha dicho que los principios jurídicos también constituyen

¹⁵⁸² Tomamos esta última expresión de URRUTIGOITY (2009), p. 290.

fuentes materiales, de modo que ellas pueden contribuir a la creación de una norma jurídica, y asignarles un contenido.

Capítulo VII:

CLASES DE PRINCIPIOS JURÍDICOS

SUMARIO: Sección 1: Dificultades en la sistematización.- Sección 2: Presencia de “niveles” de principios: § 1. Principios con unidad de fuente – § 2. Principios con pluralidad de fuentes: 2.1. Criterios dualistas: 2.1.1. Criterios basados en la naturaleza de los principios - 2.1.2. Criterios basados en la explicitación de los principios; 2.2. Criterios tripartitos: 2.2.1. Postura sostenida por de Castro: (a) Principios del derecho natural; (b) Principios tradicionales o nacionales; (c) Principios políticos - 2.2.2. Postura sostenida por Rabinovich-Berkman: (a) Principios que están fuera del ordenamiento; (b) Principios que están dentro del ordenamiento; (c) Principios extrajurídicos - 2.2.3. Postura de Vergara - 2.2.4. Postura defendida por De Esteban y González-Trevijano; 2.3. Criterios complejos – § 3. **Ámbito de aplicación de los principios.- Sección 3: Algunas dificultades derivadas de la pluralidad de principios jurídicos: § 1.** Planteamiento – § 2. Consecuencias: 2.1. Imposibilidad de identificar los “principios generales del derecho”; 2.2. Surgimiento de nuevos principios: (a) Generalidad de los principios jurídicos; (b) Temporalidad de los principios jurídicos; 2.3. Mutabilidad de los principios; 2.4. Coexistencia de una pluralidad de principios; 2.5. Contradicciones entre los principios: 2.5.1. Origen - 2.5.2. Problemas del criterio expuesto - 2.5.3. Posiciones contrarias; 2.6. Criterios de solución frente a posibles contradicciones: 2.6.1. Especialidad - 2.6.2. Temporalidad - 2.6.3. Ponderación - 2.6.4. Colaboración de estándares en la aplicación de los principios jurídicos – § 3. **Discusión sobre la pluralidad de principios jurídicos.- Sección 4: Síntesis.**

Una mirada atenta a la literatura jurídica, arroja que los esfuerzos de sistematización de los principios generales del derecho han desembocado en las más diversas categorizaciones, sin que se aprecie alguna clase de criterio dominante.

**SECCIÓN 1:
DIFICULTADES EN LA SISTEMATIZACIÓN**

El primer problema que se logra identificar en el análisis de los principios jurídicos, es la falta de consenso respecto de la clase y cantidad que deberían existir.

Es así que contemplamos algunos autores que no reconocen la presencia de grupos o clases de principios; en lugar de eso, admiten que existe un conjunto más o menos extenso, de los cuales es posible constatar algunos de aplicación reiterada¹⁵⁸³.

Para ellos, constituyen principios generales del derecho el que todo ser humano sea sujeto de derecho, o que la libertad es la regla general, o que las obligaciones contraídas deberán ser cumplidas (*pacta sunt servanda*), o que no exista un deber jurídico sin una norma que la imponga, o quien cause un daño deberá repararlo¹⁵⁸⁴.

Esto implica que, para estos autores, no existen “niveles” de principios, sino un conjunto general de tales, los cuales se preciarían de ser “generales” precisamente por la ausencia de un proceso de división, a medida que se avanza en los ámbitos específicos en que se compone la ciencia jurídica.

Por nuestra parte, estimamos que tal procedimiento no se ajusta a la naturaleza del derecho, la cual tiene una estructura compleja y que atiende una serie de ámbitos especiales. Ello obliga a considerar un proceso de niveles o grados en los cuales se configuran los principios.

SECCIÓN 2: PRESENCIA DE “NIVELES” DE PRINCIPIOS

Otros autores han sostenido que los principios jurídicos se encontrarían organizados en distintas clases de jerarquías, de modo tal que no existe sólo una clase de principios jurídicos.

Con todo, los criterios que han sido considerados por los autores son varios, de modo que una de las mayores dificultades presentes en la literatura, es la ausencia de un consenso en los criterios de sistematización¹⁵⁸⁵.

§ 1. PRINCIPIOS CON UNIDAD DE FUENTE

En primer lugar, se encuentran aquellos autores que distinguen si los principios se encuentran reconocidos a nivel constitucional o legal¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸³ BASCUÑÁN (1972), p. 104.

¹⁵⁸⁴ Es la situación en que se coloca BASCUÑÁN (1972), p. 104.

¹⁵⁸⁵ Una exposición de estos distintos criterios, puede ser consultada en PEDRALS (2014), núm. 102, pp. 319-321, quien propone a su turno su propia clasificación, en pp. 325-346.

¹⁵⁸⁶ Implícitamente parece ser el modelo sostenido por DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1994), pp. 145-146; y FALCÓN Y TELLA (2011), pp. 123-126.

MANS distingue entre los “principios de la ley” y los “principios generales del derecho”. Esta distinción se apoya del ámbito del cual se extraen¹⁵⁸⁷.

Puede citarse el caso de COVIELLO, quien explícitamente señala que entre los varios principios jurídicos existen jerarquías¹⁵⁸⁸, en donde es posible identificar los principios generales de un determinado instituto jurídico; de varios institutos jurídicos afines; de una parte determinada del derecho privado; o de una parte del derecho público; o de todo el derecho privado; o de todo el derecho público; y finalmente de todo el derecho positivo sin distinción¹⁵⁸⁹.

Por su parte, FALCÓN Y TELLA afirma que, en cuanto al grado de generalidad de los principios, se pueden clasificar en los siguientes niveles. En primer lugar, se encontrarían los *principios de un instituto o institución*, como lo sería el de irrevocabilidad de las donaciones. En segundo lugar, los *principios de una materia*; es el caso de los que se encuentran a propósito de la prueba, y que establece que la carga de la prueba corresponde al que hace valer su derecho. En tercer lugar, los *principios de una rama jurídica*, como los que se encuentran en el derecho tributario. En cuarto lugar, se encuentran los *principios comunes a todo el ordenamiento jurídico*, como lo sería el de respeto de la vida, o la libertad de contratación. En quinto lugar, se encuentran los *principios universales*, que son aplicables a cualquier ordenamiento nacional, y son defendidos por los partidarios del derecho natural; se encuentran aquí los postulados del derecho internacional, los inherentes al concepto de justicia, y aquellos que son incontrovertibles por pertenecer a la lógica¹⁵⁹⁰.

Como se apreciará, en todos estos casos queda en evidencia que los principios sólo tienen su origen en el derecho positivo, y que ellos van descendiendo conforme al grado de especialización de la disciplina jurídica. No se reconoce por esta vía la existencia de otras clases de orígenes para los principios jurídicos.

§ 2. PRINCIPIOS CON PLURALIDAD DE FUENTES

En general, la doctrina explica que los principios tienen diversos orígenes. Usualmente se distinguen sistematizaciones basadas en dos o tres ámbitos.

2.1. Criterios dualistas

En algunos casos se han singularizado los principios constitucionales: igualdad, jerarquía normativa, irretroactividad de las normas, legalidad, seguridad jurídica, publicidad, interdicción de la arbitrariedad (LOIS, 2003, pp. 87-102).

¹⁵⁸⁷ MANS (1970), p. 131.

¹⁵⁸⁸ COVIELLO (1949), núm. 29, p. 97.

¹⁵⁸⁹ COVIELLO (1949), núm. 29, p. 97.

¹⁵⁹⁰ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 128.

Conforme lo revela su denominación, los criterios dualistas acusan que los principios jurídicos pueden clasificarse en dos grupos. Empero, el criterio de distinción que emplea la doctrina admite distinciones. Encontramos aquellos que basan su distinción en la naturaleza intrínseca de los principios, y otros que toman en cuenta su explicitación por el ordenamiento jurídico.

2.1.1. *Criterios basados en la naturaleza de los principios*

Se trata de los modelos de distinción más sencillos. Toman como base el origen positivo o no de los principios, es decir, si éstos emanan del ordenamiento jurídico, o si se originan en una calidad que se encuentra fuera de éste. En todo caso, esta dualidad da cuenta de la perspectiva iusnaturalista o positivista que evidencie el respectivo autor.

Tal es el caso de ALCALDE sostiene la existencia de principios que emanan directa o indirectamente de la naturaleza humana, y que en este sentido identifica con el “derecho natural”, y los llamados por él “principios institucionales”, los cuales se fundan en la estructura de las diversas instituciones jurídicas reconocidas dentro del ordenamiento¹⁵⁹¹.

ALBALADEJO distingue entre los “principios positivos” y los “principios extrapositivos”¹⁵⁹².

Tratándose de GORDILLO, distingue entre los “principios pre-legales”, y los “principios post-legales”. Los primeros, son aquellos “previos y superiores en entidad a la ley ordinaria, fundadores (sic) de éste e informadores de su contenido”¹⁵⁹³. Los segundos, son aquellos “obtenidos técnicamente de la ley y derivados de ella”¹⁵⁹⁴.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO distingue los “principios en sentido estricto”, de las “normas principiales”. Las primeras consisten en “juicios de valor que inspiran e informan una normativa o la disciplina de una institución”¹⁵⁹⁵. Las segundas se traducen en “normas jurídicas de carácter básico en la organización del grupo social o en la disciplina de instituciones que a su vez son básicas para el grupo social”¹⁵⁹⁶.

RUIZ distingue entre los principios en sentido estricto y las directrices. Por las primeras, se entienden las normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico. Por las segundas, son las normas programáticas¹⁵⁹⁷.

CORRAL postula que los principios jurídicos pueden clasificarse en “intrasistémicos” y “trasistémicos”. Los primeros serían aquellos que pertenecen a un determinado ordenamiento jurídico, y que se obtienen a través de la inducción de las normas particulares

¹⁵⁹¹ ALCALDE (2016), pp. 46-66.

¹⁵⁹² ALBALADEJO (2009), § 16, p. 104.

¹⁵⁹³ GORDILLO (s/f), p. 67.

¹⁵⁹⁴ GORDILLO (s/f), p. 67.

¹⁵⁹⁵ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 219.

¹⁵⁹⁶ DÍEZ-PICAZO (2011), p. 219.

¹⁵⁹⁷ RUIZ (2000), p. 152.

que existen en el sistema legal¹⁵⁹⁸. Los de la segunda clase son aquellos que no se deducen de las normas internas, sino proceden de fuera del sistema, “como criterios normativos que informan, organizan y legitiman las normas positivas del sistema”¹⁵⁹⁹.

Una distinción especial es la que se adopta por MILLAS, quien distinguía entre los “principios formales” y los “principios generales del derecho”. Los principios formales son definidos como “axiomas lógicos del conocimiento jurídico y no, realmente, reglas de acción”¹⁶⁰⁰, los cuales caracteriza como principios primordiales, “constitutivos de la posibilidad misma del orden jurídico como tal, de todo orden, cualquiera que sea su contenido”¹⁶⁰¹, además que se refieren a la totalidad del ordenamiento jurídico, y su falta de vigencia implicaría una contradicción lógica que resulta inconcebible, dado que no puede aceptarse que un orden jurídico subsista sólo en parte, y su ausencia significaría la extinción del orden *in toto*¹⁶⁰². Por su parte, los principios generales del derecho consisten de “condiciones lógico-materiales”, “reglas de conducta pertenecientes al contenido del derecho”, las cuales son válidas “sólo para determinadas regiones del mismo: la de la conducta regulada en cada caso”¹⁶⁰³; respecto de estas últimas sí puede aceptarse que su ausencia de vigencia no implique contradicción, sin perjuicio que podría significar un menoscabo de valor en el sistema, y que convertiría al ordenamiento en uno injusto, aunque eficaz¹⁶⁰⁴.

2.1.2. Criterios basados en la explicitación de los principios

BOBBIO distingue entre los principios expresados y los no expresados. Los primeros consisten de aquellas normas generalísimas, contenidas en la Constitución y las leyes¹⁶⁰⁵; y en este grupo distingue aquellos principios aplicados y no aplicados¹⁶⁰⁶. Los segundos “son aquellos que se pueden obtener por deducción de normas específicas o, por lo menos, no muy generales”¹⁶⁰⁷.

Tratándose de VELLUZZI, habla de los “principios expresos” y los “principios tácitos”. El primero se identifica como aquel comprendido en un enunciado normativo explícitamente formulado”¹⁶⁰⁸. El segundo, supone un principio que “no coincide con un enunciado

¹⁵⁹⁸ CORRAL (2018), p. 78.

¹⁵⁹⁹ CORRAL (2018), p. 78.

¹⁶⁰⁰ MILLAS (2012), pp. 155-156.

¹⁶⁰¹ MILLAS (2012), p. 156.

¹⁶⁰² MILLAS (2012), p. 156.

¹⁶⁰³ MILLAS (2012), p. 156.

¹⁶⁰⁴ MILLAS (2012), p. 156.

¹⁶⁰⁵ BOBBIO (1994), núm. 81, p. 240.

¹⁶⁰⁶ BOBBIO (1994), núm. 81, p. 240. El autor no explica en qué sentido los principios se aplican o no; sólo recuerda que existen ciertas normas constitucionales que contienen principios que, a diferencia de aquellas contempladas por el Código Civil, “esperan todavía ser aplicadas”.

¹⁶⁰⁷ BOBBIO (1994), núm. 81, p. 240.

¹⁶⁰⁸ VELLUZZI (2017), p. 101.

normativo expresamente formulado, sino que es obtenido, según distintas técnicas y modalidades, de una o varias formulaciones normativas”¹⁶⁰⁹.

Por su parte, PRIETO, ALONSO y RUIZ aluden a los “principios implícitos” y los “principios explícitos”¹⁶¹⁰.

Tratándose de GARRIDO, distingue entre aquellos principios que, sin aparecer expresamente escritos, se encuentran en la base del ordenamiento positivo; y los principios que remiten a una fuente distinta y autónoma respecto del derecho positivo. Los primeros se entienden constituidos por reglas no escritas de derecho que responden a la lógica del sistema y a los principios que los informan, y que son independientes del derecho natural, y se sostiene que ellos no constituyen fuente del derecho, sino que constituyen una forma de conocimiento del ordenamiento¹⁶¹¹. Los segundos sí se estiman fuentes subsidiarias del derecho¹⁶¹².

En general, se aprecia que los principios implícitos son aquellos que no se han traducido en una norma jurídica concreta, y que se constatan como consecuencia de la interpretación de las normas, en virtud de un proceso deductivo del resto del ordenamiento jurídico¹⁶¹³. Es por ello que se sostenga que los principios se deducen del todo armónico y coherente que conforma el ordenamiento jurídico¹⁶¹⁴, es decir, a partir de otras normas expresas¹⁶¹⁵. En este punto, la fuente de estos principios no es directamente una autoridad, sino más bien el intérprete, los jueces y los juristas¹⁶¹⁶.

Por el contrario, el principio explícito es aquel que ha sido consagrado en una norma jurídica concreta o fuente de producción jurídica¹⁶¹⁷. Estos principios se encuentran manifestados de manera expresa, cuando se contiene en un determinado cuerpo normativo, el cual puede ser la Constitución Política o una determinada ley¹⁶¹⁸. En tal caso, su fuente es la autoridad que ha dictado la norma¹⁶¹⁹.

2.2. Criterios tripartitos

¹⁶⁰⁹ VELLUZZI (2017), p. 101.

¹⁶¹⁰ RUIZ (2000), p. 152; PRIETO (2016), pp. 206-207; ALONSO (2018), p. 225. Ya esta distinción era reconocida por FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 145, pero con cita expresa al autor citado. También propone esta distinción FALCÓN Y TELLA (2011), pp. 122-123.

¹⁶¹¹ GARRIDO (2002), pp. 305-306.

¹⁶¹² GARRIDO (2002), p. 307.

¹⁶¹³ PRIETO (2016), p. 206; ALONSO (2018), p. 225.

¹⁶¹⁴ Es por esta circunstancia que GUASTINI sostiene que los principios implícitos no son fruto de la interpretación, sino que de la integración del derecho por obra de los intérpretes. Estas normas de las cuales se obtienen serán a veces de normas concretas, en otras de un conjunto más o menos vasto de normas, e incluso en otras será del ordenamiento jurídico en su conjunto (GUASTINI, 1999, p. 156).

¹⁶¹⁵ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 145.

¹⁶¹⁶ GUASTINI (1999), p. 159.

¹⁶¹⁷ FERNÁNDEZ/RUIZ (1997), p. 145; RUIZ (2000), p. 152.

¹⁶¹⁸ GUASTINI (1999), p. 155.

¹⁶¹⁹ GUASTINI (1999), p. 159.

Por otro lado, se encuentran aquellos autores que utilizan un criterio de distinción más complejo, dando cuenta que los principios pueden tener orígenes diversos. Aunque en ellos se coincida con las clasificaciones anteriores, en el sentido que reconocen que algunos de los principios surgen a partir del ordenamiento positivo y otros se encuentran fuera de él, los criterios tripartitos tienden a profundizar y precisar el origen exacto de que les corresponde a los de la segunda clase.

2.2.1. Postura sostenida por DE CASTRO

Entre estos modelos sistemáticos, es posible constatar en la literatura española un mayor o menor grado de prevalencia de la distinción reconocida por DE CASTRO. Según éste, los principios generales del derecho consisten de los “principios del derecho natural”, los “principios tradicionales”, y los “principios políticos”¹⁶²⁰.

(a) Principios del derecho natural

En primer lugar, se encuentran los *principios derivados del derecho natural*. En el trabajo se ha tratado sobre cuál es la concepción asumida para la descripción de éstos, pero en general vemos que ellos dan cuenta de una realidad superior al orden terrenal, y que es inmutable, no sufriendo alteraciones de ninguna naturaleza.

Constituyen un conjunto de valores o criterios que responden a la naturaleza del ser humano, y que deberán ser considerados por la ley terrenal. Conforme a la posición aristotélico-tomista, se tratan de principios que son aplicables a todos los hombres, con prescindencia de sus circunstancias particulares.

(b) Principios tradicionales o nacionales

En segundo lugar, se encuentran los “*principios tradicionales o nacionales*”. Ellos dan cuenta de un segundo nivel en la organización de los principios generales del derecho, que ahora da cuenta de las singularidades del régimen jurídico estatal¹⁶²¹.

En este punto, los principios jurídicos adquieren versatilidad, por cuanto pueden identificarse desde lo general hasta el área más específica del derecho. Esto significa que es posible observar principios generales del derecho, y dentro del mismo los principios del derecho internacional y del derecho nacional.

A su turno, dentro del derecho interno es posible advertir la existencia de principios del derecho civil, como asimismo del derecho penal, procesal civil y procesal penal, laboral, procesal laboral, tributario, procesal tributario, entre otros.

¹⁶²⁰ DE CASTRO (1984), p. 421.

¹⁶²¹ DE CASTRO (1984), p. 420. La misma distinción se encuentra en ESCOBAR (1990), p. 102.

Si miramos tan sólo el caso del derecho civil, es posible identificar principios jurídicos para cada una de sus distintas áreas. Así ocurre con el derecho de las obligaciones, el derecho de los contratos, el derecho de los bienes, el derecho de familia y el derecho sucesorio. Incluso más, es posible identificar principios jurídicos que rigen una ley en concreto. Es por ello que puede pensarse en la existencia de “principios del Código Civil”, como una manera de identificarlos dentro del cuerpo normativo citado.

(c) Principios políticos

En tercer lugar, se afirma la existencia de ciertos “*principios políticos*”, los cuales se definen como “los que integran la constitución real del Estado”¹⁶²².

2.2.2. Postura sostenida por RABINOVICH-BERKMAN

Por su parte, RABINOVICH-BERKMAN sostiene que los principios pueden clasificarse de tres maneras. En su concepto, se encuentran los principios que están fuera del ordenamiento, aquellos que se encuentran dentro del ordenamiento, y los principios extrajurídicos.

(a) Principios que están fuera del ordenamiento

Refiere que los principios que se encuentran fuera del ordenamiento jurídico son, en sí mismos, de naturaleza *metafísica*, lo cual define como “factores que no se pueden percibir por medio de los sentidos”¹⁶²³. Según éste, son principios de esta clase “que en todos los casos prevalezca la justicia”, o “no ofender las buenas costumbres”¹⁶²⁴.

Sostiene que son de esta naturaleza aquellos *principios religiosos* que inciden sobre el ordenamiento jurídico, lo cual hacen desde fuera de éste, en virtud de la supremacía o predominio de un determinado credo¹⁶²⁵. En todo caso, aunque menciona que se diferencian de los metafísicos, funcionan ante el derecho del mismo modo¹⁶²⁶.

Por último, afirma que dentro de estos principios también se encuentran algunos *netamente jurídicos*, los cuales no son jurídicos porque provienen de una determinada tradición, es decir, “de un tiempo prolongado anterior en que, o bien figuraron dentro del esquema expreso, o bien se aplicaron reiterada y pacíficamente”¹⁶²⁷. Eventualmente estos principios

¹⁶²² DE CASTRO (1984), p. 424; ESCOBAR (1990), p. 102.

¹⁶²³ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, p. 22.

¹⁶²⁴ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, pp. 22-23.

¹⁶²⁵ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, p. 23. Un ejemplo de esta clase de principio sería la prohibición de representar la imagen del profeta MAHOMA en los ordenamientos jurídicos de carácter musulmán.

¹⁶²⁶ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, p. 23.

¹⁶²⁷ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, pp. 23-24. De este tipo serían las enseñanzas de los jurisconsultos romanos que se contenían en el *Digesto* justiniano.

son compartidos en varios países, particularmente aquellos que se rigieron por un mismo ordenamiento¹⁶²⁸, de modo que compartirían esta clase de principios.

Respecto de este último origen, si bien la tradición jurídica ha dejado una serie de principios y reglas que siguen usándose hasta el día de hoy, la principal crítica que podría formularse es más bien terminológica. Si seguimos el criterio sostenido por el autor, hablaríamos en este punto de los “principios jurídicos-extrajurídicos”, lo cual constituye una abierta contradicción, dado que el ordenamiento es de naturaleza jurídica. Bastaría con haber hablado de los “principios históricos” o “principios de la tradición histórico-jurídica”.

(b) Principios que están dentro del ordenamiento

El segundo grupo de principios se conforma de aquellos que se pueden hallar dentro del ordenamiento jurídico, y forman parte del mismo¹⁶²⁹.

Respecto de este grupo, se destaca que ellos pueden manifestarse en la Constitución o en la ley. Asimismo, y al igual que con los principios jurídicos que se encuentran fuera del ordenamiento, éstos pueden ser el resultado de la tradición histórico-jurídica¹⁶³⁰.

Un punto particular en esta categoría, consiste en que el autor afirma que serían de este tipo aquellos principios a los cuales remite en ciertas circunstancias el ordenamiento jurídico, pero sin explicar cuáles son, o de dónde surgen¹⁶³¹. Se produce en aquellas normas que regulan sobre los mecanismos de interpretación e integración de la ley, que se remiten al “espíritu general de la legislación” o a “los principios generales del derecho”. Si se sigue esta interpretación, significa que estos principios, con prescindencia de su naturaleza, se “positivizan” como consecuencia del llamamiento que a su respecto efectúa el legislador. Esto plantea un predicamento para su postura, dado que existirían algunos principios que, considerados en su concepto “fuera del ordenamiento”, pasan a ubicarse ahora “dentro del ordenamiento”.

(c) Principios extrajurídicos

El autor menciona la existencia de ciertos principios que son externos al derecho, y que pueden tener distintas clases de orígenes, como sociológicos, políticos o económicos¹⁶³². Algunos de estos principios fueron elevados a la categoría jurídica, por vía de su incorporación a la hora de la dictación de algunas normas, como ocurrió con la dictación de leyes de contenido eugenésico¹⁶³³.

¹⁶²⁸ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 9, p. 24, invocando esta circunstancia como un argumento para la unificación del derecho privado en Latinoamérica.

¹⁶²⁹ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 10, p. 24.

¹⁶³⁰ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 10, pp. 24-25.

¹⁶³¹ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 10, p. 26.

¹⁶³² RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 11, p. 26.

¹⁶³³ RABINOVICH-BERKMAN (2017), § 11, pp. 26-27.

Esta última categoría tiene como problema su falta de diferenciación respecto de los llamados “principios fuera del ordenamiento”. En rigor, su ubicación habría sido mucho más apropiada en ese lugar, si pensamos en que se apoya en calidades de distinta naturaleza.

2.2.3. *Postura de VERGARA*

Tratándose de VERGARA, sostiene que los principios generales del derecho se dividen en tres clases: los principios filosóficos, los principios legalizados, y los principios jurídicos¹⁶³⁴.

En cuanto a los *principios filosóficos*, se los define como aquellos “abstraídos” de las convicciones del juez, y que forman parte de aquellos originados en una determinada militancia o sentir individual¹⁶³⁵. Entiende que aquellos “operan en el corazón de cada hombre”¹⁶³⁶.

Los *principios legalizados* son aquellos que el legislador ha materializado en las leyes mediante un acto de interpretación¹⁶³⁷.

Los *principios jurídicos* son aquellos descubiertos por el juez y la doctrina del espíritu del pueblo¹⁶³⁸.

Esta distinción es formulada por el autor para identificar cuáles son los principios que puede aplicar el juez a la hora de la resolución de un conflicto, destacando que los jueces no incurren en “activismo” cuando utilizan los principios legalizados y los principios jurídicos. Sí lo serán cuando acuden a sus principios filosóficos, “sin conexión con la racionalidad o empleando los sentimientos propios del juez”¹⁶³⁹.

2.2.4. *Postura defendida por De Esteban y González-Trevijano*

En el caso que se aprecia en la obra conjunta publicada por DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO, los principios generales del derecho pueden clasificarse en tres grupos¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁴ VERGARA (2018), § 4, p. 118.

¹⁶³⁵ VERGARA (2018), § 4, p. 118.

¹⁶³⁶ VERGARA (2018), § 4, p. 118.

¹⁶³⁷ VERGARA (2018), § 4, p. 118.

¹⁶³⁸ VERGARA (2018), § 4, p. 118.

¹⁶³⁹ VERGARA (2018), § 4, pp. 118-119.

¹⁶⁴⁰ DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO (1994), p. 232. Cabe destacar que las sucesivas ediciones de este *Curso* no seguirían publicándose en forma conjunta. La siguiente edición fue lanzada en forma exclusiva por DE ESTEBAN (1998), pp. 266-267, aunque el texto publicado es exactamente el mismo en esta parte. El autor lo justifica en el hecho que el contenido de la obra publicada en 1994 fue elaborada en forma integral por él.

En primer lugar, se encuentran aquellos principios jurídicos del derecho positivo, “que se alcanzan por abstracción de las particulares normas positivas de aquél”¹⁶⁴¹.

En segundo lugar, se encuentran los principios generales derivados del llamado “derecho científico”¹⁶⁴², los cuales no explica en cuanto a su significado.

En tercer lugar, se encuentran los principios que surgen “como específica expresión de las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una sociedad”¹⁶⁴³.

2.3. Criterios complejos

GUASTINI propone una distinción de principios entre cuatro clases: principios fundamentales y generales del ordenamiento, principios generales de un sector de la disciplina jurídica, principios fundamentales de una materia determinada, y principios (sin ulteriores especificaciones)¹⁶⁴⁴.

Los *principios fundamentales y generales del ordenamiento* son “los valores ético-políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento o justificación”¹⁶⁴⁵.

Los *principios generales de un sector de la disciplina jurídica* “son aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular o, en cualquier caso, sólo un sector de la disciplina jurídica”¹⁶⁴⁶.

Los *principios fundamentales de una materia determinada* “son aquellos principios cuyo alcance está circunscrito, precisamente, a una “materia”, es decir, a un conjunto limitado de relaciones o supuestos de hecho”¹⁶⁴⁷.

Los *principios* (sin ulteriores especificaciones), se traduce en la “ratio”, “la razón de ser, el objetivo subyacente a una determinada ley o incluso a una determinada institución normativa”¹⁶⁴⁸. Este último no sería propiamente un principio “general”, en comparación a los otros supuestos reseñados.

§ 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

¹⁶⁴¹ DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO (1994), p. 232; DE ESTEBAN (1998), p. 267.

¹⁶⁴² DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO (1994), p. 232; DE ESTEBAN (1998), p. 267.

¹⁶⁴³ DE ESTEBAN/GONZÁLEZ-TREVIJANO (1994), p. 232; DE ESTEBAN (1998), p. 267.

¹⁶⁴⁴ GUASTINI (1999), pp. 152-153.

¹⁶⁴⁵ GUASTINI (1999), p. 152. Cita como ejemplos de este tipo el principio de igualdad, legalidad, el *neminem laedere*, entre otros.

¹⁶⁴⁶ GUASTINI (1999), p. 153. Son casos de este tipo el principio de autonomía privada en el derecho privado, y el principio dispositivo en el derecho procesal civil.

¹⁶⁴⁷ GUASTINI (1999), p. 153. Aquí encontramos los principios que regirían al urbanismo, o el turismo.

¹⁶⁴⁸ GUASTINI (1999), p. 153.

Según PEDRALS, los principios del derecho podrían clasificarse en varios grupos. Por una parte, identifica los “principios relativos a los procesos judiciales”¹⁶⁴⁹, entre los cuales enumera la generación, comunicación, y la coacción¹⁶⁵⁰. En segundo lugar, están los “principios relativos a las fuentes”¹⁶⁵¹, donde se encuentran la legalidad, cosa juzgada, *pacta sunt servanda*, y la autotutela¹⁶⁵². En tercer lugar, identifica los “principios relativos a las normas”¹⁶⁵³, donde distingue entre la atinencia, incompatibilidad, lacunosidad y la inaplicabilidad¹⁶⁵⁴. En cuarto lugar, habla de los “principios relativos a las conductas”¹⁶⁵⁵, donde encuentra la igualdad, cooperación, probidad y la libertad¹⁶⁵⁶. En quinto lugar, indica los “principios relativos a la calificación de personas, conductas y actos”¹⁶⁵⁷, donde cita la debilidad o *favor debilis*, necesidad o *necessitas facit licitum quod non est licitum in lege*, interés, realidad, juridicidad, nulidad o *nullum est quod nullum effectum producit*, y el saneamiento¹⁶⁵⁸.

SECCIÓN 3:

ALGUNAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA PLURALIDAD DE PRINCIPIOS JURÍDICOS

§ 1. PLANTEAMIENTO

Hasta el momento, se ha hablado de “principios”, en plural. Ello implica que existe más de un principio jurídico. Corresponde tratar sobre este punto.

Desde un plano normativo, las principales normas jurídicas que se han considerado para explicar el proceso de aplicación de los principios jurídicos parecen encontrarse en un plano de contradicción. Esto, porque el art. 24 CCCh. habla del “*espíritu general de la legislación*”, mientras que el art. 170 N.º 5.º CPCCh. se refiere a “*los principios de equidad*”. Siendo así, el Código Civil asume que existe un solo “espíritu”, el cual incluso tiene la peculiaridad de dar cuenta de toda la legislación, de modo que encerraría la idea de que el ordenamiento jurídico constituye una unidad homogénea¹⁶⁵⁹, donde no existirían

¹⁶⁴⁹ PEDRALS (2014), núm. 106, p. 326.

¹⁶⁵⁰ La descripción de cada uno de estos principios, en PEDRALS (2014), núm. 106, pp. 326-327.

¹⁶⁵¹ PEDRALS (2014), núm. 107, p. 328.

¹⁶⁵² Su descripción, en PEDRALS (2014), núm. 107, pp. 328-331.

¹⁶⁵³ PEDRALS (2014), núm. 108, p. 331.

¹⁶⁵⁴ Su descripción pormenorizada en PEDRALS (2014), núm. 108, pp. 331-332.

¹⁶⁵⁵ PEDRALS (2014), núm. 109, p. 333.

¹⁶⁵⁶ Su descripción pormenorizada, en PEDRALS (2014), núm. 109, pp. 333-340.

¹⁶⁵⁷ PEDRALS (2014), núm. 110, p. 340.

¹⁶⁵⁸ La descripción detallada en PEDRALS (2014), núm. 110, pp. 340-345.

¹⁶⁵⁹ NAZAR (2018), núm. 100, p. 293.

vacíos normativos. Por el contrario, el Código de Procedimiento Civil asume que existe más de un principio jurídico.

La posición general de la doctrina apunta a que los principios jurídicos son varios, y los serán cuantos sean los ámbitos en que se compone el derecho. Esto se explicaría, desde una perspectiva normativista acerca del origen de los principios, que las leyes son varias y rigen en distintos ámbitos, obedeciendo cada una de ellas a circunstancias fácticas especiales que justifican su nacimiento. La diversidad de las disciplinas y áreas temáticas que tratan las leyes, permitirá, en virtud de su interpretación, la identificación de distintos principios jurídicos.

§ 2. CONSECUENCIAS

La aceptación de una pluralidad de principios jurídicos implicaría una serie de consecuencias, las cuales deberán exponerse y tratarse. Ellas consisten de la posibilidad de nacimiento de nuevos principios, su mutabilidad, y la existencia de posibles contradicciones entre ellos. Esta última circunstancia obliga a identificar alguna clase de modelo de solución frente a los conflictos entre principios.

2.1. Imposibilidad de identificar los “principios generales del derecho”

La primera consecuencia que se ha levantado ante la identificación de una pluralidad de principios jurídicos, es la imposibilidad de hablar propiamente de unos verdaderos “principios generales” del derecho.

Según se ha postulado, la utilización de la expresión tradicional “principios generales del derecho” implicaría la existencia de un único principio, común a todo el ordenamiento jurídico, o que existe una homogeneidad de valores¹⁶⁶⁰.

2.2. Surgimiento de nuevos principios

La presencia de distintos niveles y jerarquías de principios, como asimismo su origen, determinan que los principios puedan surgir desde dos puntos de vista; desde su generalidad, y su temporalidad.

2.2.1. Generalidad de los principios jurídicos

Una de las particularidades que giran en torno a los principios jurídicos es que, debido a su generalidad, es posible que ocurra que principios generales de carácter explícitos sean capaces de originar principios implícitos específicos¹⁶⁶¹.

¹⁶⁶⁰ NAZAR (2018), núm. 100, p. 295.

¹⁶⁶¹ ALONSO (2018), pp. 227-230.

En el ámbito del derecho privado chileno es posible identificar casos que se encontrarían en estas condiciones. El primero de ellos es el principio específico de respeto a los actos propios, el cual se ha postulado que deriva del principio general de protección de la buena fe¹⁶⁶². El segundo, impera en la órbita de la responsabilidad civil; desde el momento en que el constituyente protege la integridad física y psíquica de las personas, y su vida privada (Const. Pol., art. 19 N.º 1.º y 4.º), se ha postulado que contiene la base del principio de reparación integral del daño.

2.2.2. Temporalidad de los principios jurídicos

El derecho no constituye un fenómeno estático; éste cambia conforme lo exijan las necesidades de la sociedad. Ello determina que se dicten constantemente nuevas Constituciones y leyes. Varias han sido dictadas en el curso de tiempo, y se continuarán dictando en el futuro.

Esta circunstancia implica tres efectos relevantes. El primero de ellos es que se irán generando una serie de nuevos principios, a la par que la legislación respecto de la cual se extraigan, se vaya haciendo más específico y más complejo. Es cosa de comprobar cómo, a partir de algunos principios básicos existentes en el derecho privado, y que fueron aceptados en su calidad de fundamentales –como lo es la autonomía de la voluntad–, han dado paso a nuevos principios que derivan del derecho de consumo –como es la protección del contratante más débil–. El derecho de la contratación electrónica no existía al tiempo de dictarse el Código Civil, y se ha estructurado en forma tal que cuenta con sus propios principios, como el de funcionalidad electrónica.

El segundo efecto es la posibilidad que los principios jurídicos vayan sufriendo deterioro y puedan finalmente desaparecer. Aquellos principios que se han obtenido a partir de leyes que se han derogado, finalmente perecerán junto con esa legislación.

El tercero, se relaciona con la estructura sistemática del derecho actual. Así como la legislación puede ser identificada en aquellas normas de carácter general, y otras especiales, los principios también tendrán que estructurarse de la misma forma. Por tanto, se acusa la presencia de ciertos “principios generales”, y otros “principios especiales”.

2.3. Mutabilidad de los principios

¹⁶⁶² Es indispensable considerar la vinculación que tiene el principio de respeto a los actos propios con el principio general de protección de la buena fe. Esto, por cuanto ante la existencia de conductas de carácter contradictorio, el Derecho tutela a los terceros que han confiado de buena fe en las actuaciones previas del sujeto (SALAH, 2008, núm. 13, p. 197).

El desarrollo detallado de la manera en que la buena fe es el fundamento de este principio, puede consultarse en EKDAHL (1989), núm. 10-12, pp. 59-73; SALAH (2008), núm. 13-20, pp. 197-202.

Asumiendo la dependencia de los principios jurídicos a las distintas leyes que se van dictando, y que éstas van sufriendo modificaciones en el curso del tiempo, los principios se ven afectados a las diversas tendencias que motivan la dictación de las leyes. Esto implicará que los principios cambiarán conforme lo hagan las exigencias de la vida social. Por tanto, cada vez que se asuma que los principios jurídicos se caractericen por ser aquellos “vigentes en cada momento” y que “reflejen la conciencia social”¹⁶⁶³ o las “creencias de una sociedad global”¹⁶⁶⁴, puede colegirse que ellos son esencialmente mutables, porque, al ir cambiando conforme lo haga el ordenamiento jurídico mismo¹⁶⁶⁵.

Esta afirmación se hace sobre la base que los principios jurídicos contienen elementos especiales. Obedecen a ideas y valores determinados, las cuales se expresan en las normas legales en las que se manifiestan. Unos y otros no permanecen pétreos en el tiempo, y pueden cambiar a medida que las necesidades que las originaron vayan cambiando.

Esta idea se relaciona con la anteriormente expuesta. Al día de hoy subsisten ciertos principios jurídicos, los cuales han debido ajustarse a las exigencias sociales y económicas que se han promovido. En el ámbito patrimonial, es lo que ha ocurrido con el principio de autonomía de la voluntad, el cual ha debido responder a las exigencias derivadas del derecho del trabajo y del derecho de consumo. En el derecho de familia, ha ocurrido con el principio de indisolubilidad del matrimonio, el cual al día de hoy permanece en fuerte entredicho, por la procedencia del divorcio vincular¹⁶⁶⁶. Desde un punto de vista histórico, es lo que ha ocurrido con el derecho romano, respecto del cual se conservan hasta el día de hoy algunos principios en vigencia, mientras que otros han desaparecido¹⁶⁶⁷.

2.4. Coexistencia de una pluralidad de principios

Los principios presentes en un determinado ámbito jurídico coexisten en una relación que ha sido descrita, en algunos casos, de “recíproca complementación y limitación”¹⁶⁶⁸.

En un carácter *complementario*, se ha postulado que la regulación del error en materia de actos y negocios jurídicos se encontraría fundada en tres principios; el de autonomía, responsabilidad por los propios actos, y la protección del tráfico y la confianza¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶³ Como lo propone BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO (1996), p. 48.

¹⁶⁶⁴ VÁSQUEZ (1999), p. 33.

¹⁶⁶⁵ DE PABLO (2018), § 39, p. 108.

¹⁶⁶⁶ La doctrina que comenzó la identificación de los principios que regían originalmente al derecho familiar, consistían de los siguientes: 1) Matrimonio religioso e indisoluble; 2) Incapacidad relativa de la mujer casada; 3) Administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal; 4) Patria potestad exclusiva y poderes absolutos; 5) Filiación matrimonial fuertemente favorecida; 6) Protección de la familia legítima.

¹⁶⁶⁷ VÁSQUEZ (1999), p. 33.

¹⁶⁶⁸ VALLET DE GOYTISOLO (1997), p. 102; CANARIS (1998), § 2, p. 64.

¹⁶⁶⁹ Una descripción detallada acerca del funcionamiento de estos principios en el supuesto propuesto, en CANARIS (1998), § 2, pp. 64-65.

Y también los principios pueden servir de *limitación* al funcionamiento de otros. Así, la autonomía de la voluntad se ve sujeta a restricciones de aplicación, como ocurre con los contratos forzosos en el ámbito contractual, o la protección de las legítimas en el ámbito sucesorio¹⁶⁷⁰.

2.5. Contradicciones entre los principios

La pluralidad y variedad de los principios jurídicos podría significar, al igual que lo que ocurre con las leyes y los valores, la presencia de principios contradictorios, contrapuestos e incluso divergentes¹⁶⁷¹. Esto se explica por algunas razones que se tratarán enseguida.

2.5.1. Origen

Según han planteado algunos autores, el nacimiento de algunas áreas temáticas han significado un cuestionamiento del modelo tradicional previsto por los estatutos tradicionales en el derecho, y las diferencias de orientaciones¹⁶⁷² o de valores¹⁶⁷³ que siguen podrían significar un conflicto entre ellas. Así, se ha sostenido que el derecho civil y el derecho mercantil, al obedecer al principio jurídico de libertad contractual, entra en contradicción con el derecho laboral, el cual se apoya en el principio de tutela del trabajador¹⁶⁷⁴.

Se ha sostenido por NAZAR, bajo una evidente perspectiva del materialismo histórico, que resultaría imposible la identificación de un principio jurídico único. Acusando que la propia existencia humana se ve atravesada por “contradicciones que expresan ideales diversos de existencia y organización humana”¹⁶⁷⁵, y que el ordenamiento jurídico se vería “obligado” a recoger valores contrastantes, surgirán principios igualmente contradictorios¹⁶⁷⁶. De hecho, afirma que

“sólo es posible hablar de unidad deontológica (unidad de valores) en los momentos en que surge revolucionariamente un régimen social y se afirma históricamente con un contenido ideológico homogéneo”¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷⁰ La descripción de algunas de estas aplicaciones, en CANARIS (1998), § 2, pp. 65-66.

¹⁶⁷¹ En este sentido, CANARIS (1998), § 2, p. 62 y pp. 130-131, para distinguir la “contraposición”, respecto de la “contradicción”; GUASTINI (1999), p. 167; RUIZ (2000), p. 156; PRIETO (2016), p. 210; NAZAR (2018), núm. 100, p. 295.

¹⁶⁷² NAZAR (2018), núm. 100, p. 295.

¹⁶⁷³ PRIETO (2016), p. 210.

¹⁶⁷⁴ CANARIS (1998), § 2, p. 62; NAZAR (2018), núm. 100, p. 295.

Esta contradicción se verifica en la creación de un estatuto jurídico, de naturaleza privada, en el cual el legislador ha impedido que las partes puedan disponer libremente de su contenido en las estipulaciones que añadan al contrato de trabajo.

¹⁶⁷⁵ NAZAR (2018), núm. 100, p. 294.

¹⁶⁷⁶ NAZAR (2018), núm. 100, p. 294.

¹⁶⁷⁷ NAZAR (2018), núm. 100, p. 294.

Desde un plano específico, el conflicto entre principios se producirá cada vez que éstos se pretendan aplicar a casos concretos¹⁶⁷⁸.

2.5.2. *Problemas del criterio expuesto*

De acuerdo a la tesis anterior, el conflicto entre los principios jurídicos sólo se producirá entre aquellos que son de carácter especial, dada la pluralidad de orígenes que invisten.

Tal circunstancia no es efectiva. No es menos cierto que dentro de las propias normas generales pueden identificarse conflictos entre principios. Dentro del derecho privado pueden encontrarse situaciones de conflicto entre los principios de tutela de la propiedad y libre circulación de la riqueza, o de la tutela jurídica de la propiedad y la protección de la apariencia, e incluso entre la autonomía de la voluntad y la protección de la buena fe.

Por otro lado, se ha sostenido que no es posible la aplicación de principios y normas ajenos a un determinado ámbito jurídico. En efecto, cada estatuto jurídico cuenta con reglas y principios, tanto explícitos como implícitos, que sólo son válidos dentro del mismo, y no podrán aplicarse a otros estatutos. Como lo refiere GARCÍA MAYNEZ:

“Un principio ajeno al orden a que el juez debe ceñirse sólo puede ser aplicado por él cuando una norma de ese orden le permite tomarlo en cuenta, con lo cual, por otra parte, lo incorpora al derecho vigente”¹⁶⁷⁹.

Por otro lado, la postulación derivada del materialismo histórico encierra como problema que la unidad de los principios sólo se consigue a partir de los procedimientos revolucionarios. Ello no es efectivo, dado que en situaciones de este tipo se mantienen principios jurídicos formalmente contradictorios. Así, si tomamos en cuenta el tenor del Código Civil de Cuba, el cual se instauró bajo un contenido valorativo caracterizado por el marxismo, éste consagra la libertad contractual, el cual se supone es un principio propio de las sociedades burguesas.

2.5.3. *Posiciones contrarias*

No todos los autores coinciden en la posibilidad de contradicciones entre los principios jurídicos. Es el caso de MARTÍNEZ, quien señala que entre las fuentes materiales, entre las cuales se encontrarían los principios jurídicos, “sí parece haber orden y no contradicción”¹⁶⁸⁰.

No estamos de acuerdo con esta afirmación. Aunque se sostenga que entre las fuentes formales pudiesen generarse desajustes y contradicciones, el mismo resultado podría encontrarse entre los principios. Esto se explica por los distintos valores de los que se

¹⁶⁷⁸ GUASTINI (1999), p. 167.

¹⁶⁷⁹ GARCÍA (1997), p. 66.

¹⁶⁸⁰ MARTÍNEZ (2009), p. 349.

encontrarían compuestos. Incluso sería posible esta contradicción incluso entre aquellos que los identifican del contenido sistemático del ordenamiento jurídico, al acudirse a normas que son contradictorias entre sí.

2.6. Criterios de solución frente a posibles contradicciones

Si se acepta la posibilidad de conflictos entre los principios jurídicos, será necesario considerar alguna clase de mecanismo de solución para tales hipótesis.

2.6.1. Especialidad

La primera forma de solución de conflicto entre los principios jurídicos supondrá evitar tal situación, por vía de identificar la relación de especialidad que pudiere constatarse entre ellos, de modo tal que se excluye la posibilidad de aplicar un principio general en contradicción con un principio particular¹⁶⁸¹.

Así, aunque se acuse que el derecho laboral tributa a principios jurídicos diferentes del derecho civil, cada uno de ellos presenta su propio ámbito de aplicación. Usualmente no será procedente el conflicto entre ellos, por sus diferencias en cuanto al ámbito de aplicación. Ello significará la aplicación del principio de especialidad para resolver el conflicto.

Tal situación no parece compartirse en la doctrina, dado que se ha sostenido que la identificación de las “excepciones” frente a una “regla general”, sería el procedimiento de resolución de conflictos normativos entre “reglas”, y que difiere de aquel existente para los conflictos entre principios¹⁶⁸².

2.6.2. Temporalidad

Algunos autores han tratado incluso de precisar cuáles principios son los que deberán ser invocados en este proceso, y se ha dicho que ellos consisten no sólo de aquellos que el propio sistema jurídico contempla, sino también todos aquellos fundantes de la nueva legislación, debiendo además el juez tomar en consideración los valores culturales del momento en que se produce el conflicto jurídico. Y si llegara a ocurrir que exista alguna clase de contradicción entre los principios tradicionales y aquellos nuevos, deberán primar estos últimos¹⁶⁸³.

Este criterio se ha rechazado, atendido que es más propio del conflicto entre leyes, el cual es imposible aplicar respecto de categorías de una naturaleza diferente¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁸¹ DEL VECCHIO (2017), p. 53.

¹⁶⁸² VERGARA (2010), p. 28, con cita de ALEXY en el mismo sentido. En un sentido similar, GUASTINI (1999), pp. 168-169.

¹⁶⁸³ RODRÍGUEZ (1990), pp. 37-38.

¹⁶⁸⁴ GUASTINI (1999), p. 168.

2.6.3. Ponderación

Si el primer mecanismo fracasa, y nos encontramos en un ámbito en el cual los principios pertenecen al mismo ámbito, se ha descartado que puedan solucionarse bajo los estándares propios de los conflictos de las leyes, las cuales usualmente se traducirán en la idea de prevalencia absoluta de una norma, en perjuicio de otra. En lugar de ello, se ha propuesto que los conflictos entre los principios jurídicos deben ser resueltos en virtud del llamado “criterio de ponderación”¹⁶⁸⁵.

Según ATRIA, la ponderación “es la comparación de las exigencias incompatibles de dos o más principios, bienes o valores de modo de decir en qué medida uno ha de posponerse para realizar el otro o en general cómo han de acomodarse las exigencias no enteramente compatibles de ellos”¹⁶⁸⁶.

La ponderación constituye una herramienta hermenéutica que se ha elevado para resolver conflictos entre los derechos fundamentales, pero también se ha postulado tratándose de principios jurídicos contradictorios, y cuya aplicación a esta materia se justifica porque, al menos en su comienzo, los principios aparecen dotados de menos fuerza normativa que las normas¹⁶⁸⁷.

En concepto de GUASTINI, la ponderación se caracteriza por tres atributos, las cuales sintetizaremos de la siguiente manera: la peculiaridad en la interpretación de los principios, la jerarquía axiológica de los principios, y la aplicación hipotética de cada principio.

En primer lugar, la ponderación supone una *interpretación peculiar* de los principios en conflicto, cual es que sus supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo de forma parcial, no totalmente¹⁶⁸⁸. Sólo ello impediría que el conflicto sea resoluble¹⁶⁸⁹.

En segundo lugar, se proclama una *jerarquización axiológica* entre los principios en disputa. Al establecer una relación valórica en cada principio, será posible conferir a uno de ellos mayor “peso”, “importancia” o “valor” frente al otro¹⁶⁹⁰, de modo que el principio de mayor valor prevalecerá sobre el otro. Con ello, derechamente se postula que la ponderación no puede comprenderse como un esfuerzo que pretenda la aplicación conjunta

¹⁶⁸⁵ VALLET DE GOYTISOLO (1997), p. 102; COMANDUCCI (1998), p. 98; OLLERO (1998), p. 310; GUASTINI (1999), p. 169; RUIZ (2000), p. 157; MORESO /VILAJOSANA (2004), p. 91; SQUELLA (2014), p. 354; VERGARA (2010), p. 27, y VERGARA (2018), § 4, p. 106, destacando este último que la ponderación es el método hermenéutico aplicable a los principios jurídicos no positivizados. Sin esta precisión, VELLUZZI (2017), p. 102.

¹⁶⁸⁶ ATRIA (2011), p. 68.

¹⁶⁸⁷ SQUELLA (2014), p. 354.

¹⁶⁸⁸ GUASTINI (1999), pp. 169-170.

¹⁶⁸⁹ Precisamente se ha sostenido que los principios evitan que se formen antinomias del tipo total-total o total-parcial entre las normas (COMANDUCCI, 1998, pp. 97-98).

¹⁶⁹⁰ APARISI (1997), p. 272; RUIZ (2000), p. 157.

de los principios en disputa, o un doble sacrificio de principios; habrá un sacrificio, pero será sólo un principio el ofrecido para ello¹⁶⁹¹. Esta jerarquización, por otro lado, no es estable y general, lo cual contribuye a la discrecionalidad judicial¹⁶⁹².

En tercer lugar, se producirá un supuesto de evaluación basado en la aplicación hipotética de los principios. Ello supone que, en la evaluación axiológica de los principios jurídicos se valorará el posible impacto que tuvieren en su aplicación al caso concreto. Prevalecerá el principio cuya aplicación hipotética fuese más justa¹⁶⁹³.

En forma especial, debemos referir las explicaciones de VALLET DE GOYTISOLO, quien sostiene que resulta necesaria una doble ponderación, “ya que el principio se aclara en sus concreciones; y éstas por su unión perfecta con el principio”¹⁶⁹⁴.

Este procedimiento conlleva dos observaciones finales. Por una parte, supone que el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa¹⁶⁹⁵. Por otro, la solución que pudiere alcanzarse en un determinado conflicto de principios sólo vale para el caso concreto¹⁶⁹⁶, no pudiendo extenderse inmediatamente hacia casos futuros¹⁶⁹⁷.

2.6.4. *Colaboración de estándares en la aplicación de los principios jurídicos*

Una mirada hacia los arts. 24 CCCh. y 170 N.º 5.º CPCCh., arrojaría que el legislador tiene algunas dificultades a la hora de asumir directamente la aplicación de los principios jurídicos para solucionar conflictos de interpretación e integración de las leyes.

La misma circunstancia podría razonarse a la hora de la aplicación de principios jurídicos que se encuentren en situación de conflicto. Una forma de solución del conflicto se encuentre en la consideración adicional de la *equidad natural* como instrumento hermenéutico. Ambas normas acuden a esta categoría, como una manera de brindar una solución apropiada al conflicto hermenéutico. En el caso que nos convoca, la equidad natural puede contribuir a descubrir y aplicar el principio jurídico que mejor se pliegue a las

¹⁶⁹¹ GUASTINI (1999), p. 170. En un sentido similar, VALLET DE GOYTISOLO (1997), p. 102, quien reconoce que un principio “cede el primer lugar” al otro.

¹⁶⁹² COMANDUCCI (1998), pp. 103-104. Esto conduce a que se diga que no siempre se encuentra determinado hasta el final cuál es el límite a partir del cual un principio cede el primer lugar a otro (VALLET DE GOYTISOLO, 1997, p. 102).

¹⁶⁹³ GUASTINI (1999), p. 170.

¹⁶⁹⁴ VALLET DE GOYTISOLO (1997), p. 102.

¹⁶⁹⁵ Como señala COMANDUCCI (1998), p. 103, “La promulgación y la configuración de principios, en ausencia de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a sus propias, y subjetivas, concepciones de la justicia, y esto también, por supuesto, acrecienta la indeterminación *ex ante*”.

¹⁶⁹⁶ COMANDUCCI (1998), p. 98; GUASTINI (1999), p. 171.

¹⁶⁹⁷ GUASTINI (1999), p. 171.

contingencias del hecho¹⁶⁹⁸, a reducir las rigideces en la aplicación de los principios, e incluso podrían prevenir una situación de contradicción entre éstos¹⁶⁹⁹.

Esta referencia también ayuda en los conflictos que pudieren producirse entre aquellos principios jurídicos que han sido consagrados expresamente por el legislador. Tratándose de estos casos, y en el entendido que se las califica técnicamente como “reglas”, estos se resolverán conforme a los parámetros propios de la interpretación de la ley¹⁷⁰⁰.

También se ha dicho que la equidad y los principios jurídicos adquieren relación, en el sentido que en ocasiones ocurrirá que la solución más equitativa pasa por la aplicación de un principio general, de modo que la primera puede fundamentarse en uno o más principios¹⁷⁰¹. Este hallazgo determinará que las relaciones que se producen entre ambas son recíprocas.

§ 3. DISCUSIÓN SOBRE LA PLURALIDAD DE PRINCIPIOS JURÍDICOS

Las perspectivas normativistas acerca del origen de los principios jurídicos avalarían una descripción compleja, y eventualmente contradictoria entre éstos. Estas concepciones podrían justificarse en la imposibilidad de encontrar un origen superior a los principios jurídicos.

Empero, este punto podría discutirse desde la concepción iusnaturalista, la cual sí podría identificar una unidad valórica que pudiere permitir la presencia de un principio único del derecho; si esto es así, se basa en la necesidad de asegurar la justicia, con prescindencia del ámbito normativo que se trate.

La existencia de diversos campos en que se aplican los principios jurídicos, e incluso una especialidad de ellos, no sería inconveniente para proponer un principio jurídico general, al cual tributan cada uno de estos ámbitos especiales. El derecho no se ve ajeno a la exigencia propia de asegurar la justicia en la sociedad, y es por esto que este último podría considerarse el principio jurídico fundamental, el cual va descendiendo en los distintos niveles en que se divide el derecho.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

¹⁶⁹⁸ CASTÁN (1988), p. 509.

¹⁶⁹⁹ La misma combinación entre los principios y la equidad se puede consultar en el Canon 19 del *Código de Derecho Canónico*, conforme se ha citado.

¹⁷⁰⁰ En este sentido, VERGARA (2010), p. 27; VERGARA (2018), § 4, p. 106.

¹⁷⁰¹ CORRAL (2018), p. 78.

Uno de los aspectos en que mayores diferencias se producen en la literatura relativa a los principios jurídicos, se encuentra en las propuestas de clasificación.

La primera dificultad es general, y se produce porque no existe una forma de estudio común en torno a esta fuente del derecho. Ello facilita que cada autor pueda utilizar el criterio que estime adecuado para su presentación, sin una debida coordinación con el resto de lo escrito.

Estas circunstancias han justificado que se aborde sistemáticamente el problema, a fin de establecer los puntos en común. A partir de esta labor, los principios jurídicos han sido organizados a partir de ciertos niveles o categorías. Algunas de ellas son simples, dado que sostienen que los principios jurídicos son un grupo genérico que emana del mismo ordenamiento jurídico, no existiendo un orden superior. Por el contrario, parece más compartida una visión plural en cuanto al origen de los principios jurídicos, aunque nuevamente se incurre en discrepancias de perspectiva. Por una parte, se encuentran aquellos que distinguen los principios según su naturaleza, entre aquellos que emanan del mismo ordenamiento jurídico o provienen de una categoría jurídica superior. Por otra, se distinguen los principios jurídicos que se encuentran explicitados en normas concretas, y aquellos que carecen de tal expresión, y que deben ser identificados a través de un proceso interpretativo. Incluso se constatan modelos de carácter tripartito, donde se incorporan categorías filosóficas o políticas, a más de aquellos ya existentes en el ordenamiento.

La ausencia de una aproximación común hacia los principios jurídicos se traduce en otros problemas. Uno de ellos es la dificultad para identificar categorías “generales”. También se acusa un progresivo incremento en los principios que son postulados por la doctrina y la jurisprudencia, los cuales van cambiando su naturaleza y concepción en el curso del tiempo. Su pluralidad genera el riesgo de contradicción entre éstos, lo que conduce a la necesidad de establecer algunos parámetros hermenéuticos, como la especialidad, la temporalidad y, en forma especial, la aplicación del criterio de ponderación. Por último, la aplicación de los principios jurídicos puede matizarse con otros elementos, como la equidad natural.

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO PRIVADO CHILENO
CONTEMPORÁNEO:
UNA PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA

SUMARIO: Sección 1: Una mirada general al tratamiento de los principios jurídicos en el derecho privado chileno: § 1. Posición inicial: 1.1. La base constitucional; 1.2. La legislación nacional; 1.3. La literatura jurídica – **§ 2.** Cambios sustantivos de perspectiva: 2.1. Introducción de la noción; 2.2. Algunos cambios académicos; 2.3. El proceso de construcción sistemática de los principios jurídicos – **§ 3.** Situación normativa – **§ 4.** Una evaluación general de la situación jurisprudencial.- **Sección 2: Los principios jurídicos del derecho privado chileno contemporáneo: § 1.** Ausencia de los principios jurídicos en el diálogo académico y forense – **§ 2.** El recurso a los principios jurídicos como “argumento”: La función hermenéutica de los principios jurídicos: 2.1. Planteamiento; 2.2. Una aplicación específica; 2.3. Algunas implicancias de esta clase de uso – **§ 3.** Las primeras construcciones de principios jurídicos del derecho privado en la bibliografía nacional: 3.1. Descripción general; 3.2. Los principios expuestos por Humberto Pinto Rogers; 3.3. Los principios expuestos por Carlos Ducci Claro – **§ 4.** Estado bibliográfico actual: 4.1. En cuanto a los principios generales del derecho privado: 4.1.1. Los principios expuestos por Hugo Rosende Álvarez - 4.1.2. Los principios expuestos por Guillermo Parada Barrera - 4.1.3. Los principios expuestos por Enrique Alcalde Rodríguez - 4.1.4. Los principios expuestos por Hernán Corral Talciani - 4.1.5. Algunos problemas; 4.2. Proposición de unos principios específicos del derecho privado chileno: 4.2.1. Estado preliminar - 4.2.2. Ámbitos específicos con sistematización de principios: (a) Derecho de las obligaciones; (b) Derecho de los contratos; (c) Derecho de familia; (d) Derecho sucesorio - 4.2.3. Ausencia de construcciones sistemáticas de principios jurídicos: (a) Derecho de la persona; (b) Derecho de los bienes; (c) Derecho de los actos y negocios jurídicos; (d) Derecho de la responsabilidad civil – **Sección 3: Síntesis.**

Habiendo concluido con esta revisión general acerca de los principios jurídicos, en cuanto a su concepto, principales características, evolución histórica, sus funciones y clases, cerraremos con la formulación de los principios que rigen al derecho privado chileno contemporáneo.

Este análisis se divide en dos partes. La primera persigue determinar el estado de la cuestión en nuestro país (**Sección 1**). La segunda, supone una propuesta de identificación de los principios jurídicos en actual vigencia (**Sección 2**).

SECCIÓN 1:
**UNA MIRADA GENERAL AL TRATAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL DERECHO
PRIVADO CHILENO**

Si miramos el caso del derecho chileno, apreciamos que éste ha ido cambiando su metodología en al reconocimiento de los principios jurídicos, cambiando desde un modelo de manifestación implícita, hacia uno de formulación directa.

§ 1. POSICIÓN INICIAL

1.1. La base constitucional

Si se atiende a la legislación dictada durante el siglo XIX, vemos que las únicas clases de formulaciones claras sobre la presencia de los principios jurídicos, se encuentran en materia constitucional.

En ella, es posible advertir que se reitera la consagración de capítulos dedicados a los derechos fundamentales, los cuales hemos visto que la doctrina entiende como una clase de manifestación de los principios jurídicos, tratándose de una tendencia siempre presente en el constitucionalismo chileno hasta el día de hoy.

1.2. La legislación nacional

Por su parte, los códigos nacionales dictados durante el siglo XIX carecieron de una consagración más evidente de alguna clase de principios jurídicos, los cuales usualmente suelen identificarse sólo en aquellos espacios en los cuales el propio legislador reconoció la protección de algún determinado principio.

Es lo que ocurrió con el Código Civil chileno, a propósito del *Mensaje* con que el Presidente de la República acompañó su Proyecto al Congreso Nacional, en donde puede leerse que ciertas instituciones han sido previstas para proteger “la libre circulación de la riqueza”, o que se proteja la “buena fe”, entre otras.

Dada la ausencia de una mayor explicitación en este aspecto, la presencia de estos principios sólo podía ser descubierta a través de la interpretación sistemática¹⁷⁰².

1.3. La literatura jurídica

¹⁷⁰² DUCCI (1980), núm. 20, p. 28.

En lo que dice relación con la literatura y la cátedra de mediados y fines del siglo XIX no se orientó en la búsqueda y divulgación de los principios jurídicos, lo cual generó que la enseñanza del derecho se hiciera desde la óptica principal, sino exclusiva, de las leyes y normas positivas en general.

§ 2. CAMBIOS SUSTANTIVOS DE PERSPECTIVA

Esta perspectiva positivista irá cambiando con el correr de los años, a medida que fue abandonándose el sistema de enseñanza exegética, aunque se trató de un proceso especialmente lento.

2.1. Introducción de la noción

Tempranamente es posible constatar que los juristas de comienzos del siglo XX conocieron del concepto “principios generales del derecho”, aunque sin teorizar profundamente al respecto. Citaremos un ejemplo para efectos de explicar esta afirmación:

En las explicaciones de clases de ALESSANDRI, las cuales son fechadas por el taquígrafo señor LATORRE en el año 1926, se consignaría una opinión en donde trata sobre cómo se regularán nuevas obligaciones que pudieren nacer como consecuencia de la evolución jurídica y social. Por una parte, acude a la expresión “principios fundamentales” que rigen a las obligaciones en el derecho. Por otra, acude al concepto “principios generales del derecho”, cuando dice:

“Todas esas nuevas obligaciones que no encuentran cabida en los Códigos se resuelven en la práctica con arreglo a los principios generales del derecho. Es lo que ha pasado con innumerables instituciones, por ejemplo, la cuenta corriente bancaria y los cheques, que antes que se legislara sobre ellas, se resolvieron siempre por los principios generales”¹⁷⁰³.

En las citadas anotaciones de clases, el autor destaca que los principios generales del derecho sirven para regular algunas materias relativamente recientes. Sin decirlo, se destaca la función de integración que cumplen los principios, conforme se ha tratado. Pero también parece entenderse la mención como sinónima de una norma muy general, o que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales¹⁷⁰⁴. De este modo, el autor alude a las normas generales existentes en materia de obligaciones.

2.2. Algunos cambios académicos

¹⁷⁰³ ALESSANDRI (1930), pp. 3-4.

¹⁷⁰⁴ En este sentido, BARRÈRE (1998), p. 124; RUIZ (2000) p. 151, quienes citan que ciertas reglas contenidas en el Tít. II del Lib. IV del Código Civil de España pudieren considerarse como “principios” aplicables a cualquier clase de contrato.

Aunque existen algunas obras monográficas en las cuales se persiguió la enunciación de los “principios” que rigen a una determinada área del derecho, sólo a partir de los programas curriculares concebidos en los cursos de carácter introductorio a los estudios jurídicos comienza a perfilarse la manera en que se conciben, describen y explican los principios generales del derecho¹⁷⁰⁵.

Incluso en esta ubicación, el análisis de los principios dentro del capítulo dedicado a las fuentes formales no parece ser considerado de manera inmediata¹⁷⁰⁶. El cambio de perspectiva seguirá siendo paulatino.

2.3. El proceso de construcción sistemática de los principios jurídicos

A partir de esta base comienzan a identificarse sistemáticamente cuáles son los principios que rigen en las áreas disciplinares en especial. Es por ello que en los distintos tratados, manuales y monografías queda constancia de considerarse a los principios jurídicos a propósito de tres aspectos; en las fuentes formales del derecho, como un elemento de interpretación de la ley, y como el conjunto de ideas que justifican la construcción de una determinada rama del derecho público o privado.

§ 3. SITUACIÓN NORMATIVA

Desde un plano normativo ha existido igualmente una sensible evolución. Desde los códigos del siglo XIX, los cuales se caracterizaron por su parquedad a la hora de cualquiera clase de explicitación de los principios jurídicos, los cuales se terminan constatando a título de las interpretaciones sistemáticas a las cuales se ha aludido.

En la actualidad, el legislador ha asumido una perspectiva de explicitación, la cual ha tenido como puntos destacados las sucesivas reformas a los distintos procedimientos vigentes.

Es lo que puede apreciarse en la reforma procesal penal¹⁷⁰⁷, tributaria y aduanera¹⁷⁰⁸, familiar¹⁷⁰⁹, laboral¹⁷¹⁰, para el actual sistema de tramitación electrónica de los procesos

¹⁷⁰⁵ Es lo que se aprecia en BASCUÑÁN (1972), p. 97; WILLIAMS (1999), p. 186.

¹⁷⁰⁶ Es posible constatar cómo algunas obras no las mencionan en esta parte. Es lo que ocurre con CARVALLO (1951), núm. 37, p. 174, y en un período más actual, PACHECO (1994), pp. 315-369.

¹⁷⁰⁷ Ley N.º 19.696: *Establece Código Procesal Penal*.

¹⁷⁰⁸ Ley N.º 20.322: *Fortalece y perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera*.

¹⁷⁰⁹ Ley N.º 19.968: *Crea los Tribunales de Familia*.

¹⁷¹⁰ Ley N.º 20.087: *Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo*.

judiciales¹⁷¹¹, y en las bases de la reforma procesal civil. Se ha consagrado explícitamente principios jurídicos en los ámbitos de la responsabilidad penal juvenil¹⁷¹² y en el ámbito matrimonial¹⁷¹³.

Dada la repetición de una técnica legislativa basada en la consagración de principios jurídicos, puede afirmarse que la tendencia futura seguirá siendo la profundización en torno a la explicitación de los principios jurídicos a título de normas jurídicas.

§ 4. UNA EVALUACIÓN GENERAL DE LA SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL

En lo que respecta a la aplicación jurisprudencial de los principios jurídicos, se han planteado algunas prevenciones. Por una parte, el carácter subsidiario e implícito de los principios genera algunos temores a la hora de su aplicación directa para la solución de los conflictos presentados ante los tribunales; en este sentido, fundar una sentencia únicamente en principios jurídicos supone el riesgo de una “infracción de ley” que ameritaría en contra de la sentencia así dictada un recurso de casación en el fondo¹⁷¹⁴.

Esta circunstancia ha motivado en forma general un esfuerzo de limitar el ámbito de aplicación de los principios, acudiendo a ellos en forma general como un fundamento secundario de la sentencia. Pero se ha observado que existiría una tendencia progresiva hacia la utilización más explícita de los principios, como una técnica propia del “activismo judicial”¹⁷¹⁵, lo cual es igualmente una forma de “vulgarismo” del derecho¹⁷¹⁶, y que implica un propósito político de transformar al juez en actor de un cierto programa de acción¹⁷¹⁷, como igualmente “confiere tono patológico a lo que es normal actividad positivadora del derecho”¹⁷¹⁸.

¹⁷¹¹ Ley N.º 20.886: *Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales.*

¹⁷¹² Ley N.º 20.084: *Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.*

¹⁷¹³ Ley N.º 19.947: *Establece nueva Ley de Matrimonio Civil.*

¹⁷¹⁴ VERGARA (2018), § 4, p. 120.

¹⁷¹⁵ OLLERO (1998), p. 317. Una postura general sobre la aplicación jurisprudencial de los principios jurídicos en VERGARA (2018), § 4, pp. 102-104 y pp. 107-109. En la misma, el autor resta gravedad al problema del activismo en el sistema chileno, aunque reconoce que se trata de un asunto no tratado en forma integral en la literatura jurídica.

¹⁷¹⁶ Creemos que lo habrá en la medida que, a través del recurso a un principio jurídico directo, en lugar de la ley, el juez pretende elevarse a la categoría de un “filósofo moral”, es decir, “sin ligazón al derecho y extraviado en las mil tendencias valóricas de una sociedad pluralista” (BARROS, 2014 b, p. 25).

¹⁷¹⁷ BARROS (2014 b), p. 26.

¹⁷¹⁸ OLLERO (1998), p. 317.

SECCIÓN 2: LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO PRIVADO CHILENO CONTEMPORÁNEO

Al igual que lo ocurrido en las restantes disciplinas jurídicas, el derecho privado nacional se vio afecto a un paulatino cambio de perspectiva, en la comprensión y naturaleza de los principios jurídicos que imperan en ella.

§ 1. AUSENCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL DIÁLOGO ACADÉMICO Y FORENSE

Si tomamos en cuenta las principales obras jurídicas civilistas publicadas en Chile durante el siglo XIX, en ellas se sigue un plan de exposición exegético, en donde las materias son tratadas conforme al orden adoptado por el Código Civil.

En forma preliminar, no existe en ellos un mayor esfuerzo de sistematización, y las relaciones entre las distintas normas jurídicas tan sólo se limitan, en el mejor de los casos, a una breve referencia en el cuerpo del texto de la obra, o incluso al margen derecho de éstas.

§ 2. EL RECURSO A LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS COMO “ARGUMENTO”: LA FUNCIÓN HERMENÉUTICA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

2.1. Planteamiento

Una vez que los juristas del siglo XX entraron en contacto con la noción de los “principios generales del derecho”, éstos comenzaron a aplicarlos, tanto en la cátedra como en el foro.

Usualmente, la función designada a los principios jurídicos era la hermenéutica. El recurso a un determinado principio jurídico sólo servía como uno de los varios argumentos que el intérprete solía utilizar para justificar una determinada solución legal, de modo que en este punto los principios eran utilizados para aclarar aquello que se encontraba oscuro en la norma¹⁷¹⁹.

2.2. Una aplicación específica

Los ejemplos de esta función son variados, de modo que será seleccionado uno en particular, dado que sigue siendo empleado hasta el día de hoy, y que se trata de una aplicación tradicional; que consiste de la justificación de la aplicación del pacto comisorio a otras obligaciones derivadas de los contratos de compraventa y a otros contratos que no son compraventa.

¹⁷¹⁹ FALCÓN Y TELLA (2011), p. 128.

Normalmente la doctrina se esfuerza en formular un conjunto de argumentos que permiten sostener la defensa de una determinada posición, y que en la presente materia, para explicar esta aplicación extensiva, se suele utilizar el siguiente estilo de argumentación.

El principio de autonomía de la voluntad, y su aplicación en sus contratos, la libertad contractual, se expresan en el clásico principio: “En Derecho Privado puede hacerse todo lo que no esté prohibido por la ley”, de modo que no existe disposición que prohíba estipular en todo contrato la resolución por incumplimiento, ni razón de orden público para restringirla, y que se explicaría por el carácter supletorio que desempeña el art. 1489 CCCh¹⁷²⁰.

En relación a la afirmación anterior, si las partes pueden estipular cualquier clase de hecho futuro e incierto como condición, “aun el más caprichoso”, no se ve razón alguna para impedir que la misma consista en el incumplimiento de alguna de las obligaciones creadas por ellas. Al igual que respecto del argumento anterior, se trata de uno compartido por la doctrina¹⁷²¹, e incluso ha recibido el reconocimiento jurisprudencial, según se aprecia en forma general¹⁷²², y especialmente en la siguiente cita:

“Los artículos 1877 y 1879 del Código Civil legislan especial y exclusivamente sobre el contrato de compraventa; pero dentro de nuestra legislación nada impide que en cualquier contrato (como en el arrendamiento, por ejemplo), las partes estipulen expresamente que la falta de cumplimiento de las obligaciones convenidas autorice a la otra parte para dar por terminado o resuelto inmediatamente el contrato. La fuerza legal de semejante estipulación arranca del principio de la autonomía de la voluntad que rige dentro del orden jurídico civil y que se convierte en ley para los contratantes, según el artículo 1545. En consecuencia, son inaplicables en el contrato de arrendamiento los artículos 1877 y 1879 del Código citado”¹⁷²³.

¹⁷²⁰ En este sentido se pronuncian: VÍO (1945), núm. 349, p. 344; SANTA CRUZ (1948), núm. 5, p. 111; FUEYO (1958), núm. 112, p. 136; ELGUETA (1981), p. 79; TRONCOSO (1995), núm. 101, p. 118; LECAROS (1997), p. 125; RAMOS (1999), núm. 196, p. 180; LARRAÍN (2002), p. 96; ALESSANDRI *et alt.* (2004), núm. 353, p. 278; ABELIUK (2005), núm. 538, p. 476; VIAL (2006), núm. 239, p. 355; VIAL (2007), núm. 21, pp. 77-78; PEÑAILILLO (2015), p. 420.

¹⁷²¹ ALESSANDRI *et alt.* (2004), núm. 362, p. 281; ABELIUK (2005), núm. 538, p. 476; PEÑAILILLO (2015), p. 420.

¹⁷²² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XII, 2ª parte, sec. 1ª, p. 481 (com. Luis CLARO SOLAR); misma *Revista*, T. XXIV, 2.º parte, sec. 1.º, p. 716; misma *Revista*, T. XXXVII, 2.º parte, sec. 1.º, p. 404; misma *Revista*, T. XLI, p. 481; misma *Revista*, T. XLVI, 2.º parte, sec. 1.º, p. 109 (com. Víctor SANTA CRUZ SERRANO); misma *Revista*, T. LI, 2.º parte, sec. 2.º, p. 81; misma *Revista*, T. LII, 2.º parte, sec. 1.º, p. 134; misma *Revista*, T. LIV, 2.º parte, sec. 1.º, p. 57; misma *Revista*, T. LXV, 2.º parte, sec. 2.º, p. 22.

¹⁷²³ CORTE SUPREMA, 24.11.1913, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XII, 2ª parte, sec. 1ª, p. 481 (com. Luis CLARO SOLAR). CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 22.11.1945, misma *Revista*, T. XLIII, 2ª parte, sec. 2ª, p. 55. CORTE SUPREMA, 2.7.1948, *Gaceta de los Tribunales*, 1948, 2.º sem., N.º 1, p. 3 y *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XLVI, 2.º parte, sec. 1.º, p. 109 (com. Víctor SANTA CRUZ SERRANO). CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 4.5.1968, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXV, 2ª parte, sec. 2ª, p. 21.

Casos como éste son varios dentro de la literatura jurídica, pero es particularmente en el derecho civil donde se aprecian más tempranamente las manifestaciones de los principios jurídicos que serán sistematizados más adelante.

2.3. Algunas implicancias de esta clase de uso

A nuestro juicio, esta clase de aplicaciones de los principios jurídicos generó como consecuencia que rápidamente se asumiera en forma explícita que una de las funciones de los principios jurídicos consistiera de servir en cuanto elemento de interpretación de la ley¹⁷²⁴.

Sólo quedarán pendientes de constatación las funciones de los principios jurídicos que consisten en servir como fuentes formales del derecho, y como el conjunto de ideas que justifican la construcción del derecho privado. Respecto de estas funciones, las principales obras de derecho civil no contienen alusión alguna¹⁷²⁵.

§ 3. LAS PRIMERAS CONSTRUCCIONES DE PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO PRIVADO EN LA BIBLIOGRAFÍA NACIONAL

3.1. Descripción general

Las primeras construcciones sistemáticas de los principios jurídicos del derecho privado a nivel nacional son tardías.

Una de los primeros esfuerzos de proposición de unos principios sistemáticos para el derecho privado se encuentra en las obras de PINTO¹⁷²⁶ y DUCCI¹⁷²⁷, donde se proponen un catálogo de principios que se encontrarían reconocidos por el Código Civil.

En forma preliminar las obras que se revisarán a continuación fueron presentadas a título de estudios propios de la “Parte General” del Derecho Civil. Esto implica que su pretensión es la de servir como un punto explicativo de las nociones preliminares de la disciplina.

Una revisión general acerca de estas exposiciones arroja evidentes asimetrías, tanto en la extensión del listado mencionado, como de la naturaleza de los principios identificados.

¹⁷²⁴ ALESSANDRI (1941), p. 41, aunque la llama “derecho natural”, y sin recurrir a la noción que se estudia en este trabajo. Tampoco se la indica de manera alguna en VODANOVIC (1945), núm. 272, pp. 203-204. FIGUEROA (1995), núm. 61, pp. 165-167. Por su parte, DUCCI (1980), núm. 87, pp. 116-117, sólo reitera la expresión contenida en el artículo 24 del Código Civil.

¹⁷²⁵ Es lo que ocurre en ALESSANDRI (1941); VODANOVIC (1945); PINTO (1972); DUCCI (1980), núm. 33, pp. 51-53; FIGUEROA (1995).

¹⁷²⁶ PINTO (1972), núm. 13, pp. 57-78.

¹⁷²⁷ DUCCI (1980), pp. 28-45.

3.2. Los principios expuestos por Humberto Pinto Rogers

En el caso de PINTO, éste parte de la base que se tratan de principios que inspiran al “Código Civil”, y los sintetiza del siguiente modo: 1) Exaltación del principio de juridicidad o Estado de Derecho; 2) El respeto de la personalidad humana y un exagerado individualismo jurídico; 3) Culto en grado superlativo a la libertad e igualdad jurídicas; 4) Protección preeminente a la familia legítima; 5) Absolutismo dominical; 6) Derecho sucesoral proteccionista fundado en la consanguinidad legítima; 7) Espiritualismo y subjetivismo del Código; 8) La consagración de principios morales robustecidos con la sanción del legislador; y 9) Utilización de las mejores técnicas legislativas¹⁷²⁸.

Cabe destacar que esta obra tenía la pretensión de extenderse a varios volúmenes, a fin de abordar en forma integral el nuevo Plan de Estudios aprobado en la época por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Sin embargo, esta tarea no se continuó, y el señor PINTO dejaría de prestar funciones docentes en la misma entidad universitaria.

3.3. Los principios expuestos por Carlos Ducci Claro

Por el contrario, DUCCI presenta un catálogo sencillo de ciertos principios “que infunden nuestro derecho civil y privado en general”¹⁷²⁹, y que consisten en los siguientes: 1) Autonomía de la voluntad; 2) Protección de la buena fe; 3) Reparación del enriquecimiento sin causa; y 4) Responsabilidad¹⁷³⁰.

A diferencia de lo que ocurrió con la obra anterior, el texto del autor fue objeto de sucesivas publicaciones, incluso después de su fallecimiento, lo cual ha contribuido a su conocimiento y utilización en las universidades hasta el día de hoy.

§ 4. ESTADO BIBLIOGRÁFICO ACTUAL

El desafío que dejaron las obras de PINTO y DUCCI, en forma preliminar las obras que dieran cuenta integral de unos principios generales del derecho privado chileno. Durante algún tiempo se sostuvo que el estudio de los principios que informan al derecho eran escasos en Chile¹⁷³¹, con señalamiento de que su estudio era más bien tangencial, ya que se concentraba en otros asuntos de interés¹⁷³².

¹⁷²⁸ PINTO (1972), núm. 13, pp. 57-78.

¹⁷²⁹ DUCCI (1980), núm. 19, p. 27.

¹⁷³⁰ DUCCI (1980), pp. 28-45. Una revisión general de algunos de estos principios, en DUCCI (2006), núm. 99, pp. 154-156.

¹⁷³¹ ROSENDE (2002), p. 163.

¹⁷³² ROSENDE (2002), p. 163.

A contar de estos esfuerzos, la doctrina ha incrementado su atención hacia los principios jurídicos en el derecho privado, y que se ubican igualmente en las exposiciones generales o introductorias del derecho civil. Pero también se han dirigido hacia la identificación de los principios específicos que rigen algunas áreas comprendidas dentro de esta última.

4.1. En cuanto a los principios generales del derecho privado

En tal sentido, se encuentran las publicadas por ROSENDE¹⁷³³, PARADA¹⁷³⁴, ALCALDE¹⁷³⁵ y CORRAL¹⁷³⁶, las cuales revisaremos en su contenido.

4.1.1. Los principios expuestos por Hugo Rosende Álvarez

ROSENDE sostiene la existencia de unos “principios de derecho privado”, los cuales confusamente identifica como radicados entre los principios jurídicos que rigen a los actos jurídicos.

Estos principios consisten de los siguientes: 1) La igualdad; 2) La libertad o autonomía privada; 3) El principio de legalidad; 4) El acceso a los bienes y a la propiedad, y la liberación de deudas o gravámenes; 5) El principio de la confianza; 6) La temporalidad e irretroactividad; 7) La territorialidad; 8) La prueba; 9) El principio de no dañar injustamente a otro y su efecto en la responsabilidad civil; 10) El principio de efecto relativo y del efecto absoluto¹⁷³⁷.

4.1.2. Los principios expuestos por Guillermo Parada Barrera

PARADA parte por distinguir entre ciertos “principios generales del Derecho presentes en el derecho civil”¹⁷³⁸, y otros “principios típicamente (o propios) del Derecho Privado”¹⁷³⁹.

Entre los primeros constata: 1) Igualdad ante la ley; 2) Respeto a la persona humana; 3) Respeto y protección a la Propiedad Privada; 4) Supremacía de la ley como Fuente Formal del Derecho.

En el caso de los “principios propios del Derecho Privado”, identifica: 1) Autonomía de la voluntad; 2) Protección de la Buena Fe; 3) Responsabilidad; 4) Sanción al enriquecimiento sin causa a expensas de otro; 5) Libre circulación de los bienes¹⁷⁴⁰.

4.1.3. Los principios expuestos por Enrique Alcalde Rodríguez

¹⁷³³ ROSENDE (2002), pp. 169-184.

¹⁷³⁴ PARADA (2012), pp. 33-62.

¹⁷³⁵ ALCALDE (2016), pp. 46-66.

¹⁷³⁶ CORRAL (2018), pp. 29-35.

¹⁷³⁷ ROSENDE (2002), pp. 169-184.

¹⁷³⁸ PARADA (2012), p. 33.

¹⁷³⁹ PARADA (2012), pp. 33 y 38.

¹⁷⁴⁰ PARADA (2012), pp. 33-62.

Por su parte, ALCALDE distingue entre dos clases de principios; los “más relevantes y trascendentales”, y los “institucionales”.

En primer lugar, identifica la presencia de ciertos principios, que estima son “*los más relevantes y trascendentales*”, porque ellos emanan, directa o indirectamente, de la propia naturaleza humana, y que se expresan en el Derecho Natural, de modo que resultan válidos y obligatorios por tratarse de una realidad que no depende de la mera voluntad. Entre estos, constata un listado que enumera, pero con una clara alusión a que sólo tienen un carácter enunciativo (“...ubicamos, vgr., los siguientes”): 1) La primacía de la persona frente al Estado y la consecuente “servicialidad” de éste; 2) El privilegio de la iniciativa particular antes que la estatal; 3) La igualdad *en* la ley y *ante* la ley; 4) El respeto de la autonomía privada en la esfera del Derecho Privado; 5) La imposibilidad de obtener un beneficio a partir del dolo propio; 6) El reconocimiento de la prescripción adquisitiva como un modo de adquirir el dominio; 7) la ilegitimidad del enriquecimiento sin causa; 8) El efecto “validante” que en ciertos casos procede atribuir al error común; 9) La circunstancia de que nadie puede ser obligado a lo imposible; 10) La obligación de indemnizar por los daños culposos o dolosamente causados; 11) La renunciabilidad de los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante; 12) La necesidad de juzgar a una persona en el marco de un “debido proceso”; 13) El hecho de aceptar que los imperativos de la justicia exigen no sólo tratar de manera igual a los que enfrentan la misma situación, sino que también de forma diversa a quienes se hallan en una distinta situación; 14) La presunción de inocencia que debe concedérsele a cualquier imputado y, a partir de ello, la necesidad que tiene el juzgador de abstenerse de sancionar en caso de no arribar a la convicción sobre la culpabilidad; 15) El que nadie debe ni puede ser castigado por el delito ajeno”.

En segundo lugar, señala la presencia de ciertos “*principios institucionales*”, en los cuales su fundamento se encuentra en la estructura de la respectiva institución jurídica. Al igual que con los anteriores, el autor entiende que existen varios más, de modo que propone una lista meramente enunciativa. Entre ellos identifica: 1) La exigibilidad de los pactos lícitos voluntariamente contraídos; 2) El hecho que el deudor de una obligación comprometa genéricamente la totalidad del patrimonio para asegurar su cumplimiento; 3) La imposibilidad de adquirir un derecho mayor o diverso de aquel que corresponde a quien lo transmite o transfiere; 4) El hecho de que la buena fe y no la mala fe deba ser presumida; 5) El que la prueba de las obligaciones o su extinción corresponda al que alega aquellas o ésta; 6) La existencia de una radical diferencia entre la persona jurídica y los miembros que la componen; 7) El efecto retroactivo de la nulidad judicialmente declarada; 8) La *par conditio creditorum* en materia concursal.

4.1.4. Los principios expuestos por Hernán Corral Talciani

CORRAL describe los llamados “principios informadores del Derecho Civil”, entre los cuales constata: 1) Dignidad de la persona humana y la familia; 2) La igualdad ante la ley;

3) La buena fe; 4) Autonomía privada, libertad contractual y de empresa; 5) Libre circulación de la propiedad; 6) Responsabilidad¹⁷⁴¹.

4.1.5. Algunos problemas

Al igual que en las obras tempranas, la doctrina actual no logra encontrar un punto de acuerdo a la hora de la identificación de los principios generales del derecho privado. No logra consensuar ni en la naturaleza de tales principios, dado que no es capaz de resolver si estos principios tendrán una naturaleza iusnaturalista o meramente positivista.

Tampoco logran coincidir en la manera de formular los principios, constatándose diferentes formas de enunciación de éstos.

Por último, no existe pleno consenso sobre la consideración de ciertos principios como tales. El caso más representativo en este punto se encuentra en discutir si la propiedad logra configurar alguna clase de principio jurídico a su alrededor. DUCCI¹⁷⁴² omite cualquier alusión a la propiedad en cuanto principio, los demás sí proponen que la propiedad pueda configurarlo. Sin embargo, hasta allí llega la similitud, porque lo que ocurrirá es una total discrepancia respecto de la naturaleza del principio, porque PINTO habla del “*absolutismo dominical*”¹⁷⁴³, mientras que PARADA lo identifica como “*respeto y protección de la propiedad privada*”¹⁷⁴⁴, y CORRAL lo describe como la “*libre circulación de la propiedad*”¹⁷⁴⁵.

4.2. Proposición de unos principios específicos del derecho privado chileno

Adicionalmente a la identificación de los principios que rigen al derecho privado chileno en general, la doctrina ha avanzado hacia la especialización.

En relación a esta idea, la literatura nacional evidencia los mismos resultados que la doctrina comparada, en el sentido de acusar que los principios van progresivamente descendiendo, hasta alcanzar en forma individual las áreas disciplinares. Fruto de ello es la presencia de una serie de obras que dan cuenta de los principios que rigen en determinadas áreas del derecho privado.

4.2.1. Estado preliminar

Los resultados alcanzados por la doctrina arrojan un cierto grado de consenso a la hora de la identificación de los principios, con independencia de la mayor o menor extensión de los listados que se proponen.

¹⁷⁴¹ CORRAL (2018), pp. 29-35.

¹⁷⁴² DUCCI (1980), núm. 20, p. 28.

¹⁷⁴³ PINTO (1972), núm. 13, p. 59.

¹⁷⁴⁴ PARADA (2012), p. 33.

¹⁷⁴⁵ CORRAL (2018), p. 33.

Aunque se sostenga que cada área cuente con sus principios específicos, ellos reciben influencia de los principios generales, lo cual explica que se los repita; es lo que ocurre con el principio de autonomía de la voluntad, o el de protección de la apariencia, según se verá más adelante. Esto implica que un principio general del derecho privado recibe confirmación al ser aplicado en el área disciplinar específica.

Entre los que serán descritos, se encuentran algunos principios jurídicos de naturaleza especial, los cuales son capaces de influenciar otras áreas disciplinares. Esta circunstancia implica que el derecho privado se encuentre conectado entre sus diversos ámbitos, y a pesar de las diferencias de funciones que puedan desempeñar¹⁷⁴⁶.

Dado el carácter específico de algunas disciplinas, se puede postular que algunos ámbitos son más reacios, en razón de su naturaleza, de verse afectados por ciertos principios generales¹⁷⁴⁷.

Los principios jurídicos específicos no podrían ser propuestos como “fundadores de unidad” de todo el ordenamiento jurídico, según explica CANARIS, puesto que sólo son válidos dentro del área del derecho privado. Es más, aquellos principios que se encuentran en las respectivas ramas disciplinares en que se compone esta última no son necesariamente determinantes para las restantes. Siendo así, los principios que rigen al derecho de obligaciones no serán los mismos principios que imperen en el derecho de familia. Incluso en estas áreas más específicas es posible visualizar algunos subsistemas más pequeños con sus propios principios¹⁷⁴⁸. Todo ello se explica por la especialización que se encuentra dentro del derecho privado.

4.2.2. Ámbitos específicos con sistematización de principios

Se ha logrado sistematizar los principios que rigen en el *derecho de las obligaciones*, los *contratos*, en el *derecho de familia*, e incluso en el *derecho sucesorio*.

(a) Derecho de las obligaciones

En cuanto al *derecho de las obligaciones*, el análisis sistemático de los principios jurídicos era sumamente escaso, siendo PEÑAILILLO¹⁷⁴⁹ uno de sus principales expositores.

¹⁷⁴⁶ Esto explica que principios específicos puedan aplicarse tanto en el derecho de obligaciones como en el derecho de familia.

¹⁷⁴⁷ Es lo que ocurre con el derecho de familia, respecto del cual se afirma en forma general que no admite la aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Al día de hoy, esta influencia existe incluso en la órbita familiar, pero ello impide romper preliminarmente con esta afirmación.

¹⁷⁴⁸ CANARIS (1998), § 2, p. 56.

¹⁷⁴⁹ PEÑAILILLO (2015), pp. 46-73.

Los principios jurídicos que se han propuesto consisten de los siguientes: 1) Autonomía de la voluntad; 2) Protección de la buena fe¹⁷⁵⁰; 3) Respeto a los actos propios¹⁷⁵¹; 4) Protección de la apariencia¹⁷⁵², y 5) Repudio del enriquecimiento sin causa¹⁷⁵³.

(b) Derecho de los contratos

En cuanto al *derecho de los contratos*, se verificó una situación similar desde el punto de vista bibliográfico. Sin embargo, los esfuerzos sistemáticos fueron los primeros en manifestarse a nivel literario, como se aprecia en las obras de ABELIUK¹⁷⁵⁴ y LÓPEZ¹⁷⁵⁵, y en la doctrina argentina es el caso de REZZÓNICO.

El reconocimiento de los principios jurídicos se ha extendido a los procesos de armonización del derecho contractual. Una manifestación de su consagración explícita, se halla en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (2016-2017), donde se trata en la Sección 2 del Capítulo 1 acerca de los “Principios Generales”.

Los principios jurídicos sistematizados consisten de los siguientes: 1) Autonomía de la voluntad¹⁷⁵⁶; 2) Libertad contractual¹⁷⁵⁷; 3) Consensualismo¹⁷⁵⁸; 4) Igualdad entre las partes¹⁷⁵⁹; 5) Fuerza obligatoria de los contratos¹⁷⁶⁰; 6) Intangibilidad de los contratos¹⁷⁶¹; 7) Efecto relativo y absoluto del contrato¹⁷⁶²; 8) Protección de la buena fe¹⁷⁶³.

¹⁷⁵⁰ DE LA MAZA (2011); PEÑAILILLO (2015), pp. 49-54

¹⁷⁵¹ ABELIUK (2015), pp. 121-123. PEÑAILILLO (2015), pp. 65-73.

¹⁷⁵² PEÑAILILLO (2015), pp. 54-64.

¹⁷⁵³ La particularidad del enriquecimiento sin causa es que cumple dos funciones. Se la consagra como un principio jurídico –allí la denominación citada–, y como una fuente de las obligaciones. En general, la doctrina la estudia en la segunda función, a pesar de que se destaca respecto de la primera función. En este sentido encontramos a PEÑAILILLO (2015), pp. 102-129.

En cualquier caso, estas funciones se encuentran íntimamente relacionadas: su reconocimiento como fuente de las obligaciones sirve para abordar la principal herramienta con que contaría el derecho privado para proteger el principio frente al cual reacciona esta situación.

¹⁷⁵⁴ ABELIUK (2015), pp. 111-116.

¹⁷⁵⁵ LÓPEZ/ELORRIAGA (2017), pp. 245-460.

¹⁷⁵⁶ REZZÓNICO (1999), §§ 92-109, pp. 181-203; BARCIA (2010 a), pp. 35-40; ABELIUK (2015), pp. 111-130.

Los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* se refieren necesariamente a este principio, a propósito del art. 5.º, llamado *Libertad de contratación*: “Las partes son libres para celebrar contratos y para determinar su contenido, no siendo contra el orden público o la ley”.

¹⁷⁵⁷ REZZÓNICO (1999), §§ 110-127, pp. 205-225.

¹⁷⁵⁸ REZZÓNICO (1999), §§ 139-160, pp. 247-280.

¹⁷⁵⁹ REZZÓNICO (1999), §§ 298-309; BARCIA (2010 a), pp. 45-46.

¹⁷⁶⁰ REZZÓNICO (1999), §§ 227-238; BARCIA (2010 a), pp. 40-43; ABELIUK (2015), pp. 117-120.

Los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* tratan sobre este principio en su art. 6.º. *Fuerza obligatoria del contrato*: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”.

¹⁷⁶¹ Debe reconocerse que en la formulación del principio se producen algunas discrepancias, dado que algunos lo estiman comprendido dentro del principio de fuerza obligatoria del contrato. En este sentido, BARCIA (2010 a), pp. 40-43.

(c) Derecho de familia

El derecho de familia presenta una serie de particularidades en la determinación de los principios jurídicos. Ellas las podemos resumir en cuatro aspectos.

En primer lugar, ha sido sostenido que el derecho de familia se encuentra integrado por una serie de reglas y principios que le permitirían gozar de autonomía frente al derecho civil. Esto se ha traducido, a nivel comparativo, con el surgimiento de “códigos de derecho de familia”, las cuales han sistematizado el conjunto de normas anteriormente contenidos en el Código Civil y sus leyes complementarias.

En segundo lugar, frente a este proceso, frente a este proceso, el derecho de familia constituye una disciplina que se encuentra atravesada por los principios generales del derecho civil, e incluso algunos principios específicos. Es así, que se puede comprobar la procedencia del principio de autonomía de la voluntad¹⁷⁶⁴, el principio de responsabilidad, de protección de la buena fe, e incluso el de repudio al enriquecimiento sin causa.

En tercer lugar, el derecho de familia tiene una estructura compleja, la cual ha conducido a que se organice internamente en una serie de áreas específicas, las cuales se organizan a partir de principios jurídicos explicitados por el legislador, e identificados por la doctrina y jurisprudencia. Esto ha permitido la formulación de los principios que rigen al *derecho matrimonial*¹⁷⁶⁵, o a la *filiación*¹⁷⁶⁶. Incluso este proceso ha resultado en la consagración del *derecho de la infancia*, el cual contaría con sus propios principios.

En cuarto lugar, la presencia de estos principios específicos del derecho de familia obliga a concluir que existirán los llamados “principios generales” que rigen esta área temática¹⁷⁶⁷. En este punto destacan los trabajos de RIOSECO, RAMOS¹⁷⁶⁸, DEL PICÓ¹⁷⁶⁹ y LEPÍN, por

En nuestro concepto, la intangibilidad apunta a una necesidad de evitar una modificación contractual en virtud de una circunstancia ajena al común acuerdo de las partes, lo cual es diferente de sostener que el contrato sea obligatorio para las partes. Podría sostenerse, con algunas limitaciones, en este punto que la intangibilidad es una de las consecuencias derivadas de la obligatoriedad del contrato.

¹⁷⁶² Presentado sólo como principio de efecto relativo del contrato, REZZÓNICO (1999), §§ 134-138, pp. 238-246; BARCIA (2010 a), pp. 46-54; ABELIUK (2015), pp. 123-161.

¹⁷⁶³ REZZÓNICO (1999), §§ 312-372, pp. 469-537; BARCIA (2010 a), pp. 43-44; ABELIUK (2015), pp. 120-123.

Los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* se refieren a este principio en el art. 7.º. Buena fe: “(1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe. // (2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno”.

¹⁷⁶⁴ Una revisión sobre la influencia del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito familiar puede consultarse en BARRIENTOS (2011), pp. 56-102.

¹⁷⁶⁵ DEL PICÓ (2015), pp. 69-105.

¹⁷⁶⁶ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), pp. 35-52; GREEVEN (2017), pp. 43-184.

¹⁷⁶⁷ DEL PICÓ (2008); DEL PICÓ (2016), pp. 31-48.

¹⁷⁶⁸ RAMOS (2010), núm. 7, pp. 17-21.

¹⁷⁶⁹ DEL PICÓ (2008); DEL PICÓ (2016), pp. 31-48.

nombrar algunos. Estos consisten de los siguientes: 1) Principio de protección a la familia; 2) Principio de protección al matrimonio; 3) Principio de igualdad; 4) Principio de protección del más débil, el cual se subdivide entre: *a*) el principio de protección del cónyuge más débil, y *b*) el principio de interés superior del niño; 5) Principio de autonomía de la voluntad¹⁷⁷⁰; 6) Principio de intervención mínima del Estado.

(d) Derecho sucesorio

Tratándose del derecho sucesorio chileno, la sistematización de sus principios jurídicos ha sido más bien escasa. La generalidad de los manuales y tratados existentes en la materia estudian las instituciones jurídicas de que se encuentra compuesta. En este escenario, el tratado de DOMÍNGUEZ BENAVENTE y DOMÍNGUEZ ÁGUILA¹⁷⁷¹ constituye la principal excepción, ofreciendo un catálogo minucioso de los principios que la rigen¹⁷⁷².

Algunos de los principios identificados, consisten en: 1) Continuación del causante por sus herederos¹⁷⁷³; 2) Unidad del patrimonio¹⁷⁷⁴; 3) Igualdad¹⁷⁷⁵; 4) Protección de la familia¹⁷⁷⁶.

Las mencionadas constituyen las áreas disciplinares del derecho civil en las cuales se han identificado sistemáticamente algunos de los principios jurídicos que las rigen.

4.2.3. Ausencia de construcciones sistemáticas de principios jurídicos

Empero, existen algunas áreas que se encuentran carentes de formulaciones de principios jurídicos que las rijan. Es lo que ocurre con el *derecho de la persona*, el *derecho de los bienes*, el *derecho de los actos y negocios jurídicos*, y el *derecho de la responsabilidad civil*.

(a) Derecho de la persona

En cuanto al *derecho de la persona*, no constan obras en las cuales se haya intentado determinar cuáles son los principios que las componen, a pesar de la existencia de tratados y manuales que se dedican específicamente a su estudio. Tampoco parece formar parte del diálogo sobre estas materias que se postule algún principio en concreto.

¹⁷⁷⁰ BARRIENTOS (2011), pp. 56-102; LEPÍN (2013), pp. 93-103.

¹⁷⁷¹ DOMÍNGUEZ/DOMÍNGUEZ (2016), pp. 45-127.

¹⁷⁷² Este trabajo ha conseguido generar una influencia en la exposición de la doctrina, la cual ha aprovechado de tratar sobre estos principios, incluso con cita expresa de esta obra. Es lo que ocurre con RAMOS (2015), núm. 20, p. 13.

¹⁷⁷³ RAMOS (2015), núm. 21, pp. 13-14; DOMÍNGUEZ/DOMÍNGUEZ (2016), pp. 46-102.

¹⁷⁷⁴ RAMOS (2015), núm. 23, p. 15; DOMÍNGUEZ/DOMÍNGUEZ (2016), pp. 102-113.

¹⁷⁷⁵ RAMOS (2015), pp. 16-17; DOMÍNGUEZ/DOMÍNGUEZ (2016), pp. 114-121.

¹⁷⁷⁶ DOMÍNGUEZ/DOMÍNGUEZ (2016), pp. 121-127.

En cuanto al fundamento de esta actitud, podemos especular la falta de interés en abordar la cuestión, las cuales aparentemente no aportarían resultados relevantes para el intérprete, si se considera el contenido normativo ya existente en el Código Civil.

Otra propuesta de fundamento consiste en que, al organizarse el derecho de las personas en un sistema binario, en que se distinguen las personas naturales de las jurídicas, no sería posible identificar principios comunes entre ellos. En el caso de las *personas naturales*, ellas nacen a la vida del derecho, y el Estado debe reconocer su existencia, y que su existencia sea garantizada bajo parámetros concordantes con su dignidad intrínseca. Esto implicaría que los principios dominantes deberían ser: 1) La protección de la dignidad humana¹⁷⁷⁷; 2) Igualdad¹⁷⁷⁸; 3) Protección de la vida¹⁷⁷⁹; 4) No discriminación arbitraria; 5) Derecho a la identidad¹⁷⁸⁰; 6) Derecho a la integridad física y espiritual¹⁷⁸¹; 7) La libertad¹⁷⁸²; 8) El desarrollo personal y espiritual¹⁷⁸³; 9) Los derechos de familia propiamente tales¹⁷⁸⁴.

Respecto de las *personas jurídicas*, ellas son entidades que requieren un reconocimiento del Estado para nacer e incorporar al tráfico jurídico, y poder ejercer sus funciones sin perturbaciones por parte del Estado. Ello supone que los principios jurídicos que pudieren postularse, sean los siguientes: 1) Libertad de asociación; 2) Autonomía de la voluntad.

Pero también se podría conjeturar una tercera explicación. Al gozar las personas de un reconocimiento y protección ante la Constitución, sería innecesario identificar principios que ya se encuentran insertos en dicho cuerpo normativo, y que significarían finalmente una confusión entre los derechos fundamentales y los principios y valores consagrados constitucionalmente¹⁷⁸⁵. Esto sería posible si se razona que una de las maneras en que se ha entendido la expresión “principios”, es la propia de una norma que “expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico”, y que precisamente pueden encontrarse en la Constitución, cuando ella reconoce la igualdad ante la ley, o se prohíbe la discriminación¹⁷⁸⁶.

Esta circunstancia es la que mayormente dificulta la proposición inmediata de principios jurídicos para este ámbito o, para ser más precisos, haría formalmente innecesaria su formulación detallada.

¹⁷⁷⁷ ROSENDE (2002), p. 167.

¹⁷⁷⁸ OLLERO (1998), p. 306.

¹⁷⁷⁹ Se trataría este último de un principio común a todo el ordenamiento jurídico, según sostiene FALCÓN Y TELLA (2011), p. 128.

¹⁷⁸⁰ ROSENDE (2002), p. 167.

¹⁷⁸¹ ROSENDE (2002), p. 167.

¹⁷⁸² ROSENDE (2002), p. 167.

¹⁷⁸³ ROSENDE (2002), p. 168.

¹⁷⁸⁴ ROSENDE (2002), p. 168.

¹⁷⁸⁵ En el derecho chileno es posible constatar el caso de ROSENDE (2002), pp. 166-169, quien indica que los principios constitucionales que atañen al acto jurídico de derecho privado se extraen desde las *Bases de la Institucionalidad*, y en los *Derechos y Deberes Constitucionales*.

¹⁷⁸⁶ BARRÈRE (1998), p. 125.

(b) Derecho de los bienes

Al igual que lo que ocurre con la literatura que comprende al derecho de las personas, aquella que se dedica al estudio del derecho de los bienes se caracteriza por ser variada, pero comparten la ausencia de una proposición de principios sistemáticos que la organicen. En general, el modelo sistemático de su exposición comienza con la definición de “cosas” y “bienes”, para luego avanzar hacia las diversas clases de bienes, y luego continuar con los modos de adquirir el dominio¹⁷⁸⁷.

Esta circunstancia supone una contradicción en este punto, dado que sus autores acusan la existencia de ciertos principios, como aquellos que aluden la libre circulación de la riqueza como un “principio”¹⁷⁸⁸, e incluso sostengan que “es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico”¹⁷⁸⁹.

Respecto de este ámbito, se proponen como principios jurídicos generales: 1) Principio de tutela jurídica de la propiedad; 2) Principio de libre circulación de los bienes; 3) Principio de protección de la apariencia; 4) Principio de repudio al enriquecimiento sin causa; 5) Principio de autonomía de la voluntad.

(c) Derecho de los actos y negocios jurídicos

La teoría del acto jurídico ha sido estudiada en forma temprana por la doctrina, hasta conformarse en un área tradicional en la formación académica nacional. Esto se traduce en una cantidad relevante de obras, en donde se tratan sobre las instituciones que las componen.

En general, constituye un lugar común en estas obras la formulación expresa del principio de autonomía de la voluntad, y en algunos casos la identificación del principio de efecto relativo. Sin embargo, la sistematización de los principios suele encontrarse ausente¹⁷⁹⁰.

Dado el origen de las normas a partir de las cuales se construyó esta teoría, y su estrecha relación, es posible sostener que los principios de los actos jurídicos se corresponden con los del derecho de los contratos.

(d) Derecho de la responsabilidad civil

¹⁷⁸⁷ Es el caso de ALESSANDRI (1937), p. 5; VODANOVIC (1957), pp. 5-6; ROZAS (2000), pp. 3-9; BARCIA (2008), p. 11; PEÑAILILLO (2013), pp. 11-19; BARCIA (2013).

¹⁷⁸⁸ En este sentido, PEÑAILILLO (2013), núm. 61, p. 140; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 74, p. 59.

¹⁷⁸⁹ PEÑAILILLO (2013), núm. 61, p. 140.

¹⁷⁹⁰ Existen excepciones a esta perspectiva. Un listado detallado y sistemáticamente organizado, en ROSENDE (2002).

Por último, un área que no se caracteriza a nivel literario por la constatación de principios, es la responsabilidad civil. Sobre este punto, resultará necesario formular algunas prevenciones.

En primer lugar, debe recordarse que la doctrina ha discutido la conveniencia de la unificación de los estatutos de responsabilidad civil reconocidos en el Código Civil, atendidas las diferencias que se producen entre las normas contractuales y extracontractuales. Un régimen compuesto de normas diferentes hace más dificultosa la identificación de principios comunes.

En segundo lugar, se ha planteado un problema en torno al enfoque de la disciplina, lo cual se traduce en la discusión sobre si su denominación institucional debería mantenerse como “derecho de responsabilidad”, o ser reemplazada por “derecho de daños”. Este cambio tiene consecuencias relevantes, dado que supondría reformular el foco de atención. La idea de la “responsabilidad civil” constituye el resultado de una evolución histórica, en la cual la imputación del resultado dañoso se justificaba por la reprochabilidad de la conducta desplegada por el autor del daño. En cambio, el derecho de daños prescinde de esta clase de discusión, y sólo sitúa su atención hacia la necesidad de reparar el daño causado, con independencia de las condiciones subjetivas en que se hubiere cometido.

No existen inicialmente estudios sistemáticos de principios jurídicos, lo cual obliga a especular sobre esta circunstancia. Nuevamente podría argumentarse sobre una eventual falta de interés sobre este punto, lo cual parece discutible, y se opone a estudios de ciertos principios específicos dentro de la responsabilidad extracontractual. También podría especularse que cualquiera clase de principio dentro de este ámbito quedaría englobado dentro del “principio de responsabilidad”, el cual se ha señalado constituye uno general dentro del derecho privado.

Algunos de los principios que podrían plantearse dentro de la responsabilidad civil, serían los siguientes: 1) Principio de culpabilidad¹⁷⁹¹; 2) Principio de reparación integral del daño; 3) Principio de precaución.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

Para cerrar con el análisis general de los principios jurídicos, se ha ensayado una síntesis de aquellos que rigen en el ámbito del derecho privado chileno contemporáneo. Esta revisión se ha efectuado a partir de una examinación evolutiva del estudio de los principios, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

¹⁷⁹¹ MANTILLA (2007), aunque lo llama “principio de responsabilidad por culpa”.

Este análisis revela que los principios jurídicos constituyen una categoría desconocida entre los primeros comentaristas del Código Civil, los cuales sólo explicaban dicho cuerpo normativo a partir de cada uno de los artículos que lo componen. Esta circunstancia es la que determina la imposibilidad para identificar los principios, los cuales requieren un estudio sistemático, a fin de identificar aquellos que integran el ordenamiento.

El uso de los principios en el derecho privado contemporáneo es paulatino. Inicialmente el recurso a éstos es residual, ya que se acude a ellas sólo como un fundamento del discurso en que el intérprete pretende confirmar una determinada interpretación de la ley. Sólo a partir de mediados del siglo XX, comienzan a aparecer los estudios sistemáticos de los principios, especialmente en las obras de PINTO y DUCCI. Si bien han surgido nuevas obras que explican los principios generales del derecho privado (ROSENDE, ALCALDE, CORRAL), no se aprecia en ellas una consonancia en los principios que se entienden emanar de esta área disciplinar.

Se observan asimetrías en lo que respecta a la naturaleza de estos principios, como su cantidad y calidades respectivas. Y aunque en este trabajo se ha ofrecido un catálogo, debe reconocerse finalmente que las discordancias seguirán produciéndose por dos motivos.

En primer lugar, las discordancias se explican porque la proposición de un principio jurídico como tal requiere de un reconocimiento por parte de los actores o cultores de la disciplina. En la medida que los autores no logren ponerse de acuerdo en la naturaleza y clases de ciertos principios, ellos no podrán alcanzar validez general. Por tanto, existe aquí un “problema de universalidad” del principio, que quizá no se ha alcanzado en algunos casos.

En segundo lugar, se puede generar un “problema de insuficiencia” de los principios jurídicos identificados. Ello ocurre desde el momento en que se acepta que cualquier esfuerzo de sistematización de los principios jurídicos termina haciéndose incompleto. Como lo explica DE PABLO:

“En este primer y fundamental sentido, los principios no son identificables a priori: no hay una lista o elenco, más o menos amplio pero cerrado, de principios generales, porque tal lista sería siempre –por definición– incompleta: siempre podría surgir un supuesto de la vida real incapaz de ser resuelto por dicho elenco restringido de principios”¹⁷⁹².

¹⁷⁹² DE PABLO (2018), § 39, p. 107.

TÍTULO II:

**EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN
EL DERECHO PRIVADO.
APROXIMACIÓN CRÍTICA A SUS FUNDAMENTOS
FILOSÓFICOS, JURÍDICOS Y ECONÓMICOS**

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: § 1. Planteamiento – § 2. Plan de estudio.

§ 1. PLANTEAMIENTO

Uno de los principios jurídicos más relevantes del derecho privado¹⁷⁹³ lo constituye la *autonomía de la voluntad*¹⁷⁹⁴, también llamada *autonomía privada*¹⁷⁹⁵, o *autonomía contractual*¹⁷⁹⁶, *libertad de las transacciones*¹⁷⁹⁷, *libertad de contratar*¹⁷⁹⁸, e incluso *libertad contractual*¹⁷⁹⁹. Tal relevancia ha adquirido que, en el propósito de identificar los límites que han caracterizado la *summa divisio* que ha existido entre el derecho público y el privado, se ha identificado por algunos autores que el segundo se inspira precisamente en este principio, mientras que el derecho público queda atravesado por el principio de

¹⁷⁹³ Forma parte de aquellos principios jurídicos caracterizados por GUASTINI como “*principios generales de un sector de la disciplina jurídica*” (GUASTINI, 1999, p. 153). Esto, para descartar que se trate de un principio fundamental y general del ordenamiento.

Por el contrario, ALCALDE (2016), pp. 46-47, refiere que se trata de un principio general del Derecho que emana de la naturaleza humana, motivo por el cual adquiere relevancia y trascendencia para el ordenamiento jurídico, por oposición a los “principios institucionales”, los cuales nacen de la propia estructura de las distintas instituciones jurídicas.

¹⁷⁹⁴ DUGUIT (s/f), p. 69; MAZEAUD (1960), p. 128; GAUDEMET, (1984), p. 43; RIPERT & BOULANGER (1988), p. 19; O’CALLAGHAN (1994), p. 259.

Es la denominación perpetuada en la cátedra chilena. A título de ejemplo: CLARO (1937), p. 113; VODANOVIC (1942), p. 27; LLANOS (1944), p. 53; LÓPEZ (1971), p. 25; LEÓN (1991), p. 44; MEZA (1999), p. 25; BARCIA (2010 b), p. 1404; SOMARRIVA (2010), p. 85; LÓPEZ (2010), p. 191; DOMÍNGUEZ (2012), p. 35; ALESSANDRI (2015), p. 10; FIGUEROA (2016), p. 49.

¹⁷⁹⁵ A modo de ejemplo: COING (1996), p. 237 y § 79, p. 514; DE CASTRO (1997), p. 11; DIEZ – PICAZO & GULLÓN (1998), p. 373; GUASTINI (1999) 153; FERRI (2001), p. 3, el cual incluye una explicación sobre las diferencias entre los conceptos. En la literatura española es posible constatar este uso alternativo, como puede leerse en O’CALLAGHAN (1994) p. 259 y DIEZ-PICAZO (2007), p. 143.

Para el Derecho chileno, DOMÍNGUEZ (1981) p. 143; BARCIA (2010 a), p. 35; VERGARA (2010), pp. 125-126; DE LA MAZA (2011), p. 249; ALCALDE (2016) 47; CORRAL (2018), pp. 32-33, explicando que la ventaja de esta denominación es que sería más amplia que la anteriormente referida.

¹⁷⁹⁶ CARRASCO (2010), p. 67; GUTIÉRREZ (2011), p. 214; CAPOBIANCO (2017), p. 26.

Para el Derecho chileno, la utilizaba PESCIÓ (1961), p. 119.

¹⁷⁹⁷ La expresión pertenecería a CLARO SOLAR, según atestiguan VARAS/VERGARA (1908), p. 210.

¹⁷⁹⁸ ALESSANDRI (1930), p. 4.

¹⁷⁹⁹ MESSINEO (1979), Tomo IV, p. 452. Para el Derecho chileno, TOMASELLO (1984), p. 41.

El uso de esta denominación se descartará, a pesar de algunas constataciones en la literatura, puesto que ella se refiere más bien a una de las manifestaciones específicas de la autonomía privada, e incluso afirmándose que “libertad contractual” es una especie dentro del género “autonomía privada”. Un análisis que resuelve esta confusión puede consultarse en LÓPEZ (2010) p. 213.

legalidad o juridicidad¹⁸⁰⁰, y el primero sería independiente respecto del segundo, sobre todo en lo tocante a la pretendida aplicación de las normas generales¹⁸⁰¹.

Bajo esta observación, la autonomía de la voluntad constituye una de las expresiones específicas que tienen los principios jurídicos, al interior de sus respectivas disciplinas. Se ha consolidado como un elemento importante para comprender la manera en que opera el derecho privado contemporáneo, e incluso la forma en que ha ido mutando en el curso de los últimos siglos.

Esta importancia ha sido destacada en forma progresiva por la doctrina, según puede observarse en las distintas obras generales y especiales que les han dedicado páginas para efectos de explicar en qué consiste, cuáles son sus principales manifestaciones normativas, y los elementos que constituyen limitación de dicho principio. Esta preocupación es propia de la doctrina contemporánea, dado que en las principales obras escritas tan pronto surgieron los primeros comentarios de los códigos civiles, según se pretenderá mostrar más adelante, existían escasas referencias en torno a éste.

La misma jurisprudencia pareciera haber incrementado las referencias hacia el principio de autonomía privada, lo cual revelaría la importancia que ha adquirido el concepto entre los actores jurídicos del mundo público y privado, y formaría parte de una tendencia general en la actitud de los jueces hacia los principios¹⁸⁰².

Sin embargo, creemos que alrededor de este principio jurídico existen algunas importantes inquietudes, en las cuales ahondaremos, toda vez que la manera en que se ha abordado este principio jurídico, a nuestro juicio, se ha reducido a una lógica normativista. Esta circunstancia se explica, de manera preliminar, en el hecho que los principios tienen una composición que, emparentada con las reglas jurídicas existentes al interior del ordenamiento jurídico, poseen también un componente que no es de naturaleza propia del derecho¹⁸⁰³. En efecto, los principios jurídicos se ven nutridos por las fuentes materiales del derecho, de modo que se componen fuertemente de conceptos y categorías no jurídicas. Así, los principios jurídicos pueden explicarse, comprenderse, analizarse e interpretarse

¹⁸⁰⁰ VERGARA (2010), pp. 125-126. En algunas sentencias se ha observado que la “*premisa básica del derecho público*”, consiste “*que sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad, puesto que son irrenunciables y obligatorios*”. CORTE SUPREMA (3ª SALA). 30 de octubre de 2014. Rol N° 14.276 – 2014, “Fisco de Chile con Ilustre Municipalidad de Panguipulli, Águila Ávila, Marcelo, Venegas Negrete, Gary y otros”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 14.º.

¹⁸⁰¹ En este sentido, CORTE SUPREMA (3ª Sala). 20 de marzo de 2019. Rol de Ingreso N.º 5365-2018. “Hortensia del C. Alegría Gómez con Fisco de Chile”. Voto de Previsión del Ministro señor Sergio Muñoz G. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando e).

¹⁸⁰² Una revisión acerca de este proceso, en VERGARA (2018), § 4, pp. 107-109.

¹⁸⁰³ Uno de los motivos de esta afirmación se encuentra en el carácter “finalista” que caracteriza a los principios jurídicos. En efecto, se explica que “*son normas inmediatamente finalistas, ya que establecen un estado de cosas cuya promoción gradual depende de los efectos resultantes de la adopción de comportamientos necesarios para ello*”. ÁVILA (2011), p. 163.

conforme a parámetros económicos, sociales, culturales, filosóficos, religiosos y morales, entre otros¹⁸⁰⁴.

La inserción de las fuentes materiales dentro de los principios jurídicos, con explicación de la manera en que estos factores los afectan, no ha sido completamente abordada, no obstante existir muy valiosas excepciones en nuestro medio. Por ello pretendemos ofrecer un análisis de este principio característico y vital del derecho privado, desde una perspectiva de la teoría del derecho. Esta perspectiva que aquí se pretende asumir contribuye a la novedad del estudio que aquí proponemos.

Hemos ya adelantado que el estudio de las fuentes materiales del derecho resulta escaso, incluso en el ámbito de la teoría del derecho¹⁸⁰⁵. Asimismo, su inserción en las disciplinas jurídicas específicas resulta incompleta, puesto que por el mismo no se logra comprender totalmente cuál es su impacto en los principios y reglas jurídicas. El resultado de esto es una inserción forzada, que no significa establecer la verdadera importancia que tienen los distintos fenómenos en el ámbito jurídico. Pues bien, respecto del caso concreto del principio de autonomía de la voluntad, es evidente que las fuentes materiales nutren este principio, y permiten explicar de manera completa la manera en que opera este principio. Este principio en particular tiene una importante composición filosófica liberal, y se afilia de una manera especial a la concepción económica de libertad de mercado. Todo esto se explica por el contexto histórico bajo el cual se entiende surgir como categoría jurídica conceptual, en el sentido en que es comprendido al día de hoy.

El resultado que se pretende alcanzar a través de las presentes líneas, es la de advertir la imposibilidad e insuficiencia de un tratamiento puramente normativista de los principios jurídicos, extendiendo esta afirmación a las fuentes formales del derecho en general. Asimismo, una adecuada comprensión de las fuentes materiales del derecho permite conservar una actitud crítica hacia el ordenamiento jurídico, tanto en la forma como es interpretado, así como en su eventual integración y modificación.

§ 2. PLAN DE ESTUDIO

Esta parte se encuentra dividida en cuatro capítulos.

¹⁸⁰⁴ Esta enunciación corresponde a las propias definiciones usualmente asignadas a las llamadas “fuentes materiales del derecho”, al indicarse que se tratan de un conjunto de factores políticos, sociales, económicos, culturales, entre otros, los cuales motivan la *dictación* de normas jurídicas e *influyen* en su contenido. En este sentido: PACHECO (1990), p. 316; WILLIAMS (1999), p. 134; ESCANDÓN (2003), p. 69.

¹⁸⁰⁵ En general, los estudios dedicados a la materia tratan de esforzarse en delimitar el concepto de “fuentes del Derecho”, y la distinción entre las “fuentes formales” y las “fuentes materiales”. Así: AGUILÓ (2012), pp. 29-55. En apariencia, el motivo por el cual el tratamiento de las fuentes materiales es escaso, se encontraría en su carácter innumerable, el cual impediría incluso formular un listado completo. En este sentido: ESCANDÓN (2003), p. 70.

En primer lugar, nos concentraremos en la identidad asignada al principio de autonomía de la voluntad (**Capítulo I**). Esto se revelará en la manera en que conceptualmente se la ha entendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Veremos que este principio reposa en torno a dos elementos relevantes, cuales son la libertad individual y la igualdad. Pero debemos profundizar sobre cuál es la perspectiva en que se han asumido estos valores, que actualmente gozan de reconocimiento y protección constitucional e internacional.

A continuación, abordaremos la formación histórica del principio de autonomía de la voluntad (**Capítulo II**). Esta perspectiva permitirá constatar que la construcción de este principio es contemporánea, no tratándose de una categoría jurídica existente en el derecho romano. Asimismo, permitirá observar que el origen de este principio se encuentra emparejado con la filosofía jurídica que inspiraría los procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII, y que se recibió en las codificaciones civiles del siglo XIX. Del mismo modo, permitirá constatar que originalmente no se trataba de un principio autóctono del derecho civil, sino que emerge del derecho internacional privado.

En tercer lugar, revisaremos la identidad de contenido del principio (**Capítulo III**). En el mismo, se identificará el trasfondo filosófico asignado por la dogmática a este principio, y cuáles fueron las principales consideraciones críticas que se levantaron a su respecto.

El último capítulo pretende aproximar el principio de autonomía de la voluntad a una fuente material específica, cual es el sistema económico imperante (**Capítulo IV**). Siendo así, estimamos que el modelo de libertad de mercado es crucial para explicar la importancia que adquiere este principio. Se trata de un principio jurídico que es armónico con dicho modelo, y permite también que el sistema económico de libertad de mercado adquiera legitimidad en nuestro medio.

LA CONFORMACIÓN CONCEPTUAL Y ESTRUCTURAL DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

SUMARIO: Sección 1: El nacimiento de la noción “autonomía de la voluntad”: § 1. Significado etimológico – § 2. Identificación de su estructura.- **Sección 2: Cómo es presentada la autonomía de la voluntad en el derecho privado:** § 1. Un arquetipo sistemático de exposición del principio en la literatura jurídica – § 2. La perspectiva estática: Una definición: 2.1. Algunos modelos; 2.2. Plan adoptado para la construcción de las definiciones – § 3. La perspectiva dinámica: Sus funciones: 3.1. Funciones generales; 3.2. Funciones especiales: 3.2.1. Es el fundamento del derecho privado - 3.2.2. Es el origen del principio de libertad de contratación - 3.2.3. Es el origen del principio de libertad de consensualismo - 3.2.4. Es el origen del principio de libertad contractual - 3.2.5. Justifica la creación de contratos atípicos - 3.2.6. Justifica la facultad de modificar el contenido normativo de los contratos típicos - 3.2.7. Justifica la regulación de la extinción del contrato - 3.2.8. Establece la pauta para la interpretación contractual - 3.2.9. La autonomía de la voluntad y los derechos subjetivos - 3.2.10. La autonomía de la voluntad y la voluntad presunta de los contratantes - 3.2.11. La protección de la voluntad – § 4. Una noción del principio a partir de la consideración a sus principales limitaciones: 4.1. Límites esenciales del contrato; 4.2. Límites extrínsecos; 4.3. Límites intrínsecos – § 5. Una noción literal de “autonomía de la voluntad”.-**Sección 3: Síntesis.**

La primera tarea que corresponde abordar se refiere al significado de este principio. Ello se efectuará en dos ámbitos. En primer lugar, desde un plano conceptual (**Sección 1**). En segundo término, a partir de la revisión de la estructura que lo caracterizaría (**Sección 2**).

SECCIÓN 1:

EL NACIMIENTO DE LA NOCIÓN “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD”

§ 1. SIGNIFICADO ETIMOLÓGICO

Desde un punto de vista etimológico, la expresión “autonomía” se compone de las raíces *nomos* (“ley”), y *autos* (“propio, mismo”)¹⁸⁰⁶. Literalmente puede entenderse como una

¹⁸⁰⁶ DE CASTRO (1997), p. 12.

suerte de “capacidad” o “aptitud” que tendría una persona para dictarse su propia regulación.

Esta mención es importante, porque desde el nacimiento de esta noción, ha sido utilizada por los juristas como sinónimo de “poder de autodeterminación de la persona individual”, de modo que se entiende que la noción no ha sido correctamente implementada¹⁸⁰⁷.

Asimismo, se ha dicho que la expresión “autonomía privada”, constituye una categoría conceptual con la cual se describe la potestad reglamentaria de las corporaciones y demás cuerpos intermedios¹⁸⁰⁸.

§ 2. IDENTIFICACIÓN DE SU ESTRUCTURA

La sola mención de su concepto da cuenta de la composición que le incumbe en cuanto principio jurídico. Se la formula en términos positivos, dado que proclama la necesidad que “la voluntad sea libre”.

Si se considera el supuesto, incluye el bien jurídico que es defendido, y que se traduce en la *voluntad*. En este punto, también debemos extenderla a la noción de *consentimiento*.

Estos bienes jurídicos son objeto de una protección positiva por parte del ordenamiento jurídico, dado que se persigue el desarrollo de su “autonomía”. Con estas menciones, en cuanto principio se traducirá en el sentido de que el derecho proteja la libertad de la voluntad de los contratantes.

SECCIÓN 2:

CÓMO ES PRESENTADA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO

§ 1. UN ARQUETIPO SISTEMÁTICO DE EXPOSICIÓN DEL PRINCIPIO EN LA LITERATURA JURÍDICA

Explicado el origen histórico y académico de la noción “autonomía de la voluntad”, cabe abordar la manera en que se presenta en cuanto principio jurídico.

Bajo esta dinámica, y consultando la literatura jurídica, el principio de autonomía tiene una forma de presentación y sistematización que se encuentra prácticamente aceptada sin oposiciones, y resulta implementada prácticamente en las mismas condiciones.

¹⁸⁰⁷ DE CASTRO (1997), p. 12.

¹⁸⁰⁸ DE CASTRO (1997), p. 12.

Un primer punto de coincidencia tiene un *contenido estático*. Implica concentrarse en el significado que se le ha atribuido a este principio. Entendiéndose un ejercicio de técnica jurídica, la primera cuestión a exponer es sobre el concepto que le debe ser predicado.

El segundo, considera en un *sentido dinámico*. Éste trata de conformar las funciones que se le han generado a su alrededor. Aquí es posible encontrar algunos niveles de análisis, basados en su mayor o menor generalidad. En lo general, se recuerda que, en cuanto principio jurídico, debe satisfacer los requerimientos de tal. En lo particular, como los principios jurídicos tienen un amplio campo de aplicación, constituye un lugar común la identificación de esos lugares.

En tercer lugar, existe un esfuerzo de constatar la *base filosófica* que la inspira. Los principios contienen un núcleo especial, el cual puede referirse a un valor o bien jurídico estimado indispensable para el adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico, desde las normas generales hasta las particulares. Ese núcleo sería de naturaleza filosófica, y se apoya en una característica natural del ser humano, cual es su libertad.

En cuarto lugar, y cerrando usualmente con el análisis sistemático del principio, se plantea en cuanto *categoría en crisis en las sociedades contemporáneas*, y el surgimiento en paralelo de circunstancias limitativas.

En este apartado se tratarán sobre los dos primeros. El fundamento filosófico del principio y su crisis se abordarán más adelante en el trabajo.

§ 2. LA PERSPECTIVA ESTÁTICA: UNA DEFINICIÓN

2.1. Algunos modelos

Una mirada general a las nociones aceptadas en el medio nacional permite visualizar que la doctrina y jurisprudencia define la autonomía de la voluntad a partir de dos aspectos. El primero de ellos, supone destacar la idea de la libertad de las partes. La segunda, comprende los aspectos en que se desarrolla esta libertad.

Es así que puede leerse en los primeros textos descriptivos de este principio:

“Es un principio de derecho, sobre cuya base se encuentra estructurado todo el derecho privado, y según el cual no solamente se le confiere a la voluntad del individuo la facultad o poder para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en la medida que lo desee, sino que aun más, la legislación privada entera no es

*sino una interpretación de la voluntad probable cuando ella no se ha manifestado en forma expresa*¹⁸⁰⁹.

2.2. Plan adoptado para la construcción de las definiciones

Los autores chilenos que han abordado la materia tienden a conceptualizar este principio de tres maneras.

La primera de ellas, que parece ser la tradicional, la sitúan a partir de la incidencia que tiene su voluntad en cada una de las *etapas de vida del contrato (iter contractual)*, y se hace en términos tales que la impresión resultante que este principio sólo tendría lugar en relación con actos jurídicos bilaterales, ya que se afirma que esta libertad la gozan las “partes”¹⁸¹⁰. Esto último constituye un problema, porque pareciera impedir la aplicación de este principio para otra clase de actos jurídicos, como los unilaterales¹⁸¹¹.

La otra forma para definir este principio, es caracterizarla como un *poder* del “individuo”¹⁸¹², a fin de crear “actos jurídicos” o someterse a un determinado estatuto legal, y regular sus efectos, o volver a someterse al estatuto legal¹⁸¹³.

Incluso podría postularse una tercera manera, que apunta hacia entender que la voluntad de las partes es la que produce los vínculos jurídicos¹⁸¹⁴.

La jurisprudencia chilena también ha pretendido conceptualizar el principio de autonomía de la voluntad, desde una perspectiva muy cercana a la doctrina, y en especial atención a las explicaciones de LÓPEZ¹⁸¹⁵.

Tratándose de la doctrina española, la cual también ha procedido a analizar en forma sistemática el principio de autonomía de la voluntad. DE CASTRO lo comprende como “el poder de autodeterminación de la persona”, indicando en forma más detallada, que

¹⁸⁰⁹ LLANOS (1944), p. 62.

¹⁸¹⁰ En este sentido: VODANOVIC (1942), p. 27; LEÓN (1991), p. 44; MEZA (1999), p. 25; ALESSANDRI (2015), p. 10.

¹⁸¹¹ Para solucionar este problema, algunos autores han acudido a un razonamiento que dice que, mientras que el principio de autonomía de la voluntad es común a toda clase de actos jurídicos, el de libertad contractual es el que se limita a los actos bilaterales. En este sentido: LEÓN (1991), p. 44. Esta distinción se hace artificial, puesto que pretende asignar a la expresión “libertad contractual” un sentido muy distinto de aquel utilizado por la doctrina.

¹⁸¹² Destacando la idea del “poder” detrás de la libertad humana, DUGUIT (s/f), p. 69.

¹⁸¹³ En este sentido: BARCIA (2010 a), p. 36.

¹⁸¹⁴ CORRAL (2018), p. 32.

¹⁸¹⁵ Es lo que ocurre con el fallo dictado por la CORTE SUPREMA (4ª SALA). 13 de julio de 2015. Rol N° 22.977 – 2014. “Ilustre Municipalidad de Placilla con Palma Rojas, Rogelio Washington”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 6.º.

Igualmente, puede consultarse en la sentencia dictada por la CORTE SUPREMA (1ª SALA). 17 de marzo de 2009. Rol N° 6.914 – 2007. “Molina Inostroza, Jorge con Torres Orellana, Sonia”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 5.º.

“es aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”.¹⁸¹⁶

Derivada de esa definición, se ha dicho que la autonomía de la voluntad constituye “el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo”; y en forma más compleja, “un poder de gobierno de la propia esfera pública”, y “el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”.¹⁸¹⁷

También se la ha definido, diciendo que, en virtud de ella, el sujeto puede celebrar o no el negocio jurídico, “y celebrándolo, puede regular, mediante él, sus relaciones jurídicas como desee”.¹⁸¹⁸

§ 3. LA PERSPECTIVA DINÁMICA: SUS FUNCIONES

Las funciones que han sido reconocidas a la autonomía de la voluntad se clasifican en dos niveles; uno general y otro especial.

3.1. Funciones generales

La autonomía de la voluntad se encuentra consagrada como un principio jurídico. Si se precia de serlo, significa que ha sido elevada y destacada por su importancia en el derecho, y que dicha consagración cumple algunas funciones.

Por una parte, la autonomía de la voluntad no constituye una mera idea o cuestión particular en el ordenamiento jurídico. Al ser estimada como un “principio jurídico”, quiere significar que detrás de ella existe un valor o bien que el derecho no sólo ha considerado de relevancia, sino que también justifica el orden y reiteración de algunas soluciones contenidas en las reglas que integran el ordenamiento. Esto último implica determinar cuál es el ámbito de aplicación de este principio.

Considerando la descripción que ha sido establecida, se sitúa este principio dentro de la esfera del derecho privado. Dentro del mismo, su mayor análisis y aplicación radica en el derecho civil, de modo que se la postula como un principio que rige a la disciplina en

¹⁸¹⁶ DE CASTRO (1997), pp. 11-12. Asimismo: O’CALLAGHAN (1994), p. 259.

¹⁸¹⁷ DIEZ – PICAZO/GULLÓN (1998), p. 373.

¹⁸¹⁸ ALBALADEJO (2007), p. 204.

general¹⁸¹⁹. Lo anterior, sin perjuicio de su posicionamiento natural en el derecho internacional privado¹⁸²⁰.

Ingresando a esta área, se la ha postulado como la principal expresión del derecho patrimonial, y usualmente para diferenciar dicha área respecto del derecho de familia, donde se afirma su carácter excepcional y las profundas restricciones que tendría allí¹⁸²¹.

Descendiendo en la estructura patrimonial, se sindicó la autonomía de la voluntad como un principio que organiza al derecho de los bienes¹⁸²², el derecho de las obligaciones y el derecho de los contratos¹⁸²³.

En la actualidad existe un consenso unánime en cuanto a estimar que el mismo Libro IV del Código Civil chileno se inspira en el principio de autonomía de la voluntad, constituyendo para esta parte un principio rector¹⁸²⁴. Esta afirmación gira sobre la base de asumir que éste ha sido consagrado por el legislador, como si esta noción hubiese existido al tiempo de la formación del Código Civil, circunstancia que no es efectiva, si atendemos el contexto histórico.

Por su parte, para justificar este reconocimiento normativo, se suele coincidir en que la norma fundamental que la consagró es el art. 1545 CCCh.¹⁸²⁵. Por tanto, cuando se explica que todo contrato legalmente celebrado es una *ley* para los contratantes, los autores parecen sostener, con mayor o menor explicitud, que el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad¹⁸²⁶. Ello significa, al igual que la observación anterior, que este principio se encontraba en la mente del codificador, al tiempo de la dictación de la norma, circunstancia que no consta en forma alguna.

Constatada la calidad de principio jurídico, como tal cumple las funciones propias de tal. Dado que se ha descrito su expansión disciplinar, debemos sostener que se satisface su rol general de *fundamentación*. Por tanto, este principio es capaz de sostener al derecho

¹⁸¹⁹ PARADA (2012), p. 38.

¹⁸²⁰ VIAL (2013).

¹⁸²¹ En este sentido: MEZA (1989), p. 8; GÜITRÓN (2016), pp. 28-30; CORRAL (2018), p. 33.

Una aproximación crítica a la presencia de la autonomía en el ámbito familiar, en BARRIENTOS (2011), pp. 56-102; y LEPÍN (2013), pp. 93-103.

¹⁸²² Esto ocurriría porque se afirma que este principio queda enlazado íntimamente con el concepto de propiedad privada y la libre circulación de la riqueza. Así lo sostiene FIGUEROA (2012), p. 49.

¹⁸²³ MEZA (2007), p. 11. FIGUEROA (2016), p. 49.

¹⁸²⁴ CLARO (1937), p. 113; ALESSANDRI (1942), p. 11; LIRA (1956), p. 22; FUEYO (1957), p. 577; DUCCI (1980), p. 29; MEZA (1999), pp. 25-26; ROSENDE (2002), p. 170; TAPIA (2005), p. 210; ABELIUK (2005), pp. 112-113; BARCIA (2010 b), p. 1404; LÓPEZ (2010), pp. 191-194.

Incluso se ha llegado a sostener que este principio es “heredado” del Código Civil de Francia; TOMASELLO (1984), p. 41.

¹⁸²⁵ VODANOVIC (1942), p. 354; SOMARRIVA (2010), p. 85. CLARO (1937), p. 114, resume las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad, citando expresamente esta disposición; FIGUEROA (2016), p. 50. También la señala, aunque precisando el significado de su asimilación a la ley, PESCIO (1961), p. 122.

¹⁸²⁶ BARCIA (2010 b), pp. 1404-1405.

privado en general, y sus diversas áreas específicas. A tal punto se plantea su importancia, que algunos autores lo han apuntado como el fundamento de los restantes principios que rigen al derecho de los contratos¹⁸²⁷.

Del mismo modo, la autonomía de la voluntad cumple una función *interpretativa*. Se asegura que las normas jurídicas que forman parte del derecho privado puedan ser comprendidas bajo una inteligencia que permita satisfacer este principio. Esta circunstancia puede constatarse rápidamente en aquellas discusiones que sostiene la doctrina, y en las cuales se recurre a la autonomía de la voluntad como un argumento que asegura que la interpretación de la norma legal se entienda correcta. De esta manera, el principio en comentario permitirá coordinar la inteligencia de las normas legales, en casos que se promueva alguna duda.

Finalmente, la autonomía de la voluntad cumple la función de *integración*. Se tratará de un principio capaz de llenar las lagunas legales que se generen en alguna circunstancia. Como este principio sostiene el derecho privado, deberá aceptarse que si el ordenamiento jurídico evidencia alguna situación no regulada, ella pueda ser completada con el recurso a la autonomía de la voluntad.

3.2. Funciones especiales

3.2.1. Es el fundamento del derecho privado

Esta libertad que gozan las partes permite incluso organizar el régimen jurídico del derecho privado, hasta el punto de diferenciarlo notoriamente del derecho público, anclado este último en el principio de legalidad.

Tratándose del primero, la ley viene solamente a ser un factor supletorio del consentimiento de las partes¹⁸²⁸, fijando el contenido del contrato en todos aquellos casos para los cuales nada hayan previsto las partes, los cuales son generalmente disponibles por el común acuerdo de las partes. Es por lo anterior que las partes pueden derogar o modificar las normas legales relativas a un contrato determinado¹⁸²⁹, pudiendo suprimir elementos de ese contrato o alterar su contenido, efectos, duración o los derechos y obligaciones que él genera.

3.2.2. Es el origen del principio de libertad de contratación

Se sostiene que la voluntad y el principio de autonomía de la voluntad se encuentran presentes en la formación o nacimiento del contrato¹⁸³⁰, punto en el cual se habla de “libertad de contratar”¹⁸³¹ o “libertad de contratación”¹⁸³².

¹⁸²⁷ En este sentido, FIGUEROA (2016), p. 49.

¹⁸²⁸ ALESSANDRI (1930), p. 4; VODANOVIC (1942), p. 28; ALESSANDRI (2015), p. 11.

¹⁸²⁹ FIGUEROA (2016), p. 49.

¹⁸³⁰ En este sentido: RIPERT/BOULANGER (1988), p. 20; PESCIO (1961), p. 120; DE CASTRO (1997), p. 13.

Este sub-principio se describe diciendo que las partes libremente deciden negociar y acordar con otras personas, o simplemente no hacerlo por no ajustarse este acto a los propósitos por ellas perseguidos.¹⁸³³

Siendo así, se concibe la autonomía de la voluntad como un elemento que permite dar valor a la decisión de las partes en orden a celebrar un acto o contrato, justificando por tanto la “decisión de contratar”, y la determinación de la persona con quien se desea contratar¹⁸³⁴, de modo tal que, en principio, nadie está obligado a contratar si es que no quiere¹⁸³⁵.

3.2.3. *Es el origen del principio de libertad de consensualismo*

En relación con esta etapa, el principio de autonomía de la voluntad también se manifiesta en la libertad de decisión en cuanto a las formas que se emplearán para dar vida al acto jurídico, punto en el cual el principio de autonomía de la voluntad se emparenta con el llamado *principio de consensualismo*.

Este último pretende que los contratos puedan formarse libremente, sin necesidad de sujetarse al cumplimiento de alguna formalidad o la ejecución de actos de ninguna naturaleza; esto, porque se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes¹⁸³⁶.

Desde un punto de vista normativo, se ha sostenido que el principio de consensualismo es reconocido por el Código Civil, en cuanto que permite a las partes asignar el carácter de solemne a un contrato que naturalmente es consensual (CCCh., arts. 1802 y 1921)¹⁸³⁷.

Esta clase de principio ha sido considerado como un punto de crítica hacia la clasificación histórica de los contratos entre consensuales, reales y solemnes. Al considerar cualquier elemento extraño al mero consentimiento como un factor atávico, se manifiesta contraria a la noción de los contratos solemnes y la eliminación definitiva de los contratos reales¹⁸³⁸.

¹⁸³¹ PESCIO (1961), p. 120; O'CALLAGHAN (1994), p. 259; BARCIA (2010 a), p. 36.

¹⁸³² DIEZ-PICAZO (1996), p. 128.

¹⁸³³ PESCIO (1961), p. 120; DOMÍNGUEZ (1981), p. 145; LEÓN (1991), p. 45; MEZA (2007), p. 11; BARCIA (2010 a), p. 36; SOMARRIVA (2010), p. 85; CORRAL (2018), p. 33.

¹⁸³⁴ Por lo menos se plantea que existe un margen mínimo de circunstancias que justifican seleccionar a una determinada persona como contratante. Sin embargo, ellas no podrán generar como efecto que todos los negocios jurídicos se conviertan en *intuitu personae*. Dado que estas consideraciones suelen formar parte del fuero interno del contratante, al Derecho le resultan irrelevantes. Sólo excepcionalmente esas consideraciones serán de tal grado relevantes, atendida la naturaleza del negocio celebrado, que el legislador las reconoce y las incorpora dentro de esa categoría.

¹⁸³⁵ PESCIO (1961), p. 120. Por ello la importancia del *contrato de promesa* en relación a esta afirmación (CCCh., art. 1554).

¹⁸³⁶ LEÓN (1991), pp. 45-46; MEZA (1999), p. 25; BARCIA (2010 a), p. 37; SOMARRIVA (2010), p. 85.

¹⁸³⁷ VODANOVIC (1942), p. 28; LEÓN (1991), p. 46; MEZA (1999), p. 25; MEZA (2007), p. 11.

¹⁸³⁸ Las bases de esta crítica ya eran expuestas en las clases de derecho civil comparado y profundizado de 1940 por ALESSANDRI (2015), pp. 35-37. Una versión contemporánea de esas lecciones, en VODANOVIC (1942), pp. 56-59. Considera las solemnidades llamadas a proteger a los contratantes como un factor de perturbación a la autonomía contractual, PESCIO (1961), p. 137.

3.2.4. *Es el origen del principio de libertad contractual*

En caso de que decidan contratar, la libertad influye en *la fijación del contenido de las estipulaciones*, las cuales se manifestarán en los efectos que han sido asignados para ese contrato, durante su ejecución y hasta su conclusión. En este punto, el principio de autonomía de la voluntad se traduce en la existencia de una *libertad contractual*¹⁸³⁹.

La libertad contractual se manifiesta en la posibilidad que asiste a las partes de crear cualquiera clase de estipulación y cláusula, en la medida que con ello no se vulnere la ley¹⁸⁴⁰, el orden público¹⁸⁴¹ ni las buenas costumbres¹⁸⁴², e incluso otras categorías como la seguridad nacional¹⁸⁴³, el principio de buena fe contractual¹⁸⁴⁴, o la libre competencia¹⁸⁴⁵. A través de ésta, las partes tienen el poder de disciplinar los derechos y obligaciones que surgen, pudiendo crear derechos personales y obligaciones, como asimismo modificar del régimen normativo de los contratos expresamente reglamentados por la ley.

Lo pretendido como estándar mínimo para asegurar la eficacia de este principio, es que no sea posible que una de las partes imponga unilateralmente a la otra el contenido de un contrato, sin que el destinatario lo acepte por su parte¹⁸⁴⁶.

3.2.5. *Justifica la creación de contratos atípicos*

En virtud del principio de autonomía de la voluntad las partes tienen el poder para crear contratos no reglamentados expresamente por la ley¹⁸⁴⁷.

Esta afirmación se formula en el entendido que este principio constituye una expresión que tienen los particulares de celebrar el contrato que más convenga a sus intereses, no importando la circunstancia de si está o no reglamentado por la ley¹⁸⁴⁸. Bajo estos respectos, se identifica esta facultad como la “libertad de elección del tipo contractual (*Typenfreiheit*)”¹⁸⁴⁹.

¹⁸³⁹ PESCIO (1961), p. 120; O'CALLAGHAN (1994), p. 259; BARCIA (2010 a), p. 36. También CORRAL (2018), p. 33, aunque en este último caso engloba bajo la noción “libertad contractual”, a lo que arriba se ha venido en describir como la libertad de contratar.

¹⁸⁴⁰ PESCIO (1961), p. 121; MEZA (2007), p. 11; CORRAL (2018), p. 33.

¹⁸⁴¹ CORRAL (2018), p. 33.

¹⁸⁴² CORRAL (2018), p. 33.

¹⁸⁴³ CORRAL (2018), p. 33.

¹⁸⁴⁴ CORRAL (2018), p. 33.

¹⁸⁴⁵ CORRAL (2018), p. 33.

¹⁸⁴⁶ FIGUEROA (2016), p. 49.

¹⁸⁴⁷ FIGUEROA (2016), p. 50.

¹⁸⁴⁸ VODANOVIC (1942), p. 27; LEÓN (1991), pp. 44-45; O'CALLAGHAN (1994), p. 260; DIEZ-PICAZO (1996), p. 128; ALESSANDRI (2015), p. 10.

¹⁸⁴⁹ O'CALLAGHAN (1994), p. 260; DIEZ-PICAZO (1996), p. 128; SOMARRIVA (2010), p. 85.

Tratándose del derecho chileno, figuras como la cláusula de aceleración¹⁸⁵⁰, el pacto comisorio calificado en situaciones distintas de las previstas por el art. 1879 CCCh.¹⁸⁵¹, han sido justificadas en su validez, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Estos casos tienen en común que las partes no se encuentran obligadas a basar sus relaciones jurídicas bajo los tipos contractuales que han sido predeterminados por la ley, de modo que pueden crear unos nuevos¹⁸⁵².

3.2.6. *Justifica la facultad de modificar el contenido normativo de los contratos típicos*

También se postula que las partes tienen la facultad de *modificar* el contenido normativo de aquellos contratos expresamente regulados por la ley, en caso que las partes quieran hacer uso de estas figuras¹⁸⁵³.

Cabe advertir que esta facultad se relaciona con los elementos del acto jurídico. Así, la potestad para modificar los contratos típicos deberá hacerse dentro de los límites permitidos para conservar los “elementos esenciales” del respectivo contrato, y sin que su alteración implique su desnaturalización, o su ineficacia.

Por tanto, para que un contrato pueda verse modificado en su contenido, y sin afectar sus elementos esenciales, deberán alterarse sus “elementos de la naturaleza”, lo cual se hará mediante cláusulas expresas. En este último punto, ocurrirá mediante la introducción de los llamados “elementos accidentales”.

3.2.7. *Justifica la regulación de la extinción del contrato*

Asimismo, las partes tienen la potestad de reglamentar la extinción del contrato. En consecuencia, podrán decidir libremente cuándo un contrato podrá ser disuelto¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁵⁰ CORTE SUPREMA (1ª SALA). 30 de julio de 2014. Rol N° 2.947 – 2014. “Caja de Compensación de los Andes con Rebolledo Sáez, Claudio Armando”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 6.º: “*Es indudable que en virtud de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual, las partes pueden convenir en un mecanismo de exigibilidad anticipada o de caducidad del plazo suspensivo y es así que el artículo 105 inciso 2º de la Ley 18.092, reconoce expresamente esta posibilidad para el caso del pagaré, agregando en su inciso 3º, que si nada se expresare al respecto, cada cuota morosa será protestada separadamente, de lo cual se colige a su vez, que la caducidad convencional requiere mención expresa*”. En el mismo sentido, CORTE SUPREMA (1ª SALA), 17.5.2016, Rol de Ingreso N.º 14.939 – 2015, red. Ministro señor Juan Eduardo Fuentes Belmar, Considerando 5.º.

¹⁸⁵¹ VODANOVIC (1942), p. 28; ALESSANDRI (2015), p. 10.

¹⁸⁵² O’CALLAGHAN (1994), p. 260; DIEZ-PICAZO (1996), p. 128.

¹⁸⁵³ VODANOVIC (1942), p. 27; O’CALLAGHAN (1994), p. 260; DIEZ-PICAZO (1996), p. 128; ALESSANDRI (2015), p. 10. En forma más genérica, RIPERT/BOULANGER (1988), p. 20; DE CASTRO (1997), p. 13.

¹⁸⁵⁴ ALESSANDRI (1942), p. 11; RIPERT/BOULANGER (1988), p. 20; DE CASTRO (1997), p. 13; BARCIA (2010 a), p. 37; SOMARRIVA (2010), p. 86; ALESSANDRI (2015), p. 10.

A propósito de su extinción, las partes podrán pactar libremente sobre las condiciones en que se producirá la liberación de los contratantes, los efectos restitutorios, e incluso podrán convenir algunos efectos post contractuales.

3.2.8. *Establece la pauta para la interpretación contractual*

Se observa que la autonomía de la voluntad queda reflejada en el ámbito interpretativo, dado que el legislador habría decidido adoptar como criterio básico para la interpretación de los contratos, la determinación de *la voluntad de las partes al contratar* (CCCh., art. 1560), según sostiene la doctrina¹⁸⁵⁵. y la jurisprudencia¹⁸⁵⁶.

En relación con lo dicho, también se aprecia que la autonomía de la voluntad se convierte, en sí mismo, en un parámetro hermenéutico que justifica la interpretación y aplicación de las cláusulas contractuales en el sentido que le han asignado los contratantes¹⁸⁵⁷.

3.2.9. *La autonomía de la voluntad y los derechos subjetivos*

Se ha sostenido que la autonomía de la voluntad comprende el poder de esa voluntad relativo al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos¹⁸⁵⁸.

3.2.10. *La autonomía de la voluntad y la voluntad presunta de los contratantes*

Algunos autores han extremado la importancia y envergadura del principio de autonomía de la voluntad, al punto de afirmar que muchas disposiciones legales no son otra cosa que la interpretación que hace el legislador de la *presunta o tácita voluntad de los individuos*¹⁸⁵⁹.

Según esta lectura, varias de las principales instituciones recogidas por el Código Civil podrían explicarse bajo el manto de la denominada “teoría de la voluntad presunta”, bajo la cual el intérprete razona que el legislador se anticipa al acuerdo de las partes, y presuponiendo que ellas habrían de todas maneras inserto la respectiva cláusula, se les

¹⁸⁵⁵ VODANOVIC (1942), p. 354; LÓPEZ (1971), p. 25; LEÓN (1991), p. 45; MEZA (1999), p. 26; BARCIA (2010 a), p. 37; LÓPEZ (2010), p. 192; SOMARRIVA (2010), p. 85.

En el Derecho francés se evidencia que el sistema subjetivo bajo el cual se inspira el régimen de interpretación de los contratos, constituye una manifestación específica del principio de autonomía de la voluntad. En este sentido: FLOUR (1971), p. 18.

¹⁸⁵⁶ En este sentido, CORTE SUPREMA (3ª SALA). 12 de marzo de 2013. Rol N° 7.113 – 2010. “Ortiz Faúndez y otros con Corporación Nacional del Cobre de Chile”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 26.º.

¹⁸⁵⁷ En este sentido, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 13 de diciembre de 2018. Rol de Ingreso N.º 30.622-2017. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 24 de mayo de 2019], Considerando 1.º.

En el mismo orden de ideas, y a propósito de un contrato de arrendamiento, CORTE SUPREMA (4ª Sala). 20 de febrero de 2018. Rol de Ingreso N.º 31.384-2018. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 24 de mayo de 2019], Considerando 4.º.

¹⁸⁵⁸ DE CASTRO (1997), p. 13.

¹⁸⁵⁹ VODANOVIC (1942), p. 29; MEZA (2007), p. 11; ALESSANDRI (2015), p. 11.

pretende evitar incurrir en una reiteración. Así, existen un conjunto de instituciones y mecanismos previstos en el Código Civil que se han intentado explicar bajo la supuesta existencia de una voluntad presunta de las partes. Ello, tanto en materia convencional como no convencional¹⁸⁶⁰.

La proclamación de la existencia de “voluntades presuntas” parece una verdadera exageración del principio. Supone una suerte de “legislador – adivino” de la voluntad de las partes, y parece resultar dificultosa su explicación cuando se trata de contratos de adhesión, en los cuales la voluntad expresa de las partes ha sido completamente la contraria de la dispuesta por el legislador, por la sencilla razón que una de las partes pretende evitar los efectos de una determinada disposición legal.

Es más, se advierte asimismo que la aplicación irrestricta del mismo ha creado una serie de complicaciones, que han llevado incluso a negar alguno a la voluntad toda fuerza creadora de obligaciones. En este sentido, ¿cuál es el sentido de requerir una voluntad innovadora, si el legislador mismo ya se anticipó en las soluciones que ya habían considerado las partes?

3.2.11. *La protección de la voluntad*

Para concluir con esta revisión, se ha indicado que la importancia de la voluntad influye en la consagración de normas legales tendientes a la protección de la libertad y de la sinceridad de la voluntad y de las declaraciones de las partes.

Se disponen algunas leyes imperativas referidas a los casos en que una persona es incapaz, cuándo existe vicio en el consentimiento, medidas de contrapeso a la simulación, e incluso como un sistema alternativo para la protección de la capacidad de las personas mayores¹⁸⁶¹, entre otras¹⁸⁶².

§ 4. UNA NOCIÓN DEL PRINCIPIO A PARTIR DE LA CONSIDERACIÓN A SUS PRINCIPALES LIMITACIONES

¹⁸⁶⁰ A modo de ejemplo, veamos cómo funciona esta teoría en algunos casos. Una de las explicaciones posibles respecto de la adopción la sociedad conyugal como régimen matrimonial a falta de toda otra estipulación, se explica *porque esa ha sido en el fondo la voluntad de los contrayentes*. Así, VODANOVIC (1942), p. 29; RODRÍGUEZ (2014), pp. 39-40; ALESSANDRI (2015), p. 11-12.

Otro tanto se ha dicho en materia sucesoria. Así, en cuanto a la decisión legislativa de establecerse en materia de sucesión intestada los órdenes sucesorios, se explica y justifica en el sentido que el legislador no hace otra cosa que interpretar y exponer cuál habría sido la voluntad del causante; en este caso, habría pensado en beneficiar, de manera progresiva y subsidiaria, a las personas que se indican. En este sentido, VODANOVIC (1942), p. 27; MEZA (2007), p. 37; ALESSANDRI (2015), p. 12. Una revisión crítica de este fundamento, en DOMÍNGUEZ/DOMÍNGUEZ (2016), pp. 640-642.

¹⁸⁶¹ La propuesta es formulada por OTÁROLA (2018), pp. 639-658.

¹⁸⁶² En contra, PESCIO (1961), pp. 136-137, quien sostiene que las reglas sobre capacidad constituyen un factor que perturba la autonomía contractual.

El motivo por el cual los juristas del derecho civil comenzaron el estudio del principio de autonomía de la voluntad, se encuentra precisamente en este sitio.

Así, luego de la exposición de los aspectos en los cuales incide el principio, e incluso la explicación de los fundamentos filosóficos a los cuales tributa, se concluye con la mención de los aspectos que constituyen sus limitaciones esenciales.

4.1. Límites esenciales del contrato

La primera limitación constatada de este principio se encuentra en la imposibilidad de alterar los llamados “elementos esenciales del contrato”¹⁸⁶³.

Los autores designan esta situación como un “límite conceptual”¹⁸⁶⁴. El ordenamiento jurídico ha previsto que el contrato sólo puede entenderse nacer a la vida del derecho en virtud de la reunión de ciertos elementos cuya ausencia marca que el mismo no produce efecto alguno, o degenera en otro diferente (CCCh., art. 1444). Siendo así, se entiende que estos elementos, básicos y previstos para toda clase de acto o contrato, deben ser satisfechos si es que se pretende que el acto o contrato pueda generar obligaciones para las partes (CCCh., art. 1445 inc. 1.º).

El propósito que se persigue en este punto es que las partes no puedan desnaturalizar un contrato a través de la desnaturalización de su concepto, lo cual ocurre al alterar precisamente los elementos esenciales que caracterizan a ese contrato. Siendo así, no podrían las partes celebrar un contrato de compraventa en el cual se estipule que el comprador no pagará el precio, o que sea celebrado un contrato de donación entre vivos en que el donatario deba pagar un precio al donante a cambio del objeto donado¹⁸⁶⁵.

4.2. Límites extrínsecos

La segunda limitación se denomina “extrínseca”¹⁸⁶⁶. Bajo este rótulo, constituyen igualmente limitaciones a la autonomía de la voluntad aquellas establecidas por el legislador y que se fundan en el orden público o en la defensa de las buenas costumbres o de la moral¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶³ En el mismo sentido: VODANOVIC (1942), pp. 28-29; LEÓN (1991), p. 47; BARCIA (2010 a), p. 37; ALESSANDRI (2015), p. 11. Otros autores hablan de la limitación derivada de las “normas imperativas”, las cuales se componen de aquellas que establecen prohibiciones, y las que establecen para su “observancia” (sic) la sanción de nulidad. Así, DIEZ-PICAZO (1996), pp. 128-129.

¹⁸⁶⁴ O´CALLAGHAN (1994), p. 260.

¹⁸⁶⁵ Este ejemplo es propuesto por O´CALLAGHAN (1994), p. 260.

¹⁸⁶⁶ O´CALLAGHAN (1994), p. 260.

¹⁸⁶⁷ VODANOVIC (1942), p. 29; MAZEAUD (1960), p. 130; LEÓN (1991), p. 47; O´CALLAGHAN (1994), p. 260; DIEZ-PICAZO (1996), p. 129; MEZA (1999), p. 25; BARCIA (2010 a), p. 37; SOMARRIVA (2010), p. 88; ALESSANDRI (2015), p. 11.

En virtud de estas restricciones, las partes no podrían celebrar un contrato que atente contra el orden público y, en general, quebrantar prohibiciones establecidas por la ley. Si las partes celebran un contrato que la ley prohíbe, ese contrato adolece de objeto ilícito (CCCh., art. 1466), e incluso tendrá una causa ilícita (CCCh., art. 1467)¹⁸⁶⁸, teniendo por sanción la nulidad absoluta (CCCh., art. 1682).

Particularmente en el caso del *orden público*, existen una serie de regímenes en las cuales se ha pretendido defender un estatuto jurídico de mínima protección, en el cual la autonomía de la voluntad se restringe en lo tocante a la disminución de derechos previstos a favor de la parte protegida, que se entiende caracterizada por una “situación de inferioridad” en cuanto a sus posibilidades de negociar en un plano de igualdad, el contenido de la relación contractual. Es lo que ocurre en el ámbito laboral (CTrab., art. 5.º inc. 2.º)¹⁸⁶⁹, de consumidor (Ley N° 19.496, art. 4.º)¹⁸⁷⁰, y arrendamiento inmobiliario a favor del arrendatario Ley N° 18.101, art. 19)¹⁸⁷¹.

En este sentido, se ha estimado comprendido dentro de las reglas de orden público lo relativo a los contratos que autorizan a las empresas concesionarias de autopistas a cobrar peajes¹⁸⁷².

También se han considerado formar parte de las reglas de orden público a los contratos de salud, lo cual ha significado la imposibilidad de las ISAPRES de modificar unilateralmente

¹⁸⁶⁸ En este punto, la causa lícita es concebida en cuanto factor que contribuye a la exigencia de una “madurez subjetiva” en la contratación. Así, PESCIO (1961), p. 137.

¹⁸⁶⁹ LEÓN (1991), p. 48; MEZA (1999), p. 26; SOMARRIVA (2010), p. 88. CORTE SUPREMA (4ª SALA). 29 de abril de 2004. Rol N° 1.480 – 2003. “Morales Farías, Mauro con Bata Chile S.A.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 7.º. Las mismas palabras pueden consultarse en la sentencia dictada por CORTE SUPREMA (4ª SALA). 27 de mayo de 2004. Rol N° 2.804 – 2003. “Ingesur Ltda. con Navarro Mansilla, Ricardo”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

Invocando la misma calidad de orden público de las reglas sobre el contrato de trabajo, se encuentra la sentencia dictada por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 10 de agosto de 2017. Rol de Ingreso N.º 3058-16. “Requerimiento de inaplicabilidad presentado por el abogado Homero Caldera Calderón, en representación de Juan Fernando Pérez López, respecto del artículo 12 de la Ley N° 17.322, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, en el marco del proceso Rit A-235-2015, RUC 15-3-0154203-5, caratulado “AFP PROVIDA S.A. con ESTETICA INTEGRAL ASESORÍAS Y SERVICIOS LTDA.”, seguido ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de San Miguel”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019]. Voto de Mayoría, Considerando 26.º.

¹⁸⁷⁰ Se afirma en forma categórica que, en virtud de esta disposición legal”, “no nos encontramos frente a derecho disponible por la simple voluntad o consentimiento de las partes”. PINOCHET (2011), p. 364.

¹⁸⁷¹ Con anterioridad a esta disposición, lo destacaba MEZA (1999), p. 26.

¹⁸⁷² En este sentido, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 6 de marzo de 2007. Rol de Ingreso N.º 505-06. “Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3º transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa caratulada “HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A” que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Voto de Mayoría, Considerando V.

estos contratos, conforme se ha consignado en sede del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad¹⁸⁷³, y del recurso de protección¹⁸⁷⁴.

Empero, en la proclamación de este orden público debe acusarse que el impedimento de reducir el mínimo de margen de protección sólo tiene esa finalidad, pero ello no importa una total limitación del principio de autonomía de la voluntad, ya que se autoriza su libre discusión en lo referido al mejoramiento de dichos derechos¹⁸⁷⁵.

En relación con la noción analizada, se ha fallado que las normas que forman parte del “orden público económico” constituyen una limitación del principio de autonomía de la voluntad, en el sentido que la vigencia del primer concepto

*“comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de tales actividades se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades”*¹⁸⁷⁶.

La novedad de esta limitación se encuentra en el reconocimiento de ciertas reglas de conducta que son extrajurídicas y a las cuales el legislador ha querido rendir un expreso reconocimiento, a título de limitaciones a la órbita de legalidad que el derecho había inicialmente reconocido. Estas categorías extrajurídicas vienen en adquirir fuerza ante los

¹⁸⁷³ Puede consultarse así, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 4 de septiembre de 2018. Rol de Ingreso N.º 3227-16. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María del Pilar Juárez Hübner respecto de las letras m y n del artículo 170 y del artículo 199, del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 del Ministerio de Salud, de 2006, en los autos caratulados “Juárez Hübner, María del Pilar con Isapre Colmena Golden Cross”, sobre recurso de apelación de protección de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N.º 58.873-2016”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019], Voto de Mayoría, Considerando 30.º, 31.º y 32.º.

¹⁸⁷⁴ Tan sólo a título de ejemplo: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 24 de diciembre de 2018. Rol de Ingreso N.º 84.682-2018. “Protección: F.A.R.B. con Isapre Consalud S.A.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerandos 7.º y 8.º.

¹⁸⁷⁵ En este sentido: THAYER (2015), p. 55. Es la conclusión que, en el ámbito laboral, se contiene en lo fallado por la CORTE SUPREMA: Rol N.º 1.480 – 2003. Considerando 8.º, y CORTE SUPREMA. Rol N.º 2.804 – 2003.

La manera en que opera la autonomía de la voluntad en el ámbito laboral se denomina “orden público unilateral”, según puede consultarse en la sentencia dictada por CORTE SUPREMA, Rol N.º 22.977 – 2014, Considerandos 7.º y 8.º.

¹⁸⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 14 de septiembre de 2010. Rol de Ingreso N.º 1414-09. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Ingeniería y Construcción Pesada Limitada (INCOPESA) respecto del artículo 43, N.º 1, de la Ley N.º 18.175, que modificó y fijó el nuevo texto de la Ley de Quiebras, en los autos sobre proceso concursal N.º 9909-2008 sustanciados ante el 5º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019], Considerando 21.º.

ojos del legislador, y su infracción cuenta con sanciones de naturaleza coactiva, de las cuales estas normas carecían originalmente.

4.3. Límites intrínsecos

La última clase de limitación asignada al principio de autonomía de la voluntad se denomina “límites intrínsecos”¹⁸⁷⁷, la cual se manifiesta en figuras como el *abuso del derecho* y los derivados de los *contratos de adhesión*,¹⁸⁷⁸ las *condiciones generales de la contratación*, los *contratos forzosos* y los *dirigidos*¹⁸⁷⁹.

Por medio de estos últimos mecanismos, se pretende que la ley introduzca restricciones en contratos en los cuales se limita la autonomía de la parte considerada “más débil”¹⁸⁸⁰, y que conformaron un proceso denominado en general “dirigismo contractual”¹⁸⁸¹.

§ 5. UNA NOCIÓN LITERAL DE “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD”

Conforme fue señalado más arriba, la revisión literal de la noción “autonomía de la voluntad” querría significar que *la voluntad es libre*. Y en ese punto se destacó que, en este sentido literal, no pareciera tener una relación directa con su aplicación en el ámbito contractual; esto, ya que se trata de un concepto que, literalmente, atiende al individuo y no a un acuerdo de voluntades.

Esta clase de significado literal ha podido ser apreciado en algunas sentencias, a propósito de recursos de protección interpuestos por personas que, debido a sus convicciones religiosas y de vida, rehúsan ser sometidas a procedimientos médicos que significarían una violación abierta de sus creencias, como el suministro de sangre y/o sus hemoderivados que son necesarias en una intervención quirúrgica de alta complejidad, y en el cual manifiestan previamente por escrito su decisión de no admitir transfusiones de sangre en los términos exigidos, en conformidad al tenor del art. 14 de la Ley N.º 20.584¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁷ O´CALLAGHAN (1994), p. 260.

¹⁸⁷⁸ MAZEAUD (1960), p. 138; O´CALLAGHAN (1994), p. 261.

¹⁸⁷⁹ LEÓN (1991), pp. 48-51; BARCIA (2010 a), p. 38; FIGUEROA (2016), pp. 65-67.

¹⁸⁸⁰ O´CALLAGHAN (1994), p. 261.

¹⁸⁸¹ TOMASELLO (1984), p. 41.

¹⁸⁸² CORTE DE APELACIONES DE TALCA. 27 de julio de 2018. Rol de Ingreso N.º2026-2018. “Protección. Director del Hospital Regional de Talca con L.A.G.H., en representación de N.F.D.D.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 24 de mayo de 2019], Considerandos 4.º y 5.º.

Este recurso fue rechazado con un voto disidente del Presidente de la Segunda Sala de dicha Corte, quien estimó que resultaba indispensable prevenir la muerte del recurrido, y señalando: “*Que en ejercicio de tal labor interpretativa es preciso tener en consideración que si bien la doctrina pertinente establece que no hay una primacía de una garantía sobre otra que deba aplicarse una en desmedro de una diversa, lo cierto es que hay garantías que son funcionales entre sí, como ocurre en el presente caso en que la lógica nos enseña que, evidentemente, sin la garantía de la vida resulta inaplicable el ejercicio de las demás, como ocurre con la protección de la conciencia y religiosa*”

De alguna forma, esta noción tiene alguna clase de relación con el principio analizado en el ámbito contractual. Esta relación se verifica en el resultado del acto de rechazo que efectúa el paciente, o su representante, en orden a someterse a un determinado procedimiento médico. Tal acto es de naturaleza unilateral, y como tal se encuentra sujeto a los principios jurídicos que rigen a la teoría general del acto jurídico, entre los cuales se identifica la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, esta autonomía se encuentra concebida como un instrumento a través del cual la jurisdicción trata de proteger el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los afectados. En rigor, aquello que se encontraría afectado en virtud de la conducta desplegada por el servicio de salud respectivo es tal derecho, en vez de la autonomía de la voluntad. Esta última es invocada por el recurrido, en el caso planteado, porque se ve peligrar su convicción religiosa como consecuencia del procedimiento quirúrgico proyectado.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

El principio de autonomía de la voluntad es abordado desde un punto de vista conceptual, descriptivo y funcional.

Conceptualmente, el principio es formulado en términos que se comprende un elemento que es objeto de protección, y el sentido en que se reclama esta protección. El elemento que es objeto de protección es la voluntad, elemento fundamental en la teoría contemporánea del acto jurídico, lo cual obliga a extenderlo a la noción de consentimiento en el ámbito contractual. La medida de protección que contempla este principio jurídico consiste en asegurar la libertad de la voluntad y del consentimiento.

En la doctrina iusprivatista, el principio de autonomía de la voluntad se define generalmente como la libertad de que gozan los contratantes para celebrar los actos jurídicos que estimen convenientes, determinar e interpretar su contenido, y señalar las condiciones en que éstos tendrán fin. Esta descripción es típica en la teoría del acto jurídico, y debe complementarse con aquella que faculta a las partes para crear libremente los derechos subjetivos.

La autonomía de la voluntad cumple una serie de funciones, como las de servir de fundamento al derecho privado, es el origen del principio de libertad de consensualismo, es

contemplada en el numeral 6° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental” (Considerando 4.° del Voto Disidente). De esta manera, estimando que el derecho a la vida es fundamental, y que el recurrente carecía de los medios para acudir al mecanismo alternativo propuesto por el recurrido, resultaba indispensable asegurar la transfusión de sangre, o forzar al recurrido a que fuese atendido en otro establecimiento de salud.

el origen del principio de libertad contractual, justifica la creación de contratos atípicos, y la facultad de modificar el contenido normativo de los contratos típicos. Es un principio que explica la regulación del proceso de extinción de los contratos, que sirve para entender la teoría de la voluntad presunta y establece el criterio principal de interpretación contractual, además de servir de origen para la creación de derechos subjetivos.

Una forma en que se ha presentado el principio de autonomía de la voluntad en la literatura jurídica, ha sido a través del señalamiento de las circunstancias que sirven de limitación. Esta forma de exposición caracterizó a la doctrina de finales del siglo XIX, que fue la que introdujo este principio dentro del derecho privado. En este sentido, la autonomía de la voluntad se encontraría limitada por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Capítulo II:

LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

SUMARIO: Sección 1: La voluntad como elemento esencial del derecho civil: § 1. La concepción romanista – **§ 2.** El derecho medieval – **§ 3.** El contenido filosófico asignado.- **Sección 2: El origen kantiano del concepto de autonomía de la voluntad.- Sección 3: La inserción de la noción de autonomía de la voluntad en el derecho privado: § 1.** Su primera consagración en el derecho internacional privado – **§ 2.** El traslado de la categoría al derecho civil – **§ 3.** La irrupción del concepto de autonomía de la voluntad en el Derecho Civil chileno: 3.1. Estado inicial de la doctrina del siglo XIX; 3.2. La ideas promovidas por Luis Claro Solar en la noción de “libertad de las transacciones”; 3.3. La incorporación de la noción “autonomía de la voluntad” en el derecho civil chileno.- **Sección 3: Síntesis.**

El principio jurídico de autonomía de la voluntad se estructura, desde un punto de vista sustantivo, en virtud de una importante evolución jurídica, la cual debe ser revisada, ya que de ella se explica la concepción asumida en la actualidad.

Una primera constatación que la historia jurídica puede aportar en el presente análisis, se encuentra en la ausencia del concepto “autonomía de la voluntad” entre las categorías reconocibles en el derecho romano.

Esta circunstancia es particular, puesto que el régimen jurídico en que se traduce el derecho de las obligaciones, y que fue incorporada en las codificaciones de comienzos de los siglos XIX y XX, tiene una reconocida raigambre romanista¹⁸⁸³.

SECCIÓN 1:

LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DERECHO CIVIL

§ 1. LA CONCEPCIÓN ROMANISTA

¹⁸⁸³ En este sentido, BARROS (1932), p. 6; ABELIUK (2005), núm. 9, p. 23, y núm. 12, p. 25; PEÑAILLO (2015), p. 34.

La explicación de esta ausencia se encuentra fundamentalmente en la concepción asumida acerca del fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, la cual no se hacía residir en el solo acuerdo de la voluntad de las partes, sino la observancia de una determinada “forma” para darle nacimiento. Siendo así, el mero consenso era insuficiente para darle efectos al contrato¹⁸⁸⁴. Los juristas, para explicar esta situación, acudían a la regla prevista a propósito de los pactos; *ex nudo pacto non nascitur actio*¹⁸⁸⁵.

Aunque la voluntad como fuente de obligaciones constituye una idea moderna, ya el mismo derecho romano fue abriéndose progresivamente a la idea que la voluntad podía crear obligaciones sancionadas en virtud de la autoridad pública. Este cambio se habría producido a partir del siglo VII de Roma¹⁸⁸⁶, en el momento en que se concedió acción a cuatro clases de pactos: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. Todos estos fueron denominados *contratos consensuales*¹⁸⁸⁷, como una forma de evidenciar la manera en que nacían a la vida del derecho.

Se afirma que, con la excepción de esta clase de pactos, el derecho romano no reconoció al pacto como fuente autónoma de acciones; sólo con la intervención del pretor fue que este escenario cambió, por vía de la concesión de una *exceptio pacti conventi*¹⁸⁸⁸.

§ 2. EL DERECHO MEDIEVAL

Con la desaparición del imperio romano, y la instauración de los sistemas normativos de los pueblos germánicos, no surgió ninguna alteración sustantiva del sistema formal¹⁸⁸⁹.

Las bases para el nacimiento del sistema voluntarista en el derecho privado, ocurriría a partir del siglo XIII. En este punto histórico, comienza el florecimiento de la actividad mercantil alrededor de Europa, se produciría una progresiva irradiación de la enseñanza del derecho romano en las nacientes universidades europeas, y adquiriría influencia el derecho canónico en el modelamiento de las relaciones contractuales¹⁸⁹⁰.

Este cambio partió de la discusión sobre la conveniencia de no declarar la nulidad del contrato que ha faltado a una simple forma, cuando el acuerdo de voluntades tuviese la calidad de indudable.

¹⁸⁸⁴ LLANOS (1944), p. 54; GUZMÁN (2013), p. 789.

¹⁸⁸⁵ GAUDEMET (1984), p. 43; DIEZ-PICAZO (2007) 134; LACRUZ *et alt.* (2007), p. 325.

¹⁸⁸⁶ Es la ubicación temporal propuesta por GAUDEMET (1984), p. 43.

¹⁸⁸⁷ LLANOS (1944), p. 54; GAUDEMET (1984), pp. 43-44; DIEZ-PICAZO (2007), p. 134; GUZMÁN (2013), p. 790.

¹⁸⁸⁸ GAUDEMET (1984), p. 44.

¹⁸⁸⁹ LLANOS (1944), p. 55; GAUDEMET (1984), p. 44; LACRUZ *et alt.* (2007), p. 327.

¹⁸⁹⁰ LLANOS (1944), p. 56; GAUDEMET (1984), p. 44; DIEZ-PICAZO (1996), p. 120; LACRUZ *et alt.* (2007), p. 327.

En este punto, se invocó la autoridad del Digesto, el cual prevenía que los pactos debían ser protegidos (*Dig.* 2, 14, 1,1), lo cual las fuentes traducían en la concesión de una excepción, y que luego la propia legislación canónica extendió a las acciones, lo cual fue admitido a partir del mismo siglo XIII (*Decretales de Gregorio IX*: 1, 35, 1 y 3)¹⁸⁹¹.

A partir de las enseñanzas del derecho canónico, surge la idea fundamental que generará el cambio de la perspectiva del contrato, basado en que lo esencial se encuentra en el respeto de la palabra empeñada, cualquiera sea la forma en que la voluntad se hubiere expresado¹⁸⁹². Siendo así, este hecho marcará el desplazamiento del formalismo, hacia el voluntarismo.

En Francia, los jurisconsultos de las costumbres (BEAUMANOIR y PIERRE DE FONTAINE) comienzan a enseñar que deben respetarse las *convenances* (“convenciones”), lo cual determinará que, en el siglo XVI, este principio se convierte en indiscutible. Es por ello que se afirmará que “[t]anto vale una simple promesa o convenio, como las estipulaciones del derecho romano” (LOYSEL, *Inst. Cout.*, 3, 1, 2)¹⁸⁹³.

§ 3. EL CONTENIDO FILOSÓFICO ASIGNADO

La relevancia de la voluntad en cuanto principio jurídico del derecho de las obligaciones y de los contratos es muy posterior, y su primera manifestación se la hace radicar en la filosofía jurídica.

Es así que los filósofos de los siglos XVII y XVIII comenzarían a sostener que la voluntad es la fuente de todos los derechos¹⁸⁹⁴. Bajo este criterio, el individuo no queda obligado frente a sus semejantes, sino en virtud de su voluntad, lo cual ocurría de manera directa, indirecta y tácita. Directamente, a través del contrato, es cual es considerado la principal manifestación de esta doctrina; indirecta y tácitamente, a través de la ley, siendo esta última un acto de la voluntad general¹⁸⁹⁵.

Conforme esta observación, juristas como PUFENDORF, GROCIO y DOMAT comienzan a ahondar en la importancia que tiene la voluntad de las partes en el nacimiento y obligatoriedad del vínculo contractual. El punto en que se avanzará, a través de estos

¹⁸⁹¹ GAUDEMET (1984), p. 44. Según las *Decretales*, el juramento confirmatorio da validez al pacto nudo (carente de acción), siempre y cuando el juramento se preste con discernimiento y justa causa. LACRUZ *et alt.* (2007), p. 327.

¹⁸⁹² CLARO (1937), p. 114; MERINO (2016), p. 33.

¹⁸⁹³ GAUDEMET (1984), p. 44. En el mismo sentido del autor, LLANOS (1944), p. 55.

¹⁸⁹⁴ MAZEAUD (1960), p. 128; RIPERT/BOULANGER (1988), p. 20; LACRUZ *et alt.* (2007), p. 328.

¹⁸⁹⁵ MAZEAUD (1960), p. 128.

autores, es la instauración de la autonomía privada como fuente de la obligación¹⁸⁹⁶. Empero, no es de su autoría el concepto que estamos analizando.

Esta doctrina encontraría su eco en la postura racionalista asignada al derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII¹⁸⁹⁷, la cual gira esencialmente sobre la base de la libertad humana como una condición esencial de éste, y el fundamento mismo de la vida en sociedad.

Es precisamente de esta doctrina que nace la noción del “contrato social”¹⁸⁹⁸, en el entendido que el contrato constituye la figura más representativa de la libertad humana en el medio social.

Como es sabido, esta doctrina constituye la base de la filosofía política que inspiró la Revolución Francesa¹⁸⁹⁹, y también los movimientos codificadores de comienzos del siglo XIX.

SECCIÓN 2: EL ORIGEN KANTIANO DEL CONCEPTO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En cuanto al origen de la noción “autonomía de la voluntad”, ésta se encontraría en la obra filosófica de IMMANUEL KANT (*Crítica de la Razón Práctica; La Metafísica de las Costumbres*)¹⁹⁰⁰. Como se observará, la primera aproximación no cumple con la conceptualización que más adelante la doctrina le asignará en el campo del derecho privado¹⁹⁰¹.

El filósofo trata en su obra *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, a propósito de un acápite denominado “La autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad”. Sobre la misma, señala:

“La autonomía de la voluntad es aquella modalidad de la voluntad por la que ella es una ley para sí misma (independientemente de cualquier modalidad de los objetos del querer). El principio de autonomía es por lo tanto éste: no elegir sino de tal modo que las máximas de su elección estén simultáneamente comprendidas en el

¹⁸⁹⁶ COING (1996), p. 514.

¹⁸⁹⁷ BARROS (2014), p. 9.

¹⁸⁹⁸ RIPERT & BOULANGER (1988), p. 20; DIEZ-PICAZO (2007), pp. 136-137; LÓPEZ (2010), p. 194.

¹⁸⁹⁹ VODANOVIC (1942), p. 29; LLANOS (1944), pp. 56-57; LEÓN (1991), p. 44; ALESSANDRI (2015), p. 11; FIGUEROA (2016), p. 49.

¹⁹⁰⁰ KANT (1975), Libro I, Capítulo Primero, Párrafo 8, Teorema IV, p. 54. Una revisión sobre el pensamiento kantiano y su significado, en PIZARRO (2004), pp. 230-231. Una síntesis de la influencia kantiana, en LÓPEZ (2010), pp. 195-196.

¹⁹⁰¹ Una aproximación reciente a la autonomía de la voluntad, con cita expresa a KANT, puede consultarse en PEREIRA (2016), pp. 38-56.

mismo querer como ley universal. Que esta regla práctica sea un imperativo, es decir, que la voluntad de todo ser racional esté vinculada necesariamente a ella como condición, no puede ser probado por el mero análisis de los conceptos de que consta, al tratarse de una proposición sintética; se tendría que superar el conocimiento de los objetos y pasar a una crítica del sujeto, es decir, de la razón práctica pura, pues esa proposición sintética que manda apodóticamente ha de ser reconocida plenamente a priori; pero este asunto no es materia propia del presente capítulo. Sin embargo, que el principio de autonomía pensado sea el único principio de la moral es algo que se deja exponer merced al simple análisis de los conceptos de la moralidad. Pues con ello se descubre que su principio ha de ser un imperativo categórico, si bien éste no manda ni más ni menos que esa autonomía”¹⁹⁰².

Las bases filosóficas que se sugieren como antecedente del principio de autonomía de la voluntad se encontrarían más bien en la filosofía liberal, históricamente nacida con posterioridad a las primeras codificaciones del siglo XIX¹⁹⁰³.

SECCIÓN 3:

LA INSERCIÓN DE LA NOCIÓN DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO

§ 1. SU PRIMERA CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Otro aspecto llamativo alrededor del principio de autonomía de la voluntad se encuentra en el uso que se hizo de ella en el plano jurídico, toda vez que no fue inmediatamente recogida en el derecho civil.

Los juristas han entendido que el punto de traspaso de la doctrina filosófica kantiana de la autonomía de la voluntad hacia el plano netamente jurídico, se produjo por vías del derecho internacional privado.

En tal sentido, la autonomía de la voluntad es considerada un principio jurídico vital para el entendimiento del problema de conflicto de leyes, dado que las partes se estiman en plena libertad para determinar la legislación aplicable a la relación jurídica existente entre ellas¹⁹⁰⁴. Dentro de esta rama, se habla específicamente de la “autonomía conflictual” (*Kollisionsrechtliche Parteiautonomie*)¹⁹⁰⁵.

¹⁹⁰² KANT (2012), Segundo Capítulo, A 88, pp. 157-158.

¹⁹⁰³ DOMÍNGUEZ (2012), p. 35.

¹⁹⁰⁴ BOGGIANO (2001), p. 761.

¹⁹⁰⁵ BOGGIANO (2001), p. 761.

Una crítica que puede hacerse incluso dentro de esta disciplina, es la ausencia de un mayor tratamiento respecto del posicionamiento que tiene este principio, con algunas excepciones¹⁹⁰⁶.

Esto se explica en la ausencia de mayores explicaciones sobre el origen histórico de este principio, lo cual permite inferir que los juristas de esta disciplina la han incorporado de tal manera, que no se cuestiona en forma alguna su existencia ni su significado. En todo caso, esta crítica no sólo debe hacerse en el plano del derecho internacional privado, sino también dentro del mismo campo del derecho civil.

§ 2. EL TRASLADO DE LA CATEGORÍA AL DERECHO CIVIL

Finalmente, se produciría la incorporación del principio de autonomía de la voluntad en el derecho civil, pero no en clave codificada, sino que a través del vocabulario doctrinario. En efecto, si miramos el Código Civil de Francia, y también todos aquellos que lo reprodujeron o se inspiraron en éste, podemos comprobar la ausencia de una enunciación de este principio¹⁹⁰⁷.

Se trata de una categoría conceptual que era inexistente en esos textos, y que desde un punto de vista dogmático tampoco parece haber influenciado la elaboración del Código napoleónico, el cual pretende plasmar las influencias de juristas como DOMAT y POTHIER, y del derecho romano¹⁹⁰⁸. Es más, desde un punto de vista filosófico se sostiene que el Código Civil de Francia se inspira más bien en las del derecho natural fundado en la razón, en vez de seguir una corriente filosófica liberal¹⁹⁰⁹.

Esta situación cambiará drásticamente hacia comienzos del siglo XX, ya que van a surgir las primeras voces en la doctrina francesa, proclamando la presencia de este principio¹⁹¹⁰. Pero esta manera de afirmar la presencia del principio se hizo de una forma particular, ya que tuvo lugar a través del estudio de las circunstancias limitativas de este principio. Esto viene en indicar que los juristas de la época reconocían que el principio era vital en el derecho privado, aunque se lo tenía como inmediatamente cercenado y limitado en virtud de las exigencias sociales y económicas de la época¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁶ VIAL (2013).

¹⁹⁰⁷ DOMÍNGUEZ (2012), p. 35.

¹⁹⁰⁸ DOMÍNGUEZ (2012), p. 35.

¹⁹⁰⁹ DOMÍNGUEZ (2012), p. 35.

¹⁹¹⁰ DUGUIT (s/f), p. 71; GAUDEMET (1984), p. 44. Incluso en la literatura chilena es posible constatar aseveraciones que asumen que este principio se encontraba, por lo menos, consagrado implícitamente, como podemos notar en CLARO (1937), p. 113.

¹⁹¹¹ Este esfuerzo se hizo a partir de algunas tesis doctorales que fueron publicadas en Francia. A título de ejemplo, consideramos GOUNOT (1912): *L'autonomie de la volonté. Etude critique de l'individualisme juridique* (Dijon). GAUDEMET (1984), p. 44.

Pero existe otro foco de difusión del voluntarismo a la dogmática francesa. Se trataría de la influencia que alcanzó la llamada “escuela histórica alemana”, la cual construyó una *teoría general del negocio jurídico*, que los juristas franceses finalmente incorporaron para la conformación de su propia *teoría del acto jurídico*¹⁹¹².

§ 3. LA IRRUPCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

3.1. Estado inicial de la doctrina del siglo XIX

Si miramos la literatura jurídica, apreciamos que la introducción del principio de autonomía de la voluntad se produjo como resultado de un proceso que no fue inmediato, pero que concluyó en su reconocimiento definitivo, y prácticamente sin mayores oposiciones.

Es así que en los primeros comentaristas del Código Civil del siglo XIX, nada se aprecia en obras como las de FABRES¹⁹¹³ o URRUTIA¹⁹¹⁴, a pesar de que en éstas se destaca con mayor o menor fuerza la importancia de la voluntad como elemento del contrato.

Cabría constatar en esta época, si bien los comentaristas chilenos tenían acceso a la literatura francesa, su contacto fue más bien con sus primeros comentaristas, los cuales todavía no habían sido influenciados por el voluntarismo.

3.2. La ideas promovidas por Luis Claro Solar en la noción de “libertad de las transacciones”

De alguna manera, pareciera ser que uno de los primeros que la implementa, aunque bajo el nombre de “libertad de las transacciones”, es CLARO. Este autor planteó sus ideas, en primer lugar, a propósito de sus clases de Código Civil en la Universidad de Chile, al comenzar el siglo XX, donde indicaba:

*“La libertad de las transacciones es el principio que rige en nuestra legislación: cualquiera puede contratar sobre el punto i la manera que mejor le acomode, salvo naturalmente el caso en que se viole una disposición expresa de la lei. Todo lo que se aparte de la esencia i de la naturaleza del contrato, queda a la voluntad de las partes”*¹⁹¹⁵.

¹⁹¹² DOMÍNGUEZ (2012), p. 35.

¹⁹¹³ FABRES (1902).

¹⁹¹⁴ Según constan las anotaciones de clases publicadas por sus alumnos, los señores DÁVILA & CAÑAS (1907).

¹⁹¹⁵ Según consignan VARAS/VERGARA (1908), p. 210.

El relato aquí expuesto tiene una serie de dimensiones relevantes. En primer lugar, no recurre a la noción moderna del principio; en su lugar se habla de una “libertad” en “las transacciones”.

Una conjetura que explicaría la ausencia de una referencia directa a la noción de autonomía de la voluntad se encontraría en que ella implicaba el recurso a una categoría identificada por la doctrina francesa, pero que por ese entonces todavía no era asimilada en los círculos académicos chilenos. En cualquier caso, la noción es literalmente el estudiado, si estimamos la vinculación funcional de “autonomía” y “libertad”, y que bajo “transacciones” constituye una expresión que debemos traducir como “contratos”. Puede apreciarse que la concepción que actualmente se acepta en este punto coincide en buenos términos con esta temprana descripción.

El segundo mérito que tiene esta referencia es que ella constituye una de las primeras expresiones, en un contexto histórico-académico caracterizado por el análisis exegético de las normas legales, en que se afirma la existencia de un “principio” que “rige” en la “legislación”; es decir, afirmando en forma directa un principio propio del ordenamiento jurídico. Esta clase de aproximación contrasta claramente con los primeros comentaristas del Código Civil, los cuales no consideraban el recurso a los principios en el sentido que actualmente son aceptados, ni tampoco un esfuerzo tendiente a su sistematización. Se trata de un avance, aunque sin formularse una aproximación sistemática a los principios jurídicos, como ocurre en la actualidad.

En tercer lugar, la idea destacada por el autor, y que se encuentra relacionada con la actual concepción de la autonomía de la voluntad, se encuentra en la libertad que tendrían las partes para introducir las estipulaciones que estimen convenientes a sus intereses (“que mejor le acomode”), teniendo como únicas limitantes el que no se vulnere una disposición expresa de la ley.

3.3. La incorporación de la noción “autonomía de la voluntad” en el derecho civil chileno

Esta circunstancia no se mantendrá por mucho tiempo. Desde la cátedra es que empezará a imponerse la presencia de este principio fundamental en el vocabulario jurídico *iusprivatista*.

La recepción se producirá durante las primeras décadas del siglo XX. Esto queda de manifiesto, tras consultarse las principales obras de la época, donde puede observarse que los autores nacionales se inspiran por el método y conceptos reconocidos por la doctrina francesa de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Es lo que puede constatarse en las obras de CLARO¹⁹¹⁶, ALESSANDRI¹⁹¹⁷, SOMARRIVA¹⁹¹⁸, y ROSSEL¹⁹¹⁹, entre otros¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁶ CLARO (1937), p. 113-114.

¹⁹¹⁷ ALESSANDRI (1930), p. 4. En el caso de este autor se produce una peculiaridad. Hacia el año 1926, que es la época en que LATORRE redactó esta versión de clases, no utilizaba la expresión “autonomía

Estos autores vienen en coincidir en la presencia de un principio jurídico, el cual recibe la denominación común de “autonomía de la voluntad”, y le asignan el significado propio de una forma de libertad de la cual gozan los contratantes, y al igual que en el caso de los autores franceses que les sirven de base, afirman que se trata de un principio fuertemente restringido como consecuencia de las nuevas formas de contratación y las características de la sociedad contemporánea, las cuales habrían complejizado este principio.

Lo único que dejará pendiente esta doctrina es la identificación de un conjunto sistemático de principios jurídicos que inspiren al derecho civil en general, y a sus distintas divisiones en particular. Tal proceso, incluso entre los autores contemporáneos, también es reciente.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

El principio de autonomía de la voluntad puede ser comprendido en un sentido histórico, si se toman en cuenta los antecedentes en que se basa su contenido.

No constituía el fundamento del derecho contractual romano, debido a que este último se sujetaba al formalismo. Siendo así, la justificación del nacimiento y obligatoriedad del contrato se encontraba en la observancia de la forma exigida por las fuentes.

Este modelo irá cambiando con el curso del tiempo, y ya en la Edad Media comienzan a manifestarse los primeros signos de la voluntad en cuanto elemento indispensable para el nacimiento y efectos del acto jurídico. Con todo, este principio no existe como tal durante este período.

El nacimiento del concepto “autonomía de la voluntad” no surge en el mundo del derecho privado, sino en la filosofía kantiana, con el propósito de señalar las condiciones en que la voluntad humana alcanza su plenitud en libertad. Su traslado al ámbito jurídico se producirá ya durante el período de la escuela histórica del derecho, extendiéndose en primer lugar al

de la voluntad”, sino “libertad de contratar”. En otra obra suya, preparada para justificar la validez del autocontrato, seguía hablando de “libertad de contratar” (ALESSANDRI, 1931, núm. 7, p. 21). El cambio conceptual en el autor será posterior, según las versiones de clases redactadas por VODANOVIC (1942), p. 27. Tratándose de ALESSANDRI (2015), p. 10, esta última corresponde a una reimpresión de sus clases de Derecho Civil Comparado y Profundizados que profesó en 1940, según atestigua VELASCO (1995, p. VII), obra en la cual derechamente reconocía la existencia, en cuanto principio, de la autonomía de la voluntad.

¹⁹¹⁸ Según VODANOVIC (1942), p. 27.

¹⁹¹⁹ ROSSEL (1942), p. 96.

¹⁹²⁰ Otro campo en el cual se manifiesta el interés en la autonomía de la voluntad es a propósito de las Memorias de Licenciatura de la época, como ocurrió con LLANOS (1944).

derecho internacional privado. A finales del siglo XIX, comienzan a desarrollarse los primeros trabajos sobre este principio dentro del derecho civil.

Para el caso chileno, uno de los primeros autores que se aproxima a este principio es CLARO SOLAR, aunque este último lo denomina “libertad de las transacciones”. Ya en la primera mitad del siglo XX, a partir de las cátedras de ALESSANDRI y SOMARRIVA es que termina por establecerse el concepto como tal, y se lo utiliza hasta el día de hoy.

Capítulo III:

LA IDENTIDAD DE CONTENIDO FILOSÓFICO DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

SUMARIO: Sección 1: La base filosófica liberal asumida para la autonomía de la voluntad: § 1. La fuente del principio en el liberalismo clásico – **§ 2.** La libertad manifestada en el contrato – **§ 3.** Consecuencias de asumir el contrato como un vínculo libre e igualitario.- **Sección 2: Críticas: § 1.** En cuanto a la concepción filosófica asumida – **§ 2.** En cuanto a los vicios del modelo asignado al liberalismo: 2.1. Su individualismo; 2.2. La desigualdad de las partes: 2.2.1. La igualdad jurídica de las partes - 2.2.2. Dificultades para la materialización de la igualdad jurídica entre los contratantes: (a) El contrato es cuestionado en cuanto acto intrínsecamente justo; (b) Asimetrías de poder entre los contratantes – **§ 3.** Nuevas visiones filosóficas críticas al liberalismo clásico: Una aproximación al “solidarismo contractual”: 3.1. Antecedentes históricos; 3.2. Premisas de esta doctrina; 3.3. Críticas; 3.4. Manifestaciones de sus efectos – **§ 4.** Reconocimiento de nuevos fundamentos en el derecho de los contratos.- **Sección 3: Síntesis.**

Anteriormente se ha tratado sobre el concepto y origen asignados al principio de autonomía de la voluntad. Lo siguiente implica ahondar en el fundamento filosófico del principio, algunas de sus principales consecuencias, y las críticas emanadas de estos resultados.

SECCIÓN 1:

LA BASE FILOSÓFICA LIBERAL ASUMIDA PARA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

§ 1. LA FUENTE DEL PRINCIPIO EN EL LIBERALISMO CLÁSICO

Si recordamos la conceptualización que se ha pretendido asignar al principio de autonomía de la voluntad, es inmediatamente posible afirmar que éste ha sido construido siguiendo dos valores muy defendidos por los idearios de la codificación: la libertad e igualdad. Es más, la sola denominación evoca una potente carga sentimental y valorativa¹⁹²¹.

La clave fundamental en la consagración del principio de autonomía de la voluntad se encuentra en la base filosófica que la inspira, cual es el liberalismo clásico¹⁹²².

¹⁹²¹ Como ya lo destacaba DE CASTRO (1997), p. 12.

¹⁹²² GUTIÉRREZ (2011), p. 214.

Éste proclama como principios fundamentales los de *libertad* e *igualdad* de las personas,¹⁹²³ las que prontamente se aplicaron al derecho de los contratos, por ser la corriente filosófica imperante durante el proceso de codificación. Ellas plasmaron fielmente la importancia de la voluntad y de la racionalidad en el vínculo que se podía crear. Asimismo, sirvió para estimar que la voluntad tenía no sólo un valor jurídico en cuanto fuente de obligaciones, sino también tenía un valor moral, el cual se derivaba precisamente de la libertad e igualdad que caracteriza a los seres humanos¹⁹²⁴, y que el Estado debe reconocer¹⁹²⁵.

El principio en análisis se relaciona necesariamente con la libertad, el cual es un atributo que forma parte de la esencia del ser humano. A través de su ejercicio, se ha postulado que ella debe apuntar hacia tomar decisiones en condiciones autónomas, las cuales le permitirán alcanzar sus objetivos de vida¹⁹²⁶, sus propósitos y principales metas.

§ 2. LA LIBERTAD MANIFESTADA EN EL CONTRATO

Bajo ese lineamiento, el contrato constituye una autolimitación de la propia conducta, puesto que nadie ha impuesto al sujeto ni la celebración del contrato ni la fijación de su contenido.

Esta autolimitación constituye una manifestación de la libertad humana, de lo cual podría colegirse que una parte se “obliga” porque es libre. El ejercicio de esa libertad implica una carga moral, ya que en la libertad de elección y de opciones dispuestas, deberá asumir las consecuencias emanadas de esas decisiones, desde el punto de vista de las ganancias como de las pérdidas, lo cual significa en definitiva su “responsabilidad”¹⁹²⁷.

§ 3. CONSECUENCIAS DE ASUMIR EL CONTRATO COMO UN VÍNCULO LIBRE E IGUALITARIO

Esta confianza tanto en la libertad como en la voluntad determina algunas consecuencias que merecen ser reseñadas.

Por una parte, que la contratación obedece a un determinado propósito, a través del cual el contratante pretende satisfacer sus propias necesidades. De igual manera, dada esta

¹⁹²³ DIEZ-PICAZO (2007), pp. 136-137; MEZA (1999), p. 26; LÓPEZ (2010), p. 194. El análisis de los principios inspiradores del Código Civil chileno, puede consultarse en BARROS/ROJAS (2007), pp. 42-43; GUZMÁN (1982), Tomo I, pp. 454-459; TAPIA (2005), pp. 35-40.

¹⁹²⁴ MAZEAUD (1960), p. 128; RIPERT/BOULANGER (1988), p. 20.

¹⁹²⁵ DIEZ-PICAZO (2007), pp. 145-146.

¹⁹²⁶ CORRAL (2018), p. 32.

¹⁹²⁷ STARBATTY (2004), p. 141, agregando como idea que “[n]o existe una economía funcional de mercado sin quiebras”.

aparente “necesaria correspondencia” entre el querer y el obrar, nadie podría desear algo que vaya en contra de sus propios deseos, lo que no tiene carácter racional.

A partir de lo anterior, necesariamente el contrato significa un ámbito de legitimidad del actuar, pues las voluntades de los sujetos se ajustan plenamente a sus individuales deseos y propósitos, y el beneficio individual asegura la obtención de un estado general social de bienestar, puesto que ninguna persona procuraría por su propia cuenta disponer de lo necesario para la obtención de su propio beneficio y felicidad.

Es por ello que surge como observación la acuñada por FOUILLÉE, *qui dit contractuel, dit juste*¹⁹²⁸, de manera que el contrato importa una esfera de justicia privada y acorde a las exigencias generales de un acto voluntario y libre,¹⁹²⁹ de modo que el acto y los derechos que son dispuestos mediante consenso, son reputados justos¹⁹³⁰. La voluntad y la libertad son garantía de la justicia y nadie quiere algo que vaya en contra de sus propios intereses.¹⁹³¹ El contrato, por sí solo, se convierte en acto que es “necesariamente equitativo”, de modo que toda traba del legislador compromete ese equilibrio e implica un acto de injusticia¹⁹³². Es así la manera en que se construyó el principio de autonomía de la voluntad¹⁹³³. Desde esa perspectiva, el consensualismo es el resultado de la interpretación de la doctrina de la exégesis del siglo XIX.¹⁹³⁴

Cabe destacar que el motivo por el cual se ha rescatado como un valor tan importante la autonomía privada, consiste de las bases en que se funda. Por lo pronto, la libertad y la igualdad de las personas son bases esenciales del ordenamiento jurídico, al constituir cualidades que son intrínsecas al ser humano y de su dignidad¹⁹³⁵.

Como consecuencia de ello, se estima que la autonomía privada constituiría una exigencia “que lleva consigo la misma condición de la persona humana”¹⁹³⁶.

¹⁹²⁸ La cita de ALFRED FOUILLÉE (1838-1912) puede constatarse casi en la totalidad de las obras dedicadas a la enseñanza de la Teoría General de los Contratos. Una muestra en LÓPEZ (2010), p. 197 y n. 371.

¹⁹²⁹ ALESSANDRI (1942), p. 12 y ALESSANDRI (2015), p. 11: “Consecuencia de ello es que la voluntad debe ser limitada sólo en casos extremos y que la intervención del legislador en materia contractual debe reducirse a lo estrictamente indispensable, porque siendo el contrato el resultado del libre acuerdo de las voluntades de personas que están colocadas en un perfecto pie de igualdad jurídica, no puede ser fuente de injusticias, ni engendrar abusos”. LIRA (1956), p. 252: “Todo lo precedentemente expuesto significa que el legislador del Código Civil creía en la bondad de la libertad contractual. Todo contrato legalmente celebrado lo estimaba justo”.

¹⁹³⁰ MERINO (2016), p. 21.

¹⁹³¹ ABELIUK (2005), p. 112.

¹⁹³² MAZEAUD (1960), p. 128.

¹⁹³³ DOMÍNGUEZ (1981), p. 145.

¹⁹³⁴ LIRA (1956), p. 253; LÓPEZ (1985), pp. 138-139; Una revisión histórica, en PIZARRO (2004), pp. 225-237.

¹⁹³⁵ DE LA MAZA (2011), p. 249.

¹⁹³⁶ DE CASTRO (1997), p. 12.

SECCIÓN 2: CRÍTICAS

§ 1. EN CUANTO A LA CONCEPCIÓN FILOSÓFICA ASUMIDA

En cuanto al fundamento filosófico de la doctrina de la autonomía privada, se afirma que ella no proviene de la filosofía modernista, sino más bien de “la moral cristiana, según la cual la razón del hombre es legisladora porque puede querer el bien determinando acciones cuya máxima puede ser erigida en ley universal de la naturaleza – bien entendido, empero, que aquella razón humana legisladora es participación de la razón y de la ley divina”¹⁹³⁷.

Esta crítica pone en evidencia una inconsistencia del fundamento filosófico asignado al voluntarismo. Sin duda alguna puede notarse que tras este principio se reflejan las distintas perspectivas asumidas en la escuela del derecho natural, la cual abandonó las vertientes del catolicismo, para efectos de arribar a categorías conceptuales que pudieren ser aceptados con prescindencia del credo religioso que se tratare. Y en el ámbito específico de la autonomía de la voluntad, la tergiversación del racionalismo se habría producido a partir de un excesivo énfasis en la libertad, destacando que no existe ninguna categoría sobre ella¹⁹³⁸.

Esta lectura plantea que el estudio de las reglas del derecho privado bajo la dinámica del principio de autonomía de la voluntad se ha hecho siguiendo una premisa que es falsa. Esa premisa ha consistido en considerar que el principio se encuentra plasmado en el Código Civil chileno, y que incluso ello ocurrió porque se acogieron íntegramente las bases del Código Civil de Francia de 1804, de modo que la interpretación de sus normas debe encaminarse precisamente dentro de esta órbita.

Se trata de una premisa falsa porque tal concepción era inexistente al tiempo de la primera etapa de la codificación, en la cual nació el código francés, e incluso la base filosófica seguida era completamente diferente al liberalismo¹⁹³⁹. Esto ha implicado una distorsión en lo que respecta a la importancia de la voluntad en el ámbito privado, y que los eventuales vicios y excesos a los que se llegó se originaron precisamente de esa desarmonía.

Al tratarse de una categoría inexistente en la estructura del Código Civil de Francia, inmediatamente pierde su fuerza el argumento que supone que el Código Civil chileno siguió al primero en este punto, y que por tanto sigue el principio de autonomía de la voluntad. El Código Civil chileno se inspira fuertemente en materia de obligaciones y

¹⁹³⁷ BOGGIANO (2001), p. 768, con cita de ETIENNE GILSON (1952) *El Espíritu de la Filosofía Medieval*. Buenos Aires, p. 313,

¹⁹³⁸ LÓPEZ (2010), p. 194.

¹⁹³⁹ DOMÍNGUEZ (2012), p. 35.

contratos en POTHIER, además del *Code*¹⁹⁴⁰, y es reiterativo en consagrar inmediatamente a la voluntad como limitada por la ley, el orden público y las buenas costumbres¹⁹⁴¹.

Explicadas estas circunstancias, resulta relevante consultar acerca del origen de este problema. Esta dificultad se produce desde el momento en que la doctrina nacional de comienzos y mediados del siglo XX comenzó a explicar e interpretar el Código Civil a partir del sistema aportado por los juristas y comentaristas franceses de comienzos del siglo XIX, quienes estaban fuertemente influenciados por el liberalismo¹⁹⁴². En este sentido, la fuerte influencia de la doctrina francesa, la cual ha sido analizada en la literatura¹⁹⁴³, fue la que condicionó la perspectiva nacional; de ella extrajo su sistematización, sus problemas, su ideología, e incluso sus temores. En este último caso, la preocupación expuesta por los autores franceses acerca de la “crisis” y más adelante la “decadencia” de la autonomía de la voluntad, surgen precisamente a partir de la internalización de los postulados doctrinarios defendidos a comienzos del siglo XX.

Es esta circunstancia la que ha llevado a algunos autores a postular que cualquier esfuerzo por relatar estos fenómenos será inútil, dado que el marco normativo nacional fue construido en una forma muy alejada de estos extremos¹⁹⁴⁴. Ello permite incluso acusar la ausencia de capítulos o apartados relativos a la autonomía de la voluntad como principio¹⁹⁴⁵.

§ 2. EN CUANTO A LOS VICIOS DEL MODELO ASIGNADO AL LIBERALISMO

Como podrá apreciarse, una visión preliminar del principio de autonomía de la voluntad, considerada en toda su extensión, asegura la plena igualdad entre las partes contratantes, y que ellas colaboran de manera eficiente en la búsqueda de soluciones comunes y acordadas libremente, fijando de común acuerdo el contenido del contrato. Es más, esta creación conjunta del contrato condicionaría todo el régimen del derecho de los contratos, sirviéndole incluso de su propio y único fundamento final.

¹⁹⁴⁰ DOMÍNGUEZ (2012), pp. 35-36.

¹⁹⁴¹ DOMÍNGUEZ (2012), p. 36.

¹⁹⁴² DOMÍNGUEZ (2012), p. 36.

¹⁹⁴³ Sobre la influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno, se puede consultar más detalladamente DOMÍNGUEZ (2005).

¹⁹⁴⁴ DOMÍNGUEZ (2012), p. 36.

¹⁹⁴⁵ DOMÍNGUEZ (2012), p. 36. Es por ello que el autor sólo decidió dedicar un párrafo de su *Manual* para tratar sobre esta “querella”, evitando introducir la construcción completa de este principio.

Sin embargo, en la propia postulación del principio es donde se enuncian sus eslabones débiles. En tal sentido, el liberalismo clásico fue víctima de su propio éxito y, quizás, de su propia ingenuidad¹⁹⁴⁶.

2.1. Su individualismo

Así, desde un plano moral, el liberalismo fue atacado pronto por “egoísta”¹⁹⁴⁷, que sólo se preocupa de los intereses del individuo y no los de la colectividad.

Se sostenía que el objetivo principal consistía de la obtención del máximo lucro individual, a través del mínimo costo económico¹⁹⁴⁸.

2.2. La desigualdad de las partes

La segunda debilidad identificada en la concepción clásica de la autonomía de la voluntad consistió de la falta de coordinación de la igualdad defendida por el derecho, frente a la realidad social imperante en la época. Esto se suele explicar en el sentido de acusar una inconsistencia entre la llamada “igualdad jurídica” y la “igualdad material” entre las partes.

2.2.1. La igualdad jurídica de las partes

La premisa bajo la cual se consideró operar el principio de autonomía de la voluntad, decía relación con un estado de igualdad entre las partes. Esta igualdad tenía un fundamento jurídico, desde el momento en que las nacientes declaraciones universales de derechos del hombre y ciudadano, y constituciones, declaraban que los seres humanos eran *iguales ante la ley*.

Esta igualdad manifestada en las normas fundamentales de los nacientes Estados, se traducía a la legislación. Así, en los códigos civiles se establecía la igualdad en la adquisición, goce y ejercicio de los derechos previstos en esos cuerpos normativos.

En el plano contractual, la igualdad entre las partes era asumida desde el momento en que ellas intervienen de manera conjunta, y en un plano de equivalencia, a la discusión, negociación y celebración del contrato, la cual parecía ser la premisa bajo la cual se imaginaba el contrato, y se regulaban sus consecuencias jurídicas. Así, son ambas partes las que concurren, de común acuerdo, a la determinación de los elementos esenciales del respectivo contrato; el precio en el contrato de compraventa no se podría dejar al arbitrio de uno de los contratantes (CCCh., art. 1809 inc. 2.º), so pena de nulidad absoluta (CCCh., art. 1682 inc. 1.º), y lo mismo se aplica al precio en los contratos de permutación (CCCh., art.

¹⁹⁴⁶ DOMÍNGUEZ (1981), p. 151: “*Es que el voluntarismo, llevado a excesos, concebido como la razón de ser del Derecho, de la sociedad y de su economía, conduce fatalmente a su autodestrucción*”. Una descripción general, en ROSSEL (1942), p. 94.

¹⁹⁴⁷ O, “presuntamente egoísta”, como se acota en LACRUZ *et alt* (2007), p. 337.

¹⁹⁴⁸ LÓPEZ (2010), p. 197.

1900) y de arrendamiento de cosas (CCCh., art. 1918). Las partes concurren de común acuerdo a la alteración de los elementos de la naturaleza de los contratos, lo cual les autoriza para modificar las reglas relativas a la prestación de culpas (CCCh., art. 1547 incs. 1.º y 4.º), la responsabilidad por caso fortuito (CCCh., art. 1547 incs. 2.º y 4.º), la prueba de la diligencia y del caso fortuito (CCCh., art. 1547 incs. 3.º y 4.º), o de las consecuencias derivadas del incumplimiento culpable (CCCh., art. 1558 incs. 1.º y 3.º) e incluso fortuito (CCCh., art. 1558 incs. 2.º y 4.º).

Finalmente, el Código Civil adopta una norma sancionatoria para el caso de contratos redactados unilateralmente por uno de los contratantes, disponiendo que sus estipulaciones serán interpretadas en su contra (CCCh., art. 1566 inc. 2.º).

Esta clase de norma no impide que las estipulaciones de un contrato puedan ser redactadas unilateralmente por una de las partes; sólo prevé una regla especial de interpretación. Esta circunstancia será crucial para comprender el origen de la llamada “crisis” del principio de autonomía de la voluntad.

2.2.2. Dificultades para la materialización de la igualdad jurídica entre los contratantes

Hacia finales del siglo XIX, los autores comenzaron a denunciar una serie de inconvenientes en lo tocante a la justicia del principio de autonomía de la voluntad.

(a) El contrato es cuestionado en cuanto acto intrínsecamente justo

Conforme fue tratado, la doctrina bajo la cual se organizó el principio de autonomía de la voluntad, asumía que el resultado de un contrato que es discutido entre partes libres e iguales, es un acto justo en forma intrínseca. Por tanto, se asume que es el resultado de un equilibrio debido entre los contratantes, de modo que cada uno contribuye con su voluntad a su discusión y formación.

Esta clase de afirmación asume como premisa que el contrato será siempre formado, en cuanto a sus estipulaciones y cláusulas, de común acuerdo, y cooperando ambas partes a su formación. Si bien esta premisa es manifestada por el legislador, no introdujo como medida inmediata que no sean válidas las estipulaciones formadas por una sola de ellas. Es más, se ha destacado que el Código Civil asume como un hecho legítimo que las cláusulas contractuales sean elaboradas unilateralmente por uno de los contratantes.

Tal situación no pareciera coordinarse con aquel conjunto de disposiciones que exigen la concurrencia del consentimiento de los contratantes para que se produzcan los efectos jurídicos concebidos por éstas, de común acuerdo. La explicación que tuvo que elaborarse consistió en que, desde el momento en que las partes han aceptado que el tenor de las estipulaciones sean preparadas de antemano por una de ellas. Allí se encontraría el núcleo básico del consentimiento, lo cual sería suficiente para dar vida al contrato. Y al permitirse tal escenario, el contrato se vuelve, automáticamente, un acto justo.

Este escenario podría ser aprovechado por la parte que desea ajustar el tenor del contrato a su propia conveniencia, desinteresándose por su contraria. Esta parte es la que pretendería incorporar al contrato todo aquel conjunto de mecanismos que le aseguren su máximo beneficio, sin incurrir en nulidad del contrato, aprovechando las posibilidades que el estatuto jurídico de derecho privado le confiere para regular el contrato.

Surge como una curiosidad cómo es que, con anterioridad a que FOUILLÉE sostuviera la justicia esencial del contrato, IHERING formulara la siguiente prevención:

*“sostener que el acuerdo de voluntades es necesariamente justo, es entregar un permiso de caza a los piratas y a los bandidos, con derecho de presa sobre todos los que caigan entre sus manos”*¹⁹⁴⁹.

Es éste el riesgo derivado de asegurar una justicia intrínseca al contrato, la cual no toma en consideración que la autonomía de la voluntad pudiera ser aprovechada para perjudicar al otro contratante. En virtud de estas circunstancias, sostener que el solo acuerdo de las voluntades es justo, significa asumir que las partes obrarán honestamente y en condiciones de pleno respeto de la contraria, en un marco contractual que no implicará un aprovechamiento del otro para la obtención del máximo beneficio propio.

(b) Asimetrías de poder entre los contratantes

El segundo problema derivado de la premisa de justicia intrínseca del contrato, se encuentra en aquellos escenarios donde algunas de las partes no se encuentra en una situación de igualdad, en lo material, con su contraparte.

Esta clase de escenario se asocia con algunos fenómenos contractuales, en los cuales las partes contratantes no se hallan en igualdad en un plano material o económico. El relato usual del cual se basaba la doctrina consistía de la identificación de una parte contratante que gozaba de una mejor posición económica que la otra, e incluso organizado bajo formas jurídicas especiales, el cual es denominado incluso de una forma especial para reflejar dicha superioridad: *“el contratante más fuerte”*. Por el contrario, la otra se encontraba en un estado de desventaja; no tenía una suficiente formación y preparación educacional para comprender en toda su extensión las consecuencias jurídicas y materiales del contrato que celebra, y se veía apremiada a contratar para asegurar la subsistencia personal y la de su familia. A este último, se le denominó *“contratante más débil”*.

La contratación entre partes que se encuentran en un estado de asimetría material no es prohibida por el Código Civil, dado que se estima que, incluso en situaciones de inferioridad socio-económica, los contratantes son suficientemente libres para decidir si contratan o no. Sin embargo, a pesar de esta aparente libertad para decidir, el contratante más débil usualmente no se negaba a contratar, pensando en que las consecuencias materiales de no contratar serían más gravosas para sí y los suyos.

¹⁹⁴⁹ Citado por DOMÍNGUEZ (2012), p. 36.

Al no encontrarse prohibida, y frente a la ausencia de mecanismos iniciales de protección respecto del contratante más débil, el resultado se traduce en la calidad y consecuencias jurídicas de las estipulaciones contractuales. Se constata que el contratante más débil carece de todo poder de intervención en el proceso de negociación y fijación del contenido del contrato¹⁹⁵⁰. El contratante más fuerte, por el contrario, adquirió un fuerte protagonismo en la elaboración del contenido del contrato, el cual termina imponiéndose al contratante que se hallaba en la imposibilidad de discutir estas cláusulas¹⁹⁵¹. El contratante más débil aceptaba celebrar el contrato, en las condiciones establecidas por el oferente, y se traduce en un contrato que tendría validez formal por el hecho de haber sido convenido.¹⁹⁵²

El resultado de esto fue el surgimiento de una serie de prácticas perjudiciales para los contratantes en situación de debilidad económica, y que se fue manifestando tanto en los contratos civiles¹⁹⁵³, como en el ámbito de las relaciones laborales¹⁹⁵⁴.

Este ámbito se extendió también al ejercicio de los derechos, los que inicialmente se entendían como absolutos por ser ejercidos de manera racional y sin otras restricciones que los derechos de terceros y de lo que disponga al efecto la ley. Los derechos podían ser utilizados como instrumento de presión para los contratantes que carecían de oportunidad para oponerse a ellos, mediante la renuncia de ciertas cláusulas dispuestas en su beneficio por la ley.

A partir de esta brecha de desigualdad es que se logra desvirtuar uno de los fundamentos del principio de autonomía de la voluntad, y deja a uno de los contratantes a la merced del otro. Fue por ello que se hizo necesaria la intervención del legislador, lo cual hizo a partir de una serie de regímenes tutelados, incrementándose a la fecha el concepto de orden público en su rol de restricción a la libertad contractual.

§ 3. NUEVAS VISIONES FILOSÓFICAS CRÍTICAS AL LIBERALISMO CLÁSICO: UNA APROXIMACIÓN AL “SOLIDARISMO CONTRACTUAL”

3.1. Antecedentes históricos

¹⁹⁵⁰ PESCIO (1961), pp. 136-137; TOMASELLO (1984), p. 41.

¹⁹⁵¹ ALESSANDRI (1942), p. 13; CÉDRAS (2003).

¹⁹⁵² CORRAL (1997), pp. 59-60: “*El negocio jurídico, en suma, no sería más que un engaño a través del cual la prepotencia burguesa ilusiona al proletariado, haciéndole creer que puede ser “parte en iguales condiciones” de una contratación “libre”: en verdad pura fantasía, rechazable por un jurista preocupado por la defensa de los más débiles y los marginados*”.

¹⁹⁵³ Por ejemplo, se hace responsable al contratante más débil del caso fortuito, renuncia a la acción resolutoria, le impone condiciones gravosas para la ruptura anticipada del contrato, restringe las prestaciones restitutorias, entre otras.

¹⁹⁵⁴ En materia laboral, algunas de esas prácticas consistieron de instar la renuncia de algunos derechos al trabajador, o reducir notablemente su ámbito de protección, reducir sus remuneraciones a montos ínfimos, extender su horario de trabajo.

Este contexto pernicioso en que decayó el liberalismo determinó un movimiento crítico, con el cual se pretendía recordar la importancia de la *solidaridad*. El hombre es un ser social, que vive en el contexto de una comunidad en la cual es indispensable la cooperación y el respeto mutuo para una sana y justa convivencia.¹⁹⁵⁵ Aplicado al contrato, debía denunciarse el engaño que constituía la libertad e igualdad contractual, las cuales pasaron a ser principios meramente formales, sin ninguna correspondencia con la realidad de los hechos.¹⁹⁵⁶ Esta nueva perspectiva será denominada “solidarismo contractual”.

El solidarismo contractual surgió como resultado de un movimiento crítico del liberalismo clásico, que devino excesivamente individualista, y que surgió en Francia hacia fines del siglo XIX. El primer hito de esta nueva corriente se produjo el año 1896, cuando el abogado, político y Ministro de Estado francés LÉON BOURGEOIS publicó *La Solidarité* (París: Armand Colin, 1896), donde sostiene la existencia de “un lazo necesario de solidaridad entre cada individuo y todos lo y todos los demás”, destacándose que los hombres dependen los unos de los otros, y que “tal solidaridad es un hecho natural y social”.¹⁹⁵⁷

3.2. Premisas de esta doctrina

El solidarismo constituye la base filosófica de la llamada “Tercera República” de Francia, y su denominación se explica por su carácter más imparcial desde el punto de vista ideológico, con preferencia a las de “caridad” (religiosa) y “fraternidad” (sentimental).¹⁹⁵⁸ Constituyó un movimiento filosófico y político que recibió aplicación en el campo jurídico, y en este punto se manifiesta en el concepto de “solidarismo contractual” (concepto atribuido a DURKHEIM). Esta corriente

“cuestiona el dogma de la autonomía de la voluntad según la cual el individuo es el mejor defensor de sus intereses. Pone en duda la idea de que las partes sean las únicas que deban establecer la oportunidad del contrato, y que el hecho de que este sea negociado implique necesariamente que sea equilibrado, y que sea imposible intervenir en él en aras de la seguridad jurídica. Esta doctrina busca conciliar los

¹⁹⁵⁵ CÉDRAS (2003).

¹⁹⁵⁶ ALESSANDRI (1942), p. 13; CÉDRAS (2003). En el contexto de los procesos contractuales actuales de mayor envergadura se hacen necesarios grandes inversiones y recursos económicos, por lo que se recurre a la “externalización de la relación contractual”. Por ejemplo, solicitar recursos a entidades bancarias. Es por ello efectivo cuando se dice que “*en el mundo contemporáneo las formas de producción no igualan a las partes, porque requieren una suma de capitales y esfuerzos individuales en empresas de enorme envergadura. Los contratos más importantes no se dan entre individuos, sino entre agrupaciones de capitales por un lado y particulares por otro, o entre empresas. Por lo tanto, al menos desde una parte, los contratos adquieren un sentido colectivo y no se dan en marco aislado, sino en un contexto en que se conjugan intereses variados*”. DOMÍNGUEZ (1981), p. 153.

¹⁹⁵⁷ BERNAL – FANDIÑO (2007).

¹⁹⁵⁸ CÉDRAS (2003).

imperativos clásicos de la estabilidad y la seguridad jurídica con principios como la solidaridad, la proporcionalidad, la coherencia, entre otros”.¹⁹⁵⁹

El solidarismo contractual atacó el fuerte egoísmo que caracteriza la autonomía de la voluntad y proclama que el centro de tutela debe desplazarse desde el “individuo”, hacia la “colectividad”, recordando que el hombre es un ser social.¹⁹⁶⁰

Podrá deducirse que la postura asumida respecto del contenido filosófico que amparaba el proceso codificador sea completamente crítico y escéptico de las bondades que conlleva la autonomía de la voluntad, lo que puede confirmarse sobradamente con las lecturas de autores representativos de esta ideología, como lo fueron DUGUIT, SALEILLES y DEMOGUE; cada uno de ellos promueve una crítica hacia la noción individualista del “derecho subjetivo”, siendo el primero el más demoledor en sus estudios y más suavizado en los dos últimos.

En este punto, puede destacarse en el solidarismo contractual un fuerte espíritu humanitario, y que se encontraba llamado a “la defensa de los débiles económicos”.¹⁹⁶¹ Proclama que “el contrato debe ser un centro de la solidaridad, la amistad o el amor fraternal”.¹⁹⁶²

3.3. Críticas

Sus postulados recibieron aplicación concreta en la legislación de la época. Semejante fenómeno no sólo fue apreciable en Francia, sino en todos los demás países en las cuales fue progresivamente haciéndose presente fenómenos sociales de desigualdad económica; tanto en Europa como en América. Pero fue una consagración difícil y no exenta de controversias, las cuales tenían un trasfondo no solamente económico sino también político.

Esta doctrina fue inicialmente acusada de proclamar ideas no acordes al espíritu democrático y republicano imperante. Se la estimaba en tal sentido un exceso de progresismo que degeneraría el estado de la sociedad y de la política con sus postulados, bajo la creencia que el mercado constituía la única fórmula de autocorrección de las desigualdades presentes a la época.

Debe llamarse la atención que un actor decisivo para la incorporación de estas preocupaciones manifestadas por el solidarismo dentro de las políticas económicas y sociales, fue la Iglesia Católica, a través de las diversas encíclicas papales que fustigaron tanto los errores del liberalismo como del socialismo y luego del comunismo. La intervención de esta autoridad religiosa permitió progresivamente la revisión de los

¹⁹⁵⁹ BERNAL – FANDIÑO (2007), p. 17.

¹⁹⁶⁰ BERNAL – FANDIÑO (2007), p. 17. CÉDRAS (2003).

¹⁹⁶¹ LIRA (1956), p. 254.

¹⁹⁶² CÉDRAS (2003) n. 10.

principales márgenes intelectuales –muchos de ellos contradictorios– existentes en la discusión de la época.

3.4. Manifestaciones de sus efectos

Se estiman como materias en las cuales la influencia del solidarismo fue decisiva, la seguridad social y las pensiones.¹⁹⁶³ Del mismo modo, el contrato de arrendamiento se vio fuertemente afectado por esta filosofía a través de las leyes reguladoras de las rentas, en donde la autonomía de la voluntad parecía erigirse como fundamento para la estipulación de altos precios y restricciones al poder de liberación del arrendatario, a más de las reglas sobre desahucio, restitución y lanzamiento, en las cuales debía tenerse en consideración el importante rol social que cumplen estos contratos respecto de los no propietarios de inmuebles.¹⁹⁶⁴

Sin embargo, una de las materias más reconocidas en cuanto a su irrupción como referente crítico de la autonomía de la voluntad es el derecho del consumo y la consagración de derechos específicos protectores de los intereses de los consumidores, como la teoría de las “cláusulas abusivas”.¹⁹⁶⁵ Igualmente se potencia la noción de “orden público económico de protección”, a partir del cual se reordenan los estatutos laborales y de consumo a que hemos referido, y se estructuran las nociones de “abuso del derecho” y “abuso de la ley”.¹⁹⁶⁶

§ 4. RECONOCIMIENTO DE NUEVOS FUNDAMENTOS EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Finalmente, debe destacarse que la autonomía privada no sería el único sustento del derecho de los contratos. Esto, porque al lado de este principio deben reconocerse un conjunto de instituciones que aseguran directamente la *justicia conmutativa y distributiva* del contrato, como asimismo la *seguridad jurídica*, la *lealtad contractual* y la *autorresponsabilidad*¹⁹⁶⁷.

Esto significa que la sola libertad de la voluntad de los contratantes es insuficiente para juzgar un contrato como un acto justo. Éste deberá respetar una serie de valoraciones y principios, de igual e incluso superior mérito que la libertad.

¹⁹⁶³ CÉDRAS (2003).

¹⁹⁶⁴ Constata esta circunstancia, ALESSANDRI (1942), p. 18. El estatuto de las rentas de arrendamiento constituyó una de las materias más sensiblemente revisadas por el legislador durante el siglo XX, lo cual se justifica en la clara función social que desempeña este contrato, y especialmente en materia inmobiliaria, respecto de quienes no tienen la calidad de propietarios de los inmuebles en que viven y residen. Por otro lado, la gran dificultad jurídica de este procedimiento legislativo era su constitucionalidad, toda vez que la fijación de las rentas constituía una vulneración del derecho constitucional de propiedad sobre bienes incorpóreos.

¹⁹⁶⁵ BERNAL – FANDIÑO (2007), pp. 17-18.

¹⁹⁶⁶ CÉDRAS (2003).

¹⁹⁶⁷ Una exposición de estos principios, y su encadenamiento, en DE LA MAZA (2011), pp. 248-252.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

La autonomía de la voluntad ha sido relacionada con la filosofía liberal, atendido el contexto histórico y jurídico dentro del cual se manifiesta.

Se entiende que este principio se inspira en los valores de la libertad y la igualdad. En cuanto al primero, asume que los seres humanos tienen plena potestad, conforme sus intereses, para decidir si se vinculan jurídicamente con otros, celebrando actos y contratos, y que el acto máximo de libertad es la constitución de una obligación sobre el mismo individuo. En lo que respecta a la igualdad, asume que los seres humanos, en su calidad de tales, son iguales ante la ley y merecen la misma protección y respeto. La suma de estos valores en el ámbito de la contratación consistirá que el vínculo entre ellas es intrínsecamente justo.

A pesar de estas premisas, el principio de autonomía de la voluntad se vio envuelto en las críticas que el derecho privado sufrió durante el siglo XIX, período en el cual se manifiestan las principales dificultades sociales y jurídicas asociadas a la Revolución Industrial. Fue observado que la igualdad jurídica entre los contratantes no era factible si existía una desigualdad económica. También fue observado que en algunos contratos no existía realmente un flujo de libre consentimiento en la asignación del contenido del contrato, sino más bien su imposición como consecuencia de la acción de uno solo de los contratantes. Fuera de estas consideraciones jurídicas, se percibió que el liberalismo daba cuenta de una visión egoísta de la sociedad, donde no había mayor atención hacia el interés colectivo.

Tal escenario permitió el surgimiento de nuevas posiciones, las cuales apuntaban a que el derecho se basara en criterios solidaristas, en donde existiera pleno respeto por el individuo y la colectividad.

El resultado de estas posiciones doctrinarias es que el derecho de los contratos se viera nutrido de nuevos principios, no apoyándose en forma exclusiva en la autonomía de la voluntad.

LA CONTRIBUCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A LA JUSTIFICACIÓN DEL MODELO ECONÓMICO. UNA REVISIÓN CRÍTICA

SUMARIO: Sección 1: La autonomía de la voluntad y su manifestación normativa en el orden público económico: § 1. Mecanismos de manifestación del principio – **§ 2.** Reconocimiento implícito – **§ 3.** Reconocimiento explícito: 3.1. Algunas manifestaciones; 3.2. Principales observaciones – **§ 4.** Observaciones.- **Sección 2: Justificaciones económicas de la protección al principio de autonomía de la voluntad: § 1.** En cuanto a la distribución de los recursos: 1.1. Los particulares asignan los recursos con eficiencia; 1.2. Reducción de los costos estatales – **§ 2.** Concepción moral respecto de los particulares: 2.1. El ser humano sólo es libre si se permite contratar libremente; 2.2. La responsabilidad de los particulares será individual; 2.3. Significa un mayor cuidado en la asunción de riesgos; 2.4. La libertad de contratación da cuenta de una actitud de respeto del Estado por la autonomía valorativa de los particulares – **§ 3.** La posición que debe asumir el Estado: 3.1. En cuanto distribuidor de los recursos; 3.2. En cuanto legislador: 3.2.1. Fin social - 3.2.2. Fin económico - 3.2.3. Fin moral – **§ 4.** Resultado.- **Sección 3: Una discusión sobre la pertenencia del principio de autonomía de la voluntad al sistema económico de libertad de mercado: § 1.** Planteamiento – **§ 2.** Situación de estatutos jurídicos que defienden la economía centralmente planificada: 2.1. Estructura normativa fundamental; 2.2. Situación de la autonomía de la voluntad; 2.3. Elementos para la discusión.- **Sección 4: Síntesis.**

En esta parte del trabajo, se tratará sobre la manera en que el principio de autonomía de la voluntad es relevante desde un punto de vista económico.

En primer lugar, se destacará que esta importancia es asumida por el derecho, lo cual se manifiesta en la incorporación de este principio dentro de la estructura jurídica que da cuenta de esta visión económica, y que se conoce en forma general como “orden público económico”.

En segundo lugar, deberá justificarse, desde un plano económico, por qué se ha estimado necesario regular a tal nivel el principio, o asumir su presencia en este estatuto fundamental.

Cumplido lo anterior, se efectuarán algunas comparaciones en lo tocante a la manera en que se consagra este principio, en algunos regímenes caracterizados por seguir sistemas económicos de planificación central.

SECCIÓN 1:
**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SU MANIFESTACIÓN NORMATIVA EN EL ORDEN
PÚBLICO ECONÓMICO**

§ 1. MECANISMOS DE MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO

El principio de autonomía de la voluntad ha sido situado en el corazón de la parte dogmática dedicada a la construcción y planificación jurídico-institucional del sistema económico en el Estado, lo cual explica que algunos autores consulten si este principio se encuentra reconocido, a título más bien implícito, dentro de las constituciones.

Esta inquietud no constituye una novedad de nuestro tiempo, dado que tempranamente se postuló que la autonomía de la voluntad tuviese tal grado de importancia que era capaz de repercutir, “directa o indirectamente, el tipo de régimen político, social o económico imperante en un país dado y en una determinada época”¹⁹⁶⁸.

Así como ocurre con la consagración del principio de autonomía de la voluntad en el Código Civil, a nivel constitucional también es posible advertir dos clases de metodologías para su consagración, entre las cuales se identifica una “implícita” y otra “explícita”.

§ 2. RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO

La primera, que parece ser la fórmula clásica, postula que los principios jurídicos tienen una calidad *implícita*, con lo cual su reconocimiento se hace a partir de las normas constitucionales disponibles, y de la labor interpretativa desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia.

Esta clase de metodología se aprecia, por ejemplo, en el derecho español, en donde se sitúa el principio de autonomía de la voluntad dentro de la propia Constitución Política, según infieren de sus arts. 1.1¹⁹⁶⁹, 9.2¹⁹⁷⁰, 10¹⁹⁷¹ y 38¹⁹⁷². Respecto de estas disposiciones, se ha

¹⁹⁶⁸ PESCIO (1961), p. 119.

¹⁹⁶⁹ De acuerdo a esta norma: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Se ha sostenido que esta norma formula un reconocimiento directo de la autonomía privada, por vía de la consagración del derecho a la libertad individual, y dentro de la cual se sitúa a la autonomía y, como paradigma de ella, la libertad contractual. GUTIÉRREZ (2011), p. 214.

¹⁹⁷⁰ Dice esta disposición: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los

ensayado como explicación que la autonomía contractual constituye un mandato constitucional, porque “los sujetos que componen la sociedad civil de un orden jurídico deben disponer en la mayor medida posible de un instrumento (el contrato) para componer y coordinar sus respectivos intereses en la forma que más les convenga”¹⁹⁷³. En definitiva, al reconocerse constitucionalmente la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad y la libertad de empresa, ha quedado establecido el reconocimiento de la institución contractual¹⁹⁷⁴.

En cuanto al derecho chileno, la doctrina también ha podido constatar cómo la libertad contractual y la igualdad de las partes también encuentran su recepción en la Carta Fundamental¹⁹⁷⁵, considerando que han sido reconocidos y protegidos por el constituyente (Const. Pol., arts. 1.º, 19 N.º 4.º, 7.º, 21.º, 23.º, 24.º)¹⁹⁷⁶.

En apariencia, esta clase de interpretación podría estimarse reciente. Sin embargo, ello no es así, porque ya en la misma época en que la literatura civilista de inicios del siglo XX reconoció el principio de autonomía de la voluntad, adicionalmente acusaba que éste podía encontrar su fundamento normativo en la Constitución Política de 1925. Bajo esta normativa, se la estimaba consagrada a propósito de la protección de la propiedad y de la libertad de trabajo (Const. Pol. 1925, art. 10 N.º 10 y 14)¹⁹⁷⁷.

§ 3. RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO

¹⁹⁷¹ *ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. En cuanto a su cita como manifestación directa del principio de autonomía privada, GUTIÉRREZ (2011), p. 214.

Según el art. 10 de la Carta Fundamental española: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. // “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

¹⁹⁷² Por su parte, el art. 38 de la Constitución española avanza en lo siguiente: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Esta norma, a diferencia de las anteriores, constituiría un reconocimiento indirecto de la autonomía privada; GUTIÉRREZ (2011), p. 214.

¹⁹⁷³ CARRASCO (2010), p. 67.

¹⁹⁷⁴ DIEZ-PICAZO (2007), p. 143.

¹⁹⁷⁵ En este sentido: GUTIÉRREZ (2011), p. 214.

¹⁹⁷⁶ DOMÍNGUEZ (2012), p. 36; CORRAL (2018), p. 33. El análisis de estos preceptos, y su encadenamiento como el marco constitucional de la libertad contractual, en BARAONA (2015), pp. 116-119.

¹⁹⁷⁷ CLARO (1937), p. 116; ALESSANDRI (2015), pp. 11-12; VODANOVIC (1942), pp. 31-32. El mismo fundamento constitucional, se consulta en TOMASELLO (1984), p. 42.

La segunda, supone su aceptación *explícita* en la norma fundamental. Esto significa que existen algunos casos en los cuales la Constitución ha reconocido un determinado principio, declarándolo en tal sentido¹⁹⁷⁸.

3.1. Algunas manifestaciones

Este último sistema es el utilizado en algunos países que forman parte del sistema latinoamericano.

Tal es el caso de la Constitución Política de Perú de 1993, conforme aparece en el art. 2 N.º 14.º, el cual dice que toda persona tiene derecho “*a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*”.

Otro tanto ocurre en la Constitución de Ecuador. Ésta identifica la autonomía de la voluntad dentro de los llamados “derechos de libertad”, y en su art. 66 N.º 16.º señala que se reconoce y garantizará a las personas “*el derecho a la libertad de contratación*”.

3.2. Principales observaciones

Puede observarse que las expresiones constitucionales señaladas no parecen apuntar a un reconocimiento constitucional integral del principio de autonomía de la voluntad. En lugar de ello, lo que sí se asegura en el reconocimiento es la “libertad de contratación”.

Por tanto, lo que hace el constituyente en esos casos es reconocer que los seres humanos son libres para decidir si desean contratar o no. No se ha reconocido con jerarquía constitucional, por lo menos en forma explícita, la libertad contractual, es decir, aquella libertad para estipular todo aquello que estimen conveniente.

§ 4. OBSERVACIONES

Si esto es así, concordaría con el hecho que la autonomía de la voluntad se emparenta conceptualmente con dos derechos fundamentales básicos, cuales son la libertad y la igualdad. Esto explicaría que una adecuada protección de este principio jurídico implicaría que el Estado propicia el libre desarrollo de la personalidad, autorizando que las partes celebren los negocios jurídicos que estimen pertinentes, y bajo el contenido que ellas mismas pretendan imponer.

Incluso se ha planteado que existe una relación entre las variaciones experimentadas por la autonomía de la voluntad y la protección de la propiedad, indicándose que las

¹⁹⁷⁸ La distinción entre “principios explícitos e implícitos” es practicada por GUASTINI (1999), pp. 155-157.

modificaciones sufridas por el primero corresponden a las que la segunda se ha visto sujeta, la cual ha avanzado hacia la consagración de una “función social”, en ambos ámbitos¹⁹⁷⁹.

El diseño que el orden público económico chileno consagraría en la actualidad, se le describe como uno en que se protege la actividad económica privada y, por tanto se protege la voluntad e iniciativa privada, pero bajo la necesidad que esta última sea respetuosa de la acción estatal¹⁹⁸⁰.

SECCIÓN 2:

JUSTIFICACIONES ECONÓMICAS DE LA PROTECCIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En la parte anterior se ha comprobado cómo es que el ordenamiento constitucional ha promovido la incorporación del principio de autonomía de la voluntad dentro del llamado “orden público económico”. Sin embargo, no basta con una mera constatación de la consagración de un principio dentro del catálogo de normas fundamentales; es necesario revisar por qué tal consagración sería conveniente. Esta justificación se hará a partir de criterios de naturaleza económica, los cuales también decantarán en algunas consideraciones morales.

Los fundamentos que se abordarán a continuación pueden dividirse en tres. Ellos dicen relación con las necesidades derivadas de una distribución eficiente de los recursos, una concepción moral respecto de los particulares, y la actitud que debe desarrollar el Estado frente a estas circunstancias.

§ 1. EN CUANTO A LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS

En este punto, la autonomía de la voluntad se justifica porque permitiría acceder a un sistema eficiente de distribución de los recursos, y que disminuye los costos públicos.

1.1. Los particulares asignan los recursos con eficiencia

En primer lugar, se sostiene que la autonomía de la voluntad es

“una regla de eficiencia económica ineludible en sistemas de libertad de mercado, porque la optimización de los recursos y la satisfacción de las aspiraciones privadas

¹⁹⁷⁹ En este sentido: LEÓN (1991), p. 51.

¹⁹⁸⁰ DOMÍNGUEZ (2012), p. 36.

quedan mejor servidas si se entrega a sus protagonistas la competencia de decidir la asignación de los recursos de los que disponen”¹⁹⁸¹.

Bajo esta explicación, supone que este principio se reflejará de manera inevitable en los modelos capitalistas, ya que ambos giran sobre la base de la importancia que la iniciativa privada adquiere en virtud de la solución del problema económico.

1.2. Reducción de los costos estatales

Cuando es el Estado quien toma bajo su responsabilidad la asignación de los recursos en condiciones de exclusividad, genera una serie de costos que deberán ser asumidos en forma integral por éste. Esto dificulta la actividad estatal más que favorecerla, dado que las limitaciones de los recursos con que éste cuenta para el ejercicio de sus funciones públicas podrían conducir a un desequilibrio de la calidad de los servicios prestados por éste.

Es por ello que se asume que el principio de autonomía de la voluntad es

“un sistema de asignación de recursos que minimiza los costes públicos y que defiende que no deben invertirse recursos de los contribuyentes para realizar asignaciones de recursos que pueden ser conseguidas por los particulares a su propia costa”¹⁹⁸².

Bajo estos aspectos, se recuerda que la solución del problema económico se encuentra en el mercado, punto en el cual los distintos agentes económicos se encuentran, y pueden asignar se manera eficiente los pocos recursos disponibles, para la satisfacción de la mayor cantidad de necesidades presentes en la sociedad.

Sin embargo, resultará inevitable la inversión de recursos privados, incluso para proteger el sistema respecto de conductas que, aprovechando el contexto de libertad de mercado, pretendan apropiarse de éste y degeneren la libertad que lo caracteriza, por vía de la generación de oligopolios o de monopolios. La acción del Estado resulta cada vez menos excepcional¹⁹⁸³.

§ 2. CONCEPCIÓN MORAL RESPECTO DE LOS PARTICULARES

Al asumirse que la forma más eficiente de distribución de los recursos se encuentra en poder de los particulares, se efectúa un acto de confianza en las decisiones que estos sean capaces de formular en el proceso. Para que este esquema funcione, finalmente se adoptan algunas premisas que tienen un contenido moral.

¹⁹⁸¹ CARRASCO (2010), p. 67.

¹⁹⁸² CARRASCO (2010), p. 67.

¹⁹⁸³ Coinciden en el diagnóstico LACRUZ *et alt.* (2007), p. 331.

2.1. El ser humano sólo es libre si se permite contratar libremente

La doctrina voluntarista de los filósofos del siglo XVIII se dejará sentir no sólo en el plano moral, sino también en el *económico*. Esta perspectiva es la que caracterizará el proceso de Revolución Industrial, puesto que comienza a ser aceptado que el comercio se basa en la actividad ilimitada. Se entiende que el hombre no dará pruebas de iniciativa en sus empresas, sino en el caso que contrate libremente, regulando por sí solo, y a su solo antojo, sus actividades¹⁹⁸⁴.

2.2. La responsabilidad de los particulares será individual

El hecho que se asuma que el ámbito perfecto para el desarrollo de las actividades humanas se produce en un terreno de libertad, significa un compromiso respecto de los particulares. Este compromiso se traduce en que sólo ellos se verán responsables de las consecuencias de sus actuaciones en el plano económico.

Así, se sostiene que el principio de autonomía contractual implica

“una regla moral, conforme a la cual cada uno debe responsabilizarse de las consecuencias de su propia conducta, e internalizar los resultados prósperos o adversos que ello traiga consigo”¹⁹⁸⁵.

Con ello, el perfil que se quiere asignar a la autonomía privada se encuentra en la atención a las consecuencias de la decisión adoptada en cuanto a la necesidad de contratar o no. Como margen mínimo de protección del interés de los particulares, si estos entienden que el contenido del contrato no se ajusta a sus intereses, simplemente podrán dejar de contratar.

2.3. Significa un mayor cuidado en la asunción de riesgos

En relación a la idea anterior, el principio de autonomía de la voluntad importa

“una regla de justa distribución de los riesgos y permite la previsibilidad de los costes de las decisiones”, puesto que “el riesgo de que los intereses de las partes se modifiquen después del contrato no será decisivo para afectar a las obligaciones contraídas, y que cada parte debe internalizar y sufragarse tales riesgos”¹⁹⁸⁶.

Esta concepción implica que el ser humano tomará especialmente en cuenta su capacidad previsora, y específicamente hablando, adoptará las medidas de diligencia que sean suficientes para la obtención del efecto deseado, y de evitar las consecuencias que le sean desfavorables.

¹⁹⁸⁴ MAZEAUD (1960), p. 128.

¹⁹⁸⁵ CARRASCO (2010), p. 67.

¹⁹⁸⁶ CARRASCO (2010), p. 67.

2.4. La libertad de contratación da cuenta de una actitud de respeto del Estado por la autonomía valorativa de los particulares

Algunos autores conciben a la autonomía privada como

“una regla exigida por la neutralidad valorativa de un Estado constitucional, en el que nadie está en condiciones de dictar a los particulares los valores que éstos deban satisfacer en su vida privada o en sus negocios”¹⁹⁸⁷.

Este punto parece discutible, porque al suponerse implantado este principio en un modelo económico de libertad de mercado, queda precisamente impregnado del criterio valorativo presente en esa sociedad. Por lo demás, el sistema económico de libertad de mercado carece totalmente de neutralidad valorativa; éste se adecúa a un modelo económico que se afianza en determinados fundamentos filosóficos que no son neutrales, ni siquiera desde el punto de vista valorativo.

§ 3. LA POSICIÓN QUE DEBE ASUMIR EL ESTADO

Las concepciones descritas sobre la identificación del método más eficiente en la distribución de los recursos, y las concepciones morales asumidas respecto de los particulares, afectarán la función que le corresponde al Estado en el ámbito económico.

La función estatal es analizada desde dos perspectivas: en cuanto distribuidor de recursos, y en cuanto legislador.

3.1. En cuanto distribuidor de los recursos

Los fundamentos económicos que justifican la autonomía de la voluntad suponen una consideración más bien negativa respecto del papel que presta el Estado en la distribución de los recursos, debido a su propia naturaleza estructural.

Cuando se razona sobre la efectividad del papel estatal en la distribución de los bienes y servicios, se acusa algunos inconvenientes que se presentan por la naturaleza de su estructura, que es esencialmente jerarquizada.

Como lo sostiene CARRASCO, en estos sistemas,

“normalmente serán subóptimas las decisiones de asignación tomadas por aquellos que no internalicen las consecuencias favorables o adversas de estas decisiones, como serían los jueces, el legislador o los funcionarios con poder regulador”¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸⁷ CARRASCO (2010), p. 68.

Este punto llama la atención, puesto que ello insinúa que la mirada de los agentes jurídicos públicos y privados tiende a ser más limitada en el tiempo, al no tener las calidades suficientes para mirar a largo plazo las consecuencias de la manera en que se produce la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

3.2. En cuanto legislador

En lo que respecta al rol del Estado en su actividad legislativa, la autonomía de la voluntad contribuiría a la obtención de tres finalidades, que son sociales, económicas y morales.

3.2.1. *Fin social*

La tutela de la autonomía de la voluntad supondría un medio con el cual se evitaría caer en las antiguas divisiones sociales que fueron superadas por los movimientos revolucionarios del siglo XIX.

En este sentido, el ideario de la voluntad como elemento organizador de la actividad económica proviene de la aspiración de la clase social burguesa ascendente¹⁹⁸⁹, la cual aspiraba a la superación de los privilegios feudales y de las restricciones que habían caracterizado la actividad económica basada en las corporaciones y gremios¹⁹⁹⁰.

Pero también se asume que esta libertad también se extiende al mecanismo de solución del problema económico, dado que al asegurar el libre cambio de los bienes, la circulación y la distribución de la riqueza¹⁹⁹¹, desencadena como efecto que sea el mejor estimulante de la producción y el procedimiento más justo de repartición¹⁹⁹² y aseguramiento del bienestar¹⁹⁹³.

3.2.2. *Fin económico*

Otro factor estimado por esta vertiente como un obstáculo al comercio, lo constituían los monopolios fiscales y las aduanas interiores¹⁹⁹⁴. Estas prácticas surgieron durante la Edad Media, y caracterizaron a los nacientes Estados modernos.

Tratándose especialmente del sistema económico vigente en Chile, a comienzos del siglo XIX se observaban todavía monopolios ofrecidos por el Gobierno a los particulares, pero que no subsistirían más allá de finales del mismo siglo.

¹⁹⁸⁸ CARRASCO (2010), p. 67.

¹⁹⁸⁹ DIEZ-PICAZO (2007), p. 137.

¹⁹⁹⁰ LACRUZ *et alt.* (2007), p. 329.

¹⁹⁹¹ CLARO (1937), pp. 115-116.

¹⁹⁹² RIPERT/BOULANGER (1988), p. 20.

¹⁹⁹³ LÓPEZ (2010), p. 197. En definitiva, se afirma que el sistema de mercado asegura directamente el bienestar económico y social. STARBATTY (2004), p. 141.

¹⁹⁹⁴ LACRUZ *et alt.* (2007), p. 329.

Este escenario es el que justificaría una actitud más restrictiva a la intervención legislativa de la economía. Se estimó que la regulación no aporta nada más que el estancamiento, esfumando el sentido de responsabilidad, desalentando a la iniciativa y a la competencia¹⁹⁹⁵. Se dice que un exceso de medidas de limitación del principio redundan en que el comercio jurídico se haga imposible¹⁹⁹⁶.

3.2.3. *Fin moral*

Según fue explicado, la autonomía de la voluntad supone un acto de confianza hacia la responsabilidad personal en las decisiones económicas. Esta circunstancia se entiende asumida por el Estado a la hora de la introducción de medidas de regulación de naturaleza económica.

Bajo un modelo normativo caracterizado por la autonomía de la voluntad, se entiende que éste constituye

“un postulado de prudencia para un legislador de previsión intelectual limitada, y la experiencia enseña que el Ordenamiento genera sus propios *monstruos* cuando el ignaro legislador decide impedir en un extremo el acuerdo privado entre personas adultas y parejamente egoístas”¹⁹⁹⁷.

Esta mirada coincide con la reacción usualmente crítica y réproba de la actitud que el legislador tiene en el marco jurídico, pues se lo sindicaba como un elemento más bien susceptible de crear condiciones de desorden en el marco contractual, y que prefiere que éste adopte una mínima intervención en el plano económico.

Por tanto, lo que se busca prevenir, al asumir que los contratantes se encuentran en un plano de libertad e igualdad, son los escenarios de “paternalismo legislativo”, en los cuales el Estado desconfía de las capacidades de juicio de los particulares a la hora de asumir las consecuencias jurídicas de los actos que han celebrado.

§ 4. RESULTADO

Al privilegiarse la máxima libertad de comercio y la reducción de la órbita legislativa, marcarán el nacimiento del *liberalismo*¹⁹⁹⁸. En ella, parecen combinar “implícitamente” las

¹⁹⁹⁵ MAZEAUD (1960), p. 128.

¹⁹⁹⁶ ALESSANDRI (2015), p. 13. Sin embargo, la crítica formulada a esta afirmación (la desregulación del mercado), se encuentra en que un sistema de economía de mercado sólo puede desarrollarse en un Estado de Derecho, y cuya ausencia sólo degenera en corrupción. STARBATTY (2004), p. 142.

¹⁹⁹⁷ CARRASCO (2010), pp. 67-68.

¹⁹⁹⁸ MAZEAUD (1960), p. 128; RIPERT/BOULANGER (1988), p. 20; LÓPEZ (2010), p. 197.

reglas del *laissez faire* de la economía, con el *laissez contracter* del derecho de los contratos¹⁹⁹⁹.

Ello explica que la autonomía de la voluntad pudiere ser estimada como la vía más apropiada para la defensa de la libertad de mercado.

SECCIÓN 3:

UNA DISCUSIÓN SOBRE LA PERTENENCIA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD AL SISTEMA ECONÓMICO DE LIBERTAD DE MERCADO

§ 1. PLANTEAMIENTO

Si ponemos atención a la postura filosófica y jurídica que se ha construido alrededor del principio de autonomía de la voluntad, podría concluir que es privativo del sistema económico de libertad de mercado, o incluso en modelos mixtos, pero que en ningún caso se presentaría en modelos centralmente planificados. Se pensaría, a nivel preliminar, que la inexistencia de un mercado y de las fuertes restricciones dispuestas a la intervención de los particulares, serían un obstáculo para la autorización de un principio que permite la libre celebración y discusión del contenido contractual.

§ 2. SITUACIÓN DE ESTATUTOS JURÍDICOS QUE DEFIENDEN LA ECONOMÍA CENTRALMENTE PLANIFICADA

2.1. Estructura normativa fundamental

Tan sólo a título de ejemplo, consideremos el caso de Cuba, país que conserva hasta el día de hoy un modelo económico centralmente planificado. Pues bien, esta misma idea se manifiesta en su propio Código Civil, en donde queda en evidencia la manera en que dicho sistema se refleja, al pronunciarse respecto de una de las categorías jurídicas propias de los sistemas capitalistas o de libre mercado, como lo es el derecho de propiedad. Conforme dice su artículo 128:

“1. En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios e instrumentos de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre.

“2. Además de la propiedad estatal socialista, el Estado reconoce la de las organizaciones políticas, de masas y sociales, la de las cooperativas, la de los

¹⁹⁹⁹ LACRUZ *et al.* (2007), p. 329.

agricultores pequeños y la de otras personas jurídicas cuyos bienes se destinan al cumplimiento de sus fines, y garantiza la propiedad personal”.

En base a esta disposición legal, es a propósito de este derecho en donde el carácter ideológico del régimen económico cubano queda en evidencia, y viene en determinar dos premisas.

La primera de ellas, implica que el Estado es titular exclusivo de los medios de producción, con lo cual se revela quién es el que resuelve el problema económico en forma principal en dicho medio.

La segunda, se refiere a la importancia de suprimir toda forma de figura jurídica que implique “la explotación del hombre por el hombre”.

2.2. Situación de la autonomía de la voluntad

Empero, este carácter ideológico revelado a propósito de la titularidad del derecho de propiedad, no se observa en forma tan nítida cuando se trata del principio de autonomía de la voluntad. Esto se manifiesta a propósito de uno de los ámbitos en que este principio resulta presentado, cual es la libertad de contratación. Según indica el art. 312 del Código Civil de Cuba:

“En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario”.

El modelo jurídico previsto en Cuba permite la libertad de contratación²⁰⁰⁰, en términos tales que las partes quedan habilitadas para introducir las innovaciones que estimen convenientes, ya sea en cuanto a los elementos naturalmente previstos por la ley, como también la libertad de elección del tipo contractual²⁰⁰¹. Quizá la única particularidad se encuentra en que la única clase de limitación general que acepta, es la “ley”.

2.3. Elementos para la discusión

²⁰⁰⁰ Lo mismo ocurría con la ex URSS, según expone ALESSANDRI (2015), p. 12.

²⁰⁰¹ Esto último se refleja por la solución que el legislador cubano quiso asignar al problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos y las operaciones jurídicas.

En cuanto al régimen jurídico de los contratos atípicos, el art. 314 del Código Civil cubano indica que “[l]as relaciones contractuales que no están comprendidas en ninguno de los tipos de contratos regulados en este título, se rigen por las normas de los contratos más afines y por los demás preceptos y principios generales de este Código”.

Por su parte, respecto de las operaciones jurídicas, señala el art. 315 del mismo cuerpo normativo, que “[l]as relaciones contractuales integradas, total o parcialmente, por elementos relativos a diversas especies típicas de contrato, se rigen por las disposiciones de estos contratos, siempre que no contradigan el carácter específico de cada uno y el fin conjunto del contrato mixto de que se trate”.

La instauración de este principio en los modelos jurídicos centralmente planificados sugiere un problema, que es nuestra intención tratar en forma profundizada en una próxima publicación en la cual nos encontramos trabajando; ¿es acaso el principio de autonomía de la voluntad una categoría jurídica privativa de los sistemas económicos con predominio fuerte del mercado?

Preliminarmente, puede afirmarse que la autonomía de la voluntad constituye un principio cuya consagración es indispensable para el funcionamiento de las relaciones de derecho privado, y que es tan indispensable su reconocimiento y protección, que incluso en aquellos modelos económicos centralmente planificados que pretendieron derogarla, tuvieron que restaurar esos márgenes de libertad, como ocurrió precisamente con el caso de la ex URSS²⁰⁰².

Una cuestión que podría considerarse es que el principio jurídico de autonomía de la voluntad constituye un elemento tan crucial para el funcionamiento del derecho privado, que atraviesa cualquiera clase de sistema económico existente. Esto implicaría que la autonomía privada constituye una suerte de “derecho natural” dentro del derecho privado comparado.

Frente a esta afirmación, podría invocarse como prevención, el que los sistemas jurídicos existentes en el mundo económicamente planificado han utilizado algunos instrumentos y conceptos que existen en los modelos capitalistas, de modo que podría justificarse el uso de un mismo principio como el de autonomía de la voluntad. La otra posibilidad, se encuentra más bien en la órbita de las limitaciones reconocidas a este principio. Al utilizarse un mismo concepto y una misma manifestación, lo único que permitiría diferenciar sistemas jurídicos basados en un modelo centralmente planificado, respecto de los de libertad de mercado, deberían ser las limitaciones que reconocen uno y otro²⁰⁰³.

Con prescindencia del caso de la ley, podemos situar que el orden público tendría una connotación distinta en uno y otro sistema, sobre todo si consideramos la tendencia cada vez más repetida, de situar esta noción dentro de la órbita de la protección de ciertos intereses económicos, y que ha supuesto la instauración de la noción de *orden público económico*.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

La autonomía de la voluntad ha sido elevada a la calidad de elemento indispensable del derecho privado contemporáneo, integrando el denominado “orden público económico”. De

²⁰⁰² En este sentido: CLARO (1937), pp. 115-116.

²⁰⁰³ Respecto de la situación de la ex URSS., es la lectura que puede obtenerse de LEÓN (1991), p. 50.

este modo, el principio analizado se considera fundamental para justificar el funcionamiento de la actividad económica del Estado.

Su importancia en esta ubicación es tal, que se ha identificado este principio en las Cartas Fundamentales, las cuales han adoptado un criterio que apunta a explicitar aquellos principios y valores que forman parte de la esencia del Estado. En este proceso, se han incorporado elementos propios de la economía, como la libertad de asociación, de trabajo, o aquella para desarrollar cualquier clase de actividad económica lícita.

Particularmente, en los sistemas económicos de libertad de mercado se ofrecen algunos fundamentos para su reconocimiento normativo. Al efecto, se sostiene que la autonomía de la voluntad asegura que los particulares puedan asignar los recursos en forma eficiente, con reducción del gasto estatal. Tendría un refuerzo moral, porque la autonomía de la voluntad resalta la libertad del individuo, y el principio de responsabilidad como consecuencia de sus acciones.

Por último, debemos reconocer que el principio de autonomía de la voluntad parece reconocido no sólo dentro de los sistemas económicos de libertad de mercado, sino que figura asimismo en códigos civiles de países que practican la planificación estatal. Con todo, debemos formular algunas observaciones. En primer lugar, lo que suele consagrarse explícitamente es la libertad contractual. En segundo lugar, la reiteración de principios de corte liberal en códigos de naturaleza estatista puede justificarse por el origen común que mantienen los códigos de dichos países, y que finalmente se traduce en las codificaciones del siglo XIX.

TÍTULO III:

**EL PRINCIPIO JURÍDICO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE
LOS BIENES**

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: § 1. Contexto e importancia – **§ 2.** Plan de estudio.

§ 1. CONTEXTO E IMPORTANCIA

Cuando se analizan las funciones que cumplen los principios jurídicos, se postula que una de ellas es la de servir como *fundamento* del ordenamiento jurídico²⁰⁰⁴, o que éstos *informan* todo el ordenamiento²⁰⁰⁵. Esto significaría que los principios son considerados como un instrumento, el cual persigue orientar, es decir, guiar, las distintas fuentes formales que conforman el ordenamiento jurídico²⁰⁰⁶.

Conforme esta función, los principios jurídicos se relacionan con cada una de las restantes fuentes formales, sirviéndoles de guía, para así alcanzar el propósito de la unidad y coherencia que caracterizarían al ordenamiento jurídico. Inicialmente tienen una ubicación general, dada su función de orientación del ordenamiento jurídico. Pero luego, para ir dando la unidad, coherencia y armonía a esta estructura, necesariamente debe ir relacionándose con las fuentes formales en particular, las cuales requieren ser generadas y luego aplicadas de una manera coherente.

El resultado de esta interacción de los principios jurídicos con las restantes fuentes formales, es que los primeros se organizan en niveles que avanzan desde lo general a lo particular. El nivel más general sería el propio de aquellos principios que inspiran al ordenamiento jurídico en su totalidad, caso en el cual se las denominará “principios generales del derecho”. A medida que las fuentes formales van tratando cuestiones más específicas, estos principios se van haciendo más especiales. Siendo así, cada una de las fuentes formales queda integrada por un determinado principio. Es así que se terminan apreciando cómo la Constitución, o las leyes, o las normas administrativas, consagran normas que dan cuenta de la manifestación de un principio jurídico.

Esta organización de los principios jurídicos tiene un efecto en la ciencia del derecho. Cada una de las áreas en que se entiende dividida queda compuesta por sus respectivos principios, los cuales van informando cada una de las fuentes formales que las integran. Y

²⁰⁰⁴ DE CASTRO (1984), p. 420; Díez-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 148.

²⁰⁰⁵ BASCUÑÁN (1972), p. 104.

²⁰⁰⁶ Díez-PICAZO/GULLÓN (1994), p. 148.

en la misma manera en que fue expuesto, vemos aquellas ideas rectoras de una respectiva división, como podría serlo el derecho penal o el derecho privado, los cuales son valederos con prescindencia de las respectivas áreas y partes en que se componen, y se llega al punto de sostener que una determinada disciplina jurídica alcanza su verdadera autonomía cuando es capaz de ser construida a partir de principios y criterios que le son propios. Desde esta ubicación general, nuevamente se avanza hacia lo especial, y se advierte cómo dentro de esa área, sus respectivas divisiones contarán con algunos principios, los cuales igualmente aseguran alguna clase de identidad en relación a las demás.

Este trabajo ha dado cuenta de la posición que le corresponden a los principios generales del derecho, y de los distintos niveles en que se han organizado. En forma concreta, nuestra atención quedará centrada en el análisis de un principio jurídico que se encuentra ubicado dentro del derecho de los bienes, y que consiste de la *“libre circulación de los bienes”*.

Es posible constatar cómo la literatura jurídica ha progresivamente identificando los principios jurídicos que rigen al derecho privado, y los ha estudiado de forma minuciosa. En relación a lo anterior, se asume la existencia de ciertos “principios” que rigen al derecho de los bienes, y en particular el que se ha propuesto para su estudio. Conforme se tratará más adelante, se trata de un principio que se evidencia reiteradamente en el Mensaje del Proyecto de Código Civil (1855), e incluso con señalamiento de las manifestaciones de este principio, dentro del propio código, lo cual veremos constituye una peculiaridad en relación a otras clases de principios jurídicos allí consagrados. Sin embargo, y esto ocurrirá en forma muy notoria en la literatura dedicada al derecho de los bienes, no se aprecia un esfuerzo dirigido a la sistematización de sus principios, ni su análisis de manera pormenorizada. Esto lleva como resultado el relevante interés que reviste el trabajo desde un plano dogmático, dado que ofrece un punto de partida para el estudio de los principios que rigen al derecho de los bienes, y en especial el de libre circulación de los bienes.

Pero este interés no sólo debe encontrarse en el plano jurídico. El derecho en general, y especialmente en el área del derecho de los bienes, constituye una manifestación de las fuentes materiales, las cuales dan origen a las normas jurídicas, y contribuyen a la determinación de su contenido. Para este supuesto específico, significará que el derecho de los bienes importa una manifestación concreta del régimen económico existente en un Estado, a través de éste se han adoptado un conjunto de normas con las cuales se persigue fortalecer y proteger dicho régimen. Esta tutela, según podrá observarse más adelante, se plasma desde la Constitución al resto de las normas jurídicas. Y esta circunstancia compromete igualmente a los principios jurídicos, ya que ellos mismos se ven también influidos por la concepción que asuma la respectiva fuente material.

Por tanto, el trabajo pretende generar una propuesta de exposición y sistematización del principio jurídico de libre circulación de los bienes, y marcar un punto de partida hacia una construcción más elaborada de los principios jurídicos que rigen al Derecho de los Bienes.

§ 2. PLAN DE ESTUDIO

Para alcanzar este propósito, dividiremos esta parte en siete capítulos.

En primer lugar, ofreceremos una aproximación conceptual en torno a la noción de “libre circulación de los bienes”, a fin de anunciar el sentido terminológico en que será utilizado a lo largo de este desarrollo (**Capítulo I**).

En segundo lugar, se revisarán en forma detallada aquellos antecedentes normativos a partir de los cuales se ha pretendido identificar la presencia del principio (**Capítulo II**).

En tercer lugar, abordaremos la forma en que la Constitución y las leyes reconocen y protegen este principio (**Capítulo III**).

En cuarto lugar, deberá tratarse sobre el contenido valórico de este principio, y especialmente el fundamento de su reconocimiento en cuanto principio y su tutela (**Capítulo IV**).

En quinto lugar, admitida que sea la existencia del principio de libre circulación de los bienes, debe explicarse el contenido que le corresponde en tal calidad (**Capítulo V**).

Finalmente, tras la revisión conceptual y sistemática del principio, y reconocida su existencia, se justificarán las principales consideraciones tendientes a reconocerle una existencia autónoma (**Capítulo VI**).

Capítulo I:

UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA NOCIÓN DE “LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES”

SUMARIO: Sección 1: Un examen bibliográfico preliminar: § 1. Ausencia de propuestas: 1.1. En la literatura jurídica del siglo XIX; 1.2. La inserción conceptual en las obras jurídicas de comienzos del siglo XX; 1.3. La continuación del modelo en las obras jurídicas contemporáneas; 1.4. Una breve revisión comparada – § 2. La libre circulación de la riqueza como argumento hermenéutico – § 3. Las aproximaciones al principio se formulan en clave subordinada a otros principios o valores fundamentales: 3.1. Subordinación al derecho de propiedad; 3.2. Subordinación a la libertad de comercio; 3.3. Subordinación a la libertad – § 4. Su identificación directa como principio jurídico.- **Sección 2: Una propuesta descriptiva: § 1.** Libre: 1.1. Ante el propietario; 1.2. Respecto de terceros; 1.3. Respecto del legislador – § 2. Circulación – § 3. Riqueza.- **Sección 3: El resultado.- Sección 4: Síntesis.**

La libre circulación de los bienes se trata de un principio cuya conformación parece asumirse en forma más o menos general, pero carece de una clara conceptualización, por lo menos la suficiente para constatar una construcción mucho más acabada.

A fin de contribuir al esclarecimiento de este punto, revisaremos las obras disponibles, para luego trabajar sobre la base terminológica que se ha empleado para su presentación, y finalizando con una propuesta conceptual.

SECCIÓN 1:

UN EXAMEN BIBLIOGRÁFICO PRELIMINAR

Una mirada al estado bibliográfico presente en el derecho privado previene respecto de un proceso paulatino en la exposición de la disciplina.

§ 1. AUSENCIA DE PROPUESTAS

1.1. En la literatura jurídica del siglo XIX

Las obras más clásicas del derecho civil chileno suelen omitir del todo una exposición general acerca de los principios jurídicos. Estas obras se caracterizaron, en general, por introducir repeticiones más o menos literales y sintéticas del Código Civil.

Por tanto, la primera constatación apunta a una total ausencia de estudio en torno a la libre circulación de los bienes, por la inexistencia de una exposición general en torno a los principios jurídicos que rigen al derecho civil o al Código Civil.

1.2. La inserción conceptual en las obras jurídicas de comienzos del siglo XX

Esta clase de procedimiento es usual en las obras clásicas, y se extendió a las primeras obras sistemáticas de la disciplina²⁰⁰⁷.

En todo caso, estos mismos autores no ignoran la existencia de los “principios”, como se constata en sus explicaciones relativas a la interpretación de la ley y, específicamente, a propósito del análisis del elemento sistemático de interpretación, que se hace radicar en el art. 24 CCCh.²⁰⁰⁸

Incluso, hay quienes aprovechan este precepto legal para señalar que

*“[e]s espíritu general de la legislación, por ejemplo [...] facilitar la circulación de los capitales”*²⁰⁰⁹.

1.3. La continuación del modelo en las obras jurídicas contemporáneas

Existe un segundo nivel de obras, que consisten en aquellas que sí ofrecen una exposición general de los principios que rigen al derecho civil y al Código Civil, pero que incluso en este punto omiten todo pronunciamiento sobre la existencia de este principio²⁰¹⁰.

Bajo esta dinámica, la única explicación que podría justificar esta ausencia es que la libre circulación de los bienes no se estime un principio general de la disciplina –ni aparentemente del Código Civil–, sino que sólo rige un determinado ámbito. Incluso podría conjeturarse la ausencia de interés por su tratamiento.

Tratándose de las obras dedicadas al derecho de los bienes, se caracterizan por la ausencia de un ejercicio de construcción sistemática de los principios que la rigen²⁰¹¹. Esta omisión

²⁰⁰⁷ Para ello, se pueden revisar todos aquellos puntos en los cuales se estudia la formación y méritos del Código Civil chileno. En este sentido, pueden consultarse ALESSANDRI (1941), pp. 14-19; VODANOVIC (1945), pp. 37-75.

²⁰⁰⁸ Es el caso de ALESSANDRI (1941), p. 41, donde menciona que el art. 24 CCCh. alude a “*los principios de derecho teórico ideal que llamaremos derecho natural*”.

²⁰⁰⁹ VODANOVIC (1945), núm. 272, p. 204.

²⁰¹⁰ Es lo que ocurre en DUCCI (1980), pp. 28-45.

²⁰¹¹ En estas obras, el modelo sistemático de su exposición comienza con la definición de “cosas” y “bienes”, para luego avanzar hacia las diversas clases de bienes, y luego continuar con los modos de

pareciera concentrarse sólo en esa área, puesto que la doctrina ha logrado sistematizar los principios que rigen en las restantes disciplinas civilistas, según hemos podido revisar.

Al igual que lo que ocurre con el primer grupo de obras descrito, no les resulta extraña la referencia a la libre circulación de la riqueza como un “principio”²⁰¹², e incluso se sostenga que “es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico”²⁰¹³.

1.4. Una breve revisión comparada

Esta clase de dificultades no sólo es propia de la literatura chilena, la cual se inspiró en su exposición en las obras francesas de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. En varias obras disponibles en el extranjero también se acusa un proceso que comprende un análisis general de los principios generales del derecho, pero que en el ámbito del derecho de los bienes no existe.

En general, tienden a extrañarse modelos de organización sistemática en las cuales se constaten cuáles son los principios jurídicos que rigen a la disciplina, lo cual genera el concepto equívoco de no visualizarse una estructura interna ordenada y clara en cuanto a los valores e ideas detrás de las normas que las componen.

§ 2. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LA RIQUEZA COMO ARGUMENTO HERMENÉUTICO

Aquellos autores que se refieren a éste tienden a hacerlo normalmente a un nivel asistemático, a título de fundamento para defender una determinada posición que compromete la libre circulación de los bienes.

El modelo de invocación consiste en tratar un determinado asunto jurídico en que la respuesta pudiese generar algún grado de compromiso de la libre circulación de la riqueza. Constatado el problema, el intérprete procede normalmente a defender su perspectiva, invocando una serie de argumentos, y entre éstos se encuentra su relación con la libre circulación de la riqueza.

En este esfuerzo, el jurista califica la libre circulación de la riqueza como un principio, el cual impediría que una determinada institución pueda ser interpretada en términos que la vulneren.

Esta clase de proceso se utiliza a propósito de la discusión de la validez de las cláusulas de no enajenar²⁰¹⁴, o la instauración de una acción de partición de bienes en calidad de

adquirir el dominio. Es el caso de ALESSANDRI (1937), p. 5; VODANOVIC (1957), pp. 5-6; ROZAS (2000), pp. 3-9; BARCIA (2008), p. 11; PEÑAILILLO (2013), pp. 11-19; BARCIA (2013).

²⁰¹² En este sentido, PEÑAILILLO (2013), núm. 61, p. 140; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 74, p. 59.

²⁰¹³ PEÑAILILLO (2013), núm. 61, p. 140.

imprescriptible. En todos estos casos, se identifica a una institución jurídica que posee algunos componentes que podrían, o significar una limitación gravosa de este principio, o que sólo podría entenderse operativa porque se persigue la protección del principio.

Como se apreciará, el recurso a los principios jurídicos tiene un evidente contorno hermenéutico, pero que no pasa a significar un ejercicio de sistematización, que persiga situar o calificar a la libre circulación de la riqueza como un principio que rige no sólo en la materia analizada por el intérprete, sino más bien como un principio general.

Otra peculiaridad es que esta clase de ejercicios no implica necesariamente un tratamiento profundo respecto del sentido y significado que le corresponde. Todas las referencias que se pueden aportar respecto de ella se encuentran subordinados a la cuestión jurídica que se pretende solucionar.

§ 3. LAS APROXIMACIONES AL PRINCIPIO SE FORMULAN EN CLAVE SUBORDINADA A OTROS PRINCIPIOS O VALORES FUNDAMENTALES

En algunas obras tiende a existir una expresión más elaborada en torno a la libre circulación de los bienes, pero éste carece de independencia desde el plano conceptual. Esto ha ocurrido por su vinculación con la tutela de la propiedad, a la libertad de comercio, o con la libertad en cuanto valor o ideología defendida por el Código Civil.

3.1. Subordinación al derecho de propiedad

La primera aproximación que se formula a la libre circulación de los bienes es por vía de su vinculación con el derecho de propiedad, de modo que se lo estudia a propósito de la identificación del principio de “derecho de propiedad”²⁰¹⁵ o de “absolutismo dominical”²⁰¹⁶. Como se apreciará más adelante, la libre circulación constituye un estándar de limitación a la propiedad.

Este “principio” es descrito por PINTO, indicándose:

“Propiedad privada, individualista, absoluta, casi libre de trabas, fueron los caracteres que la Revolución Francesa imprimió a la propiedad o dominio, en violenta reacción al sistema feudalista imperante. El Código Civil chileno recoge este ideario político y económico, como se pasa a demostrar”²⁰¹⁷.

²⁰¹⁴ PEÑAILILLO (2013), núm. 61, p. 140.

²⁰¹⁵ LIRA (1956), p. 67.

²⁰¹⁶ PINTO (1972), núm. 13, p. 59.

²⁰¹⁷ PINTO (1972), núm. 13, p. 68. Con anterioridad, ya constataba esta circunstancia LIRA (1956), p. 67. Coincide en el fundamento de reacción frente al sistema feudalista y moderno, SOZA (2004), p. 79.

El autor en comentario señala que propio del absolutismo dominical es que las limitaciones del dominio “sólo podían emanar del dueño: manifestación del individualismo jurídico”²⁰¹⁸. Con todo, rápidamente advierte que esto sólo es efectivo en el entendido que cualquiera clase de limitación que el propietario pretenda introducir a su dominio tenga la calidad de ser temporal²⁰¹⁹, “para así evitar la inmovilización de las propiedades en unas mismas manos (las llamadas “manos muertas”)²⁰²⁰, y entre las medidas que apuntan a ese propósito, recuerda que el Código Civil evita “la perpetuidad vinculatoria en el dominio”, por vía de la prohibición de los fideicomisos y usufructos sucesivos²⁰²¹.

En segundo lugar, menciona que el legislador ha promovido “la circulación de la riqueza”, y la necesidad de evitar “su estancamiento en el funesto sistema de las manos muertas (acumulación de la riqueza en manos de corporaciones perpetuas, que no podían disponer de los bienes)”²⁰²², motivo por el cual consagró “implícitamente” que la facultad de disponer tuviere el carácter de “orden público”²⁰²³, y que se tradujo como medida específica en la licitud sólo temporal y basada en un interés legítimo de las cláusulas de indisponibilidad²⁰²⁴.

Dados los términos en que se ha descrito el derecho de propiedad consagrado en la codificación, tanto francesa como chilena, existe a su alrededor un trasfondo de orden filosófico, y que incluso justifica que la libre circulación de la riqueza tenga una función moderadora del derecho de propiedad. Esta clase de razonamiento se constata por PORTALIS, quien explicaba:

“La verdadera libertad consiste en una combinación sabia, en una feliz armonía entre los derechos individuales y la conveniencia pública. Hay que impedir que la libertad degeneren en licencia. Debemos ser libres bajo la protección de la ley, pero nunca para usar de la libertad en contra de la ley”²⁰²⁵.

Cabe anunciar, según se estudiará a propósito del principio de tutela jurídica de la propiedad, que las bases filosóficas y económicas detrás han ido cambiando notoriamente durante el curso de los años. Y, aunque la estructura básica del Código Civil permanece incólume a estos cambios, la evolución constitucional da cuenta de esas tensiones, y que subsisten hasta el día de hoy²⁰²⁶, a propósito de las posibilidades de la reforma constitucional integral.

²⁰¹⁸ PINTO (1972), núm. 13, p. 69.

²⁰¹⁹ PINTO (1972), núm. 13, p. 69.

²⁰²⁰ PINTO (1972), núm. 13, p. 69.

²⁰²¹ PINTO (1972), núm. 13, p. 69.

²⁰²² PINTO (1972), núm. 13, p. 69.

²⁰²³ PINTO (1972), núm. 13, p. 69.

²⁰²⁴ PINTO (1972), núm. 13, p. 69.

²⁰²⁵ LIRA (1956), p. 68.

²⁰²⁶ Una revisión histórico-jurídica sobre estas tensiones, puede consultarse en RÍOS (2010); FERRADA (2015); CRISTI/RUIZ-TAGLE (2015); RUIZ-TAGLE (2016); CORVALÁN (2016), pp. 29; CORDERO (2017).

3.2. Subordinación a la libertad de comercio

Fuera de esta exposición, también se ha expresado que el principio en comentario “forma parte de un principio de orden público, el de la libertad de comercio”²⁰²⁷, y que “constituye la regla general en nuestro derecho”²⁰²⁸.

En cualquiera de las maneras en que se ha planteado se ha conseguido explicar en qué consiste la libertad de comercio. Únicamente se insiste en que forma parte del orden público, y que contribuye al desarrollo económico del país.

3.3. Subordinación a la libertad

Finalmente, se aprecian algunas menciones en las que la libre circulación de la riqueza queda concentrada dentro de un conjunto de *ideologías*²⁰²⁹ o del *espíritu general*²⁰³⁰ que inspiran al Código Civil, entre las cuales se encuentra la “libertad”²⁰³¹, y que en el ámbito de la propiedad se refleja en que ésta constituye una libertad que fue emancipada de las restricciones feudales y de otras inmovilizaciones, “asegurando su libre circulación”²⁰³².

§ 4. SU IDENTIFICACIÓN DIRECTA COMO PRINCIPIO JURÍDICO

La constatación de la libre circulación de los bienes como un principio sistemáticamente diferente de la tutela de la propiedad, e incluso su reconocimiento como un principio general del derecho civil es escaso²⁰³³.

En una de las obras donde se trata el asunto, se describe a la libre circulación de los bienes como un “principio propio del Código Civil”²⁰³⁴, para diferenciarlo de los “principios generales del derecho presentes en el derecho civil”²⁰³⁵; ambas categorías, a su turno, se entienden formar parte de los llamados “principios fundamentales del derecho civil”²⁰³⁶.

Yendo a la descripción del principio, se lee lo siguiente:

²⁰²⁷ VODANOVIC (1957), núm. 211, p. 161; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 74, p. 59.

²⁰²⁸ VODANOVIC (1957), núm. 211, p. 161; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 74, p. 59.

²⁰²⁹ TAPIA (2005), núm. 11, p. 37.

²⁰³⁰ GUZMÁN (1982), p. 455.

²⁰³¹ TAPIA (2005), núm. 11, p. 37.

²⁰³² TAPIA (2005), núm. 11, p. 37.

²⁰³³ ROSENDE (2002), p. 173; PARADA (2012), p. 38; ROSENDE (2015), p. 94.

²⁰³⁴ PARADA (2012), p. 38.

²⁰³⁵ PARADA (2012), p. 33.

²⁰³⁶ PARADA (2012), p. 33.

“Fue una idea central de don Andrés Bello el evitar el estancamiento de la propiedad raíz, lo que partió con la abolición de los mayorazgos y los privilegios hereditarios. Conforme a este ideal, la circulación libre de los bienes conlleva un aumento de la riqueza”²⁰³⁷.

El autor propone la libre circulación de la riqueza como un principio jurídico, el cual ha sido consagrado de manera especial por el Código Civil, y que su manifestación perseguía un determinado propósito. Éste consistía en evitar que la propiedad inmobiliaria quedara en un estado de inmovilidad en el tráfico. Puede notarse de inmediato la fuerte reducción del principio, tan sólo a la manera en que deben circular los bienes raíces, omitiendo referencia alguna a la necesidad de proteger este principio respecto de los bienes muebles.

Otro detalle relevante consiste en que el autor no define qué se entiende por libre circulación de la riqueza, pero indirectamente parece traducirlo en términos negativos; el legislador “debe evitar” el estancamiento de los bienes. El aspecto que sí ha indicado de manera directa y explícita, es que el principio persigue un fin económico, el aumento de la riqueza”.

SECCIÓN 2: UNA PROPUESTA DESCRIPTIVA

Dado que el legislador ha hecho uso de una categoría jurídica que no ha definido normativamente, y opera sobre una base general, a título de un principio jurídico, se estima necesario analizar cada una de las expresiones en que se apoya.

§ 1. LIBRE

A partir de las sucesivas exposiciones que el legislador formula en los Mensajes de Proyectos de ley que hemos recopilado, se aprecia que existe un atributo bajo el cual deberá obrar la circulación de la riqueza; ella debe ser “libre”. Por tanto, en esta primera parte de la enunciación se manifiesta conceptualmente cuál es el propósito y el estándar bajo el cual se entenderá el objeto de protección en virtud del principio.

Bajo esta dinámica, se entiende que esta circulación será “libre” en la medida que tenga lugar sin restricciones ni limitaciones. Bajo esta idea preliminar, se ha levantado un estándar bajo el cual deberá funcionar el tráfico jurídico de los bienes, y que debe ser abordada desde los tres planos en que se refiere por el legislador; desde la óptica del propietario, respecto de terceros, y también desde la intervención legislativa.

²⁰³⁷

PARADA (2012), p. 62.

Este estándar, por lo demás, pretende alzarse precisamente en contra de los modelos feudales, caracterizados por las fuertes limitaciones a la libertad de dominio²⁰³⁸.

1.1. Ante el propietario

Desde el punto de vista del propietario, este principio se erige como una reacción al ejercicio de las facultades dominicales, partiendo de una determinada premisa.

La premisa bajo la cual ha sido concebida la propiedad, ha sido uno en que las facultades que emanan de éste pueden ser ejercitadas “*arbitrariamente*” (CCCh., art. 582). Esta expresión permite la justificación de un modelo de actividad por parte del propietario que es de naturaleza inicialmente libre, puesto que no requiere justificar circunstancia alguna para comportarse de aquellas maneras en que se entiende ser propietario de un bien, y que sólo reconoce como limitaciones aquellas impuestas por la ley o el derecho ajeno (CCCh., art. 582).

Al comprender el dominio en estos términos, el legislador entiende que la propiedad constituye un instrumento jurídico de expresión de la propia voluntad del sujeto. Entendiéndolo como un ser dotado de libertad y voluntad, éste puede expresarse en el ámbito jurídico, en relación con sus bienes, de la manera que estime más conveniente. Y bajo esa lógica, puede comportarse de manera irracional respecto de sus bienes, a través de su destrucción, dado que en su solo patrimonio el propietario sólo debe preocuparse de sí mismo, y responde frente a sí mismo; expresión de esto último es que el riesgo de las cosas que se han incorporado al patrimonio sólo se asumen por el propietario.

Pero la propiedad no sólo admite estos comportamientos irracionales. También se manifiesta bajo condiciones de fuerte razonabilidad, lo cual hace a través de la inserción de limitaciones a sus facultades. Constituye claramente una dimensión filosófica, que implica justificar la libertad humana por su capacidad para autogobernarse; puede limitarse a sí mismo. Tiene una capacidad de disposición que no sólo se extiende a los actos que pueda celebrar entre vivos, sino también a que su voluntad se exprese y surta efectos incluso para después de sus días; y podrá hacerlo ya sea a título oneroso o gratuito.

Frente al derecho de propiedad, el cual se ejercita inicialmente en un marco de libertad, el legislador no introduce precisamente medidas de estimulación a esa libertad. No pretende facilitar especialmente el desarrollo de las facultades dominicales, toda vez que insistir en nuevas medidas que estimulen la libertad en el ejercicio de las facultades dominicales habría significado una reiteración innecesaria. Lo que sí hace el legislador es evaluar críticamente cuáles son las implicancias que tiene ese ejercicio libertario, porque entiende que significarán un compromiso grave a los intereses de terceros, y frente a ello es que adopta algunas medidas de acción.

²⁰³⁸

GUZMÁN (1982), p. 455.

Esta crítica no se produce por la sola circunstancia de la libertad que se esconde en la propiedad. El legislador no ha condenado la libertad en sí misma. Lo que sí critica es que existen manifestaciones de esa libertad que no generan consecuencias favorables, conforme al estándar que ha intentado reconocer, cual es la protección de los intereses de terceros. Hasta cierto punto, también pareciera aceptar que esta libertad podría ir incluso en el propio perjuicio del propietario, dado que lo desincentiva de aprovechar a plenitud los atributos de los bienes en los cuales ha introducido las respectivas restricciones.

1.2. Respeto de terceros

La libre circulación de la riqueza tiene un punto de contacto y que permite justificar su función protectora. Esta protección se explica por el compromiso de los intereses de terceros.

Este compromiso se produce porque el legislador percibió que ciertas instituciones jurídicas, basadas en el ejercicio libre de las facultades dominicales, determinaban la generación de bienes que se encontrarían sujetas a limitaciones cuya extensión temporal no dependían de forma alguna de su voluntad, sino que eran preconcebidas por el antiguo propietario. En virtud de lo anterior, los terceros se encontraban en la necesidad de tolerar estas limitaciones.

Estas limitaciones, en algunos casos, podrían significar la interrupción abrupta del curso del tráfico de bienes. Los procesos de transferencia de bienes funcionan en una calidad sucesiva, sin interrupciones, de modo que en virtud de una serie de hechos y actos jurídicos, que se producirán entre vivos o por causa de muerte, distintas personas se convertirán en dueñas de ese mismo bien. Este proceso se extenderá indefinidamente, mientras exista el bien, y tiene la peculiaridad de tratarse de un proceso que, en general, tiene la vocación de avanzar hacia adelante, sin retrocesos. Por el contrario, el modelo en que se apoyan ciertas figuras limitativas puede engendrar como efecto que este proceso sucesivo sufra una detención, y que incluso se revierta, en favor de una persona que no había participado de manera alguna del proceso de transferencia de los bienes. De esta manera, las limitaciones introducidas llevan consigo la reasignación de un bien, bajo un margen de anormalidad en relación con el tráfico jurídico que, ordenada y sucesivamente, había tenido lugar hasta ese momento.

Estas limitaciones pueden suponer la adopción de medidas de limitación en la duración de los derechos de propiedad, las cuales podrían tener la potencialidad de extenderse indefinidamente en el tiempo. Esto es lo que ocurre en el problema específico de las condiciones indeterminadas, en las cuales no ha sido precisado en qué tiempo se entenderán fallidas. Por tanto, el adquirente del bien carece de certeza de la extensión efectiva de sus derechos sobre el bien comprometido.

Todas estas limitaciones que se introducen a la propiedad tienen alguna clase de implicancia que se constatan a nivel subjetivo. Así, se acusa que esta clase de procedimientos conducen, en forma irremediable, a que disminuya el interés de las

personas por conservar los bienes y propender a su mejoramiento. Entendiendo que no es seguro que conserven en forma perpetua su dominio, y que éste desaparezca en cualquier momento, no tratarán de invertir recursos respecto de esta clase de bienes. Al no proceder de esta manera, los bienes pasan a descuidarse, y a ser progresivamente menos atractivos para terceros que pudieren encontrarse interesados en su adquisición. Adicionalmente, estos mismos terceros ni siquiera intentarán de plano su adquisición, por el carácter limitado en que se encuentra el dominio.

1.3. Respetto del legislador

El panorama que se ha descrito constituye el trasfondo sobre el cual el legislador especula, y teme que se materialice en la realidad. Es por ello que el legislador ha adoptado una postura de reacción, pero lo ha hecho a través de un sistema de naturaleza ponderativa.

Se trata de un modelo de ponderación porque en la generalidad de las veces acusa un conflicto de intereses en juego, y que en rigor se trata de una colisión entre dos principios, cuales son la libre circulación de los bienes y la tutela de la propiedad. Esta clase de situación se hace del todo evidente en la consagración de figuras jurídicas que, a pesar de su carácter anacrónico, el legislador decidió mantenerlas de todos modos, como ocurre con los fideicomisos y usufructos sucesivos. También ha acudido a ellas para regular fenómenos jurídicos tradicionales en que se requiere su conclusión pronta, como ocurre con la acción de partición de bienes y la caducidad de las condiciones.

A través de estas situaciones, la intervención legislativa no apunta, como ha sido indicado, a fortalecer la libertad en el ejercicio de las facultades dominicales. En su lugar, se ha preferido introducir elementos de restricción, los cuales impidan la generación de titularidades bajo carácter incierto y sujetas a una prolongación indefinida.

Estas herramientas en que se apoya el legislador no constituyen mecanismos carentes de una explicación. Se entiende y se ha explicitado que la libre circulación de los bienes tiene una finalidad, cual es la estimulación de la riqueza. Para ser más precisos, apunta a que la riqueza se incremente y pueda ser disfrutada por la colectividad o, por lo menos, que éstos tengan la posibilidad de acceder a la riqueza que el proceso de intercambio trae consigo. Esta riqueza se entiende generar de dos formas distintas, según nos encontremos en la órbita del derecho civil o mercantil, porque el primero se estima que su riqueza se encuentra en la posibilidad que tenga cualquier persona de adquirir bienes y servicios, y a través de su adquisición pueda satisfacer sus necesidades individuales; la segunda, plantea derechamente que su propósito es el incremento del lucro o ganancia.

§ 2. CIRCULACIÓN

Al formularse el principio jurídico, se ha destacado que ha sido previsto un propósito, el cual sirve de estándar para todas las normas que se dicten en un determinado ámbito. La

libertad que se busca proteger por parte del legislador consiste en la “circulación”, la cual se verá que se produce respecto de los bienes.

Por “circulación” se debe entender una alusión al tráfico jurídico, al intercambio de bienes. Por tanto, comprende los más diversos hechos y actos jurídicos sobre los bienes, en un proceso complejo que comprende la transferencia y transmisión de bienes, la concesión de la mera tenencia respecto de estos bienes, e incluso su aprovechamiento como cauciones. Este tráfico debe ser regulado en lo relativo a la incorporación de los bienes y derechos en el patrimonio, los poderes que pueden ser ejercitados sobre estos al producirse su incorporación, y las condiciones en que estos bienes saldrán de dicho patrimonio.

De acuerdo con estas explicaciones, la circulación de los bienes constituye un proceso altamente complejo, en donde el derecho de los bienes se vincula con el derecho de las obligaciones y los contratos. Su complejidad será mayor o menor, según lo sea la adquisición de los bienes.

A su turno, la “circulación”, que implica movimiento de la riqueza, se opone directamente a “su acumulación en pocas manos”²⁰³⁹ y los escenarios llamados “bienes de manos muertas”²⁰⁴⁰.

Cabe destacar que por el acento en este punto, es que se aprecia que minoritariamente se habla del “principio de la libertad de disposición”²⁰⁴¹, o “libre enajenación de las cosas”²⁰⁴², o “libre enajenación de la propiedad”²⁰⁴³. La descripción pone su acento en que el elemento en juego consiste en el ejercicio apropiado de la facultad de disposición, lo cual explica que todo el tratamiento sobre el principio de libre circulación de la riqueza se haga a propósito de lo relativo a las limitaciones convencionales de esta facultad.

Incluso a tal punto se produce esta asimilación que se ha dicho que “en Chile la facultad de la libre enajenación es un derecho de la ciencia del derecho de dominio”²⁰⁴⁴.

§ 3. RIQUEZA

Finalmente, se aprecia que el principio jurídico aquí propuesto plantea la necesidad de proteger la forma (“libre”) en que se desarrolla una determinada actividad (“circulación”). Pero existe un elemento o sujeto que es aquel que origina la actividad. Tal objeto es la “riqueza”.

²⁰³⁹ GUZMÁN (1982), p. 455.

²⁰⁴⁰ GUZMÁN (1982), p. 455; ELORRIAGA (2015), núm. 428, p. 417.

²⁰⁴¹ VODANOVIC (1957), núm. 211, p. 161; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 74, p. 59, aunque más adelante la llama “libre circulación de los bienes”.

²⁰⁴² ALESSANDRI (1949), núm. 187, p. 171.

²⁰⁴³ ALESSANDRI (1937), p. 26.

²⁰⁴⁴ ALESSANDRI (1937), p. 26.

Por tal el legislador no se refiere a la protección del lucro o la ganancia. Aquí emplea la expresión “riqueza” como un sinónimo no técnico de “bienes”. Es por ello que los autores enuncian igualmente este principio como “libre circulación de los bienes”²⁰⁴⁵. De todos modos, siguen viéndose exposiciones que la llaman “libre circulación de la riqueza”²⁰⁴⁶.

Bajo esta noción, deben ser comprendidos la integridad de los bienes, con prescindencia de su naturaleza específica. Por tanto, se persigue que tanto los bienes muebles como inmuebles, corporales o incorporeales, puedan circular en términos de libertad²⁰⁴⁷.

A propósito de los primeros, conviene destacar que las instituciones alrededor de las cuales se proclamó la necesidad de asegurar la libre circulación de la riqueza, son de naturaleza eminentemente inmobiliaria²⁰⁴⁸, lo cual constituiría una manifestación de la influencia de la fisiocracia, defendida por FRANÇOIS QUESNEY,

“que atribuía el origen de la riqueza a la agricultura (a la tierra), y miraba con hostilidad las restricciones que le imponía el derecho feudal”²⁰⁴⁹.

De todos modos, esta extensión presenta algunas limitaciones. Así, se ha previsto que ciertos bienes no podrán salir del patrimonio del deudor, debido a que el ejercicio de sus facultades de disposición se encuentra limitada, sea en relación con la totalidad de sus bienes, o respecto de algunos en particular. En cuanto a los primeros, ocurre con la dictación del decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido, o con el efecto de desasimiento derivado de los procedimientos concursales de liquidación. Respecto de los segundos, tiene lugar con el embargo, o la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos.

También debe citarse el supuesto de las cosas inapropiables. Esta clase comprende aquellos bienes que no pueden ser incorporados al patrimonio de las personas, atendida su naturaleza. Bajo este rótulo, se encuentran las cosas comunes a toda la humanidad, y los bienes nacionales de uso público.

SECCIÓN 3: EL RESULTADO

²⁰⁴⁵ VODANOVIC (1957), núm. 214, p. 163; GUZMÁN (1982), p. 455; GUZMÁN (2001), § 39, p. 256; PINOCHET (2013), p. 263; ROSENDE (2015), p. 94; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 77, p. 61.

²⁰⁴⁶ PEÑAILILLO (2013), núm. 61, p. 140, y núm. 220, p. 441. ELORRIAGA (2015), núm. 427, p. 415, con cita de ZANNONI.

²⁰⁴⁷ A propósito del art. 19 N.º 23.º Const. Pol., es la posición de GUZMÁN (2001), § 39, pp. 258-259.

²⁰⁴⁸ TAPIA (2005), núm. 76, p. 137; ELORRIAGA (2015), núm. 427, p. 415.

²⁰⁴⁹ TAPIA (2005), núm. 76, p. 137.

Tras la revisión pormenorizada de las expresiones que constituyen el concepto que el mismo legislador se encargó de asignar, corresponde proponer una noción de tal.

En primer lugar, la nominación del principio jurídico contribuye a identificar de manera inmediata cuál es su propósito. Como tal, se traduce en la idea de que *“los bienes deben circular libremente”*, o también *“hay que evitar medidas que entrapen la libre circulación de los bienes”*.

En segundo lugar, este principio puede ser descrito en términos tales que consiste de aquel en que el legislador debe adoptar medidas tendientes a permitir que los bienes y servicios puedan circular libremente en el mercado, de modo que las personas puedan acceder a ellos, en condiciones de igualdad, y evitar aquellas medidas que tiendan a dificultar su salida desde el patrimonio de las personas.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

Una revisión preliminar de las obras dedicadas al derecho patrimonial, arroja una preocupación muy escasa por los principios que gobiernan el derecho de los bienes. Esto se comprueba por la ausencia de cualquiera clase de exposición sistemática en la materia. Esta circunstancia constituye una peculiaridad, debido a que la libre circulación de los bienes constituye un principio que es muy reiterado en el proceso de codificación nacional.

En forma general, la libre circulación de los bienes es invocado más bien con pretensiones hermenéuticas, a fin de confirmar o descartar determinadas interpretaciones de normas legales que implican, a su vez, la aplicación o improcedencia de este principio. Por otro lado, en aquellos textos en los cuales ha querido abordarse este principio, suele incurrirse en equívocos, derivados de su confusión con el derecho de propiedad, o con la libertad de comercio. Esto ha significado que las obras dedicadas a su estudio sean escasas.

Desde un punto de vista conceptual, la libre circulación de los bienes supone que el ordenamiento jurídico privilegia que los bienes puedan circular en el tráfico jurídico o mercado, bajo estándares de libertad, en el sentido de permitir que cualquiera persona pueda adquirirlos, y que los propietarios puedan disponer libremente de los mismos.

Capítulo II:

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES

SUMARIO: Sección 1: Su consagración en el Mensaje Presidencial del Proyecto de Código Civil: § 1. Posesión provisoria de los bienes del desaparecido: 1.1. Planteamiento; 1.2. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado – **§ 2.** Prohibición de fideicomisos y usufructos sucesivos: 2.1. Planteamiento; 2.2. Una regulación posterior sobre el mismo problema; 2.3. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado – **§ 3.** Sustituciones fideicomisarias: 3.1. Planteamiento; 3.2. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado – **§ 4.** Caducidad de las condiciones: 4.1. Planteamiento; 4.2. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado.- **Sección 2: El principio de libre circulación de la riqueza en el Mensaje del Proyecto de Código de Comercio: § 1.** Planteamiento – **§ 2.** Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado.- **Sección 3: La libre circulación de la riqueza en materia concursal: § 1.** Planteamiento – **§ 2.** Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado.- **Sección 4: Síntesis.**

El principio de libre circulación de los bienes no constituye una categoría conceptual carente de manifestación en el ordenamiento jurídico nacional. Pueden encontrarse manifestaciones y declaraciones acerca de su existencia en tres diferentes cuerpos normativos.

El principio es identificado en los Mensajes presidenciales con que fueron acompañados al Congreso Nacional los proyectos de Código Civil, y Código de Comercio. También ha sido invocada su recepción incluso en materia concursal.

Concluiremos con la identificación de las ideas fundamentales detrás de estas manifestaciones normativas.

SECCIÓN 1:

SU CONSAGRACIÓN EN EL MENSAJE PRESIDENCIAL DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Aunque no se la señala directamente como un “principio jurídico”, es posible identificar tempranamente en los códigos decimonónicos alguna clase de referencia hacia la “libre circulación de la riqueza”. Es la situación en la cual se encuentra el Código Civil chileno.

En efecto, es posible constatar menciones explícitas sobre este punto a propósito a propósito del Mensaje con que fue acompañado el Proyecto de Código Civil al Congreso Nacional, en noviembre de 1855, y cuya autoría se atribuye al propio BELLO²⁰⁵⁰.

Las relaciones hacia la “libre circulación de la riqueza” son reiteradas en el Mensaje. Será necesario revisar su incorporación, a fin de avanzar hacia el propósito de su referencia, y eventual significado que le es atribuido.

El análisis de estas ubicaciones es fuertemente relevante, porque ellas determinan la existencia de ciertas instituciones dentro del Código Civil que fueron diseñadas de una forma tal que pretenden respetar el principio.

En segundo lugar, su consagración determina una clara relación entre el principio y las normas pertinentes del Código Civil que vienen a aplicar lo que se menciona en el Mensaje. También sirven porque se trata de una libertad reconocida por el propio codificador, de modo que se trata de una idea ya propia en la época en la cual se dictó el Código.

§ 1. POSESIÓN PROVISORIA DE LOS BIENES DEL DESAPARECIDO

1.1. Planteamiento

La primera referencia contenida en el Mensaje acerca de la “libre circulación de la riqueza”, es a propósito de la regulación adoptada en materia de muerte presunta y, en forma especial, la reducción del tiempo que se contempla para el período de “posesión provisoria de los bienes del desaparecido”²⁰⁵¹.

²⁰⁵⁰ Por todos, GUZMÁN (1982), p. 378.

²⁰⁵¹ Dice en este punto el Mensaje: *“Acerca del nacimiento y extinción de la personalidad, se han establecido, como en casi todos los códigos modernos, reglas absolutas, o, en otros términos, presunciones contra las cuales no se admite prueba. Sobre la presunción de muerte en el caso de larga ausencia, a la que en este proyecto se da entonces el nombre de desaparecimiento, distinguiendo así dos estados jurídicos de muy diversa naturaleza, se echan de menos disposiciones precisas y completas en nuestros cuerpos legales y se ha procurado llenar este vacío copiando la legislación de otros pueblos, pero con diferencias substanciales. En general, se ha disminuido el tiempo de la posesión provisoria en los bienes del desaparecido. Las posesiones provisorias embarazan la circulación y mejora de los bienes y no deben durar más que lo necesario para proteger racionalmente los derechos privados que puedan hallarse en conflicto con los intereses generales de la sociedad. Por otra parte, la facilidad y rapidez de las comunicaciones entre países distantes, se han aumentado inmensamente en nuestros días, y ha crecido en la misma proporción la probabilidad de que una persona de quien por mucho tiempo no se ha tenido noticia en el centro de sus relaciones de familia y de sus intereses, o ha dejado de existir, o ha querido cortar los vínculos*

Según el Mensaje, la legislación preexistente en Chile es acusada de incompleta, motivo por el cual se ha procedido a una regulación que ha supuesto “copiar” a las legislaciones extranjeras, con algunas innovaciones que ha procedido a explicar. Una de estas innovaciones, que se estima inspirada por las legislaciones extranjeras, pero en las cuales el codificador decidió introducir una innovación, fue en los plazos de duración del período de posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y el codificador declara que se tomó la decisión de reducir el plazo de duración de esta etapa, la cual se considera la mejor manera para aminorar los efectos que esta posesión tiene en lo relativo a la libre circulación de la riqueza.

A fin de entender esta situación, corresponde formular algunas acotaciones respecto de la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. Se trata de una etapa que tiene lugar, desde el punto de vista temporal, entre los períodos de mera ausencia y posesión definitiva de los bienes del desaparecido, de modo que se abre con el decreto del juez que confiere la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y termina con la reaparición del desaparecido, o la constatación de su muerte real, o la dictación del decreto de posesión definitiva. Cabe explicar que la posesión provisoria no siempre tendrá lugar, debido a la procedencia de la regla general en el sistema²⁰⁵², por haber alcanzado el desaparecido cierta edad durante el período de mera ausencia²⁰⁵³, o por concurrir algunas de las circunstancias especiales que han sido denominadas por la literatura jurídica “casos calificados por el peligro”²⁰⁵⁴.

Como consecuencia de la dictación del decreto de posesión provisoria, se dará la “*posesión provisoria a los herederos presuntivos*” (CCCh., art. 84 inc. 1.º), quienes serán aquellos

que la ligaban a su domicilio anterior. Admitida la falibilidad de las presunciones legales en circunstancias extraordinarias, se ha procurado proveer de algún modo a estos rarísimos casos”.

²⁰⁵² La situación que calificamos como “*regla general*”, y que hará improcedente la apertura de la etapa de posesión provisoria de los bienes del desaparecido, consiste en que “[*e*]l juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisoria [...] transcurridos que sean diez años desde la fecha de las últimas noticias; cualquiera que fuese, a la expiración de dichos diez años, la edad del desaparecido si viviese” (CCCh., art. 82, 2ª parte).

²⁰⁵³ En este supuesto, que tiene un antecedente medieval fuertemente influenciado por el cristianismo, “[*e*]l juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisoria, si, cumplidos los dichos cinco años, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido [...]” (CCCh., art. 82, 1ª parte).

²⁰⁵⁴ Estos casos especiales, los cuales se han incorporado progresivamente por el legislador, consisten de haber transcurrido 5 años desde la fecha en que tuvo lugar la acción de guerra o peligro en que una persona hubiere desaparecido, sin que se hubiese sabido de su existencia (CCCh., art. 81 N.º 7.º).

En segundo lugar, no será procedente la concesión de la posesión provisoria de los bienes del desaparecido cuando hubieren transcurrido 3 meses de la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de una nave o aeronave reputada perdida, respecto de personas que han desaparecido durante su transporte aéreo o marítimo (CCCh., art. 81 N.º 8.º).

En tercer lugar, tampoco será necesario conceder la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, cuando hubieren transcurrido seis meses de ocurrido un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de numerosas personas en determinadas poblaciones o regiones, respecto de personas que han desaparecido en virtud de tal evento (CCCh., art. 81 N.º 9.º).

herederos testamentarios o abintestato que lo fueren a la fecha de la muerte presunta (CCCh., art. 85 inc. 1.º). La instauración de los poseedores provisorios en este punto tiene como propósito que ellos asuman la representación legal de la sucesión “*en las acciones y defensas contra terceros*” (CCCh., art. 87). Con esta constitución, la ley ha organizado otra forma de administración más estable y más interesada en la mejora de los bienes, y es por lo anterior que se adopta esta norma en forma conjunta a la de poner fin a la administración que los apoderados y representantes legales han efectuado durante el período de mera ausencia²⁰⁵⁵.

Junto con esta determinación personal que tendrá lugar en virtud del decreto de posesión provisorio, se procederá a la fijación del patrimonio de quien se encuentra presuntivamente muerto. El contenido del patrimonio en que suceden los herederos presuntivos, y que comprende los bienes, derechos y acciones del desaparecido, quedará determinado a los que existan a la fecha de la muerte presunta (CCCh., art. 85 inc. 2.º). Con este propósito, los poseedores provisorios deberán formar un inventario solemne de los bienes o revisar y rectificar con la misma solemnidad el inventario que exista (CCCh., art. 86). Asimismo, cada uno de los poseedores provisorios prestará caución de conservación y restitución (CCCh., art. 89); es decir, que se hacen responsables de mantener el estado patrimonial de los bienes del desaparecido, y asumirán las consecuencias derivadas de la ausencia de alguno de ellos al tiempo de efectuarse su restitución, si es que hubiere reaparecido el desaparecido, o se constata su muerte real.

Todas estas exigencias se hacen indispensables como elemento preliminar para el inicio de la administración de los bienes del desaparecido. Esto implicará que los poseedores provisorios podrán desde luego vender una parte de los muebles o todos ellos, y se autorizará la venta “si el juez lo creyere conveniente”. Sólo obedece a una decisión libre del juez, debiendo ser oído el defensor de ausentes (CCCh., art. 88 inc. 1.º). Tratándose de los bienes raíces, la regla general es que no podrán enajenarse ni hipotecarse antes de la posesión definitiva, y sólo se autorizará la enajenación o gravamen en virtud de “causa necesaria o de utilidad evidente”, autorización que deberá ser declarada por el juez “con conocimiento de causa”, y deberá resolverse con audiencia del defensor de ausentes (CCCh., art. 88 inc. 2.º). Con prescindencia de la naturaleza del bien que se pretenda enajenar, la enajenación de cualquiera parte de los bienes del desaparecido “*se hará en pública subasta*” (CCCh., art. 88 inc. 3.º).

Finalmente, los herederos presuntivos deberán restituir al desaparecido que reaparece los bienes que han poseído. Asimismo, deberán indemnizar al desaparecido de todos los perjuicios que le hayan causado como consecuencia de su administración, respondiendo hasta de la culpa leve²⁰⁵⁶.

1.2. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado

²⁰⁵⁵ LARRAÍN (1994), núm. 58, p. 154.

²⁰⁵⁶ LARRAÍN (1994), núm. 58, p. 155.

De acuerdo a la dinámica asumida en el Mensaje, la posesión provisoria de los bienes del desaparecido constituye una figura jurídica que, aisladamente considerada, es contradictoria con la libre circulación de los bienes, pero cuya inserción en el ámbito resulta indispensable.

Esta afirmación no se condice con la literatura disponible en la materia, donde no se aborda explícitamente este principio²⁰⁵⁷, salvo para formular alguna clase de aproximación inicial a los “intereses” en conflicto²⁰⁵⁸; o que se mencione, sin mayor profundidad, que el objeto de la muerte presunta “es evitar que por falta de una adecuada administración de los bienes del desaparecido se ocasionen perjuicios a aquellos que tienen relaciones jurídicas con el desaparecido, y a la economía en general”²⁰⁵⁹.

El ausente es una persona que existe y, como tal, es titular de todos y cada uno de los atributos de la personalidad, entre los cuales se encuentra el patrimonio. Como su personalidad no se encuentra extinta por la sola desaparición, el Derecho proscribe que se pueda disponer de bienes en contra de la voluntad de su titular. Pero este titular del patrimonio es una persona que se halla ausente, y su ausencia comienza a prolongarse en el tiempo, de modo que la etapa de mera ausencia, la cual es de hecho y no supone alteración alguna del estado jurídico de sus bienes, da su lugar a una etapa con un significado y efectos jurídicos significativos.

La posesión provisoria constituye un período en el cual disminuye la probabilidad de encontrarse con vida el desaparecido, y se incrementan aquellas que implican su fallecimiento. Disminuyen porque el legislador, frente al predicamento de no poder constatar de manera efectiva la muerte real de la persona, ha debido acudir a un mecanismo que consiste de una *presunción simplemente legal*.

Conforme se observa en el inc. 1.º del art. 47 CCCh., los hechos se dicen “presumir” cuando se deducen de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Las presunciones constituyen un mecanismo basado en la lógica deductiva. Ésta supone descubrir un hecho que no se conoce, pero cuya identificación no se hará mediante la suerte o como resultado de la imaginación. Para que pueda presumirse el hecho que se ignora, se basará a partir de hechos o antecedentes que son conocidos. La construcción de la presunción se basa en la lógica, debiendo existir una clara relación entre el hecho que se ignora y los hechos conocidos. Y es el resultado lógico de este proceso deductivo el que permite dar por acreditado el hecho, y que permite distinguir la presunción de la adivinanza o la suerte. De acuerdo a la estructura asumida por el Código Civil, existe algunos antecedentes que son conocidos, los cuales consisten de una persona que, habiéndose constatado su existencia, ha dejado de dar noticias respecto de su paradero, durante una cierta cantidad de tiempo. Esta

²⁰⁵⁷ No consta referencia en LYON (2007), pp. 53-71. En principio, tampoco consta mención sobre el tema en CORRAL (2000).

²⁰⁵⁸ VODANOVIC (1945), núm. 1071, p. 780; DUCCI (1980), núm. 110, pp. 148-149.

²⁰⁵⁹ ALESSANDRI (1941), p. 196.

pasividad y desconocimiento de nuevos antecedentes respecto de las condiciones en que el ausente se encuentra, son las que permiten al legislador inferir o deducir que el desaparecido se encuentra muerto. Se entiende bajo esta lógica que una persona ausente haría todo lo posible para informar a los suyos y a terceros en general respecto de su existencia, y de cualquiera alteración relevante respecto de su sobrevivencia y condiciones en que se encuentra. Mientras se incrementa el tiempo en que el ausente permanece en ese estado, se asumirá con mayor fuerza que el motivo de su ausencia es porque se encuentra muerto²⁰⁶⁰.

Pero esta mayor probabilidad de muerte del desaparecido, e incluso la lógica en que se apoya ese razonamiento, no permitirán dar por automáticamente extinta su personalidad. Si la posesión provisoria fuese equivalente a la muerte real, significaría que todos los efectos jurídicos derivados de la extinción de la personalidad tendrían lugar, de modo que los bienes y obligaciones deberían pasar a manos de sus herederos. En lugar de este efecto, se ha permitido que la posesión provisoria pase a ser asumida por los herederos provisorios, quienes no se considerarán dueños de éstos. Se ha creado en este punto un sistema asimilable a la representación legal, en donde los herederos provisorios administran bienes ajenos, pero los administran en una condición que progresivamente los conducirá a la plena titularidad respecto de esos bienes. Pero tal titularidad no la alcanzarán de manera inmediata, porque todavía existe la posibilidad que el ausente pueda reaparecer, o se logre probar su muerte real, y es por ello que se adoptan medidas de regulación y limitación en las facultades de disposición de los bienes del desaparecido.

A partir de los términos en que el Mensaje se ha referido a la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y de analizar su estructura, la figura en sí misma es considerada contraria a la libertad de circulación de la riqueza. Se la mira como un instituto que conduce a la limitación de esta libertad, lo cual se explica porque los herederos provisorios no pueden disponer de cualquier manera, ni en cualquier momento, de los bienes del desaparecido; en su lugar, se encuentran sujetos a una serie de limitaciones, tanto anteriores como coetáneas al acto de enajenación del bien. Aunque acusa directamente a esta figura como atentatoria, la incorpora como un mecanismo que se hace necesario, a fin de proteger los intereses que se encuentran en juego, cuales son el interés social y el del ausente. No menciona en qué consiste el interés social, pero podemos inferir que por el mismo se alude a la posibilidad que los terceros puedan adquirir directamente estos bienes, sin sujetarse a formalidades habilitantes de ningún tipo, como las que precisamente son exigidas para su realización, y sin tener que asumir los costos y dilaciones que implica la participación en un proceso judicial. En forma más precisa, se ha dicho que estos intereses de los terceros se traducen en los de los acreedores del desaparecido, y el interés social que se traduce “en la certidumbre y actividad de un patrimonio”²⁰⁶¹.

²⁰⁶⁰ En cuanto a la naturaleza y función de la declaración judicial de muerte presunta, puede consultarse CORRAL (2000), pp. 216-234.

²⁰⁶¹ DUCCI (1980), núm. 110, p. 149.

Este interés social se pone en conflicto con el derecho de propiedad, puesto que la declaración de muerte presunta sufrirá una privación de sus bienes, en beneficio de los intereses de sus herederos presuntivos y de los terceros que adquieran esos mismos bienes²⁰⁶².

Frente a este conflicto de intereses, el legislador no eliminó la figura. En su lugar la mantiene, lo cual sólo puede ser comprendido en el sentido que es concebida como un mecanismo necesario, dado que se lo instaura para la debida protección de los intereses involucrados. Advierte que se encuentra comprometido el interés social, el cual debe traducirse precisamente en la necesidad de agilizar el tráfico jurídico, por vía de facilitar las instancias de transferencia de los bienes, que en este caso pertenecen al ausente. Aunque ya de por sí se trataría de un interés suficientemente poderoso para orientar la solución de la controversia, de todos modos el conflicto es resuelto bajo un margen de ponderación, donde el interés individual del ausente es protegido, motivo por el cual se incorpora la fórmula de la posesión provisoria, pero se trata de un bien jurídico cuya tutela es atenuada por vía de la reducción del plazo de su vigencia, además del señalamiento de todos aquellos mecanismos que facilitar pasar directamente a la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

Puede acusarse que el codificador no es indiferente a que diversos institutos jurídicos engendren un conflicto de intereses, que usualmente son radicados bajo el binomio “individual / social”. Esta clase de conflicto no suele tener una solución preconcebida, dado que en las más diversas ocasiones se trata de proteger el interés individual, mientras que en otros parece claramente mejor concebido y tutelado el interés social. Pero en buena parte de esas situaciones, se advierten las bases para la ponderación como un adecuado mecanismo de solución de conflictos entre principios jurídicos, así como es contemplado actualmente en materia de los derechos fundamentales.

Debemos reconocer que el Mensaje no explica de qué manera la posesión provisoria de los bienes del desaparecido pugna con la libre circulación de la riqueza. Pero puede inferirse esta pugna por vía de la identificación de los efectos jurídicos que significa esta etapa, al limitarse todos aquellos actos jurídicos que importan la libre enajenación del patrimonio de una persona ausente. También puede inferirse que el ausente está imposibilitado para decidir sobre la suerte de su patrimonio, punto que es crucial porque una atención directa de su parte respecto de sus bienes y obligaciones podría llevarlo a decidir a ejecutar todos sus atributos de dueño, e igualmente cumplir con aquellas obligaciones que resultan indispensables para el incremento de su activo. Como tales decisiones no pueden hacerse por quien no se encuentra presente en el ámbito de sus relaciones personales, es que la ley habilita a los herederos provisorios para que puedan tomar por él esas decisiones. Empero, como existe la posibilidad que el ausente dé noticias respecto de su existencia, o sea conocida su muerte real, es que tales actos han sido limitados.

²⁰⁶² Sobre la evaluación de la constitucionalidad de las reglas sobre muerte presunta, a la luz del art. 19 N.º 24.º Const. Pol., puede consultarse CORRAL (2000), pp. 241-243.

En todos estos niveles, la respuesta económica parece plantearse; si se persigue que los terceros puedan tener acceso libre para el intercambio de los bienes con el patrimonio del ausente, sólo puede significar que se está privilegiando una instancia en la cual es el mercado sea considerado el lugar apropiado para asegurar un intercambio óptimo de bienes y servicios. Asimismo, también se persigue tutelar el derecho de propiedad que ha sido adquirido por los terceros en relación a los bienes del desaparecido²⁰⁶³.

§ 2. PROHIBICIÓN DE FIDEICOMISOS Y USUFRUCTOS SUCESIVOS

2.1. Planteamiento

Otro punto en el cual el legislador ha tomado alguna decisión que implica un pronunciamiento en torno a la libre circulación de la riqueza, es a propósito de la prohibición de los “*fideicomisos y usufructos sucesivos*”.

Dice el Mensaje del Proyecto en este orden:

“Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria”.

El Mensaje hace alusión a una figura que, como tal se encuentra tratada en los arts. 745 y 769 CCCh. En ellas se ha procedido a juzgar negativamente sobre la validez de los actos de constitución de un fideicomiso o de un usufructo, con la calidad de sucesivos. En cuanto al primero, refiere el art. 745 CCCh.:

“Se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.

“Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros”.

Esta norma ha sido identificada como una de naturaleza prohibitiva²⁰⁶⁴, con la cual se impide que pueda estipularse que el fideicomiso pueda ser constituido bajo la variante de una forma sucesiva. Esto implica que se disponga que, con posterioridad a la restitución verificada por el cumplimiento de la condición resolutoria, la propiedad adquirida por el fideicomisario, quede este último sujeto a una condición resolutoria que, de verificarse, determine que la propiedad se traslade a un segundo fideicomisario; y así sucesivamente.

²⁰⁶³ CORRAL (2000), p. 242.

²⁰⁶⁴ En este sentido, DUCCI (1980), núm. 45, pp. 72-73; LARRAÍN (1994), núm. 33, p. 80; ROZAS (2000), núm. 318, p. 277.

Empero, en vez de sancionarse con la nulidad absoluta²⁰⁶⁵ por adolecer de una causal de objeto ilícito, cual es tratarse de un acto o contrato prohibido por la ley (CCCh., arts. 10, 1466, y 1682 inc. 2.º), se adoptó una sanción distinta (CCCh., art. 10)²⁰⁶⁶. En vez de haber nulidad, se dispuso que *“adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros”*. Por ello, la sanción dispuesta es la pérdida de la expectativa de adquirir el dominio respecto de todos los fideicomisarios que no han visto configurado a su favor la restitución, una vez que el fideicomiso ha sido adquirido por uno de los fideicomisarios nombrados. Por ello, se ha autorizado en este punto un fenómeno que debe calificarse de “conversión”, donde en vez de autorizarse el efecto propio de la sustitución, y en vez de sancionarse con la nulidad absoluta, se ha preferido considerar a los fideicomisarios sucesivos como “substitutos”²⁰⁶⁷, reduciendo la relevancia y utilidad de estas sustituciones.

Tratándose de los *usufructos sucesivos*, es señalado por el art. 769 CCCh.:

“Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos.

“Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo.

“El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado”.

Respecto de este caso, se adopta un modelo semejante a lo ocurrido con los fideicomisos sucesivos, aunque con la novedad de incluir en su proscripción a los usufructos “alternativos”²⁰⁶⁸. Si ocurriere que se constituyen dos o más usufructos sucesivos, entendidos estos como hipótesis de un derecho real que se generará a favor de varios terceros ordenados cronológicamente en torno al mismo derecho de usufructo, el cual irá siendo traspasado a cada uno de estos usufructuarios una vez que se extingan sus respectivos usufructos. Esta clase de usufructo queda sujeto a una norma prohibitiva, pero cuya sanción tampoco significará la nulidad del usufructo, dado que el legislador ha implementado una sanción de distinta naturaleza (CCCh., art. 10)²⁰⁶⁹. Esta sanción implica convertir a los usufructuarios sucesivamente designados en simples “substitutos” respecto de los anteriormente designados. Bajo tal condición, bastará con que uno de los usufructuarios hubiere adquirido el usufructo, para que los sustitutos pierdan su expectativa para siempre.

²⁰⁶⁵ DUCCI (1980), núm. 45, p. 73; LARRAÍN (1994), núm. 33, p. 80; ROZAS (2000), núm. 318, p. 277.

²⁰⁶⁶ DUCCI (1980), núm. 45, p. 73; LARRAÍN (1994), núm. 33, p. 80; ROZAS (2000), núm. 318, p. 277. Se limita a citar el art. 10 CCCh., PEÑAILILLO (2013), núm. 224, p. 445.

²⁰⁶⁷ ROZAS (2000), núm. 318, p. 277.

²⁰⁶⁸ El usufructo alternativo tiene lugar “cuando se concede a varias personas para que lo gocen en forma sucesiva para que al terminar el usufructo de la última vuelve a la primera y así sucesivamente”. ROZAS (2000), núm. 353, pp. 306-307. Por tanto, en este supuesto se genera una circulación concentrada exclusivamente entre los usufructuarios designados, volviendo desde el primer usufructuario al segundo, y viceversa.

²⁰⁶⁹ PEÑAILILLO (2013), núm. 234, pp. 459-460.

En las situaciones que hemos descrito, el legislador decidió prohibir estas formas de gravámenes en calidad de sucesivas, pero lo hizo sin asignar la sanción de nulidad absoluta. En vez de eso, autorizó un efecto de conversión de la figura que pretendía organizar el constituyente del fideicomiso o del usufructo, para que no surta los efectos que pretendía establecer, sino más bien reducir su acto al de una mera designación de “sustitutos” en la titularidad del derecho de dominio o del derecho real de usufructo²⁰⁷⁰.

Una observación adicional respecto de los arts. 745 y 769 CCCh. la constituye el fundamento detrás de la modificación de la sanción aplicable. Respecto de este punto, que no suele ser mayormente tratado por la doctrina, se previene que en ciertos casos “los males de la anulación serían peores que los que produce la infracción de la ley, o en que la prohibición no es muy grave”²⁰⁷¹. En este ámbito, estamos constatando que las clases de estipulaciones que se pretenden introducir generan nocivos efectos en la circulación de los bienes, de modo que debería concluirse que la nulidad sería una sanción incluso mucho peor, porque implica revertir artificialmente la propiedad, rompiendo con el flujo normal de circulación de los bienes.

2.2. Una regulación posterior sobre el mismo problema

Relacionado con estas disposiciones, más adelante el legislador volvió a tratar sobre esta clase de actos, a propósito del régimen previsto para la aplicación de la ley en el tiempo. Se menciona en el art. 15 de la *Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes*:

“Siempre que una nueva ley prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos, y expirado el primero antes de que ella empiece a regir, hubiese empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo a que le autorice su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores si los hubiere.

“La misma regla se aplicará a los derechos de uso o habitación, sucesivos, y a los fideicomisos; sin perjuicio de lo que se haya dispuesto o se dispusiere por leyes especiales relativas a mayorazgos y vinculaciones”.

Conforme surge del tenor literal, la Ley opera sobre la base que una determinada norma legal permita la constitución de derechos de usufructo, uso, habitación, y de la propiedad fiduciaria, en calidad de sucesivas, y que más adelante se dicta una nueva ley, por la cual se declara que esta clase de constituciones sucesivas queda prohibida.

¿Cómo se producirían estos casos, siendo que el Código Civil los prohíbe? Los arts. 745 y 769 CCCh. sólo tienen el valor de una ley, de modo que el legislador podría más adelante derogarlos, permitiendo de esta manera dichos actos sucesivos. Siendo así, el supuesto previsto en la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes es que dichos actos se

²⁰⁷⁰ ALESSANDRI (1937), p. 273.

²⁰⁷¹ LARRAÍN (1994), núm. 33, p. 80.

encuentran sujetos al amparo de una ley que los declara válidos, y luego se dicta una nueva ley, que las declara prohibidas. En este punto es que se aplica el art. 15, para establecer la validez de los actos sucesivos.

Según el art. 15 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, si alguno de los usufructuarios o fideicomisarios sucesivos ya estuviese disfrutando plenamente de su derecho, al tiempo de producirse el cambio legislativo que ahora prohíbe los actos sucesivos, continuará disfrutando de su derecho, pero los demás usufructuarios o fideicomisarios sucesivos se consideran que sólo tienen una mera expectativa del derecho, caso en el cual quedan íntegramente sujetos a la nueva legislación, y no serán protegidos.

Al igual que con los arts. 745 y 769 CCCh., y contrariamente a lo que parece leerse a simple vista, el art. 15 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes es considerado un precepto legal cuya orientación se dirige a la protección de la libre circulación de los bienes. La norma de solución de conflictos de leyes en el tiempo constituye, en este punto, un esfuerzo para completar la doctrina que se encuentra establecida alrededor de los preceptos legales del Código Civil que tratan sobre el mismo problema²⁰⁷².

2.3. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado

Puede notarse en el Mensaje que se declaran prohibidos tanto al fideicomiso como al usufructo en la variante de “sucesivos”. Para fundar esta prohibición, menciona que “*unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria*”. Empero, no se viene en explicar debidamente por qué se produce esta traba²⁰⁷³.

El panorama explicativo tampoco suele ser completo, en donde si bien se plantea que la consagración del fideicomiso se hizo en condiciones que revelan un espíritu de naturaleza liberal que persigue tutelar la libre circulación de la riqueza²⁰⁷⁴, no se viene en explicar mayormente por qué se produce este eventual conflicto, y simplemente se menciona que se ha procedido “[p]or diversas razones de orden social”²⁰⁷⁵.

Lo cierto es que tanto la propiedad fiduciaria como el usufructo constituyen mecanismos jurídicos que se encuentran admitidos por el legislador, y son situados por éste como “*limitaciones del dominio*” (CCCh., Libro II, Título VIII, y art. 732). Son mencionados como instituciones que ven reflejado un acto de restricción a las facultades o efectos del dominio, en sus respectivos supuestos, pero cuya instauración vendría a ser expresamente admitida por el legislador.

²⁰⁷² LARRAÍN (1994), núm. 36, p. 99.

²⁰⁷³ Aquellos autores que apuntan la manifestación del principio de libre circulación de los bienes en esta norma, no explican cómo se produce esa manifestación, limitándose a citar la norma del Código Civil. Así, ROSENDE (2015), p. 94.

²⁰⁷⁴ PEÑAILILLO (2013), núm. 220, p. 441.

²⁰⁷⁵ ROZAS (2000), núm. 318, p. 277.

Estas limitaciones se encuentran dispuestas por el constituyente, tratándose de la propiedad fiduciaria, y por regla general en el usufructo²⁰⁷⁶. Y han sido elevadas a la categoría de ser figuras válidas. Ello mueve a asumir que el derecho tolera que el propietario tenga la aptitud para introducir en su propiedad las limitaciones que estime convenientes a sus intereses, teniendo como limitaciones generales la ley y el derecho de terceros (CCCh., art. 582).

A pesar de esta validez inicial, el legislador ha procedido a introducir importantes restricciones a los ejercicios de autolimitación de la propiedad. Advierte que ciertas formas de limitación, como son las variantes sucesivas de estos gravámenes, si bien pudieren considerarse emanaciones del derecho de propiedad, ellas significarán una seria dificultad desde el plano de la libre circulación de los bienes. Se estima que estos actos “*embarazan la circulación*”, y lo hacen porque el propósito de la constitución de los fideicomisos y usufructos sucesivos es que el propietario pueda establecer, por su sola voluntad, quién o quiénes serán los sucesivos titulares en los derechos que se pretenden generar escalonadamente en el tiempo. Esta decisión estorbará la posibilidad que terceros puedan adquirir el dominio de los bienes libres de gravámenes, y deberán soportar que se apliquen los efectos jurídicos derivados de la sucesiva adquisición del usufructo, o de las sucesivas restituciones derivadas del cumplimiento de la condición resolutoria. Con ello, la voluntad de un solo individuo, el constituyente, genera obstáculos respecto de cualquier tercero que estuviere interesado en adquirir el bien.

No sólo se acusa que los fideicomisos y usufructos sucesivos producen el embarazo de la circulación; también se denuncia que estos gravámenes significan “*entibiar*” el “*espíritu de conservación y mejora*”²⁰⁷⁷. Se denuncia que estas figuras producen una consecuencia en la actuación de los particulares, cual sería la disminución de su preocupación respecto de los bienes, tanto en cuanto a su estado actual, como a las posibilidades de incremento de su valor o perfeccionamiento de sus funciones. No menciona respecto de quién se producirá este efecto, pero deberá entenderse referido de quien tenga la calidad de titular de la propiedad fiduciaria²⁰⁷⁸ o del usufructo. Se estima por el legislador que estas personas, teniendo conocimiento de la fragilidad de sus derechos, por encontrarse limitados en el tiempo en virtud de la inserción de una condición resolutoria o de un plazo que les pondrá fin cuando tengan lugar, no tendrán mayor estímulo de preocuparse por el estado de los

²⁰⁷⁶ Esta precisión se hace en el entendido que el usufructo puede ser constituido “*por la ley*” (CCCh., art. 766 N.º 1.º), punto en el cual se habla de los llamados “*usufructos legales*” o “*derecho legal de goce*”, previstos en materia de patria potestad y sociedad conyugal (CCCh., art. 810). Asimismo, el usufructo puede adquirirse en virtud de la prescripción (CCCh., art. 766 N.º 4.º).

Una exposición general de los casos de usufructo legal, en ROZAS (2000), núm. 347, pp. 301-303.

²⁰⁷⁷ Aprovechamos la oportunidad para observar que algunos autores mencionan como un principio independiente de la libre circulación de los bienes, el “principio de cuidado y conservación de los bienes”. Así, ROSENDE (2015), pp. 95-96, con señalamiento del Mensaje y las normas del Código Civil que la reflejan.

²⁰⁷⁸ ROZAS (2000), núm. 318, p. 277.

bienes gravados, los cuales tenderán a deteriorarse y / o perder su valor, o ver reducido su potencial, ante el temor de extinguirse. Es por ello que se afirma:

“El que tiene una cosa con la posibilidad de perderla, no la cuidará ni la hará producir como si fuese dueño absoluto”²⁰⁷⁹.

Aunque el propio legislador advierta en el Mensaje que estos actos se encuentran prohibidos, lo cierto es que termina consagrando una sanción diferente a la nulidad; convierte a los fideicomisarios o usufructuarios sucesivos en una suerte de “sustitutos” de quienes, al adquirir definitivamente los respectivos derechos, la propiedad absoluta o el usufructo, provocarán el término de la expectativa de estos sustitutos. Esto implica que estos actos son aceptados, en pro de la defensa del derecho de propiedad del constituyente de estos gravámenes, pero a fin de satisfacer las exigencias propias de la libre circulación, prefirió asignar un efecto diferente del planificado por el propietario para estos actos. Por tanto, bajo el amparo de la libre circulación de la riqueza se obtiene una limitación al ejercicio de las facultades de dominio.

Conforme ha podido tratarse en este punto, y unido a lo que se indicará a propósito de las sustituciones fideicomisarias, queda en evidencia que el legislador “no mira con buenos ojos la propiedad fiduciaria”²⁰⁸⁰, por las inconveniencias que implica y el efecto negativo en las expectativas del propietario fiduciario. Bajo este marco, lo que ha ocurrido es que “se permite gobernar el destino de una fortuna (o cierto bien) al menos en una primera transferencia o transmisión”²⁰⁸¹.

§ 3. SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

3.1. Planteamiento

El siguiente ámbito para el cual ha sido invocada la libre circulación de la riqueza, según consta del Mensaje, es a propósito de la llamada “sustitución fideicomisaria”, en donde se expresa lo siguiente:

“Consérvase, pues, la sustitución fideicomisaria en este proyecto, aunque abolida en varios códigos modernos. Se ha reconocido en ella una emanación del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera. Pero admitido en toda su extensión este principio, pugnaría con el interés social, ya embarazando la circulación de los bienes, ya amortiguando aquella solicitud en conservarlos y

²⁰⁷⁹ ROZAS (2000), núm. 318, p. 277.

²⁰⁸⁰ ROZAS (2000), núm. 318, p. 277. Ya destacaba esta mirada sospechosa ALESSANDRI (1937), p. 244-245.

²⁰⁸¹ PEÑAILILLO (2013), núm. 220, p. 441.

mejorarlos, que tiene su más poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades, y con la facultad de transferirlos libremente entre vivos y por causa de muerte; se admite, pues, el fideicomiso, pero se prohíben las substituciones graduales, aun cuando no sean perpetuas; excepto bajo la forma del censo, en el que se ha comprendido por consiguiente todo lo relativo al orden de sucesión en las vinculaciones. En el censo mismo se han atenuado las especialidades que lo hacen perjudicial y odioso”.

Según su sentido literal, la sustitución fideicomisaria constituye una institución del derecho sucesorio, y que el legislador trata en el § 9 del Título IV del Libro III. El legislador la declara una de las dos formas de sustituciones que pueden ser incorporadas en las asignaciones testamentarias, en paralelo a la sustitución vulgar (CCCh., art. 1156 inc. 2.º). La sustitución fideicomisaria, en el sentido que el legislador le ha asignado expresamente, consiste en “*aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria*” (CCCh., art. 1164).

La inclusión de la descripción de esta figura en este punto del Mensaje constituye una peculiaridad, toda vez que el legislador adopta en ésta una estructura en la cual se supone que describe el contenido del Proyecto de Código Civil en el mismo orden de los libros en que se estructura. Siendo así, el punto en el cual se introduce el relato y explicaciones sobre las sustituciones fideicomisarias es a propósito del Libro II, dedicado a los bienes.

La justificación de la inserción de esta figura sucesoria dentro del ámbito de los bienes, radica en que la parte esencial de las normas relativas a la sustitución fideicomisaria se encuentran a propósito de la propiedad fiduciaria, la cual se ubica en el Libro II CCCh. En efecto, conforme indica el inc. 2.º del art. 1164 CCCh., la sustitución fideicomisaria “*se regla por lo dispuesto en el título De la propiedad fiduciaria*”, lo cual implicará que todo lo relativo a las condiciones de existencia, validez y efectos de esa clase de asignación, se sujetan a las disposiciones previstas en materia de bienes.

Al remitirse a las reglas sobre propiedad fiduciaria, surge que el legislador ha declarado prohibida la constitución de dos o más sustituciones fideicomisarias en materia testamentaria²⁰⁸². Empero, si se establecen, esta clase de asignación no se encuentra sancionada por la nulidad²⁰⁸³, sino que sólo se acepta la sustitución en un grado. La sustitución se sujeta en este punto a las reglas sobre la sustitución vulgar, como una manera de evitar precisamente la contradicción con el régimen de propiedad fiduciaria, que prohíbe la constitución de fideicomisos sucesivos²⁰⁸⁴.

3.2. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado

²⁰⁸² MEZA (2008), núm. 396, p. 98.

²⁰⁸³ ELORRIAGA (2015), núm. 428, p. 417.

²⁰⁸⁴ RODRÍGUEZ (1995), p. 73.

Las normas analizadas permiten establecer que, al tiempo de su consagración en el Proyecto, ya la figura de la sustitución fideicomisaria era anacrónica, puesto que se encontraba “abolida” en distintos “códigos modernos”, los cuales no enuncia cuáles serían²⁰⁸⁵.

El legislador introduce, dentro de los límites dogmáticos conocidos de la época, una apreciación propia del método comparado, para dar a entender que se trataba de una figura que no se justificaba para las características de los nuevos tiempos. Sin embargo, ha decidido conservar esta institución en su contenido, adoptando un modelo de separación²⁰⁸⁶, lo cual sólo puede comprenderse en un espíritu de “no cortar en absoluto con la tradición y con las costumbres envejecidas”²⁰⁸⁷.

El punto de partida de la explicación que el legislador ha adoptado para justificar el tenor de las normas contenidas en el entonces Proyecto de Código Civil, se encuentra nuevamente en el *derecho de propiedad*. En virtud de esta posición, plantea que el propietario tiene la facultad para decidir sobre la suerte que tendrán los bienes que forman parte de su patrimonio. Esta decisión es consciente, y puede hacerse tanto por actos entre vivos, como también por causa de muerte. Es por ello que se explica la inserción específica de la sustitución fideicomisaria en materia testamentaria, y lo hubiere hecho de manera adicional a la regulación contenida en materia del fideicomiso. Siendo así, la razón inicial que el legislador quiso respetar es la libertad del propietario, quien tiene la iniciativa para decidir respecto de la suerte que correrán sus bienes para después de sus días.

Este reconocimiento del derecho de propiedad no es absoluto. Teniendo en cuenta el avance comparado en la materia, y los aspectos detrás de la institución, no procedió a su admisión ilimitada. Impidió este efecto puesto que estimó que ella era altamente contradictoria con un factor que tradujo en el “interés social”. Asume que la tutela del interés individual, que apunta al respeto a las facultades de disposición y administración de los bienes por parte del propietario, invocando dicho derecho real, no puede prevalecer sobre el interés social, entendido este último como un implícito compromiso de los intereses de los terceros.

El interés social resultaría afectado por la sustitución fideicomisaria a través de dos maneras. La primera de ellas, implica que ese interés resulta lesionado porque la figura produce el embarazo de la circulación de los bienes. Aunque este punto no resulta

²⁰⁸⁵ Sobre el origen de estas instituciones, puede consultarse VODANOVIC (1957), núm. 826, pp. 591-592; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 865, p. 89. Incluso ya algunos autores defendían abiertamente la eliminación de todo lo relativo a la propiedad fiduciaria, y su fusión con el usufructo. En este último sentido: ALESSANDRI (1937), p. 245.

²⁰⁸⁶ Empero, la sustitución fideicomisaria regulada por el Código Civil no se condice con la forma que existió históricamente, ni tampoco desde un plano comparativo. Sobre esta circunstancia, consúltese ELORRIAGA (2015), núm. 427, pp. 414-416.

No existe mayor tratamiento de la sustitución fideicomisaria en DOMÍNGUEZ/DOMÍNGUEZ (2016), núm. 233, pp. 257-258.

²⁰⁸⁷ LIRA (1956), p. 19.

explicado, ella surge desde la dinámica misma del mecanismo; lo que hace el testador es ordenar que el bien asignado sea adquirido por el propietario fideicomisario bajo una condición resolutoria, que de cumplirse determinará la pérdida de la asignación, y que ella sea adquirida inmediatamente por el fideicomisario designado en la asignación, y que este último también quede sujeto a una condición resolutoria cuyo cumplimiento determinará la pérdida de su propiedad y su traslación a un nuevo fideicomisario, proceso que podría extenderse en términos prácticamente infinitos. Como se apreciará, el testador ha procedido a condicionar las posibilidades que tenían los terceros para adquirir el bien de manera libre, dado que ha impuesto que un tercero los adquiera si es que se cumple la condición resolutoria contenida en ella. Eso será imposible puesto que se ha predeterminado la manera en que los terceros adquirirán y perderán los bienes que se encuentran sujetos a un sistema de sustitución fideicomisaria.

El segundo aspecto en que resulta comprometido el interés social, conforme lo explica el Mensaje, se encontraría en hacer inútil el esfuerzo por conservar y mejorar bienes que se encuentran sujetos a una sustitución fideicomisaria. Quien tuviera la intención de adquirir el bien se verá sujeto a la eventualidad de perder su dominio si es que se cumple con la condición resolutoria. El propietario fiduciario, el fideicomisario e incluso el tercero que intentaran adquirir estos bienes se verán poco estimulados a invertir mayormente en bienes respecto de los cuales no tienen la certeza que conservarán para siempre. Conforme explica el Mensaje, lo que todo propietario desea es conservar indefinidamente sus bienes, y que no deba perderlos tan sólo por una voluntad ajena. Éstos desean que los bienes puedan ser gozados en términos completamente libres, y eventualmente disponerlos con la misma libertad.

Frente a estos panoramas, el legislador advierte la presencia de un conflicto entre el interés individual y el interés social; el derecho de propiedad y la libre circulación de la riqueza. El resultado de este conflicto es una medida de ponderación, pero que termina cediendo a favor del derecho de propiedad. Y esta prevalencia se verifica a través de la conservación de la sustitución fideicomisaria. Pero esta conservación no se hará en términos libres, puesto que la tutela de la libre circulación de la riqueza termina reflejándose en que las sustituciones serán siempre de naturaleza vulgar²⁰⁸⁸.

Sólo declara admitidas estas últimas formas en materia de censo, “en el que se ha comprendido por consiguiente todo lo relativo al orden de sucesión en las vinculaciones”. E incluso en este último caso se advierte que “en el censo mismo se han atenuado las especialidades que lo hacen perjudicial y odioso”²⁰⁸⁹.

§ 4. CADUCIDAD DE LAS CONDICIONES

²⁰⁸⁸ ROZAS (2000), núm. 353, p. 307.

²⁰⁸⁹ Sobre la regulación de estas figuras, puede consultarse ALESSANDRI (1937), pp. 245-247; LIRA (1956), pp. 19 y 69.

4.1. Planteamiento

Cierra el conjunto de materias en las cuales se expresa su relación con la libre circulación de la riqueza, aquella relativa a la *caducidad de las condiciones previstas para la duración de la propiedad fiduciaria*. Menciona sobre ellas el Mensaje:

“Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse”.

Esta parte del Mensaje hace referencia al art. 739 CCCh., el cual viene en regular precisamente sobre la cantidad de tiempo que se considerará para que la condición en que se apoya la propiedad fiduciaria se repute fallida. Dice esta disposición:

“Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución.

“Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria”.

Nuevamente vemos que el fideicomiso constituye una institución que se encuentra atravesada en su extensión por la libre circulación de los bienes, y en este punto la cuestión se manifestó en el plazo máximo de vigencia de las condiciones que fueron incorporadas a su constitución. Conforme menciona la norma, en la redacción que le fue asignada en virtud de la reforma introducida por la Ley N.º 16.952, si la condición que marca el acto de restitución demora más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida. Con esta solución, se asegura la posibilidad que el propietario fiduciario pueda ver más aproximada en el tiempo la posibilidad en la consolidación de sus derechos, los cuales quedan en la eventualidad de perderse si es que la condición se cumple.

Cabe destacar que el Mensaje ha sido invocado como un argumento que persigue asignar el efecto de caducidad a las condiciones impuestas en cualquiera clase de acto jurídico, limitando la vigencia de las condiciones indeterminadas en cualquiera clase de materia para la cual se pretendieren establecer. Ello ha llevado a plantear como una regla común a toda clase de condición el problema de la caducidad.

4.2. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado

De acuerdo al Mensaje, la medida adoptada en este punto “tiende al mismo fin” que las restricciones revisadas en materia de propiedad fiduciaria. Siendo así, la consagración de este plazo de caducidad marcará una medida que tienda a permitir el respeto al derecho de propiedad, pero limitado por los intereses sociales comprometidos.

Como fue explicado, el legislador ha utilizado un modelo en que consagra el derecho de propiedad, y lo defiende por vía de respetar las manifestaciones de su ejercicio. Ha permitido que el propietario tenga la potestad incluso para limitar la vigencia de este derecho, sujetándolo a una condición que le pudiese poner fin. Se concibe de esta manera a un derecho de propiedad que puede ser coordinado por el propietario tanto en cuanto a la clase de actos a los cuales se extiende, como a las cargas que puede imponer a la propiedad. Así, se estima que el propietario tiene plena libertad para introducir en su propiedad todas las limitaciones que estime, lo cual responde nuevamente a una dinámica general en que se estima que la libertad se manifiesta en la posibilidad de autolimitación. Y, en este contexto, la propiedad fiduciaria constituye un punto en que el Derecho da cuenta de las libertades en que se expresa el ejercicio de la propiedad.

La dificultad que surge con la propiedad fiduciaria es el elemento en que se apoya. Para que ésta pueda constituirse, requiere de la inserción de un elemento esencial, cual es la condición. Esta última constituye un acontecimiento *futuro e incierto*, y esta última calidad significa que no se sabe si va a suceder o no. No importa que la época en que el hecho vaya a suceder o haya de celebrarse, sea determinada o indeterminada, sino que lo importante es que se trate de un hecho incierto. En el mismo, las partes no tienen certeza alguna de si el acontecimiento ocurrirá o no, y aplicado este atributo a la propiedad fiduciaria, resulta que no existe certeza sobre si el propietario fiduciario gozará de la propiedad de manera absoluta, o si la perderá a manos del fideicomisario tras cumplirse la condición.

Esta incertidumbre tiene la potencialidad, dependiendo de las características del acontecimiento en que se apoye la condición, de extenderse indefinidamente en el tiempo, de modo que el propietario fiduciario no sólo no podría saber en lo inmediato si es que su propiedad será finalmente absoluta o si se extinguirá; sino que en forma indefinida existirá esta pregunta tanto para él como para la posteridad que le siga, e incluso los terceros a quienes se transfiriere el dominio del fideicomiso.

Este carácter ilimitado que implica la vigencia de la condición impuesta a la propiedad fiduciaria, implicaría que, a pesar de las sucesivas transferencias que pudiese hacerse de la propiedad, en cualquier momento el tercero perderá el dominio en manos del fideicomisario que hubiere sido designado, incluso si el fideicomiso hubiere sido constituido hacía mucho tiempo atrás. Esto generaría que el proceso de transferencia de la propiedad, que inicialmente era libre, quede eventualmente truncado, al revertirse su flujo en favor de un tercero que no ha surgido como consecuencia del libre flujo de los bienes.

El fideicomiso sujeto a una condición indeterminada es igualmente inconveniente porque los terceros vean reducido su interés en adquirir esta clase de bienes. Ellos no tendrán mayor interés en incrementar el rendimiento ni el valor de estos bienes, al perderlos eventualmente en manos del fideicomisario, de modo que estos bienes perderían progresivamente su valor por la falta de cuidado.

El resultado nuevamente se traduce en una ponderación de principios, que inicialmente implica la prevalencia del derecho de propiedad, dado que se admite la estipulación del

fideicomiso y de su sujeción a condiciones indeterminadas. Pero ha sido intervenida por el principio de libre circulación de los bienes a través de limitar la vigencia máxima de la condición, y estableciendo una regla de caducidad de la condición que determinará que falle al no ocurrir el acontecimiento en que se apoya tras un determinado tiempo. Las limitaciones de la propiedad son admisibles, pero deberán ser temporales, “de una duración escasa”²⁰⁹⁰.

SECCIÓN 2:

EL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LA RIQUEZA EN EL MENSAJE DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE COMERCIO

§ 1. PLANTEAMIENTO

Con posterioridad a la dictación del Código Civil, nuevamente se contiene una referencia explícita hacia la libre circulación de la riqueza. Ello tiene lugar en virtud de la presentación del *Proyecto de Código de Comercio*.

Nuevamente la incorporación de esta idea la vemos reflejada a propósito de un Mensaje del Proyecto, cual es el punto en que el legislador propone las principales consideraciones que justifican las normas que se contienen en ella.

En el Mensaje se lee lo siguiente:

“El Proyecto reglamenta la compraventa mercantil de acuerdo con los principios excepcionales que establece la jurisprudencia y el derecho comercial de las naciones más cultas. Ni era posible someter este contrato constitutivo del comercio a las prescripciones del Código Civil, porque prescindiendo de que ellas se refieren principalmente a la venta de bienes inmuebles, hay profundas diferencias entre la compraventa civil y la mercantil, que las hacen inaplicables en materia comercial.

“El objeto inmediato y directo de la compraventa civil, aunque verse sobre cosas muebles, es el uso o consumo privativo del adquirente; el de la compraventa mercantil es la consecución de una ganancia, mediante la reventa o el alquiler del mero uso de la cosa comprada, La primera es ordinariamente pura; la segunda es condicional, puesto que bajo algún respecto lleva una condición tácita, suspensiva o resolutoria, salvo que el contrato se celebre entre presentes y sobre una cosa también presente que se entrega en el acto; y difiriendo ambas ventas en sus fines y calidades, era de todo punto indispensable que el Proyecto, adoptara reglas peculiares a la compraventa mercantil, para facilitar las transacciones, asegurar

²⁰⁹⁰

LIRA (1956), p. 69.

sus efectos contra los cálculos del fraude, y promover por estos medios la rápida circulación de la mercadería”.

El Código de Comercio ha procedido a explicar el contenido general de las normas que, en su interior, se refieren a las obligaciones y contratos mercantiles, todo lo cual se encuentra contenido en el actual Libro II. En el mismo, se ha procedido a la adopción de una regulación contractual en paralelo al Código Civil, tratando algunos contratos que se encuentran contenidos igualmente en este último, pero desde una perspectiva que, se asume explícitamente, debe ser diversa. De este modo, aunque tanto la legislación civil como la mercantil regulen al contrato de compraventa, entre otros supuestos, se ha intentado expresar que cada uno persigue propósitos diversos.

El legislador comercial ha sostenido que la regulación de la compraventa mercantil es, en general, un modelo que simplemente repitiera las soluciones civiles habría sido inconveniente. Se entiende que la compraventa civil persigue como propósito “el uso o consumo privativo” por parte del adquirente, de modo que la adquisición del bien, sea mueble o inmueble, redundará finalmente en la satisfacción de sus necesidades particulares, siendo el destinatario final de esos bienes que adquiere por esta vía. Por el contrario, la compraventa mercantil es concebida como un instrumento de lucro; lo que persigue el comprador es la adquisición del bien con el fin de volver a venderlo a un tercero, e incluso arrendarlo, de modo que esta segunda venta o celebración posterior del arrendamiento le permitirá obtener una diferencia de valor del cual podrá aprovecharse.

En consecuencia, el derecho comercial es comprendido, a través de este solo ejemplo, con un propósito diferenciado respecto del derecho civil; lo que el comerciante desea es la obtención de una ganancia o lucro, y el Código de Comercio deberá apuntar a la satisfacción de ese propósito.

§ 2. CÓMO ES PLANTEADA LA RELACIÓN ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LA RIQUEZA Y EL INSTITUTO JURÍDICO ANALIZADO

A diferencia de los supuestos que se han revisado sistemáticamente hasta el momento, en este punto se ha procedido a reconocer la procedencia de la libre circulación de la riqueza; empero, ello tiene lugar sin limitar la expresión de ésta en una determinada y específica cuestión. En su lugar, revela que toda la regulación destinada al contrato de compraventa mercantil, desde el momento en que se ha procedido a incorporar “reglas particulares”, distintas de las del Código Civil, ha intentado a dos fines inmediatos, los cuales asegurarán la obtención del fin último.

El primer fin inmediato al cual ha apuntado el legislador, consistió en “*facilitar las transacciones*”, exigencia esta última que debe comprenderse en el sentido de estimular las contrataciones en el ámbito mercantil. El codificador mercantil manifiesta que el modelo de contratación civil no es capaz de aplicarse en el plano de las relaciones de comercio, puesto

que estas últimas se caracterizarían por su celeridad. Bajo este margen, se insiste en la necesidad de un modelo capaz de satisfacer esa velocidad, lo cual no sería posible si se aplicaran directamente las reglas civiles. No se explica en qué condiciones la regulación civil sería menos propicia para satisfacer ese requerimiento en comparación con la idea que se pretendía aplicar en materia comercial.

El segundo fin inmediato que se procura salvar con una regulación especial, consiste en “*asegurar sus efectos contra los cálculos del fraude*”. Este punto cumple un rol de seguridad respecto del a pretensión inicial tendiente a facilitar las transacciones. Si bien es aceptada que la contratación mercantil persigue la obtención de ganancias a favor de las partes, ello no significará que tal beneficio pueda ser obtenido a cualquier costo. Es por ello que se persiguió brindar un modelo de regulación que evite todos aquellos actos que engendren o posibiliten la comisión de fraudes.

Los dos propósitos expuestos constituyen el punto de partida de un propósito mayor que se encuentra detrás de la reglamentación de la contratación mercantil en materia de compraventa. A través de la creación de reglas ágiles y de un modelo contractual seguro, el legislador apunta a promover “*la rápida circulación de la mercadería*”. Se persigue que la compraventa mercantil se convierta en un buen ámbito en el cual los bienes que son ofrecidos a la colectividad, cuales son las mercaderías, puedan circular sin grandes restricciones, de modo que puedan ser adquiridos por los comerciantes, y estos últimos puedan redirigirlos fácilmente a la colectividad o a otros comerciantes. El comercio se basa en un flujo rápido de las mercaderías, y es por ello que todas las medidas que tiendan a alcanzar dicha meta deberán ser utilizadas dentro de este ámbito.

Cabe destacar que en este punto el legislador no se pronuncia por alguna especie de conflicto entre principios jurídicos; no existe referencia a que la libre circulación de la riqueza constituya un medio de restricción de las libertades detrás del derecho de propiedad. Lejos de ello, se ha considerado la libre circulación de las mercaderías como un fin propio y excluyente en el derecho comercial. Otro elemento es que la expresión “riqueza” pasa a ser reemplazada por la de “mercaderías”, lo cual implica una progresiva aproximación hacia el sentido en el cual comprendemos hoy este principio.

Cabe destacar que el propósito de la protección a la libre circulación de los bienes apunta al desarrollo del comercio²⁰⁹¹, lo cual contribuye a insistir en la importancia que este principio tiene para la disciplina mercantil.

SECCIÓN 3: LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LA RIQUEZA EN MATERIA CONCURSAL

§ 1. PLANTEAMIENTO

²⁰⁹¹ TAPIA (2005), núm. 76, p. 137.

Fuera de la legislación básica contenida en las principales codificaciones dictadas hasta el momento, e incluso fuera de aquella dictada durante el siglo XIX, también se observa un esfuerzo por parte del legislador de considerar la libre circulación de la riqueza como un estándar que permite crear ciertas instituciones, o derechamente reducir el rigor de otras.

Uno de estos ámbitos se encuentra a propósito del Mensaje con que fue ingresado al Congreso Nacional el Proyecto de Ley que se traduciría en la dictación de la Ley N.º 4.558, Ley de Quiebras, del año 1929. Esta normativa viene en reemplazar totalmente

En el Mensaje, a la hora de la explicación de lo que se entiende por “cesación de pagos”, cual es la causa de la declaración de quiebra, se la entiende como “el estado del deudor, sea o no comerciante, cuyo patrimonio hace muestra de un evidente desequilibrio entre su activo y su pasivo”.

Respecto del mismo, el Mensaje añade que la causa de la quiebra constituye una situación de “*ruinosa fortuna*”, la cual genera que se “*detenga en manos inhábiles, la producción y circulación de la riqueza*”²⁰⁹².

§ 2. CÓMO ES PLANTEADA LA RELACIÓN ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LA RIQUEZA Y EL INSTITUTO JURÍDICO ANALIZADO

Los procedimientos concursales contienen mecanismos de tutela colectiva que deben ser implementados cuando un deudor se encuentra en un estado patrimonial que se conoce como “cesación de pagos”. En dicho estado, el deudor se encuentra en una situación de imposibilidad para dar cumplimiento a sus obligaciones, la cual se extiende de manera prolongada en el tiempo, y que tiene un carácter permanente.

Esta cesación de pagos imposibilita al deudor para ejecutar de manera normal y lícita sus obligaciones, siendo este último un estado que no es transitorio o accidental. Este estado se prolongará mientras esta cesación continúe. Frente a este escenario, los mecanismos de tutela individual son insuficientes, puesto que con ellos sólo se reacciona frente al hecho antijurídico en que se traduce el incumplimiento, pero no tendrán la capacidad suficiente para afrontar el estado patrimonial de cesación en que se halla el deudor.

Esta cesación de pagos es acusada por el legislador concursal como un estado que genera efectos negativos desde la óptica de la libre circulación de la “riqueza”. Así, se sostiene que este estado va en abierta contradicción con el principio de libre circulación de los bienes, puesto que ella provoca que el deudor insolvente mantenga en su poder bienes que no van a ser utilizados de manera efectiva, ni tampoco serán aprovechados por terceros mientras se

²⁰⁹² SANDOVAL (2016), núm. 45, pp. 69-70.

mantengan en poder del deudor. Es por ello que la quiebra constituye un mecanismo a través del cual pueda obtener la realización de sus bienes, y con ello se permita poner fin a este estado.

Se aprecia en este punto que la libre circulación de la riqueza es referida nuevamente como un principio protagónico, que no es utilizado como un medio que permita la prevalencia de otro con el cual pudiere encontrarse en conflicto. Y es citado como un medio que asegura la libre circulación de la “riqueza”.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

Tras la revisión de estos antecedentes básicos, es posible extraer algunas ideas que nos permitirán apreciar, más adelante, cuál es el significado que se ha querido asignar al concepto bajo análisis, el por qué podemos considerarlo como un “principio”, y cuáles son los propósitos que se encuentran detrás de su reconocimiento normativo.

La primera se refiere a la manera en que el legislador se expresa. En este punto no hace uso de la calidad de “principio”, a pesar de que esta noción existía en el vocabulario jurídico de la época. Sin embargo, por lo menos es tratado como una suerte de “fin” o “meta” a la cual debería apuntar el legislador.

En segundo lugar, se reitera el uso del concepto “libre circulación de la riqueza”. Tan sólo en el Mensaje del Proyecto de Código de Comercio es que adopta un modelo diferente y especial de referencia, cual es “libre circulación de las mercaderías”. Este concepto habla de que la “riqueza” debe “circular” en forma “libre”. Respecto de la primera noción, y conforme el sentido general que el legislador parece asignarle, no se trata de una expresión que deba entenderse sinónima sólo de “bienes valiosos” u “objetos preciosos”, ni mucho menos por “dinero”; en su lugar, parece emplear esta expresión como un sinónimo de “bienes” en general.

En cuarto lugar, este parámetro ha sido consagrado en términos tales que funciona como un marco por sí mismo, o como un factor de moderación de otro principio. En cuanto al primero, se trata de un modelo explicitado para determinar la finalidad de la compraventa mercantil y de las quiebras. En cuanto al segundo, se trata de la manera en que es consagrada por el Código Civil, y se la invoca como un medio de morigeración de la extensión que corresponde asignar a la libertad que caracterizaría el ejercicio del derecho de propiedad. En este último caso, no es descrito como un principio protagónico, sino que viene en complementar la tutela que efectúa respecto de la propiedad.

En quinto lugar, y especialmente en lo que respecta al derecho civil, vemos que la libre circulación de la riqueza no tiene la fuerza suficiente para suprimir ciertas figuras anacrónicas, las cuales son claramente acusadas como contrarias de este principio. Esta

tensión es claramente visible en materia de posesión provisoria de los bienes del desaparecido y de la propiedad fiduciaria, en las cuales se las ha conservado porque ellas mismas son emanaciones del derecho de propiedad que se consideran legítimas, y que vienen a proteger el interés individual del propietario. El legislador se ha propuesto más bien limitar aquellos contornos en los cuales pudiere significar un mayor daño al interés social.

En sexto lugar, la libre circulación de la riqueza es explicitada como un estándar de protección del interés social, mientras que el derecho de propiedad es concebido como un medio de satisfacción del interés individual. Siendo así la manera en que el Mensaje del Proyecto de Código Civil reconoce su manifestación, todas las soluciones a las cuales alude tienden a constituirse en términos tales que el interés individual prevalece, pero limitado por las exigencias propias de la colectividad.

En séptimo lugar, y desde el plano de su individualidad, la libre circulación de la riqueza parece formulada en términos tales que se da entender que el legislador repudia que la suerte de los bienes y su libre flujo en el tráfico jurídico pueda verse restringida en virtud de una decisión del propietario, más allá de un punto en que se vulnera el interés de terceros. Ese interés se traduce en la posibilidad que estos últimos tengan de adquirir estos bienes, que su adquisición se haga sin mayores gravámenes, y que el ejercicio de su propiedad no se vea cortado en cualquier momento. Se pretende, como una manera de proteger a estos terceros, que los bienes no sufran limitaciones que se extiendan permanentemente en el tiempo, ni que el libre flujo de estos bienes se vea abruptamente interrumpido en virtud de efectos que reviertan el dominio y lo trasladen a un tercero que no ha participado de ese libre flujo de los bienes.

En octavo lugar, debe notarse que la libre circulación de la riqueza apunta hacia propósitos económicos que no sólo se infieren del tenor de su significado, sino también en la manera como los ha contemplado el legislador. Así, se manifiesta que con esta libertad se da mayor “vida y movimiento a la industria”. Por ello, a través de su tutela desde el plano jurídico, el legislador mira la necesidad de proteger ciertos valores de naturaleza económica. De hecho, se estima que el resultado de una mirada libertaria de la propiedad imponía la necesidad de favorecer en su condición máxima la iniciativa individual, y fomentar la formación de sociedades de personas o de capital, tanto nacionales como internacionales, para así fomentar el espíritu de empresa y de ganancia²⁰⁹³.

²⁰⁹³

LIRA (1956), p. 69.

Capítulo III:

RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES

SUMARIO: Sección 1: En el ámbito constitucional: § 1. Bases de protección: 1.1. Su relación con el orden público económico; 1.2. En cuanto a la libertad para adquirir el dominio de bienes: 1.2.1. Antecedentes - 1.2.2. Análisis descriptivo: (a) Designación del derecho fundamental; (b) Consagración como “libertad”; (c) Su vinculación con el principio de libre circulación de los bienes; (d) Importancia económica; (e) Su relación con los modos de adquirir el dominio; (f) Su vinculación como fundamento jurídico de la capacidad de goce - 1.2.3. Defensa de su contenido esencial: (a) Regla aplicable; (b) Aplicación; 1.3. En cuanto a la facultad de disposición: 1.3.1. Ubicación - 1.3.2. Sede en que debe regularse el ejercicio de esta facultad - 1.3.3. Introducción de prohibiciones a la facultad de disposición: (a) Posición de Rosende; (b) Nuestra posición - 1.3.4. Posibilidad de expropiación de la facultad de disposición - 1.3.5. Defensa de su contenido esencial – **§ 2.** Medios de protección.- **Sección 2: En el ámbito civil: § 1.** La incorporación del principio de libre circulación de los bienes dentro del ámbito de las normas de orden público – **§ 2.** Mecanismos de protección del principio – **§ 3.** Sanciones.- **Sección 3: Síntesis.**

Conforme fue explicado, la libre circulación de la riqueza tiene una serie de manifestaciones en el ordenamiento jurídico, e incluso se estructuran a su alrededor algunos mecanismos de protección, los cuales facilitan su identificación en cuanto principios.

En forma concreta, revisaremos la manera en que se ha expresado en el ámbito constitucional (**Sección 1**) y civil (**Sección 2**).

**SECCIÓN 1:
EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL**

El derecho constitucional asegura una base de protección para este principio (§ 1), y dispone de ciertos mecanismos de defensa (§ 2). Todos ellos serán revisados a continuación, ya que permiten reconocer las formas en que se ha declarado reconocido este principio en nuestro ordenamiento jurídico.

§ 1. BASES DE PROTECCIÓN

En el ámbito constitucional, la libre circulación de la riqueza resulta manifestada, puesto que se hace reconocimiento de los dos elementos básicos en los cuales se apoya el funcionamiento de este principio.

1.1. Su relación con el orden público económico

Los supuestos que se analizarán se entiende que forma parte de aquel conjunto denominado “orden público económico”²⁰⁹⁴ existente en el derecho chileno, concepto este último que es utilizado tempranamente por la doctrina nacional, inspirados en las obras de GEORGES RIPERT²⁰⁹⁵, y que se ha intentado definir como

“el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución”²⁰⁹⁶.

El caso del “orden público económico” en el derecho chileno es paradigmático. Se reconoce que la Constitución Política contempla un catálogo de derechos fundamentales que integran lo que se conocería como orden público económico. La noción era de conocimiento de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, según se menciona en su *Anteproyecto*²⁰⁹⁷, mas el texto definitivo no la señala en ninguna parte. Empero, se trata de una categoría jurídica plenamente reconocida en la doctrina y la jurisprudencia²⁰⁹⁸.

Por el mismo, se quiere significar que se trata de aquellas disposiciones a través de las cuales se estructura la base jurídica indispensable para el desarrollo de la actividad económica basada en un sistema de libertad de mercado, y que se caracteriza por ser un

²⁰⁹⁴ Sobre esta noción, en forma detallada, GUERRERO (2001); VERDUGO *et alt.* (2005), pp. 296-297; VIVANCO (2006), pp. 470-473; NOGUEIRA (2010), pp. 13-18; CEA (2012), pp. 503-508; NAVARRO (2016), pp. 33-39.

²⁰⁹⁵ Sobre este origen, MOLINA (1998), núm. 102, p. 185; TAPIA (2005), núm. 121, p. 233; NOGUEIRA (2010), pp. 13-14. En forma detallada, FERMANDOIS (2011), pp. 51-63. Un seguimiento de la evolución en el pensamiento del jurista francés, en FERMANDOIS (2010), pp. 34-46.

²⁰⁹⁶ CEA (2012), núm. 416, p. 503. Cita esta definición VIVANCO (2006), p. 472, y otras definiciones, en FERMANDOIS (2011), pp. 41-43.

Una exposición general sobre el debate en torno a la legitimidad para tratar en el texto constitucional sobre estos elementos propios de la economía, en FERMANDOIS (2011), pp. 29-41.

²⁰⁹⁷ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (s/f), núm. 17, pp. 27-33.

²⁰⁹⁸ Existen algunas sentencias en sede constitucional, a propósito del *recurso de amparo económico*, que se hace discusión sobre si un determinado acto u omisión ha supuesto una vulneración del orden público económico, rechazándose no precisamente porque se refiera a una categoría jurídica inexistente, sino más bien por cuestiones de orden probatorio que impidieron dar por acreditada la afectación requerida. A título de ejemplo: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 10.9.1996, Rol de Ingreso N.º 2.595 – 1996, C. 3.º, red. Ministra doña Sonia Araneda, confirmada por Corte Suprema (3ª Sala), 8.10.1996, Rol de Ingreso N.º 3.522 – 1996, en: *FM*. N.º 455 (Octubre 1996), sent. 7, pp. 2012-2025.

modelo de “ordenación”, superando al modelo de “dirección” que es la clase de orden público económico que caracteriza a los sistemas económicos centralmente planificados²⁰⁹⁹. Empero, se ha dicho que el modelo plasmado en este conjunto de normas que integran el orden público económico, se desarrolla en términos tales que, se aleja de una mirada liberal basada en un Estado meramente espectador del proceso económico, pero también del Estado interventor, de modo tal que “el modelo consagrado no podría degenerar en los sistemas citados”²¹⁰⁰.

Por último, señalaremos que algunos autores han sostenido que principios fundamentales del derecho civil, como lo son la *autonomía de la voluntad* y la *libertad contractual* forman igualmente parte del orden público económico, desde el momento en que pueden considerarse integrantes del derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica (Const. Pol., art. 19 N.º 21.º)²¹⁰¹.

1.2. En cuanto a la libertad para adquirir el dominio de bienes

En primer lugar, la Constitución asegura a todas las personas, a propósito del art. 19 N.º 23.º:

“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

Corresponde formular una aproximación a este derecho fundamental, toda vez que constituye la parte esencial del funcionamiento del principio de libre circulación de los bienes²¹⁰².

Por otro lado, se acusa el hecho que no se trate de una disposición constitucional particularmente abordada por la doctrina en forma especial²¹⁰³.

²⁰⁹⁹ TAPIA (2005), núm. 121, p. 233.

²¹⁰⁰ VIVANCO (2006), p. 472.

²¹⁰¹ En este sentido, NAVARRO (2016), pp. 37-39. El análisis de estos preceptos, y su encadenamiento como el marco constitucional de la libertad contractual, en BARAONA (2015), pp. 116-119. Esta clase de fundamento se ha utilizado en el Derecho Español, a propósito de sus respectivas normas constitucionales, como plantean CARRASCO (2010), p. 67, y DÍEZ-PICAZO (1996), pp. 126-127.

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el plano constitucional no constituye novedad, dado que ya era acusado por ALESSANDRI (2015), pp. 11-12, fundándose en la protección de la propiedad y de la libertad de trabajo (Const. Pol. 1925, art. 10 N.º 10 y 14); y según se contiene en sus explicaciones de clases, recogidas por VODANOVIC (1942), pp. 31-32. El mismo fundamento constitucional se consulta en TOMASELLO (1984), p. 42.

²¹⁰² Existe una obra en la cual se declara que el libre acceso a los bienes constituye un principio jurídico independiente de la libre circulación de los bienes; ROSENDE (2015), p. 94.

1.2.1. Antecedentes

La consagración de esta libertad no se conocía en el constitucionalismo nacional²¹⁰⁴, aunque puede encontrarse un antecedente en el art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²¹⁰⁵. Incluso más, un reconocimiento más temprano alrededor de la libre circulación de los bienes se encuentra consagrada en la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, de 12 de junio de 1776, el cual declara en su § I:

“Hecha por los representantes del buen Pueblo de Virginia, reunidos en la Convención plena y libre, como derechos que les pertenecen a ellos y a su posteridad como la base y el fundamento de su gobierno.

“I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”.

El modelo en el cual se basa esta Declaración es la propia del iusnaturalismo racionalista, en la cual se asume que el fundamento de la protección de los derechos individuales es el contrato social que permite el nacimiento de la sociedad y del Estado. Dentro de este contexto, se entiende que el ser humano tiene un conjunto de derechos que le resultan indispensables, dado que constituyen un mínimo de subsistencia. Entre estas categorías de derechos se encuentra la “libertad”, la cual se declara integrada por la de adquirir “la propiedad”. El resultado de su reconocimiento constitucional es que la libertad para adquirir el dominio constituya un derecho que se entiende natural y anterior al Estado²¹⁰⁶.

Se ha sostenido que la consagración de una norma de semejante naturaleza se explicaría porque en el Antiguo Régimen se contemplaba que sólo los nacionales, y específicamente los miembros de ciertas clases sociales pudieran adquirir libremente los bienes²¹⁰⁷.

La manifestación de este derecho encuentra su antecedente más próximo a propósito del art. 1.º N.º 15 del DL. N.º 1.552: *Acta Constitucional N.º 3. De los Derechos y Deberes Constitucionales* (DO. 13.9.1976)²¹⁰⁸. En el mismo, se leía:

²¹⁰³ Denuncia esta circunstancia CORDERO (2017), p. 44, n. 77.

²¹⁰⁴ NAVARRO (2016), p. 161; Destaca la novedad de esta figura desde la óptica constitucional, pero descartando que se trate de un derecho que no se relacione ni con la tutela desarrollada hasta el momento del derecho de propiedad, ni que se trate de una figura ausente en el Código Civil, CEA (2012), núm. 464, p. 555. En un sentido similar, NOGUEIRA (2010), p. 167.

²¹⁰⁵ GUZMÁN (2001), § 39, p. 256; NOGUEIRA (2010), p. 167. En contra, acusando la ausencia de referentes internacionales en la materia, CEA (2012), núm. 464, p. 556.

²¹⁰⁶ CERDA (1988), p. 170.

²¹⁰⁷ CERDA (1988), p. 170.

²¹⁰⁸ Sobre el origen de esta disposición, y los fundamentos en que se apoyó, BLANC *et alt.* (1990), p. 170; VERDUGO *et alt.* (2005), pp. 300-303; FERMANDOIS (2010), pp. 233-234; CEA (2012), núm. 468, pp. 558-559.

“Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

“15.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que por su naturaleza son comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.

“La ley, en casos calificados y cuando así lo exija el interés nacional, puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y, también, limitar o establecer requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

“Para promover el acceso de un mayor número de personas al dominio privado, la ley propenderá a una conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”.

El art. 1.º del Acta Constitucional N.º 3.º es lo que conforma el tenor la base del art. 1.º inc. 1.º Const. Pol., pero con la modificación de “hombres” por “personas” —que comprende las personas naturales y jurídicas²¹⁰⁹—, y el añadido que la igualdad también se produce en los “derechos”. Asimismo, el núcleo de la libertad para adquirir toda clase de bienes se mantuvo hasta el texto actual²¹¹⁰, sin perjuicio que el constituyente prefirió prevenir que la misma Constitución podía establecer algunas situaciones especiales que implicaran una excepción a esta libertad, y cambiando expresamente la fuente formal autorizada para introducir esas limitaciones, las cuales quedaron definitivamente en “una ley de quórum calificado” según señala el art. 19 N.º 25.º Const. Pol.

Algunos elementos que no se conservaron del Acta Constitucional N.º 3 consistieron en la reserva de dominio a favor del Estado de ciertos bienes “*que carecen de dueño*”, circunstancia que se eliminó y sólo se conserva la presunción dominical respecto de los bienes raíces, a la cual alude el Código Civil. Cabe destacar que, desde el momento en que el Estado se erige en cuanto Fisco para su intervención en el tráfico jurídico, éste goza igualmente de la libertad para adquirir toda clase de bienes, lo cual contribuye a hacer innecesaria la frase en comentario.

Para cerrar, otro elemento que fue eliminado del Acta Constitucional N.º 3 consistió del mecanismo constitucional que había sido contemplado para “*promover el acceso de un mayor número de personas al dominio privado*”, medidas que se hacían traducir en que “*la ley propenderá a una conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar*” De acuerdo con el tenor de la norma, lo que se perseguía con esta parte del precepto constitucional, consistía de crear un mecanismo explícito de “promoción al dominio privado”, lo cual se pretendía asegurar “al mayor número de personas”, casi como una explicitación del aspecto comprendido en términos generales por el principio de libre circulación de los bienes. Estas medidas implicaban la generación de dos estándares que desaparecieron completamente del tenor del art. 19 N.º 23.º Const. Pol. Su eliminación

²¹⁰⁹ CERDA (1988), p. 170.

²¹¹⁰ La doctrina acepta que este derecho permite adquirir el dominio de cualquiera clase de bien, sin distinguir su naturaleza. En este sentido, CERDA (1988), p. 170.

implica que se considere que, fuera de la protección que debe asegurarse a todas las personas para que adquieran el dominio de toda clase de bienes, no resultaría necesario introducir elementos adicionales que permitan confirmar esta libertad. La impresión que queda es que la libertad para adquirir bienes pasó de ser, desde una fórmula en que lo relevante era asegurar efectivamente esa libertad de adquisición a la mayor cantidad de personas posibles, a un punto en que sólo resulta necesario que las personas tengan espacios de adquisición en un plano de igualdad, con prescindencia de si tal circunstancia está al alcance del común de las personas, o sólo de algunos grupos. Por tanto, lo que ocurrió fue que se cambió explícitamente el modelo, desde uno que notoriamente imponía al Estado una función de redistribución de la propiedad existente, para cambiar a un modelo de acceso jurídico a la propiedad²¹¹¹.

Cabe destacar que la redacción definitiva del precepto en vigor le fue atribuida por la Junta de Gobierno, la cual procedió a eliminar la reserva de dominio de los bienes vacantes a favor del Estado²¹¹². Este cambio se explicaría porque la primera opción habría significado derechamente entrar en contradicción con el principio de subsidiariedad²¹¹³.

1.2.2. Análisis descriptivo

(a) Designación del derecho fundamental

Esta norma, como fue destacada, se entiende un elemento integrante de la noción de orden público económico en el derecho chileno²¹¹⁴, y se la venido en denominar “derecho a la propiedad”²¹¹⁵ o “derecho al derecho de propiedad”, o “facultad de apropiación”²¹¹⁶, la “garantía de acceso a la propiedad”²¹¹⁷, e incluso “libre acceso a la propiedad privada e interdicción de la reserva estatal de bienes”²¹¹⁸.

(b) Consagración como “libertad”

²¹¹¹ FERNANDOIS (2010), p. 234.

²¹¹² VERDUGO *et alt.* (2005), p. 296.

²¹¹³ FERNANDOIS (2010), p. 234.

²¹¹⁴ MOLINA (1998), núm. 103, p. 186; GUERRERO (2001), p. 318; VERDUGO *et alt.* (2005), p. 304; CEA (2012), núm. 416, p. 504, y núm. 463, p. 555.

²¹¹⁵ GUERRERO (2001), p. 318; CEA (2012), núm. 464, p. 556. Por su parte, FERNANDOIS (2011), p. 110, ha criticado esta denominación, dado que implica despremiar la importancia que tiene, la cual es tanto e incluso más que la misma tutela de la propiedad. Mayores detalles en torno a esta crítica, en FERNANDOIS (2010), p. 233.

A nivel jurisprudencial, ha sido aplicado en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 3 de marzo de 2010. Rol de Ingreso N.º 1298-2009-INA. “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N.º 2.695, en los autos Rol N.º 676-2006 seguidos ante la Corte de Apelaciones de Chillán”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 36.º.

²¹¹⁶ Es la denominación que se asignaba por RAFAEL FERNÁNDEZ CONCHA, según anota CEA (2012), núm. 464, p. 556.

²¹¹⁷ RUIZ-TAGLE (2016), p. 226.

²¹¹⁸ FERNANDOIS (2011), p. 110.

Cabe destacar que la norma ha consagrado la adquisición de bienes como una “libertad”, es vez de la categoría propia de un “derecho”. En este sentido, explica el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL chileno:

“Que, no obstante, el precepto constitucional no permite establecer una obligación para que el Estado logre que todas las personas tengan un bien. Eso sería inviable en la práctica y supondría que el Estado opta por ayudar a las personas a satisfacer sus necesidades sólo por medios privados (a través de una propiedad), descartando la cobertura de dichas carencias por medios públicos, como puede ser la creación de un servicio a cargo de una prestación que cubra una determinada necesidad calificada por el legislador como pública.

“El precepto constitucional tampoco obliga a que toda persona tenga una propiedad; las personas no pueden, por regla general, ser impelidas a comprar o adquirir bienes. En este sentido, estamos frente a una libertad para adquirir una propiedad.

“La norma permite que si una persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, persiga o no fines de lucro, desea obtener algún bien, esta posibilidad no se le obstaculice sin razones valederas.

“Por eso, una parte de la doctrina nacional ubica el precepto que se analiza dentro de las libertades; específicamente, dentro de las libertades económicas (M.G., H.; ob. cit.; pág. 197; y Verdugo, P. y N.; ob. cit.; pág 294)”²¹¹⁹

La Constitución ha procedido a consagrar como derecho fundamental una “libertad”, de modo que lo que el constituye reconoce, y luego tutela, es que las personas dispongan de un ámbito en que no existan limitaciones en la adquisición del dominio de toda clase de bienes.

Se consagra que es derecho de toda persona la de poder adquirir bienes, en condiciones de libertad, exceptuando cuatro situaciones²¹²⁰, que consisten: **(i)** aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres; **(ii)** aquellos bienes que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así; **(iii)** aquellos bienes que se encuentran en algunas de las situaciones previstas “en otros preceptos de esta Constitución”²¹²¹; y **(iv)**

²¹¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 3 de marzo de 2010. Rol de Ingreso N.º 1298-2009-INA. “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N.º 2.695, en los autos Rol N.º 676-2006 seguidos ante la Corte de Apelaciones de Chillán”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 38.º.

²¹²⁰ El análisis de estas excepciones puede consultarse en GUZMÁN (2001), § 39, pp. 259-262; VIVANCO (2006), p. 495; NOGUEIRA (2010), pp. 170-172; FERNANDOIS (2010), pp. 236-250; CEA (2012), núm. 466, pp. 556-557.

²¹²¹ El caso más representativo consiste de la propiedad del Estado sobre las minas, según destaca CERDA (1988), p. 170.

Un listado de estos supuestos, en MOLINA (1998), núm. 103, p. 187; CEA (2012), núm. 466, p. 557. El origen de esta última hipótesis se encuentra en las discusiones habidas al interior de la Junta de Gobierno, cuyo relato se contiene en VERDUGO *et alt.* (2005), p. 303.

aquellos bienes cuya adquisición se encuentre sujeta a las limitaciones o requisitos previstos por una ley de quórum calificado, y que así lo exija el interés nacional²¹²².

(c) Su vinculación con el principio de libre circulación de los bienes

El precepto constitucional en análisis ha servido como punto de manifestación del principio de libre circulación de los bienes, conforme ha resuelto el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. En una de sus sentencias, declara lo siguiente:

“Que mientras el artículo 19 N° 24° protege a los que tienen algún tipo de propiedad, la norma que se analiza faculta para que la propiedad llegue al mayor número de personas.

“De cierta forma, el derecho de propiedad apunta a proteger o garantizar al que tiene un bien. Por eso, se le garantiza que no se limite su dominio sino por ciertas causales; que no se expropié sino por una causal, previo pago de una indemnización y siguiendo un procedimiento reglado; que la ley defina su régimen de uso, goce y disposición.

“En cambio, el 19 N° 23° es el que permite, en el cruce de intereses con el 19 N° 24°, la circulación de los bienes o las transferencias. Quien no tiene una propiedad, puede querer obtenerla, para lo cual está dispuesto a movilizar los instrumentos que brinda el derecho. La circulación de los bienes depende o se dinamiza no sólo por la voluntad del dueño, sino también del que desea serlo”.

Como se aprecia de esta sentencia, el principio de libre circulación de los bienes se relaciona con este precepto constitucional, debido a que tal flujo sólo es posible en la medida que se encuentre asegurada la posibilidad de su adquisición por parte del interesado, y que el propietario se encuentre habilitado para disponer de lo suyo, para efectos de transferirlo a quien lo requiera.

(d) Importancia económica

Alrededor de este derecho, se ha explicado que la consagración de este derecho fundamental persigue asegurar el derecho a la propiedad “de los medios de producción y

²¹²²

Dentro de esta hipótesis, se citan como ejemplos las restricciones para la adquisición del dominio de inmuebles en zonas fronterizas (CERDA, 1988, p. 171; VERDUGO *et alt.*, 2005, p. 304); la ley sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (CERDA, 1988, p. 171); aquella que pudiere establecerse para evitar el control o la concentración en la propiedad de las instituciones bancarias (VERDUGO *et alt.*, 2005, p. 304); las normas sobre división de predios rústicos (CERDA, 1988, p. 171). Otro tanto ocurre con las divisas y los permisos de pesca (CEA, 2012, núm. 467, p. 558), o la adquisición de armas (VIVANCO, 2006, p. 496).

Una denuncia sobre las infracciones que el legislador ha incurrido en torno a este derecho fundamental, pueden consultarse en FERNANDOIS (2011), p. 111. Para el análisis y aplicación jurisprudencial de este supuesto, en NOGUEIRA (2010), pp. 173-175.

consumo”²¹²³, garantizando la libre apropiabilidad de los bienes²¹²⁴, y que constituye una de las mejores maneras para proteger la propiedad privada²¹²⁵.

Se menciona que esta norma constituye “una base esencial” de ese orden público económico, cual es el régimen de propiedad privada²¹²⁶, y que es el presupuesto jurídico del derecho de propiedad²¹²⁷.

En este sentido, la conjunción del derecho para desarrollar cualquier actividad económica (Const. Pol., art. 19 N.º 21.º), y la libertad para adquirir el dominio de bienes, son las que sientan las bases del régimen económico. Como lo explica PEÑAILILLO, esta norma

“establece una base fundamental para el régimen que se ha adoptado en la actividad económica; en buena medida viene a decidirlo”²¹²⁸.

(e) Su relación con los modos de adquirir el dominio

El art. 19 N.º 23.º Const. Pol. constituye una norma que genera el deber para el legislador de establecer y regular los modos de adquirir el dominio²¹²⁹.

A partir de esta norma se ha propuesto que la regulación que se adopte por el legislador en materia de modos de adquirir el dominio, se sujete a ciertos estándares. Siendo así, la primera cuestión que surge de esta norma es que el legislador no se encontraría sujeto a un modelo predeterminado o único de modos²¹³⁰. Es por ello que se sostenga que, a propósito de la prescripción adquisitiva, en ninguna forma puede sostenerse que ella, ni otros modos de adquirir el dominio, deban sujetarse siempre a un mecanismo previo de sentencia judicial. Esto último se explica debido a que la norma constitucional no ha venido en exigir tal presupuesto, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1925.

²¹²³ GUERRERO (2001), p. 318.

²¹²⁴ NOGUEIRA (2010), p. 168.

²¹²⁵ GUERRERO (2001), p. 319.

²¹²⁶ MOLINA (1998), núm. 103, p. 186.

²¹²⁷ NAVARRO (2016), p. 162. En un sentido similar, hablando que es “la base misma del principio de propiedad privada”, FERNANDOIS (2011), p. 111.

²¹²⁸ PEÑAILILLO (2013), núm. 57 bis, p. 88.

²¹²⁹ GUZMÁN (2001), § 39, p. 257; NOGUEIRA (2010), p. 168.

²¹³⁰ NOGUEIRA (2010), p. 199.

Desde un punto de vista constitucional, sirvió para legitimar la constitucionalidad del régimen de prescripción adquisitiva contemplado por el Decreto Ley N.º 2.695. En este sentido: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 3 de marzo de 2010. Rol de Ingreso N.º 1298-2009-INA. “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N.º 2.695, en los autos Rol N.º 676-2006 seguidos ante la Corte de Apelaciones de Chillán”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017], Considerando 43.º.

El segundo estándar previsto consiste en que los modos de adquirir el dominio sean dispuestos en términos tales que la propiedad sea accesible a todos²¹³¹, sin limitaciones ni obstáculos excesivos o abusivos.

Dado que lo relativo a los modos de adquirir el dominio constituye un asunto de reserva legal, se ha sostenido que el legislador se encuentra habilitado para eliminar uno o algunos modos de adquirir, pero siempre y cuando conserve otros, dado que su eliminación total significaría contravenir el art. 19 N.º 23.º Const. Pol.²¹³²

Con algunas discusiones, se ha sostenido que la consagración de este derecho fundamental constituiría una base para la incorporación de la Nacionalización como un modo de adquirir más, dado que esta norma fundamental no constituye obstáculo alguno²¹³³.

(f) Su vinculación como fundamento jurídico de la capacidad de goce

Se ha sostenido que la importancia de esta norma no sólo se encuentra en la de servir como antecedente básico de la propiedad privada, sino que constituye la base normativa de la capacidad de goce en cuanto atributo de la personalidad²¹³⁴.

1.2.3. Defensa de su contenido esencial

(a) Regla aplicable

Por último, debe formularse una precisión sobre las condiciones en que podrá limitarse este derecho.

Conforme al art. 19 N.º 26.º Const. Pol., se ha asegurado a todas las personas

“la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

(b) Aplicación

En el entendido que la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes ha sido considerada un derecho fundamental, resulta que el constituyente ha ordenado expresamente que este derecho no podrá ser *afectado en su esencia*, ni verse sujeto a *condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*²¹³⁵.

²¹³¹ NOGUEIRA (2010), p. 168.

²¹³² GUZMÁN (2001), § 39, p. 257.

²¹³³ Propone esta lectura RUIZ-TAGLE (2016), pp. 226-227.

²¹³⁴ FERMANDOIS (2011), p. 111.

²¹³⁵ VERDUGO *et alt.* (2005), p. 303.

Bajo esta mención, la libertad de adquisición de bienes contiene un sustrato mínimo, el cual permite caracterizarlo, y es precisamente ese núcleo el que no podrá verse afecto a una modificación esencial. Siendo así, ese núcleo lo debemos traducir en la posibilidad que asiste a toda persona para adquirir los bienes, en condiciones de igualdad y de libertad²¹³⁶, sin que esa adquisición se vea afectada a restricciones arbitrarias, y que no se justifiquen por la naturaleza del bien, o por encontrarse comprometido el interés público.

Conviene aclarar que esta disposición no significará que “todos tenemos derecho a ser propietarios en concreto”; en su lugar, debe entenderse como

“el derecho en examen se refiere a aquel sujeto que, si tiene los medios, entonces puede llegar a ser propietario, encuadrándose para ello en los modos de adquirir, sin quedar excluido a priori de serlo”²¹³⁷.

Dado que el objetivo es que todas las personas puedan hallarse en condiciones de adquirir la propiedad, la norma constitucional impone al legislador el deber de generar incentivos para la adquisición del dominio. Como ha resuelto el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

“Que, pesar de la vinculación entre el artículo 19 N° 23° y el 19 N° 24°, en algunas oportunidades, este proceso algo espontáneo no funciona o se distorsiona. En esos casos, el 19 N° 23° permite que con el fin de promover el acceso a la propiedad, y con ello lograr el mandato de bien común de obtener la mayor realización espiritual y material posible de las personas, el Estado diseñe mecanismos para convertir a las personas en propietarios.

“Dicha finalidad la puede realizar el legislador de diversas maneras: abriendo la compraventa a todo tipo de bienes, excluyendo de la libre circulación los menos posibles; también incentivando la adquisición de ciertos bienes; además, la puede realizar transfiriendo dominio de bienes fiscales a ciertas personas.

“Los mecanismos de incentivo pueden ser muy variados. De ahí que unos impliquen transferencias de recursos fiscales y otros no; pueden referirse tanto a bienes inmuebles como a bienes muebles. En esta última categoría se ubican, por ejemplo, los incentivos tributarios para adquirir cierto tipo de acciones que se transan en bolsa de valores.

“Un ejemplo de incentivo con transferencia de recursos lo constituye el subsidio a la vivienda, que permite que las personas con ingresos propios insuficientes, con ayuda estatal y con voluntad de adquirir un inmueble, puedan obtener una vivienda propia.

“Otro mecanismo para facilitar el acceso a la propiedad se refiere a la simplificación de los instrumentos para incorporar al patrimonio todo tipo de bienes. Es en esta línea que se ubica el Decreto Ley N° 2.695, que facilita el acceso

²¹³⁶ En un sentido similar, NOGUEIRA (2010), p. 168.

²¹³⁷ CEA (2012), núm. 464, p. 556. Una revisión jurisprudencial sobre el significado de este derecho fundamental puede consultarse en RUIZ-TAGLE (2016), p. 226.

*a la propiedad de ciertas personas que tienen la posesión material del bien, quienes, después de obtener un título, adquieren el bien por prescripción de corto tiempo*²¹³⁸.

Al efecto, se explica que esta limitación sólo será admisible en la medida que el propio legislador lo califique como una exigencia del “interés nacional”²¹³⁹.

1.3. En cuanto a la facultad de disposición

1.3.1. Ubicación

Tratándose de la libre disposición de los bienes, cabe señalar que ella forma parte del núcleo esencial del derecho de propiedad, el cual se encuentra asegurado por la Constitución a todas las personas (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º inc. 1.º)²¹⁴⁰.

Como se apreciará, cuando la Constitución declara que se asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales, no destaca directamente que la tutela se limite a una determinada facultad derivada del dominio, sino que se tutela este derecho en su integridad.

Por ello, si consideramos que la facultad de disponer forma parte del dominio (CCCh., art. 582) y la propiedad se encuentra asegurada por la Constitución (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º inc. 1.º), tenemos que concluir que la facultad de disposición deberá ser especialmente objeto de la tutela constitucional.

1.3.2. Sede en que debe regularse el ejercicio de esta facultad

Lo cierto es que más adelante el constituyente sí se refiere explícitamente a la facultad de disposición, pero lo hace por vía de indicar cuáles son las condiciones para regularla. En este sentido, se establece en el inc. 2.º:

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

²¹³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 3 de marzo de 2010. Rol de Ingreso N.º 1298-2009-INA. “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N.º 2.695, en los autos Rol N.º 676-2006 seguidos ante la Corte de Apelaciones de Chillán”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019], Considerando 42.º.

²¹³⁹ VERDUGO *et alt.* (2005), p. 303.

²¹⁴⁰ GUZMÁN (2001), § 39, p. 257. Sobre la historia del establecimiento de la norma, FERNANDOIS (2010), pp. 212-229; CEA (2012), núm. 478, pp. 567-568.

Puede apreciarse, en primer lugar, que todo lo relativo a la constitución, ejercicio y extinción de la propiedad, se declaran asuntos de reserva legal (“*sólo la ley puede establecer...*”). Pues bien, se declara que es la ley la única fuente formal que puede determinar cómo es que se dispondrá de los bienes, prohibiendo que cualquiera clase de otra fuente formal pueda intervenir en este punto, como podría pretender hacerse a través del ejercicio de la potestad administrativa²¹⁴¹.

Luego menciona que, respecto a la facultad de disposición, es la ley la única que puede imponer sobre ella “las limitaciones y obligaciones” que se deriven o emanen de la “función social” que debe cumplir la propiedad²¹⁴².

Por tanto, bajo este margen aparece que la ley está autorizada eventualmente para limitar el ejercicio de la facultad de disposición, siempre y cuando ello se haga teniendo a la vista las exigencias propias de la función social que debe desempeñar constitucionalmente la propiedad.

1.3.3. *Introducción de prohibiciones a la facultad de disposición*

Una cuestión que podría discutirse dice relación con la posibilidad que el propietario sea privado de su facultad de disposición.

(a) Posición de Rosende

Según ROSENDE, la ley se encuentra autorizada para prohibir o condicionar la libre disposición de los bienes, siempre y cuando tal prohibición o condicionamiento derive de la función social del dominio, la cual comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, invocando al efecto el art. 19 N.º 23.º Const. Pol.

La diferenciación que el autor formula entre una prohibición y un condicionamiento de la libertad de disposición de los bienes le sirve para postular las consecuencias que emanan de uno y otro caso. Entiende éste que, en caso de privación, corresponde que el Fisco asuma la obligación de indemnizar al afectado, recordando al efecto lo fallado por la Excma. Corte Suprema en el caso “Comunidad Galletué con Fisco”, con fecha 7 de agosto de 1984 (*RDJ.*, Tomo 81, 2ª parte, sec. 5ª, pp. 181-189).

Por el contrario, cuando se trata de un mero condicionamiento de la facultad de disposición, parece entender implícitamente que ello no generaría un deber indemnizatorio.

²¹⁴¹ En este sentido, VERDUGO *et alt.* (2005), p. 310; NOGUEIRA (2010), p. 199; CEA (2012), núm. 480, p. 571, y núm. 481, p. 572; NAVARRO (2016), pp. 186-187, con cita de jurisprudencia en el mismo sentido. Una recuento jurisprudencial sobre el tema, en FERNANDOIS (2010), pp. 299-301.

²¹⁴² Sobre esta noción, en forma detallada, VERDUGO *et alt.* (2005), pp. 310-312; VIVANCO (2006), pp. 499-500; NOGUEIRA (2010), pp. 182-185; FERNANDOIS (2010), pp. 301-317; CEA (2012), pp. 574-580; NAVARRO (2016), p. 190; RUIZ-TAGLE (2016), p. 229.

(b) Nuestra posición

Creemos que el autor incurre en un equívoco. Lo hace desde un punto de vista formal, en el sentido que invoca para justificar su aseveración el art. 19 N.º 23.º Const. Pol., siendo que la alusión explícitamente formulada por él apunta hacia el inc. 3.º del art. 19 N.º 24.º Const. Pol.

Por otro lado, creemos que, si bien la Constitución autoriza que a través de una ley se introduzcan prohibiciones o restricciones a la facultad de disposición, incluso sin indemnización, es necesario formular algunas prevenciones. En la medida que esta prohibición no afecte al derecho en su esencia, no obliga al Fisco a indemnizar; y para que ello ocurra será necesario que la prohibición se ajuste a condiciones especiales de procedencia, y quede determinado temporalmente cuál es su duración, no siendo posible una restricción perpetua.

Si tal restricción es perpetua, entonces creemos que implicará una afectación esencial del derecho de propiedad, que encubriría un acto expropiatorio de esta facultad, y que obligaría al Estado a indemnizar al propietario.

Para situaciones meramente transitorias de limitación a la facultad de disposición, no existirían impedimentos legales ni tampoco constitucionales.

1.3.4. Posibilidad de expropiación de la facultad de disposición

Pero no sólo el constituyente ha procedido a reconocer la existencia de la facultad de disposición, declararla comprendida dentro del derecho de propiedad, y admitir la introducción de restricciones y limitaciones; también ha autorizado su *expropiación*.

El inc. 3.º del N.º 24.º del art. 19 Const. Pol. ha dispuesto, en su parte pertinente,

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”.

Conforme destaca esta norma, es posible que una ley general o especial pueda ordenar la expropiación “de los atributos o facultades esenciales del dominio”, entre los cuales se encuentra la facultad de disposición²¹⁴³, despojo que podría permanente e incluso

²¹⁴³

GUZMÁN (2001), § 43, pp. 270-271; NOGUEIRA (2010), p. 219; FERMANDOIS (2010), p. 275; CEA (2012), núm. 482, p. 572, y núm. 496, p. 581; RUIZ-TAGLE (2016), p. 230; NAVARRO (2016), p. 200. Y no sólo protege la integridad de las facultades derivadas de la propiedad; igualmente se extiende esta protección a sus atributos, de modo que cualquiera de ellos que resulte quebrantado, implicará un atentado en contra del dominio, según se anota por VERDUGO *et alt.* (2005), p. 312, nota 197, con cita de lo resuelto por la CORTE SUPREMA con fecha 13 de noviembre de 1989 (RDJ., Tomo 86, 2ª

transitorio, y habilitaría de todos modos a exigir la indemnización asegurada por la Constitución²¹⁴⁴.

1.3.5. Defensa de su contenido esencial

El derecho de propiedad, conforme al art. 19 N.º 26.º Const. Pol., también goza de un núcleo esencial, el cual no podrá verse afectado, ni este derecho verse sujeto a condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Tratándose del derecho de propiedad, éste se apoya en un ejercicio libre de las facultades básicas que consisten del uso, goce y disposición de los bienes²¹⁴⁵, de modo que esta última facultad no podría limitarse de manera impune por parte del legislador. Ya hemos destacado que el legislador puede introducir limitaciones al ejercicio de esta facultad, si obedece esta limitación a las exigencias propias de la función social de la propiedad, y que incluso podría ser expropiada; pero desde el momento en que se produce una privación de las facultades o atributos esenciales del dominio, habrá un acto de expropiación y debe procederse conforme la manera que para tal caso se encuentra previsto²¹⁴⁶.

Por tanto, para que exista la debida coordinación entre estos preceptos constitucionales, debemos concluir que el constituyente ha intentado prevenirnos del riesgo que implica la introducción de la reserva legal respecto de una norma constitucional. Frente a estos riesgos, ha decidido que si se produce un escenario de privación o limitación de estos derechos, se aplicarán las limitantes allí contenidas.

§ 2. MEDIOS DE PROTECCIÓN

En cuanto a los mecanismos de protección que fueron considerados por el marco constitucional, ellos han consistido de la *acción de nulidad de derecho público* (Const. Pol., art. 6.º y 7.º), la *acción o recurso de protección* (Const. Pol., art. 20), y el *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* (Const. Pol., art. 93 N.º 6.º).

parte, sec. 5ª, p. 222). En un sentido similar, FERNANDOIS (2010), pp. 274-275. También puede consultarse algunas sentencias citadas por CEA (2012), núm. 484, pp. 573-574.

Una revisión sobre las implicancias de un acto expropiatorio que no necesariamente signifique privación del dominio, en FERNANDOIS (2010), p. 390.

²¹⁴⁴ En este sentido, NOGUEIRA (2010), p. 219. Una revisión sobre las distintas teorías que han perseguido determinar cuándo habrá derecho a la indemnización, en FERNANDOIS (2010), pp. 317-39.

²¹⁴⁵ En este sentido, y explicando el contenido esencial del derecho de propiedad, VERDUGO *et alt.* (2005), pp. 308-309; FERNANDOIS (2010), pp. 339-340; CEA (2012), núm. 482, pp. 572-573.

²¹⁴⁶ GUZMÁN (2001), § 43, p. 271.

SECCIÓN 2: EN EL ÁMBITO CIVIL

En el plano del derecho civil, se ha reconocido el principio de libre circulación de los bienes. Es más, desde un punto de vista histórico, se trataría del primer ámbito en el cual se ha consagrado este principio como tal.

Este reconocimiento se ha formulado en términos de incorporarlo al régimen de normas de orden público (§ 1), a través de la consagración de mecanismos que defienden la primacía de dicho principio (§ 2), y finalmente por la aplicación de sanciones para el caso de infringirse (§ 3).

§ 1. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES DENTRO DEL ÁMBITO DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO

En el plano del derecho civil es donde se produce una constatación explícita en torno al principio de libre circulación de los bienes. Es así como en Mensaje del Proyecto de Código Civil procedió a incorporarla de manera explícita, declarándola una de las bases esenciales en que se apoya el derecho de los bienes.

Conforme se ha estudiado, la principal preocupación que tuvo el codificador consistió de adoptar medidas que tendiesen a romper modelos anacrónicos de restricción de la adquisición y circulación de los bienes, más propios de la tradición del Medievo²¹⁴⁷. Entendiendo que los códigos modernos apuntaban ya a un modelo económico basado en la libre circulación, se decidió adoptar una serie de medidas que atendiesen a ese propósito, aunque con pleno respeto del ejercicio libre del derecho de propiedad.

El resultado de la constatación de la importancia de este principio, motivó a calificar el régimen jurídico a su alrededor bajo la noción de “orden público”²¹⁴⁸, dada la importancia que reviste para el funcionamiento de la actividad económica y social que supone el libre intercambio y circulación de los bienes.

§ 2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO

²¹⁴⁷ PEÑAILILLO (2013), núm. 61, p. 140.

²¹⁴⁸ En este sentido, PEÑAILILLO (2013), núm. 61, p. 140; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 74, p. 59, y núm. 77, p. 61.

Según fue señalado, las principales medidas adoptadas por el codificador para proteger la libre circulación de los bienes, consistieron en las incapacidades generales o especiales, y la ausencia de la facultad de disposición de los meros administradores de bienes ajenos²¹⁴⁹.

También se encuentra en la eliminación de los mayorazgos y vinculaciones²¹⁵⁰, la reducción del plazo de duración de la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, la introducción de las prohibiciones para constituir fideicomisos y usufructos sucesivos y alternativos²¹⁵¹, la consagración de la caducidad de las condiciones suspensivas y resolutorias por el transcurso del tiempo²¹⁵², la imprescriptibilidad de la acción de partición de bienes²¹⁵³, y la limitación en el tiempo de los pactos de indivisibilidad²¹⁵⁴.

Fuera de estos ámbitos, la libre circulación de los bienes ha sido propuesta como un elemento que contribuye a restar validez de las llamadas “cláusulas de no enajenar” (CCCh., arts. 1126, 1964, 2031, 2415), y reducirla en su validez sólo a ciertos casos específicos (CCCh., arts. 751, 1432, 793 inc. 3.º; DL. N.º 538, de 1974; Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, art. 53 N.º 3.º)²¹⁵⁵.

En leyes especiales, la libre circulación de la riqueza ha sido estimada como un fundamento para justificar la procedencia, protección e incentivo de cesión de las facturas y documentos mercantiles²¹⁵⁶. También se sostiene que el establecimiento de un mecanismo de saneamiento para la pequeña propiedad raíz sea invocada como un instrumento para evitar la paralización de la propiedad inmueble, por las eventuales faltas de certeza sobre quién es el verdadero propietario²¹⁵⁷.

²¹⁴⁹ ROSENDE (2002), p. 173.

²¹⁵⁰ LIRA (1956), p. 19; GUZMÁN (1982), p. 455; TAPIA (2005), núm. 11, p. 37. Sobre estas instituciones, desde un plano histórico, puede consultarse VODANOVIC (1957), núm. 827, pp. 592-594; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 866, pp. 90-91.

²¹⁵¹ LIRA (1956), p. 19; GUZMÁN (1982), p. 455; ROSENDE (2015), p. 94; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 74, p. 59.

²¹⁵² PINTO (1972), núm. 13, p. 70; ROSENDE (2015), pp. 94-95.

²¹⁵³ LIRA (1956), p. 70; GUZMÁN (1982), p. 455.

²¹⁵⁴ LIRA (1956), p. 70; GUZMÁN (1982), p. 455; TAPIA (2005), núm. 11, p. 37.

²¹⁵⁵ GUZMÁN (1982), p. 455; ROSENDE (2015), p. 94; e indirectamente, ROSENDE (2002), p. 173.

Una exposición detallada sobre la validez de la cláusula, puede consultarse en ALESSANDRI (1949), pp. 164-180; VODANOVIC (1957), pp. 161-165; SEPÚLVEDA (2003); PINOCHET (2008); PINOCHET (2013); ALESSANDRI *et alt.* (2016), pp. 59-63.

²¹⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 7 de diciembre de 2010. Rol de Ingreso N.º 1564-09-INA. “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de CICSA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA respecto de las partes que indica del artículo 4º de la Ley N.º 19.983, que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la factura, en su texto modificado por la Ley N.º 20.323”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

²¹⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 23 de diciembre de 2014. Rol de Ingreso N.º 2647-14-INA. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por C.R.G. respecto de los artículos 15 y 16 del D.L. N.º 2.695, en los autos caratulados "Forestal Mininco S.A. con R.G., C. y otros", Rol C 18.454-2006, del Juzgado de Letras de Traiguén, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Temuco, por recurso de apelación, bajo el Rol N.º 606-2013”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019]. Voto por rechazo del requerimiento, emitido por el Ministro señor Carlos Carmona Santander (Presidente), y los Ministros señora Marisol

También se ha sostenido que los contratos en general, y en especial los contratos dirigidos, serían mecanismos de protección de la libre circulación de los bienes²¹⁵⁸.

§ 3. SANCIONES

Los mecanismos concretos de sanción para la celebración de actos y contratos que signifiquen una vulneración de este principio, no se encuentran sistemáticamente organizados, lo cual da cuenta que el legislador ha preferido un tratamiento individualizado de cada situación en que parezca encontrarse bajo este predicamento.

En primer lugar, encontramos un conjunto de *causales de ineficacia contractual*, de la más diversa naturaleza. En algunos casos se apuntará a la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la inoponibilidad, la conversión, la resolución del contrato en que se vulneró una cláusula convencional de no enajenar²¹⁵⁹.

En segundo lugar, se ha previsto como sanción el derecho de exigir *indemnización de perjuicios*. Esta última sanción ha sido propuesta para la infracción de una prohibición de enajenar²¹⁶⁰.

Debe manifestarse que, la ausencia de un tratamiento sistemático en torno a este principio, dificulta la identificación inmediata de una sanción concreta para el caso en que este principio resulte vulnerado.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

En cuanto principio jurídico, la libre circulación de los bienes se manifiesta en normas de jerarquía constitucional y legal.

Peña Torres, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza (redactor de la sentencia), Considerando 23.º.

²¹⁵⁸ CORTE SUPREMA (4ª Sala). 11 de diciembre de 2014. Rol de Ingreso N.º 5.535-2014. “Inersa S.A. con Servicios de Proyectos Computacionales Ltda.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019]. Voto de Mayoría, redacción de Ministro Señor Sergio Muñoz Gajardo, Considerando 11.º.

²¹⁵⁹ ALESSANDRI (1937), p. 26; VODANOVIC (1957), núm. 215, pp. 164-165; PEÑAILILLO (2013), núm. 61, pp. 141-142 y n. 172; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 76, p. 61, y núm. 78, p. 62.

²¹⁶⁰ ALESSANDRI (1937), p. 26; VODANOVIC (1957), núm. 215, pp. 164-165; PEÑAILILLO (2013), núm. 61, pp. 141-142 y n. 172; ALESSANDRI *et alt.* (2016), núm. 76, p. 61, y núm. 78, p. 62.

En materia constitucional, la libre circulación de los bienes se encuentra contemplada de dos formas. En primer lugar, al asegurarse a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (Const. Pol., art. 19 N.º 23.º), norma que constituye una innovación del constituyente de 1980, y con la cual se ha reconocido la figura que se ha denominado en este trabajo “libertad de ingreso”. En segundo lugar, la libre circulación de los bienes queda reconocida a través de la protección que el constituyente asegura a la facultad de disposición que emana del derecho de propiedad (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º inc. 2.º).

Desde un punto de vista jerárquico legal, la libre circulación de los bienes se encuentra consagrada por el Código Civil, a través de algunas instituciones que persiguen impedir que la facultad de disposición quede entrabada como consecuencia de medidas restrictivas.

En cuanto a las maneras en que el ordenamiento jurídico ha tutelado este principio, se encuentran la acción de protección y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Por su parte, el Código Civil ha previsto, sin una adecuada sistematización, algunas respuestas frente a aquellos actos que impliquen restricción a la facultad de disposición; en algunos casos, los actos serán nulos, en otros pasarán a ser válidos, y también se ha planteado el derecho a indemnización de perjuicios.

IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO VALORATIVO DEL PRINCIPIO

SUMARIO: Sección 1: Bien jurídico protegido.- Sección 2: Asignación de un rol de protección.- Sección 3: Fundamentos de la protección: § 1. Fundamentos morales: 1.1. En cuanto a la libertad para adquirir bienes; 1.2. En cuanto a la libertad para disponer de sus bienes; 1.3. Trasfondo liberal del reconocimiento a la libre circulación de la riqueza – § 2. Fundamentos económicos: 2.1. Las bases liberales; 2.2. La libre circulación de los bienes como fundamento del libre mercado: 2.2.1. Su consagración en el marco de integración de la Unión Europea - 2.2.2. Su consagración en el marco de integración del MERCOSUR.- Sección 4: Síntesis.

De acuerdo con la exposición que se ha efectuado de la literatura disponible, la libre circulación de los bienes se encuentra consagrada a título de “principio jurídico”. Pareciera considerarse que no constituye en aquellos “principios generales del derecho”, sino que se trata más bien de uno reconocido por el derecho civil y el Código Civil.

Entendido como principio, tendría que asumirse su existencia a partir de un proceso hermenéutico, debido a su falta de consagración bajo la forma de una norma positiva determinada. Empero, no se trata de una mera elucubración, puesto que el legislador se encargó de mencionar expresamente este concepto, e incluso destacando su importancia y las maneras en que podría lograrse su protección.

El carácter de principio que inviste la libre circulación de la riqueza se sostiene por algunas consideraciones que deben ser revisadas de manera particular.

**SECCIÓN 1:
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

Los principios jurídicos se suelen concebir en términos tutelares, es decir, que vienen en cumplir una función de protección de ciertos valores o ideas. Estas ideas y valores son los que sirven de apoyo para justificar la existencia, contenido, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, y permiten que estas normas alcancen algún grado de lógica y coherencia entre sí.

Bajo esta afirmación, el primer elemento que forma parte del principio jurídico consiste de un determinado valor, idea o bien jurídico que se considere de relevancia, ya sea para la integridad del ordenamiento jurídico, o que requiera ser implementado dentro de un determinado ámbito. Tratándose de la libre circulación de la riqueza, ésta se traduce en la

necesidad de asegurar que las distintas clases de bienes puedan ir transfiriéndose y adquiriéndose libremente por las personas, en un proceso que sea continuado y sin interrupciones ni reversiones. Como fue mencionado, se estima que esta preocupación en el plano jurídico persigue una finalidad económica explícita, cual es la obtención de la plena utilidad de los bienes, y que todas las personas tengan la posibilidad de acceder a esa utilidad, la cual redundará en el beneficio individual.

Dados los términos en los cuales se plantea la libre circulación de los bienes, cual es servir como un instrumento jurídico para la obtención de una finalidad económica que se encuentra detrás, resulta que constituye un principio que tiene una aproximación relevante con los modelos económicos de naturaleza capitalista, atendida la necesidad de asegurar la libertad del flujo de los bienes. Y bajo esta peculiaridad, tendríamos que revisar si esta misma finalidad puede identificarse en modelos económicos centralmente planificados. La hipótesis aquí planteada debería apuntar hacia una respuesta negativa.

SECCIÓN 2: ASIGNACIÓN DE UN ROL DE PROTECCIÓN

Constatado el bien jurídico, y que se considera de importancia para el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas patrimoniales, se ha contemplado a su alrededor una serie de mecanismos con los cuales se pueda proteger. Esto conduce necesariamente a la instauración de ciertos mecanismos de tutela, los cuales se organizan para proteger este bien jurídico.

Estos medios de tutela comprenden diversas instituciones, las cuales no sólo se encuentran reguladas por el Código Civil. Dado que se trata de un principio jurídico, los mecanismos de protección son de la más variada naturaleza, y es su análisis sistemático el que permite constatar la presencia del principio.

SECCIÓN 3: FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN

Por último, resulta indispensable analizar las consideraciones materiales que justifican que el constituyente y el legislador aseguren la protección al principio de libre circulación de los bienes.

Al efecto, podrían invocarse algunos fundamentos desde el punto de vista moral (§ 1), y económico (§ 2).

§ 1. FUNDAMENTOS MORALES

Como se apreciará, el principio descrito se apoya en la libertad, y se propone en términos tales que sean los “bienes” los cuales puedan circular en condición de “libertad”. Y, según veremos a propósito del contenido normativo del principio, ella comprende la libertad para adquirir bienes, y posteriormente enajenarlos a terceros.

1.1. En cuanto a la libertad para adquirir bienes

Respecto a su *libertad para adquirir bienes*, la libertad en cuestión formaría parte de la propia naturaleza humana.

El ser humano vive en un ambiente del cual depende para la satisfacción de sus necesidades, y al ambiente se vuelca a fin de obtener aquellos bienes y recursos que le son indispensables para satisfacerlas. Esta relación con su entorno orientará finalmente su vinculación respecto de los bienes, dado que a través de ella tenderá a hacer uso de los bienes. En este proceso, finalmente, podrá apropiarse de tales bienes para hacer un uso conveniente a sus necesidades.

El resultado de estas circunstancias determina que la apropiación de los bienes es un elemento fundamental para el nacimiento de la propiedad, pero también se encuentra íntimamente ligado a la propia naturaleza humana.

1.2. En cuanto a la libertad para disponer de sus bienes

Una de las actividades que puede desplegar el ser humano es la adquisición de bienes, lo cual implicará la generación del dominio respecto de ellos, bajo estándares de exclusividad respecto de terceros. En este proceso, el ser humano obrará motivado por la satisfacción de aquellas necesidades que se ven saciadas por vía de la adquisición de sus bienes, y su incorporación al patrimonio.

Al entenderse que una persona es dueña, y que tiene plena potestad respecto de los bienes que forman parte de su dominio, se entiende que éste puede, si desea, disponer libremente de sus bienes. Esta disposición puede obedecer a las más diversas intenciones. Así, podrá disponer de sus bienes por motivos caritativos, para beneficiar a otros que se encuentren en situación de necesidad, o para beneficiarlos en virtud de un premio o conmemoración. Podrá disponer de sus bienes a título oneroso, como una manera de obtener beneficios superiores a los esfuerzos invertidos para adquirirlos.

1.3. Trasfondo liberal del reconocimiento a la libre circulación de la riqueza

También se ha sostenido que el reconocimiento normativo de la libre circulación de los bienes tendría un trasfondo político, la cual se inspira nuevamente en el estímulo y protección de la libertad. Esta clase de perspectiva habría sido la idea defendida por NAPOLEÓN, según la cual

“sólo la propiedad volvía al hombre libre y de que sólo un hombre libre podía ser naturalmente un buen ciudadano”²¹⁶¹.

Por tanto, se manifiesta en este punto una mirada liberal que es la que inspiraba al Código Civil de Francia²¹⁶².

§ 2. FUNDAMENTOS ECONÓMICOS

Los fundamentos económicos de la libre circulación de los bienes han ido ganando reconocimiento general dentro del contexto de la libertad de mercado.

2.1. Las bases liberales

En cuanto a lo primero, la libre circulación de la riqueza se planteaba como “una excelente base para el desarrollo del comercio y la consolidación de la burguesía”²¹⁶³, lo cual la convertía en un instrumento promotor del progreso económico de la sociedad²¹⁶⁴.

Desde un punto de vista económico, el mercado se caracteriza por el libre acceso y circulación de los recursos, de modo que el aseguramiento de este derecho es fundamental para el funcionamiento normal del mercado. En este sentido, sería incompatible un mercado en que el flujo de los bienes no fuese libre.

2.2. La libre circulación de los bienes como fundamento del libre mercado

Este principio se ha hecho tan relevante en el ámbito del mundo contemporáneo, que ha constituido una de las bases de los sistemas de integración entre las naciones.

2.2.1. Su consagración en el marco de integración de la Unión Europea

Uno de los casos más representativos lo ha sido en este punto la Unión Europea. En el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, se ha manifestado en forma expresa, a propósito de su art. 26 (antiguo art. 14 del Tratado de la Comunidad Europea), el cual indica:

²¹⁶¹ TAPIA (2005), núm. 76, p. 137.

²¹⁶² LIRA (1956), p. 19.

²¹⁶³ TAPIA (2005), núm. 76, p. 137. En materia sucesoria, planteando que las sustituciones fideicomisarias son “económica y socialmente” nocivas, aunque sin explicar cómo se producen estos efectos, ELORRIAGA (2015), núm. 427, p. 415.

²¹⁶⁴ GUZMÁN (1982), p. 455.

“1. La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.

“2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.

“3. El Consejo, a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados”.

Esta norma constituye el marco general que consagra los principios asociados a un mercado libre e integrado como es el que se pretende consagrar en la Unión Europea. Para que ello constituya una realidad, se afirma que el mercado interior queda sujeto, entre otros aspectos, a una *libre circulación de mercancías*.

Pero el Tratado no sólo quedó limitado a la consagración de esta idea como principio general; más adelante procede a explicar los parámetros que en que se traduce la “libre circulación de mercancías”, a propósito de su Parte Tercera (*Políticas y Acciones Internas de la Unión*), Título II (*Libre Circulación de Mercancías*), arts. 28 al 37.

Al efecto, la libre circulación de las mercancías se encuentra traducida, en forma general, en el art. 28 del Tratado (antiguo art. 23 del Tratado de la Comunidad Europea), que menciona lo siguiente:

“1. La Unión comprenderá una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países.

“2. Las disposiciones del artículo 30 y las del capítulo 3 del presente título se aplicarán a los productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros”.

A continuación, el principio de libre circulación de las mercancías se traduce en tres capítulos, que se llaman sucesivamente “Unión aduanera” (arts. 30, 31 y 32), “Cooperación aduanera” (art. 33), y “Prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros” (arts. 34, 35, 36 y 37).

A partir del tenor de las disposiciones citadas, se aprecia que la libre circulación de los bienes ha sido tomada en una triple perspectiva; aduanera, importación y exportación de productos. En todas ellas, la premisa asegurada es que los bienes producidos en un país

miembro de la Unión Europea, y de aquellos países con los cuales la Unión Europea celebre acuerdos en tal sentido, tengan facilidades para ingresar a los mercados de los países integrantes. Este ingreso es implícito, dado que no se lo reconoce por lo menos literalmente, fuera del reconocimiento del principio mismo. Pero el tratado juega con la posibilidad de “facilitar” o “favorecer” el ingreso y circulación de los bienes al interior de este mercado integrado, al eliminar las barreras arancelarias. Se promueve, por esta vía, que los bienes puedan ingresar a la Unión Europea –y a cada uno de los países incorporados a ella–, como asimismo puedan salir libremente, a fin de alcanzar mercados de otros países.

Del mismo modo, queda asegurado el carácter excepcional de medidas restrictivas a la libre circulación de los bienes, al especificar las circunstancias que justifican la introducción de impedimentos a la importancia y exportación de bienes.

2.2.2. Su consagración en el marco de integración del MERCOSUR

Otro ámbito para el cual se ha consagrado en forma explícita el principio de libre circulación de los bienes se encuentra en el estatuto jurídico consagrado en el marco de integración propuesto por el MERCOSUR.

El punto de partida normativo se encuentra en el *Tratado para la constitución de un Mercado Común*, suscrito entre las Repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. El mismo consagra, en el art. 1.º al principio de libre circulación de los bienes, en los términos siguientes:

“Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deber estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR).

“Este Mercado Común implica

“- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

“- El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;

“- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

“- El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

Como se aprecia de la norma, y en un sentido similar al Tratado presente en el ámbito europeo, el MERCOSUR fue diseñado originalmente en un sentido de integración de los mercados existentes en América Latina. En este proceso, se pretendió consagrar como principio fundamental la libre circulación de los bienes, la cual se entiende en un sentido nuevamente aduanero y arancelario, en el sentido de asegurar la eliminación progresiva de las medidas de esa naturaleza que se entendían entorpecer la libre circulación de las mercaderías al interior del territorio sudamericano. Por tanto, lo que se hace igualmente en este punto es “asegurar” la libre circulación, a través de la eliminación de las barreras aduaneras y arancelarias.

Por tanto, la consagración de medidas de exención aduaneras y tributarias también contribuyen a la manifestación del principio de libre circulación de los bienes, el cual constituye así un principio que no sólo rige dentro del ámbito del derecho nacional, sino también en la esfera comunitaria.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

En este punto, se ha estudiado el bien tutelado en virtud del principio, y los fundamentos de esta protección.

En cuanto al bien o elemento que merece la protección del ordenamiento jurídico, es el tráfico jurídico, e incluso podría sostenerse que es el funcionamiento mismo del mercado, en cuanto espacio de intercambio de bienes y servicios.

Este principio se organiza desde el concepto de la libertad, lo cual guarda consonancia con el sistema económico de libertad de mercado. Desde el momento en que el proceso de intercambio es regulado por el mercado, debe asegurarse que los bienes que circulan en virtud de los diversos contratos celebrados por los particulares. Para ello, debe permitirse que la contratación sea practicada sin restricciones ni limitaciones estatales.

La libre circulación de los bienes se ha incorporado de tal modo en la actividad económica de los Estados, que los procesos de integración comunitaria han proclamado este principio en forma expresa, aunque más bien en un sentido tributario. Las experiencias compartidas por la Unión Europea y el MERCOSUR reflejan que los Estados deberán adoptar medidas que permitan la libre circulación de las mercaderías en los Estados parte.

CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES

SUMARIO: Sección 1: Planteamiento del problema.- Sección 2: Su estructura en base a la libertad.- Sección 3: Actuaciones incentivadas y protegidas en virtud del principio: § 1. La libertad de ingreso de los bienes: 1.1. Justificación; 1.2. Consecuencias – § 2. Libertad de salida: 2.1. Significado; 2.2. Justificación; 2.3. Consecuencias.- Sección 4: Síntesis.

Una cuestión que deberá ser abordada, luego de analizar sobre la manera en que el ordenamiento jurídico ha dado cuenta de la existencia del principio de libre circulación de los bienes, dice relación con el contenido del principio de libre circulación de los bienes.

**SECCIÓN 1:
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En general, los análisis que se efectúan en torno a este principio se suelen restringir a una determinación de las normas en que se manifiesta. Por tanto, nada aportan sobre la estructura del principio. Ello determina que la noción se utilice en un sentido muy general, carente de todo significado sustantivo.

Esta circunstancia se aprecia especialmente por la ausencia de un tratamiento sistemático en la doctrina de los principios que rigen al derecho de los bienes. La escasez de literatura que analice en profundidad la cuestión dificulta a la hora de identificar puntos de acuerdo.

**SECCIÓN 2:
SU ESTRUCTURA EN BASE A LA LIBERTAD**

Muy especialmente a partir de las disposiciones constitucionales, y aquellas consagradas en forma clásica por el Código Civil, queda en evidencia que la protección que se asegura a la circulación de los bienes no se formula por vía de su reconocimiento directo en cuanto “derecho”, sino que se lo formula como una “libertad”.

Esto significa que tanto el constituyente como el legislador han estimado que la medida propicia para proteger la circulación de los bienes deberá tener lugar a través de un espacio en que no existan perturbaciones que se originen a partir de la actividad estatal, ni tampoco de los particulares. La libertad implica, por su propia naturaleza, que se permita el ejercicio

de ciertos actos que no se encuentran sujetos a restricciones, o medidas que entorpezcan su realización.

El reconocimiento de estas libertades implica la consagración paralela de un impedimento respecto del Estado, que consistirá de no adoptar, en forma preliminar, medidas que restrinjan el libre flujo de bienes y servicios en el tráfico jurídico y el mercado. Bajo este margen, el Estado se obliga a no intervenir en el ámbito, dejando que la circulación de los bienes quede bajo la responsabilidad de los particulares.

En paralelo, este principio no fue consagrado por vía de establecerlo como un “derecho”, debido a que un eventual reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad o adquirir bienes significaría que el Estado se encontraría obligado a velar para que cada persona tuviera propiedad, lo cual implicaría una exigencia de recursos económicos para que ello fuese posible²¹⁶⁵.

SECCIÓN 3:

ACTUACIONES INCENTIVADAS Y PROTEGIDAS EN VIRTUD DEL PRINCIPIO

El tenor literal bajo el cual se formula el principio pareciera indicar que la única clase de actuación protegida especialmente en el contexto de su desarrollo libre, sería la “circulación” de los bienes, lo cual indirectamente se encuentra asociado con el ejercicio de la facultad de disposición que emana del derecho de propiedad.

Sin embargo, creemos que la libre circulación de los bienes se producirá en la medida que logren ser aseguradas dos libertades básicas, bajo las cuales puede comprenderse su funcionamiento.

Esta clase de formulación no parece encontrar inicialmente un reconocimiento doctrinario explícito. Empero, es posible constatar que algunos autores, como es el caso de ROSENDE, han proclamado la presencia de un principio jurídico, que sería propio del derecho privado, y que consistiría de la “libre disposición de los bienes y su libre circulación”²¹⁶⁶. Cabe destacar que este autor sostiene que el principio tendría una estructura doble, y que su unión es la que permite generar el principio respectivo.

Frente a tal formulación, por nuestra parte sostenemos que no se trata de un principio de estructura doble, sino que constituye un solo principio, el cual se encuentra compuesto de dos libertades. Estas libertades pueden identificarse a partir del reconocimiento normativo que se ha hecho del principio, y de las aplicaciones que en tales normas se ha dispuesto. Proponemos, para efectos de su identificación y denominación, que son la “libertad de ingreso” (§ 1) y “libertad de salida” de los bienes (§ 2).

²¹⁶⁵ VIVANCO (2006), p. 498.

²¹⁶⁶ ROSENDE (2002), p. 173.

§ 1. LA LIBERTAD DE INGRESO DE LOS BIENES

La primera libertad que forma parte del principio de libre circulación de los bienes ha sido denominada “libertad de ingreso”, y que consiste de la libertad que tienen las personas para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

Trataremos a continuación sobre la justificación a esta aseveración, y sus principales consecuencias.

1.1. Justificación

La libre circulación de los bienes pareciera poner su acento en el proceso de desprendimiento del dominio de los bienes, pero incluso este supuesto requiere de una premisa indispensable, cual es la libre posibilidad que tengan las personas para adquirir el dominio de toda clase de bienes. Es por ello que se suele hablar del reconocimiento de la “garantía de acceso a la propiedad”²¹⁶⁷.

Se considera esta primera cuestión como un elemento indispensable para el funcionamiento del principio, puesto que sería imposible que los bienes puedan entenderse “circular” si es que no pueden ser adquiridos por el propietario. No podría enajenarse un bien que, previamente, no pudo ser adquirido.

Bajo esta afirmación, si el ordenamiento jurídico protege el libre flujo de los bienes entre los patrimonios, constituye una necesidad que se asegure la posibilidad de adquirir aquellos bienes que forman parte de esa circulación. Siendo así, la única limitación que debería tener la libre adquisición de los bienes es que existan ciertos bienes que, en atención a su naturaleza, sean imposibles de ser adquiridos.

Es por ello que se contemplen como excepciones básicas todas aquellas cosas cuya adquisición se encuentra prohibida por la ley, y que se traduce en aquellos casos como las cosas comunes a toda la humanidad, o los bienes nacionales de uso público. También la ley tiene la posibilidad para limitar la adquisición de ciertos bienes, como ocurre con los derechos personalísimos, e incluso aquellos sujetos a prohibiciones de enajenar.

Del mismo modo, para que pueda asegurarse la posibilidad de adquirir bienes, resulta indispensable que el legislador asegure la existencia de un catálogo de hechos y actos jurídicos que tengan como objetivo la adquisición y transferencia del dominio de los bienes. Ellos se organizarán sobre la base de hechos y actos que, atendido su naturaleza y necesidad, permiten a una persona convertirse en dueña de éstos.

²¹⁶⁷ RUIZ-TAGLE (2016), p. 226.

1.2. Consecuencias

En relación con la idea anterior, no bastará con que se asegure por el ordenamiento jurídico que la generalidad de los bienes pueda ser adquirido; también será necesario proteger en qué condiciones se generará esa adquisición.

En principio, deberían evitarse todas aquellas medidas que impliquen una reversión injustificada del dominio de los bienes, y que esos procesos se verifiquen en condiciones de carácter indeterminadas en el tiempo. Se persigue con ello que se protejan ciertos grados de certeza mínimos para el funcionamiento de la propiedad.

Dados los términos que se han implementado, vemos que en este punto el principio de libre circulación de los bienes viene en tutelar lo que se ha llamado “derecho a la propiedad”. En este escenario, las personas todavía no han incorporado bienes a su patrimonio, pero el ordenamiento jurídico deberá garantizar la posibilidad que éstos tienen de adquirir aquellos bienes que estimen para satisfacer sus necesidades.

Ya una vez que esos bienes se han incorporado a su patrimonio, la protección de su conservación formará parte de la tutela jurídica de la propiedad, lo cual forma parte del estatuto protector de otro principio, que es diferente del llamado “derecho a la propiedad”.

§ 2. LIBERTAD DE SALIDA

La segunda libertad comprendida en el principio de libre circulación de los bienes consiste de la “salida” de bienes, pero que puede traducirse en el sentido literal del principio. Es decir, aquí se declara reconocida de manera explícita la libertad para disponer de los bienes.

2.1. Significado

El segundo elemento que se requiere para el funcionamiento de la libre circulación de los bienes consiste de lo que se ha denominado “libertad de salida”.

Bajo esta expresión, se alude a la necesidad de proteger el ejercicio de las facultades de disposición por parte del propietario. El ordenamiento jurídico debe permitir que el propietario pueda gravar y enajenar libremente sus bienes, con las excepciones que fueren indispensables para alcanzar los propósitos generales derivados de la función social de la propiedad, y sin perjuicio de las limitaciones particulares que implican la ley y el respeto al derecho de terceros.

2.2. Justificación

La libre circulación de los bienes sólo se alcanza si es que el propietario se encuentra habilitado para desprenderse de sus bienes, y constituir dominio y derechos reales a favor

de terceros. Sería imposible en un modelo donde esta posibilidad estuviere proscrita²¹⁶⁸, ya que precisamente generaría un proceso de acumulación de bienes que se encerrarían permanentemente entre los propietarios y su posteridad, sin que otras personas pudieran contar con la oportunidad para adquirirlos.

Frente a ello es que puede afirmarse correctamente que la libertad para adquirir bienes requiere de contar con una libertad para enajenar²¹⁶⁹, lo cual conlleva a que estos elementos que hemos podido identificar constituyan piedras indispensables en la libre circulación de los bienes.

2.3. Consecuencias

En este punto toma importancia la manera en que el ordenamiento jurídico cautela el ejercicio de la facultad de disposición que tiene naturalmente todo propietario. El principio de libre circulación de los bienes deberá apuntar a limitar las circunstancias en que tal libertad no exista, y los motivos de hecho y de derecho que justifiquen esa limitación.

Esta facultad forma parte del derecho de dominio (CCCh., art. 582) y podrá ser tutelada precisamente a partir de la protección que ha sido asegurado al derecho de propiedad (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º inc. 1.º),

Esto lleva a preguntarnos por la *autonomía* del principio que estamos estudiando, dado que uno de los aspectos en que se apoya es objeto de otro principio jurídico; sobre esto trataremos a continuación.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

El principio que es objeto de análisis coloca su acento en la libertad, de modo que estimula las actuaciones de los particulares que se organizan en un marco de libertad, es decir, sin restricciones.

Frente a la pregunta de la conducta que es permitida de ejecutar en estas circunstancias, el principio se compone de dos elementos. Por una parte, la “libertad de ingreso”, a través de la cual el ordenamiento jurídico asegura que toda persona tendrá el derecho para adquirir el dominio de cualquier clase de bien. Por otra, se encuentra la “libertad de salida”, a través de la cual el ordenamiento jurídico permite, en forma general, que los propietarios puedan disponer de sus bienes, siempre y cuando no exista una norma legal, judicial o contractual que se los impida.

²¹⁶⁸ GUZMÁN (2001), § 39, p. 257.

²¹⁶⁹ En este sentido, GUZMÁN (2001), § 39, p. 256.

Capítulo VI:

AUTONOMÍA DEL PRINCIPIO

SUMARIO: Sección 1: Negativa al reconocimiento del principio en forma autónoma: § 1. Su pertenencia al derecho de propiedad – **§ 2.** Su naturaleza jurídica es la propia de un elemento de limitación al principio de tutela jurídica de la propiedad.- **Sección 2: Por la autonomía del principio: § 1.** Contra una mirada exclusiva hacia la propiedad – **§ 2.** Sobre su supuesta incorporación en la tutela jurídica de la propiedad – **§ 3.** Sobre la relación que se produce entre los principios de libre circulación de los bienes y tutela jurídica de la propiedad – **§ 4.** Aplicación directa del principio de libre circulación de los bienes.- **Sección 3: Síntesis.**

De acuerdo a la descripción formulada, el principio de libre circulación de los bienes se apoya en base a dos elementos que resultan indispensables; el derecho a adquirir toda clase de bienes, y el ejercicio libre de la facultad de disposición. Es la unión de estos elementos los que permiten configurar la estructura mínima del principio analizado.

Una de las cuestiones que conviene revisar dice relación con las eventuales dificultades que pudiera tener la construcción autónoma de este principio. Los fundamentos serán abordados a continuación.

SECCIÓN 1:

NEGATIVA AL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO EN FORMA AUTÓNOMA

La primera alternativa que se pudiera postular es la improcedencia de considerar este principio en calidad de autónomo.

§ 1. SU PERTENENCIA AL DERECHO DE PROPIEDAD

Para justificar esta aseveración, se podría fundamentar que, debido a que la facultad de disposición forma parte del derecho de propiedad, y este último ya goza de una forma de tutela autónoma bajo el alero de su respectivo principio jurídico.

Desde un punto de vista normativo, se ha sostenido que la consagración de la “libre disposición de los bienes” tiene amparo constitucional y constituye un principio rector del

derecho privado, porque la Constitución Política protege y ampara el derecho de propiedad y sus atributos de uso, goce y disposición (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º inc. 2.º)²¹⁷⁰.

Asimismo, podría añadirse el hecho que el ordenamiento jurídico ya contempla en forma autónoma la protección del “derecho a la propiedad”, por vía de su instauración constitucional (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º inc. 1.º). Dado que en este punto el constituyente ya consagró explícitamente este derecho, se haría innecesario acudir a un principio adicional para justificar la libre circulación de los bienes.

El principal problema de esta clase de razonamiento es, conforme lo ha apuntado GUZMÁN la defensa de la libertad para enajenar se sujeta íntegramente al art. 19 N.º 24.º Const. Pol., y no al N.º 23.º de la misma norma. En definitiva, aunque la libertad de adquisición y la libertad de enajenación estén vinculadas, el resultado de esta clase de razonamiento es que se las considere independientes una respecto de la otra²¹⁷¹.

§ 2. SU NATURALEZA JURÍDICA ES LA PROPIA DE UN ELEMENTO DE LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE TUTELA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

Otro aspecto por el cual podría cuestionarse la autonomía del principio de libre circulación de la riqueza, es porque se lo considera más bien como un elemento que sirve para limitar la extensión del derecho de propiedad, respecto del cual existe un principio tutelar.

Conforme fue abordado al comenzar el trabajo, aquellos autores que formulan referencias más directas hacia la presencia de la libre circulación de los bienes, lo hacen precisamente en una función de moderación del carácter absoluto de la propiedad.

SECCIÓN 2: POR LA AUTONOMÍA DEL PRINCIPIO

Una revisión de esta cuestión lleva a sostener, por nuestra parte, que tal autonomía puede lograrse en este escenario.

§ 1. CONTRA UNA MIRADA EXCLUSIVA HACIA LA PROPIEDAD

²¹⁷⁰ En este sentido, ROSENDE (2002), p. 173.

²¹⁷¹ GUZMÁN (2001), § 39, p. 257.

La primera circunstancia que debe observarse es que constituye un error asumir que un principio jurídico se manifestará en tan sólo una norma, y que esta única norma se caracterice por seguir alguna clase de contorno autónomo e independiente.

Los principios jurídicos constituyen construcciones generales, las cuales se descubren en la integridad del ordenamiento jurídico. La naturaleza de estos principios implica que el ordenamiento jurídico ha consagrado una serie de mecanismos que, mirados de manera integral y sistemática, obedecen a una misma razón de ser. Por este motivo, un principio jurídico siempre se encontrará integrado por varias normas jurídicas que vienen a servir como un medio de expresión y manifestación. El ordenamiento jurídico siempre se manifiesta en el conjunto, y es la mirada sistemática la única que permite apreciar debidamente: si existe el principio, y cómo se comporta.

Por lo anterior, sería un equívoco asumir que estos se encontrarán en una sola norma que sea suficientemente capaz para expresar en forma completa ese principio. A su turno, una sola norma jurídica puede tener la particularidad de contener varios principios jurídicos a la vez; e incluso esos principios pueden superponerse unos a otros, consagrando principios generales y particulares a una determinada disciplina jurídica. El enfoque de los principios, por vía de la generación de una regla única y omnicompreensiva del principio es imposible, de modo que una sola norma es insuficiente para determinar el carácter deliberado de la actividad legislativa.

§ 2. SOBRE SU SUPUESTA INCORPORACIÓN EN LA TUTELA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

Conforme fue explicado, una de las consideraciones que podría hacer innecesaria la consagración de la libre circulación de los bienes, sería supuestamente su incorporación en el principio de tutela jurídica de la propiedad, desde el momento que dentro de ella se encuentra tutelada la facultad de disposición, la cual puede ser ejercitada de manera arbitraria (CCCh., art. 582).

En rigor, lo que se sostiene es que el principio de libre circulación de los bienes no se encuentra radicado exclusivamente en la facultad de disposición. Lo que aquí se defiende es que la sumatoria básica del reconocimiento de la facultad de disposición, y la libertad de adquisición de bienes, es la que permite configurar el principio de libre circulación de los bienes.

En todo caso, conviene destacar que algunos autores han descartado que la facultad de enajenar forme parte integrante del derecho de dominio. Tal es el caso de MERINO, quien critica a las posturas tradicionales y economicistas que definen la propiedad a partir de su capacidad de alienación²¹⁷², y explica respecto de este punto:

²¹⁷² MERINO (2016), pp. 248-249.

“Una persona que es titular de un derecho de propiedad tiene la facultad de gozar de ella, de usarla y usufruirla. Sin embargo, el hecho de enajenar esa propiedad es una atribución distinta a la propiedad en sí misma, como la fuerza de la mano que va a lanzar una piedra es distinta a la piedra, el derecho subjetivo es distinto al poder”²¹⁷³.

Esta última crítica no puede compartirse, a la luz del tenor expreso de las normas legales y constitucionales que describen el dominio y sus facultades inherentes. En todas ellas aparece referida la disposición como una facultad que emana del dominio. Empero, incluso en este último caso es perfectamente admisible que una facultad dominical pueda servir de fundamento a un principio jurídico como lo es la libre circulación de los bienes, dado los efectos que significa el ejercicio de tal potestad.

§ 3. SOBRE LA RELACIÓN QUE SE PRODUCE ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES Y TUTELA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

Esta clase de procedimiento no debería generar reacciones negativas, puesto que en el derecho privado existen principios que gozan de interconexiones entre sí. A lo largo del proceso de identificación y sistematización de los principios jurídicos, se ha podido descubrir algunos que se encuentran compuestos por más de uno, e incluso en esos casos puede sostenerse que han ido adquiriendo autonomía en el curso del tiempo, a pesar de que sigan siendo atravesados por otro principio.

Probablemente el ejemplo más representativo lo constituye el principio de respeto a los actos propios, que se encuentra relacionado con la protección de la buena fe. Cuando en este último caso se dice que el derecho ha generado como principio el que *“a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción al principio que impide las conductas contradictorias y que se plasma en la máxima venire contra factum proprium non valet”*²¹⁷⁴, se explica que ha ocurrido así porque ante la existencia de conductas de carácter contradictorio, el derecho tutela a los terceros que han confiado de buena fe en las actuaciones previas del sujeto.²¹⁷⁵

§ 4. APLICACIÓN DIRECTA DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES

²¹⁷³ MERINO (2016), p. 175.

²¹⁷⁴ EKDAHL (1989), núm. 1, p. 25.

²¹⁷⁵ SALAH (2008), núm. 13, p. 197. El desarrollo detallado de la manera en que la buena fe es el fundamento de este principio, puede consultarse en SALAH (2008), núm. 13-20, pp. 197-202; y EKDAHL (1989), núm. 10-12, pp. 59-73.

Para añadir a estas consideraciones, si bien podría verse a la libre circulación como un principio moderador de la tutela jurídica de la propiedad, de modo que se erige en este punto como un mecanismo de limitación, se ha destacado que existen algunas materias para las cuales se la ha declarado como un principio protagonista de ciertas instituciones jurídicas.

Esto ha ocurrido precisamente en materia mercantil, conforme se ha acusado a propósito del contrato de compraventa e incluso del régimen concursal.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

Para concluir con el estudio de la libre circulación de los bienes, debe discutirse si se trata de un principio de naturaleza independiente, o si se comprende en otros principios jurídicos.

Preliminarmente podría sostenerse que la libre circulación de los bienes no constituye un principio autónomo, sino que forma parte de la tutela del derecho de propiedad privada. Incluso podría sostenerse, a la luz de la forma en que el Código Civil manifiesta este principio, que cumple más bien una función de limitación al derecho de propiedad.

Contrariamente a estas aseveraciones, se sostiene que la libre circulación de los bienes constituye un principio autónomo, que goza de vida propia. El hecho de servir como contrapeso no implica que pierda su naturaleza autónoma. Asimismo, su estructura es diferente de la tutela de la propiedad, al comprender la libertad para adquirir el dominio de bienes, lo cual no forma parte del derecho de propiedad.

En consecuencia, la libre circulación de la riqueza constituye un principio jurídico que es independiente respecto del derecho de propiedad.

TÍTULO IV:

EL PRINCIPIO JURÍDICO DE TUTELA DE LA PROPIEDAD

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: § 1. Importancia – § 2. Plan de estudio.

§ 1. IMPORTANCIA

Dentro del conjunto de instituciones fundamentales en el derecho constitucional²¹⁷⁶ y del derecho privado, se encuentra la *propiedad*²¹⁷⁷. Su análisis en profundidad justifica la creación de un área especial que trata sobre los *derechos reales*, categoría jurídica a la cual pertenece, y en la cual se aborda su concepto, los objetos sobre los cuales recae ese derecho, los modos previstos por la ley para su adquisición, conservación y pérdida, y los mecanismos de tutela en casos que se vea privado, perturbado o amenazado por la actuación de terceros²¹⁷⁸.

La propiedad no constituye un asunto cuyo análisis sea un patrimonio exclusivo del *derecho*²¹⁷⁹. Por su importancia, forma parte constante de las discusiones dentro de la *economía*²¹⁸⁰, y que dan sustento a los *sistemas económicos*, en los cuales su postura ante la existencia y contornos de la propiedad permiten entender su respectivo funcionamiento y principales características. El contenido ideológico bajo el cual se pretenda comprender tendrá iguales vinculaciones con la política, dado que existe un interés social que se pretende defender, y ante el cual la postura que se adopte en torno al dominio no deja de generar consecuencias, de modo que se relacionará con las *ciencias políticas*²¹⁸¹. Incluso se trata de un asunto que forma parte de la esfera de la *filosofía jurídica*²¹⁸², dadas las

²¹⁷⁶ FERNANDOIS (2010), p. 211; FERRADA (2015), p. 161.

²¹⁷⁷ Constituye un lugar común entre los autores que se afirme que la actual organización social repose en ciertas bases que consisten en la *propiedad privada* y la *familia*, incluso mencionando que se trata de uno de los *pilares básicos de la organización social y del ordenamiento jurídico*. En este sentido, ALBALADEJO (2002), § 43, p. 236.

²¹⁷⁸ Con todo, la denominación institucional de esta área no da cuenta inicial de esta importancia, la cual queda centrada más bien en el objeto del derecho, cuales son los “bienes” y las “cosas” en general.

Es por ello que es más frecuente el recurso a las designaciones “*Los bienes*” (ALESSANDRI, 1937; VODANOVIC, 1957; BARCIA, 2010; PEÑAILLO, 2013; LACRUZ, 2017); “*Derecho de Bienes*” (ALBALADEJO, 2002); “*Derecho de las Cosas*” (CASTÁN, 1992; LALAGUNA, 1993, GORDILLO, 1995); “*Objeto del derecho*”; e incluso “*Derechos reales*” (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, 1995; PEÑA, 1999, LACRUZ *et al.*, 2008; SCHMIDT, 2010; DÍEZ-PICAZO, 2012; O’CALLAGHAN, 2012; DE PABLO, 2014).

Salvo que se use en calidad de *subtítulo* (así, PEÑAILLO 2013), la propiedad no pasa a ser considerada sino como un elemento más dentro del objeto metodológico de estudio, lo cual no se condice con el contenido programático que siguen.

²¹⁷⁹ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 114.

²¹⁸⁰ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 114.

²¹⁸¹ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 114.

²¹⁸² DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 114.

relaciones que mantiene con la propia naturaleza humana. Dado que forma parte de las expresiones del hombre en sociedad, se tratará de un problema igualmente objeto de estudio por la *sociología*²¹⁸³. Por último, y debido a que se trata de un problema existente en todos los órdenes temporales, siendo considerado incluso “una de las claves de la historia de la humanidad”²¹⁸⁴, ha debido ser tratada por la *historia*²¹⁸⁵.

Esta ubicación intermedia genera como consecuencia que se tratará de una noción que *no es indiferente ni tampoco neutra*. Las concepciones que se quieran adoptar respecto de la propiedad atravesarán una serie de controversias, las cuales muchas veces devienen antagónicas, y es motivo por la cual se pueda sostener que la propiedad y su regulación jurídica “*en gran medida no es más que una superestructura de las ideas sociales, políticas y económicas que en período determinado sacuden a las naciones*”²¹⁸⁶.

Estas discusiones, lejos de dificultar el análisis que se quiera hacer en el plano jurídico, contribuyen a profundizar en el significado e importancia que tiene el dominio dentro de la actividad humana. Ellas le confieren la debida identidad a esta categoría jurídica, y justificarán la manera en que el derecho debe intervenir a su alrededor, y la manera exacta en que deberá hacerlo. Tal ha sido el esfuerzo desplegado en la investigación seguida, en donde se ha pretendido sostener que el derecho no puede ser comprendido bajo una calidad neutral. Detrás de las instituciones jurídicas subyacen nociones, valores, concepciones tanto del ser humano, como de la sociedad e incluso del entorno en que uno y otro se desenvuelven.

Dentro del análisis propuesto en esta parte del trabajo, abordaremos la consagración que se ha hecho de la propiedad en cuanto principio jurídico. Esto implica un reconocimiento que el ordenamiento jurídico ha efectuado respecto de la importancia que reviste la propiedad, y que incluso le permite considerarse un elemento fundamental en su estructura.

Al igual que lo que ocurre con el principio de libre circulación de los bienes, se trata de un principio jurídico que, como tal, no ha sido objeto de un análisis detallado, lo cual se explicaría preliminarmente por la ausencia de un debate en torno a los principios jurídicos que rigen al derecho de los bienes. Pero respecto del primer principio mencionado se produce una diferencia importante, porque la libre circulación de los bienes constituye un principio jurídico cuya existencia ha sido admitida, aunque sin ofrecerse un estudio sistemático de las normas que la consagrarían.

Tratándose de la tutela de la propiedad, esta última constituye una materia con un contenido normativo plenamente identificado y estudiado, tanto desde la óptica del *derecho civil*

²¹⁸³ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 114.

²¹⁸⁴ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 114.

²¹⁸⁵ Este último aspecto genera en la literatura jurídica un reflejo casi instintivo de tratar de esbozar los antecedentes históricos de la propiedad.

Una revisión sistemática sobre ésta puede consultarse en CASTÁN (1992), § XXXVIII, pp. 102-156; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), pp. 114-115.

²¹⁸⁶ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 114.

como del *derecho constitucional*, pero que como principio jurídico aparenta no ser señalado, al menos de manera expresa. Por lo demás, se trata de una ausencia que no sólo se aprecia en la literatura nacional²¹⁸⁷, de modo que no se trata de un problema de carácter aislado, y nuevamente, con algunas excepciones²¹⁸⁸.

§ 2. PLAN DE ESTUDIO

Este Título se encuentra dividido en cinco capítulos.

En primer lugar, revisaremos la noción de propiedad, tanto desde un plano jurídico como económico (**Capítulo I**).

Hecho lo anterior, estudiaremos las funciones económicas, sociales y jurídicas que le corresponden a la propiedad (**Capítulo II**).

Estas circunstancias servirán para analizar el reconocimiento jurídico de la propiedad (**Capítulo III**).

Cerraremos con una propuesta de identificación del principio de tutela jurídica de la propiedad (**Capítulo IV**).

A través de esta organización se pretende demostrar que la tutela jurídica de la propiedad constituye un principio jurídico que puede admitirse en cuanto a su existencia, significado y efectos jurídicos. Asimismo, se pretende establecer que se trata de un principio jurídico fuertemente nutrido por elementos valorativos e ideológicos, dada su fuerte cercanía con la concepción que se tenga respecto del sistema económico imperante.

²¹⁸⁷ Para sustentar esta opinión, se han consultado las obras generales de corriente utilización en los programas académicos, como lo han sido ALESSANDRI (1937); VODANOVIC (1957); BARCIA (2010); PEÑAILILLO (2013).

²¹⁸⁸ En las obras generales relativas al derecho español, la construcción sistemática de los principios jurídicos que rigen al derecho de los bienes se trata de un problema generalmente ausente, como puede observarse en CASTÁN (1992), § XXXVII, pp. 25-86; DíEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), pp. 37-49; ALBALADEJO (2002), § 1, pp. 11-32; DíEZ-PICAZO (2008), pp. 53-79; DíEZ-PICAZO (2012).

En este medio sólo se aprecia con claridad una estructuración de los principios que rigen al ámbito registral, punto a partir del cual algunos autores han propuesto unas “bases” del “derecho de las cosas”, siendo el ejemplo más evidente de este modelo, GORDILLO (1995), pp. 546-586.

Capítulo I:

LA NOCIÓN DE PROPIEDAD

SUMARIO: Sección 1: La propiedad en un sentido jurídico: § 1. La noción de propiedad en el derecho privado: 1.1. Noción normativa; 1.2. Noción doctrinaria: 1.2.1. Los problemas identificados - 1.2.2. Propuestas: (a) En un sentido amplio; (b) En un sentido estricto – **§ 2.** La noción de propiedad en el Derecho Público.- **Sección 2: La propiedad en un sentido económico: § 1.** Planteamiento: 1.1. Reconocimiento de ambigüedades; 1.2. Determinación de un conjunto de facultades: Los “derechos de propiedad”; 1.3. Nociones generales sobre el derecho de propiedad – **§ 2.** Consecuencias: 2.1. Desconocimiento de algunas características propias del dominio: 2.1.1. Desconocimiento de la elasticidad - 2.1.2. Desconocimiento de la abstracción; 2.2. El problema de centrar una noción de propiedad a partir de las facultades que la integran; 2.3. Imprecisiones de distinción por reiteración – **§ 3.** Trasfondo religioso detrás de la concepción económica – **§ 4.** Trasfondo político-ideológico.- **Sección 3: Síntesis.**

En el trabajo se postula que la propiedad adquiere tal grado de importancia en el ordenamiento jurídico, que incluso se configura un principio jurídico a su alrededor. Este principio se denomina “*tutela jurídica de la propiedad*”, circunstancia que lleva a la necesidad de identificarlo como tal.

En el proceso será necesario formular una distinción; para estos efectos, la propiedad y el principio de tutela de ésta no constituyen sinónimos. Una de ellas importa un *derecho fundamental*, mientras que el otro es un *principio jurídico* construido a partir de dicho derecho, según se expondrá más adelante. Esta precisión se formula puesto que algunos autores han intentado identificar los principios jurídicos bajo una formulación literal de los derechos fundamentales previstos por la Constitución Política²¹⁸⁹.

El principio jurídico que analizaremos ha puesto su atención en la noción de “propiedad”. Se trata de una palabra que, curiosamente, ha decantado en distintos sentidos, dado que la ciencia jurídica (**Sección 1**) le ha asignado una que es diferente de la utilizada en la economía (**Sección 2**).

SECCIÓN 1: LA PROPIEDAD EN UN SENTIDO JURÍDICO

²¹⁸⁹

En nuestro medio, es el caso de ROSENDE (2002), pp. 167-169.

El significado que se puede atribuir a la propiedad puede hacerse, desde un punto de vista conceptual, siguiendo los parámetros consagrados por el derecho privado (§ 1) y el derecho público (§ 2).

§ 1. LA NOCIÓN DE PROPIEDAD EN EL DERECHO PRIVADO

Por su posicionamiento histórico, los primeros esfuerzos de conceptualización de la propiedad se encuentran en el derecho privado. Especialmente se constatan dos clases de nociones; la normativa (1.1.) y la doctrinaria (1.2.).

1.1. Noción normativa

Desde un punto de vista normativo, el reconocimiento de la propiedad o del dominio ha llevado a la necesidad de su conceptualización, con la cual se pretende expresar con claridad su significado y consecuencias. Se trata de una tendencia que adoptan la generalidad de los Códigos civiles, como igualmente ocurre con el español²¹⁹⁰.

Tratándose del Derecho chileno, el inc. 1° del art. 582 CCCh. señala:

*“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”*²¹⁹¹.

Como se aprecia de la definición, la noción de propiedad se encuentra asociada a la cantidad de facultades que son conferidas al titular, y las limitaciones generales a las cuales se encuentra sujeto. Esta clase de descripciones forma parte de una tendencia que se observó en las codificaciones decimonónicas, las cuales se fueron construyendo sobre la base de una propiedad organizada a partir de ciertas facultades que encierra²¹⁹², y que se

²¹⁹⁰ Conforme al art. 348 del Código Civil de España, “[L]a propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

²¹⁹¹ En general, la redacción de esta norma no sufrió graves alteraciones. En el llamado “Primer Proyecto de Código Civil”, el Libro “De las Cosas, y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce”, se contenía en el Tít. II un art. 1, en cuyo inc. 1.° se lee: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real de (sic) una cosa corporal, para gozar y disponer de ella a nuestro arbitrio, no siendo contra ley o derecho ajeno”, según consta en MELO (1978), p. 148.

Este texto es el único antecedente remoto sobre la materia en la historia de la codificación nacional, puesto que el texto completo relativo a los bienes apareció con el llamado “Proyecto de 1853”. Una revisión acerca de la relación de estos Proyectos, y su autoría específica, en GUZMÁN (1978), pp. 74-99.

El art. 686 del llamado por la historiografía jurídica “Proyecto Inédito”, mantiene en todos sus términos la redacción actualmente vigente. Su texto, en BELLO (1932), p. 187.

²¹⁹² ALBALADEJO (2002), § 43, p. 235.

consideraron fundamentales, y destacando que no se trata de un poder ilimitado sobre las cosas, sino que el señorío que confieren se reduce a aquel que la ley no excluye²¹⁹³.

A nivel doctrinario, se han pretendido ofrecer algunas alternativas que permitirían incluso modificar, *lege ferendae*, la definición contenida en el art. 582 CCC²¹⁹⁴, pero que no se alejan de una noción basada en la caracterización contenida en el Código Civil.

Por último, se destacará que esta definición se ha mantenido en su versión original desde la entrada en vigencia del Código Civil, sin sufrir alteración alguna, y sin dar cuenta de las modificaciones constitucionales y legislativas que sucedieron a lo largo de su existencia, manteniéndose al margen de todas las posturas filosóficas, económicas, sociológicas y políticas acaecidas durante este período.

1.2. Noción doctrinaria

La doctrina ha constatado que las definiciones codificadas de propiedad adolecen de algunas dificultades (1.2.1.). Ello los ha obligado a proponer una versión revisada (1.2.2.).

1.2.1. Los problemas identificados

La doctrina suele criticar las definiciones tradicionales de propiedad que fueron consagradas en los Códigos del siglo XIX. Estas críticas se traducen en cuanto a la metodología empleada para su descripción, y en la cual habrían incurrido todos aquellos códigos inspirados o que parecen trasuntar la influencia del Código Civil de Francia, como ocurrió con el Código Civil de Chile y el de España²¹⁹⁵.

En cuanto a la metodología, se acusa que las definiciones aportadas por los Códigos suelen concentrarse en forma excesiva en una enumeración de las facultades que han sido reconocidas y conferidas al propietario, y que incluso suelen reducirse a un puñado de estas potestades; se tratan de las de uso (*ius utendi*), goce o disfrute (*ius fruendi*) y disposición (*ius disponendi*). De estas dos, sólo suelen ser destacadas especialmente las de goce y disposición²¹⁹⁶.

De acuerdo a esta postura, el problema de la definición de propiedad que se utiliza en este punto es razonar únicamente que lo que caracteriza a esta clase de derecho consiste de este conjunto de potestades, lo cual genera como consecuencia necesaria la aparente exclusión

²¹⁹³ ALBALADEJO (2002), § 43, p. 235.

²¹⁹⁴ Es el caso de CARVALLO (1995), p. 46, quien propone la siguiente definición que podría reemplazar la actual redacción de la norma: [Inciso 1°]: “*El dominio es un derecho real sobre una cosa para usar, gozar y disponer de ella arbitrariamente. Puede ser libre o limitado. La limitación puede ser legal, convencional o judicial. La privación del dominio o de sus consecuencias sólo puede hacerse en conformidad a la Constitución Política de Chile o por el mejor derecho de otro*”. [Inciso 2°]: “*El dominio se llama también propiedad*”.

²¹⁹⁵ En este sentido, DÍEZ-PICAZO (2012), p. 33.

²¹⁹⁶ DÍEZ-PICAZO (2012), p. 33.

de todas aquellas que no se ajustan al parámetro clásico de tales potestades, a pesar que se traten de aquellas que legítimamente podría ejercitar éste. En este contexto, quedarían excluidas las facultades naturales del propietario para gravar la cosa²¹⁹⁷, modificarla²¹⁹⁸, edificar²¹⁹⁹, excluir a otros²²⁰⁰, hacer plantaciones²²⁰¹, podar el arbolado²²⁰², regarlo²²⁰³, hacerlo madera²²⁰⁴, cerrar el inmueble²²⁰⁵, cercarlo²²⁰⁶, pintar los bienes, someterlos a registros especiales, catalogarlos en un sistema de registro privado, abusar de la cosa (*ius abutendi*)²²⁰⁷, reivindicarla (*ius vindicandi*)²²⁰⁸, poseerla (*ius possidendi*)²²⁰⁹, abandonarlos, dejar de usarlos por un tiempo más o menos prolongado, entre otras. En definitiva, pretender definir la propiedad mediante el recurso a enumerar las facultades a las cuales tiene acceso el propietario, resultaría imposible²²¹⁰ o inútil²²¹¹.

Por otro lado, la definición de dominio deja la impresión de que es la suma de las facultades la que permite constituir la propiedad; en tal sentido, sólo seré dueño si es que reúno las facultades de uso, goce y disposición. Empero, olvida esta clase de nociones que la detentación de estas facultades es más bien una *consecuencia* de ser dueño²²¹². La sumatoria de las facultades no es, por ello, un modo de identificar el derecho de propiedad²²¹³.

Otra crítica que podría agregarse, y considerando la estructura del Código Civil, dice relación con que los otros derechos reales distintos del dominio también confieren, hasta un cierto punto, el ejercicio a su alrededor de las facultades de uso, goce y disposición. Esto puede entenderse en el sentido que no sólo el propietario puede aprovecharse de las utilidades que genera una cosa; también el usufructuario podría obtenerlos, e incluso un arrendatario²²¹⁴.

Asimismo, desde un punto de vista estructural, y al considerarse que sobre las cosas incorpóreas existe también “una especie de propiedad”, en principio estos mismos derechos reales podrían ser usados, gozados y dispuestos; y así lo ha reconocido el propio codificador, por vía de admitir la enajenación de estos derechos reales, o la constitución de

2197 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2198 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 233.

2199 ZURILLA (2012), p. 290.

2200 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 233; O’CALLAGHAN (2012), p. 55.

2201 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2202 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2203 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2204 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2205 ZURILLA (2012), p. 290.

2206 ZURILLA (2012), p. 290.

2207 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2208 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2209 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2210 DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 44; ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234; ZURILLA (2012), p. 290.

2211 ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2212 En este sentido, ALBALADEJO (2002), § 43, p. 234.

2213 ZURILLA (2012), p. 289.

2214 En este sentido, ZURILLA (2012), p. 290.

otros derechos reales sobre los derechos reales ya constituidos. Es por ello que se suele estudiar en algunas obras españolas un listado de las llamadas “facultades agrupadas en la titularidad del derecho real”, y que se traducen en la “realización directa del interés”, la “exclusión”, la de “oponer la titularidad real”, la “persecución”, la “disposición”, y la “preferencia o prioridad”²²¹⁵.

Se ha criticado igualmente esta clase de definiciones, destacando que, desde el momento en que declara que ciertas facultades se pueden ejercer sin más limitaciones que las contempladas por la ley, incurre en una *tautología*, porque vendría a significar que “la propiedad da derecho a hacer lo que las leyes permiten hacer”, sin avanzar nada acerca del verdadero contenido de este derecho²²¹⁶.

En relación a esta idea, se añade que no se trataría de una definición específica, porque se podría aplicar respecto de cualquier derecho cuyo ejercicio sea aquel que se encuentre determinado por la ley²²¹⁷.

Finalmente, se acusa una contradicción desde el punto de vista de la extensión en el ejercicio del poder dominical, al contraponer “dos ideas que entre sí no parecen casar bien”²²¹⁸. Esto, porque afirma que las facultades de goce y disposición que engendra la propiedad pueden ejercitarse “arbitrariamente”, lo cual parece no admitir en su contra ninguna clase de limitación, y luego añade que esto es efectivo sin perjuicio de las limitaciones que imponen la ley y el derecho ajeno.

1.2.2. *Propuestas*

En la doctrina se ha sostenido que la propiedad puede ser comprendida en un sentido amplio **(a)** y otro estricto **(b)**.

(a) En un sentido amplio

En un sentido amplio, se ha señalado que la propiedad es “todo derecho subjetivo que pueda recaer sobre una cosa susceptible de apropiación”²²¹⁹.

Esta clase de definición plantea que el objeto del derecho de propiedad podría tratarse de cualquiera cosa, y específicamente podría serlo “toda utilidad de que sea susceptible cualquier cosa, con tal de que tenga un valor socialmente estimado como susceptible de apropiación”²²²⁰. Como tal, se aprecia que el objeto del dominio no consiste del bien en sí mismo, sino su utilidad. Asimismo, implica que si un bien es capaz de generar varias clases

²²¹⁵ Tal es el caso de DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), pp. 50-51.

²²¹⁶ ZURILLA (2012), pp. 290-291.

²²¹⁷ En este sentido, ZURILLA (2012), p. 291.

²²¹⁸ DÍEZ-PICAZO (2012), p. 33.

²²¹⁹ ZURILLA (2012), p. 288.

²²²⁰ ZURILLA (2012), p. 288.

de utilidades, entonces habrá un “dominio dividido”, en donde cada utilidad será susceptible de apropiación²²²¹.

Las consecuencias de esta noción apuntan a su aproximación a un concepto económico de la propiedad, conforme ha sido analizado precedentemente.

(b) En un sentido estricto

Algunos proponen que la propiedad se defina como el derecho real “que otorga un señorío pleno sobre la cosa, consistente en el poder de someterla a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener de ella toda la utilidad que pueda prestar en cualquiera de ellos”²²²². En un sentido similar, se ha definido como “el que significa el máximo grado de poder sobre una cosa que se reconoce a su titular”²²²³, o también “el derecho más amplio de los posibles que eventualmente concurre sobre la cosa”²²²⁴.

Esta clase de definiciones permiten caracterizar y diferenciar inmediatamente al dominio respecto de los demás derechos reales. Así, se considera al primero como uno que confiere un “señorío”. Esto implica que el Derecho ha efectuado el reconocimiento de una potestad que se demanda sobre una cosa²²²⁵, y que significa una “apropiación”²²²⁶. El objeto de esta apropiación se traduce tanto en la titularidad del dominio, como asimismo un monopolio sobre la explotación del bien, de modo que el propietario podrá atraer a sí todos los réditos, utilidades, beneficios, frutos u otros que la cosa pueda producir²²²⁷.

Asimismo, este señorío es caracterizado por ser “pleno” sobre la cosa, mientras que los llamados “derechos reales limitados” sólo conceden sobre la cosa la utilidad que, directa o indirectamente, puedan proporcionar *en* ciertos aspectos, pero no en su totalidad²²²⁸. En este sentido, mientras el usufructo permite hacer uso y goce del bien, la prenda ni siquiera autoriza el uso de la cosa empeñada; las servidumbres sólo podrían ser utilizadas en ciertas y determinadas condiciones conforme su naturaleza, o lo que prevean la ley o el acuerdo de las partes; y tanto la prenda como la hipoteca sólo confieren el derecho de aprovecharse del valor del bien empeñado, y sólo en la medida que esto último ocurra.

Del mismo modo, tiene como ventaja que no limita su extensión a unas determinadas facultades, las cuales podrían ser infinitas de identificación. Es por ello que el dominio autoriza inicialmente un ejercicio *pleno* sobre el mismo objeto, sin perjuicio de los límites

²²²¹ ZURILLA (2012), p. 288.

²²²² ALBALADEJO (2002), § 43, p. 232.

²²²³ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN (1995), p. 44.

²²²⁴ ZURILLA (2012), p. 289. En un sentido similar se puede apreciar en VIVANCO (2006), p. 498: “*La propiedad es concebida como el derecho por excelencia que otorga a su titular amplios poderes sobre una cosa [...]*”.

²²²⁵ DÍEZ-PICAZO (2012), p. 34.

²²²⁶ DÍEZ-PICAZO (2012), p. 34.

²²²⁷ DÍEZ-PICAZO (2012), p. 34.

²²²⁸ ALBALADEJO (2002), § 43, p. 232.

que se hayan reconocido por el ordenamiento, y que circunscriben el contenido normal del derecho de propiedad²²²⁹.

§ 2. LA NOCIÓN DE PROPIEDAD EN EL DERECHO PÚBLICO

Por su parte, desde la óptica del derecho público, si bien no se ha aportado una definición concreta de propiedad²²³⁰, sí ha existido interés en tratar sobre su calificación y su extensión.

En cuanto a su calificación, la propiedad es considerada como un “*derecho fundamental*”, desde el momento en que resulta consagrada en la Constitución Política, y luego prevenir que se trata de un “*derecho*” que la misma “*asegura a todas las personas*” (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º). Bajo esta redacción, se entiende que el Estado chileno, a través de la Constitución Política, entiende que toda persona, por el hecho de ser tal, goza de un conjunto de derechos que no se entienden creados por ella, sino que existen en forma previa a ésta. El Estado, haciendo eco de sus disposiciones generales, contrae la obligación de “respetar y promover” los derechos consagrados por la Carta Fundamental.

Incluso más, dada su ubicación podría también sostenerse que se trata de aquellos “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, los cuales se encuentran “*garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (Const. Pol., art. 5.º inc. 2.º). Una de las posiciones que se analizarán más adelante promueve que se considere la propiedad como un “derecho esencial”, entendido como un mínimo indispensable para el desenvolvimiento de la persona en el plano material y jurídico, y que se trata de una entidad que no nace en virtud de un acto positivo ni declarativo del Estado, sino que precede a éste por emanar de la propia naturaleza humana.

También dentro del plano de su calificación, el constituyente entiende que la propiedad recae sobre “diversas especies” de bienes, tanto corporales como incorporales. Algunas de estas “formas de propiedad” adquieren tal relevancia que son tratadas en forma específica por la misma Constitución, como ocurre con la propiedad minera, la propiedad de las aguas interiores del Estado, e incluso la propiedad intelectual e industrial. Siendo así, estima que la propiedad puede adquirir algunas características especiales, dependiendo de la clase de bienes sobre las cuales recae. Esta clase de alusiones genéricas harían emparentarla con la

²²²⁹ ALBALADEJO (2002), § 43, pp. 232-233.

²²³⁰ La Constitución chilena no definió la propiedad, y consta de la historia de su establecimiento que deliberadamente no quiso introducirse, lo cual constituye una tendencia general del constitucionalismo. Una síntesis de algunas expresiones de esta dinámica, en PEÑAILILLO (2013), núm. 57 bis, pp. 86-97, n. 91.

noción de propiedad consagrada en la Constitución española (art. 33), respecto de la cual se ha dicho que entiende la propiedad en un sentido amplio²²³¹.

Por otro lado, en lo que respecta a la clase de bienes sobre las cuales se puede ejercer la propiedad, la Constitución chilena renuncia a explicar, a diferencia de lo que hace el Código Civil, cuáles son las facultades que caracterizarían típicamente a esta clase de derecho fundamental. Debido a esta circunstancia, la noción del dominio podría ser, al igual que lo que ocurre con su símil española, de carácter relacional²²³². Su principal consecuencia consistiría en que, al no existir un contenido típico o abstracto del derecho de propiedad, el legislador no se encontraría impedido de proveer distintos estatutos normativos según las necesidades que se deriven de los distintos tipos de bienes sobre los cuales se pretenda ejercer²²³³.

En cuanto a su extensión, y conforme se apreciará más adelante, se trata de un derecho que no tiene la calidad de inviolable ni absoluto. Se trata de un derecho fundamental fuertemente regulado por la ley, y en el cual se admite expresamente que esta clase de fuente formal pueda introducir elementos de limitación, siempre y cuando se funden en la “función social” que debe cumplir. Incluso más, admite su extinción por obra del Estado, a través de la consagración de la expropiación, la cual obedece a causas de utilidad pública e interés nacional, las cuales igualmente deberán ser calificadas por el legislador.

Habiendo tratado sobre la noción jurídica asignada al concepto de propiedad, resta por revisar la situación que ocurre en el ámbito económico, y específicamente la doctrina dedicada al análisis económico del derecho.

SECCIÓN 2: LA PROPIEDAD EN UN SENTIDO ECONÓMICO

§ 1. PLANTEAMIENTO

1.1. Reconocimiento de ambigüedades

Por su parte, la noción de propiedad dentro de la órbita económica se la califica como ambigua²²³⁴ y que difiere respecto de la perspectiva jurídica²²³⁵.

²²³¹ En este sentido, ZURILLA (2012), p. 288, citando en el mismo sentido una sentencia dictada por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL español (227/1991).

²²³² Es lo que sostiene ZURILLA (2012), p. 291.

²²³³ Es la posición sostenida por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de España (sentencias 37/1987, 6/1991 y 149/1991), según cita ZURILLA (2012), p. 291.

²²³⁴ POSNER (2013), p. 67.

²²³⁵ En este sentido: COLOMA (2006), p. 176; COOTER/ACCIARRI (2007), pp. 15-16.

En términos generales, se habla en el lenguaje anglosajón de “derechos de propiedad” (*property rights*).

1.2. Determinación de un conjunto de facultades: Los “derechos de propiedad”

En la literatura dedicada al análisis económico del derecho no existe un consenso general respecto del significado atribuido a esta expresión. Los diversos autores que se han referido al tema parecen describir una serie de facultades o poderes, lo cual explicaría el recurso al plural (“derechos”).

Tales poderes o facultades consistirían, en general, de poseer²²³⁶, desarrollar²²³⁷, mejorar²²³⁸, transformar²²³⁹, agotar²²⁴⁰, destruir²²⁴¹, vender²²⁴², regalar²²⁴³, legar²²⁴⁴, consumir²²⁴⁵, transferir²²⁴⁶, hipotecar²²⁴⁷, arrendar²²⁴⁸, prestar²²⁴⁹, acceso²²⁵⁰, obtener ingresos²²⁵¹, disfrutar²²⁵², capacidad de extracción²²⁵³, administración²²⁵⁴, usar²²⁵⁵, transferir²²⁵⁶, disponer²²⁵⁷ y excluir a otros de su propiedad²²⁵⁸.

1.3. Nociones generales sobre el derecho de propiedad

En términos más generales, se ha intentado ensayar una definición, indicando que consisten en

-
- 2236 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2237 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2238 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2239 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2240 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2241 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2242 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2243 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2244 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2245 COLOMA (2006), p. 176; COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2246 COLOMA (2006), p. 176; COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2247 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2248 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2249 COOTER/ULEN (2008), p. 118.
2250 COLOMA (2006), p. 176.
2251 COLOMA (2006), p. 176.
2252 COOTER/ACCIARRI (2007), pp. 15-16.
2253 COLOMA (2006), p. 176.
2254 COLOMA (2006), p. 176.
2255 COOTER/ACCIARRI (2007), p. 16; COOTER/ULEN (2008), p. 118; POSNER (2013), p. 67.
2256 COLOMA (2006), p. 176.
2257 COOTER/ACCIARRI (2007), p. 16.
2258 COLOMA (2006), p. 176, quien recopila algunas de las definiciones; POSNER (2013), p. 67.

“todas las facultades de uso, disfrute o disposición de un bien determinado, sea que el titular de esa facultad sea el dueño de dicho bien o que lo asista otro derecho sobre el mismo”²²⁵⁹.

Finalmente, lo que permitiría identificar estos derechos de propiedad consisten en que las facultades o derechos

“estén asignados de manera simultánea a la misma persona individual, y de que no exista por lo tanto una situación en la cual el uso de un activo lo tiene un agente económico y el derecho de exclusión está en la cabeza de otra persona”²²⁶⁰.

En nociones que pretenden exponer el “concepto legal” de la propiedad, como es el caso de COOTER y ULEN, se trata de sostener que dicha definición consiste del

“conjunto de derechos sobre los recursos que el propietario puede ejercer con libertad y cuyo ejercicio está protegido contra la interferencia de otros”²²⁶¹.

§ 2. CONSECUENCIAS

Las definiciones identificadas alrededor de la propiedad desde una perspectiva económica, arrojan la presencia de, al menos, tres problemas que impiden su fácil aplicación en los sistemas jurídicos continentales.

El primero de ellos consiste del desconocimiento de algunas características propias del dominio y que han venido siendo admitidas por la literatura jurídica (2.1.). La segunda, es el problema de centrar una visión del dominio concentrada únicamente en las facultades que se derivarían de ella (2.2.). La tercera, consiste en incurrir en varias repeticiones que imposibilitan distinguir conceptualmente la estructura del derecho de dominio (2.3.).

2.1. Desconocimiento de algunas características propias del dominio

La noción económica de propiedad difiere de la lógica prevista en el ámbito jurídico, lo cual se explica por la necesidad que surge, para el primero, que las facultades o derechos queden concentrados en una misma persona para que pueda hablarse de propiedad.

Esto no permitiría, en forma preliminar, la coexistencia de dos facultades diferentes del dominio en manos de personas diferentes, lo cual implicaría desconocer el carácter *elástico* y *abstracto* del derecho de dominio²²⁶².

²²⁵⁹ COOTER/ACCIARRI (2007), p. 16.

²²⁶⁰ COLOMA (2006), p. 176.

²²⁶¹ COOTER/ULEN (2008), p. 118.

2.1.1. *Desconocimiento de la elasticidad*

Conforme fue mencionado, algunos especialistas del análisis económico del derecho no admiten que las facultades de dominio puedan fragmentarse entre distintos titulares diferentes del dueño. Esto se contrapone con la dinámica de la codificación civil, la cual admite como característica la elasticidad.

En virtud de esta característica, se acepta que el propietario pueda verse privado en forma temporal, en virtud de su propia voluntad o por causas legales, de alguna o algunas de las facultades de dominio, las cuales volverán a éste en la medida que sean superadas las circunstancias que las originaron. A través de este proceso, ocurrirá que el dominio podrá reducirse, en mayor o menor medida, como consecuencia de la concurrencia de otros derechos, pudiendo expandirse en toda su plenitud, cuando cesa el derecho concurrente que lo reducía²²⁶³.

En relación con la anterior, la segunda consecuencia que surge en este punto es desconocer la existencia de derecho de propiedad en aquellos casos en que se ejerce sobre un derecho real. Precisamente la existencia del dominio respecto del derecho de usufructo sólo es posible si se estima que, mientras el usufructuario es dueño de su derecho de usufructo (CCCh., art. 583), el nudo propietario sigue siendo dueño de su derecho, desprovisto provisoriamente de los derechos de uso y goce; tal circunstancia lo calificará como un “nudo propietario” (CCCh., art. 582 inc. 2.º), pero sigue siendo propietario, ya que tal calidad no le ha sido desconocida por el legislador, pudiendo transferirla o transmitirla (CCCh., art. 773 inc. 1.º).

2.1.2. *Desconocimiento de la abstracción*

La perspectiva economicista desconoce de alguna manera el carácter abstracto del dominio. Ello ocurre desde el momento en que exige que las facultades dominicales queden radicadas en manos de una sola persona, el propietario.

En virtud del atributo de la abstracción, el propietario tiene esa calidad con independencia de las facultades que otorga y confiere²²⁶⁴. Mediante este atributo, no pierde su calidad de tal si sus facultades quedan en manos de un tercero.

²²⁶² Se tratan de dos atributos del dominio cuyo reconocimiento en la literatura nacional ha sido más bien tardío. Tiene un antecedente en VODANOVIC (1957), núm. 182, pp. 140-141, siendo el principal expositor de esta doctrina en forma contemporánea en nuestro país, PEÑAILILLO (2013), núm. 59, pp. 133-134.

En forma tradicional, no se suelen mencionar a la hora de la determinación de las características del dominio. Es lo que ocurre con ALESSANDRI (1937), p. 25; SCHMIDT (2010), pp. 34-36; BARCIA (2010 c), pp. 29-30.

²²⁶³ VODANOVIC (1957), núm. 182, pp. 140-141; PEÑAILILLO (2013), núm. 59, pp. 133-134; MEJÍAS (2018), p. 15.

²²⁶⁴ VODANOVIC (1957), núm. 182, p. 140; PEÑAILILLO (2013), núm. 59, p. 133; MEJÍAS (2018), p. 15.

Incluso ello podría ocurrir en ciertos supuestos con la facultad de disposición, la cual ha sido considerada en forma tradicional como la principal potestad del dueño. Aunque transitoriamente el propietario no las tuviera, de todos modos seguirá siendo dueño.

En consecuencia, la creación de otros derechos no desnaturaliza el dominio de su titular²²⁶⁵. Este último sólo verá afectado el ejercicio que el propietario pueda hacer de sus facultades, las cuales deberán compatibilizarse con aquellas que le correspondan al tercero.

2.2. El problema de centrar una noción de propiedad a partir de las facultades que la integran

Desde un punto de vista jurídico, se aprecia una noción en exceso extensa de la propiedad, la cual se extiende incluso a calificar como “facultades” derivadas de la propiedad a algunas que no pertenecen forzosamente a un dueño, como lo son la administración de bienes. En relación a lo anterior, nuestro ordenamiento admite en forma general la celebración de actos y contratos sobre bienes ajenos, de modo que no se requiere ser propietario para vender (CCCh., art. 1815) o arrendar un bien (CCCh., art. 1916 inc. 2.º).

También incurre en la imprecisión de calificar la “posesión” como un “derecho” derivado del dominio. Aunque pueda estimarse esto como factible, cuando el poseedor y el dueño coinciden en la misma persona, usualmente el fenómeno de la posesión tiene lugar frente a una persona que no es dueña del mismo, pero que pretende serlo por vía de la prescripción adquisitiva (CCCh., art. 683).

2.3. Imprecisiones de distinción por reiteración

Desde un punto de vista estructural, es posible distinguir entre el derecho real (CCCh., art. 577 inc. 1.º), el dominio (CCCh., art. 582 inc. 1.º), el objeto sobre el cual recae tal derecho –que puede recaer sobre cosas corporales (CCCh., art. 582 inc. 1.º) e incorporales (CCCh., art. 583)–, y las facultades que se derivan del dominio.

Una revisión de las definiciones asignadas a la propiedad desde un plano económico arrojan una confusión conceptual. Por una parte, los autores de la escuela del análisis económico del derecho suelen designar las facultades derivadas del dominio como “derechos de propiedad”.

Asimismo, se aprecia en algunas descripciones, como las que formulan COOTER y ULEN, en las cuales se inserta el concepto dentro de la definición, por vía del desconocimiento de la distinción entre el dominio, en cuanto derecho real, y el objeto sobre el cual recae tal derecho.

²²⁶⁵ VODANOVIC (1957), núm. 182, p. 140; PEÑAILLO (2013), núm. 59, p. 133; MEJÍAS (2018), p. 15.

Es por estas consideraciones que la noción económica de la propiedad presenta dificultades de aplicación en la interpretación jurídica, por lo menos desde un punto de vista estructural.

§ 3. TRASFONDO RELIGIOSO DETRÁS DE LA CONCEPCIÓN ECONÓMICA

De acuerdo a la descripción económica formulada, ella se caracteriza en forma evidente por su individualismo, y que justifica la adquisición exclusiva de las utilidades derivadas de los bienes.

Esta clase de explicación se encuentra emparentada con el calvinismo, de las cuales se destaca el fundamento de la apropiación de los intereses y las utilidades. Estas últimas constituían una figura fuertemente rechazada en la tradición cristiana, y que sólo era practicada entre los judíos.

La validación del préstamo a interés en el ámbito europeo se desarrolló en el calvinismo como una de las manifestaciones de la llamada “teoría de la predestinación”, el cual constituye uno de los dogmas en que se apoya dicho credo. Conforme a la misma, sólo Dios conoce quiénes serán los hombres y mujeres que serán salvados y aquellos que serán definitivamente condenados, dado que se encuentra decidido en forma inicial y definitiva quiénes son puros y quiénes son los pecadores.

Esta situación compromete al ser humano, porque éste no tiene forma alguna de evitar su salvación o condenación eterna, e inicialmente tampoco tiene forma de conocerlo de manera directa. Sin embargo, existiría una forma indirecta de conocer este resultado, ya que podrá identificar algunos indicios que le permitirán conducir su vida, y así comportarse correctamente. Estos indicios provienen de Dios, y su descubrimiento permitirá que el hombre pueda comportarse correctamente.

Los indicios se manifestarán en el desarrollo de su actividad económica, de modo que su mayor éxito y prosperidad sólo se explican porque así lo ha permitido Dios. La prosperidad, traducida en la adquisición de bienes, podrán ser conservadas por el hombre, e incluso traspasarlas a otros, siéndole posible obtener intereses como consecuencia de ese intercambio.

El calvinismo se extendió en Europa, siendo practicado en el territorio suizo, en donde contribuyó al progreso social y comercial de ciudades como Ginebra. También se extenderá a Escocia, influyendo en este punto la doctrina económica concretada finalmente por SMITH.

Desde un punto de vista doctrinario, se ha sostenido que la causa principal del progreso del mundo anglosajón, se encuentra en haber adoptado la moral y vida religiosa protestante.

§ 4. TRASFONDO POLÍTICO-IDEOLÓGICO

El esquema de privilegiar igualmente una propiedad privada individual también significa una forma de rechazo explícito a cualquiera clase de esfuerzo de propiedad colectiva, entendiéndola como un mecanismo de opresión de la sociedad, y que no permite alcanzar realmente un estado de bienestar.

Esta clase de afirmaciones se han formulado explícitamente, en el esfuerzo por delinear la configuración jurídica de la propiedad. En el caso de la historia constitucional reciente, las declaraciones de la Junta Militar de Gobierno, tras la ruptura institucional de 1973, son claras en el sentido de delinear lo siguiente:

“Aparte de las razones doctrinarias que abonan la aceptación del derecho de propiedad privada de los bienes, incluso de los productivos, debe agregarse que allí donde el Estado detenta todos los medios de producción, él se transforma en la única fuente dispensadora de los ingresos que cada ciudadano requiere para vivir. Obviamente, en tal caso la libertad política desaparece, porque el contradictor del régimen se ve prácticamente expuesto al hambre suya y de su familia”²²⁶⁶.

Como se apreciará, la apreciación institucional a un modelo centralmente planificado y de propiedad estatal sobre los medios de producción se denuncia como políticamente “peligrosa”, debido al riesgo de control total sobre la sociedad, a costa del individuo.

SECCIÓN 3: SÍNTESIS

La propiedad, cual es el núcleo del principio bajo análisis, puede comprenderse en un sentido jurídico y económico.

En un sentido jurídico, debe precisarse que éste se encuentra descrito tanto en las normas del Código Civil como en las Constituciones, dado que compromete tanto el derecho público como el privado. La noción de derecho privada del derecho de propiedad tiende a caracterizarlas como un derecho real que concentra, alrededor de su titular, las facultades de uso, goce y disposición, las cuales puede ejercitar de manera arbitraria. En el ámbito constitucional, parece asumirse el contenido previsto por el derecho privado, sin perjuicio que asegura algunas condiciones mínimas sobre las limitaciones a la propiedad, y la expropiación.

Por su parte, en un sentido económico, la propiedad parece adquirir un sentido ambiguo, dado que sólo parece limitarse a la titularidad de una determinada facultad, lo cual implica

²²⁶⁶ JUNTA DE GOBIERNO (1974), p. 20.

que un usufructuario o un arrendatario puede ser considerado “dueño”, incluso si estos derechos estuviesen constituidos a un mismo tiempo. Por otro lado, a la ambigüedad debe sumarse algunas particular, dado que no parece considerar la elasticidad de las facultades dominicales.

Capítulo II:

FUNCIONES DE LA PROPIEDAD

SUMARIO: Sección 1: Funciones económicas: § 1. Función individual: 1.1. Incentivos para el uso eficiente de los bienes: 1.1.1. La apropiación de los bienes y utilidades - 1.1.2. La exclusividad de la apropiación; 1.2. Impedir la atribución de costos a quienes no son propietarios: 1.2.1. La tragedia de los comunes - 1.2.2. La tragedia de los anticomunes - 1.2.3. Algunos comentarios de esta perspectiva – **§ 2.** Función colectiva.- **Sección 2: Función social: § 1.** Antecedentes – **§ 2.** Contenido – **§ 3.** Críticas: 3.1. Pérdida de foco sobre el objetivo de la propiedad; 3.2. La conciliación de intereses no afecta exclusivamente a quien es titular del dominio; 3.3. Riesgos de la concepción.- **Sección 3: Funciones jurídicas: § 1.** La propiedad atribuye el carácter de apropiable a los bienes – **§ 2.** Su ejercicio marcará el movimiento del tráfico jurídico – **§ 3.** Sirve como elemento que asegura la radicación definitiva de los bienes en el activo del patrimonio de las personas – **§ 4.** Constituye el elemento que asegura la individualidad del patrimonio.- **Sección 4: Síntesis.**

Una revisión general de la literatura que trata sobre el dominio, tanto desde la óptica del derecho privado, como la del derecho público, no suele tratar mayormente acerca de las funciones que cumple la propiedad. Esta circunstancia pareciera ser sólo rescatada desde la óptica del análisis económico del derecho, aunque nuevamente esta aproximación no resulta completa, e incluso nada relata acerca de las funciones que cumple.

Bajo estos respectos, parece indispensable proponer las funciones que desempeña la propiedad, dado que ellas son las que realmente justifican la necesidad de su protección, y se convierten en el fundamento de su consagración como principio jurídico. Estas funciones son las que permiten explicar para qué sirve la propiedad, y por qué resulta indispensable asegurar su protección. De nada serviría la consagración de institutos en el derecho que carecieran de cualquiera clase de propósito relevante.

Por otro lado, la necesidad de incorporar ciertos fenómenos de la actuación humana y brindarles un tratamiento jurídico sólo se explica si tal actuación o circunstancia de la realidad se estimaran de suficiente relevancia para designarle o reconocerle ciertos efectos jurídicos.

Estas funciones pueden clasificarse desde un punto de vista triple. Se tratan de funciones desde un punto de vista económico (**Sección 1**), *social* (**Sección 2**) y jurídico (**Sección 3**). Su sumatoria refleja el carácter complejo que tiene el derecho de propiedad, y que cualquiera clase de análisis centrado en sólo alguno de estos aspectos, con prescindencia de

los demás, significaría una mirada estrecha de la propiedad y del principio de tutela que tiene este último.

SECCIÓN 1: FUNCIONES ECONÓMICAS

En primer lugar, corresponde determinar si la propiedad cumple alguna clase de función desde el punto de vista económico. Desde este plano, la propiedad cumple fines que podemos clasificar en individuales (§ 1) y colectivos (§ 2).

§ 1. FUNCIÓN INDIVIDUAL

Desde un punto de vista básico, la propiedad puede ser explicada como un fundamento jurídico a la apropiación que hace una persona de los bienes y servicios que adquiere. Pero no debe perderse de vista el trasfondo económico que justificaría esta consecuencia jurídica.

La función económica individual dice relación con la creación de incentivos para invertir en el uso eficiente de los bienes (1.1.), y evitar la imposición de costos a otras personas a consecuencia del uso de recursos sobre los cuales no se tienen derechos de propiedad (1.2.).

1.1. Incentivos para el uso eficiente de los bienes

Estos incentivos se obtienen a través de la apropiación de los bienes y sus beneficios (1.1.1.), en condiciones de exclusividad (1.1.2.).

1.1.1. La apropiación de los bienes y utilidades

En efecto, las personas adquieren el dominio de bienes con el propósito de satisfacer sus necesidades individuales o familiares. A partir de su adquisición e incorporación al patrimonio, al dueño le será posible apropiarse del objeto, por vía de los modos de adquirir de carácter usual.

Pero en este esfuerzo el propietario no sólo adquiere el objeto, sino que podrá apropiarse de los beneficios que se obtienen de los bienes. En este orden de ideas, COLOMA sostiene:

“La apropiación de los beneficios de un activo a través del ejercicio de los derechos de propiedad implica que quien posee tales derechos sobre una determinada fuente de ingresos es también acreedor a los ingresos que dicha fuente genera [...]”²²⁶⁷.

²²⁶⁷

COLOMA (2006), p. 177.

Esta clase de extensión en la apropiabilidad determina el fundamento básico de la adquisición del lucro, dado que se trataría de una extensión legítima en el rendimiento del objeto, y que se deriva del mismo objeto sobre el cual detenta el dominio. En este sentido, la explotación individual de los bienes significará la acumulación de la riqueza también en forma individual²²⁶⁸.

Por otro lado, la apropiabilidad resulta justificada en términos de eficiencia. Se sostiene que la imposibilidad para apropiarse de los beneficios generados por la inversión para el agente económico que efectuó la inversión, “entonces el incentivo para realizarla se volverá inexistente”²²⁶⁹. Por tanto, la apropiación de las utilidades significará finalmente que existan incentivos para efectuar las inversiones, y en niveles de inversión eficiente²²⁷⁰, resultando de esta forma más económica²²⁷¹.

1.1.2. *La exclusividad de la apropiación*

Al igual que en el plano jurídico, el dominio es concebido en la economía en términos de *exclusividad*²²⁷².

²²⁶⁸ DÍEZ-PICAZO (2012), p. 34.

²²⁶⁹ COLOMA (2006), p. 177.

²²⁷⁰ COLOMA (2006), p. 177.

²²⁷¹ DÍEZ-PICAZO (2012), p. 34.

²²⁷² En nuestro concepto, la exclusividad respecto del dominio puede comprenderse, en el plano jurídico en dos sentidos; en lo que respecta a la *titularidad del derecho*, y la *facultad de excluir* en el ejercicio del dominio.

En cuanto a la titularidad del dominio, significa que no podrá haber dos o más personas que tengan la calidad de titulares de un derecho de la misma naturaleza, que en este caso es el dominio, y que puedan ejercitarse respecto de una misma cosa a la vez. Ella se explica en la relación que se produce entre el titular del derecho y el bien sobre el cual recae, de modo que por cada bien sólo podrá haber un solo derecho de dominio. Y se trata de una circunstancia que incluso compromete a la comunidad, la cual no constituye en forma alguna una excepción a la exclusividad, debido a que si bien cada uno de los copropietarios comparten en común un derecho de dominio, el cual recae sobre el bien común, cada uno de los derechos de dominio que le corresponden a los copropietarios recaen exclusivamente en una cuota, la cual es diferente respecto de los demás.

Por su parte, que *el dominio sea exclusivo en cuanto a su ejercicio*, significa que la manera individual en que el propietario puede desenvolver las facultades que se generan del dominio, le permiten invocar a su favor el llamado “derecho (o facultad) de exclusión. Ella constituye un atributo del cual goza el propietario, el cual le permite impedir a cualquiera otra persona que ejercite las facultades de uso o goce respecto del bien sobre el cual recae su dominio (CASTÁN, 1992, § XXXVIII, p. 163). Esta circunstancia deriva del carácter real que le corresponde al dominio, donde se aprecia que las demás personas se encuentran en la necesidad jurídica de respetar el ejercicio del derecho. Al igual que las restantes facultades dominicales, la de exclusión se encuentra caracterizada por su arbitrariedad; la exclusión se encuentra plenamente justificada y ningún propietario requiere explicar el fundamento de su negativa a impedir a otras personas que ejerzan las facultades propias de quien es el propietario del bien. Por lo pronto, esta exclusividad en el ejercicio del dominio concuerda con las visiones individualistas acerca de la propiedad. La ley no obliga a compartir el dominio, y resulta inicialmente justificado un comportamiento “egoísta” respecto de los bienes.

Con ello, se sostiene que el propietario se encuentra autorizado para excluir del goce de los beneficios a cualquier otra persona que no posea los derechos de propiedad²²⁷³, privando de esta manera de las mismas riquezas de las manos de otros²²⁷⁴.

1.2. Impedir la atribución de costos a quienes no son propietarios

Un segundo ámbito en el cual se promueve que la economía es capaz de cumplir funciones se refiere a la necesidad de impedir la imposición de costos a otras personas, como consecuencia del uso de recursos sobre los cuales no se tienen los derechos de propiedad²²⁷⁵.

En el ámbito del análisis económico del derecho, esta clase de fenómeno se conoce en un sentido doble, y que se conoce en dicho ámbito como la “tragedia de los comunes”, y la “tragedia de los anticomunes”.

1.2.1. *La tragedia de los comunes*

En cuanto a la “tragedia de los comunes”, ella consiste en sostener que existe un problema de eficiencia en el contexto de la copropiedad o comunidad de bienes. Ella se produce cuando existe un recurso común –aquel bien en copropiedad–, que es utilizado por varios agentes económicos de manera conjunta, sin que ninguno de ellos pueda excluir a los demás de su uso²²⁷⁶.

La situación que se generaría en este contexto –y es lo que permite calificarla metafóricamente como una “tragedia”– es un efecto negativo de carácter recíproco. Supone que las acciones de cada uno de los agentes económicos significará la creación de costos a los demás agentes, y sin que tales costos originen el deber de indemnizar o compensar a los perjudicados²²⁷⁷.

En este contexto, en el ámbito jurídico se ha sostenido que el legislador parece preferir la propiedad individual, dado que para cumplir con su fin de servir a los fines humanos, es más apta en numerosos casos que la colectiva²²⁷⁸. Se sostiene en tal sentido que última provoca que se diluya el interés de cada uno por los mismos, careciendo de los estímulos y las posibilidades que la propiedad privada sí es capaz de alcanzar²²⁷⁹.

1.2.2. *La tragedia de los anticomunes*

²²⁷³ COLOMA (2006), p. 177.

²²⁷⁴ DÍEZ-PICAZO (2012), p. 34.

²²⁷⁵ COLOMA (2006), p. 179.

²²⁷⁶ COLOMA (2006), p. 179.

²²⁷⁷ COLOMA (2006), pp. 179-180.

²²⁷⁸ ALBALADEJO (2002), § 43, p. 236.

²²⁷⁹ ALBALADEJO (2002), § 43, p. 236.

La tragedia de los anticomunes se genera en una situación en la cual varios agentes económicos tienen los derechos de exclusión sobre un determinado recurso, pero en el cual ninguno de ellos tiene el derecho exclusivo de uso²²⁸⁰.

Esta situación se declara configurada cuando, en la necesidad de que deba compensarse o repararse a varios propietarios del mismo bien de manera simultánea, determine que el uso del bien común se haga “antieconómico”, y los activos vayan quedando ociosos²²⁸¹.

Esta posición supone especular que, en el temor que el uso del bien común signifique para los comuneros el deber de reparar los perjuicios que ocasionen a los demás, como consecuencia del uso al cual tiene derecho sobre la cosa común, decidirán preventivamente no ejecutar ninguna clase de acto material respecto de la cosa común.

1.2.3. *Algunos comentarios de esta perspectiva*

Esta clase de explicaciones parecen ajustarse, por lo menos de manera preliminar, a la estructura jurídica del cuasicontrato de comunidad, la cual se encuentra organizada en términos tales que el legislador ha creado, deliberadamente, un margen de estímulo negativo para que los comuneros pongan pronto fin al estado jurídico en que se encuentran.

Por otro lado, esta doctrina económica se ajusta a la perspectiva filosófica propiamente aceptada por el iusnaturalismo racionalista, y que se manifestó en las codificaciones decimonónicas. Tal lógica es la de asumir que la única forma de propiedad eficiente y fructífera es la individual.

§ 2. FUNCIÓN COLECTIVA

Una segunda función que cumple la propiedad lo es en un sentido colectivo, lo cual no debe entenderse en el sentido que esta clase de posturas tienda a incentivar mayormente las propiedades de carácter colectivo.

Formulada esta precisión, sostenemos que la propiedad cumple una suerte de “función colectiva”, en el sentido que se la sostiene como una forma “extraordinariamente racional” de organización social²²⁸².

Al tratarse de una satisfacción que se efectúa en términos privativos, con exclusión de los demás, evita la continuidad y la perpetuación de los conflictos que desencadenaría una comunidad de bienes²²⁸³.

2280 COLOMA (2006), p. 180.

2281 COLOMA (2006), p. 180.

2282 DÍEZ-PICAZO (2012), p. 34.

2283 DÍEZ-PICAZO (2012), p. 34.

El resultado de estos planteamientos sería que la explotación individual redundaría en un beneficio social, replicando de esta manera los argumentos utilitarios. Por tanto, pretende significar un refuerzo a las formas de propiedad individual, rechazando las alternativas colectivas.

SECCIÓN 2: FUNCIÓN SOCIAL

Una segunda función que le ha sido atribuida a la propiedad consiste en la llamada “función social”. Se trata de una noción que la doctrina propuso hacia finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y que se consagró en los textos constitucionales de inicios y mediados del siglo XX.

Se trata de una doctrina de tal importancia que incluso significó el pronunciamiento por parte de la Iglesia Católica, marcando este punto uno de los ámbitos de expresión de la llamada “doctrina social”.

§ 1. ANTECEDENTES

Uno de los principales expositores de esta doctrina fue DUGUIT, y significó una revisión crítica del modelo bajo el cual se concibió el derecho de propiedad durante el siglo XIX.

Esta doctrina parte sobre algunas premisas conceptuales. Es así que el autor niega la existencia del derecho subjetivo²²⁸⁴; en lugar de ello, lo único que es verdadero y existe es el derecho objetivo, de modo que lo único que tiene una calidad real, son las normas jurídicas, las cuales imponen una serie de facultades y deberes. Por otro lado, entiende que lo único que es real es la presencia de una comunidad que persigue fines comunes, la cual se encuentra compuesta por una serie de voluntades individuales.

Estas premisas tendrán incidencia en la concepción iusracionalista asumida sobre la propiedad. Esta última considera la propiedad como un “derecho”, de modo que ella se encontrará en abierta contradicción con esta concepción positivista. Se trata de una concepción progresiva, la cual, como explica,

“se caracteriza por la substitución constante y progresiva de un sistema de orden metafísico e individualista, por un sistema jurídico de orden realista y socialista”²²⁸⁵.

²²⁸⁴ VODANOVIC (1957), núm. 184, p. 141.

²²⁸⁵ DUGUIT (s/f), p. 5.

El camino al cual pretende apuntar esta doctrina es, finalmente, consagrar en el ámbito constitucional el llamado “principio de solidaridad”, puesto que se comprende que el dominio debe contribuir no sólo a la satisfacción de los intereses individuales, sino también a la satisfacción “de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella”²²⁸⁶.

§ 2. CONTENIDO

La doctrina ha intentado definir qué se entiende por “función social”, considerando que la inserción que se ha hecho de este concepto en las normas constitucionales no ha definido en forma precisa qué se entiende por tal.

Algunos autores han sostenido lo siguiente:

“La función social, desde el ángulo práctico o real, es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro. Dicha función conjuga, por ende, el ejercicio del dominio con la seguridad jurídica y a ambos, a su vez, con la evolución y la reforma que exige el progreso humano en sociedad”²²⁸⁷.

Al asumirse que la comunidad se organiza en orden a la persecución de fines comunes, ello necesariamente tendrá que producir consecuencias en los institutos jurídicos caracterizados por una mirada más bien individual, como es el caso del derecho de propiedad.

El modelo previo que se pretendía criticar, identificaba la propiedad como un derecho de naturaleza “inviolable”, es decir, que en principio no es susceptible de alteración ni privación por parte del Estado. Este último, bajo tal marco, se encuentra obligado a aceptar, reconocer y proteger este margen de ejercicio individual y arbitrario que se efectúa del derecho. Y tan sólo excepcionalmente el interés colectivo podrá superar al individual, a través del mecanismo de la expropiación. Pero esta última sólo autoriza para privar del dominio al particular, a través del pago de una indemnización; pero ella no significa de manera alguna que se genere alguna clase de cambio frente a la configuración vigente de la propiedad, entendido este último como un derecho real que engendra facultades de uso, goce y disposición que se pueden ejercitar de manera arbitraria.

Pues bien, la calificación de la naturaleza jurídica de la propiedad en cuanto función social, viene en considerar que la propiedad no cumple sólo una función individual, que autoriza al propietario a ejercer de manera libre una serie de facultades bajo un margen de exclusividad. Además de esta consideración, la propiedad debe cumplir una determinada

²²⁸⁶ CEA (2012), núm. 488, p. 575.

²²⁸⁷ CEA (2012), núm. 487, p. 575.

finalidad o función desde el punto de vista colectivo, considerando que un determinado uso o goce de la propiedad podría significar beneficios para la sociedad, como también graves perjuicios sin una debida regulación²²⁸⁸. Por tanto, la propiedad no sólo se encuentra al servicio de su titular, sino también para el de la sociedad²²⁸⁹.

Para que puedan alcanzarse tales objetivos, será necesario poner fin al estado de inviolabilidad de la propiedad. Para ello, se requiere la revisión del estatuto jurídico que se le ha asignado hasta el momento, a fin de adecuarla a la satisfacción de los intereses colectivos. Pues bien, tal inviolabilidad ha sido establecida por las Constituciones, de modo que se requerirá una reformulación de tales textos, para efectos de alcanzar este objetivo. En virtud del reconocimiento de la función social, la autoridad estatal se encuentra autorizada para intervenir en el ejercicio individual que se desarrolla de la propiedad, a fin de obligarlo a que cumpla las funciones sociales del propietario, cual es “asegurar el empleo de las riquezas que detenta conforme a su destinación”²²⁹⁰.

De esta manera, el reconocimiento de la función social de la propiedad a nivel constitucional significó la creación de un expediente válido y legítimo, a través del cual el constituyente permite al legislador delimitar normativamente el contenido esencial del dominio sobre cada clase de bienes²²⁹¹.

El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL chileno ha tratado de explicar la interacción que debe tener lugar entre la función individual y social de la propiedad. En una de sus sentencias, resolvió lo siguiente:

“Que lo que no es parte del derecho de dominio es entender que, en abstracto, las funciones individuales del derecho de propiedad excluyan totalmente la posibilidad de desarrollar legalmente la función social de la propiedad o de regular otros derechos fundamentales concurrentes. Dicho de otra manera, la autonomía del ejercicio individual del derecho de propiedad no abarca la interdicción o prohibición de la potestad normativa que limita o regula el mismo derecho, puesto que el propio derecho de propiedad sólo es concebible dentro del marco completo e integral de la Constitución. Esta M. ha sostenido este criterio en asuntos diferentes. Es así como, por ejemplo, la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas concedido de conformidad a la ley no da derecho per se a desarrollar una actividad económica regulada (Sentencia Rol N° 513). O que la condición de contribuyente no da derecho per se a un beneficio tributario al margen de su reconocimiento legal (Sentencia Rol N° 1452). Por tanto, si la limitación derivada

2288 En relación a esta observación, en el diseño general del derecho de propiedad en la Constitución de 1980, se acusaría una circunstancia similar. Como declaró la Junta de Gobierno: “Cuando en cambio se desatiende la función social de la propiedad o su efectiva difusión en todas las capas de la sociedad, se favorecen situaciones moralmente injustas, que por otro lado repercuten en fuertes tensiones sociales” (JUNTA DE GOBIERNO, 1974, p. 20).

2289 NAVARRO (2016), p. 190.

2290 VODANOVIC (1957), núm. 184, p. 141.

2291 CEA (2012), núm. 488, p. 575.

*de la función social de la propiedad está definida en una legislación específica que exige una autorización para beneficiarse de los frutos o productos de un inmueble, resulta claro que el derecho de propiedad a gozar del predio no incorpora la autorización misma. Cuestión diferente es el examen autónomo que hay que hacer de la ley limitadora propiamente tal, según veremos más adelante. Lo relevante, por ahora, es que la única manera de conciliar los contenidos intrínsecos de las funciones individuales y sociales del derecho de propiedad sobre el bien es permitiendo, a primera vista, que subsista la posibilidad de desarrollar esa función social o de la regulación de una actividad económica y no coartarla desde el inicio”.*²²⁹²

§ 3. CRÍTICAS

A pesar de admitirse que la propiedad se encuentre sujeta a algunas limitaciones, algunos autores han destacado que *la propiedad no es una función social*²²⁹³, para lo cual han formulado algunas precisiones.

3.1. Pérdida de foco sobre el objetivo de la propiedad

Por una parte, sostener que la propiedad es una función social significaría, en concepto de ALBALADEJO, que ésta otorga el poder sobre una cosa *para* que “mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad”²²⁹⁴.

Esta noción, en su opinión, no se ajusta a las características de la propiedad, dado que ésta es un derecho subjetivo privado, y que ha sido otorgado a su titular para que pueda satisfacer intereses suyos que son dignos de protección jurídica. La concepción de la propiedad/función social significaría que los bienes se usan para satisfacer necesidades colectivas, lo cual no corresponde con la figura típica de la propiedad privada. Lo que sí es aceptable de sostener es que la satisfacción de las necesidades individuales pueda ser coherente con las conveniencias del cuerpo social, lo cual se conseguirá con el establecimiento de ciertos límites a las facultades del propietario, y la imposición de ciertos deberes y cargas a su respecto²²⁹⁵.

²²⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 26 de julio de 2016. Rol de Ingreso N.º 2884-15-INA. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Agrícola y Ganadera El Almendral Limitada respecto del artículo 51 de la Ley N.º 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, en los autos sobre denuncia por corta de bosque nativo no autorizada, sustanciados ante el Juzgado de Policía Local de Chépica, bajo el Rol N.º 32.047-2015”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 29 de mayo de 2019], Considerando 6.º.

²²⁹³ En este sentido: ALBALADEJO (2002), § 43, p. 235; CEA (2012), núm. 489, p. 575.

²²⁹⁴ ALBALADEJO (2002), § 43, p. 235.

²²⁹⁵ ALBALADEJO (2002), § 43, p. 235.

3.2. La conciliación de intereses no afecta exclusivamente a quien es titular del dominio

En segundo lugar, la coordinación del interés individual y el social no sólo es privativa del dominio.

Así, las mismas limitaciones podrían ser impuestas a quien ostente ciertos bienes no sólo al dueño, sino también al usufructuario, o al arrendatario de los mismos bienes²²⁹⁶.

3.3. Riesgos de la concepción

Por último, el problema que encierra esta concepción es asumir que la propiedad *es* la función social, lo cual no es efectivo²²⁹⁷. La propiedad *tiene* una función, la cual es social, y esta función es la que justifica la inserción de un conjunto de limitaciones al ejercicio del dominio²²⁹⁸.

Estas limitaciones no son capaces de provocar el desaparecimiento del dominio, ni tampoco significan su vaciamiento de contenido o la desfiguración de su contenido esencial²²⁹⁹.

SECCIÓN 3: FUNCIONES JURÍDICAS

La propiedad no sólo existe como un instrumento que permite la solución adecuada del problema económico. También desempeña importantes funciones desde un plano jurídico, las cuales resultan indispensables de tratar en este punto. Dado el escaso tratamiento que existe en forma general respecto de este punto, se proponen sistemáticamente las siguientes.

§ 1. LA PROPIEDAD ATRIBUYE EL CARÁCTER DE APROPIABLE A LOS BIENES

La propiedad es utilizada en el derecho civil como un parámetro que permite determinar cuándo un bien tendrá la calidad de ser “apropiable” o “inapropiable”.

Si se atiende a la caracterización tradicional, los bienes apropiables son aquellos que son susceptibles de apropiación²³⁰⁰, es decir, que son susceptibles de incorporarse al patrimonio

²²⁹⁶ ALBALADEJO (2002), § 43, p. 235.

²²⁹⁷ VODANOVIC (1957), núm. 184, p. 142.

²²⁹⁸ VODANOVIC (1957), núm. 184, p. 142.

²²⁹⁹ CEA (2012), núm. 488, p. 575.

²³⁰⁰ VODANOVIC (1957), núm. 126, p. 94; SCHMIDT (2010), p. 26; BARCIA (2010 c), núm. 31, p. 22; PEÑAILILLO (2013), núm. 43, pp. 62-63.

de una persona. En consecuencia, los bienes inapropiables son aquellos que no son susceptibles de apropiación²³⁰¹ o incorporación al patrimonio de una determinada persona.

La apropiabilidad se relaciona con el derecho de propiedad, en el sentido de que el bien deberá ser de aquellos que, conforme a su naturaleza o por disposición de la ley, admitan su adquisición a través de los modos de adquirir el dominio. Siendo así, el derecho civil ha procedido a determinar qué bienes podrán ser adquiridos, y la manera en que se producirá esa adquisición.

La distinción, aunque ha sido discutida su pertinencia actual, adquiere tal importancia en el derecho privado, que incluso es propuesta como una de las categorías que permiten distinguir entre las cosas y los bienes²³⁰².

§ 2. SU EJERCICIO MARCARÁ EL MOVIMIENTO DEL TRÁFICO JURÍDICO

Normalmente se asume que el dominio constituye una categoría estática, puesto que se asume que, una vez incorporado en bien en el patrimonio, éste se mantendrá perpetuamente alrededor del propietario, no extinguiéndose por el transcurso del tiempo, ni tampoco por su falta de ejercicio²³⁰³.

Bajo esta estructura, la perpetuidad del dominio implicará que se trata de un derecho que perdurará en el tiempo, dado que no se encuentra sujeto a duración en el tiempo²³⁰⁴. Esta perpetuidad puede incluso atribuirse con prescindencia de la propia sobrevivencia del propietario. Siendo así, la vigencia del derecho supera incluso la realidad, que en este caso consiste de la propia vida del ser humano. Incluso queda asegurada mientras se conserve la cosa sobre la cual recae el derecho de dominio, de modo que el dominio durará tanto cuanto la cosa misma sobre que se ejerce²³⁰⁵.

Sin embargo, no necesariamente el propietario se encontrará interesado en conservar perpetuamente sus bienes, y manifieste su intención de desprenderse de ellos. Ello le resulta posible en la medida que cuente con la facultad de disposición.

²³⁰¹ VODANOVIC (1957), núm. 128, p. 95; SCHMIDT (2010), p. 26.

²³⁰² SCHMIDT (2010), p. 26. Indirectamente, BARCIA (2010 c), núm. 2, p. 11.

²³⁰³ En este sentido: ALESSANDRI (1937), p. 25; VODANOVIC (1957), núm. 181, p. 139; BARCIA (2010 c), núm. 4, p. 30; SCHMIDT (2010), p. 35; PEÑAILILLO (2013), núm. 59, p. 131; MEJÍAS (2018), p. 14.

²³⁰⁴ CASTÁN (1992), § XXXVIII, p. 163.

²³⁰⁵ CASTÁN (1992), § XXXVIII, p. 163.

En todo caso, este atributo se encuentra sujeto a algunas excepciones, dado que existen formas de propiedad que admiten agotamiento en el tiempo. Es por ello que se postula que el atributo efectivo consiste en que el dominio tiene una “vocación de permanencia” (ZURILLA, 2012, p. 289) o que es “generalmente perpetuo” (MEJÍAS, 2018, p. 15), y éste es precisamente uno de los puntos en los cuales el dominio se aleja respecto de otras clases de derechos reales.

Esta disposición puede traducirse en el plano material, por vía de la destrucción o modificación sustancial o accidental del objeto de dominio, cambiando su forma o características físicas²³⁰⁶. En su sentido material, el ejercicio del dominio no significa en principio la puesta en movimiento del dominio, dado que no existe en este punto ninguna clase de incorporación del bien al patrimonio del tercero. Todo gira en torno a una decisión de parte del propietario de controlar la suerte física del objeto de dominio.

Pero también se traduce la disposición en el sentido jurídico, y es en este punto donde se aprecia el inicio de la actividad del tráfico jurídico. En cualquier momento, sin necesidad de justificar su ejercicio o sus consecuencias –dado el carácter arbitrario en que puede ejercitarse²³⁰⁷–, y en la medida que no se encuentre sujeto a una medida legal, judicial o convencional de limitación, el propietario tiene la potestad para *transferir* el dominio de sus bienes a un tercero, enajenándolo²³⁰⁸; e incluso podrá abandonarlo²³⁰⁹. El propietario tiene la facultad de generar un efecto que significará que sus bienes puedan “hacerse ajenos”, por vía de conceder el derecho de dominio a un tercero.

Para que pueda disponer de sus bienes, el propietario sólo requiere ser tal, y que el bien en cuestión no se encuentre sujeto a medidas restrictivas en este punto. Siendo así, tiene en sus manos la posibilidad de poner en movimiento el tráfico jurídico, y se trata de su decisión libre, en principio, de consentir en que sus propios bienes se hagan ajenos, y que un tercero los pueda adquirir. Si no tuviese esta potestad, los bienes no podrían salir del patrimonio de sus titulares, y los terceros se verían imposibilitados de adquirirlos. En consecuencia, sin el derecho de propiedad no existiría la libertad y el derecho de adquirir los bienes, con lo cual el funcionamiento mismo del tráfico jurídico y del mercado quedarían trancos desde un comienzo.

La protección de esta potestad, bajo esta dinámica, resulta relevante, puesto que sin ella sería totalmente imposible el comercio jurídico respecto de los bienes. Las personas no tendrían forma alguna de incorporar los bienes a su patrimonio, salvo aquellos que no pertenecieran a nadie. Si ello fuese así, se llegaría a un punto imposible, en el cual la adquisición de nuevos bienes iría escaseando, a medida que las personas se apoderaran de bienes que no pertenecen previamente a alguien. Ello explica que el legislador deba tratar en forma detallada cómo el propietario puede disponer de sus bienes, cuáles serán los mecanismos autorizados al efecto, y las consecuencias derivadas de la observancia de tales condiciones.

Incluso más, para el caso en que tales mecanismos fracasen y las personas no puedan adquirir inicialmente el dominio, será necesario contemplar mecanismos alternativos tendientes a obtener la legitimación de esa adquisición, lo cual explicará la incorporación de mecanismos como la caducidad, el abandono de los bienes, o la prescripción adquisitiva.

²³⁰⁶ SCHMIDT (2010), p. 37; PEÑAILILLO (2013), núm. 60, p. 137; MEJÍAS (2018), p. 17.

²³⁰⁷ SCHMIDT (2010), p. 37.

²³⁰⁸ SCHMIDT (2010), p. 37; PEÑAILILLO (2013), núm. 60, pp. 137-138; MEJÍAS (2018), p. 18.

²³⁰⁹ SCHMIDT (2010), p. 37; PEÑAILILLO (2013), núm. 60, p. 138; MEJÍAS (2018), p. 18.

§ 3. SIRVE COMO ELEMENTO QUE ASEGURA LA RADICACIÓN DEFINITIVA DE LOS BIENES EN EL ACTIVO DEL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS

Conforme fue explicado, el derecho de propiedad permite poner en movimiento el tráfico jurídico, dado que el ejercicio de la facultad de disposición da inicio al proceso de transferencia y adquisición de los bienes. Este proceso conduce potencialmente, si se observan todas las condiciones previstas por la ley, a que una persona pueda convertirse en dueña de un determinado bien.

Los bienes transitan dentro del tráfico jurídico entre patrimonios. Se incorporan a éste, ya sea a título originario o derivativo. Con prescindencia del título que se utilice, una vez que se ha convertido en dueña de un bien, su titular puede considerar válidamente incorporado en su patrimonio el mismo, integrándolo en el conjunto de su activo.

Una vez incorporado en el patrimonio, el bien deja de encontrarse en circulación, y permanecerá en un estado estático, a la espera que su titular pueda ejercitar todas las potestades que emanan del mismo derecho. Esta radicación se ve protegida por el atributo de exclusividad, de modo que el propietario no puede verse obligado a compartir esos atributos con nadie más. Los bienes dejan de encontrarse disponibles en el tráfico jurídico, hasta que el mismo propietario decida nuevamente disponer de ellos.

Asimismo, una vez que se ha completado el proceso de adquisición del dominio, el propietario no se encuentra en la necesidad de efectuar nuevas ritualidades de adquisición, ni tampoco confirmar su dominio bajo ningún respecto. El dominio se entiende adquirido de manera definitiva, y sin nuevas exigencias adicionales, motivo por el cual puede sostenerse que su adquisición cierra el proceso de radicación e incorporación de los bienes al patrimonio de las personas.

En virtud de esta función una persona podrá sostener que su patrimonio ha sido afectado por el Estado o por terceros, dado que podrá sostener y probar que un determinado bien formaba parte de su patrimonio. Con esta prueba podrá acceder a los mecanismos de protección procesal civil y penal de ese derecho.

Esto permite sostener que la propiedad “protege fuertemente el patrimonio del particular, garantizando con ello su auténtica libertad”²³¹⁰.

§ 4. CONSTITUYE EL ELEMENTO QUE ASEGURA LA INDIVIDUALIDAD DEL PATRIMONIO

²³¹⁰

FERRADA (2015), p. 161.

Como el dominio es exclusivo, crea un lazo entre los bienes sobre los cuales se ejerce este derecho, y su titular, en forma tal que es posible identificar y relacionar los bienes a partir de su respectivo dueño.

Los bienes forman parte del patrimonio, el cual se define en forma general como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de las cuales es titular una persona, y que son susceptibles de apreciación pecuniaria. Como se apreciará, en la noción misma del patrimonio se pretende crear una relación de pertenencia entre la universalidad jurídica que es el patrimonio, y una persona determinada. La categoría que esta última significa quedará relacionada con la persona. En consecuencia, el patrimonio involucra la presencia de un conjunto de bienes que comparten entre sí un mismo titular.

Con ello, el patrimonio se convierte en una entidad de bienes que giran alrededor de un único titular. El atributo de la exclusividad del dominio impregna igualmente al patrimonio, e incluso contribuye a defender su calificación en cuanto atributo de la personalidad. Con ello podrá igualmente establecerse que una cierta persona es dueña de un determinado bien, desde el momento en que forma parte de su patrimonio.

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

La propiedad se entiende cumplir tres funciones; económicas, sociales y jurídicas.

En cuanto a la función económica, ésta puede comprenderse en un sentido individual y otro colectivo. En cuanto al individual, la propiedad privada genera una serie de incentivos para el uso eficiente de bienes, en mejores condiciones que una propiedad colectiva. También se entiende que permite la apropiación de los bienes y sus utilidades, en condiciones de exclusividad. Finalmente, una propiedad privada constituye un mejor fundamento para atribuir una responsabilidad individual. Bajo estas afirmaciones, se entiende que la propiedad colectiva genera mayores riesgos de conflicto y de un uso ineficiente de los bienes, al impedirse su apropiada explotación.

En cuanto a la función social, se trata de una noción cuyos primeros desarrollos se encuentran en DUGUIT. Éste rechaza que la propiedad engendre un derecho subjetivo, el cual no existe, y lo único que sí es real es la noción de la propiedad en cuanto función social. Supone que la propiedad debe ser utilizada para satisfacer las necesidades de la colectividad, pudiendo ésta extinguirse en caso que no se preste tal uso. La noción de función social será desarrollada en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, y se incorporará a las constituciones de mediados del siglo XX, como fue el caso de Chile. Empero, este reconocimiento se entiende en paralelo a la protección de la propiedad privada. Ello significa que la función social se entiende manifestada en un conjunto de mecanismos de limitación al derecho de propiedad, que permiten utilizarla para la satisfacción de necesidades de la colectividad.

Por último, se encuentra la función jurídica de la propiedad. Esta última categoría no suele ser objeto de estudio en el análisis del derecho de bienes. Dada esta circunstancia, se sostiene en el trabajo que el dominio atribuye el carácter de apropiable a los bienes, y su ejercicio marcará el movimiento del tráfico jurídico, lo cual la relaciona con el principio de libre circulación de los bienes. También cumple una función de asegurar la radicación definitiva de los bienes en el activo del patrimonio de las personas, y constituye el elemento que asegura la individualidad del patrimonio.

Capítulo III:

**RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD:
PRINCIPALES MANIFESTACIONES, FUNDAMENTOS Y CRÍTICAS**

SUMARIO: Sección 1: La propiedad ante el derecho internacional de los derechos humanos: § 1. Situación de la propiedad ante la Declaración Universal de Derechos Humanos: 1.1. Reconocimiento indirecto; 1.2. Reconocimiento directo – **§ 2.** La tutela de la propiedad ante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 2.1. Ausencia de una alusión directa a la propiedad; 2.2. Incorporación implícita del derecho de propiedad – **§ 3.** La tutela de la propiedad ante la Convención Americana de Derechos Humanos: 3.1. Contenido esencial del dominio; 3.2. El interés social y la limitación de la propiedad; 3.3. La expropiación; 3.4. Prohibición de la usura y la explotación del hombre: 3.4.1. Prohibición de la usura - 3.4.2. Prohibición de la explotación humana – **§ 4.** Una evaluación del contenido del derecho de propiedad ante el Derecho Internacional.- **Sección 2: El derecho de propiedad ante la Constitución Política: § 1.** La propiedad concebida como un derecho absoluto e inviolable ante el Estado: 1.1. Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818: 1.1.1. La propiedad es un derecho frente al Estado - 1.1.2. La protección de la propiedad frente a los particulares - 1.1.3. Algunas observaciones; 1.2. Constitución Política del Estado de Chile de 1822: 1.2.1. La naturaleza de la propiedad - 1.2.2. El foco de atención - 1.2.3. Algunas perspectivas; 1.3. Constitución Política de la República de Chile de 1828: 1.3.1. Reconocimiento de la propiedad - 1.3.2. Consagración de una tutela plena de la propiedad; 1.4. Constitución Política de la República de Chile de 1833: 1.4.1. Norma aplicable - 1.4.2. Contenido descriptivo - 1.4.3. Una revisión general de la regulación de la propiedad durante el período constitucional 1818-1833 – **§ 2.** La propiedad y la función social. Las tensiones detrás de la Constitución Política del Estado de Chile de 1925: 2.1. La primera versión de la norma: 2.1.1. Cuestiones generales - 2.1.2. Innovaciones; 2.2. Las modificaciones estructurales derivadas de la Reforma Agraria: Situación generada por la Ley N.º 15.295: 2.2.1. Planteamiento - 2.2.2. Reforma consagrada - 2.2.3. Innovaciones; 2.3. Efectos introducidos por la Ley N.º 16.615: 2.3.1. Planteamiento - 2.3.2. Innovaciones; 2.4. La profundización y radicalización: La reforma introducida por la Ley N.º 17.450: 2.4.1. Planteamiento - 2.4.2. Algunas observaciones – **§ 3.** La estructura actual: La propiedad ante la Constitución Política de 1980: 3.1. La base inicial: El Acta Constitucional N.º 3: 3.1.1. Aspectos generales - 3.1.2. Innovaciones; 3.2. El actual régimen constitucional de la propiedad privada: El art. 19 N.º 24.º de la Constitución Política: 3.2.1. Aspectos generales - 3.2.2. Innovaciones: (a) En cuanto a la extensión del dominio; (b) En cuanto a la función social de la propiedad; (c) En cuanto a la expropiación; (d) Formas especiales de

propiedad – § 4. Observaciones en torno a la tutela constitucional de la propiedad: 4.1. En cuanto al hecho de su reconocimiento; 4.2. En cuanto al carácter absoluto de la propiedad; 4.3. Mecanismos de tutela constitucional de la propiedad: 4.3.1. Planteamiento - 4.3.2. Principales manifestaciones: (a) Mecanismos de tutela pasiva: (i) Determinación de las fuentes formales que regulan el nacimiento y vigencia del dominio. (ii) Determinación de la fuente formal que puede determinar las condiciones de ejercicio del derecho de dominio. (iii) Explicitación del fundamento de las limitaciones dominicales. (iv) Imposibilidad de afectar la esencia de un derecho constitucional. (v) Garantías en la expropiación. (vi) Garantías de la propiedad en los estados de excepción constitucional; (b) Mecanismos de tutela activa: (i) Tutela directa; (ii) Tutela indirecta.- **Sección 3: El derecho de propiedad ante el derecho privado: § 1.** En cuanto a la organización normativa – § 2. En cuanto a los medios de tutela: 2.1. Acciones de tutela indirecta de la propiedad; 2.2. Acciones de tutela directa de la propiedad.- **Sección 4: Síntesis.**

Para que la tutela jurídica de la propiedad pueda ser postulada como un principio que rige al derecho privado, resulta necesario identificar la manera en que el ordenamiento jurídico ha reconocido al derecho de propiedad.

Esto ha ocurrido a través de tres ordenamientos indispensables. Por una parte, en el derecho internacional de los derechos humanos (**Sección 1**), en el plano constitucional (**Sección 2**), y cerrando con el tratamiento asegurado por el derecho privado (**Sección 3**).

SECCIÓN 1: LA PROPIEDAD ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El análisis de la evolución constitucional en materia del derecho de propiedad arroja que la preocupación ha sido temprana. Pero ello no sólo se aprecia en dicho ámbito; también el derecho internacional ha puesto su atención en torno a este derecho, el cual forma parte del elenco clásico de los llamados “derechos civiles”.

Para concluir con el análisis del reconocimiento jurídico efectuado del derecho de propiedad, deben hacerse algunas alusiones generales hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en donde es posible identificar, ya sea de manera directa o indirecta, la preocupación que se ha tenido respecto de la propiedad, en cuanto derecho fundamental del cual gozan todas las personas. El acento será puesto en los estatutos más recientes del siglo XX, dado que en ellos es posible apreciar claramente las tensiones que se dibujarán en torno a la tutela de esta clase de derecho.

§ 1. SITUACIÓN DE LA PROPIEDAD ANTE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Uno de los hitos modernos que debemos analizar en la materia, se encuentra a propósito de la Declaración Universal de Derechos Humanos²³¹¹, la cual hace alusión a la protección de la propiedad de manera directa (1.2.) e indirecta (1.1.)²³¹².

1.1. Reconocimiento indirecto

En cuanto a su consagración indirecta, se encuentra en el hecho que declara que “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 6.º).

Esta disposición forma parte del conjunto de derechos y libertades de orden personal²³¹³, e implica un reconocimiento de la personalidad jurídica que goza el ser humano, en el entendido que se trata de un sujeto de derecho²³¹⁴. Dado que éste interviene en el tráfico jurídico, resulta indispensable que se le aseguren ciertas condiciones mínimas que le permitan adquirir bienes y derechos, y contraer obligaciones.

Es por ello que, a través del reconocimiento de su personalidad jurídica, se le sitúa como un persona que es capaz, que cuenta con un patrimonio propio del cual puede disponer libremente y, por tanto, tendrá derecho al patrimonio.

1.2. Reconocimiento directo

El reconocimiento de la propiedad como un derecho humano no sólo surge a partir de esta norma general. También se ha querido tratar en forma específica sobre el derecho de propiedad. Es así que se ha consagrado en el art. 17, que dice:

- “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
- “2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

²³¹¹ Una síntesis del proceso de formación de esta Declaración se puede consultar en ORAÁ/GÓMEZ (1997), pp. 33-47.

²³¹² Esta mención la hacemos a fin de introducir una precisión a la categórica afirmación sostenida por CEA (2012), núm. 473, p. 564, donde refiere que “*en los tratados internacionales no aparecen las disposiciones relativas al dominio*”. En ninguna forma debe razonarse la ausencia de cualquiera clase de manifestación normativa sobre el derecho de propiedad.

²³¹³ ORAÁ/GÓMEZ (1997), p. 56.

²³¹⁴ GOBIERNO DE GUATEMALA / COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (2011 a), p. 18.

En relación al proceso de formación de esta norma, se trata de una norma que pretendió establecer una solución transaccional, debido a las discrepancias manifestadas por las delegaciones de los países del bloque socialista y del bloque capitalista²³¹⁵.

La Declaración Universal sólo trata de la propiedad en términos generales, más bien con el propósito de concretar la presencia de una estructura mínima en este derecho. En el apartado 1 consagra el derecho a la propiedad, el cual gozan todas las personas, sin distinciones. Esto implica que la naturaleza de la propiedad es la de un “derecho universal” y no un “privilegio”, entendiéndose esto último como “una ventaja o una prerrogativa especial de que goza una persona o grupo de personas”²³¹⁶. En lugar de ello, la propiedad es un derecho que le corresponde a todo hombre y toda mujer²³¹⁷.

Este derecho es reconocido con expresa indicación que ella comprende tanto a nivel individual como colectivo. Esta última, que es sindicada como una manifestación del esfuerzo por satisfacer las expectativas del bloque socialista²³¹⁸, constituye una referencia indirecta a las hipótesis de bienes de dominio público, y eventualmente los fenómenos de distribución especial de la propiedad, conforme se aprecia en algunas interpretaciones formuladas en torno a esta norma²³¹⁹.

El apartado 2, por su parte, sólo indica que las personas no podrán ser privadas de su propiedad de manera arbitraria, de modo que cualquiera forma de expropiación deberá encontrarse justificada, lo cual tendrá que ocurrir conforme a las normas de Derecho Interno que se contemplen.

Un punto que esta norma no explica es la manera formal en que se producirá la privación de la propiedad, lo cual llevará a concluir que, de nuevo, se tratará de un asunto que cada Estado podrá regular de manera soberana, aunque se encuentra en la necesidad de prever que tal privación no sea efectuada de manera arbitraria.

§ 2. LA TUTELA DE LA PROPIEDAD ANTE EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

²³¹⁵ ORAÁ/GÓMEZ (1997), p. 59.

²³¹⁶ GOBIERNO DE GUATEMALA / COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (2011 a), p. 29.

²³¹⁷ GOBIERNO DE GUATEMALA / COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (2011 a), p. 29.

²³¹⁸ ORAÁ/GÓMEZ (1997), pp. 59-60.

²³¹⁹ En este sentido, se ha sostenido que la propiedad colectiva puede ser de dos tipos: “el caso de que un grupo de personas sean las propietarias (como en una cooperativa), o que sea el Estado el propietario (el conjunto de los ciudadanos) y podría incluir desde vehículos hasta bancos” (GOBIERNO DE GUATEMALA / COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, 2011 a, p. 29).

Otro instrumento internacional que debe ser analizado consiste del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³²⁰. Conforme se observará, en el mismo no existe un reconocimiento explícito de la propiedad (2.1.), lo cual ha obligado a su determinación por vía indirecta (2.2.).

2.1. Ausencia de una alusión directa a la propiedad

Una mirada hacia las normas que se establecen en el Pacto, arroja que el derecho de propiedad no constituye un asunto que sea objeto directo de atención²³²¹, lo cual constituye una novedad, si la comparamos con los estándares mínimos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta ausencia se justificaría por la falta de un efectivo consenso entre las potencias internacionales occidentales y orientales, las cuales manifiestan una abierta contraposición en la noción y calificación de la propiedad en cuanto derecho individual²³²².

2.2. Incorporación implícita del derecho de propiedad

La única clase de alusión que se puede relacionar con el reconocimiento del derecho de propiedad, se encuentra en su art. 16, el cual indica que “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

La noción “personalidad jurídica” no ha sido descrita por la norma en cuanto a su significado. Los autores que han tratado el tema suelen explicarlo en relación al reconocimiento que se debe hacer de la calidad de “sujeto de derecho”, y que se entienden como “*todos los seres que el ordenamiento jurídico considera capaces de tener derechos y obligaciones*”²³²³, y en virtud de este concepto, el derecho reconoce como persona a los seres humanos, sino también otros seres, de carácter inmaterial y espiritual (*corpus mysticum*), que consisten en general del “conjunto de hombres o de bienes jurídicamente organizados y elevados por dicho ordenamiento a la categoría de sujetos de derecho”²³²⁴.

Aplicando estos conceptos a los seres humanos, el reconocimiento de la personalidad jurídica implica que toda persona, por el solo hecho de ser tal, tiene derecho al pleno reconocimiento de su calidad de sujeto de derecho, es decir, titular de derechos y obligaciones, y que podrá ejercitar en principio por sí mismo, o a través de su representante legal. Podrá intervenir en el tráfico jurídico, adquirir y disponer de sus bienes por este medio²³²⁵, los cuales podrá incorporar válidamente a su patrimonio, y el derecho asegurará

²³²⁰ Una síntesis del proceso de elaboración del Pacto puede consultarse en BARRENA (2012), pp. 17-21.

²³²¹ CEA (2012), núm. 473, p. 564; CALDAS (2016), núm. 4, p. 2.

²³²² ORAÁ/GÓMEZ (1997), p. 60.

²³²³ ALESSANDRI *et alt* (1998), núm. 792, p. 497.

²³²⁴ ALESSANDRI *et alt* (1998), núm. 792, p. 497.

²³²⁵ GOBIERNO DE GUATEMALA / COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (2011 b), p. 29.

la defensa de dicho patrimonio frente a actos que signifiquen su privación, perturbación e incluso su amenaza.

El dominio constituye una forma a través de la cual las personas podrán adquirir la titularidad de los bienes que vayan adquiriendo durante su circulación, y podrán ejercitar respecto de ellos la plenitud de sus facultades. Por ello, a través del reconocimiento de su personalidad jurídica, indirectamente se persigue el reconocimiento y defensa que toda persona merece de su derecho de propiedad²³²⁶.

§ 3. LA TUTELA DE LA PROPIEDAD ANTE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Para cerrar con el elenco de normas internacionales previstas en materia del derecho de propiedad, se tratará sobre la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ésta habla del “*Derecho a la Propiedad Privada*” en su art. 21, que indica:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

“2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

“3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

En términos generales, la formación de esta norma se vio afecta a los mismos inconvenientes evidenciados para la formación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según se constata en las actas de las sesiones que desembocaron en su formación²³²⁷.

²³²⁶ GOBIERNO DE GUATEMALA / COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (2011 b), p. 29.

²³²⁷ Conforme se discutió en la CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, en 1969: “*La discusión de este artículo, que consagra el derecho a la propiedad privada, fue tal vez uno de los más extensamente debatidos en el seno de la Comisión. Las delegaciones manifestaron, desde el primer momento, la existencia de tres corrientes ideológicas que podrían resumirse en esta forma: una tendencia a suprimir del texto del proyecto toda referencia al derecho de propiedad, a semejanza del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; otra tendencia a consagrar el texto del proyecto tal y como fue presentado, y una tercera posición conciliadora, que reforzará la función social de la propiedad. // “Después de un prolongado cambio de opiniones sobre este apasionante tema, prevaleció el criterio mayoritario de incorporar el derecho de propiedad en el texto de la Convención tal como aparece en el proyecto, agregando al primero de sus dos párrafos la expresión de que, tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre serán prohibidas por la ley”.* OEA/Ser.K/XVI/1.2. CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José, Costa Rica.

Estas tensiones ideológicas arrojaron como resultado una norma que pareciera adoptar un criterio transaccional; por una parte, se reconoce como un derecho fundamental, pero ello sólo se conseguiría a través de su consagración como un derecho fuertemente relativizado por sus limitaciones²³²⁸.

3.1. Contenido esencial del dominio

El apartado 1 de la norma viene en establecer el contenido del derecho que es tutelado por la Convención.

Como primera observación, la norma no distingue la naturaleza de los bienes que serán protegidos en virtud de esta norma, motivo por el cual se puede afirmar que comprenderá toda clase de bienes, sean corporales o incorporales, sean muebles o inmuebles. Así, ha resuelto la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, por ejemplo, a propósito del “*Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*”:

“Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”²³²⁹.

En cuanto a la naturaleza de la propiedad, si bien refiere que se trata de un “derecho de propiedad”, luego su contenido queda únicamente reducido a ciertas facultades que emanan de éste, limitándolo a los derechos de *uso* y *goce*. En consecuencia, el apartado 1 de esta norma, al igual que en el contexto tradicional del derecho privado, entendía al dominio como una suma de ciertas facultades o potestades en el propietario.

Si esto es efectivo, se plantea un problema, cual consiste en que la norma no entiende incorporada dentro de estas potestades a la de disposición. Preliminarmente podría sostenerse que la ausencia de su mención no generaría inconvenientes, si se considera que dentro del derecho interno de los Estados parte de la Convención se suele indicar esta facultad dentro de la definición de dominio, y que esta última no pretende innovar en este sentido. Asimismo, existen algunas sentencias en las cuales se ha sostenido que el art. 21 de la Convención protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otras cosas, “la posesión de los bienes”²³³⁰.

7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos. Informe del Relator de la Comisión I, JUAN ISAAC LOVATO, 19 de noviembre de 1969, p. 301, citado por CALDAS (2016), núm. 2, pp. 1-2.

²³²⁸ En un sentido similar, CALDAS (2016), núm. 5, p. 2.

²³²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 6 de febrero de 2001. “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N.º 74, § 122.

Una síntesis de la jurisprudencia de la Corte que se ha pronunciado en el mismo sentido, puede consultarse en ESPEJO/LEIVA, 2012, pp. 537-540.

²³³⁰ En este sentido se pronuncia la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 7 de septiembre de 2004. “Caso Tibi vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C

3.2. El interés social y la limitación de la propiedad

La norma declara que este derecho de propiedad puede verse “subordinado” a la observancia del “interés social”, el cual permitirá limitar el ejercicio de las facultades del dominio.

No recurre al concepto de “función social”, sino a uno más genérico, que de todos modos se relaciona con las limitaciones impuestas a la propiedad en el constitucionalismo contemporáneo. Por lo demás, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que esta noción se encuentra comprendida en el tenor del art. 21 de la Convención, según puede comprobarse en la resolución del “*Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*”:

“El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional”²³³¹.

Una observación que puede formularse en este punto es la diferencia que la Convención efectúa entre la “subordinación” de las facultades dominicales y la “privación” del dominio, en lo que dice relación con los estándares admisibles para autorizar cada una de ellas. Así,

N.º 114, §§ 217-221: “217. En el presente caso, el señor Tibi se hallaba en una posesión no controvertida de los bienes al momento de su detención. Dicha posesión fue documentada por un agente estatal cuando levantó la correspondiente acta (supra párr. 90.40). // “218. Es generalizada la admisión de que la posesión establece por sí sola una presunción de propiedad a favor del poseedor y, tratándose de bienes muebles, vale por título. Esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otras cosas, la posesión de los bienes. // “219. Por lo que toca al automóvil que conducía el señor Tibi cuando fue detenido, si bien se trata de un bien mueble registrable, este registro es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de un tercero que pretende tener algún derecho sobre el bien. En el presente caso no consta que persona alguna haya reclamado la propiedad del automóvil que se encontraba en poder del señor Tibi, por lo cual no debería presumirse que no le pertenecía dicho bien. En consecuencia, era procedente respetar la posesión que ejercía. // “220. En suma, los bienes incautados al señor Tibi, al momento de la detención, se encontraban bajo su uso y goce. Al no serle devueltos, se le privó de su derecho a la propiedad. El señor Tibi no estaba obligado a demostrar la preexistencia ni la propiedad de los bienes incautados para que estos le fueran devueltos. // “221. Es por ello que la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Daniel Tibi”.

2331

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 6 de mayo de 2008. “Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (Excepción Preliminar y Fondo)”. Serie C N.º. 179, § 60.

la primera sólo se justificaría por el “interés social”, mientras que el segundo se ampara tanto en esta fórmula, como también en la “utilidad pública”.

En todo caso, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS no toma en cuenta esta distinción, y ha autorizado que las limitaciones al dominio puedan justificarse por cualquiera de estas circunstancias, y sujetándolas al principio de reserva legal. Así se pronunció a propósito del Caso “*Cinco Pensionistas vs. Perú*”:

“Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”) sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”²³³².

3.3. La expropiación

En lo que dice relación con la privación del dominio, señala cuáles son los estándares que deberán ser observados por los Estados que sean parte de la Convención.

Parte formulando una mención general, donde indica que las personas no podrán ser privadas de “sus bienes”. A diferencia de lo que ocurre con los casos que hemos evaluado en la evolución constitucional chilena, nada se explica sobre si tal privación pudiera comprometer únicamente alguna de las facultades del dominio, o sólo el derecho de dominio; salvo que se entienda que se tratará de una cuestión que se resolverá por el derecho interno, teniendo a la vista que ésta regula los *casos* y las *formas* en que podrá tener lugar tal privación.

En cuanto a las condiciones de la expropiación, la norma no se encarga de expresar directamente que ella deba hacerse en virtud de una ley, sino que será la *ley* la que deberá regular los casos y las reglas en virtud de las cuales se autorizará la expropiación, lo cual

²³³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 28 de febrero de 2003. “Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 98, § 116.

Una síntesis de la jurisprudencia de la Corte en el mismo sentido, en ESPEJO/LEIVA, 2012, p. 542, n. 1423.

convierte a esta materia en una cuestión de reserva legal, e igualmente de derecho interno en este punto.

Lo que sí se encargó de consagrar explícitamente la Convención, dice relación con dos aspectos que parecieron indispensables. En primer lugar, se prevé que la privación del dominio sólo podrá ser autorizada en virtud del pago de una “indemnización justa”, que no menciona cuál será su contenido; no menciona directamente si deberá repararse todo tipo de perjuicio material, o si se incluye el resarcimiento del daño moral que emane de esta privación.

En segundo lugar, se contempla un estándar para la autorización de la expropiación. Ella deberá justificarse por dos razones principales; la *utilidad pública* y el *interés social*. Ambas categorías constituyen *conceptos jurídicos indeterminados*, de modo que se tratan de circunstancias que el legislador y el juez deberán evaluar en el caso concreto, dada la ausencia de una definición para ellas, y que en definitiva permiten flexibilizar la aplicación de una medida de expropiación, conforme al contexto social, cultural o económico que un Estado atraviese, pero que en ningún caso podrán ser utilizadas de manera arbitraria, dado que la ley deberá determinar cuándo tienen cabida estas circunstancias. Ellos son los que permiten explicar que la propiedad no importe una categoría absoluta, y que el interés individual deberá ceder, en ciertos escenarios, ante el bienestar social.

Conviene añadir que la noción “interés social” es nuevamente utilizada por la norma, de modo que ella cumple dos funciones; en primer lugar, autoriza la introducción de factores de limitación a los atributos de la propiedad, y en segundo lugar permitirá derechamente la privación del dominio.

3.4. Prohibición de la usura y la explotación del hombre

El apartado 3 del art. 21 de la Convención cierra con un elemento que no se encontraba contemplado en las demás normas internacionales que han sido abordadas, y mediante las cuales se procura evitar dos situaciones negativas; la *usura* y la *explotación humana*.

3.4.1. Prohibición de la usura

En lo que dice relación con la usura, se explica que ella deberá encontrarse prohibida por la ley. Se trata de una norma que genera un deber mínimo para los Estados, el cual consiste de dictar leyes que tiendan a evitar la configuración de esta conducta.

Cabe explicar que la usura, en el entendido de un pacto de intereses excesivos sobre aquel permitido por la ley, no constituye una cuestión directamente relacionada con el ejercicio de un derecho real, sino que importa una limitación de la autonomía de la voluntad²³³³, la cual se ha revisado que encuentra uno de sus límites en la ley.

²³³³ En este sentido, LABBÉ (2010), p. 197.

La ubicación de esta prohibición sólo podría estimarse justificada en el sentido de constituir una limitación a la propiedad sobre cosas incorporales, y que en este supuesto se traduce en la propiedad sobre el derecho personal de exigir intereses. Se entiende que los derechos personales no puedan ser ejercitados de manera arbitraria, y es por ello que pueda concluirse una alusión a la propiedad en este punto.

Dada su relación con la siguiente figura proscrita, se entiende no sólo que la usura significa un abierto ejercicio indebido del derecho de propiedad, sino también como una forma de “explotación del hombre por el hombre”. La explotación se verifica a través de la actividad particular, mediante las estipulaciones que éstas insertan en el contrato.

3.4.2. *Prohibición de la explotación humana*

Otro aspecto que resulta tratado por la norma consiste de la prohibición general de “*cualquiera forma de explotación del hombre por el hombre*”.

En cuanto a su justificación de su inserción, podría afirmarse que se trata más bien de una cuestión que pudiera emparentarse mejor con la tutela a la libertad personal o individual, pero se decidió tratar sobre esta prohibición a propósito del derecho de propiedad. Por otro lado, constituye una manifestación de las preocupaciones que en el sistema latinoamericano significó la *cuestión social*, y probablemente una forma de conciliar la consagración de este derecho fundamental con sistemas económicos centralmente planificados existentes en la época de su dictación, los cuales reiteran la proscripción de la explotación del trabajador, y que son aquellos que suelen contemplar explícitamente esta clase de disposiciones.

La explicación de esta inserción debería encontrarse en que el ejercicio de las facultades derivadas del dominio, especialmente entendidas que ellas importan la base de la actividad empresarial, pudiera significar una forma de explotación humana. Siendo así, deberá posicionarse esta norma entre aquellas formas de limitación del ejercicio del dominio.

En cuanto a las formas de explotación humana que resultan proscritas, la norma no formula distinción alguna. No sólo comprenderá escenarios de diferencias salariales, sino también deberá abarcar la necesidad de respeto al trabajador y al ser humano en general, evitar cualquiera forma de vulneración de la dignidad, la vida, la integridad física o psíquica de las personas, su integridad e indemnidad sexual, entre otras.

§ 4. UNA EVALUACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

A partir de la revisión de las normas internacionales aplicables en materia de propiedad, surgen una serie de aspectos comunes que se determinarán.

Por una parte, la propiedad es reconocida como un derecho humano, de aquellos que forman parte de la estructura básica de los “derechos civiles”.

También se aprecia que el reconocimiento del derecho de propiedad se verifica de dos maneras posibles. Por una parte, se consigue en forma indirecta, a través del reconocimiento general de la personalidad jurídica que corresponde a todo ser humano, siendo entonces la propiedad un elemento indispensable para el funcionamiento de dicha personalidad. La otra, ocurre a través de su tutela directa, reconociendo de manera explícito el derecho a la propiedad.

En cuanto a la clase de propiedad reconocida, la tendencia general pareciera ser la “propiedad privada”, entendida como una propiedad de carácter individual. Pero es posible advertir que la propia Declaración Universal de Derechos Humanos contempla el derecho a la “propiedad colectiva”, como una manera de evitar cualquiera clase de distinción, e incluso como una forma general de advertir que la propiedad colectiva no pertenece al Estado, sino más bien a los particulares.

En cuanto al concepto de propiedad, sólo se aprecia en la Convención Americana de Derechos Humanos una definición basada en las facultades concedidas al propietario, lo cual parece responder al modelo clásico de descripción de la propiedad, que se aprecia en las codificaciones decimonónicas.

En lo que respecta al rol que le corresponde al Estado en relación a este derecho de los particulares, es general la tendencia hacia la necesidad creada de limitar la intervención pública máxima, que consiste de la expropiación. Se tiende a contemplar una serie de estándares mínimos para que la privación del dominio pueda ser admitida, ya sea por vía de impedir una privación arbitraria, o que obedezca a intereses de carácter general y públicos. Asimismo, tal privación sólo se entenderá autorizada en la medida que se verifique con el pago de una indemnización, que deberá ser “justa”. Por último, se manifiesta que es la ley la llamada a determinar la regulación más precisa respecto de la expropiación, pero con sujeción a estos estándares generales.

Por último, como una referencia indirecta, la Convención Americana de Derechos Humanos aprovechó de establecer que el ejercicio del dominio no puede significar, en forma alguna, el consentimiento hacia formas de explotación del ser humano.

SECCIÓN 2: EL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Aunque el régimen de la propiedad y los distintos actos o hechos jurídicos que sobre ella recaen, son de dominio legal, han sido las constituciones las primeras normas llamadas a

dar cuenta de la protección de la propiedad, y ello, mucho antes que las codificaciones²³³⁴. Si, de hecho, revisamos los distintos textos constitucionales vigentes tanto durante el período independentista y republicano, llegaremos a la misma conclusión.

Una revisión a la propiedad conforme a la evolución constitucional chilena, arroja un parecido que suele apreciarse en el derecho comparado, en lo que dice relación a las tensiones presentes a la hora del reconocimiento y protección de la propiedad. En esta evolución es posible apreciar distintas metodologías, las cuales se ajustan a las inquietudes experimentadas en el desarrollo histórico, social, económico y dogmático, que serán analizadas en forma detallada.

Siendo así, abordaremos tres grandes etapas. La primera de ellas supone a la propiedad como un derecho absoluto e inviolable ante el Estado, la cual se extiende hasta la Constitución de 1833 (§ 1). La segunda, y que abarca la vigencia de la Constitución de 1925, supone a una propiedad atravesada por el concepto de la “función social” (§ 2). La tercera etapa viene dada por la construcción y vigencia de la Constitución Política de 1980 (§ 3). Cerraremos con algunas observaciones en torno a la tutela constitucional de la propiedad (§ 4).

§ 1. LA PROPIEDAD CONCEBIDA COMO UN DERECHO ABSOLUTO E INVOLABLE ANTE EL ESTADO

Las primeras obras normativas de jerarquía constitucional que se dio el Estado chileno se preocuparon del derecho de propiedad bajo su concepción liberal.

Esta influencia puede explicarse por los primeros antecedentes normativos disponibles en la materia, que tienen algún grado de manifestación en las normas constitucionales chilenas. Por una parte, se encuentra la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, de 12 de junio de 1776, en cuyo § I alude a que los hombre gozan de “*ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto*”, entre los cuales se encuentra “*el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad*”. La Declaración habla de “poseer” la propiedad, los cuales constituyen categorías jurídicamente diferentes entre sí, pero que sólo se explica si se entiende el concepto “poseer la propiedad” en el sentido de tutelar la conservación del dominio sobre los bienes, una vez que se han incorporado al patrimonio del particular.

En el ámbito europeo, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, elaborada en el contexto de la Revolución Francesa, contempló en su art. 17 que:

²³³⁴ Ríos (2010), núm. 8, p. 537.

“Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización”.

Tratándose de Francia, la explicación histórica de esta norma se explica en que los particulares debieron soportar durante el Antiguo Régimen “toda clase de atentados al derecho de propiedad”²³³⁵, los cuales se entendieron terminar en virtud de la regulación de la expropiación, la cual sólo se justificaba en causa de utilidad pública y el pago de una indemnización²³³⁶.

Con posterioridad, la tutela de la propiedad volvió a ser tratada en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) de los Estados Unidos de Norte América, del 3 de noviembre de 1791. En la Quinta Enmienda, se declaran dos aspectos sobre el tema. El primero de ellos consiste que a nadie “(...) se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”. El segundo supone que tampoco “se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

El resultado de estas normas, y la doctrina detrás de ellas, marcaron un referente en los procesos independentistas habidos en América del Sur durante el siglo XIX. Sirvieron también en la elaboración de los proyectos constitucionales, lo cual se refleja en algunos aspectos que, la evolución que se revisará a continuación, finalmente establecieron. En este sentido, se apreciará que en todos ellos se reconoce la propiedad como un derecho individual, que forma parte de la naturaleza humana, y que se eleva a una condición mínima de vida del ser humano. Asimismo, se identifica un principio de “inviolabilidad” de la propiedad, la cual incluso es considerada como un objeto “sagrado”, del cual nadie debería verse privado. También se evidencia que esta inviolabilidad se encuentra predicada respecto de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, en el sentido que crear una prohibición para el primero de privarla a los segundos. Por último, y reconociendo que esta circunstancia pudiere ser necesaria, se autoriza la expropiación, mas no en calidad de un derecho absoluto del Estado, dado que éste queda obligado a pagar una indemnización al particular, la cual debe satisfacer el estándar de ser un monto “justo”.

Este esquema de concepción dogmática alrededor del derecho de propiedad marcará la primera fase del constitucionalismo chileno, conforme se pretende demostrar en este punto.

Para demostrar esta afirmación, será necesario revisar la expresión del derecho de propiedad en el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818 (1.1.), la Constitución de 1822 (1.2.), y la de 1828 (1.3.)²³³⁷.

²³³⁵ JARA (1948), p. 104.

²³³⁶ JARA (1948), p. 104.

²³³⁷ Se hace presente que el análisis de la evolución del estatuto de propiedad en este período suele ser más bien escaso. En este sentido, la doctrina lo justifica porque “desde la perspectiva del derecho público, los antecedentes del actual artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980 se remontan a las Cartas de 1833 y de 1925” (NAVARRO, 2010, p. 517; NAVARRO, 2016, p. 165).

Cierra esta primera etapa, en su configuración más evidente, en la Constitución de 1833 (1.4.).

1.1. Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818

Respecto de este primer esfuerzo de texto constitucional, se destacan tres aspectos fundamentales. En primer lugar, la concepción asumida de la propiedad frente al Estado (1.1.1.). En segundo lugar, debe consultarse sobre la forma en que la propiedad es protegida frente a los particulares (1.1.2.). Finalmente, formularemos algunas observaciones que merece esta norma (1.1.3.).

1.1.1. *La propiedad es un derecho frente al Estado*

Su texto, publicado en 10 de agosto de 1818, sancionado y jurado solemnemente el 23 de octubre del mismo, disponía en el art. 9.º del Capítulo Primero, el cual se titulaba *De los derechos del hombre en sociedad*, el Título Primero (*De los Derechos y Deberes del hombre en sociedad*):

*“No puede el Estado privar á persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aún en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado á las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías é insultos”*²³³⁸.

La norma concibe la propiedad como un “derecho”, lo cual genera una relación inmediata con las concepciones tradicionales de la época, que concebían la propiedad como un “derecho civil” y que forma parte de las condiciones mínimas que deben respetarse por el hecho de ser humano y ciudadano.

Conforme a la descripción formulada, el derecho de propiedad se entiende que le pertenece “al hombre”, entendido este último como “ser humano”, dentro de aquellos derechos que tiene “el hombre en sociedad”. Considera que el origen de la propiedad, y la necesidad de su protección, se entienden justificados y necesarios como consecuencia del carácter social del ser humano. Parece comprender que la tutela de la propiedad sería innecesaria en un

Por otro lado, en GUERRERO (2018), p. 268, sólo se encuentra citada la norma, y formula la siguiente indicación general: *“El reconocimiento normativo del derecho de propiedad en el Chile independiente se realiza, primero, en sus textos constitucionales (desde 1818) y, luego, en su legislación civil (Código Civil vigente desde 1857). Previo a la promulgación del Código Civil, en materia de propiedad se seguían aplicando las normas del derecho indiano”* (GUERRERO, 2018, p. 266).

No existen alusiones a esta etapa constitucional en el estudio publicado por RÍOS (2010), el cual sólo toma en consideración las etapas constitucionales que se sucedieron a partir de la Constitución de 1833. En el mismo sentido podemos encontrar a CERDA (1988), pp. 158-184.

2338

Puede consultarse el texto en GUERRERO (2018), p. 268.

contexto de vida no social, en donde el ser humano podría libremente apropiarse de todos los objetos que existen en la realidad.

La propiedad debe ser defendida, bajo esta concepción, desde el momento en que el ser humano pretende adquirir bienes en un contexto social, es decir, la apropiabilidad de los bienes limitada por el hecho de existir otros seres humanos igualmente interesados en la apropiación de los bienes. Siendo así, la propiedad no es concebida como un “derecho comunitario”, sino en cuanto derecho que debe ser protegido frente a otros, una vez que se ha conseguido legítimamente la incorporación del bien en el patrimonio del particular.

Como se apreciará del texto, que es el primero en Chile en declarar la protección de la propiedad, tiene como función especial proteger al individuo ante el Estado. Atendido el tenor de la disposición, parece comprenderse una diferencia entre la propiedad y los objetos de ese derecho, puesto que la redacción habla, en forma separada, de “la propiedad” y “libre uso” que se hará “de sus bienes”.

Esta tutela comprende dos aspectos; al derecho de propiedad en sí mismo, pero también al “libre uso” que puede hacerse de los bienes sobre los cuales se ejerce la propiedad. Ello implica que el constituyente defiende explícitamente la propiedad en un sentido estático, en cuanto asegura la conservación del bien legítimamente adquirido dentro del patrimonio de su titular. Pero también se protege la propiedad en un sentido dinámico, dado que resulta igualmente protegido “el libre uso” de los bienes, lo cual implica un anuncio a la concepción “arbitraria” del ejercicio del dominio, conforme se consagrará años más adelante, en el Código Civil de 1855.

Al consagrarse la propiedad, curiosamente no lo hace en un sentido directo, en cuanto proclame que los ciudadanos gocen del “derecho de propiedad”. En lugar de eso, la concepción de la propiedad en cuanto derecho se asume por la forma en que se ha denominado sistemáticamente la ubicación de este artículo, lo cual se hace dentro de los llamados “derechos del hombre”. Por otro lado, la configuración de este derecho se hizo por vía de asegurar su defensa frente al Estado, a través de la determinación de las maneras en que este derecho puede ser privado. Ello implica que el reconocimiento de la propiedad se hace en un sentido negativo, es decir, que se entiende admitida la existencia del derecho por vía de restringir una determinada actividad que provocaría su extinción o supresión.

La principal situación de agresión de la propiedad se entiende que proviene del Estado. La norma constitucional no prohíbe que el Estado pueda privar al particular de su dominio; pero sí se ha encargado de señalar de qué forma podrá hacerse. Así, sostiene que la expropiación o limitación de la propiedad sólo podía tener como fundamento “la defensa de la Patria” y previo pago de una indemnización, cuyo “rateo” se debía calcular en proporción “a las facultades de cada individuo”.

Puede advertirse la consagración de un interés general que autoriza que el interés particular pueda resultar inicialmente comprometido, aunque en este punto pareciera atenderse a un concepto jurídico indeterminado (“defensa de la Patria”) que sólo pareciera comprometido

en situaciones de guerra o conflictos internos; no parece entenderse en el sentido que será proclamado más adelante por el constitucionalismo contemporáneo. No se contempla en parte alguna quién y cuándo se configurará esta necesidad, lo cual implica un riesgo de calificación arbitraria, al no señalarse expresamente quién es la autoridad llamada a determinar esta circunstancia fáctica.

Se destaca que el monto del “rateo” no toma en consideración el valor del bien, sino “las facultades de cada individuo”. Esto implica que el criterio de pago sigue un modelo de proporcionalidad que se concentra en una forma de justicia distributiva, sin acudir a un valor determinado de manera objetiva y previa a la expropiación.

Por otro lado, tampoco ha permitido que la expropiación tenga lugar a través de “tropelías e insultos”, lo cual implica, sin decirlo, que la expropiación debe hacerse bajo ciertas condiciones mínimas que respeten la dignidad humana; esta última exige que el particular no sea desprovisto de su propiedad en forma violenta e irrespetuosa.

1.1.2. *La protección de la propiedad frente a los particulares*

A diferencia de la atención de la propiedad ante el Estado, parece omitirse la situación de ataques a la propiedad cometidos por los particulares. Esta omisión, bajo una interpretación literal, podría significar que el constituyente asumía que los particulares respetan siempre la propiedad entre sí. Tal lectura resulta improcedente e inocente; es más frecuente la perturbación y privación ilegítima de la propiedad por los particulares que del propio Estado. Por tanto, debe analizarse el fundamento de esta omisión., lo cual conduce a algunas posibilidades.

La primera opción, supone que todo lo relativo a la defensa de la propiedad frente a su desconocimiento por los particulares, sería un asunto propio del derecho privado. Esta concepción se ajustaría más bien a un modelo de técnica constitucional que considera que el objeto de este nivel de normas es solamente regular de manera inmediata el ejercicio del poder del Estado. Ello implicaría entender la Constitución sólo en cuanto un “cuerpo político”, carente de importancia para la regulación de las actividades de los particulares entre sí. Por lo demás, esta clase de interpretación se confirmaría con el hecho que sólo el constitucionalismo moderno es el que aportaría las bases para la incorporación de mecanismos procesales de jerarquía constitucional específicas para la protección de otros derechos distintos de la libertad personal²³³⁹.

La segunda explicación consiste en que el respeto a la propiedad ajena se encuentra implícito en dos deberes que son consagrados en dicho texto constitucional. Así se puede colegir del Capítulo II (*De los deberes del hombre social*) del Título Primero de dicho

²³³⁹

Esta afirmación se hace en el entendido que la primera gran fórmula clásica de protección de un derecho fundamental consistió del *habeas corpus*, con el cual se pretendía proteger a los particulares en su libertad individual, frente a cualquiera conducta del Estado tendiente a privarla de manera ilegítima.

cuerpo constitucional, en tres artículos. El Art. 1.º consagra la conocida sumisión del individuo a la Constitución vigente:

“Todo hombre en sociedad, para afianzar sus derechos y fortuna, debe una completa sumisión á la Constitución del Estado, á sus estatutos y leyes, haciendo lo que ellos prescriben, y huyendo de lo que prohíben”.

En segundo lugar, el art. 4.º consagraba la máxima del individualismo clásico:

“Está obligado á dirigir sus acciones respecto de los demás hombres, por aquel principio moral: No hagas á otro lo que no quieras que hagan contigo”.

Por último, el art. 5.º, según el cual:

“Todo individuo que se glorie de verdadero patriota, debe llenar las obligaciones que tiene para con Dios y los hombres, siendo virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de familia, buen hijo, buen amigo, buen soldado, obediente á la ley y funcionario fiel, desinteresado y celoso”.

En virtud de estas circunstancias, si se entiende que la propiedad es un derecho individual, del cual gozan todos los seres humanos, y que estos últimos deben respetarse mutuamente, vemos como resultado lógico que ningún particular podría entenderse autorizado para lesionar la propiedad ajena. Si se pretende exigir el respeto de lo propio, la persona deberá aceptar que lo ajeno también es el objeto del mismo e igual respeto.

1.1.3. *Algunas observaciones*

Estas normas dan cuenta de dos parámetros previstos para la protección y ejercicio de la propiedad. El primero, que es de carácter explícito, se refiere a la propiedad, aunque en un sentido de protección; el Estado no puede privar de manera ilegítima la propiedad de los particulares. El segundo es implícito; y es la necesidad de respetar la propiedad ajena, de modo que nuevamente el reconocimiento de la propiedad queda consagrado sólo como una consecuencia del respeto que el otro merece.

Dada la presencia de una forma de tutela explícita e implícita, conforme se ha propuesto, tal parece ser que la principal preocupación del constituyente en esta temprana época es que el Estado no cometa actos ilegítimos de privación de la propiedad, sin adoptar medidas que mitiguen la pérdida del derecho.

Por tanto, la indemnización comienza a ser considerada como la principal forma de garantía de los derechos del ciudadano frente al Estado.

1.2. Constitución Política del Estado de Chile de 1822

1.2.1. *La naturaleza de la propiedad*

El texto sancionado y promulgado en 30 de octubre de 1822, estableció dentro del Capítulo II (*Facultades y límites del Poder Ejecutivo*) del Título V (*Del Poder Ejecutivo*), la siguiente limitación:

“A nadie se le privará de sus posesiones y propiedades; y cuando algún caso raro de utilidad ó necesidad común lo exija, será indemnizado el valor, á justa tasación de hombres buenos” (art. 115).

Desde el punto de vista de su técnica, a diferencia del texto de 1818, el de 1822 no consagra un acápite especial para referirse a los derechos constitucionales, los cuales se encuentran dispersos y referidos como limitación a las facultades de los Poderes del Estado. No existe una calificación hacia la propiedad como un “derecho”, a diferencia de lo que ocurría con el texto anteriormente revisado. Como la consagración de la propiedad como un derecho no es directa, la única forma de asumir su existencia es a través de leer la norma en un sentido negativo, es decir, de que la razón por la cual la Constitución prefiere limitar la privación del dominio por parte del Estado, sea porque se la entienda mediatamente como un “derecho” del cual gozan los particulares.

Desde esta óptica, los derechos de los ciudadanos, en el entendido que existan en la estructura del constituyente, se conciben bajo una naturaleza de ser mecanismos de limitación al ejercicio de la autoridad, lo cual se refuerza por la ubicación sistemática admitida en el texto constitucional. Como ha podido leerse, ella señala que “*el Poder Ejecutivo*” goza de ciertas *facultades*, que en este supuesto consistirá de privar del dominio a los particulares, pero que se trata de un poder sujeto a ciertas *limitaciones*.

En cuanto al contenido del “derecho”, se declara por la norma que ésta abarca “sus propiedades” y “sus posesiones”. Al hablar en plural, pareciera confundir el bien con el derecho que recae sobre dicho objeto. Siendo así, la norma de 1822 se aparta de la de 1818, volviendo de esta manera a una forma más romanista de la concepción del dominio. Nada menciona respecto de la tutela al libre ejercicio del dominio., lo cual implica una concepción más bien estática respecto de la propiedad.

1.2.2. *El foco de atención*

Nuevamente la principal preocupación del constituyente es el ejercicio de la expropiación, la cual parece considerarse la única clase de agresión susceptible de especial protección por parte del constituyente, omitiendo de esta manera cualquiera clase de alusión hacia la afectación del dominio por los particulares.

El constituyente de la época asume que la principal garantía del particular frente al Estado consiste de su derecho de obtener una “indemnización”, concepto que se emplea por primera vez en forma manifiesta, lo cual implica el reconocimiento de una situación de “daño” que sufre el propietario al quedar privado de sus bienes a través de esta vía.

El supuesto de hecho que justifica la expropiación ha cambiado, en comparación con el texto constitucional de 1818. Ahora es consagrado que la privación del dominio o las posesiones del particular tendrán lugar sólo en virtud de “*la utilidad y necesidad común serán calificadas por los dos Supremos Poderes, Legislativo y Ejecutivo, y por el Tribunal Supremo de Justicia*” (art. 116). Por primera vez se introduce como presupuesto que el interés general que se invoque por el Estado para autorizar la expropiación sea objeto de una calificación, la cual consistirá de la “utilidad” o “necesidad” que deberá ser “común”²³⁴⁰. Asimismo, se contempla que la calificación de estas circunstancias compromete a la totalidad de sus órganos. Esta triple intervención puede explicarse en el sentido que el Ejecutivo se encuentra autorizado para determinar la clase de bienes que serán expropiados, mientras que el Legislador podrá determinar por vía legal el mismo tipo de supuesto, y finalmente existe una intervención del Poder Judicial. Respecto de este último caso, se asigna al “Tribunal Supremo de Justicia”, y no a cualquiera clase de tribunal ordinario o especial, la calificación del interés comprometido, especialmente en el supuesto que el particular cuestione su configuración.

Se insiste en la necesidad de indemnizar al expropiado, cuyo monto queda sujeto “á justa tasación de hombres buenos”, y no según las facultades de cada individuo, como lo hacía el Proyecto de 1818. Se trata de una alusión eventual al cálculo de la indemnización por vía de un peritaje obligatorio. Sin embargo, nada se explica respecto de la forma en que se determinará la suma que deberá pagarse al propietario, de modo que la legitimidad de la indemnización se traduce sólo en el hecho que los peritos que la determinen se caractericen por cumplir con el estándar de ser “hombres buenos”, lo cual pareciera una alusión a su imparcialidad e independencia de criterio y juicio.

1.2.3. *Algunas perspectivas*

A diferencia de lo ocurrido en el Proyecto de 1818, el texto de 1822 abandona cualquiera clase de referencia al respeto de la propiedad entre los particulares, conformándose únicamente de proteger en forma especial a los particulares frente a la expropiación, lo cual parece explicarse que la tutela de los privados ante sus semejantes sería un asunto más bien propio del derecho privado.

El resultado de este análisis conduce a considerar la Constitución de 1822 como un cuerpo puramente de control político, en donde los derechos de los ciudadanos no son respetados en cuanto realidades directamente reconocidas, sino a través de situarlas en una relación con el Estado, a fin de servir de medios de control de su actividad.

²³⁴⁰

En forma más tardía, algunos autores sostuvieron que el cambio del concepto empleado para declarar la admisibilidad de la expropiación fue deliberado. La premisa de “necesidad pública” se encontraba establecida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 17). Luego, esta calidad fue alterada por la noción de propiedad contemplada en el Código Civil de Francia, que en su art. 545 preveía que una de las limitaciones al dominio se encontraba en la “utilidad pública”.

En este contexto, se sostiene que la noción “utilidad” era menos exigente que la de “necesidad”, lo cual trajo como resultado que “se facilitó la realización de las expropiaciones, pues se hizo menor la exigencia”. En este sentido, JARA (1948), p. 104.

Esta clase de metodología adoptada permitiría explicar la crítica de los pensadores liberales de la época frente a una autoridad que se hacía sospechosa de su corte “dictatorial”, a pesar de que se trataría de una autoridad elevada a un ente sujeto a diversas clases de limitaciones en su actividad, y dentro de esas limitaciones se encontrarían los derechos de los ciudadanos.

Por lo demás, la renuncia del Director Supremo don BERNARDO O’HIGGINS será posterior a la dictación de esta Constitución, y se estima que su dictación habría sido uno de los motivos que condujo a su caída definitiva, y al reemplazo del texto fundamental por uno de corte más bien liberal, según quedará de manifiesto a continuación.

1.3. Constitución Política de la República de Chile de 1828

1.3.1. Reconocimiento de la propiedad

El nuevo ordenamiento constitucional, promulgado en 8 de agosto de 1828, establece un Capítulo III dedicado a los *Derechos individuales*. En el art. 10 se dispone:

*“La nación asegura á todo hombre, como derechos imprescriptibles é inviolables, su libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones”*²³⁴¹.

El primer elemento característico de esta Constitución consiste del reconocimiento explícito y sistemático de un conjunto de “derechos”. En este punto, la Constitución de 1828 quiso abiertamente separarse del texto de 1822, que nada aludían en forma directa en relación a los derechos fundamentales.

Los derechos reconocidos por la Constitución en este punto tenían la naturaleza propia de ser “individuales”. Como tales, se tratan de derechos que emanan de la propia naturaleza del sujeto, y no del hecho de vivir el ser humano en sociedad. También podemos comprender este catálogo de derechos en oposición a aquellos que se denominarían “políticos”, en el entendido que los primeros no tienen como propósito determinar quiénes serán las autoridades que, en nombre de la Nación, ejercerán la soberanía.

Los derechos individuales quedan investidos de ciertas características indispensables, y que se han traducido en ser *imprescriptibles* e *inviables*. Ambas categorías forman parte de aquellos atributos clásicos asignados por el liberalismo a los derechos fundamentales; en el sentido que no se agotan por el mero transcurso del tiempo, ni admiten su vulneración por parte del Estado o los particulares.

Otro elemento que se aprecia en la norma es la consagración de un catálogo cerrado de derechos individuales. Se declara que los derechos que se encuentran asegurados consisten

²³⁴¹ Puede consultarse el texto en GUERRERO (2018), p. 269.

de la “libertad”, que debemos entender se refiere a la individual; la “seguridad”; la “propiedad”; “el derecho de petición”; y “la facultad de publicar sus opiniones”.

Del mismo modo que se sostenía la cara liberal a la hora de la caracterización de los derechos, aquí nuevamente se aprecia tal circunstancia, dados los tipos que fueron incorporados, y que forman parte de los reconocidos “derechos civiles”.

1.3.2. Consagración de una tutela plena de la propiedad

En cuanto a los ataques a la propiedad, dicha Constitución ordenaba en su art. 17:

*“Ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, ó de aquellos á que tiene legítimo derecho, ni de una parte de ellos por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial. Cuando el servicio público exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, é indemnizado de los perjuicios en caso de retenérsele”*²³⁴².

En este punto, se destaca que esta norma constitucional fue una de las primeras en la evolución nacional que consagró la participación de los tribunales de justicia en un procedimiento expropiatorio²³⁴³.

La afectación de los derechos constitucionales, ora de origen público o privado, constituía un delito que debía ser sancionado por una ley especial, según expresa el art. 20:

“La ley declara culpable á todo individuo ó corporación que viole cualesquiera de los derechos mencionados en este capítulo. Las leyes determinarán las penas correspondientes á semejantes atentados”.

En este caso, ya el constituyente amplía el campo de protección, considerando que la propiedad podía ser objeto de ataques no sólo del Estado –ante lo cual se encarga de reglamentar la expropiación-, sino que también de los particulares. Para reforzar dicha garantía, establece como delito la violación de los derechos constitucionales.

1.4. Constitución Política de la República de Chile de 1833

1.4.1. Norma aplicable

En cuanto a la consagración del derecho de propiedad, la Constitución de 1833 trataba sobre la materia en su Capítulo V, denominado “Derecho público de Chile”. Decía el N.º 5.º del art. 12:

“La Constitución asegura á todos los habitantes de la República:

²³⁴² Puede consultarse el texto en GUERRERO (2018), p. 269.

²³⁴³ GUERRERO (2018), p. 269.

“5.º La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan á particulares ó comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, ó del derecho que á ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso ó enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, se avaluare á juicio de hombres buenos”²³⁴⁴.

1.4.2. Contenido descriptivo

Esta norma contiene la estructura básica, destacando que lo que resulta tutelado en ella es su “inviolabilidad”. Esto supone que la propiedad es concebida como una calidad que no admite, en principio, vulneraciones de ninguna naturaleza. Aquí sí se encuentra contemplada una perspectiva absoluta acerca de la noción de propiedad, la cual es estimada como un “principio absoluto”²³⁴⁵ o un “derecho sagrado”²³⁴⁶, donde no distingue entre el derecho de propiedad propiamente tal y los bienes que son objeto del derecho²³⁴⁷. Su establecimiento se considera como “base fundamental de la vida jurídica, política y económica”²³⁴⁸, e incluso que las garantías contempladas en el estatuto constitucional

“cimentaron la prosperidad interior y han promovido eficazmente la colaboración del esfuerzo y del capital internacional a la obra de nuestro progreso”²³⁴⁹.

Por otro lado, la tutela del derecho de propiedad se efectuaba en un sentido de igualdad, dado que declaraba que la inviolabilidad tenía lugar “*sin distinción de las que pertenezcan á particulares ó comunidades*”. Conforme explica la doctrina, esta protección tenía lugar sea que el propietario consistiera de una persona natural (“particulares”), como también las “comunidades”. Empero, se explica que en este último caso se aludía más bien a las órdenes religiosas de eclesiásticos regulares²³⁵⁰, no a las propiedades de las corporaciones de derecho privado, ni a las sociedades²³⁵¹.

La tutela asegurada a la propiedad en este punto sólo se concentra en una mirada vertical, en lo que respecta a las relaciones del Estado respecto de los particulares, y en un sentido negativo, lo cual se traduce en que se consagró por la norma una prohibición general de infringir o quebrantar de cualquier modo el derecho de propiedad²³⁵².

2344 Puede consultarse el texto en GUERRERO (2018), p. 270.

2345 CERDA (1988), p. 158.

2346 HUNEEUS (1933), p. 86.

2347 CERDA (1988), p. 158.

2348 HUNEEUS (1933), p. 86.

2349 HUNEEUS (1933), p. 86.

2350 HUNEEUS (1933), p. 85, con precisión que esta medida significó el restablecimiento del dominio de sus bienes, los cuales habían perdido en virtud de la expropiación que sufrieron en 1824; CERDA (1988), p. 158.

2351 CERDA (1988), p. 158.

2352 CERDA (1988), p. 158.

En virtud de la norma, se manifiesta que el objeto de atención del constituyente atiende a la necesidad de regular y controlar la actividad del Estado, en lo que respecta a los mecanismos tendientes a privar²³⁵³ a una persona de sus bienes, de alguna parte de estos bienes, o del derecho que tuviere sobre esos bienes²³⁵⁴. Para ello, dispuso que tal privación sólo pudiese verificarse mediante sentencia judicial²³⁵⁵, o a través de una ley dictada en virtud de la “utilidad” del Estado, previo pago de una indemnización²³⁵⁶ que será determinada “a juicio de hombres justos”²³⁵⁷, de modo que la privación de la propiedad sólo se completará una vez que la indemnización hubiere sido pagada.

1.4.3. *Una revisión general de la regulación de la propiedad durante el período constitucional 1818-1833*

Un recuento de estas normas lleva a la afirmación de que la propiedad es concebida como un derecho reconocido a las personas, en el sentido de consagrar un margen preliminar de inviolabilidad, lo cual justifica que hasta este punto no se introduzca ninguna otra clase de elemento de limitación de este derecho. La única clase de alusión a la posibilidad de afectarla tiene lugar sólo a través de la expropiación.

Esta expropiación puede tener lugar de dos maneras posibles; a través de una sentencia judicial, o mediante la dictación de una ley, la cual obedezca a conceptos jurídicos indeterminados como la *defensa de la Patria*, por *utilidad o necesidad común*, por el *servicio público*, o la *utilidad del Estado*, siendo este último concepto el que perdurará en las nuevas constituciones que se dictarán más adelante, lo cual traerá como consecuencia

²³⁵³ Algunos autores calificaron la “privación” del dominio como una forma de “limitación”, como es el caso de HUNEEUS (1933), p. 85. Este último parece distinguir dos clases de limitaciones a la propiedad; las “civiles”, que son regidas por el derecho privado y que no son objeto de interés por el derecho público, y las que emanan del derecho público, al encontrarse contenidas en la Constitución.

²³⁵⁴ GUERRERO (2018), pp. 270-271.

²³⁵⁵ En cuanto a la justificación de esta clase de fuente, HUNEEUS (1933), pp. 85-86, la funda en que ella “*es el árbitro que la legislación universal ha instituido para resolver toda controversia entre partes sobre propiedad o dominio como sobre cualquier otro derecho*”.

²³⁵⁶ HUNEEUS (1933), p. 85; CERDA (1988), p. 158.

²³⁵⁷ En relación a esta expresión, HUNEEUS (1933), p. 86, refería: “*Por ley de 14 de Agosto de 1838, se reglamentó el juicio de los hombres buenos; las expropiaciones para ferrocarriles se regularon por ley especial de 18 de Junio de 1857; y, finalmente, el Código de Procedimiento ha señalado en términos más generales las pautas de la expropiación*”.

La regulación del procedimiento de expropiación durante la vigencia de la Constitución de 1833 consistió del Decreto Ley de 14 de agosto de 1838, que fue Ley General de Expropiación hasta el 1 de marzo de 1903, momento a partir del cual entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil, el cual reglamentó la materia a continuación (JARA, 1948, p. 104).

Por otro lado, respecto del Decreto Ley de 18 de junio de 1857, que dictó una ley de carácter general para reglamentar las expropiaciones de terrenos destinados a la construcción de ferrocarriles, la doctrina sostuvo que tenía gran importancia porque, a pesar de su derogación en virtud del Código de Procedimiento Civil, “con frecuencia se la hace revivir por el legislador para darle aplicación, atendiendo a la expedición del procedimiento que contempla” (JARA, 1948, pp. 104-105).

que la adquisición del bien por parte del Estado no requerirá que sea “necesaria” para éste, “sino simplemente que exista dicha utilidad”²³⁵⁸.

Los énfasis, concebidos cada uno desde una variante más o menos genérica, se relacionan todos con la consideración a un interés que escapa al estrictamente individual, y por ello sobrepasa incluso al derecho de propiedad. Todavía no se alcanza la noción de “función social” de la propiedad, lo cual se explica por las tendencias dogmáticas todavía vigentes hasta finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Tal escenario ocurrirá de manera más explícita, e incluso radical, con la Constitución de 1925, que será analizada a continuación.

En lo que respecta a los mecanismos de protección de este derecho, ninguna de las Cartas Fundamentales que fueron consideradas contemplaba explícitamente un sistema de acciones de categoría constitucional, que pudiese ser inmediatamente oponible por el propietario lesionado. Este tipo de tutelas jurisdiccionales sólo podía encontrarse en las reglas generales, dentro de la órbita del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil.

La importancia de esta norma constitucional consiste en que el Código Civil de 1855 fue dictado y rigió durante la vigencia de esta Carta Fundamental. Esta circunstancia tendrá incidencia en cuanto a la naturaleza de los bienes que forman parte de la propiedad que serán tutelados en virtud de esta norma, y que se entendió en un sentido amplio²³⁵⁹, como asimismo el tratarse de la principal fuente de “limitaciones civiles” del dominio y del derecho mismo a la propiedad, y que son inseparables de su ejercicio, teniendo su origen tanto en la ley como en la convención de partes²³⁶⁰. Sin embargo, diversos aspectos de la tutela constitucional de la propiedad no encontraron su eco en el Código Civil, siendo uno de ellos la regulación de la expropiación, la cual prácticamente es una figura desconocida, salvo en algunas normas específicas (CCCh., art. 1960)²³⁶¹.

§ 2. LA PROPIEDAD Y LA FUNCIÓN SOCIAL.

LAS TENSIONES DETRÁS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE DE 1925

²³⁵⁸ JARA (1948), p. 104.

²³⁵⁹ GUZMÁN (1995), p. 236: “La expresión “todas las propiedades” que empleaba la Constitución de 1833 cubría, en efecto, también a la propiedad de las cosas incorporales. Aun cuando históricamente es probable que el constituyente de 1833 no las haya tenido en mente, desde un punto de vista dogmático es como decimos. La doctrina de las cosas incorporales y de su dominio no estaba consagrada en ningún texto de derecho (castellano, indiano o chileno) vigente en 1833, pero era aceptada comúnmente por los autores. Al entrar en vigencia el Código Civil en 1857, atendido lo dispuesto por su art. 583, ya no pudo haber duda de que también la especie de propiedad ahí tratada quedó bajo el alcance de la garantía”.

Cabe recordar que la Constitución de 1833 ya reconocía la propiedad industrial e intelectual, de modo que podría admitirse que la fórmula empleada era amplia. En este sentido, GUERRERO (2018), p. 272.

²³⁶⁰ HUNEEUS (1933), p. 85, destacando que ellas “no interesan directamente al derecho público”.

²³⁶¹ VARAS (1940), núm. 140, p. 222.

El derecho a la propiedad en la Constitución Política de 1925 se consagraría también, a propósito de su Capítulo III, denominado *Garantías Constitucionales*, en el art. 10 N.º 10.

Sin embargo, su redacción no se mantendría sin alteraciones, las cuales dan cuenta de las regulaciones dictadas en el área económica, y las fuertes tensiones derivadas del contexto histórico-político de la época.

Esta etapa es la que más reformas constitucionales se formulan respecto del estatuto de la propiedad privada, y que justificarán el estado actual en la Constitución de 1980. Se dividirá en cuatro etapas. La primera de ellas comprende la entrada en vigencia de la Constitución de 1925 (2.1.). La segunda etapa se abre con la reforma introducida por la Ley N.º 15.295 (2.2.). La tercera, comprende desde esta primera reforma constitucional y hasta la dictación de la Ley N.º 16.615 (2.3.). La cuarta y última de la propiedad en la Constitución de 1925, comprenderá hasta la dictación de la Ley N.º 17.450 (2.4.)²³⁶².

2.1. La primera versión de la norma

2.1.1. Cuestiones generales

Todo lo relativo a la propiedad se encontraba regulada en el art. 10 N.º 10.º, que disponía que:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

“La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

“Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

“El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

Esta redacción corresponde al texto originario, publicado el 18 de septiembre de 1925. Puede apreciarse de su redacción que la propiedad es reconocida en cuanto “derecho”, y que es asegurado por la Constitución a todos los habitantes de la República. Empero, este derecho es constatado en clave de asegurar su “inviolabilidad”, es decir, que toda persona tiene derecho a que no se lesione su derecho de dominio.

Desde un punto de vista histórico y dogmático, la discusión en torno al derecho de propiedad significó debatir, por primera vez en el constitucionalismo chileno, la posibilidad de no consagrar a ese nivel el derecho de propiedad. Es más, el derecho comparado a la

²³⁶²

La doctrina ha reconocido que la vigencia de la Constitución de 1925 en materia de propiedad, se divide temporalmente como consecuencia de las reformas introducidas al art. 10 N.º 10.º de la Carta, en los años 1963 (Ley N.º 15.295), 1967 (Ley N.º 16.615), y 1971 (Ley N.º 17.450). En este sentido, CERDA (1988), pp. 159-167; EVANS DE LA CUADRA, citado por FERMANDOIS (2010), p. 215.

época daba cuenta de tres clases de tendencias. La primera de ellas consistía de abolir la propiedad privada sobre los instrumentos y medios de producción, como fue lo que ocurrió en los casos de la U.R.S.S. y los Estados que formaron la “Europa del Este” durante la Guerra Fría. La segunda tendencia consistía de sustituir la naturaleza jurídica de la propiedad como un derecho individual, para convertirla en un derecho social. La tercera tiene un carácter intermedio, cual es la concepción de la propiedad como un derecho individual, pero sujeta a cumplir una función social que sirve de paliativo a los defectos que este modelo planteaba²³⁶³. Frente a estas perspectivas, la Constitución de 1925 optó por la tercera opción²³⁶⁴.

A diferencia del texto de 1833, que gracias a la vigencia del Código Civil pasaba a proteger también la propiedad sobre las cosas incorpóreas, la Constitución de 1925 tendría a la vista, en forma expresa, la idea de la propiedad sobre los derechos reales y personales²³⁶⁵. En este sentido, durante las sesiones de la Comisión Constituyente, el señor ROMUALDO SILVA CORTÉS formula la siguiente intervención:

“...consideró por partes los distintos elementos de ese precepto; el significado de la palabra “propiedades”; el concepto de dominio y de otros derechos reales o personales sobre una cosa, mueble o raíz, corporal o incorpórea; la necesidad de que la garantía constitucional se extienda a todas...”²³⁶⁶.

De esta manera, el texto constitucional originario de 1925 admitía de modo aún más explícito la propiedad sobre las cosas incorpóreas²³⁶⁷. Ello porque la “inviolabilidad” que allí establece se refiere, en primer término, a “todas las propiedades” y, además, ello lo hace “sin distinción alguna”²³⁶⁸, reforzando el estándar contemplado en este punto por la Constitución de 1833²³⁶⁹.

2.1.2. *Innovaciones*

Nuevamente el reconocimiento del derecho de dominio gira sobre la base de consagrar una inviolabilidad de la propiedad, de modo que la principal preocupación del constituyente se encuentra en la limitación de la actividad del legislador, limitando la órbita de las situaciones que pudieren significar la privación del dominio. Bajo esta estructura, la propiedad es calificada como un “derecho individual de libertad material”²³⁷⁰, y desde un

²³⁶³ BERNASCHINA (1951), núm. 311, pp. 511-512.

²³⁶⁴ BERNASCHINA (1951), núm. 311, p. 512.

²³⁶⁵ En este sentido: GUZMÁN (1995), p. 236.

²³⁶⁶ REPÚBLICA DE CHILE / MINISTERIO DEL INTERIOR (1925), p. 104.

²³⁶⁷ AMUNÁTEGUI (1950), p. 366; GUZMÁN (1995), p. 236.

²³⁶⁸ Cabe destacar que, en este punto, la principal extensión asignada al concepto “propiedad”, comprendió la intelectual y la industrial. La doctrina así lo afirmaba, según consta en AMUNÁTEGUI (1950), p. 360.

²³⁶⁹ CERDA (1988), p. 159.

²³⁷⁰ AMUNÁTEGUI (1950), p. 153, precisando que las libertades se pueden clasificar entre materiales e intelectuales, “atendiendo a los fines que persigue su ejercicio”. En un sentido similar, BERNASCHINA (1951), núm. 300, p. 493.

punto de vista histórico se revela que la Carta de 1925 se separa muy poco del texto de 1833²³⁷¹.

Pero la norma introdujo dos innovaciones en relación a la Constitución de 1833, las cuales merecen un análisis especial.

En primer lugar, precisa las condiciones en que podrá privarse a una persona de sus bienes²³⁷², una parte de ellos, o del derecho que tuviere sobre estos, indicando que podrá hacerse a través de una *sentencia judicial*²³⁷³ o de una *ley expropiatoria* que se dicte por razón de “utilidad pública”²³⁷⁴, concediéndose al propietario una indemnización, la cual debe pagarse antes que se tome la posesión material del bien expropiado²³⁷⁵, y que se entendía debía pagarse de contado y en dinero efectivo²³⁷⁶. Ambas eran calificadas como formas de “limitación” a la inviolabilidad de la propiedad²³⁷⁷.

En segundo término, la estructura de la norma permite identificar dos puntos esenciales. Por una parte, se mantiene en principio la intangibilidad del derecho de propiedad considerado como tal. Por otra, viene en autorizar algunas limitaciones que puede comprender su ejercicio, en relación a bienes determinados²³⁷⁸.

Conforme se aprecia de la norma, introduce por primera vez²³⁷⁹ una referencia hacia la admisión de mecanismos de limitación al derecho de propiedad –no de privación²³⁸⁰–, el cual era inicialmente declarado inviolable por el Estado. Se trata de una referencia que no se aprecia en ninguna de las Cartas Fundamentales previas, y constituye una idea que se mantendrá en el constitucionalismo chileno. A través de ella, se autoriza al legislador para

²³⁷¹ CERDA (1988), p. 160.

²³⁷² Bajo esta mención, y sin distinción alguna, cualquiera clase de bien es susceptible de expropiación. En este sentido, VARAS (1940), núm. 142, p. 223.

²³⁷³ El establecimiento de la “sentencia judicial” como causal de privación del dominio sirvió a la doctrina para justificar la constitucionalidad del remate judicial de bienes en pública subasta, en cumplimiento de sus obligaciones. Así se manifiesta AMUNÁTEGUI (1950), p. 366.

Por otro lado, parece relacionarla implícitamente con el art. 582 CCCh. cuando se funda este mecanismo “en el derecho ajeno”. En este sentido, y sin mencionar la norma, VARAS (1940), núm. 140, p. 220; AMUNÁTEGUI (1950), p. 366.

Cabe destacar que no todos los autores justificaban la inserción de la sentencia judicial en cuanto causal de privación del dominio de los bienes, debido a su carácter declarativo, como ocurre en el caso de quien es desposeído de un bien como consecuencia de acogerse la demanda de reivindicación. Este caso era recordado por VARAS (1940), núm. 143, pp. 224-225.

²³⁷⁴ No existiendo dudas en torno a que la expropiación podía autorizarse en virtud de una ley especial, la doctrina de la época discutía si la expropiación autorizada por una ley general podía ser suficiente. Por la afirmativa, CERDA (1988), p. 160.

²³⁷⁵ VARAS (1940), núm. 143, pp. 225-226, con cita de jurisprudencia judicial y de las Memorias del Consejo de Defensa Fiscal en el mismo sentido en n. 11, y núm. 144, p. 227; CERDA (1988), p. 160.

²³⁷⁶ En este sentido, VARAS (1940), núm. 144, p. 227; CERDA (1988), p. 160.

²³⁷⁷ VARAS (1940), núm. 140, p. 220; AMUNÁTEGUI (1950), p. 366; CERDA (1988), p. 159.

²³⁷⁸ CERDA (1988), p. 159.

²³⁷⁹ Destacan la novedad de esta incorporación, CERDA (1988), p. 160.

²³⁸⁰ Precizando que los elementos de limitación de la propiedad no significan privación ni del dominio ni de sus facultades inherentes, y que sólo comprometen su ejercicio, AMUNÁTEGUI (1950), p. 370.

la consagración de limitaciones y reglas que obedezcan a la necesidad de *mantener y fomentar el progreso* del “orden social”. La norma no alude a la noción “función social”, que se verá en las posteriores reformas, pero constituye la primera aproximación que se consagra a este nivel²³⁸¹. La ausencia de una alusión general a la misma significa que se concibe que las limitaciones a la propiedad permiten asegurar la *estabilidad de la sociedad o de la vida social*, y ello queda reflejado en el estándar al cual obedecen la posibilidad de introducir, por vía de ley²³⁸², ciertas “obligaciones o servidumbres de utilidad pública”, las cuales se entienden constituir en favor de los *intereses generales del Estado*, de la *salud de los ciudadanos* y de la *salubridad pública*²³⁸³. Estos estándares dan cuenta que el constituyente pareciera asumir que las principales preocupaciones derivadas de la propiedad apuntan a concebir un entorno social limpio, ordenado y apto para la vida humana; en suma, una concepción más bien “higiénica” de la propiedad.

Desde un punto de vista general, la consagración de estos mecanismos de limitación de la propiedad fueron muy debatidos en la Subcomisión de Reformas Constitucionales²³⁸⁴, debido a las diversas tendencias en que se comprendía la propiedad. Los constituyentes y la doctrina de la época vivían un fuerte proceso transicional, desde las corrientes liberalistas clásicas, hacia modelos de planificación estatal de la propiedad. De hecho, a partir de este momento comenzará a intensificarse el intervencionismo estatal en materia de propiedad, lo cual quedará en evidencia con las sucesivas reformas constitucionales habidas en torno a esta norma.

En relación con la idea anterior, debe acusarse que se trata del primer texto que establece los elementos esenciales de la regulación de la propiedad, lo cual significó que ello supondría una “constitucionalización” de dicho estatuto²³⁸⁵.

Al igual que en el período evaluado, tampoco se consagró por la Constitución algún mecanismo de tutela jurisdiccional de naturaleza y jerarquía constitucional. Tan sólo en el entendido que la expropiación hubiese sido dispuesta mediante una ley²³⁸⁶, y que dicha ley hubiese sido dictada sin observar los parámetros previstos en la Carta Fundamental, el

²³⁸¹ Entre los autores de derecho constitucional chileno, la expresión era conocida, según consta en AMUNÁTEGUI (1950), p. 369, BERNASCHINA (1951), núm. 311, p. 512.

Por el contrario, la doctrina civilista de la época no parecía reconocer esta función social en la norma constitucional, según se aprecia en VODANOVIC (1957), núm. 195, p. 150.

²³⁸² Se recordaba que las restricciones que se justificaban por estas circunstancias sólo podían ser introducidas a través de una ley. AMUNÁTEGUI (1950), p. 370.

²³⁸³ Se explica que los “intereses generales del Estado” era un concepto tan amplio, que las consideraciones de salud y salubridad quedaban comprendidas en ella. En este sentido, JOSÉ GUILLERMO GUERRA, citado por AMUNÁTEGUI (1950), p. 37; CERDA (1988), p. 161.

²³⁸⁴ AMUNÁTEGUI (1950), p. 370.

²³⁸⁵ GUERRERO (2018), p. 273.

²³⁸⁶ VODANOVIC (1957), núm. 195, p. 150.

La doctrina de la época discutía la constitucionalidad de una “ley general” que pudiera autorizar la expropiación. Una exposición sobre el estado del debate, aunque prefiriendo una respuesta negativa, en AMUNÁTEGUI (1950), pp. 367-369.

particular podía interponer el “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”²³⁸⁷, el cual precisamente fue generado con ocasión de la dictación de esta Constitución, y cuyo conocimiento correspondía a la Excma. Corte Suprema. Frente a una vulneración del derecho de propiedad cometida por un particular, sólo podía acudir al sistema de acciones previstas en el derecho común.

En cuanto al contenido establecido por la Constitución al derecho de propiedad, se ha manifestado que

“la realización de la doctrina que consagra nuestra Constitución puede ser de positiva utilidad para los fines económico-sociales de nuestra democracia”²³⁸⁸.

Esta clase de afirmaciones da cuenta de la mirada positiva bajo la cual se elaboró la Constitución de 1925, y especialmente la regulación del derecho fundamental.

2.2. Las modificaciones estructurales derivadas de la Reforma Agraria: Situación generada por la Ley N.º 15.295

2.2.1. Planteamiento

Sucesivas reformas en materia de propiedad se verificaron a la Constitución de 1925, y muy especialmente en el período comprendido entre los años 1963 y 1973.

Estas reformas tienen claramente una raigambre económica y política, que se relaciona con las tendencias presentes en la época. Esto se explica porque el estatuto constitucional de la propiedad tomó un papel importante en la segunda mitad del siglo XX, debido a los intentos de “implementación de visiones político-económicas”, las cuales promovieron dos aspectos: la distribución equitativa de la propiedad agrícola, la estatización de la propiedad de los factores de producción que se consideraron estratégicos para el interés nacional, como sucedió con la minería²³⁸⁹.

En todo este proceso, el Código Civil no sufrió modificación alguna, lo cual significa que las concepciones ideológicas y valóricas consagradas originalmente en el texto permanecieron vigentes. Todas las diferentes perspectivas políticas y económicas en torno a la propiedad fueron concebidas alrededor del mismo, y sin que se estimara necesaria su modificación para satisfacer los requerimientos constitucionales.

2.2.2. Reforma consagrada

²³⁸⁷ AMUNÁTEGUI (1950), p. 328.

²³⁸⁸ AMUNÁTEGUI (1950), p. 370.

²³⁸⁹ GUERRERO (2018), p. 273.

El primer esfuerzo de reestructuración del diseño institucional del derecho de propiedad, se verificó en virtud de la reforma constitucional que se introdujo con la Ley N.º 15.295, publicada en el Diario Oficial de 8 de octubre de 1963.

Esta modificación se verificó en los siguientes términos al art. 10 N.º 10.º:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

“La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

“Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El Juez podrá autorizar la toma de posesión material del bien expropiado, después de dictada la sentencia de primera instancia, cuando se trate de expropiaciones para obras públicas de urgente realización o de predios rústicos, y siempre que sólo se hubiere reclamado del monto de la indemnización y se dé previamente al dueño el total o la parte de ella a que se refiere el inciso siguiente, ordenadas en dicha sentencia

“Sin embargo, si con el objeto de propender a la conveniente división de la propiedad rústica se expropiaren, por causas de utilidad pública, predios rústicos abandonados, o que estén manifiestamente mal explotados y por debajo de las condiciones normales predominantes en la región para tierras de análogas posibilidades, deberá darse previamente al propietario el diez por ciento de la indemnización y el saldo en cuotas anuales iguales dentro de un plazo que no exceda de quince años, con el interés que fijará la ley.

“Esta forma de indemnización sólo podrá utilizarse en conformidad a la ley que permita reclamar de la expropiación ante un Tribunal Especial, cuya decisión sea apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva, y que establezca un sistema de reajuste anual del saldo de la indemnización, con el objeto de mantener su valor. No podrán iniciarse ni efectuarse nuevas expropiaciones indemnizables a plazo si existe retardo en el pago de los créditos provenientes de anteriores expropiaciones realizadas en conformidad al inciso anterior.

“En la Ley de Presupuesto se entenderá siempre consultado el ítem necesario para el servicio de dichos créditos, y sus cuotas vencidas servirán para extinguir toda clase de obligaciones a favor del Fisco. La Tesorería General de la República pagará las cuotas vencidas más reajuste e intereses contra la presentación del título correspondiente”

“El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

2.2.3. Innovaciones

Esta reforma supuso la consagración constitucional del proceso denominado “Reforma Agraria”, y que tuvo lugar bajo la presidencia de don JORGE ALESSANDRI RODRÍGUEZ, y que oficialmente partió con la dictación de la Ley N.º 15.020 (DO. 27.11.1962)²³⁹⁰. Por tanto, el objetivo de la reforma constitucional consistió de facilitar la implementación de la Reforma Agraria²³⁹¹, o, en forma más exacta, prevenir el cuestionamiento de su constitucionalidad.

²³⁹⁰ CERDA (1988), p. 162.

²³⁹¹ CERDA (1988), p. 162.

Esta primera etapa significó la introducción de reglas especiales en lo relativo al momento a partir del cual se puede tomar la posesión material de los inmuebles expropiados, y de la forma de cálculo de la indemnización.

Asimismo, se introdujo en forma explícita que el pago de la indemnización por expropiación pudiere sujetarse a un sistema diferido²³⁹², en que sólo una parte pequeña de esa suma se pagare al contado, y el resto en cuotas.

En forma específica, pretendió tratar sobre las expropiaciones autorizadas en el ámbito de bienes raíces rústicos, con explicitación de la forma de pago de la indemnización, su forma de cálculo, y el establecimiento de tribunales especiales llamados a conocer sobre el reclamo del monto decretado por este concepto. En esta primera etapa de la Reforma Agraria, se pretendía la expropiación de los inmuebles rústicos que sólo se encontraran abandonados o notoriamente mal explotados y por debajo de los niveles adecuados de productividad, en comparación con las condiciones económicas predominantes en la región, y respecto de tierras análogas²³⁹³.

Esta última circunstancia daba cuenta del recurso, en una norma constitucional, de un parámetro económico de eficiencia en la explotación de los recursos agrarios.

2.3. Efectos introducidos por la Ley N.º 16.615

2.3.1. Planteamiento

En lo que respecta a la segunda alteración al texto del art. 10 N.º 10 de la Constitución de 1925, se produjo en virtud de la Ley N.º 16.615, Reforma Constitucional, publicada en el Diario Oficial de 20 de enero de 1967. Mediante esta reforma, se sustituyó el N.º 10 del art. 10 de la Carta Fundamental, en los siguientes términos:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

“10.- El derecho de propiedad en sus diversas especies.

“La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

“Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

“Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de

²³⁹² CERDA (1988), p. 163.

²³⁹³ CERDA (1988), p. 162.

las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

“Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.

“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

“La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de indemnización”.

Las reformas que se introdujeron se caracterizan por su variedad y enorme complejidad, en comparación al estado que la evolución constitucional manifestaba hasta esa época, y que comprenden no sólo la expropiación, sino también las limitaciones a la propiedad.

Este marco era bajo el cual se organizaba la *Reforma Agraria*, y es por ello las constantes alusiones a los bienes raíces rústicos. Esta reforma perseguía el fortalecimiento de la actividad agrícola, por vía de la redistribución de la propiedad, con miras a alcanzar una mejor explotación y utilización de la propiedad rural, y así incentivar el progreso económico nacional.

En forma general, el texto se encuentra compuesto de una serie de conceptos jurídicos de una naturaleza “extremadamente vaga”, las cuales comprometen ciertos aspectos sensibles y de importancia en materia de limitaciones a la propiedad y la expropiación, tales como “utilidad pública”, “interés social”, “servicio de la colectividad”, o “interés de la comunidad nacional”, entre otras²³⁹⁴.

2.3.2. Innovaciones

La reforma constitucional de 1967 sustituye la consagración de la “inviolabilidad” de la propiedad por la del “derecho de propiedad”²³⁹⁵. Esta modificación significa poner fin a la concepción propia del iusnaturalismo racionalista en la concepción de la propiedad, la cual quedaba en una contradicción como consecuencia del texto original de la Constitución de 1925. Supuso también que se considera al dominio como un *derecho real*, no como la cosa misma como lo hacía el derecho romano, sino de una manera similar a la dinámica aceptada por el Código Civil.

²³⁹⁴ CERDA (1988), p. 165.

²³⁹⁵ CERDA (1988), p. 164.

Ahora bien, este “*derecho de propiedad*” es protegido “*en sus diversas especies*”, lo cual parece indiciario de que abarca la propiedad sobre las cosas incorporales. Este hallazgo se hace explícito en la preparación de la reforma, según destaca el Ministro de Justicia de la época y ex profesor de derecho civil, don PEDRO JESÚS RODRÍGUEZ, a propósito de la Sesión N.º 92 del Senado, de fecha 11 de abril de 1966, en las siguientes palabras:

“La referencia a las diversas especies de propiedades tiene por objeto preciso esclarecer que ninguna quede desprovista de esta garantía, ni aun aquellas que por no recaer sobre cosas corporales, como el artículo 582 del Código Civil lo establece en la definición del dominio, tienen por objeto bienes incorporales como los derechos personales, o intangibles como la propiedad literaria y otros análogos”.

La reforma constitucional no sólo modifica la estructura de la clase de bienes que gozan de la protección de su dominio, sino también se complejizó la esfera del principio de *reserva legal*, noción que se conservará incluso por la Constitución de 1980. Se contempló expresamente que todo lo relativo a la adquisición del dominio y el ejercicio de las facultades dominicales fuesen regulados sólo en virtud de una ley²³⁹⁶. Ello significó la imposibilidad de que normas de origen administrativo pudieran afectar el proceso de adquisición del dominio y su ejercicio. Asimismo, y en términos dogmáticos, significa que la Constitución asegura el *status quo* existente en cuanto a los títulos de dominio sobre los bienes, y la legitimidad de las adquisiciones que se han producido conforme a las reglas del derecho privado²³⁹⁷. Debido a lo dicho, la ley respetará la propiedad de los particulares y los derechos adquiridos por éstos, pero “sólo en la medida que el legislador, en cada caso, lo estime conveniente”²³⁹⁸.

Otro punto que se declaró que se encontraría dentro de la esfera de la reserva legal, se encuentra en la *fuerza formal y justificación de las obligaciones y limitaciones de la propiedad*. Para que ellas sean admisibles, no sólo bastará con la dictación de una ley, sino que también deberán asegurar “la función social” de la propiedad, concepto que se introduce por primera vez en forma explícita por el constitucionalismo chileno, la cual se define como aquella que “*comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes*”²³⁹⁹. La norma, según se aprecia de su comparación con el texto original, refleja la necesidad de una tutela mucho más amplia que una mera visión “higiénica” de la propiedad, que originalmente se concentraba más bien en la salubridad pública y la salud de los ciudadanos. Ahora, la preocupación constitucional apunta hacia un debido aprovechamiento de los recursos naturales, los cuales parecen sólo limitarse a las energías y fuentes, los cuales se entienden tienen una naturaleza estratégica para el progreso

²³⁹⁶ CERDA (1988), p. 164.

²³⁹⁷ ZURILLA (2012), p. 292.

²³⁹⁸ CERDA (1988), p. 164.

²³⁹⁹ En contra, CERDA (1988), p. 165. Este autor, citando la opinión de Guzmán Dinator, afirma que el texto sólo indica los elementos que la determinan.

y desarrollo de la actividad económica nacional. Y también se aprecia que la función social persigue que, a través de la propiedad, puedan mejorarse las condiciones de vida de las personas, y que en general implican la necesidad de una vida digna de las personas en una propiedad, de modo que el Derecho es concebido como un medio de superación de la persona, por lo menos desde el punto de vista material.

En relación con la función social de la propiedad, se explica por la reforma constitucional que no sólo se persigue asegurar dicha función, sino también deberá “*hacerla accesible a todos*”. Esto implica un esfuerzo por evitar la concentración de la propiedad, y que ésta pueda ser “accesible” a todos los habitantes de la República, idea que indirectamente pudiera ser la base posterior para la consagración de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que se terminó consagrando en la Constitución de 1980. Para la doctrina, esta alusión constituye la orientación fundamental que deberán tener las limitaciones y obligaciones que imponga el dominio²⁴⁰⁰.

Al igual que en la versión original de la norma, se contempla la facultad del Estado para expropiar, pero en el proceso de reforma se introdujeron importantes cambios en la materia. Así, la versión original de la norma, que autorizaba la expropiación no sólo de la propiedad, sino incluso de las facultades del dominio, en virtud de la Ley N.º 16.615 quedó limitada sólo a la privación “de su propiedad”, sin mayores precisiones. Otro cambio relevante se produce en materia de las fuentes de la expropiación, dada la eliminación de la sentencia judicial, reduciendo sólo a la ley los mecanismos que permitían autorizar la expropiación. También se incrementaron las causales de expropiación, dado que la versión original de la norma sólo aludía a la *causa de utilidad pública*, pero que ahora queda complementada con la noción del “*interés social*”.

En lo que dice relación con el derecho a la indemnización, la reforma retrocedió en la consagración explícita del derecho al pago previo de la indemnización como condición para el ejercicio de la facultad de expropiación, y ahora se concentra más bien en precisar que constituye un asunto de reserva legal lo relativo a dicha prestación, de modo que renuncia a la posibilidad de precisar cuestiones fundamentales como la ubicación temporal del pago de la indemnización, y que significaba que el legislador tendría plena libertad para establecer estas normas²⁴⁰¹. Por último, se introduce un sistema especial de cálculo, que pretende constituir una manifestación de un espíritu de conciliación entre los intereses privados de los expropiados, y el interés de la “colectividad” que se manifestaría en el acto de privación del dominio, concepto este último que se acusaba de autorizar al tribunal para formular una interpretación muy amplia, dado que no explica en qué consiste, y eventualmente pudiera diferir de los intereses del Fisco o del Gobierno²⁴⁰².

Una tendencia en la cual el constituyente profundizará más adelante, con una serie de consecuencias que subsistirán hasta el día de hoy, dice relación con el dominio de ciertos

²⁴⁰⁰ CERDA (1988), p. 164.

²⁴⁰¹ CERDA (1988), p. 165.

²⁴⁰² Formulaba estas dudas sobre su significado, CERDA (1988), p. 165.

bienes que resultan indispensables para la actividad económica, y que en la reforma introducida por la Ley N.º 16.615, consisten en la *propiedad inmueble rústica*, la pequeña *propiedad familiar rústica*, y las *aguas*. En cuanto a las primeras, el régimen de expropiación contemplado inicialmente por la Constitución de 1925 introdujo un tratamiento diferenciado, dado que determinó de manera específica el monto de la indemnización que deberá pagarse en caso de producirse la expropiación, además de autorizar el pago fraccionado de esa indemnización, mediante la habilitación de plazos extensos y sin tomar en consideración el grave problema presente en la época que consistiría en la inflación. Esta circunstancia parece dar cuenta de las orientaciones presentes en la época, las cuales necesitaban de una delimitación a fin de evitar pagos de sumas excesivas, y facilitar al Estado el proceso de expropiación en forma más recurrente, al ser más rentable el pago sólo del avalúo fiscal, en vez del comercial. Respecto de la segunda innovación, el constituyente dispuso que la vivienda familiar agrícola sólo podrá ser expropiada en virtud de una indemnización, la cual deberá pagarse en forma previa a la verificación de dicha expropiación. Se trata esta última de una circunstancia que no se encontraba explicitada para ninguno de los supuestos analizados hasta este momento, lo cual implicaba que el Estado podía dilatar incluso el pago de la indemnización, en perjuicio de los expropiados. Por último, el constituyente puso su atención también en la órbita de los recursos naturales, autorizando la expropiación de las aguas de dominio privado, de modo que no asume que las aguas interiores pertenezcan por sí al Estado.

En la misma línea anteriormente descrita, se aprecia una preocupación sobre y nuevamente tratando un punto sobre el cual el constituyente profundizará en los siguientes años, incluso con mayor radicalidad, y que sigue una línea básica de la intervención estatal en la actividad económica, e incluso en la propiedad privada individual. En cuanto a lo primero, autorizó que a través de una ley el Estado pudiera “*reservarse*” el dominio en forma exclusiva de los recursos naturales, e incluso de los bienes de producción, en la medida que la ley los declare “*de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país*”²⁴⁰³. Se explica que esta mención no habría significado novedad, debido a que estos recursos no forman parte del patrimonio privado, y que aquellos recursos que tuvieran dueño, se cumplirían las formalidades propias de la expropiación²⁴⁰⁴.

En lo que respecta a la propiedad particular, señala que el Estado queda habilitado para propender “la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar”, lo cual constituye una referencia general que autoriza nuevamente el intervencionismo estatal, y la planificación de la propiedad privada.

No existen innovaciones en materia de sistema de protección jurisdiccional del derecho de propiedad, distinto que no sea el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que tampoco es hábil, por sí solo, para generar consecuencias que permitan el restablecimiento del orden que supone la violación de la propiedad. Asimismo, parece consagrarse como

²⁴⁰³ Bajo esta mención, los bienes comprendidos consistían básicamente las sustancias mineras; petróleo o hierro, entre otros. En este sentido, CERDA (1988), p. 165.

²⁴⁰⁴ CERDA (1988), p. 165.

principio de que no puede haber privación del dominio sin expropiación, lo cual trae aparejado como consecuencia el derecho a indemnización²⁴⁰⁵.

En suma, la reforma constitucional significó una profundización de la intervención estatal, reservando al Estado un control directo en la planificación y distribución de la propiedad privada, como asimismo de los recursos naturales, e incluso de los bienes de producción. Estas medidas se verán profundizadas en la siguiente reforma constitucional, conforme la Ley N.º 17.450, que se analizará a continuación. Asimismo, la doctrina de la época ya comienza a manifestar sus primeros signos de rechazo a estas reformas; se afirmará que la eliminación del concepto de “inviolabilidad” y su reemplazo por la garantía general de la ley o reserva legal, afirmándose que con ello la garantía perdía jerarquía, “pues el legislador puede hacer y deshacer en la materia”²⁴⁰⁶. En rigor, esta crítica no es efectiva, dado que estas limitaciones se encontraban definidas por el legislador.

2.4. La profundización y radicalización: La reforma introducida por la Ley N.º 17.450

2.4.1. Planteamiento

Los últimos cambios que lograrán reflejar en la Constitución de 1925, pero que serán los cambios más profundos que experimentará la evolución constitucional, se encuentran en la Ley N.º 17.450, Reforma Constitucional, publicada en el Diario Oficial de 16 de Julio de 1971.

Esta reforma comprometió nuevamente el tenor del art. 10 N.º 10 de la Constitución, disponiendo ahora lo siguiente:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

“10.º El decreto de propiedad en sus diversas especies.

“La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

“Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá nacionalizar o reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

“La ley determinará qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso anterior, entre las cuales no podrán considerarse los hidrocarburos líquidos y gaseosos, podrán ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, la forma y resguardos del otorgamiento y disfrute de dichas concesiones, la materia sobre que recaerán, los derechos y obligaciones a que darán origen y

²⁴⁰⁵ En este sentido, CERDA (1988), p. 165.

²⁴⁰⁶ CERDA (1988), p. 165.

la actividad que los concesionarios deberán desarrollar en interés de la colectividad para merecer amparo y garantías legales. La concesión estará sujeta a extinción en caso de no cumplirse los requisitos fijados en la ley para mantenerla.

“La ley asegurará la protección de los derechos del concesionario y en especial de sus facultades de defenderlos frente a terceros y de usar, gozar y disponer de ellos por acto entre vivos o por causa de muerte, sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior. En aquellas cuestiones sobre otorgamiento, ejercicio o extinción de las concesiones que la ley entregue a la resolución de la autoridad administrativa, entre las cuales no podrán estar las que se refieren a la fijación de los requisitos de amparo, habrá siempre lugar a reclamo ante los tribunales ordinarios de justicia.

“Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

“Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior, a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.

“Cuando se trate de nacionalización de actividades o empresas mineras que la ley califique como Gran Minería, la nacionalización podrá comprender a ellas mismas, a derechos en ellas o a la totalidad o parte de sus bienes. La nacionalización podrá también extenderse a bienes de terceros, de cualquier clase, directa y necesariamente destinados a la normal explotación de dichas actividades o empresas. El monto de la indemnización o indemnizaciones, según los casos, podrá determinarse sobre la base del costo original de dichos bienes, deducidas las amortizaciones, depreciaciones, castigos y desvalorización por obsolescencia. También podrá deducirse del monto de la indemnización el todo o parte de las rentabilidades excesivas que hubieren obtenido las empresas nacionalizadas. La indemnización será pagada en dinero, a menos que el afectado acepte otra forma de pago, en un plazo no superior a treinta años y en las condiciones que la ley determine. El Estado podrá tomar posesión material de los bienes comprendidos en la nacionalización inmediatamente después que ésta entre en vigencia. El afectado sólo podrá hacer valer en contra del Estado, en cuanto se relacione con la nacionalización, el derecho a la indemnización regulada en la forma antes indicada. La ley podrá determinar que los socios o accionistas de las empresas nacionalizadas no tendrán otros derechos que hacer valer, sea en contra del Estado, sea recíprocamente entre ellos, que el de percibir la cuota o parte proporcional que les corresponda dentro de la indemnización que reciban las respectivas empresas. Asimismo, la ley podrá, en cuanto atañe al Estado, determinar qué terceros, exceptuados los trabajadores de la actividad o empresa nacionalizada, pueden hacer valer sus derechos sólo sobre la indemnización.

“La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

“La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de la indemnización.

“En los casos en que el Estado o sus organismos hayan celebrado o celebren con la debida autorización o aprobación de la ley, contratos o convenciones de cualquier clase en que se comprometan a mantener en favor de particulares determinados regímenes legales de excepción o

tratamientos administrativos especiales, éstos podrán ser modificados o extinguidos por la ley cuando lo exija el interés nacional.

“En casos calificados, cuando se produzca como consecuencia de la aplicación del inciso anterior, un perjuicio directo, actual y efectivo, la ley podrá disponer una compensación a los afectados”.

2.4.2. Algunas observaciones

Esta reforma constitucional se dictó con ocasión de la Nacionalización de la Gran Minería del cobre, de modo que ella no significa mayores modificaciones respecto del estándar general ya incorporado al art. 10 N.º 10 de la Constitución de 1925, salvo en la regulación del acto de *Nacionalización de las actividades o empresas mineras y especialmente de la Gran Minería*²⁴⁰⁷, como asimismo la supresión de los *contratos leyes*, los cuales la propia Constitución declara que el legislador se encuentra autorizado para modificarlos.

Esto implica que la profundización del intervencionismo estatal se producirá a través de la autorización no sólo de la expropiación, sino también de la Nacionalización. En esa misma línea se consagró en forma explícita que las minas constituyen bienes de propiedad del Estado, lo cual implicará una tendencia apreciable al día de hoy.

Por estas circunstancias, el constituyente en esta oportunidad se encuentra preocupado de la necesidad de que el Estado pueda adquirir el dominio de los recursos naturales que desde el plano de la economía se estimaban indispensables de ser resguardados, y que consistían de la minería del cobre. Sólo con esta reforma se avanza hacia un punto mucho más adelante, ya que no sólo se tratará de una cuestión que deba resolverse por vía de una expropiación, sino más bien que por medio de la Nacionalización.

Las medidas de Nacionalización fueron estimuladas en esta época, y se las consideraba un medio tendiente a disminuir la desigualdad económica en los Estados pequeños que se encontraban “sometidos al capital extranjero para la realización de grandes obras públicas y en la explotación de sus recursos naturales”, y que permitiría a los nacionales que su esfuerzo “redunde en progreso nacional y no se haga para satisfacer intereses ajenos”²⁴⁰⁸.

La Nacionalización constituye una institución que la doctrina intentó legitimar, lo cual consiguió no sólo por vía de su consagración constitucional, sino también a través de su relación con el estatuto internacional de derechos humanos. En este sentido, la relacionan con los arts. 22 y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el sentido que ella llama a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales que son indispensables a la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad, y que sus derechos se hagan plenamente efectivos. Tales estándares sólo se alcanzarían en la medida que se acuda a mecanismos jurídicos que permitan un pleno aprovechamiento de los recursos en beneficio de la comunidad, y sin que los derechos de propiedad de los

²⁴⁰⁷ CERDA (1988), p. 165.

²⁴⁰⁸ BERNASCHINA (1951), núm. 311, p. 516.

extranjeros pudieran obstaculizar el desarrollo, ni que tampoco se opongan al aprovechamiento de los recursos del Estado por parte del pueblo²⁴⁰⁹.

Sigue siendo una tarea pendiente en esta normativa la consagración de un sistema de tutela jurisdiccional de naturaleza constitucional alrededor del derecho de propiedad. Sólo remotamente se mantiene la idea del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Las experiencias que se generaron a partir de ambas reformas constitucionales supusieron uno de los principales puntos de conflicto tanto ideológico como político y económicos previos al quiebre institucional del 11 de septiembre de 1973. La Reforma Agraria, en su propósito de redistribución de la propiedad raíz rural, significó un grave problema y descontento de los propietarios –y que explicará la regulación constitucional posterior²⁴¹⁰–, a los cuales el modelo expropiatorio consagrado les significaba que las indemnizaciones no eran pagadas en forma previa a la expropiación, que dichos pagos se efectuaran de manera parcializada y excesivamente dilatada en el tiempo, y el riesgo de la devaluación monetaria, la cual alcanzó niveles que no fueron posibles de superar por la autoridad²⁴¹¹.

En cuanto a la Nacionalización de la Gran Minería, el marco en que se desarrolló contó con la oposición de los propietarios y controladores de las empresas mineras, y supuso la generación de conflictos judiciales internacionales, y que finalmente el Estado se vio en la necesidad de transar con los privados, lo cual sólo se produjo con posterioridad al Golpe de Estado.

Los efectos de estas reformas constitucionales, y las preocupaciones que generaron estos procesos, fueron tenidos en cuenta con ocasión de la Constitución Política de 1980, según se verá a continuación. Se acusa que las reformas supusieron un estado de deterioro, y que incluso supusieron el “menosprecio por la libertad y la propiedad”²⁴¹².

§ 3. LA ESTRUCTURA ACTUAL:

LA PROPIEDAD ANTE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980

²⁴⁰⁹ En este sentido se pronunciaba BERNASCHINA (1951), núm. 311, p. 516.

²⁴¹⁰ FERRADA (2015), p. 163.

²⁴¹¹ Hacia el año 1970, la inflación era del 34,9 %, la que se redujo en 1971 al 20 %. Sin embargo, la crisis interna rápidamente disparó las tasas inflacionarias al 163 % en 1972, y al 503 % en 1973. Un descuido del equilibrio macroeconómico justificaría el estado aquí reseñado (EDWARDS, 1998, pp. 31-32), a lo cual debemos agregar el notable deterioro de la actividad económica y las fuertes tensiones entre los actores políticos y sociales de la época.

Para septiembre de 1973, época en que se produce el Golpe Militar, la inflación llegaba hasta el 1.000 % anual. En suma, el período previo se había caracterizado por la crisis de la balanza de pagos, mercado negro y una escasez generalizada de productos.

²⁴¹² FERNANDOIS (2010), p. 212.

El estatuto actualmente en vigencia (3.2.) tiene un antecedente inmediato en el Acta Constitucional N.º 3.º (3.1.).

3.1. La base inicial: El Acta Constitucional N.º 3

3.1.1. Aspectos generales

Dentro del conjunto de disposiciones de jerarquía constitucional que se dictaron por la Junta de Gobierno, al instaurarse en el poder, y que progresivamente significaron la derogación de la Constitución de 1925, se encuentra la dictación del Decreto Ley N.º 1552, publicado en el Diario Oficial de 13 de septiembre de 1976, y que contiene el *Acta Constitucional N.º 3: De los derechos y deberes constitucionales*.

Esta Acta fue redactada a partir del trabajo desarrollado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, lo cual explicará su cercanía con el texto en actual vigencia.

Esta Acta, y asimismo el conjunto de normas y declaraciones que se dictaron por dicho órgano, consistió de la necesidad de crear un nuevo punto de partida, que significase una clara separación respecto de los eventos que condujeron al Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973²⁴¹³.

En este contexto, la Junta de Gobierno estimó que el derecho de propiedad constituía un elemento indispensable para asegurar un sistema económico basado en la libertad de iniciativa²⁴¹⁴, y esta premisa es la que influirá en el desarrollo del trabajo posterior de reconstitucionalización.

En lo que respecta al tratamiento del derecho de propiedad, el Acta Constitucional N.º 3 destaca su carácter indispensable para el desarrollo económico, conforme se aprecia en la parte considerativa del texto:

“8.- Que el desarrollo económico y social debe fundarse en una clara definición y adecuada protección del derecho de propiedad y su función social, ya que, además, él contribuye a hacer posible el ejercicio de las libertades públicas”.

²⁴¹³ Esta clase de declaraciones importan una constante en el ejercicio de la potestad constituyente y legislativa que asumió la Junta de Gobierno. Tratándose del Acta Constitucional N.º 3, se indica en su parte considerativa: “3.- *Que la amarga realidad que Chile vivió en los años previos al 11 de septiembre de 1973 ha demostrado, sin embargo, la necesidad de fortalecer y perfeccionar los derechos reconocidos en la Carta de 1925 e incorporar nuevas garantías acordes con la doctrina constitucional contemporánea y su consagración internacional*”.

²⁴¹⁴ JUNTA DE GOBIERNO (1974), p. 19: “*Por otro lado, sería inútil admitir la iniciativa de los particulares en el campo económico, si no se reconoce conjuntamente el derecho de propiedad privada, tanto sobre bienes de consumo como sobre medios de producción*”.

Conforme puede apreciarse de este punto del Acta, se aprecia el protagonismo que se asume tiene la propiedad en el desarrollo de la actividad económica, tanto en cuanto el derecho fundamental que en sí mismo significa, sino también por la función social que ésta ejerce. Siendo así, se asume que la propiedad cumple una función individual, pero también una social, la cual la conecta en cierta forma con la tendencia constitucionalista previa.

Otro aspecto destacado por el constituyente es la función que la propiedad tiene para “hacer posible” el ejercicio “de las libertades públicas”. Por ello, se concibe la propiedad como un fin, pero también un medio que vincula el ejercicio de la propiedad con el desarrollo de la personalidad.

El derecho de propiedad es tratado en el art. 1.º N.º 16 del Acta Constitucional N.º 3, y cuya redacción es formulada claramente en respuesta al régimen jurídico anteriormente consagrado en este punto.

“Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

“16.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales.

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

“No obstante, nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

“A falta de acuerdo en contrario, la indemnización debe ser pagada en dinero efectivo, de inmediato o en un plazo máximo de cinco años en cuotas iguales, una de las cuales se pagará de contado y el saldo en anualidades a partir del acto expropiatorio mediante la entrega de pagarés del Estado o garantizados por éste. En casos calificados en que el interés nacional lo exija, la ley podrá ampliar este plazo hasta diez años. En todo caso, el monto de la indemnización se pagará reajustado desde la fecha de la expropiación, de modo que mantenga un valor adquisitivo constante y con los intereses que fije la ley.

“Para tomar posesión material del bien expropiado será previo el pago del total de la indemnización o de la parte de ella que corresponda pagar de contado, las que, a falta de acuerdo, serán determinadas provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

“Con todo, la pequeña propiedad rústica y urbana, los talleres artesanales y la pequeña empresa industrial extractiva o comercial, definidos por la ley, así como la vivienda habitada por su dueño, no pueden expropiarse sin pago previo del total de la indemnización.

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos. Un Estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera”.

3.1.2. Innovaciones

Una apreciación inicial en torno a la tutela de la propiedad arroja un notorio distanciamiento en la complejidad y extensión de la norma, como asimismo en la naturaleza de los asuntos que pasan a ser objeto de atención constitucional, junto con algunas modificaciones que se refieren a la extensión de la tutela.

En cuanto al ámbito tutelado en virtud del derecho de propiedad, se explica ahora que abarca las “*diversas especies*” del mismo, y que se tutela tanto la propiedad sobre cosas corporales, como las incorporeales, la individual y la colectiva²⁴¹⁵. La alusión explícita a la propiedad sobre las cosas incorporeales significará más adelante, durante la vigencia de la Constitución de 1980, un crecimiento de la clase de situaciones que pueden quedar comprendidas dentro de esta protección.

Con la introducción de esta Acta Constitucional, se estimó necesaria la consagración de un mecanismo jurisdiccional de protección del derecho de propiedad. Es por ello que se consagra en forma positiva, y por primera ocasión en el constitucionalismo chileno contemporáneo, la “*acción de protección*” (Acta Constitucional N.º 3, Art. 2.º)²⁴¹⁶.

Otro aspecto en el cual se aprecia una alteración sustancial, consiste en la eliminación de cualquier esfuerzo por tratar lo relativo al dominio minero dentro del articulado permanente del Acta Constitucional. Lo que en los hechos ha ocurrido ha sido la “desconstitucionalización” de la propiedad minera, limitándose a explicar el constituyente que todo lo relativo a esta materia será objeto de un “Estatuto especial”. Esta supresión se ha conseguido, empero, sin introducir mayores modificaciones respecto de la situación generada en virtud de la Ley N.º 17.450.

En relación a los efectos de la Nacionalización de la Gran Minería, el inc. 2.º del art. 4.º Transitorio señaló que “[l]a gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal, nacionalizadas en virtud de lo prescrito en la disposición décimoséptima transitoria de la Constitución Política, continuará rigiéndose por las normas constitucionales vigentes a la

²⁴¹⁵ Desde un punto de vista dogmático, la visión que la Junta de Gobierno mantenía respecto de la tutela de la propiedad, le permitía sostener que su “forma natural” era la propiedad individual, pero que ello no era impedimento para que fuese aceptada “como expresión de ella” la “propiedad en común, en cuanto sea libremente pactada y mantenida” (JUNTA DE GOBIERNO, 1974, p. 19).

²⁴¹⁶ En virtud de esta norma, según dice su inc. 1.º, “[e]l que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías establecidas en el artículo 1º, N°s 1,3, inciso cuarto, 7,9,10,11,12,14,15, inciso primero, 16,17,19, inciso final, 20, inciso séptimo; 22, inciso primero, y en la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias 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”. El inc. 2.º del mismo precepto constitucional disponía que “[l]a Corte Suprema dictará un auto acordado que regule la tramitación de este recurso”.

fecha de promulgación de la presente Acta Constitucional". Esta circunstancia da cuenta de la intención del gobierno militar de conservar la Nacionalización practicada, la cual se conservará en la tercera disposición transitoria de la Constitución de 1980²⁴¹⁷.

Otro aspecto en el cual el constituyente se alejó, decía relación con la propiedad estatal respecto de los recursos naturales, como es el caso de las aguas. Al respecto, el Acta Constitucional prevé el reconocimiento de ciertos de derecho asociados al uso y goce de las aguas, sobre los cuales se reconoce una propiedad para los particulares, y cuya regulación en concreto se deberá materializar a través de la dictación de una ley. Esta clase de procedimiento forma parte de una tendencia general en que el Estado, ahora en esta nueva perspectiva institucional, se retrae de esfuerzos iniciales de reserva de la propiedad sobre ciertos recursos o medios de producción²⁴¹⁸.

A su turno, el inc. 1.º del art. 4.º Transitorio de esta Acta Constitucional prefirió mantener el estado normativo previo, al indicar que “[m]ientras no se dicte el Estatuto especial a que se refiere el inciso séptimo del N° 16 del artículo 1º de esta Acta, mantendrán su vigencia las disposiciones de los incisos cuarto, quinto y sexto del número 10 del artículo 10º de la Constitución Política de la República”. Al igual que en el caso de la Gran Minería, el constituyente decidió retroceder en materia de ejercicio de las potestades de expropiación en este punto.

En paralelo al retroceso del intervencionismo estatal en las áreas económicas estratégicas, el Acta Constitucional modificó el estatuto de expropiación, con el propósito de ajustarlo a estándares más favorables hacia el expropiado. Introdujo una determinación más exacta de los elementos que podrían ser objeto de este acto, ya que podrá privarse el dominio del bien, su posesión, o alguno de sus atributos o calidades esenciales. Se introdujo una pequeña alteración de los estándares justificativos de la expropiación, en la noción de “*interés social o nacional*”, noción que sólo comprendía la de “*interés social*” en la Constitución de 1925. Se especifica que el tribunal llamado a conocer de la reclamación que se derive del pago de la indemnización, tenga la naturaleza de ser ordinario. Un punto que resultará vital es la determinación de un sistema de cálculo único del monto que se pagará por concepto indemnizatorio, y que corresponde al “daño patrimonial efectivamente causado”, con expresa determinación que su monto se fijará de común acuerdo, o a través de sentencia judicial. Aunque mantiene la posibilidad que la indemnización pueda ser pagada en partes, se disminuyó el plazo en que esa suma pueda ser pagada, y contemplando expresamente un sistema de reajustabilidad en su monto, lo cual pretende evitar mayores perjuicios respecto del expropiado. En forma explícita es previsto que la posesión material del bien expropiado sólo podrá tener lugar previo pago de la indemnización, e incluso

²⁴¹⁷ CEA (2012), núm. 526, p. 599.

²⁴¹⁸ En este sentido, las premisas reconocidas por la Junta de Gobierno decían relación con que el Estado “sólo debe reservarse la propiedad de aquello que, por su carácter estratégico o vital para el país, no sea prudente dejar en manos de un grupo limitado de particulares, dejando abierto todo lo demás al derecho de propiedad privada” (JUNTA DE GOBIERNO, 1974, p. 19).

autorizando la suspensión de la toma de posesión, circunstancia no contemplada en ninguna de las normas constitucionales chilenas anteriores.

A partir de este punto, y en una etapa que continuará la Constitución de 1980, consiste del refortalecimiento de la tutela de la propiedad, dado que no sólo comprende en ella a los bienes sobre los cuales recae el derecho, sean corporales o incorporales, sino también el caso que se pretendiera privar al propietario “*de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio*”. Ello hace más intenso el nivel de protección, al atender el constituyente que el núcleo de protección del dominio no sólo comprende la conservación del derecho como tal, sino también la de sus facultades o potestades. Así, pareciera asumirse que el dominio no sólo puede identificarse en cuanto entidad estática, sino también desde una perspectiva dinámica, donde sólo se materializa tal derecho a través de su ejercicio, y si tal circunstancia resulta imposible, derechamente se está negando la propiedad. Esto último implica retomar una idea planteada ya en los primeros textos constitucionales chilenos, los cuales aludían a la tutela del ejercicio del dominio, y que a partir de la Constitución de 1833 pareció descender más bien sólo a su sentido estático.

La preocupación comprendida en el ámbito de la expropiación respecto de la pequeña propiedad raíz rústica que se había generado a partir de la reforma constitucional introducida por la Ley N.º 16.615, se conserva en esta Acta Constitucional, aunque ahora el constituyente la extiende en general hacia la pequeña propiedad inmueble y a las empresas y actividades económicas de menor envergadura. Respecto de todas ellas, se exige que la indemnización por expropiación deberá pagarse como condición previa a cualquiera clase de acto expropiatorio. De esta manera, el constituyente extiende la idea de la tutela a los distintos sectores económicos menores, y a toda clase de propiedad urbana.

Las bases contempladas en el Acta Constitucional N.º 3 relativas al derecho de propiedad, serán aquellas que finalmente se manifestarán en la Constitución Política de 1980, como se abordará a continuación.

3.2. El actual régimen constitucional de la propiedad privada:

El art. 19 N.º 24.º de la Constitución Política

3.2.1. Aspectos generales

La labor que significó la incorporación de un estatuto completo de derecho de propiedad en el Acta Constitucional N.º 3, y que desarrolló la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, se tradujo finalmente en un texto que se encuentra vigente al día de hoy, en la Constitución Política de 1980.

Se trató de un trabajo particularmente extenso, el cual terminó convirtiéndose en uno de los asuntos más estudiados al interior de la Comisión, incluso hasta el punto de afirmarse que en total se desarrollaron cerca de 50 sesiones²⁴¹⁹, de modo que

“prácticamente un 10 % del trabajo de la Comisión de Estudios, todo lo cual da cuenta de la especial preocupación que se tuvo en esta materia, habida cuenta de las experiencias pasadas en materia de infracción a los derechos de propiedad en sus diversas especies”²⁴²⁰.

Asimismo, se contó con la colaboración de especialistas en la materia, dado que a las sesiones de la Comisión en la cual se trató sobre el derecho de propiedad, fueron invitados dos académicos de derecho civil, los señores JOSÉ MARÍA EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA y don PEDRO JESÚS RODRÍGUEZ GONZÁLEZ.

Desde el punto de vista de su conexión con las fuentes materiales, la norma en cuestión, y la Constitución de 1980 en general, dan cuenta en forma implícita y explícita acerca del pensamiento del constituyente, sus convicciones doctrinarias, y sus intenciones “fundacionales” al establecer un nuevo régimen que diera cuenta de un fortalecimiento del derecho de propiedad²⁴²¹.

El reconocimiento del derecho de propiedad se encuentra contemplado en el art. 19 N.º 24.º. Como se mencionó, su estructura sigue en este punto el tenor del Acta Constitucional N.º 3, aunque sufrirá una serie de cambios, y que se aprecian del texto plasmado en la actual norma:

“La Constitución asegura a todas las personas:

“24.º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

“A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

“La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la

²⁴¹⁹ Son destacadas las Sesiones N.º 148, 149, 150, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 180, 181, 182, 183, 184 y 242 de la Comisión de Estudio, según EVANS (1986), p. 373.

²⁴²⁰ NAVARRO (2005), p. 519.

²⁴²¹ FERMANDOIS (2010), p. 211.

forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

“Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

“Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

“El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

“La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

En términos generales, es posible observar la mayor extensión que la propiedad vuelve a adquirir en la normativa constitucional, diferenciándose en este punto respecto del Acta Constitucional, y convirtiéndola de paso en una de las normas más extensas²⁴²² y detalladas²⁴²³ de la Constitución, y que da cuenta igualmente del grado de complejidad que caracteriza a este estatuto²⁴²⁴. También se ha dicho que el estatuto constitucional actual ha supuesto una “constitucionalización más completa”²⁴²⁵, lo cual ha generado como efecto la disminución de las facultades del legislador para actuar sobre el constituyente²⁴²⁶.

²⁴²² CEA (2012), núm. 470, p. 563.

²⁴²³ FERRADA (2015), p. 162.

²⁴²⁴ CEA (2012), núm. 470, p. 563.

²⁴²⁵ FERMANDOIS (2010), p. 214.

²⁴²⁶ FERMANDOIS (2010), p. 214.

Pero estos cambios no sólo se produjeron desde un punto de vista formal, sino también afectan al fondo de este derecho fundamental, como se estudiará a continuación.

3.2.2. Innovaciones

(a) En cuanto a la extensión del dominio

Como ocurrió con el Acta Constitucional N.º 3.º, el art. 19 N.º 24.º de la Const. Pol. establece que se asegura a todas las personas el “derecho de propiedad”, el cual resulta tutelado “en sus diversas especies”.

En virtud de esta disposición, se entiende por el constituyente que existen diversas modalidades o clases de propiedad, no sólo aquella regulada en el Código Civil. Por otro lado, se previene que esta propiedad resulta protegida con prescindencia de la naturaleza de los bienes que sean objeto de dicho derecho, de modo que éste abarca aquellas que se ejercen sobre cosas corporales e incluso incorporeales. También se reconoce que la norma asegura la propiedad individual o comunitaria, estatal o particular, o con todos sus atributos o sólo con algunos de ellos²⁴²⁷. Incluso queda tutelada por esta vía la propiedad indígena²⁴²⁸.

En este último caso se ha promovido como discusión sobre si la noción de “bienes incorporeales” deberá ser comprendida en el sentido previsto por el derecho común, que la restringe a los derechos reales y personales (CCCh., arts. 565, 576 y 583)²⁴²⁹, o si esta noción puede comprender diversas clases de derechos subjetivos²⁴³⁰. A nivel jurisprudencial se ha seguido un criterio amplio; y así se habla de la identificación de un derecho al *empleo*²⁴³¹, la calidad de *empleado público*²⁴³², sobre la *imagen*²⁴³³, la *calidad de estudiante*²⁴³⁴, entre otros.

Sobre este punto se ha promovido un extenso contencioso, como consecuencia del ejercicio de la *acción de protección*, la cual ha sido consagrada igualmente en la Constitución (art.

²⁴²⁷ VIVANCO (2006), p. 499; CEA (2012), núm. 476, pp. 565-566.

²⁴²⁸ NAVARRO (2016), p. 164.

²⁴²⁹ En este sentido, CERDA (1988), p. 171; GUZMÁN (1995), p. 243; TAPIA (2005), núm. 85, p. 154.

Se encontraría justificada, a la luz de la historia del establecimiento de la Constitución de 1980, en el *Informe Final al Presidente de la República de 16 de agosto de 1977*, emitido por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, el cual nos dice que: “*Los derechos que emanan de los contratos (...) son bienes incorporeales amparados por la garantía constitucional que asegura el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes y, en consecuencia, el titular de estos derechos no puede ser privado de los mismos, sino en virtud de expropiación en conformidad a las normas generales*”.

²⁴³⁰ En este sentido: SOTO (1982), p. 172; SOTO (2001), p. 432; CEA (2012), núm. 475, p. 565, y núm. 477-478, pp. 566-568.

²⁴³¹ *GJ.*, N.º 96, p. 25.

²⁴³² *RDJ.*, Tomo LXXXVII, 2ª parte, sec. 5ª, p. 24.

²⁴³³ CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, 12.1.2007, Rol N.º 709 – 2006, *LP* 35754.

²⁴³⁴ *FM.* N.º 509, sent. N.º 25, pp. 506-511.

20), y que ha significado una discusión en la doctrina en torno a su significado, y que se ha traducido en el problema de la “propietarización de los derechos”,²⁴³⁵.

(b) En cuanto a la función social de la propiedad

Un aspecto que sufre una alteración importante se refiere a la noción de “función social” que había sido contemplada en el Acta Constitucional N.º 3 como elemento de justificación del establecimiento de obligaciones o limitaciones legales a las facultades dominicales, y que la Constitución Política reduce en su contenido.

En principio, el reconocimiento de la función social de la propiedad en forma explícita viene en servir de continuación a las reformas a la Constitución de 1925²⁴³⁶. Sin embargo, ello se produjo con la introducción de algunas innovaciones.

Una de las modificaciones consiste en que, mientras el primero hablaba de “Estado”, el cual pasará ser modificado por el concepto “Nación”.

Pero también se verifica la eliminación de dos parámetros reconocidos bajo la vigencia de la Constitución de 1925, que consisten en el “*mejor aprovechamiento de las fuentes de energía productiva para el servicio de la colectividad*”, y la “*elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes*”. En cuanto a la primera, pareció más conveniente su reemplazo por un concepto incluso más genérico, cual es “*la conservación del patrimonio ambiental*”,²⁴³⁷. Sin embargo, en el segundo aspecto eliminado, ella implica que la función social de la propiedad no serviría para alcanzar este estado de superación de la vida humana, la cual dependerá de otras clases de consideraciones, lo cual conducirá a una visión más pragmática respecto de las potencialidades detrás del ejercicio de este derecho.

Indirectamente, la Constitución contempla actualmente la medida de validez de cualquiera clase de norma o precepto legal que pretenda regular alguno de los derechos constitucionales, como ocurre con el caso de la propiedad. Respecto de este punto, ha sido asignado a todas las personas “[l]a seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (Const. Pol., art. 19 N.º 26.)²⁴³⁸.

²⁴³⁵ CASTELLÓN / REBOLLEDO (1999), pp. 90-106; FERNANDOIS (2010), pp. 265-270; GUZMÁN (1995); LINAZASORO (2011); NAVARRO (2005); PEÑAILILLO (2007), pp. 21-30. RÍOS (2005); CEA (2012), núm. 475. P. 565; HENRÍQUEZ (2018), pp. 36-39.

²⁴³⁶ CERDA (1988), p. 172.

²⁴³⁷ Este último parámetro se encuentra relacionado con el reconocimiento constitucional como derecho el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, previsto en el art. 19 N.º 8.º Const. Pol. (CERDA, 1988, p. 172).

²⁴³⁸ Una particularidad de la norma, según da cuenta la historia del establecimiento de la Constitución, es que la necesidad de su inserción tuvo lugar a propósito de la discusión sobre la esencia del derecho de dominio. Una revisión sobre este origen, en CEA (2012), núm. 586, pp. 639-640.

(c) En cuanto a la expropiación

Las principales modificaciones se producirán en materia de expropiación, respecto de la cual se afirma contar con una regulación muy detallada²⁴³⁹, lo que se explica en un contexto histórico que emana del proceso de expropiación y de requisición de bienes habido durante el gobierno del Presidente SALVADOR ALLENDE G. (1970-1973)²⁴⁴⁰.

A diferencia del Acta Constitucional N.º 3, donde todavía se apreciaba un régimen especialmente aplicable a la pequeña propiedad raíz y a las pequeñas empresas, el art. 19 N.º 24.º de la Const. Pol. no las conservó, de modo que el resultado es un estatuto expropiatorio único y común para cualquiera clase de bien que se pretenda adquirir por esta vía.

También se alteran las reglas sobre la forma en que se efectuará el pago de la indemnización, la cual deberá pagarse siempre en dinero efectivo, y en forma previa a la posesión material del bien, con prescindencia de si se trata de un inmueble urbano o rústico.

Un punto relevante de la actual norma constitucional, es el carácter reforzado de la protección del dominio, y que precisamente se aprecia en materia de expropiación, dado que reconoce bajo su tutela no sólo las diversas clases de bienes, sino también al “derecho”, y los atributos y facultades esenciales del dominio²⁴⁴¹, debiendo determinarse estos últimos necesariamente por vía judicial²⁴⁴². Ello significó incluso superar los estándares ya aceptados por el Acta Constitucional N.º 3, el cual sólo amplió la tutela a las facultades dominicales.

(d) Formas especiales de propiedad

Por último, en lo que dice relación con los recursos naturales, la Constitución de 1980 mantiene la regulación de las aguas bajo la dinámica prevista en el Acta Constitucional N.º 3, en el sentido de reconocer el derecho adquirido en conformidad a la ley²⁴⁴³.

Sin embargo, la estructuración cambia en materia de propiedad minera, de modo que el constituyente procedió a “reconstitucionalizarla”, permitiendo el acceso privado a su explotación²⁴⁴⁴, y tratando en forma detallada los contornos de la propiedad de esta especie.

²⁴³⁹ FERRADA (2015), p. 163.

²⁴⁴⁰ FERRADA (2015), p. 163.

²⁴⁴¹ Destaca el reforzamiento del derecho, por su extensión a los atributos y facultades, CERDA (1988), p. 173; FERRADA (2015), p. 162.

Por nuestra parte, creemos que el fortalecimiento comprende también la tutela diferenciada de los bienes sobre los cuales recae el dominio, y el derecho de propiedad en sí mismo (en el mismo sentido: CERDA, 1988, pp. 172-173). Del mismo modo, creemos que la primera afirmación no toma en cuenta que tal fortalecimiento fue progresivo, y que ya el Acta Constitucional N.º 3 la anuncia.

²⁴⁴² CERDA (1988), p. 173.

²⁴⁴³ FERNANDOIS (2010), p. 214.

§ 4. OBSERVACIONES EN TORNO A LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD

La examinación de las distintas normas de orden constitucional dictadas en Chile arrojan una evolución importante en materia del derecho de propiedad, tanto en la manera en que se ha concebido la protección de ésta, como la estructura misma del derecho, los mecanismos de tutela disponibles, y las formas de privación o limitación a las cuales se ha entendido sujeta.

4.1. En cuanto al hecho de su reconocimiento

En lo que respecta al hecho de su reconocimiento, la propiedad constituye uno de aquellos derechos tempranamente consagrados en las Constituciones, a la par de otros derechos civiles y políticos, integrando aquella estructura de los llamados “derechos humanos de primera generación”.

En cuanto a la manera en que se formula su reconocimiento, los primeros textos constitucionales lo entienden como un derecho que resulta defendido frente al Estado, el cual es inicialmente concebido como el único ente capaz de vulnerar su existencia. La única clase de agresión que se podría cometer en contra de un propietario, por parte del Estado, sería a través de la expropiación. Al tener lugar este acontecimiento, el mecanismo que tiene lugar en defensa del propietario es la indemnización, la cual debe consistir en el pago de una suma de dinero.

En cuanto la manera en que se garantiza la propiedad privada, y siguiendo al efecto la doctrina española, podría sostenerse que el reconocimiento se ha hecho en cuanto *institución* y en cuanto *derecho individual*. En cuanto a lo primero, porque dispuso que el legislador no podría “suprimir o hacer ineficaces los institutos jurídicos que permitan a los individuos apropiarse individualmente de las diversas utilidades de los bienes con exclusión de los demás”²⁴⁴⁵, lo cual no significa en forma alguna que se garantice que todos los bienes existentes tengan que ser atribuidos en propiedad privada, pudiendo por tanto el legislador declarar el carácter público de ciertas clases de bienes²⁴⁴⁶. Y también se ha conseguido garantizar el carácter institucional de la propiedad, por vía de que el legislador se encuentra en la necesidad de garantizar la comerciabilidad de los derechos patrimoniales, dado que ésta es la condición para que pueda existir una economía de mercado²⁴⁴⁷.

²⁴⁴⁴ FERNANDOIS (2010), p. 214.

²⁴⁴⁵ ZURILLA (2012), pp. 291-292.

²⁴⁴⁶ ZURILLA (2012), p. 292, con cita de las sentencias del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA 227/1988, y 149/1991.

²⁴⁴⁷ ZURILLA (2012), p. 292.

En cuanto derecho individual, significa que la Constitución garantiza que *las posiciones jurídicas individuales de cada titular de derechos han de ser respetadas*²⁴⁴⁸, sin distinción alguna. Nuevamente se aprecia la concepción de la propiedad en un sentido amplio.

El resultado actual de la propiedad en la Constitución, es el propio de un derecho que ha sido puesto en el centro del sistema jurídico, con una fuerza normativa que supera a la mayoría de los derechos, “sólo cediendo probablemente ante la vida, la integridad física y psíquica y la libertad personal”²⁴⁴⁹, y elevado a la categoría de un “supra derecho”²⁴⁵⁰.

4.2. En cuanto al carácter absoluto de la propiedad

Inicialmente, al no contemplarse la posibilidad de introducir limitaciones al ejercicio de la propiedad, sin constituir ello una expropiación, se justifica su calificación como un derecho “inviolable”, y que lo que se asegura a las personas sea la inviolabilidad de dicho derecho.

Los principales cambios que se van generando en el constitucionalismo chileno se encuentran en la incorporación de la noción de “función social” como elemento moderador y limitativo de las facultades dominicales, de una complejización de la expropiación, y la necesidad de tratar sobre formas especiales de propiedad que dicen relación con recursos naturales que tienen un contenido económico relevante para el desarrollo de la actividad económica nacional.

La principal consecuencia de la incorporación de esta noción en la Constitución, es que este concepto forma parte integrante del concepto de propiedad, siendo entonces parte de la esencia de este derecho²⁴⁵¹, cuestión que desde un punto de vista institucional se pretendió fuese consagrado expresamente²⁴⁵². No se trataría de “algo adicionado o superpuesto por el Estado a él”²⁴⁵³.

En cuanto a la función social de la propiedad, se aprecia únicamente en lo relativo a las circunstancias que justifican la limitación de este derecho, de modo que ella no figura como justificación directa en materia de expropiación. Tal reconocimiento se produce en forma indirecta a partir de la Constitución de 1925, pero sólo queda instaurada de modo definitivo como concepto jurídico dentro de esta última Carta, con ocasión de la reforma constitucional generada por la Ley N.º 16.615. En consecuencia, la invocación de la función social no servirá como argumento para privar del dominio a su titular²⁴⁵⁴.

²⁴⁴⁸ Para el derecho español, es la posición defendida por ZURILLA (2012), p. 292.

²⁴⁴⁹ FERRADA (2015), p. 161.

²⁴⁵⁰ FERRADA (2015), p. 161.

²⁴⁵¹ CEA (2012), núm. 488, p. 575; NAVARRO (2016), p. 190.

²⁴⁵² En su “*Declaración de Principios*”, la JUNTA DE GOBIERNO manifestó que la consagración del derecho de propiedad debía ir aparejada de la exigencia jurídica de que se ejerciera teniendo en cuenta la función social “que le es inherente” (JUNTA DE GOBIERNO, 1974, p. 19).

²⁴⁵³ CEA (2012), núm. 488, p. 575.

²⁴⁵⁴ CEA (2012), núm. 489, p. 575.

La expropiación constituye el principal punto de conflicto con el derecho de propiedad, según puede apreciarse de la evolución constitucional chilena, frente a la cual han variado diversos elementos. La primera preocupación del constituyente fue la de autorizar una indemnización como consecuencia del acto expropiatorio, aunque el sistema de cálculo ha variado progresivamente en el tiempo. Del mismo modo, existió una atención especial hacia las causas que la justificaban, y que tempranamente se asociaron a la satisfacción de intereses de carácter colectivo y estatal. También cambió el modelo básico de expropiación, que al comienzo de la vida republicana chilena no distinguía la naturaleza del bien, circunstancia que cambió precisamente a partir de la Reforma Agraria, donde claramente el constituyente pretendió diferenciar las expropiaciones en el ámbito urbano respecto del rústico, y construyendo la expropiación como un sistema de redistribución de la propiedad agrícola, e incluso para la adquisición a favor del Estado de los recursos naturales indispensables para el mantenimiento del modelo económico existente en la época. Tal modelo desaparece progresivamente tras el Golpe de Estado de 1973, hasta retornar a un sistema expropiatorio unificado.

Dado que el constituyente reconoce distintas clases de propiedades, en una tendencia inaugurada a partir de la Reforma Agraria, se incorporaron a nivel constitucional algunas reglas que permitieran determinar los contornos de los derechos sobre las aguas y sobre los recursos minerales existentes en el país. Estos últimos se consideraron de tal trascendencia para el desarrollo de la actividad económica, que las reformas introducidas entre los años 1967-1971 apuntaban a que el Estado estuviese facultado incluso para nacionalizar la Gran Minería, circunstancia que finalmente el Acta Constitucional N.º 3, y la Constitución de 1980, terminaron por eliminar.

En rigor, la concepción constitucional de la propiedad siempre giró sobre la base que la propiedad no constituye un derecho absoluto, dado que se declara admisible su expropiación, en la medida que un interés general o colectivo así lo autorizara, y a través del pago de una indemnización. Sin embargo, la inserción de la “*función social*”, en el sentido de autorizar constitucionalmente la introducción de obligaciones y limitaciones al ejercicio del dominio, sólo se produce a partir de la Constitución de 1925, aunque sin explicitar esta noción hasta la dictación de la Ley de Reforma Constitucional de 1967. Esta función social subsiste hasta el día de hoy, aunque ahora sin la consagración de un estándar que considere la propiedad como un medio de elevación de la calidad de vida humana, lo cual aparentemente sólo se explica porque tal elevación sólo puede alcanzarse a través de una suma de factores, entre los cuales la propiedad privada podría ser uno de ellos, pero no el único.

En consecuencia, las dos únicas clases de limitaciones admisibles de la propiedad, consisten de la “función social del dominio” y la expropiación²⁴⁵⁵.

4.3. Mecanismos de tutela constitucional de la propiedad

²⁴⁵⁵

FERRADA (2015), p. 163.

4.3.1. *Planteamiento*

Una vez que se ha procedido al reconocimiento del derecho de propiedad, corresponde que se adopte una decisión por parte del constituyente. La primera alternativa supone, concibiendo a la Constitución como un conjunto de normas de contenido político-institucional, sólo se limite a declarar que las personas gozan del derecho de propiedad. Esta posibilidad convierte a la Constitución, en lo que respecta a este punto, en un conjunto de disposiciones meramente programáticas, las cuales pretenden que sea el legislador quien complete la regulación y defensa que el constituyente no se ha encargado de tratar.

El contenido fuertemente programático era el que caracterizaba a distintas Constituciones dictadas hasta mediados del siglo XX. En ellas, la tendencia era reservar a la Carta Fundamental todo lo relativo a la estructura del poder estatal, y en segundo lugar efectuar una constatación de los derechos fundamentales. Fuera de estas circunstancias, la Constitución no solía preocuparse mayormente acerca de la manera en que el legislador debería materializar el contenido de este derecho.

Esta tendencia fue progresivamente desapareciendo, dado que se comprendió que una Constitución que sólo se limita a reconocer o declarar derechos será inútil si no se encarga de establecer mecanismos efectivos de protección de esos derechos, e incluso habilita al legislador para establecer un contenido normativo que se ajuste exclusivamente a sus necesidades, reduciendo el objetivo pretendido por la Constitución.

4.3.2. *Principales manifestaciones*

Los mecanismos de tutela jurídica de la propiedad consagrados por la Constitución pueden clasificarse en pasivos **(a)** y activos **(b)**.

(a) Mecanismos de tutela pasiva

Bajo esta designación se comprenden todos aquellos sistemas de protección de un derecho fundamental que se encuentran contemplados a título de limitación de la actividad estatal, frente a circunstancias que pudieren afectar la existencia y ejercicio del derecho tutelado.

Se califican en este punto a estas fórmulas como sistemas “*pasivos*”, dado que ellos no implican la necesidad de parte del titular del derecho de adoptar o solicitar a su favor mecanismos inmediatos de defensa, ya que ellos se encuentran establecidos en forma previa a cualquiera clase de intervención estatal, sea a través del poder ejecutivo, legislativo o judicial.

En el apartado anterior se ha indicado que el Estado se encuentra sujeto a limitaciones en su actuación, y que en el ejercicio de esas actuaciones deberá respetar el derecho de propiedad. Pues bien, la Constitución no sólo reposa en estas fórmulas generales, sino que se ha encargado de establecer claramente cómo se traducen estas limitaciones, las cuales sirven, en sí mismas, como un sistema de tutela para el propietario.

El motivo de esta circunstancia se encuentra en que “[l]os órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” (Const. Pol., art. 7.º inc. 1.º), de modo que “[n]inguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (Const. Pol., art. 7.º inc. 2.º). Si ocurriera que esta actuación es desarrollada, sin respetar los parámetros constitucionales que se abordarán, el resultado para a ser que “[t]odo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale” (Const. Pol., art. 7.º inc. 3.º).

(i) *Determinación de las fuentes formales que regulan el nacimiento y vigencia del dominio*

La primera forma de tutela pasiva con la cual cuenta el propietario dice relación con la determinación previa del régimen jurídico al cual se encuentra sujeto el derecho de propiedad, y específicamente *la determinación de las fuentes formales que podrán tratar en forma detallada sobre el nacimiento y vigencia del dominio.*

Entendiendo que se trata de uno de los “derechos civiles”, y que en consecuencia debería sujetarse a las disposiciones aplicables a las relaciones entre particulares, la Carta Fundamental no ha procedido a determinar cuáles son exactamente los modos de adquirir la propiedad, ni tampoco cuáles serán los distintos derechos reales y personales que pueden generarse a partir de la distribución de las facultades a las cuales da derecho el dominio. Sin embargo, sí forma parte de su competencia determinar algunos parámetros básicos en esta materia, y es por ello que toma la decisión de que todo lo relativo a su adquisición, conservación, ejercicio y pérdida, son asuntos que no pueden ser regulados por cualquiera clase de fuente formal, sino que lo será sólo la *ley*²⁴⁵⁶, de modo que le queda prohibido a la potestad estatal tratar estos asuntos a título de normas de carácter administrativo²⁴⁵⁷. Por lo demás, esta clase de disposición se explica por una consideración histórica; se quiso evitar que tuvieran nuevamente lugar las requisiciones de empresas por decisión administrativa²⁴⁵⁸.

Incluso esta limitación se extiende a los *decretos con fuerza de ley*, respecto de los cuales se ha previsto que la autorización que, a propósito de la autorización solicitada por el Presidente de la República 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*”, se encuentra sujeta a algunas limitaciones, entre las cuales se encuentra que la autorización no podrá extenderse “*a materias comprendidas en las garantías*

²⁴⁵⁶ CERDA (1988), p. 171; VIVANCO (2006), p. 499; CEA (2012), núm. 481, p. 572; NAVARRO (2016), p. 186.

²⁴⁵⁷ VIVANCO (2006), p. 499; NAVARRO (2016), p. 186.

²⁴⁵⁸ VIVANCO (2006), p. 499.

constitucionales” (Const. Pol., art. 64 inc. 2.º), entre las cuales se encuentra precisamente lo relativo al derecho de propiedad²⁴⁵⁹.

(ii) *Determinación de la fuente formal que puede determinar las condiciones de ejercicio del derecho de dominio*

Un segundo punto que implica en sí mismo una forma de tutela del derecho de propiedad, dice relación con la *fuente formal que puede determinar las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad*.

De acuerdo a la definición prevista en el Código Civil para el dominio, se atribuye como característica al dominio el que pueda ejercitarse “arbitrariamente”, en la medida que ello no sea contra “la ley” o contra “el derecho ajeno” (CCCh., art. 582). Por ello, forma también parte del derecho privado la determinación de las clases de limitaciones y obligaciones que pueden imponerse a la propiedad. Esta circunstancia resulta incluso confirmada por la Constitución, desde el momento en que declara que sólo la ley podrá establecer las limitaciones y obligaciones a las cuales se encuentre sujeta, sujetándolo de esta manera a un principio de reserva legal²⁴⁶⁰.

Nuevamente queda prohibido a otras fuentes formales cualquiera clase de intervención en esta materia. Asimismo, también afectará a los llamados “decretos con fuerza de ley”, por las razones expuestas (Const. Pol., art. 64 inc. 2.º)

(iii) *Explicitación del fundamento de las limitaciones dominicales*

En relación a la procedencia de las limitaciones y obligaciones a las cuales pudiere sujetarse la propiedad, ellas quedan igualmente restringidas en lo que dice relación con el *fundamento* a que obedecerán. No bastará con que la medida de limitación o la obligación a la cual se sujete la propiedad provengan de la ley, sino que deberá obedecer a la *función social de la propiedad*.

Por tanto, el constituyente entiende preliminarmente que la propiedad no puede ser utilizada como un instrumento que atienda únicamente a los intereses privados o particulares del propietario; también cumple un rol dentro de la realidad social y en armonía con los intereses colectivos²⁴⁶¹, y eventualmente el establecimiento de esas limitaciones y obligaciones podría ayudar a obtener la satisfacción de un interés del cual gozará la comunidad toda.

(iv) *Imposibilidad de afectar la esencia de un derecho constitucional*

²⁴⁵⁹ CERDA (1988), pp. 171-172; VIVANCO (2006), p. 523; CEA (2012), núm. 481, p. 572.

²⁴⁶⁰ CERDA (1988), p. 172; VIVANCO (2006), p. 499; NAVARRO (2016), p. 185.

²⁴⁶¹ VIVANCO (2006), p. 499.

Vinculado también al ámbito del contenido de la regulación de los derechos fundamentales, se ha dispuesto por la Constitución que ella asegura a todas las personas el respeto de la esencia de los derechos (Const. Pol., art. 19 N.º 26.º).

Esta norma recibe inmediata aplicación respecto de todos aquellos derechos constitucionales que, en virtud de una disposición expresa de la Constitución, regulen un derecho, lo complementen, o lo limiten en aquellas hipótesis autorizadas por la norma fundamental, no podrán ser objeto ni de afectación en su esencia, ni verse sujetos a condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

La propiedad se encuentra precisamente dentro de este marco, dado que la Constitución autoriza que sea la ley la que regule sus modos de adquirir, sus facultades, las limitaciones y obligaciones a las cuales se sujeta²⁴⁶², e incluso las condiciones en que podrá producirse su expropiación. En todos estos supuestos, deberá siempre ser respetado el contenido esencial del derecho de propiedad, como asimismo asegurarse la libertad de su ejercicio²⁴⁶³.

En virtud de este estándar se podrá juzgar que, si como consecuencia de la introducción de una limitación al dominio se termina afectando el derecho en su esencia, entonces hablaremos de algo más que una mera limitación, y constituirá una verdadera privación²⁴⁶⁴.

Esta circunstancia genera como efecto que incluso la función social de la propiedad se encuentra sujeta a esta restricción, conforme ha sostenido el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL chileno²⁴⁶⁵.

²⁴⁶² NAVARRO (2016), p. 185.

²⁴⁶³ Frente al problema de la determinación del contenido esencial del dominio, algunos autores han sostenido que ella corresponde a las facultades de uso, goce, disposición y administración de los bienes. En este sentido, CEA (2012), núm. 482, pp. 573-573.

Con todo, tal postura tiene detractores, quienes explican que la esencia de la propiedad se encuentra en la facultad de disposición. En este sentido, DOMÍNGUEZ (1996), p. 129.

²⁴⁶⁴ VIVANCO (2006), p. 499. En el mismo sentido, recordando la jurisprudencia del TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS: “La regla general al menos, es que mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación” que –según podríamos agregar– da derecho a cobrar la respectiva indemnización de perjuicios al titular afectado (Caso Pennsylvania Coal Co. Vs. M., 260 US 393, 43 S. CT. 158, 67 L.Ed. 322 (1922)) (Sentencia citada por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 29 de enero de 2014. Rol de Ingreso N° 2299-12-INA. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora Santa Beatriz S.A. respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, en los autos sobre recurso de protección, caratulados “Constructora Santa Beatriz S.A. con Ministerio de Educación y otro”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 25.159-2012”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 29 de mayo de 2019], Considerando 2.º núm. IX.

²⁴⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 26 de julio de 2016. Rol de Ingreso N.º 2884-15-INA. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Agrícola y Ganadera El Almendral Limitada respecto del artículo 51 de la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, en los autos sobre denuncia por corta de bosque nativo no autorizada, sustanciados ante el Juzgado de Policía Local de Chépica, bajo el Rol N° 32.047-2015”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 29 de mayo de 2019], Considerando 5.º: “*Que la condición de dominio sobre un bien debe satisfacer o estar en función de las finalidades individuales*

(v) *Garantías en la expropiación*

La tutela pasiva de la propiedad se aplica igualmente en el caso que se produzca una privación de la propiedad, lo cual ocurre a través de la *expropiación*.

Una de las formas consideradas de garantía de la propiedad consiste de la regulación minuciosa del procedimiento de expropiación²⁴⁶⁶, lo cual se consigue por vía de la “constitucionalización” de ciertos elementos indispensables para la expropiación, y que consisten en general de las causales, norma legal que la autorice, el derecho a la indemnización, y la determinación del momento en que se verifica la transferencia de dicho derecho. Tales medidas, entre otras, impedirán que tal acto se verifique de manera antojadiza, sino que obedezca a consideraciones objetivas.

Al igual que la forma en que se pueden introducir las limitaciones a la propiedad, ésta sólo podrá ser expropiada en virtud de la dictación de una “*ley general o especial*”²⁴⁶⁷ que la autorice²⁴⁶⁸. La expropiación no podrá tener lugar en virtud de una decisión que se origine únicamente por una fuente reglamentaria, sin que exista una norma legal que ordene y autorice la privación del dominio. Esto no constituye, en todo caso, un impedimento que la forma de materialización de la expropiación se verifique a través de la participación de la Administración²⁴⁶⁹; la ley autoriza a expropiar, mas no es la ley la que expropia²⁴⁷⁰.

La protección del particular se producirá también por la vía de la consagración de un estándar al cual debe obedecer la ley expropiatoria, en donde se requiere que la ley general o especial la autorice “*por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador*”. Puede notarse que la norma constitucional prevé que la propiedad puede ser objeto de expropiación debido a la necesidad que el interés general adquirirá, en ciertas ocasiones, y que prevalecerá sobre el interés del propietario, por la necesidad de alcanzar el bien común²⁴⁷¹. Esta privación no puede obedecer a cualquiera consideración o capricho de

y sociales que el propio bien porta, puesto que la propiedad obliga. La consideración de ambos componentes constitucionales del derecho de dominio permite variadas opciones en la protección de bienes jurídicos que la propia Constitución reconoce en el artículo 19, numeral 24°. En este caso, hay que precisar que el legislador, en el desarrollo de la función social de la propiedad, armoniza estos bienes con el límite preciso de que en su actividad normativa no se afecte el contenido esencial del derecho de propiedad (artículo 19, numeral 26°, de la Constitución) ni el principio de proporcionalidad, según veremos más adelante”.

- ²⁴⁶⁶ VIVANCO (2006), p. 500. En forma similar, ya lo anunciaba VARAS (1940), núm. 140, pp. 220 y 225.
- ²⁴⁶⁷ La “ley general” consiste de una norma preestablecida por parte del legislador, que consagra un supuesto no específico de expropiación. La “ley especial” es una ley dictada por el legislador para autorizar una situación concreta de expropiación, no consagrada previamente en alguna norma legal.
- ²⁴⁶⁸ VARAS (1940), núm. 143, p. 225; CERDA (1988), p. 174; CEA (2012), núm. 497, p. 581.
- ²⁴⁶⁹ Algunos autores han descrito que las fases de la expropiación comprenden una legislativa, otra administrativa, y una tercera que es judicial. Tal es el caso de CEA (2012), núm. 499-502, pp. 583-584.
- ²⁴⁷⁰ VIVANCO (2006), p. 501. En un sentido similar, CEA (2012), núm. 497, p. 582.
- ²⁴⁷¹ VIVANCO (2006), p. 503.

la autoridad, y es por ello que se contemplan estos estándares generales, que son las únicas admisibles en este punto²⁴⁷². Pero no sólo basta con la consagración de estos niveles, puesto que podría afirmarse que por el solo hecho de requerirse la expropiación es porque obedece a una causa de “utilidad pública” o que constituya un asunto de “interés nacional”; para evitar una aplicación arbitraria de la expropiación será necesario que el legislador califique la situación de hecho bajo alguno de estos estándares²⁴⁷³.

Dentro del ámbito de la expropiación, constituye una garantía para el expropiado la determinación del momento exacto en que se entenderá privado no sólo del dominio del bien, sino también de su posesión. En este punto, el constituyente explicó que “[l]a toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización”. Una forma en que la Carta Fundamental de 1980 cambió la metodología prevista en la determinación del momento en que el expropiado perderá la posesión material del bien, se encuentra en este punto, dado que se adoptó como norma general que el pago de la indemnización constituye un requisito de procedencia para el inicio de la posesión material, de modo que ella no tendrá lugar mientras el expropiado no sea resarcido²⁴⁷⁴.

Finalmente, sirve como garantía decisiva del propietario que se reconozca que la expropiación es la única forma posible para privar del dominio del bien a una persona²⁴⁷⁵.

(vi) *Garantías de la propiedad en los estados de excepción constitucional*

También considera relevante las condiciones en que el derecho de propiedad puede ejercitarse durante los *estados de excepción constitucional*.

Conforme autoriza la Carta Fundamental, la propiedad no sólo podrá verse afectada en situaciones de estabilidad social y general, sino que muy especialmente podrá tener lugar cuando se verifiquen situaciones excepcionales, en los cuales el interés general se encuentra gravemente comprometido, y para ser más específicos, “cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado” (Const. Pol., art. 39). y que el

Ya esta clase de razonamiento era considerado por la Junta de Gobierno, al declarar que, dentro del conjunto de garantías jurídicas de la propiedad, debía considerarse que se asegurare que “el Estado podrá sólo expropiar en virtud e una efectiva necesidad de bien común [...]” (JUNTA DE GOBIERNO, 1974, pp. 19-20).

²⁴⁷² CERDA (1988), p. 174; CEA (2012), núm. 497, p. 581.

Tempranamente la doctrina administrativista chilena se encargó de identificar como garantía de la propiedad que fuese la ley la llamada a determinar estas circunstancias; tal es el caso de VARAS (1940), núm. 140, p. 220.

²⁴⁷³ CERDA (1988), p. 174. Resulta así que la expropiación no se impone como consecuencia de alguna obligación particular que pese sobre el administrado, ni menos sea el producto de una sanción (NAVARRO, 2016, p. 205).

²⁴⁷⁴ Este estándar se entendía ya reconocido por la Constitución de 1925, según sostiene VARAS (1940), núm. 144, p. 227.

²⁴⁷⁵ NAVARRO (2016), pp. 199-200, con cita de doctrina y algunos antecedentes históricos de formación de la Constitución.

constituyente traduce en las situaciones de “*guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública*” (Const. Pol., art. 39). De éstas, sólo implican limitaciones al derecho de propiedad los estados de excepción de *asamblea* y de *catástrofe* (Const. Pol., art. 43 inc. 1.º y 3.º). Siendo así, ya constituye una garantía del particular el que la propiedad sólo podrá verse afectada, en virtud de los estados de excepción constitucional, desde el momento en que se define cuáles son las situaciones constitutivas de excepción, y declarando expresamente que la propiedad no podrá afectarse en los estados de sitio y emergencia.

En relación a los estados de excepción constitucional de *asamblea* y *catástrofe*, el constituyente asegura a todas las personas la determinación exacta de la forma en que podrá generarse la limitación de la propiedad. En ambos casos, el Presidente de la República se encuentra autorizado para disponer *requisiciones de bienes* y establecer *limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad*.

Los estados de excepción constitucional, en cuanto pueden comprometer el ejercicio del derecho de propiedad, requieren de la consagración de mecanismos de seguridad para los particulares. En este sentido, se aprecia que lo son la consagración de medidas que deberán ser “*lo estrictamente necesarias*” para “*el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional*” (Const. Pol., art. 4 inc. 1.º). Del mismo modo, se exige que estas medidas “*no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia*” de estos estados (Const. Pol., art. 44 inc. 2.º).

En conclusión, los mecanismos de tutela pasiva permiten que los particulares tengan un conocimiento previo de las hipótesis de limitación y privación del dominio. Estas causales no son antojadizas, dado que existen la concurrencia de circunstancias calificadas, las cuales se deberán comprobar que ocurren en la situación concreta, para autorizar el legítimo acto de afectación de este derecho fundamental.

(b) Mecanismos de tutela activa

A diferencia de los supuestos anteriormente relatados, los mecanismos de tutela activa implican la consagración de sistemas de protección que pueden ser utilizados por los particulares para oponerse a la privación o limitación del derecho de propiedad. Estos mecanismos, conforme surge de la Constitución, se clasifican en *directos* e *indirectos*.

(i) *Tutela directa*

Los primeros se denominan de esta manera porque el propietario puede obtener una defensa inmediata de su derecho de propiedad, de modo que las medidas que puede utilizar tienen la capacidad de impedir totalmente la privación o restricción, u obtener una reparación del perjuicio que hubiere sufrido en virtud de estos actos.

El primer *mecanismo directo* de tutela constitucional de la propiedad consiste de la *acción de protección*. Esta acción ha sido prevista para defender al particular frente a los “*actos u*

omisiones arbitrarios o ilegales” que signifiquen “*privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio*” del derecho de propiedad, el cual se encuentra expresamente enumerado (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º). Se trata éste de un mecanismo de tutela directa, dado que la constatación de algunas de las circunstancias que impliquen la afectación de la propiedad determinará que el afectado puede requerir por sí o por cualquiera a su nombre, ante la Corte de Apelaciones respectiva, que se adopten incluso “*de inmediato*” todas aquellas providencias que se juzguen “*necesarias*”, a fin de “*restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*” (Const. Pol., art. 20 inc. 1.º). Dado el carácter de urgencia que caracteriza a esta acción, ella no constituye impedimento para que el afectado pueda hacer ejercicio de “los derechos” que podrá invocar, ya sea ante la autoridad, o ante los tribunales correspondientes (Const. Pol., art. 20 inc. 1.º).

Otro mecanismo directo de tutela de la propiedad se aprecia en el derecho que tiene el expropiado de *reclamar* acerca de la *legalidad del acto expropiatorio*. Como se indicó, la expropiación debe obedecer a un conjunto de estándares que el constituyente se encargó de precisar, de modo que el proceso de expropiación sólo se hace válido en la medida que éste respete dichos estándares generales. Si ello no ha ocurrido en un caso en concreto, el particular tiene el derecho de discutir ante los tribunales ordinarios acerca de la procedencia y oportunidad de la expropiación. Siendo así, el primer instrumento directo de defensa del propietario en esta materia consiste que defienda el que no se cumplen con las condiciones legales exigidas

En relación con el derecho del expropiado para reclamar respecto de la procedencia del acto expropiatorio, constituye igualmente un mecanismo de tutela directa de la propiedad aquel derecho que surge a favor del primero para que se decrete por el juez, a partir del mérito de los antecedentes que se invoquen en la oportunidad, la *suspensión de la toma de posesión del bien*²⁴⁷⁶. De ninguna forma podrá continuarse con la privación material del objeto expropiado si se discute la procedencia misma de este acto estatal, lo cual se entiende sólo si la propiedad importara una calidad susceptible de respeto por el Estado incluso si este último ya ha iniciado los procedimientos dirigidos a completar el acto expropiatorio.

También asociado a la expropiación, se protege la propiedad a través de la concesión al expropiado del *derecho a obtener indemnización como consecuencia de la privación de su propiedad*²⁴⁷⁷. Aunque se considere que la expropiación importe un acto lícito, donde el Estado no ha obrado en forma dolosa o culpable, ni tampoco bajo un marco de falta de servicio, y que incluso obedece a los intereses generales, ello no significará en forma alguna que el expropiado se convierta en un mero instrumento del beneficio colectivo. Es por ello que se le asegura que tendrá el derecho a obtener una indemnización, el cual abarcará una unidad mínima que consiste del “*daño patrimonial efectivamente*

²⁴⁷⁶ CERDA (1988), p. 175.

²⁴⁷⁷ VARAS (1940), núm. 141, p. 222; JUNTA DE GOBIERNO (1974), p. 20; CERDA (1988), p. 174; VIVANCO (2006), p. 500; NAVARRO (2016), pp. 201-202.

causado”²⁴⁷⁸, no siendo procedente por esta vía el resarcimiento de los llamados “perjuicios extrapatrimoniales o morales”²⁴⁷⁹. Por último, el hecho que al propietario se le reconozca el derecho a indemnización, significa el reconocimiento de tal derecho en forma integral, el cual sólo sufrirá una mutación en el objeto sobre el cual recaía ese derecho, y que a partir del pago consistirá de la indemnización²⁴⁸⁰.

A propósito de la indemnización por expropiación, se han contemplado algunas *condiciones mínimas en la forma en que se ejecutará esta prestación*. Así, se ha dispuesto que esta indemnización debe ser pagada en dinero efectivo al contado, en caso que no hubiere acuerdo respecto de la ejecución de la obligación²⁴⁸¹. No se permitirá que el Estado dilate su cumplimiento, bajo riesgo de comprometer la integridad de esta prestación en caso que se produjere un fenómeno inflacional. La única forma en que se disponga un sistema de pago en cuotas, será cuando el expropiado consienta con el Estado en este punto.

Del mismo modo, se trata de un mecanismo de tutela directa de la propiedad que *el expropiado tendrá derecho para reclamar ante los tribunales ordinarios de justicia por el monto de la indemnización que el Estado ha pagado por concepto de expropiación*²⁴⁸². Dado que el estándar acerca del monto de la indemnización se encuentra determinado por la Constitución, cual es el daño patrimonial efectivamente causado, corresponde que este daño sea determinado en términos completos, si la evaluación formulada por el órgano expropiante no satisface esta integridad de la reparación. Por otro lado, en caso que el expropiado reclamare del monto fijado unilateralmente por la Administración por concepto de la expropiación, e intentare demandar judicialmente por su determinación, ésta se efectuará por medio de peritos, los cuales garantizarán la imparcialidad del proceso.

Importa un mecanismo de tutela directa de la propiedad, en el contexto de la expropiación, *la subordinación de la toma material del bien al pago previo del total de la indemnización*. Bajo estos respectos, mientras no tenga lugar este pago total, no podrá continuarse con ningún proceso de toma material de los bienes.

Incluso dentro de los estados de excepción constitucional se han contemplado mecanismos de tutela directa de la propiedad, las cuales no importan en sí mismas un cuestionamiento de la calificación que la autoridad determinó para autorizar su decreto. Sin embargo, han sido previstas algunas formas de defensa que tienen los particulares frente a las medidas de requisiciones y limitaciones al dominio. La primera de ellas es general, y se relaciona con el ejercicio de “*los recursos que corresponda*” ante las autoridades judiciales, frente a aquellas medidas particulares que se adopten y que “*afecten derechos constitucionales*”, como es el caso de la propiedad (Const. Pol., art. 45 inc. 1.º). No se han limitado las clases

²⁴⁷⁸ Esta situación forma parte de aquellas hipótesis descritas por algunos autores como “responsabilidad por acto ilícito”, lo cual constituiría una situación excepcional en la dinámica de la responsabilidad civil.

²⁴⁷⁹ CERDA (1988), p. 174.

²⁴⁸⁰ VARAS (1940), núm. 141, p. 222.

²⁴⁸¹ CERDA (1988), p. 174.

²⁴⁸² CERDA (1988), p. 174.

de recursos que son procedentes en este punto, de modo que se comprenden la acción de protección (Const. Pol., art. 20), como asimismo todas las demás acciones que corresponden conforme las reglas generales. Por tanto, deberá ser posible que el particular intente las acciones civiles como la reivindicatoria, posesorias, indemnización de perjuicios, entre otras. Incluso podrá ejercer las acciones penales si han concurrido las circunstancias pertinentes.

Otra medida de protección directa que tiene el particular en un supuesto de estado de excepción constitucional, consiste de su derecho de pedir *una indemnización*, en caso que sufra la requisición de sus bienes durante dichos estados. Esta acción se ejercerá conforme las reglas generales (Const. Pol., art. 45 inc. 2.º).

Del mismo modo, si con ocasión de un estado de excepción constitucional se introdujere a la propiedad una limitación que importen una *“privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño”*, el afectado igualmente tendrá derecho a una indemnización.

(ii) *Tutela indirecta*

Los mecanismos de tutela indirecta de la propiedad consisten de medios que, en sí mismos, no generan una reacción inmediata ni para impedir la afectación de la propiedad o su resarcimiento, pero que a través de ellos podrá conseguirse de manera mediata tal resultado.

El principal mecanismo indirecto de tutela de la propiedad lo podemos encontrar en los *recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, y en el *recurso de inconstitucionalidad*. Este recurso se encuentra previsto con independencia de la materia respecto de la cual el precepto legal pudiere ser contrario a la Constitución, de modo que sostenemos que éste tutela indirectamente la propiedad porque este derecho se encuentra regulado por la Carta Fundamental, la cual ha contemplado una serie de asuntos a su alrededor que constituyen asuntos de reserva legal. Siendo así, es posible que en la decisión de algún asunto, de cualquiera naturaleza jurisdiccional, se contemple eventualmente un precepto legal cuya aplicación sea contraria a la Constitución, e incluso sea decisiva para resolver la cuestión. En tal supuesto, se entenderá que la aplicación del precepto legal será contraria a la Constitución desde el momento que produzca una privación de la propiedad, sin sujeción a los marcos propios de la expropiación, o que implique la introducción de una limitación u obligación que no satisfaga los estándares propios de la función social de la propiedad, o que incluso afecte el derecho de propiedad en su esencia.

Si hubiere ocurrido que un precepto legal hubiere sido declarado previamente inaplicable por su inconstitucionalidad, y que para este caso el motivo hubiere tenido relación con haber estado reñido con la tutela que la Carta Fundamental ofrece en materia del derecho de propiedad, *“habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”* (Const. Pol., art. 93 N.º 7).

A partir de la revisión de estos antecedentes, se aprecia que el constituyente ha efectuado una regulación compleja del derecho de propiedad, asegurando su tutela no sólo en el supuesto típico de la expropiación, sino también cuando se pretendan introducir limitaciones que, sin disponer formalmente la privación del dominio, se desenvuelven en términos tales que no respetan los estándares propios de la función social, o que signifiquen en los hechos una privación encubierta de la propiedad, desde que ellas afectan a este derecho en su esencia. La propiedad resulta protegida no sólo cuando es la Administración del Estado la que genera su afectación, sino también cuando esta perturbación proviene de los particulares, e incluso del mismo legislador. Este último se encuentra fuertemente limitado en cuanto al ámbito de libertad en la determinación del contenido de los preceptos legales que regulen la propiedad.

SECCIÓN 3: EL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE EL DERECHO PRIVADO

Dada la naturaleza de la propiedad, la cual es un derecho del cual gozan los particulares, y que el Estado se encuentra en la necesidad de proteger, es en el Derecho Privado donde se encuentra la sede natural para tratar sobre el derecho de dominio, y se pueden consagrar los mecanismos jurídicos de protección de la misma.

En este contexto, la propiedad resulta especialmente protegida, por tratarse de un medio indispensable para el funcionamiento del tráfico jurídico, entendido como un sistema de intercambio de bienes y servicios. En este proceso, la propiedad marca el punto de consolidación de la incorporación de dichos bienes y servicios en el patrimonio de su titular. Por tanto, el derecho patrimonial encuentra su fundamento en la propiedad privada.

§ 1. EN CUANTO A LA ORGANIZACIÓN NORMATIVA

Conforme la Constitución Política, constituye un asunto de *reserva legal* el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (Const. Pol., art. 19 N.º 24.º inc. 1.º)²⁴⁸³.

El lugar llamado a regular todo lo relativo al origen del dominio, sus modos de adquirir, derechos, cargas y obligaciones, y las acciones de tutela, ha sido el *Código Civil*.

La importancia que reviste la propiedad en la organización del Código Civil resulta evidente. El Libro Segundo del Código Civil se apoya fuertemente en el tratamiento de la propiedad, y ella se extiende incluso más allá de esa ubicación. Pero esa preocupación se extiende también a las maneras en que se le aseguró su tutela, sobre lo cual se tratará a

²⁴⁸³ PEÑAILILLO (2013), núm. 57 bis, p. 88.

continuación. En suma, la estructura del Libro Segundo del Código Civil reposa sobre una división en cuatro partes: 1) La clasificación de los bienes, incluyendo a la propiedad entre ellas, al calificarla en cuanto “derecho real” y ser considerado este último una clase de bien (incorporal); 2) Los modos de adquirir el dominio de los bienes; 3) Las limitaciones de la propiedad; y 4) Las acciones de protección de la propiedad.

§ 2. EN CUANTO A LOS MEDIOS DE TUTELA

La máxima forma de tutela que el ordenamiento jurídico puede ofrecer respecto de la propiedad consiste de la concesión de un conjunto de acciones que reaccionen frente a los actos que signifiquen su afectación.

Alrededor de la tutela jurídica del dominio, la doctrina ha podido identificar un conjunto de acciones especiales. Estas acciones han sido clasificadas según si protegen directa o indirectamente el dominio.

2.1. Acciones de tutela indirecta de la propiedad

Las *acciones de protección indirecta de la propiedad* son aquellas que, en general, persiguen la restitución de un bien como consecuencia de la extinción del contrato, o de ciertas restituciones que tienen una fuente distinta de la contractual.

Serían de este tipo la acción del comodante para exigir la *restitución* del bien entregado, una vez que se ha cumplido la vigencia del contrato de comodato; cuando el contratante exige la restitución de un bien entregado como consecuencia de la nulidad o resolución del contrato; el deudor que, creyéndose tal, ha pagado a una persona a quien nada debía, y exige la restitución del bien como consecuencia de los efectos propios del cuasicontrato de pago de lo no debido²⁴⁸⁴.

También constituye un mecanismo de tutela indirecta de la propiedad las *acciones posesorias* (CCCh., art. 916)²⁴⁸⁵ y la *acción publiciana* (CCCh., art. 894)²⁴⁸⁶.

²⁴⁸⁴ En rigor, protegen a quien ha efectuado una prestación que involucra la entrega del mismo bien, y ellas protegerán la propiedad en la medida que su titular sea no sólo el acreedor, sino también dueño del mismo bien. Por tanto, no es necesario ser dueño del bien para que puedan ser interpuestas, de modo que el vendedor de una cosa ajena podrá reclamar la restitución de la cosa vendida que ha entregado en virtud del contrato de compraventa.

Estas acciones usualmente se encuentran sujetas a plazos de prescripción extintiva de corto tiempo (CCCh., art. 2524). Empero, aquellas que carecen de un plazo específico, debemos concluir que se tratan normalmente de acciones de naturaleza personal, lo cual lleva a concluir que se sujetan a los plazos de las prescripciones extintivas de largo tiempo (CCCh., arts. 2514 y 2515).

²⁴⁸⁵ PEÑAILILLO (2013), núm. 260, p. 514.

²⁴⁸⁶ PEÑAILILLO (2013), núm. 260, p. 514.

2.2. Acciones de tutela directa de la propiedad

Las acciones directas son aquellas que sólo pueden ser ejercitadas por quien se pretende dueño de la cosa que reclama, la cual puede dirigirse en contra de quien la tenga en su poder, y que para su ejercicio se requiere justificar la calidad de dueño del mismo bien.

Esta clase de acciones son las que tienen la naturaleza propia de acciones reales, y deberán ser abordadas en esta sede. Bajo este respecto, debemos considerar todas aquellas acciones de dominio que, no estando sujetas a un plazo especial de prescripción extintiva o caducidad, tienen como titular al dueño del bien que se reclama.

En ninguno de estos casos, la ley ha señalado que estas acciones se extingan como consecuencia de la prescripción extintiva. Y dadas las condiciones en que estas acciones se extinguen para su dueño, cual es la prescripción adquisitiva que se haga del mismo derecho, ocurre que estas acciones tendrían la calidad de ser imprescriptibles, porque no se agotan por el solo transcurso del tiempo.

El régimen jurídico previsto por el Código Civil para la defensa directa del derecho de propiedad, se encuentra compuesto de la *acción reivindicatoria* (CCCh., art. 889)²⁴⁸⁷, la *acción de demarcación* (CCCh., art. 842)²⁴⁸⁸, la *acción de cerramiento* (CCCh., art. 844)²⁴⁸⁹, la *acción de precario* (CCCh., art. 2195 inc. 2.º)²⁴⁹⁰, y algunas *acciones restitutorias especiales*²⁴⁹¹.

²⁴⁸⁷ PEÑAILILLO (2013), núm. 260, p. 512; MEJÍAS (2018), p. 35.

Esta acción plantea algunas dificultades estructurales. Ella se apoya en una forma de defensa que, en virtud de su estructura, se dirige necesariamente en contra de un poseedor (CCCh., arts. 889 y 895), no siendo posible su ejercicio en contra de una calidad diferente de apoderamiento de los bienes. Aunque se autorice que se dirija en contra de un mero tenedor, el éxito de esta acción sólo conducirá a que este último declare el nombre y domicilio de aquella persona a cuyo nombre detenta el mismo bien (CCCh., 896), y que conducirá nuevamente a que se dirija en contra del poseedor.

Asimismo, la acción de dominio obliga al titular a que pruebe su dominio. Esta inversión probatoria se produce desde el momento en que la acción se exige ser dirigida en contra del poseedor, al cual se le presume legalmente dueño (CCCh., art. 700 inc. 2.º). Siendo así, el debate probatorio queda centrado en la necesidad que el demandante pueda desacreditar que el demandado sea dueño, y que pruebe él mismo su calidad de tal, destruyendo de esta manera la presunción de dominio (PEÑAILILLO, 2013, núm. 265, p. 526).

Esto ha planteado algunas dificultades para aquellos supuestos en los cuales invoca, para probar dicha condición, un modo de adquirir el dominio de carácter originario o derivativo. Una síntesis del debate, en PEÑAILILLO (2013), núm. 265, pp. 527-528.

²⁴⁸⁸ Aunque se encuentre ubicada dentro de las reglas sobre las servidumbres, se trata de una acción propietaria directa (PEÑAILILLO, 2013, núm. 260, p. 513; MEJÍAS, 2018, p. 35). Esto, dado que ha sido concedida expresamente al “dueño”, y se trata de una acción que dice relación con la característica de exclusividad en el ejercicio que caracteriza al dominio.

²⁴⁸⁹ Al igual que con la acción de demarcación, la de cerramiento se encuentra contemplada dentro del régimen jurídico de las servidumbres activas, pero ella misma constituye una acción propietaria directa (PEÑAILILLO, 2013, núm. 260, p. 513).

²⁴⁹⁰ MEJÍAS (2018), p. 40.

Se trata de una acción que ha sido construida a partir de este solo precepto legal, siendo uno de sus requisitos que sea ejercitada por el dueño, que exista tenencia de una cosa ajena, que esta

SECCIÓN 4: SÍNTESIS

Conforme fue explicado, la propiedad presenta una regulación compleja, lo cual se explica por su importancia en cuanto derecho fundamental, y como elemento integrante del tráfico jurídico. Ello explica que haya sido objeto de regulación en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional y el derecho civil.

En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos, la tutela de la propiedad ha pasado por algunas situaciones especiales. Siendo reconocida en las primeras Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano, y asumida su concepción liberal, su objetivo principal es reaccionar directamente frente al poder del Estado, impidiendo que este último pueda privar de manera arbitraria de su derecho al particular, sin previo pago de una indemnización. Por el contrario, cuando se pretendió establecer un tratamiento sobre este derecho en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, quedó en evidencia la contraposición de apreciaciones con aquellos Estados que practicaban sistemas económicos de planificación central. Estos últimos manifestaban su rechazo a cualquier reconocimiento directo de la propiedad privada. Ello dificultó el debate e hizo compleja su incorporación a los textos internacionales.

En cuanto al derecho constitucional, Chile experimentó prácticamente las mismas tendencias que se observaron a nivel comparativo. Esto, en el sentido de partir con una perspectiva liberal de la propiedad, proclamando su inviolabilidad, salvo en lo tocante a la expropiación, procedimiento este último que se estableció en los primeros textos constitucionales, y en las Cartas de 1833 y 1925. A partir de esta última, comienza a desarrollarse la doctrina de la función social de la propiedad, la cual no se consagrará de forma explícita, en cuanto concepto, sino a partir de las reformas constitucionales de la década de 1960. Finalmente, la Constitución de 1980 consagra un modelo de propiedad fuertemente protegido, como una reacción a la manera en que Presidente SALVADOR ALLENDE G. reguló constitucionalmente este derecho, aunque conserva la función social, y

tenencia se haga sin previo contrato, y que la tenencia se produzca por ignorancia o mera tolerancia del dueño (HALABI/SAFFIRIO, 1996, pp. 19-20; RAMOS, 1986, núm. 5, p. 10).

Asimismo, y confirmando su condición de ser una acción real, desde un punto de vista probatorio existe consenso en que es de cargo de la demandante acreditar ese dominio (HALABI/SAFFIRIO, 1996, pp. 22-23; MEZA, 1997, núm. 26, p. 20; RAMOS, 1986, núm. 4, p. 8).

2491

Las restituciones suelen ser consagradas como formas de tutela indirectas de la propiedad, dado que suelen ser concedidas a un contratante con ocasión de la extinción de un contrato que le obliga a cumplir tal clase de prestación.

Sin embargo, existen algunos ámbitos de obligaciones restitutorias en las cuales su acreedor es el dueño. Éste invoca su calidad de tal para obtener la restitución, de modo que se constituyen estas pretensiones en calidad de mecanismos de tutela directa de la propiedad.

Una revisión general de estas acciones, en PEÑAILILLO (2013), núm. 261, p. 514.

regula fuertemente la expropiación. También asegura su protección jurisdiccional, a través de la acción de protección, e indirectamente mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En el plano civil, la propiedad ha sido regulada tempranamente, dado que en este ámbito es donde se concentra todo lo relativo a su adquisición, ejercicio y extinción. El Código Civil chileno, como ocurrió con aquellos dictados durante el siglo XIX, se caracterizó por una concepción liberal de la propiedad, que permite que el propietario pueda ejercitar sus facultades de manera plena, e incluso arbitraria, quedando sujeto a las consecuencias derivadas de un ejercicio abusivo, o de las limitaciones previstas por la legislación en general. En el Código Civil se encuentran una serie de mecanismos de defensa a este derecho, siendo el principal la acción reivindicatoria.

Capítulo IV:

POR LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE TUTELA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD

SUMARIO: Sección 1: Estado dogmático: § 1. Desde un punto de vista general – **§ 2.** Algunos esfuerzos.- **Sección 2: Metodología utilizada para la identificación del principio jurídico.- Sección 3: Denominación.- § 1.** Planteamiento – **§ 2.** Críticas – **§ 3.** Propuesta.- **Sección 4: Un ensayo de definición: § 1.** Planteamiento – **§ 2.** Críticas – **§ 3.** Propuesta.- **Sección 5: Autonomía del principio.- Sección 6: Síntesis.**

En esta última parte se formulará un esfuerzo conceptual y descriptivo del principio de tutela jurídica de la propiedad. Para ello, formularemos una descripción acerca del estado dogmático de la materia (**Sección 1**). En segundo lugar, expondremos la metodología que utilizaremos para identificar el principio (**Sección 2**).

La identificación del principio de tutela jurídica de la propiedad se efectuará desde un punto de vista terminológico (**Sección 3**) y conceptual (**Sección 4**). Cerraremos con una revisión acerca de la autonomía del principio (**Sección 5**).

**SECCIÓN 1:
ESTADO DOGMÁTICO**

La primera cuestión que deberá abordarse dice relación con la determinación del estado doctrinario en torno al reconocimiento del principio bajo análisis.

Para ello, se efectuará una revisión general de la literatura dedicada al estudio del derecho de bienes (§ 1). Junto con ello, debemos revisar las principales obras generales de derecho privado (§ 2).

§ 1. DESDE UN PUNTO DE VISTA GENERAL

El derecho de propiedad constituye un hito central en el funcionamiento y enseñanza del derecho de los bienes, dado que éste se ha organizado alrededor de dicho derecho. Es por ello que se aprecie una preocupación no sólo por su conceptualización, sino también por los modos de adquirirla, las desmembraciones o limitaciones a las cuales se encuentra sujeta, y las acciones de tutela directa o indirecta. Empero, a pesar de esta preocupación unánime, ello no se tradujo a la órbita de los principios jurídicos que rigen esta área del derecho

privado. En las obras nacionales no es posible constatar algún esfuerzo de identificación de los principios jurídicos que la integran.

La falta de construcción de estos principios podría justificarse en tres hipótesis; porque tales principios fuese considerados innecesarios en la materia, o porque se tratan de algunas ideas consabidas y obvias para que sean enunciadas, o bastará con aquellos de general aceptación. Tales explicaciones suponen una serie de complicaciones, dado que significarían que el derecho de bienes se convertiría, en forma excepcional, en la única área del derecho privado que no contaría con un catálogo sistemático de principios, ya que en todas las demás sí se ha conseguido la sistematización de los principios que las rigen. Por otro lado, sería imposible que el derecho de bienes se estime un punto carente de organización interna, dado que significaría admitir un modelo normativo caótico, donde se dan respuestas diferentes para cada clase de situación, lo cual finalmente no ocurrió; el régimen jurídico tiene un orden interno, y es el que permitirá identificar sus principios jurídicos.

Por último, si se estimase que bastaran los principios generales, tendríamos que sostener dos aspectos preliminares; que existe un consenso general en torno a los principios que son aceptados, y que entre ellos se encuentra alguna alusión hacia la “tutela jurídica de la propiedad”.

Este aspecto será tratado de manera detallada a continuación, porque incide inmediatamente en el asunto tratado en este apartado.

§ 2. ALGUNOS ESFUERZOS

Una revisión de la literatura que emana de aquellos autores que han identificado y organizado los principios jurídicos que rigen al derecho privado y el derecho civil, arroja una disgregación en este punto.

De acuerdo a lo tratado en esta obra, en los textos de PINTO²⁴⁹², DUCCI²⁴⁹³, ROSENDE²⁴⁹⁴, PARADA²⁴⁹⁵, ALCALDE²⁴⁹⁶ y CORRAL²⁴⁹⁷, no existe unanimidad en cuanto a la cantidad y naturaleza de los principios identificados. Es más, entre los mismos autores no parece haber consenso sobre si la propiedad logra configurar alguna clase de principio jurídico a su alrededor.

²⁴⁹² PINTO (1972), núm. 13, pp. 57-78.

²⁴⁹³ DUCCI (1980), pp. 28-45.

²⁴⁹⁴ ROSENDE (2002).

²⁴⁹⁵ PARADA (2012), pp. 33-62.

²⁴⁹⁶ ALCALDE (2016), pp. 46-66.

²⁴⁹⁷ CORRAL (2018), pp. 29-35.

Es así que, mientras DUCCI²⁴⁹⁸ omite cualquiera alusión a la propiedad en cuanto principio, los demás sí proponen que la propiedad pueda configurarlo. Sin embargo, hasta allí llega la similitud, porque lo que ocurrirá es una total discrepancia respecto de la naturaleza del principio; PINTO habla del “*absolutismo dominical*”²⁴⁹⁹, mientras que ROSENDE se refiere a “la libre disposición de los bienes y su libre circulación”²⁵⁰⁰; PARADA lo identifica como “*respeto y protección de la propiedad privada*”²⁵⁰¹, y CORRAL lo describe como la “*libre circulación de la propiedad*”²⁵⁰².

En forma especial, debemos considerar la formulación propuesta por FERMANDOIS, quien sostiene la existencia del “principio de propiedad privada”²⁵⁰³.

SECCIÓN 2: METODOLOGÍA UTILIZADA PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO JURÍDICO

Puede apreciarse cómo distintas normas presentes en el ordenamiento jurídico dan cuenta del significado e importancia que reviste la propiedad para las personas, e incluso el rol que el Estado le asigna. Es por ello que resulta posible determinar de qué forma se encuentra reconocido como principio.

La estructura usual de un principio jurídico gira sobre la base de dos elementos. En primer lugar, identifica un bien que el ordenamiento jurídico reconoce en una calidad fundamental, dado que se organiza y construye de manera armónica y lógica alrededor de este bien²⁵⁰⁴. En otros casos, lo que se persigue es denunciar alguna clase de circunstancia negativa²⁵⁰⁵.

En segundo lugar, y una vez que la propiedad es identificada como un bien jurídico superior, o constatada una situación negativa, el principio se traduce en una medida de acción alrededor de ese elemento positivo o negativo identificado por el derecho. Esta actividad, si se trate de una situación negativa, implicará que se adopten medidas concretas para evitar que ocurra²⁵⁰⁶. Para el caso de los bienes jurídicos, la actividad desplegada a su alrededor consiste de la disposición de medios que estimulen su aplicación²⁵⁰⁷.

2498 DUCCI (1980), núm. 20, p. 28.

2499 PINTO (1972), núm. 13, p. 59.

2500 ROSENDE (2002), pp. 173-174.

2501 PARADA (2012), p. 33.

2502 CORRAL (2018), p. 33.

2503 FERMANDOIS (2011), p. 110.

2504 Así ocurre con la voluntad contractual, la buena fe, la apariencia, los actos propios, la responsabilidad, entre otros.

2505 Es el supuesto del enriquecimiento sin causa.

2506 Es lo que ocurre con la expresión “repudio” al enriquecimiento sin causa, o “no contrariar” los actos propios.

2507 Es lo que ocurre con la “protección” de la buena fe, o el “respeto” a los actos propios, o la “autonomía” de la voluntad.

SECCIÓN 3: DENOMINACIÓN

Las formulaciones para la denominación del principio que se han recopilado (§ 1), serán objeto de una revisión crítica (§ 2), a fin de formular una proposición descriptiva (§ 3).

§ 1. PLANTEAMIENTO

Tal y como se describió, entre los autores que postulan la existencia de un principio jurídico relacionado con el derecho de propiedad, no existe consenso en la denominación.

Por este motivo, se aprecian expresiones como “*absolutismo dominical*”, “*respeto y protección a la propiedad privada*”, o “*libre circulación de la propiedad*”, las cuales han sido señaladas.

Resulta de interés abordar cada una de estas proposiciones, a fin de establecer si se relacionan o no con aquel que será utilizado en el trabajo.

§ 2. CRÍTICAS

En cuanto a la proposición para la definición de este principio como “*absolutismo dominical*”, no da cuenta de cómo se entiende el principio en su funcionamiento, sino que sólo resalta una característica históricamente determinada de la propiedad, conforme al modelo bajo el cual se formó y entró en vigencia el Código Civil. Es más, el problema de las acciones que han sido consagradas en defensa de este principio tampoco figura en parte alguna, lo que sólo se explica bajo la idea que la protección de la propiedad no es, en sí mismo, una manifestación o consecuencia del carácter absoluto que tendría el derecho.

En lo que dice relación con la noción “*respeto y protección de la propiedad privada*”, La utilización de esta clase de descripción nuevamente coincide con la identificación de un núcleo, el cual se apoya en un bien jurídico que consiste de la “propiedad privada”. Junto con ello, su consideración en cuanto principio obliga a determinar qué es lo que el derecho hace frente a este bien jurídico, y que en concepto de la propuesta analizada, involucra su “respeto” y su “protección”. Esta propuesta incurre en un problema de aparente reiteración desde el punto de vista conceptual, dado que un determinado instituto jurídico resulta protegido sólo en el entendido que se trata de una realidad que merece respeto por parte del derecho.

Por otro lado, los conceptos parecen perder fuerza a través del recurso a expresiones que no sólo pueden comprenderse en un sentido jurídico. En este sentido, el “respeto” y la “protección” de algo pueden tener lugar desde un plano moral, religioso, ético, o incluso político, las cuales pueden coexistir con las medidas previstas en el ámbito jurídico.

Por último, en cuanto al concepto “*libre circulación de la propiedad*”, no se trata de una proposición que atienda en forma detenida en el desarrollo y ejercicio del dominio, salvo en la facultad de disposición de los bienes. Tampoco atiende a la defensa que le corresponde. Por último, se ha sostenido en el trabajo que el principio de libre circulación de los bienes goza de plena autonomía respecto del principio de tutela de la propiedad, de modo que no se tratan de principios que deban comprenderse en cuanto sinónimos. Sobre este punto debe tratarse en forma específica.

§ 3. PROPUESTA

Es por ello que parece más apropiada la utilización, desde el plano conceptual, de la expresión “*tutela jurídica de la propiedad*”.

Este concepto igualmente da cuenta de la presencia de la propiedad como un núcleo central, el cual es objeto de protección, pero se trata de una medida de cuidado que se comprende en un sentido jurídico. Por lo pronto, en el plano del derecho procesal contemporáneo es muy recurrente el uso de la palabra “tutela”, para efectos de referirse a los mecanismos que disponen los particulares para acudir ante el juez, en defensa de sus pretensiones.

SECCIÓN 4: UN ENSAYO DE DEFINICIÓN

§ 1. PLANTEAMIENTO

Como fue señalado, una dificultad derivada del escaso tratamiento que se ha hecho en la presente materia, consiste de la ausencia de proposiciones conceptuales para describir en qué se traduce este principio.

Es así que algunos autores sólo afirman que la propiedad tiene los caracteres de ser “privada, individualista, absoluta, casi libre de trabas”²⁵⁰⁸, e incluso enseñando cuáles son las principales manifestaciones de estas características a lo largo del Código Civil²⁵⁰⁹. Tal exposición tiene como problema el que pretende definir tan sólo a partir de ciertos atributos

²⁵⁰⁸ PINTO (1972), núm. 13, p. 68.

²⁵⁰⁹ PINTO (1972), núm. 13, pp. 69-77.

que tiene el derecho de propiedad, no explicando de forma alguna cómo el derecho opera frente al reconocimiento que hace de este derecho.

Otros se limitan únicamente a formular una descripción histórica en torno a la evolución que ha tenido la propiedad en la historia jurídica, desde el feudalismo hasta la Revolución Francesa, punto en el tiempo donde se generarán los primeros contornos de la propiedad, y la determinación de sus atributos clásicos²⁵¹⁰.

Adicionalmente, se plantean las principales críticas a la concepción de propiedad reconocida en las codificaciones clásicas²⁵¹¹, que la conciben como un derecho excesivamente individualista²⁵¹², y que luego avanza hacia la proposición de la “función social”²⁵¹³, y el señalamiento de una serie de mecanismos que satisfacen este rol²⁵¹⁴.

También debemos considerar que el análisis formula algunas precisiones respecto de las limitaciones al dominio²⁵¹⁵ y la clase de bienes sobre los cuales se ejerce este derecho²⁵¹⁶.

Por último, aquellos que se apoyan en la noción de “libre circulación de la propiedad”, ponen su énfasis en que la libertad que se manifiesta y defiende el Código Civil “se traduce también en la circulación de la propiedad”²⁵¹⁷, y que sólo comprende como estructura interna la libertad para adquirir toda clase de bienes, la libertad de enajenar y disponer libremente de ellos, en la libertad para pedir la partición de los bienes comunes, y la libertad para testar²⁵¹⁸.

§ 2. CRÍTICAS

Como fue explicado, aquellos que explican que el principio manifestado en el derecho privado consiste en el “*absolutismo dominical*”, incurrir en el equívoco de no explicar en qué forma se cumple la función típica del principio jurídico.

Conforme se ha detallado, un principio pretende dar cuenta que el ordenamiento jurídico adopta ciertas medidas de tutela de un bien o valor jurídico, como ocurre con el “principio de protección de la buena fe”, o evita la producción de una circunstancia que estima reprochable, como es el caso del “repudio al enriquecimiento sin causa”.

2510 PARADA (2012), p. 36.
2511 PARADA (2012), p. 36.
2512 PARADA (2012), p. 36.
2513 PARADA (2012), p. 36.
2514 PARADA (2012), p. 37.
2515 PARADA (2012), p. 37.
2516 PARADA (2012), p. 37.
2517 CORRAL (2018), p. 32.
2518 CORRAL (2018), pp. 33-34.

Ninguna de tales circunstancias queda reflejada con la noción adelantada. Incluso más, ocurriría que el principio debería ser entendido de una manera equívoca, ya que literalmente implicaría que el Derecho contempla mecanismos que tienden a asegurar la libertad o inviolabilidad del dominio, circunstancia que en conformidad a las tendencias contemporáneas del derecho constitucional y del derecho civil, es precisamente la rechazada.

Respecto de aquella que proclama el “respeto y protección de la propiedad privada”, esta clase de análisis no explica en forma alguna en qué consiste tal respeto y protección que le correspondería a la propiedad. Es más, lo único que parece evidenciarse es que la propiedad constituye un derecho surgido bajo una concepción individualista, que se debe ajustar a las exigencias propias de la función social. Pero sigue habiendo una indeterminación del concepto.

Esta clase de ausencia sólo podría comprenderse si se asume que el solo concepto “*respeto a la propiedad privada*” sea suficiente para entender el funcionamiento de este principio. Empero, si ello fuese así, se incurre en el defecto de no explicar en forma alguna cómo el derecho protege la propiedad²⁵¹⁹. No sólo eso, ni siquiera se recuerda dónde se manifiesta este principio, y lo único que pareciera comprenderse es que se trata de un principio que debe ser limitado, por un conjunto de razones derivadas de su individualismo.

Aquellos que proclaman la “*libre circulación de los bienes*” como un principio de engloba la tutela de la propiedad, incurren en el equívoco de atender únicamente el ejercicio de la facultad de disposición, la cual no es la única que merece especial protección en la materia.

Por último, la designación “principio de propiedad privada” no permite distinguir el principio del bien jurídico tutelado por su intermedio –fuera de la mención de “principio de”–, creándose por esta vía una abierta confusión en lo conceptual. Por otro lado, tampoco permite identificar la manera específica en que se traduce el funcionamiento del principio.

§ 3. PROPUESTA

Siendo así, si se postula que existe el principio de “tutela jurídica de la propiedad”, entonces significará que consiste del siguiente:

“El derecho, reconociendo la existencia de la propiedad, y su importancia para el tráfico jurídico y desarrollo de la actividad económica nacional, adopta medidas tendientes a proteger dicho derecho, tanto en su existencia, como el ejercicio de las facultades que emanan de éste”.

²⁵¹⁹

Así surge al evaluar la proposición del principio que formula PARADA (2012), pp. 36-37.

Conforme esta definición, el derecho efectúa un “reconocimiento” de la existencia del derecho de propiedad. En consecuencia, lo estima una realidad que precede a la regulación positiva que se pueda hacer de ella. Aunque se trate de establecer ciertas condiciones para adquirir o ejercitar la propiedad, e incluso su pérdida, ellas deben girar sobre la base inicial de considerar que todas las personas tienen derecho de propiedad.

Atendido el perfil propuesto en el trabajo, y conforme se explicará a continuación, se considera que el derecho de propiedad tiene una ubicación central en el desarrollo de la actividad económica. Sea que el sistema económico imperante consista de uno de libertad de mercado, o social de mercado, e incluso aquellos centralmente planificados, cualquiera clase de regulación que se haga respecto de este derecho tendrá incidencia en el funcionamiento del régimen económico imperante.

SECCIÓN 5: AUTONOMÍA DEL PRINCIPIO

Cuando abordamos cómo la doctrina ha intentado sistematizar los principios del derecho privado, fue señalado que algunas de esas propuestas parecieran asociar la tutela de la propiedad al hecho que se tuviera especial consideración con el principio de *libre circulación de los bienes*.

El problema de esta interpretación se relaciona con la “autonomía” de los principios. Un principio jurídico debería tener la fuerza suficiente para contar con una estructura propia, e incluso con ciertos requisitos que le sean propios, y su conjunto permite justificar un funcionamiento que le sea característico y singular.

La idea de vincular la tutela de la propiedad a la libre circulación de los bienes induce a confusiones desde el punto de vista no sólo conceptual, sino también orgánico y funcional. Por una parte, podría argumentarse que la absorción de la tutela de la propiedad en el principio de libre circulación de los bienes no se ajusta al marco doctrinario, que ha podido distinguir entre ambos principios. También podría discutirse cuál es el principio que realmente debería sostenerse que es absorbido por otro, ya que si se entiende que el fundamento de la libre circulación de los bienes se encuentra en una eventual protección de la facultad de disposición que caracteriza al dominio, entonces deberíamos concluir que el principio genérico es la tutela de la propiedad, de la cual arranca la facultad de disposición, y entender la libre circulación de los bienes en cuanto una clase de principio contenido por el primero.

Finalmente, el funcionamiento de ambos principios parece diferente, dado que la libre circulación de los bienes apunta a una mirada más bien dinámica de la propiedad, y que apunta al libre flujo de los bienes en el tráfico jurídico (o en el mercado, si hablamos en términos económicos), mientras que la tutela de la propiedad tiene una connotación

aparentemente más estática, comprendiéndose en cuanto mecanismo que tiende a evitar las lesiones del derecho real.

En el trabajo se propone que la libre circulación de los bienes y la tutela jurídica de la propiedad constituyen principios independientes, y que incluso cuentan con normas diferenciadas, partiendo por su regulación constitucional. Conforme ha sido tratado en otro punto, el constituyente tomó la decisión de regular ambos derechos de manera diferenciada, e incluso su denominación difiere; mientras que el art. 19 N.º 23.º Const. Pol. se define como el “derecho *a la* propiedad”, el art. 19 N.º 24.º Const. Pol. atiende a la consagración tradicional del “derecho *de* propiedad”.

SECCIÓN 6: SÍNTESIS

Por último, ha correspondido abordar la propiedad a partir del principio que se organiza a su alrededor.

En forma preliminar, se presentan algunas dificultades para singularizar este principio, debido a la falta de estudios sistemáticos de los principios que rigen al derecho de los bienes. Otro tanto ocurre en la designación específica del principio, conforme se aprecia en las diferentes formulaciones de la doctrina.

Frente a estas dificultades, ha sido adoptada la designación “tutela jurídica de la propiedad”, a fin de destacar que el derecho ha protegido la propiedad, al considerarla un valor indispensable para el desarrollo de la actividad económica y personal del ser humano, y la protege frente a todas aquellas conductas que implican su privación, perturbación o amenaza.

La concepción de este principio desde el punto de vista de la “tutela” da cuenta de las normas constitucionales y civiles existentes, las cuales protegen el derecho de propiedad y lo fortalecen.

CONCLUSIONES

SUMARIO: Sección 1: Conclusiones específicas: § 1. En cuanto a las fuentes del derecho en general – **§ 2.** En cuanto a las fuentes formales y materiales del derecho – **§ 3.** En cuanto a la economía como fuente material del derecho – **§ 4.** En cuanto a los principios jurídicos en general – **§ 5.** En cuanto al principio de autonomía de la voluntad – **§ 6.** En cuanto al principio jurídico de libre circulación de los bienes – **§ 7.** En cuanto al principio jurídico de tutela de la propiedad.- **Sección 2: Conclusiones generales.**

Habiendo revisado en forma integral el contenido de los asuntos discutidos en esta Tesis Doctoral, formularemos las siguientes conclusiones de carácter específico (**Sección 1**) y generales (**Sección 2**).

SECCIÓN 1: CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

Estas conclusiones específicas comprenden las observaciones que hemos podido constatar a partir de cada uno de los aspectos tratados en el curso de la Tesis Doctoral.

Ellas se refieren a las fuentes del derecho en general (§ 1), a las fuentes formales y materiales del derecho en particular (§ 2), a la economía como fuente material del derecho y al sistema económico de libertad de mercado (§ 3).

También se extienden a los principios jurídicos en general (§ 4), y los principios del derecho privado consistentes de la autonomía de la voluntad (§ 5), la libre circulación de los bienes (§ 6), y la tutela de la propiedad (§ 7).

§ 1. EN CUANTO A LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL

- 1.º Aunque el recurso a la expresión “fuentes” se encuentra en las principales obras jurídicas e históricas del Derecho Romano, su sentido técnico será sólo consagrado, por primera vez, a partir de los aportes de la Escuela Histórica del Derecho.
- 2.º Se reconoce que la exposición de esta materia se basa en una expresión tomada de las ciencias naturales, a título de metáfora. Con ella, se pretende explicar el origen del derecho.

- 3.º Aunque se ha tratado utilizar esta metáfora para simplificar el entendimiento de este concepto, se trata de una de naturaleza sumamente ambigua, capaz de ser entendida de distintas maneras.

§ 2. EN CUANTO A LAS FUENTES FORMALES Y MATERIALES DEL DERECHO

- 4.º Dentro de las múltiples acepciones en que se entiende esta expresión, se observan dos categorías que se estiman distintas una respecto de la otra; son las “fuentes formales” y las “fuentes materiales” del Derecho.
- 5.º Dentro de esta línea, los esfuerzos se encuentran concentrados en el estudio de las fuentes formales del derecho. Ya sea porque se las entiende como conceptos sinónimos, o porque se estima que lo único relevante de esta materia es tratar sobre las fuentes formales respectivas.
- 6.º Aunque se reconoce el concepto y contenido básico de las fuentes materiales, no se asigna mayor importancia a su significado e implicancias para el ordenamiento jurídico.
- 7.º La teoría de las fuentes del derecho se ha extendido, desde los cursos de introducción al derecho y teoría del derecho, a las distintas disciplinas especiales del derecho público y privado. Sin embargo, en todos estos casos se ha identificado como una “teoría general de las fuentes formales del derecho”, desconociéndose o disminuyéndose la relevancia y acción de las fuentes materiales del derecho.

§ 3. EN CUANTO A LA ECONOMÍA COMO FUENTE MATERIAL DEL DERECHO

- 8.º Existe consenso en cuanto a considerar la economía como una fuente material del derecho, y que en dicha naturaleza influye en la formación, vigencia y aplicación de las normas jurídicas.
- 9.º A pesar del reconocimiento de esta importancia, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, no existe un interés general y profundizado respecto de las consecuencias que esta relación implica.
- 10.º El fundamento de esta actitud hacia la economía se deriva desde la clase de metodología aplicada a la hora de la enseñanza del derecho, en donde el foco de atención ha quedado centrado en la debida explicación de sus fuentes formales.

- 11.° La ausencia de esta clase de interés ha incidido en que la determinación de esas relaciones se haya efectuado a partir de estudios economicistas, los cuales han criticado la falta de adecuación del derecho a sus parámetros.
- 12.° Las relaciones que se producen entre el derecho y la economía tienen una naturaleza recíproca, pero no basada en la exclusividad, motivo por el cual deben descartarse cualquiera clase de explicaciones o visiones generales de la primera a partir de una perspectiva puramente economicista.
- 13.° Resulta indispensable el conocimiento de los fundamentos de los distintos sistemas económicos, a fin que el derecho pueda mantener una relación armónica, aunque no de dependencia absoluta. Asimismo, la economía depende del derecho para adquirir grados de certeza y estabilidad en el curso del tiempo, los cuales son las herramientas más fundamentales para que se aprecien las consecuencias que los sistemas económicos generan en la vida social.
- 14.° Aunque se considere que la economía constituya un área científica altamente compleja y técnica, imposible de ser comprendida por los juristas, e incluso imposible de aplicar de forma más concreta en el ámbito jurídico, resulta imposible desconocer su importancia, ni su influjo en la creación, modificación, interpretación y aplicación del derecho.
- 15.° Frente a ello, resulta imposible que el jurista claudique de comprender el fenómeno económico. Tal clase de rendición genera como riesgo que el jurista quede progresivamente fuera de la toma de decisiones con relevancia social, lo cual implicará una pérdida progresiva de toda consideración acerca de la legalidad, legitimidad e incluso de la justicia en las decisiones adoptadas en el contexto de las políticas públicas y privadas.

§ 4. EN CUANTO A LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN GENERAL

- 16.° La nomenclatura generalmente aceptada para el objeto de estudio es la de “principios generales del derecho”, denominación en la cual existe consenso.
- 17.° El análisis de los principios en condición protagónica, es tardío en el derecho chileno, siendo insuficientemente valorado en la literatura específica; con destacadas excepciones.
- 18.° Progresivamente el derecho chileno ha incrementado la atención hacia los principios jurídicos, y no sólo contemplándolos a título de elemento de interpretación de las leyes.

- 19.° Los principios han sido un objeto de atención de los juristas tempranamente en el derecho, aunque es a partir de la Edad Media donde comienza a perfilarse la construcción de una teoría general en torno a ellos. Esta construcción se hizo sobre la base de las corrientes iusnaturalistas.
- 20.° Existe una base de acuerdo en cuanto a las funciones que cumplen los principios jurídicos; constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico, sirven como elemento de interpretación y de integración de las normas.
- 21.° No se aprecia el mismo consenso respecto a las clases de principios jurídicos. Los criterios para su determinación no son uniformes, dada la pluralidad de clasificaciones.
- 22.° Las sucesivas reformas legislativas en Chile dan cuenta de un proceso de “positivización” de los principios, lo cual facilita la justificación normativa de las sentencias judiciales, pero que engendra como riesgo la falta de una debida precisión respecto del sentido que adquieren estos principios.
- 23.° Aunque las corrientes positivistas tienden a advertir que los principios jurídicos se originan en el ordenamiento jurídico, y supuestamente no obedecen a un orden superior, sí admiten que varios de estos principios obedecen a parámetros que no tienen sólo un componente formal; encierran en sí mismos ciertos valores o elementos de contenido fuertemente ético.
- 24.° Dadas las funciones que adquieren los principios, éstos deben ser tenidos como fuentes formales del derecho.

§ 5. EN CUANTO AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

- 25.° El principio de autonomía de la voluntad constituye la piedra angular bajo la cual se ha levantado el derecho privado, al punto que se trata de una noción que es inseparable de esta área, y permite incluso diferenciarla conceptualmente de la lógica del derecho público.
- 26.° La generación conceptual de este principio es tardía, e incluso posterior a las codificaciones clásicas inspiradas en el Código Civil de Francia, no obstante que la voluntad se acepta como el elemento capaz de asignar y justificar la obligatoriedad del contrato, abandonándose en consecuencia el modelo formalista que caracterizó al derecho romano y germánico existente en la Alta Edad Media.
- 27.° Su raigambre filosófica es evidente, aunque existen algunas discrepancias sobre si pertenece al espíritu racionalista que caracterizaría a los movimientos revolucionarios europeos de finales del siglo XVIII, o si constituye una

tergiversación de la moral cristiana, amparada en la dinámica canonística de la Baja Edad Media.

- 28.º Dada la perspectiva filosófica bajo la cual se construyó este principio, fácilmente se la asoció a los naciotes sistemas económicos basados en la libertad de mercado, entendiéndose en ellos que la autonomía de la voluntad resultaba indispensable para asegurar la libertad del comercio.
- 29.º Aunque este principio se manifieste en legislaciones caracterizadas por seguir el modelo centralmente planificado, de todos modos no existiría impedimento inicial para considerar la autonomía privada como una marca ineludible del sistema de libertad de mercado.

§ 6. EN CUANTO AL PRINCIPIO JURÍDICO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES

- 30.º La libre circulación de la riqueza constituye una noción tempranamente desarrollada por los procesos codificadores nacionales del siglo XIX.
- 31.º Conforme surge de los antecedentes legislativos, la libre circulación de la riqueza constituye un elemento que permite morigerar los efectos de un poder ilimitado en las facultades derivadas del derecho de propiedad.
- 32.º La libre circulación de la riqueza persigue la optimización del ejercicio del derecho de propiedad, por vía de enderezarlo a condiciones de respeto al interés de la colectividad.
- 33.º Conforme al modelo propuesto por las codificaciones decimonónicas, la libre circulación de la riqueza se la sitúa como un principio que persigue un fin económico, cual es la obtención de la plena utilidad de los bienes, permitiendo su debida conservación, explotación y maximización de sus beneficios.
- 34.º La libre circulación de los bienes se compone de dos elementos indispensables, cuales son la libertad para adquirir toda clase de bienes, y la protección en el ejercicio de la facultad de disposición que deriva del dominio.
- 35.º Los elementos básicos de la libre circulación de los bienes se encuentran reconocidos y protegidos constitucionalmente, sin perjuicio de sus aplicaciones en la ley.
- 36.º La libre circulación de los bienes constituye un principio jurídico de naturaleza autónoma.

- 37.° En definitiva, es posible una construcción autónoma y suficiente para el principio de libre circulación de los bienes, y que éste constituye un elemento rector del derecho de los bienes, integrante del orden público económico nacional.

§ 7. EN CUANTO AL PRINCIPIO JURÍDICO DE TUTELA DE LA PROPIEDAD

- 38.° La propiedad constituye una figura reconocida tanto por la Constitución, como por el Código Civil, y diversas leyes especiales, en su calidad de derecho fundamental y derecho real que se ejerce sobre toda clase de bienes.
- 39.° Los estatutos constitucional y civil dan cuenta de perspectivas diferentes acerca de la propiedad. Así, la regulación del derecho de propiedad en el derecho civil es la menos modificada, y ha podido conservar su contenido normativo y valórico desde la fecha de entrada en vigencia del Código Civil. Asimismo, ella parece asumirse que se encuentra emparentada con una visión individual y arbitraria de la propiedad; ello, debido a su relación con el Código Civil de Francia.
- 40.° Por el contrario, el derecho de propiedad reconocido por el derecho constitucional se ha visto expuesto directamente a modificaciones en su contenido normativo, valorativo e ideológico. Ello se explica como consecuencia de su inserción en la Constitución, la cual ha sido en varias ocasiones sustituida de manera integral, y especialmente modificada durante la segunda mitad del siglo XX.
- 41.° Tratándose del derecho chileno, las modificaciones introducidas al estatuto de propiedad tuvieron como trasfondo los procesos de Reforma Agraria, Chilenización y posterior Nacionalización de la Gran Minería del cobre. Todas estas modificaciones dieron cuenta de un proceso progresivo de estatización de la propiedad de los recursos naturales y propiedad minera.
- 42.° Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, se quiso proteger especialmente la propiedad privada individual, la cual se estimó más acorde con las tendencias económicas, ideológicas y políticas del régimen militar. Este último buscaba establecer, tanto en forma general como en el supuesto específico de la propiedad, una abierta separación con el régimen jurídico seguido por el gobierno del Presidente SALVADOR ALLENDE G. (1970-1973).
- 43.° La propiedad privada constituye un elemento indispensable para el sistema económico de libertad de mercado, puesto que el mismo justifica la apropiación exclusiva de los bienes y utilidades. En forma más amplia, la tutela de la propiedad sirve como elemento indispensable de la protección que el constituyente y el legislador quisieron consagrar alrededor de la libre iniciativa de los particulares en materia económica.

- 44.° A pesar de la fuerte protección de la propiedad individual, ella se hizo rechazando en paralelo cualquiera clase de vuelta al esquema liberal de la propiedad del siglo XIX. Ello se consiguió por vía de la inserción de la función social dentro del contenido esencial del derecho de propiedad.
- 45.° La Constitución promoverá una conexión implícita con el derecho privado, por vía de la incorporación de la función social de la propiedad, y la instauración de un sistema de reserva legal. Ello significará una “constitucionalización del derecho civil” en materia de propiedad.
- 46.° Dada la fuerza con que la propiedad ha sido consagrada y garantizada por la Constitución de 1980, como asimismo la “constitucionalización” del estatuto de reserva legal de la propiedad, es posible identificar el principio de tutela jurídica de la propiedad como la base fundamental del derecho de los bienes, y uno de los principios más notorios del derecho privado chileno contemporáneo.

SECCIÓN 2: CONCLUSIONES GENERALES

Formuladas las anteriores conclusiones específicas, a partir de su contenido podemos sostener las siguientes conclusiones generales.

- 1.° Los principios jurídicos de autonomía de la voluntad, libre circulación de los bienes y tutela jurídica de la propiedad cumplen las funciones de fundamento y garantía del sistema económico de libertad de mercado.
- 2.° Estos principios jurídicos tienen un contenido valórico explícito, y engendran consecuencias desde el plano económico, dado que ayudan a justificar el sistema económico, y pueden conciliarse con éste.
- 3.° Resulta indispensable el reconocimiento de una línea de influjo entre las fuentes materiales y las fuentes del derecho, destacando que se trata de un proceso de retroalimentación que se verifica entre ambas.
- 4.° La economía cumple una función primordial en la comprensión de las instituciones jurídicas. Empero no puede reducirse la explicación y crítica del derecho a criterios de apreciación únicamente provenientes de las ciencias económicas. Tal procedimiento conduce a una perspectiva incompleta del fenómeno jurídico.
- 5.° Resulta necesaria una comprensión integral de los principios jurídicos, y un ejercicio de sistematización, especialmente en el ámbito del derecho de los bienes,

el cual constituye el único punto del derecho privado en que no se ha propuesto un catálogo sistemático de principios jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ABELIUK MANASEVICH, René (2005): *Las Obligaciones*. 4ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo II.

AGUILÓ REGLA, Josep (2015): “Fuentes del Derecho”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (edit.): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Volumen 2, pp. 1019-1066.

----- **(2012):** *Teoría General de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*. Barcelona: Editorial Ariel.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano (1995): *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Trivium, Tomo I, Volumen 1: Artículos 1 al 89.

ALBALADEJO, Manuel (2009): *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, 18ª Edición, puesta al día de legislación y jurisprudencia por Silvia Díaz Alabart. Madrid: Editorial Edisofer, Volumen I.

----- **(2007):** *Compendio de Derecho Civil*. 13ª Edición. Madrid: Editorial Edisofer.

----- **(2002):** *Derecho Civil*. 9ª Edición. Barcelona: Editorial Bosch, Tomo III: *Derecho de Bienes*.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2016): *Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2011): “Principios jurídicos y Neoconstitucionalismo”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 143-153.

ALEGRE, Marcelo (2009): “Vulgarización y deterioro del Derecho democrático”, en: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: *Democracia y Derechos Fundamentales desde la Filosofía Política. Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional. 2003-2005-2007. Artículos seleccionados*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 17-34.

ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio (2016): *Tratado de los Derechos Reales. Bienes* (Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago), Tomos I y II.

----- **(2005):** *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, 7ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

----- **(2004):** *Tratado de las Obligaciones. Volumen de las Obligaciones en General y sus diversas clases*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

----- **(1998):** *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, 6ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

----- **(1997):** *Tratado de los Derechos Reales. Bienes*. 6ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomos I y II.

ALESSANDRI BESA, Arturo (1949): *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno* (Título XX del Libro IV del Código Civil) (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2015): *De los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

----- **(1942):** “Los contratos dirigidos”. En AA.VV.: *Las actuales orientaciones del Derecho. Conferencias pronunciadas por catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, pp. 9-21.

----- **(1941):** *Derecho Civil. Primer Año: Título Preliminar. De las Personas. Versiones taquigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del señor [...]*, 3ª Edición completada por Onías León Gaete. Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperán, Tomo I.

----- **(1937):** *Derecho Civil. Primer Año: De los Bienes. Versiones taquigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del profesor [...]. Con notas e indicaciones de alguna Jurisprudencia importante, tomadas en el curso correspondiente por el señor Onías León Gaete* (Santiago de Chile, Editorial Zamorano y Caperán), Tomo II.

----- **(1931):** *La Autocontratación o el acto jurídico consigo mismo*. Estudio publicado en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo XXVIII correspondiente al año 1931. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes.

----- **(1930):** *Derecho Civil, Segundo Año. Primera Parte: Teoría de las Obligaciones. Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil del señor [...]. Desarrollo de Ramón Latorre Zúñiga*. Santiago de Chile: Imprenta Cisneros.

----- **(s/f):** *Derecho Civil. Primer Año: Título Preliminar. De las Personas. Versiones taquigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del señor [...]*. Santiago de Chile: Editorial Lex, Tomo I.

ALONSO, Juan Pablo (2018): *Principios jurídicos implícitos*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

- ALPA, Guido (2017):** *¿Qué es el Derecho Privado?* Traducción César E. Moreno More. Puno: Editorial Zela.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo y BOTTO OAKLEY, Hugo (2003):** Código de Procedimiento Civil de Chile. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario (2018):** *Derecho Constitucional*. 8ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- AMUNÁTEGUI JORDÁN, Gabriel (1950):** *Manual de Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2016):** *Teoría y Fuentes del Derecho*. Boni et Aequi. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier (1999):** “El derecho como norma”, en: Peces-Barba, Gregorio; Fernández, Eusebio y De Asís, Rafael: *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons, pp. 165-173.
- AÑÓN, María José (1997):** “Concepto y tipología de las fuentes del Derecho”, en De Lucas, Javier (edit.): *Introducción a la Teoría del Derecho*. 3ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 245-251.
- APARISI, Ángela (1997):** “Principios generales del derecho y equidad”, en De Lucas, Javier (edit.): *Introducción a la Teoría del Derecho*. 3ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 269-273.
- ARA PINILLA, Ignacio (1995):** *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Taller Ediciones JB.
- ARCE Y FLORES-VALDÉS, Joaquín (1990):** *Los Principios Generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A. (1988):** *Derecho Romano*. 18ª Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I: *Parte General. Derechos Reales*.
- ASTE MEJÍAS, Christian (2013):** *Curso sobre Derecho y Código Tributario*, 6ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing / Thomson Reuters, Tomo I.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2011):** “Lo que importa sobre los principios”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 65-90.
- ÁVILA, Humberto (2011):** *Teoría de los principios*. Traducción de Laura Criado Sánchez. Buenos Aires: Editorial Marcial Pons.

- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1982):** *El Juicio Arbitral*. 4ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Fallos del Mes.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2018):** “Las fuentes del Derecho”, en Balaguer Callejón, Francisco (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*. 13ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, Tomo I: *Constitución y Fuentes del Derecho. Derecho Constitucional Europeo. Tribunal Constitucional. Estado Autonómico*, pp. 63-87.
- BALTRA CORTÉS, Alberto (1963):** *Teoría Económica*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, Tomo I.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2015):** “La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas”. *Actualidad Jurídica*. Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo, Año 16, N° 32, pp. 105-133.
- BARBERO, Domenico (1962):** *Sistema del Derecho Privado*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I: *Introducción. Parte Preliminar – Parte General*.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (coord. y edit.) (2013):** *Fundamentos de Derechos Reales en el Derecho Chileno* (Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing / Thomson Reuters).
- (2010 a): *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo II: *De las Fuentes de las Obligaciones*.
- (2010 b): *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Editorial Punto Lex / Thomson Reuters, Tomo II.
- (2010 c): *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De los Bienes* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), Tomo IV.
- BARRENA, Guadalupe (2012):** *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. Fascículo 3. En línea, consultado 6.06.2019: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf>
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (1998):** “Las normas jurídicas”, en: Barrère Unzueta, María Ángeles; Campos Rubio, Arantza; Ezquiaga Rubio, Francisco Javier e Igartua Salaverría, Juan: *Lecciones de Teoría del Derecho*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 103-126.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2011):** *Derecho de las Personas. El Derecho Matrimonial*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters.
- BARROS BOURIE, Enrique y ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás (2007):** *Curso de Derecho Civil: Primera Parte. Introducción al Derecho Privado*. Santiago de Chile:

Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, inédito.

BARROS BOURIE, Enrique (2014 a): “Prólogo”, en: De la Maza Gazmuri, Íñigo; Morales Moreno, Antonio Manuel y Vidal Olivares, Álvaro. *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing / Thomson Reuters, pp. 3-13.

----- **(2014 b):** “Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho Civil Patrimonial”, en: Turner, Susan y Varas, Juan Andrés (coord.): *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valdivia, 2013*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing / Thomson Reuters, pp. 21-36.

----- **(2007):** *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1932): *Curso de Derecho Civil. Segundo Año, Primera Parte. Según el Programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del estado trata De las Obligaciones en general. Explicaciones de la clase de don [...]*. 4ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, Tomo II.

BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio (1972): *Introducción al Derecho. Material de Estudio*. Santiago de Chile: Editorial Publilex, Tomo I.

BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal (1960): *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

----- **(1954):** *Elementos de Historia del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BELADIEZ ROJO, Margarita (2010): *Los principios jurídicos*. Cizur Menor: Editorial Civitas / Thomson Reuters.

BELLO, Andrés (1932): *Obras Completas*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, Tomo V: *Proyecto de Código Civil. Tercer Tomo (Último del proyecto de Código Civil)*.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. (dir.) (2000): *Curso de Derecho Privado*. 4ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

BEGG, David; FISCHER, Stanley y DORNBUSCH, Rudiger (2006): *Economía*. 8ª Edición. Traducción por Esther Rabasco. Madrid: Editorial McGraw-Hill.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2009): “Artículo 1”, en Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.): *Comentarios al Código Civil*. 3ª Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi/Thomson Reuters, pp. 39-44.

----- **(1996):** *Manual de Derecho Civil. Derecho Privado y Derecho de la Persona*. Madrid: Editorial Bercal.

- BERMEJO VERA, José (2013):** *Derecho Administrativo Básico. Parte General*. 11ª Edición. Pamplona: Editorial Civitas / Thomson Reuters.
- BERNAD MAINAR, Rafael (2001):** *Curso de Derecho Privado Romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- BERNAL – FANDIÑO, Mariana (2007):** “El solidarismo contractual –especial referencia al Derecho Francés”. *Vniversitas*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas (Bogotá, Colombia), N.º 114 (Julio / Diciembre), pp. 15-30 Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/01-Solidarismo_000.pdf [fecha de visita 23 de octubre de 2018].
- BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario (1951):** *Manual de Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- BETANCOURT, Fernando (2007):** *Derecho Romano Clásico*. 3ª Edición. Sevilla: Universidad de Sevilla-Secretariado de Publicaciones.
- BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo; GASCÓN ABELLÁN, Marina; DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis (1997):** *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial McGraw-Hill.
- BILBAO UBILLOS, Juan María; REY MARTÍNEZ, Fernando y VIDAL ZAPATERO, José Miguel (2018):** *Lecciones de Derecho Constitucional*. 4ª Edición. Pamplona: Editorial Thomson Reuters – Aranzadi, Tomo I.
- BIROCCHI, Italo (2010):** “Uso y abuso de la cosa: el pensamiento de Genovesi (1713-1769) y de Lampredi (1731-1793) en el tema de la propiedad”, en: Conte, Emanuele y Madero, Marta (edit.): *Entre hecho y derecho: tener, poseer, usar, en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Editorial Manantial, pp. 95-117.
- BLANC RENARD, Neville; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y VERDUGO MARINKOVIC, Mario (1990):** *La Constitución Chilena* (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa), Tomo I.
- BOBBIO, Norberto (1994):** *Teoría General del Derecho*, 2ª Edición. Trad. Jorge Guerrero R. Bogotá: Editorial Temis.
- BODENHEIMER, Edgar (2010):** *Teoría del Derecho*. Trad. Vicente Herrero. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- BOGGIANO, Antonio (2001):** *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*. 3ª Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- BRUGI, Biagio (1946):** *Instituciones de Derecho Civil. Con aplicación especial a todo el Derecho Privado*. Trad. Jaime Simo Bofarull. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. (2005):** *Curso de Derecho Penal*. Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, Tomo I: *Parte General*.
- BÜLLESBACH, Alfred (1992):** “La ciencia jurídica ante las ciencias sociales”, en: Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried (directores): *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Traducción del artículo por María José Fariñas Dulce. Madrid: Editorial Debate, pp. 365-390.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2007):** *Obras Completas*, 2ª Edición. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, Tomo I: *Derecho Penal. Parte General*.
- CABANELLAS, Guillermo (2006):** “El Análisis Económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos”, en: Kluger, Viviana (comp.): *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 21-37.
- CALDAS, Roberto F. (2016):** “Voto concurrente del Juez [...] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Opinión Consultiva OC-22 de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá”. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos,
- CALVO GARCÍA, Manuel (2012):** *Teoría del Derecho*, 2ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- (2010): *Teoría del Derecho*. 2ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- CANARIS, Claus-Wilhelm (1998):** *El Sistema en la Jurisprudencia*. Traducción por Juan Antonio García Amado. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- CANCELA, Omar J.; RABINOVICH, Ricardo O.; ROLLAR, Raúl J. (1988):** *Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- CAPOBIANCO, Ernesto (2017):** *Lecciones sobre el Contrato*. Traducción César E. Moreno More. Puno: Editorial Zela.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2010):** *Derecho de Contratos*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

- CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl (2011):** “Principios jurídicos e interpretación democrática del derecho”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 155-183.
- CARRASCO PERERA, Ángel y ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles (2012):** “El Derecho Civil español”, en: Carrasco Perera, Ángel (dir.): *Derecho Civil. Introducción. Fuentes. Derecho de la Persona. Derecho Subjetivo. Derecho de Propiedad*. 4ª Edición. Editorial Tecnos, pp. 41-65.
- CARVALLO, Adolfo (1951):** *Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- CARVALLO SOTO, Jaime (1995):** *Mejoramientos al Código Civil de Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas La Ley.
- CASARINO VITERBO, Mario (2005):** *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. 6ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo III.
- CASAS PARDO, José (1987):** *Curso de Economía*. Valencia: Editorial de Economía Política.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1992):** *Derecho Civil Español, Común y Foral*. 14ª Edición. Madrid: Editorial Reus, Tomo II: *Derecho de Cosas*, Volumen 1: *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero.
- **(1988):** *Derecho Civil Español, Común y Foral*. 12ª Edición, por José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Reus, Tomo I: *Introducción y Parte General*, Volumen 1: *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*.
- CASTELLÓN VENEGAS, Hugo A. y REBOLLEDO CONTRERAS, Laura E. (1999):** *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
- CEA EGAÑA, José Luis (2015):** *Derecho Constitucional Chileno*, 3ª Edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I.
- **(2012):** *Derecho Constitucional Chileno*, 2ª Edición (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile), Tomo II.
- CÉDRAS, Jean (2003):** “Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation”. *Rapport Annuel Cour de Cassation: L'Égalité*, pp. 186-204. Disponible en:
http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_etudes_documents_40/etudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html [fecha de visita 12 de enero de 2017].

- CERDA FERNÁNDEZ, Carlos (1995):** “El juicio jurisdiccional y sus limitaciones normativas a la luz de los artículos 19 a 24 del Código Civil”, en: Cerda Fernández, Carlos (edit.): *Razonamiento Judicial. Cuadernos de Análisis Jurídico*. Santiago de Chile: Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Volumen 5, pp. 759-772.
- CERDA MEDINA, Mario (1988):** *Derecho Constitucional*. Concepción: Talleres Editora Aníbal Pinto, Volumen 1: *Notas sobre la Constitución de 1980*.
- CICERÓN (1997):** *De Invención*. Introducción, traducción y notas de Salvador Núñez. Madrid: Editorial Gredos.
- CIFUENTES, Santos (1997):** *Elementos de Derecho Civil. Parte General*. 4ª Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- CLARO SOLAR, Luis (1937):** *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: De las Obligaciones II*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, Tomo XI.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás (1999):** *Derecho Penal. Parte General*. 5ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- COING, Helmut (1996):** *Derecho Privado Europeo*. Traducción de Antonio Pérez Martín. Madrid: Fundación Cultural del Notariado), Tomo I: *Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, y Tomo II: *El Siglo XIX*.
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2011):** “Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 3-16.
- COLOMA, Germán (2006):** “Análisis Económico de los derechos de propiedad”, en: Kluger, Viviana (comp.): *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 175-198.
- COMANDUCCI, Paolo (1998):** “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Núm. 21: Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR (Buenos Aires, 1997), Vol. II, pp. 89-104.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (s/f):** *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2008):** *Derecho y Economía*. 2ª Edición. Traducción Eduardo L. Suárez. México DF.: Fondo de Cultura Económica.

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2017):** “El estatuto jurídico-constitucional de los bienes en el derecho chileno”, en: Soto Kloss, Eduardo (edit.): *El Derecho Administrativo y la Protección de las Personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile), pp. 37-60.
- (2013): “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno”, en Cordero Q., Eduardo y Aldunate L., Eduardo: *Estudios sobre el Sistema de Fuentes en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing / Thomson Reuters, pp. 9-60.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018):** *Curso de Derecho Civil. Parte general*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.
- (2000): *Desaparición de Personas y Presunción de Muerte en el Derecho Civil Chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- (1997): “Nuevas formas de contratación y sistema de Derecho Privado”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Año 65, N° 201, pp. 59-71.
- CORREA COLOMA, Rodrigo (2009):** “Vulgarización por constitucionalización”, en: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: *Democracia y Derechos Fundamentales desde la Filosofía Política. Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional. 2003-2005-2007. Artículos seleccionados*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 35-54.
- CORREA, Germán (2006):** “Análisis económico de los derechos de propiedad”, en: Kluger, Viviana (compil.): *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 177-198.
- CORVALÁN PÉREZ, José Luis (2016):** *Delimitación del derecho de propiedad* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia).
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2017):** *Manual de Derecho Administrativo*. 28ª Edición. Pamplona: Editorial Civitas / Thomson Reuters.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón (2014):** *Derecho y Análisis Económico*. México DF.: Fondo de Cultura Económica.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis (1975):** *Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- COVIELLO, Nicolás (1949):** *Doctrina General del Derecho Civil*. Trad. Felipe de J. Tena. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- CRISTI BECKER, Renato y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2015):** *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente* (Santiago de Chile, Editorial Lom).

- (2008): *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago de Chile: Editorial Lom.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos (2009):** *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Finis Terrae.
- CRUZ-VILLALÓN, Jesús (2018):** *Compendio de Derecho del Trabajo*. 11ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- CURY URZÚA, Enrique (2005):** *Derecho Penal. Parte General*, 8ª Edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DÁVILA I., Óscar y CAÑAS O´R., Rafael (1907):** *Esplicaciones de Código Civil (Clase de don Leopoldo Urrutia). De las Obligaciones en Jeneral i de los Contratos*. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes.
- DAZA MARTÍNEZ, Jesús y RODRÍGUEZ ENNES, Luis (2009):** *Instituciones de Derecho Privado Romano*. 4ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (1993):** *Una Teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, 6ª Edición. Madrid: Editorial Civitas.
- DE ASÍS, Rafael (1999):** “La creación del Derecho”, en: Peces-Barba, Gregorio; Fernández, Eusebio y de Asís, Rafael (1999): *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons, pp. 203-227.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1997):** *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas.
- (1984): *Derecho Civil de España*, 2ª Edición. Madrid: Editorial Civitas, edición facsimilar, Tomo I: *Parte General, Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil*.
- DE CHURRUCA, Juan y MENTXAKA, Rosa (2007):** *Introducción Histórica al Derecho Romano*. 9ª Edición. Bilbao: Universidad de Deusto.
- DE DIEGO, Felipe Clemente (2017):** “Prólogo” a Del Vecchio, Giorgio: *Los Principios Generales del Derecho*. Traducción de Juan Osorio Morales. Lima: Ara Editores / Editorial Olejnik, pp. 9-32.
- (1922): *Fuentes del Derecho Civil Español*. Madrid: Publicaciones de la Residencia de Estudiantes.
- DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J. (1994):** *Curso de Derecho Constitucional Español*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Tomo I.

- DE ESTEBAN, Jorge (1998):** *Tratado de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Tomo I.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo; PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro (coord.):** *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2011):** “La Buena Fe como dispositivo de ponderación”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 247-274.
- DE OTTO, Ignacio (1991):** *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. 2ª Edición. Barcelona: Editorial Ariel.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro (2018):** “Las normas jurídicas de Derecho Privado. Fuentes del Derecho y Fuentes del Derecho Privado”, en De Pablo Contreras, Pedro (coord.): *Curso de Derecho Civil*, 6ª Edición. Madrid, Editorial Edisofer, Tomo I, Volumen 1: *Derecho Privado y Derechos Subjetivos*, pp. 65-117.
- **(2014 a):** “El derecho real y sus caracteres”, en: De Pablo Contreras, Pedro (coord.): *Curso de Derecho Civil*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Colex, Tomo III: *Derechos reales*, pp. 29-46.
- **(2014 b):** “La propiedad”, en: De Pablo Contreras, Pedro (coord.): *Curso de Derecho Civil*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Colex, Tomo III: *Derechos reales*, pp. 125-153.
- DEL ARCO TORRES, Miguel y PONS GONZÁLEZ, Manuel (1984):** *Diccionario de Derecho Civil*. Pamplona: Editorial Aranzadi, Tomo I (A-G).
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (dir.) (2016):** *Derecho de Familia* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).
- **(2015):** *Derecho Matrimonial Chileno*, 2ª Edición (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).
- **(2008):** “Principios fundamentales del sistema matrimonial chileno”, en Guzmán Brito, Alejandro (edit.): *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso, 2007* (Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing), pp. 63-83.
- DEL VECCHIO, Giorgio (2017):** *Los Principios Generales del Derecho*. Traducción de Juan Osorio Morales. Lima: Ara Editores / Editorial Olejnik.
- **(1991):** *Filosofía del Derecho*. 9ª Edición. Traducción de Luis Recasens. Revisado por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Editorial Bosch.

DÍAZ URIBE, Claudio (2004): *Curso de Derecho Procesal Civil*. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, Tomo I.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1998): *Sistema de Derecho Civil*. 9ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, Volumen 1: *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*.

----- **(1995):** *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, Volumen II: *Derechos reales. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*.

----- **(1994):** *Sistema de Derecho Civil*, 8ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, Volumen I: *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*.

DÍEZ-PICAZO, Luis (2012): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas/Thomson Reuters, Tomo VI: *Derechos reales*.

----- **(2011):** *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. 3ª Edición. Barcelona: Editorial Ariel.

----- **(2008):** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ª Edición. Madrid: Editorial Thomson/Civitas, Tomo III: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*.

----- **(2007):** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 6ª Edición. Madrid: Editorial Civitas, Volumen I: *Introducción. Teoría del Contrato*.

----- **(1996):** *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*; 5ª Edición (Madrid, Editorial Civitas), Volumen I: *Introducción. Teoría del Contrato*.

----- **(1993):** “Comentario al artículo 1º del Código Civil de España”, en Paz-Ares Rodríguez, Cándido; Díez-Picazo Ponce de León, Luis; Bercovitz, Rodrigo; y Salvador Cordech, Pablo (dir.): *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo I, pp. 3-13.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2016): *Derecho Sucesorio*. 3ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo II.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2012): *Teoría General del Negocio Jurídico*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

----- **(2005):** “La Influencia de la Doctrina Francesa en el Derecho Chileno”, en Pizarro Wilson, Carlos; Tapia Rodríguez, Mauricio (editores): *“De la Codificación a la Descodificación. Code Civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)”*, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho), Volumen II, pp. 61-80.

----- **(1981):** “La autonomía privada, decadencia y renacimiento”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Año 48, N° 169, pp. 143-155.

DONOSO, René (1988): *Doctrina Social de la Iglesia. Cultura Católica*. Talcahuano: Pontificia Universidad Católica de Chile, Sede Regional Talcahuano, Escuela de Derecho.

- D'ORS, A.; HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO, J. (1968):** *El Digesto de Justiniano*. Pamplona: Editorial Aranzadi, Tomo I: *Constituciones Preliminares y Libros 1-19*.
- D'ORS, Álvaro (2003):** *Una Introducción al Estudio del Derecho*, 4ª Edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, reimpresión.
- DUCCI CLARO, Carlos (2006):** *Interpretación Jurídica en general y en la dogmática chilena*. 3ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- **(1980):** *Derecho Civil. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- DUGUIT, Leon (s/f):** *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada. Madrid: Librería Española y Extranjera Francisco Beltrán.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma (1997):** *Notas de Teoría del Derecho*. Castelló de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume I.
- DWORKIN, Ronald (2010):** *Una cuestión de principios*. Traducción de Victoria de los Ángeles Boschiroli. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- **(1989):** *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. 2ª Edición. Barcelona: Editorial Ariel.
- EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda (1989):** *La Doctrina de los Actos Propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- ELGUETA ANGUITA, Augusto (1981):** *Resolución de Contratos y Excepción de Pago*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2015):** *Derecho Sucesorio*, 3ª Edición (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).
- ENTRENA CUESTA, Rafael (1998):** *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, Tomo I, Volumen 1: *Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*.
- ESCANDÓN ALOMAR, Jesús (2003):** *Curso de Introducción al Derecho*. Concepción: Universidad de Concepción, Fondo de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen I.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis (1990):** *Lecciones de Introducción a las Ciencias Jurídicas*. Madrid: Editorial Dykinson.

- ESCUIN PALOP, Catalina (2005):** *Curso de Derecho Administrativo*. 3ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás y LEIVA GARCÍA, Carla (2012):** *Digesto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Enero de 1984-Febrero de 2012)*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters.
- ESPIN, Eduardo (2016):** “El sistema de fuentes en la Constitución (I)”, en: López Guerra, Luis; Espin, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps; y Satrústegui, Miguel: *Derecho Constitucional*. 10ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, Volumen I: *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, pp. 57-81.
- ESTEVE PARDO, José (2016):** *Lecciones de Derecho Administrativo*. 6ª Edición. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999):** *Derecho Penal*, 3ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, reimpresión, colab. Jorge Ferdman, Tomo I: *Parte General*.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986):** *Los Derechos Constitucionales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo II.
- EYZAGUIRRE, Jaime (1955):** *Historia del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (1998):** “Las fuentes del Derecho”, en: Barrère Unzueta, María Ángeles; Campos Rubio, Arantza; Ezquiaga Rubio, Francisco Javier e Igartua Salaverría, Juan: *Lecciones de Teoría del Derecho*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 183-220.
- FABRES, José Clemente (1902):** *Instituciones de Derecho Civil Chileno*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Imprenta y Librería Ercilla, Tomo II.
- FALCÓN Y TELLA, María José (2011):** *Lecciones de Teoría del Derecho*. 5ª Edición. San Fernando de Henares: Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2011):** *Derecho Constitucional Económico*, 2ª Edición (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile), Tomo I: *Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*.
- **(2010):** *Derecho Constitucional Económico* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile), Tomo II: *Regulación, Tributos y Propiedad*.

- FERNÁNDEZ, Encarnación y RUIZ, Mario (1997):** “La norma jurídica”, en: De Lucas, Javier (edit.): *Introducción a la Teoría del Derecho*. 3ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 141-146.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (2018):** *Derecho Romano*. 2ª Edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- **(2017):** *Derecho Público Romano*. 20ª Edición. Cizur Menor: Editorial Civitas / Thomson Reuters.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2018):** *Sistema de Derecho Administrativo I*. 4ª Edición. Editorial Civitas / Thomson Reuters.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier (2004):** *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*. 7ª Edición. Cizur Menor: Editorial Thomson/Aranzadi.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio y DE CASTRO CID, Benito (1993):** *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. Madrid: Editorial Universitas.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2015):** “El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980”, en: Bassa Mercado, Jaime; Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Viera Álvarez, Christian (edit.): *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (Santiago de Chile, Editorial Lom), pp. 185-211.
- FERRI, Luigi (2001):** *La Autonomía Privada*. Traducción y notas de derecho español por Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2016):** *Curso de Derecho Civil. Materiales para clases activas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo III: *Las fuentes de las obligaciones. La declaración unilateral de la voluntad. La teoría general del contrato*.
- **(1995):** *Curso de Derecho Civil. Materiales para clases activas*, 3ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I: *El Derecho Civil en General. Teoría de la Ley. Los Derechos Subjetivos*.
- FLOUR, Jacques (1971):** “Prólogo”. En López Santa María, Jorge. *Sistemas de Interpretación de los Contratos*. Traducción de Luis Young Reyes. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 15-24.
- FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (2018):** “Las Fuentes del Derecho del Trabajo. El Derecho Internacional y Comunitario del Trabajo. La Constitución”, en: García Ninet, José (dir.): *Derecho del Trabajo*. 10ª Edición. Pamplona: Editorial Thomson Reuters / Aranzadi, pp. 95.
- FUEYO LANERI, Fernando (1958):** *Derecho Civil: De las Obligaciones*. Valparaíso: Imprenta y Litográfica Universo, Tomo IV, Volumen 1.

----- (1957): “Algunas características modernas del Derecho de Obligaciones”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Año 25, N° 101, pp. 564-588.

GAETE BERRÍOS, Alfredo (1966): *Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

GALAZ ULLOA, Sergio (1960): *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Concepción: Talleres de Imprenta Universidad de Concepción.

GALVÁN BERNABEU, José Antonio (2006): “El nuevo sistema matrimonial de la Ley N.º 19.947”, en: Vidal Olivares, Álvaro (coord.): *El nuevo Derecho Chileno del Matrimonio (Ley N.º 19.947 de 2004)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 11-22.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2011): “Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 29-64.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2015): *Curso de Derecho Administrativo*. 17ª Edición. Pamplona: Editorial Civitas/Thomson Reuters, Tomo I.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2016 a): “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo”, en: García de Enterría, Eduardo: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Cizur Menor: Editorial Civitas / Thomson Reuters, pp. 13-69.

----- (2016 b): “Prólogo al libro de Theodor Viehweg, “Tópica y Jurisprudencia”, en: García de Enterría, Eduardo: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Cizur Menor: Editorial Civitas / Thomson Reuters, pp. 71-83.

----- (2000): “La democracia y el lugar de la ley”, en: García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio: *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. Madrid: Editorial Civitas, pp. 17-62.

GARCÍA G., José Francisco (2017): *La tradición constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica, Volumen I: (1889-1967). *Orígenes-Evolución-Consolidación*.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús (2001): *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*. 11ª Edición. Madrid: Ediciones Académicas.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (2008): *Introducción al Estudio del Derecho*, 60ª Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, reimpresión.

----- (1997): *Lógica del Raciocinio Jurídico*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.

- GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa (2006):** “La negociación contractual y el Análisis Económico”, en: Kluger, Viviana (comp.): *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 143-154.
- GARRIDO FALLA, Fernando (2002):** *Tratado de Derecho Administrativo*. 13ª Edición (colab. Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González). Madrid: Editorial Tecnos. Volumen I: *Parte General*.
- GARRIDO MONTT, Mario (1997):** *Derecho Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I: *Parte General*.
- GATICA, Hipólito (1934):** *Juicio Ordinario y Juicios Especiales. Los Juicios Especiales. De acuerdo a las explicaciones de los señores Fernando Alessandri R. y Darío Benavente*. Santiago de Chile: Imprenta La República.
- GAUDEMET, Eugéne (1984):** *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción de Pablo Macedo. México D.F.: Editorial Porrúa.
- GÉNY, Francisco (2000):** *Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Granada: Editorial Comares.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (2001):** “Las fuentes del Derecho Civil”, en Puig i Ferriol, Lluís; Gete-Alonso y Calera, María del Carmen; Gil Rodríguez, Jacinto y Hualde Sánchez, José Javier: *Manual de Derecho Civil*. 3ª Edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, Tomo I: *Introducción y Derecho de la Persona*, pp. 53-70.
- GIDDENS, Anthony (2004):** *La Agenda Progresista*. Valparaíso: Foro de Altos Estudios Sociales.
- GIMENO ULLASTRE, Juan Antonio; GUIROLA LÓPEZ, José Manuel; GONZÁLEZ RABANAL, Miryam de la Concepción y RUIZ-HUERTA CARBONELL, Jesús (2008):** *Principios de Economía*. 2ª Edición. Madrid: Editorial McGraw-Hill.
- GIMENO ULLASTRES, Juan Antonio; y GUIROLA LÓPEZ, José Manuel (1997):** *Introducción a la Economía*. Madrid: Editorial McGraw-Hill.
- GOBIERNO DE GUATEMALA – COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (2011 a):** *Declaración Universal de Derechos Humanos. Versión comentada*. Ciudad de Guatemala: Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), en línea, consultado 5.06.2019: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf>

----- (2011 b): *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Versión comentada*. Ciudad de Guatemala: Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH), en línea, consultado 5.06.2019: <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marco-normativo/legal/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Politicos.pdf>

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2015): *El Sistema Filiativo Chileno (Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción)* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

GOLDSCHMIDT, Werner (1996): *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

----- (1950): “Fuentes”, en: De Casso y Romero, Ignacio y Cervera y Jiménez-Alfaro, Francisco (dir.): *Diccionario de Derecho Privado*. Barcelona: Editorial Labor, Tomo I (A-F), pp. 1991-1993.

GORDILLO, Agustín (2003): “Comentarios”, en: Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín: *Las limitaciones de conocimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 67-91.

GORDILLO CAÑAS, Antonio (1995): “Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español”, en: *Anuario de Derecho Civil* (Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones), Tomo XLVIII, Fascículo II (Abril-Junio), pp. 527-694.

----- (s/f): *Ley, Principios Generales y Constitución. Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la Teoría de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

GREEVEN BOBADILLA, Nel (2017): *Filiación. Derechos humanos fundamentales y problemas de su actual normativa*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.

GRIMALDI, Michel (2012): “El Derecho Continental frente a la mundialización”, en: Pizarro Wilson, Carlos (coord.): *Derecho y Economía. Cátedra por el Derecho Continental*. Santiago de Chile: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, pp. 11-36.

GROCIO, Hugo (1925): *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Editorial Reus, Tomo I.

GUASTINI, Riccardo (2011): *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa.

GUERRERO BÉCAR, José Luis (2018): *La Constitución Económica Chilena*. Santiago de Chile: Der Ediciones.

GUERRERO DEL RÍO, Roberto (2001): “Orden Público Económico”, en: Navarro Beltrán, Enrique (edit.): *20 años de la Constitución Chilena. 1981-2001* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur), pp. 307-329.

GUIBOURG, Ricardo A. (2000): “Fuentes del derecho”, en: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edit.): *El Derecho y la Justicia. 2ª Edición*. Madrid: Editorial Trotta / Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 177-197.

GÜTRÓN FUENTEVILLA, Julián (2016): “Concepto de Derecho Familiar, sus elementos, el orden público y el interés social”. En Lepín Molina, Cristián y Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (coordinadores). *Estudios de Derecho Familiar I. Actas Primeras Jornadas Nacionales. Facultad de Derecho Universidad de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, pp. 9-49.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar (2011): “La constitucionalización del Derecho Civil”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 203-246.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014): *El origen y la expansión de la idea de “principios del derecho”*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.

----- **(2013):** *Derecho Privado Romano*, 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing / Thomson Reuters, Tomo I.

----- **(2001):** *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

----- **(2000):** “Acerca de las fuentes del derecho”, en: Fundación Fernando Fueyo Laneri: *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio. Título Preliminar. Teoría de la Imprevisión. Contratos Preparatorios*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 31-69.

----- **(1995):** *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

----- **(1992):** “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en: Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez: *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos. Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-87.

----- **(1982):** *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho Civil en Chile*. Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad de Chile, Tomo I.

----- **(1978):** “Estudio histórico-crítico”, en: Guzmán Brito, Alejandro (edit.): *El “Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el señor D. Mariano Egaña” (Primer Proyecto de Código Civil de Chile)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 8-132.

GUZMÁN TAPIA, Juan (1996): *La Sentencia*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- HALABI RIFFO, Fuad Marcos y SAFFIRIO SUÁREZ, Carlos Alberto (1996):** *La Acción de Precario ante la Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (2018):** *Acción de Protección*. Santiago de Chile: Der Editores.
- (2009): *Las Fuentes Formales del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1971):** *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid: Gráficas Uguina, Volumen II: *Las corrientes generales del pensamiento: fenomenología, existencialismo, marxismo, sociología, neopositivismo y estructuralismo. Su proyección en la ciencia del derecho*.
- HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, Francisco (1989):** *Lecciones de Derecho Romano*. 5ª Edición. Madrid: Universidad Complutense-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.
- HERRERA LANE, Felipe (1952):** *Manual de Política Económica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- HOOVER, Calvin H. (1974):** “Capitalismo”, en: Sils, David L. (director): *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid: Editorial Aguilar, Volumen 2, pp. 161-167.
- HÜBNER GALLO, Jorge Iván (2008):** *Introducción al Derecho*, 7ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, reimpresión.
- HUNEEUS GANA, Antonio (1933):** *La Constitución de 1833. Ensayo sobre nuestra historia constitucional de un siglo. Publicado en la Revista Chilena de Historia y Geografía. Corregido. Estudios chilenos*. Santiago de Chile: Editorial Splendid.
- IGLESIAS, Juan (2010):** *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 18ª Edición. Madrid: Ediciones Sello Editorial.
- (1989): *Las Fuentes del Derecho Romano*. Madrid: Editorial Civitas.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2011):** “El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 291-314.
- JARA CRISTI, Manuel (1948):** *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- JESTAZ, Philippe y JAMIN, Christophe (2018):** *La Doctrina*. Traducción de Pascale Dufeu A. y Daniela Ejsmentewicz C. Santiago de Chile: Editorial Rubicón.
- JORQUERA LORCA, René (1997):** *Síntesis de Derecho Procesal Civil*. 4ª Edición. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas La Ley.
- JUNTA DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1974):** *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*. Santiago de Chile: Imprenta Editora Nacional Gabriela Mistral.
- KANT, Immanuel (2012):** *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*. Versión castellana y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo. Editorial Alianza.
- **(1975):** *Crítica de la Razón Práctica*. Traducción Emilio Miñana y Villagrasa, y Manuel García Morente. Madrid: Editorial Espasa-Calpe.
- KATZAROV, Konstantin (1963):** *Teoría de la Nacionalización (El Estado y la propiedad)*. Trad. Héctor Cuadra Moreno. México D.F.: Imprenta Universitaria.
- KELSEN, Hans (1999):** *Teoría Pura del Derecho*, 4ª Edición. Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- **(1991):** *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Roberto J. Vernengo. México D.F.: Editorial Porrúa.
- KLUGER, Viviana (2006):** “Introducción”, en: Kluger, Viviana (comp.): *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 7-19.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin y GRADY, Kathryn (2013):** *Fundamentos de Economía*. 2ª Edición. Traducción por Alejandro Estruch Manjón. Barcelona: Editorial Reverté.
- LABATUT GLENA, Gustavo (1995):** *Derecho Penal*, 9ª Edición, act. Julio Zenteno Vargas. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- LABBÉ VALVERDE, Alberto (2010):** “Guerra a los intereses excesivos”, en: *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 37, N.º 1.º, pp. 197-199.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; y RAMS ALBESA, Joaquín (2008):** *Elementos de Derecho Civil*. 3ª Edición, puesta al día por Agustín Luna Serrano. Madrid: Editorial Dykinson, Tomo III: *Derechos Reales*, Volumen 1: *Posesión y propiedad*.
- **(2007):** *Elementos de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Dykinson, Volumen 1: *Parte General. Teoría General del Contrato*.

- (2006): *Elementos de Derecho Civil*. 4ª Edición, revisada por Jesús Delgado Echeverría. Madrid: Editorial Dykinson, Tomo I: *Parte General*, Volumen 1: *Introducción*.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2012):** *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. 7ª Edición, revisada por Jesús Delgado Echeverría y María Ángeles Parra Lucán. Madrid: Editorial Dykinson.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. (2019):** *Síntesis del Derecho Civil Español I: Persona y Bienes*. 4ª Edición. Zaragoza: Imprenta Kronos.
- (2017): *Síntesis del Derecho Civil Español*. 2ª Edición. Zaragoza: Imprenta Kronos, Tomo II: *Persona y Bienes*.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique (1993):** *Curso de Derecho Civil*. 2ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. Tomo III. *Derecho de Cosas*, Volumen 1: *Introducción. La posesión*.
- LAMSDORFF-GALAGANE, Vladimir (1989):** *Teoría del Derecho*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- LARRAÍN RÍOS, Hernán (2002):** *Teoría General de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis ConoSur.
- (1994): *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- LARROUMET, Christian (2008):** *Derecho Civil. Introducción al Estudio del Derecho Privado*. Trad. Viviana Díaz Perilla. Bogotá: Editorial Legis.
- LASARTE, Carlos (2004):** *Principios de Derecho Civil*. 10ª Edición. Madrid: Editorial Marcial Pons Tomo I: *Parte General y Derecho de la Persona*.
- LATORRE, Ángel (2000):** *Introducción al Derecho*. 16ª Edición. Barcelona: Editorial Ariel.
- LECAROS ZEGERS, Raúl (1997):** *El Acto Jurídico en el Código Civil Chileno*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis (1979):** *Filosofía del Derecho*. 5ª Edición. Barcelona: Editorial Bosch.
- LEÓN HURTADO, Avelino (1991):** *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. 4ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- LEPÍN MOLINA, Cristián (2013):** “Autonomía de la voluntad y los acuerdos conyugales”. En Domínguez Hidalgo, Carmen *et al.* (coordinadores). *Estudios de Derecho Civil VIII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santa Cruz, 2012*. Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing / Thomson Reuters, pp. 93-103.

- LIMODIO, Gabriel (2009):** “Introducción al Derecho Privado”, en: Limodio, Gabriel (editor): *Principios de Derecho Privado*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, pp. 11-70.
- LINAZASORO CAMPOS, Gonzalo (2011):** “Propiedad y Cosas Incorporales, derechos protegidos constitucionalmente a través de este derecho real”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil: Parte General, Acto Jurídico y Derecho de Bienes*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot – LegalPublishing, pp. 541-557.
- LIPSEY, Richard G. y CHRYSTAL, K. Alec (1999):** *Economía Positiva*. 13ª Edición. Traducción de Juan Tugores. Barcelona: Editorial Vecens Vives.
- LIRA URQUIETA, Pedro (1956):** *El Código Civil Chileno y su época*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- LLANOS MEDINA, Artemio (1944):** *El Principio de la Autonomía de la Voluntad y sus limitaciones*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Concepción: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- LOIS PUENTE, José Manuel (2003):** “Las normas jurídicas, fuentes, interpretación, aplicación y eficacia general. Parte Segunda. Las fuentes del derecho”, en Delgado de Miguel, Juan Francisco (coord.): *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Editorial Thomson/Civitas, Tomo I: *Personas*, Volumen 1º, pp. 67-102.
- LÓPEZ RUIZ, Francisco (1997):** *Fuentes del Derecho y Ordenamientos Jurídicos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017):** *Los Contratos. Parte General*, 6ª Edición (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010):** *Los Contratos. Parte General*. 5ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot / Legal Publishing.
- **(1985):** “Perspectiva histórico-comparada de la noción del contrato”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 12, pp. 123-146.
- **(1971):** *Sistemas de Interpretación de los Contratos*. Traducción de Luis Young Reyes. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (2012):** *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (1995):** *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

- LOSANO, Mario G. (1982):** *Los Grandes Sistemas Jurídicos. Introducción al Derecho Europeo y Extranjero*. Traducción de Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Debate.
- LOZANO CORBÍ, Enrique (1999):** *Historia e Instituciones de Derecho Romano*. Zaragoza: Mira Editores.
- LYON PUELM A, Alberto (2007):** *Personas Naturales*, 3ª Edición (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- MADILE, Juan Alberto (1989):** *Sociología Jurídica. La realidad del Derecho. Una base científica para su estudio*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- MANKIW, N. Gregory (2012):** *Principios de Economía*. 6ª Edición. Traducción por Esther Rabasco. Madrid: Editorial Paraninfo.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M. (1970):** *Hacia una Ciencia General del Derecho. Meditaciones ante el panorama jurídico*. 3ª Edición. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2007):** “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, en: *Actualidad Jurídica*, Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo. N.º 17, *Separata: Seminario Internacional. Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno. Diciembre 2006. Manifestación del Capítulo Chileno de Association Henri Capitant*, pp. 17-33.
- MARÍN CASTÁN, María Luisa (1999):** “Quinta Parte: Teoría de las Fuentes del Derecho”, en: Puy Muñoz, Francisco y López Moreno, Ángeles (coord.): *Manual de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Colex, pp. 341-455.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José (2000):** “Fuentes del Derecho”, en: Pasquau Liaño, Miguel (dir.): *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*. Granada: Editorial Comares, Tomo I, pp. 3-17.
- MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo (2015):** *Elementos de Derecho y Regulación Económica*. Valparaíso: Edeval.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel (2000):** *Manual de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. 3ª Edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier (2017):** *Tratado Práctico de Derecho Tributario General Español. Una visión sistemática de la Ley General Tributaria*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- MARTÍN MATEO, Ramón y Díez SÁNCHEZ, Juan José (2009):** *Manual de Derecho Administrativo*. 28ª Edición. Cizur Menor, Editorial Aranzadi / Thomson Reuters.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (2007):** *Instituciones de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Editorial Thomson Civitas.
- MARTÍNEZ CACHERO, Luis Alfonso (1987):** “Economía”, en Del Campo, Salustiano (director): *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*. Barcelona: Editorial Planeta-Agostini, Volumen II, pp. 764-766.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2009):** “Constitución y fuentes del derecho”, en: Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, José Ignacio (coord.): *La Primacía de la Persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing / Abeledo-Perrot, pp. 347-366.
- MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel; GARCÍA DE LA MORA, Leonardo; y ALMUDI CID, José Manuel (2018):** *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*. 13ª Edición. Madrid: Editorial Iustel.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando (1991):** *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial A´baco de Rodolfo Depalma.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. (1994):** *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel.
- MARX, Karl (2007):** *El Capital (resumido por Gabriel Deville)*. Barcelona: Editorial Los Libros de la Frontera.
- (1999): *Manuscritos: economía y filosofía*. Traducción, introducción y notas de Francisco Rubio Llorente. Madrid: Editorial Alianza.
- MAZEAUD, Jean, Henri y Léon (1960):** *Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, Volumen I: Obligaciones: El Contrato. La Promesa Unilateral*. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, Volumen 2.
- (1959): *Lecciones de Derecho Civil*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Primera, Volumen I: *Introducción al Estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derechos Subjetivos*.
- MAZUREK, Per (1992):** “Teoría marxista y socialista del derecho”, en: Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried (directores): *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Traducción del artículo por Juan Antonio García Amado. Madrid: Editorial Debate, pp. 333-347.

- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2018):** *Derecho real de dominio y acción reivindicatoria. Posesión y acciones posesorias*. Santiago de Chile: Der Ediciones.
- MELO LECAROS, Luis (1978):** “Edición del manuscrito”, en: Guzmán Brito, Alejandro (edit.): *El “Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el señor D. Mariano Egaña” (Primer Proyecto de Código Civil de Chile)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 133-225.
- MERINO ACUÑA, Roger (2016):** *Justicia social y economía en la Teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*. Lima: Editorial Palestra.
- MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014):** *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez, 3ª Edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- MESSINEO, Francesco (1979):** *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I: *Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano)* y Tomo IV.
- MEZA BARROS, Ramón (2008):** *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, 9ª Edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- **(2007):** *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*. 8ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- **(1999):** *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*. 8ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- **(1997):** *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, edición actualizada por los profesores Pedro Pablo Vergara Varas y Pablo Rodríguez Grez, 9ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile), Tomo II.
- **(1989):** *Manual de Derecho de la Familia*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- MILLAS, Jorge (2012):** *Filosofía del Derecho*. Comentarios, notas y edición de Juan O. Cofré. Santiago de Chile: Editorial Universidad Diego Portales.
- MIQUEL, Joan (1992):** *Derecho Privado Romano*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- MOCHÓN MÓRCILLO, Francisco (2009):** *Economía. Teoría y Política*. 6ª Edición. Madrid: Editorial McGraw-Hill.
- MODERNE, Franck (2017):** *Principios Generales del Derecho. Método y aceptación en Derecho Administrativo y Constitucional*. 2ª Edición. Traducción de Alejandro Vergara Blanco. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.
- MOLAS, Isidre (2016):** *Derecho Constitucional*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos.

MOLINA GUAITA, Hernán (1998): *Derecho Constitucional*, 4ª Edición (Concepción, Universidad de Concepción, Ministerio de Educación).

MONTES, Vicente L.; ROCA, Encarna y CAPILLA, Francisco (1993): *Derecho Civil: Parte General. Introducción y Fuentes del Derecho Civil*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto (1984): “Ideologías y Fuentes del Derecho”, en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 40 (Julio-Agosto), pp. 59-84.

MORELL OCAÑA, Luis (1998): *Curso de Derecho Administrativo*. 4ª Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, Tomo I: *El Derecho Administrativo y sus Fuentes. La Organización Administrativa y sus Medios*.

MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María (2004): *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010): *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

MUÑOZ LEÓN, Fernando (2011): “¿Qué principios aplicamos cuando aplicamos directamente los principios constitucionales? Textualidad y extratextualidad constitucional”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 185-200.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Iustel, Tomo I: *Derecho Administrativo y Sistema de Fuentes*.

----- (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Editorial Iustel, Tomo II: *El Ordenamiento Jurídico*.

NÁCHER ESCRICHE, José María y OCHANDO CLARAMUNT, Carlos (1996): “La ciencia económica: Naturaleza, historia y elementos básicos”, en: Ochando Claramunt, Carlos; Cano Cano, Ernest; Nácher Escriche, José María; Contreras Navarro, José Luis; Furió Blasco, Elies; Hernández Carrión, José Rodolfo; Gallego Bono, Juan Ramón; Vilaplana Daroqui, Fernando; Banyuls Llopis, Josep y Castelló Esteve, Xavier: *Elementos Básicos de Economía*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 55-83.

NÁCHER ESCRICHE, José María (1996): “El comportamiento humano y la economía real”, en: Ochando Claramunt, Carlos; Cano Cano, Ernest; Nácher Escriche, José María; Contreras Navarro, José Luis; Furió Blasco, Elies; Hernández Carrión, José Rodolfo; Gallego Bono, Juan Ramón; Vilaplana Daroqui, Fernando; Banyuls

Llopis, Josep y Castelló Esteve, Xavier: *Elementos Básicos de Economía*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 21-53.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2016): *La Constitución Económica chilena ante los Tribunales de Justicia* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Finis Terrae).

----- **(2005):** “Constitucionalización del Derecho Civil. La Propiedad sobre Bienes Incorporales en la Jurisprudencia”, en Martinic G., María Dora; Tapia Rodríguez, Mauricio (dir.) y Ríos Labbé, Sebastián (colab.): *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la Codificación*. Santiago de Chile: Editorial LexisNexis, Tomo I, pp. 517-531.

NAZAR RIQUELME, Alfredo (2018): *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho. Teoría del Ordenamiento Jurídico*. Santiago de Chile: J. C. Sáez Editor.

NIETO, Alejandro (2003): “Las limitaciones del conocimiento jurídico”, en: Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín: *Las limitaciones de conocimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 11-66.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, Tomo I.

----- **(2010):** *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia), Tomo IV: *Constitución económica, derechos patrimoniales y amparo económico*.

NOVOA MONREAL, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 3ª Edición, act. Eduardo Novoa Aldunate. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2013): *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.

O’CALLAGHAN, Xavier (2012): *Compendio de Derecho Civil*. 7ª Edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, Tomo III: *Derechos reales e hipotecario*.

----- **(1997):** *Compendio de Derecho Civil*, 3ª Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I: *Parte General*.

----- **(1994):** *Compendio de Derecho Civil*. 2ª Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo II: *Derecho de Obligaciones, Volumen 1: Teoría General de la Obligación. Del Contrato y del Acto Ilícito*.

OCHANDO CLARAMUNT, Carlos (1996): “Introducción”, en: Ochando Claramunt, Carlos; Cano Cano, Ernest; Nácher Escriche, José María; Contreras Navarro, José Luis; Furió Blasco, Elies; Hernández Carrión, José Rodolfo; Gallego Bono, Juan Ramón; Vilaplana Daroqui, Fernando; Banyuls Llopis, Josep y Castelló Esteve, Xavier: *Elementos Básicos de Economía*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 9-19.

- OLLERO, Andrés (1998):** “Valores, principios, normas. Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Núm. 21: Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR (Buenos Aires, 1997), Vol. II, pp. 305-319.
- ORAÁ ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe (1997):** *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. Bilbao: Universidad de Deusto / Forum Deusto, Instituto de Derechos Humanos. En línea, consultado 5.06.2019, http://www.deusto-publicaciones.es/ud/openaccess/forum/pdfs_forum/forum06.pdf
- ORELLANA TORRES, Fernando (2006 a):** *Manual de Derecho Procesal*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, Tomo I: *Derecho Procesal Orgánico*.
- **(2006 b):** *Manual de Derecho Procesal*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, Tomo II: *Procedimientos civiles ordinarios y especiales*.
- ORTIZ VANEGAS, Hugo Daniel; ÁNGEL GONZÁLEZ, Óscar Alirio y TAFUR CHARRY, Magda Paola (2012):** *Trece Principios Generales del Derecho apoyados en aforismos jurídicos latinos*. Neiva: Universidad Antonio Nariño.
- OSORIO MORALES, Juan (2017):** “Apéndice” a Del Vecchio, Giorgio: *Los Principios Generales del Derecho*. Traducción de Juan Osorio Morales. Lima: Ara Editores / Editorial Olejnik, pp. 127-133.
- OTADUY, Javier (2012):** “Fuentes del Derecho”, en Otaduy, Javier; Viana, Antonio; y Sedano, Joaquín (dir.): *Diccionario General de Derecho Canónico*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters / Aranzadi, Tomo IV: *Filosofía del Derecho-Legislator*, pp. 119-125.
- OTÁROLA ESPINOZA, Yasna (2018):** “La protección de la capacidad de los adultos mayores a través de la autonomía de la voluntad en el Derecho Chileno”. En Domínguez Hidalgo, Carmen (coordinadora). *Estudios de Derecho de Familia III. Terceras Jornadas Nacionales. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, pp. 639-658.
- OYANEDER DAVIES, Patricio (2005):** “Tendencias actuales en el Derecho de Contratos. 150 años del Código de Bello”. *Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, Año 6, N° 12, pp. 99-110.
- PACHECO GÓMEZ, Máximo (1990):** *Teoría del Derecho*, 4ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- **(1962):** *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

- PAOLANTONIO, Martín Esteban (2006):** “El Análisis Económico del Derecho y la estructura societaria”, en: Kluger, Viviana (comp.): *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 199-227.
- PARADA, Ramón (2015):** *Derecho Administrativo*. 25ª Edición. Madrid: Open Ediciones Universitarias, Volumen I: *Introducción. Organización Administrativa. Empleo Público*.
- (2012): *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*. 2ª Edición. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- PARADA BARRERA, Guillermo Andrés (2012):** *Introducción al Derecho Civil*. Santiago de Chile: Círculo Legal Editores.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2003):** *Derecho Administrativo. Instituciones generales: Bases. Fuentes. Organización y sujetos. Actividad y control*. Barcelona: Editorial Ariel.
- PASCUAL CASADO, Javier (1987):** “Ciencia”, en Del Campo, Salustiano (director): *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*. Barcelona: Editorial Planeta-Agostini, Volumen I, pp. 377-380.
- PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR, Antonio (2014):** *Fundamentos de Teoría General del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (1999):** *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. 3ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Registrales. Tomo I: *Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2015):** *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- (2013): *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- PEREIRA FREDES, Esteban (2016):** *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*. Santiago de Chile: Editorial Thomson-Reuters.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar (2014):** “La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica”, en: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 30, pp. 17-47.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2014):** *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. 13ª Edición: Con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta. Madrid: Editorial Tecnos.

- (2013): *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. 11ª Edición, colab. Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta. Madrid: Editorial Tecnos, reimpresión.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (2018):** “Las fuentes del Derecho del Trabajo”, en Goerlich Peset, José María (dir.): *Derecho del Trabajo*. 6ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 51-89.
- PÉREZ ROYO, Fernando y CARRASCO GONZÁLEZ, Francisco M. (2018):** *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. 28ª Edición. Cizur Menor: Editorial Civitas/Thomson Reuters.
- PÉREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel (2018):** *Curso de Derecho Constitucional*. 16ª Edición. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- PÉREZ ROYO, Javier (2007):** *Las Fuentes del Derecho*. 5ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- PESCIO VARGAS, Victorio (1961):** *Comentario acerca de las Fuentes de las Obligaciones, de la Voluntad Unilateral y la Teoría del Contrato en el Derecho Civil Chileno y Comparado*. Valparaíso: Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1987):** *Manual de Derecho Constitucional (Basado en explicaciones de los profesores Luz Bulnes Aldunate y Mario Marinkovic)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-Conosur, Tomo I.
- PINESE, Graciela Gloria (2006):** *Introducción al Derecho Privado*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013):** “Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar: Un enfoque actual”, en: Barcia Lehmann, Rodrigo (coord.): *Fundamentos de Derechos Reales en el Derecho Chileno* (Santiago de Chile, Editorial LegalPublishing / Thomson Reuters), pp. 259-284.
- (2011): “Delimitación material del Derecho de Consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional”. En Vásquez Palma, María Fernanda (directora): *Estudios de Derecho Comercial. Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, 2010*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot/LegalPublishing, pp. 343-367.
- (2008): “Enfoque actual acerca de la validez de las cláusulas de no enajenar”, en: Guzmán Brito, Alejandro (edit.): *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 331-346.
- PINTO ROGERS, Humberto (1972):** *Curso Básico de Derecho Civil (Sistematización y problematización conforme al nuevo programa para la enseñanza activa)*. Derecho

Privado I. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, Tomo I, Volumen 1: *Introducción.*

PIZARRO WILSON, Carlos (2012): “Presentación”, en: Pizarro Wilson, Carlos (coord.): *Derecho y Economía. Cátedra por el Derecho Continental.* Santiago de Chile: Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, pp. 9-10.

----- **(2004):** “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, Nº 2, pp. 225-237.

PIZZORUSSO, Alessandro (1987): *Curso de Derecho Comparado.* Traducción por Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Ariel.

POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General, 2ª Edición.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

POSNER, Richard A. (2013): *El Análisis Económico del Derecho.* 2ª Edición. Traducción Eduardo L. Suárez. México DF.: Fondo de Cultura Económica.

PRIETO RAVEST, Enrique Horacio (1959): *Teoría General de las Obligaciones.* Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2018): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico.* Lima: Editorial Palestra / Temis.

----- **(2015):** *Apuntes de Teoría del Derecho.* 9ª Edición. Madrid: Editorial Trotta.

PRZEWORSKI, Adam (1995): *Democracia y Mercado.* Trad. Mireia Boffil Abelló (Cambridge, University Press).

PUIG BRUTAU, José (1987): *Compendio de Derecho Civil.* Barcelona: Editorial Bosch, Tomo I.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. (2017): *Principios Generales del Derecho Latinoamericano.* 3ª Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

RADBRUCH, Gustav (1974): *Introducción a la Filosofía del Derecho.* 4ª edición. Traducción por Wenceslao Roces. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (2016): “Las fuentes del Derecho del Trabajo”, en: Camps Ruiz, Luis Miguel y Ramírez Martínez, Juan Manuel (coord.): *Derecho del Trabajo.* 5ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 55-104.

- RAMOS PAZOS, René (2015):** *Sucesión por Causa de Muerte*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- **(2010):** *Derecho de Familia*. 7ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- **(1999):** *De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- **(1986):** “Del Precario”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Año LIV, N.º 180 [Julio / Diciembre].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001):** *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª Edición. Madrid: Editorial Espasa, Tomo I (a/g).
- REALE, Miguel (1993):** *Introducción al Derecho*, 10ª Edición. Trad. Jaime Brufau Prats. Madrid: Ediciones Pirámide.
- **(1976):** *Introducción al Derecho*. Traducción de Jaime Brufau Prats. Madrid: Ediciones Pirámide.
- RECASÉNS SICHES, Luis (1996):** *Introducción al Estudio del Derecho*, 11ª Edición. México D.F.: Editorial Porrúa.
- REES, Albert (1974):** “Economía”, en: Sils, David L. (director): *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid: Editorial Aguilar, Volumen 4, pp. 58-70.
- REPÚBLICA DE CHILE / MINISTERIO DEL INTERIOR (1925):** *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del proyecto de nueva Constitución Política de la República*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria.
- REZZÓNICO, Juan Carlos (1999):** *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- RIESLE CONTRERAS, Héctor (1968):** *La Inviolabilidad del Derecho de Propiedad Privada ante la Doctrina Pontificia (Algunos aspectos controvertidos)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- RÍOS LABBÉ, Sebastián (2010):** “Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad”, en: Martinic G., María Dora y Tapia Rodríguez, Mauricio (dir.): *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, 2ª Edición (Santiago de Chile, Editorial Abeledo-Perrot / Legal Publishing), Tomo I, pp. 533-570.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1988):** *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Traducción de Delia García Daireaux. Buenos Aires: Editorial La Ley, Tomo IV: *Las Obligaciones (1ª Parte)*, Volumen 1.

----- (1979): *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Trad. Delia García Daireaux. Buenos Aires: Editorial La Ley, Tomo I: *Parte General. El Derecho-Instituciones Civiles*.

ROBLES, Gregorio (2015): *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. 6ª Edición. Pamplona: Editorial Civitas/Thomson Reuters, Volumen I: *Introducción.- El Derecho y la Teoría comunicacional del Derecho. Primera Parte.- Teoría formal del Derecho*.

ROCHA OCHOA, Cesáreo (2010): *Manual de Introducción al Derecho*. 3ª Edición. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2014): *Regímenes Patrimoniales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

----- (1995): *Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), Volumen 1.

----- (1990): *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Santiago de Chile: Imprenta Edimpres.

RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio (1995): *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. 5ª Edición, revisada y actualizada por Cristián Maturana Miquel. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ROMEO CASABONA, Carlos María (2016): “El concepto y los elementos del Derecho Penal”, en: Romeo Casabona, Carlos María; Sola Reche, Esteban; y Boldova Pasamar, Miguel Ángel (coord.): *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*. 2ª Edición. Granada: Editorial Comares, pp. 3-19.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (2015): “Principios que rigen el Libro Primero del Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil y los regímenes matrimoniales, y el Libro Segundo del Código Civil”, en: *Actualidad Jurídica* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad del Desarrollo), N.º 31, pp. 81-98.

----- (2002): “Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado”. *Actualidad Jurídica* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad del Desarrollo), Año 3, N° 5, pp. 163-185.

ROSENDE SUBIABRE, Hugo (1953): *Derecho Civil: Obligaciones*. Apuntes tomados en clases del profesor [...], por Emilio Charad D. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

ROSS, Alf (1994): *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción por Genaro Carrió. 5ª Edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

ROSSEL SAAVEDRA, Enrique (1942): “Orientaciones actuales del Derecho de las Obligaciones”. En AA.VV. *Las actuales orientaciones del Derecho. Conferencias*

pronunciadas por catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, pp. 89-105.

ROZAS VIAL, Fernando (2000): *Los Bienes* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur).

RUIZ MANERO, Juan (2000): “Principios jurídicos”, en: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edit.): *El Derecho y la Justicia*. 2ª Edición. Madrid: Editorial Trotta / Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 149-159.

RUIZ RESA, Josefa Dolores (2016): *Teoría del Derecho*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (2016): *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado* (Santiago de Chile, Editorial Lom).

----- (2009): “La vulgarización como eslogan y los derechos fundamentales”, en: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: *Democracia y Derechos Fundamentales desde la Filosofía Política. Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional. 2003-2005-2007. Artículos seleccionados*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 55-67.

RUIZ – TAGLE VIAL, Carlos (2010): *Curso de Derecho Económico*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino (1999): *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 4ª Edición. Salamanca: Editorial Librería Cervantes.

ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio (2011): “Dimensiones del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 275-289.

SALAH ABUSLEME, María Agnes (2008): “Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa”, en *Revista del Magister y Doctorado en Derecho* (Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Post Graduados) N.º 2.

SALERNO, Marcelo Urbano (1998): *Derecho Civil Profundizado*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. (2010): *Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica*. 19ª Edición. México D.F.: Editorial McGraw-Hill.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (2018): *Principios de Derecho Mercantil*. 23ª Edición. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Tomo I.

- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2018):** *Derecho Administrativo. Parte General*. 14ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- SANDERS, Gabriel Pablo (2004):** *Derecho Privado*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2015):** *Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Derecho Concursal*, 7ª Edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- SANTA CRUZ SERRANO, Víctor (1948):** “Comentario a *Guerrero, Félix c. González, Rogelio* (Cas. Fondo), Corte Suprema, 2.7.1948”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*. Santiago de Chile, Tomo XLVI, 2.º parte, sec. 1.º.
- SANTOS BRIZ, J. (dir.) (2003):** *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica*. Barcelona: Editorial Bosch, Tomo I: *Introducción y Doctrinas Generales*.
- SCHMIDT HOTT, Claudia (2010):** *Teoría General de los Derechos Reales. Comentarios*. Santiago de Chile: Editorial PuntoLex / Thomson Reuters.
- SCHÜLLER, Alfred y WELSCH, Thomas (2004):** “Socialismo / Economía planificada”. En Hasse, Rolf H.; Schneider, Hermann y Weigelt (editores) *Diccionario de Economía Social de Mercado. Política Económica de la A a la Z*. Traducción Klara Schrittenlocher y Birte Pedersen. México D.F.: Fundación Konrad Adenauer, pp. 358-360.
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2003):** “La cláusula de no enajenar”, en: *Fojas. Revista de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral*, Núm. 10-11 (Octubre), en línea, consultado 26.10.2015: http://fojasv2.conservadores.cl/articulos/index.php?10_11/articulos2.
- SEPÚLVEDA LATAPIAT, César (1994):** *Derecho Económico I. Nociones económicas previas al estudio jurídico* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997):** *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I: *Principios. Estado y Gobierno*.
- SILVA CIMMA, Enrique (1958):** *Apuntes de Derecho Administrativo. Apuntes de clases*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, Tomo I.
- SOLER, Sebastián (1951):** *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, reimpresión, Tomo I.

- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (2010):** “Algunas consideraciones sobre el principio de autonomía de la voluntad”. En Tavorali Oliveros, Raúl (director) *Doctrinas Esenciales Derecho Civil. Acto Jurídico. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile / Punto Lex / Thomson Reuters, pp. 83-93.
- (s / f): *Apuntes de Derecho Civil, Segundo Año, Primera Parte: Teoría de las Obligaciones*. Transcripción de las clases del profesor señor [...], editados por Carlos R. Weiss y Héctor Carreño L. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Tomo I.
- SOMMA, Alessandro (2008):** *Introducción Crítica al Derecho Europeo de los Contratos*. Traducción Pablo Andrés Moreno Cruz y Javier Rodríguez Olmos. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- SORIANO, Ramón (2016):** *Sociología del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- SOZA RIED, María de los Ángeles (2004):** “La influencia del Código Civil francés en el Código Civil chileno en materia de bienes y propiedad”, en Henríquez Herrera, Ian y Corral Talciani, Hernán (edit.): *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del Bicentenario del Código Civil francés. Cuadernos de Extensión Jurídica*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Vol. 9, pp. 69-79.
- SPECTOR, Horacio (2006):** “Justicia y bienestar desde una perspectiva de Derecho Comparado”, en: Kluger, Viviana (comp.): *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 39-58.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2014):** *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing / Thomson Reuters.
- (2012): *Filosofía del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- (2011 a): *Introducción al Derecho*, 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- (2011 b): “Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 17-28.
- STARBATTY, Joaquim (2004):** “Economía de mercado”. En Hasse, Rolf H.; Schneider, Hermann y Weigelt (editores) *Diccionario de Economía Social de Mercado. Política Económica de la A a la Z*. Traducción Klara Schrittenlocher y Birte Pedersen. México D.F.: Fundación Konrad Adenauer, pp. 141-142.
- STIGLITZ, Joseph E. (1994):** *Economía*. Traducción de María Esther Rabasco Espáriz. Barcelona: Editorial Ariel.

- STOEHREL MAES, Carlos Alberto (2017):** *De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los Incidentes*. 6ª Edición, revisada y actualizada por Davor Harasic Yaksic. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2005):** *Código Civil 1855 – 2005. Evolución y perspectivas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- TAVANO, María Josefina (2006):** “Coase: un teorema para el Derecho. Su aplicación: a la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia”, en: Kluger, Viviana (comp.): *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, pp. 59-86.
- THAYER ARTEAGA, William (2015):** *Texto, Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo*. 4ª Edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica.
- TOMASELLO HART, Leslie (1984):** *La Contratación. Contratación tipo, de adhesión y dirigida. Autocontratación y Subcontratación*. Valparaíso: EDEVAL.
- TORRES LÓPEZ, Juan (2002):** *Economía Política*. 2ª Edición. Madrid: Ediciones Pirámide.
 ----- (1992): *Introducción a la Economía Política*. Madrid: Editorial Civitas.
- TREVES, Renato (1988):** *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Traducción de Manuel Atienza, María José Añón Roig y J. A. Pérez Lledó. Barcelona: Editorial Ariel.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán (1995):** *De las Obligaciones*. 2ª Edición. Concepción: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio (2006):** “Las fuentes y la aplicación del Derecho Mercantil”, en: Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio: *Curso de Derecho Mercantil*. 2ª Edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Civitas, Tomo I, pp. 49-65.
- URÍA, Rodrigo (2002):** *Derecho Mercantil*. 28ª Edición, revisada y puesta a día con la colaboración de María Luisa Aparicio. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- URRUTIGOITY, Javier (2009):** “Los principios del derecho y la corrupción administrativa”, en: Arancibia Mattar, Jaime y Martínez Estay, José Ignacio (coord.): *La Primacía de la Persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing / Abeledo-Perrot, pp. 281-291.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan BMS. (2004):** *¿Fuentes formales del Derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?* Madrid: Editorial Marcial Pons.

- (1997): *Qué es el Derecho Natural*. Madrid: Editorial Speiro.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo (1940):** *Derecho Administrativo. Nociones Generales*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- VARAS S., Eduardo y VERGARA V., Álvaro (1908):** *Explicaciones de Derecho Civil Segundo Año tomadas en clase de don Luis Claro Solar por [...]. Teoría General de las Obligaciones y Contratos especiales*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Imprenta, Litografía y Encuadernación Chile.
- VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (1999):** *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. 5ª Edición. Barcelona: Editorial Bosch.
- VELASCO LETELIER, Eugenio (2015):** “Prólogo”, en Alessandri Rodríguez, Arturo: *De los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. VII-VIII.
- VELLUZZI, Vito (2017):** *Las Cláusulas Generales. Semántica y Política del Derecho*. Traducción de César E. Moreno More. Puno: Editorial Zela.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ Humberto (2005):** *Derecho Constitucional*, 2ª Edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), Tomo I.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018):** *Teoría del Derecho. Reglas y Principios. Jurisprudencia y Doctrina*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.
- (2011): “Los principios jurídicos y la tarea de construir el Derecho Administrativo en clave científica”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 315-339.
- (2010 a): *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo. El mito del Código Civil como “derecho común”*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot / LegalPublishing.
- (2010 b): “La *summa divisio Iuris Publico / Privado* de las disciplinas jurídicas”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 17, N° 1, pp. 115-128.
- VESCOVI, Enrique (2011):** *Introducción al Derecho*, 22ª Edición. Buenos Aires: Editorial B de F.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2007):** *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*. 2ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Biblioteca Americana.
- (2006): *Teoría General del Acto Jurídico*. 5ª Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- VIAL UNDURRAGA, María Ignacia (2013):** “La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de Derecho Internacional Privado”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 40, N° 3, pp. 891 – 927.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (2008):** *Introducción al Derecho Mercantil*. 21ª Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- **(1991):** *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*. 3ª Edición. Barcelona: Editorial Bosch, Tomo I, Volumen 1º: *Comerciantes. Sociedades. Derecho Industrial*.
- VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio (2011):** “Controlando leyes mediante principios constitucionales: un derecho razonable”, en: Carbonell, Flavia; Coloma, Rodrigo y Letelier, Raúl (coord.): *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, pp. 93-142.
- VILLALONGA, Cristián (2018):** *Revolución y Ley. La Teoría Crítica del Derecho en Eduardo Novoa Monreal*. Santiago de Chile: Ediciones Centro de Estudios Bicentenario.
- VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis (1999):** *Principios de Derecho Administrativo*. 4ª Edición. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Tomo I: *Concepto y fuentes*.
- VINOGRADOFF, Paul (1994):** *Introducción al Derecho*. Trad. Vicente Herrero. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- VÍO VÁSQUEZ, Efraín (1945):** *Las Obligaciones Condicionales*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Concepción: Escuela Tipográfica Salesiana.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006):** *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, 2ª Edición (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile), Tomo II.
- VODANOVIC H., Antonio (1957):** *Curso de Derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*. Redactada y puesta al día por [...], 2ª Edición (Santiago de Chile, Editorial Nascimento), Tomo II: *De los Bienes*.
- **(1945):** *Curso de Derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile [señores] Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*, 2ª Edición, redactada y puesta al día por [...]. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, Tomo I: *Parte General y las Personas*.
- **(1942):** *Curso de Derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*. Redactado y puesto al día por [...]. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, Tomo IV: *Fuentes de las Obligaciones*.

- WELZEL, Hans (1977):** *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material.* Traducción de Felipe González Vicen. Madrid: Editorial Aguilar.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime (1999):** *Lecciones de Introducción al Derecho*, 3ª Edición. Santiago de Chile: Fundación de Ciencias Humanas.
- WONNACOTT, Paul y WONNACOTT, Ronald (1992):** *Economía.* Traducción, coord. y dir. Francesc Sole i Parellada, Pedro L. Romera Diez y Olga Pons i Peregort. 4ª Edición. Madrid: Editorial McGraw-Hill.
- YRARRÁZVAL COVARRUBIAS, Arturo (2018):** *Manual de Derecho Económico.* Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica.
- ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles (2012):** “Tema 13: El derecho de propiedad y sus modificaciones”, en: Carrasco Perera, Ángel (coord.): *Derecho Civil.* 4ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 288-310.

JURISPRUDENCIA CITADA

SUMARIO: § 1. Sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – § 2. Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional – § 3. Sentencias dictadas por la Corte Suprema – § 4. Sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones.

§ 1. SENTENCIAS DICTADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 6 de mayo de 2008. “Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (Excepción Preliminar y Fondo”. Serie C N.º 179.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 7 de septiembre de 2004. “Caso Tibi vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 114.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 28 de febrero de 2003. “Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 98.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 6 de febrero de 2001. “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 74.

§ 2. SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 4 de septiembre de 2018. Rol de Ingreso N.º 3227-16. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María del Pilar Juárez Hübner respecto de las letras m y n del artículo 170 y del artículo 199, del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 del Ministerio de Salud, de 2006, en los autos caratulados “Juárez Hübner, María del Pilar con Isapre Colmena Golden Cross”, sobre recurso de apelación de protección de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N.º 58.873-2016”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 10 de agosto de 2017. Rol de Ingreso N.º 3058-16. “Requerimiento de inaplicabilidad presentado por el abogado Homero Caldera Calderón, en representación de Juan Fernando Pérez López, respecto del artículo 12 de la Ley N.º 17.322, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, en el marco del proceso Rit A-235-2015, RUC 15-3-0154203-5, caratulado “AFP PROVIDA S.A. con ESTETICA

INTEGRAL ASESORÍAS Y SERVICIOS LTDA.”, seguido ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de San Miguel”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 27 de agosto de 2015. Rol de Ingreso N.º 2698-14-INA. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Proyectos de Energía Eléctrica S.A. respecto de los artículos 45, inciso segundo y 43, N.º1, de la Ley N.º 18.175, Ley de Quiebras, en los autos sobre solicitud de quiebra, caratulados "Unispan Chile S.A. con Proyectos de Energía Eléctrica S.A.", sustanciados ante el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, bajo el Rol N.º C-1025-2014”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 23 de diciembre de 2014. Rol de Ingreso N.º 2647-14-INA. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por C.R.G. respecto de los artículos 15 y 16 del D.L. N.º 2.695, en los autos caratulados "Forestal Mininco S.A. con R.G., C. y otros", Rol C 18.454-2006, del Juzgado de Letras de Traiguén, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Temuco, por recurso de apelación, bajo el Rol N.º 606-2013”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 7 de diciembre de 2010. Rol de Ingreso N.º 1564-09-INA. “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de CICSA INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA respecto de las partes que indica del artículo 4º de la Ley N.º 19.983, que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la factura, en su texto modificado por la Ley N.º 20.323”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 14 de septiembre de 2010. Rol de Ingreso N.º 1414-09. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Ingeniería y Construcción Pesada Limitada (INCOPESA) respecto del artículo 43, N.º 1, de la Ley N.º 18.175, que modificó y fijó el nuevo texto de la Ley de Quiebras, en los autos sobre proceso concursal N.º 9909-2008 sustanciados ante el 5º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 3 de marzo de 2010. Rol de Ingreso N.º 1298-2009-INA. “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N.º 2.695, en los autos Rol N.º 676-2006 seguidos ante la Corte de Apelaciones de Chillán”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 6 de marzo de 2007. Rol de Ingreso N.º 505-06. “Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3º transitorio de la Ley N.º 19.940, en la causa caratulada “HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A” que se sigue ante la

Corte de Apelaciones de Santiago”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

§ 3. SENTENCIAS DICTADAS POR LA CORTE SUPREMA

CORTE SUPREMA (3ª Sala). 20 de marzo de 2019. Rol de Ingreso N.º 5365-2018. “Hortensia del C. Alegría Gómez con Fisco de Chile”. Voto de Prevención del Ministro señor Sergio Muñoz G. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

CORTE DE APELACIONES DE TALCA. 27 de julio de 2018. Rol de Ingreso N.º2026-2018. “Protección. Director del Hospital Regional de Talca con L.A.G.H., en representación de N.F.D.D.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 24 de mayo de 2019].

CORTE SUPREMA (4ª Sala). 20 de febrero de 2018. Rol de Ingreso N.º 31.384-2018. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 24 de mayo de 2019].

CORTE SUPREMA (4ª SALA). 13 de julio de 2015. Rol N° 22.977 – 2014. “Ilustre Municipalidad de Placilla con Palma Rojas, Rogelio Washington”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

CORTE SUPREMA (4ª Sala). 11 de diciembre de 2014. Rol de Ingreso N.º 5.535-2014. “Inersa S.A. con Servicios de Proyectos Computacionales Ltda.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019].

CORTE SUPREMA (1ª Sala). 17 de noviembre de 2014. Rol de Ingreso N.º 19.809-2014. “Banco Santander Chile con Soc. Agric. Ganad. Forest. Indust. Antonio Ltda.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 25 de mayo de 2019].

CORTE SUPREMA (3ª SALA). 30 de octubre de 2014. Rol N° 14.276 – 2014, “Fisco de Chile con Ilustre Municipalidad de Panguipulli, Águila Ávila, Marcelo, Venegas Negrete, Gary y otros”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

CORTE SUPREMA (1ª SALA). 30 de julio de 2014. Rol N° 2.947 – 2014. “Caja de Compensación de los Andes con Rebolledo Sáez, Claudio Armando”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

CORTE SUPREMA (3ª SALA). 12 de marzo de 2013. Rol N° 7.113 – 2010. “Ortiz Faúndez y otros con Corporación Nacional del Cobre de Chile”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

CORTE SUPREMA (1ª SALA). 17 de marzo de 2009. Rol N° 6.914 – 2007. “Molina Inostroza, Jorge con Torres Orellana, Sonia”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

CORTE SUPREMA (4ª SALA). 27 de mayo de 2004. Rol N° 2.804 – 2003. “Ingesur Ltda. con Navarro Mansilla, Ricardo”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

CORTE SUPREMA (4ª SALA). 29 de abril de 2004. Rol N° 1.480 – 2003. “Morales Farías, Mauro con Bata Chile S.A.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

§ 4. SENTENCIAS DICTADAS POR LAS CORTES DE APELACIONES

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 24 de diciembre de 2018. Rol de Ingreso N.º 84.682-2018. “Protección: F.A.R.B. con Isapre Consalud S.A.”. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 19 de enero de 2017].

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 13 de diciembre de 2018. Rol de Ingreso N.º 30.622-2017. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [fecha de visita 24 de mayo de 2019].

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 10 de septiembre de 1996. Rol de Ingreso N.º 2.595 – 1996, C. 3.º, red. Ministra doña Sonia Araneda, confirmada por Corte Suprema (3ª Sala), 8.10.1996, Rol de Ingreso N.º 3.522 – 1996, en: *Fallos del Mes* N.º 455 (Octubre 1996), sent. 7, pp. 2012-2025.

ÍNDICE GENERAL

<i>Dedicatoria</i>	IV
Sumario.....	V
Agradecimientos.....	VII
Siglas y abreviaturas.....	XI
<u>INTRODUCCIÓN GENERAL</u>	1
§ 1. Generalidades.....	1
§ 2. Hipótesis de trabajo.....	2
2.1. Hipótesis principal.....	2
2.2. Hipótesis secundarias.....	2
§ 3. Objetivos.....	3
3.1. Objetivo General.....	3
3.2. Objetivos específicos.....	3
§ 4. Metodología.....	3
§ 5. Plan general de la Tesis Doctoral.....	4
<u>PRIMERA PARTE:</u> <u>LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL, Y LA</u> <u>ECONOMÍA EN CUANTO FUENTE MATERIAL. EL</u> <u>SISTEMA ECONÓMICO DE LIBERTAD DE MERCADO</u>	7
<i>Presentación general</i>	9
§ 1. Contenido.....	9

§ 2. Plan de estudio.....	9
TÍTULO I: <u>UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CRÍTICA HACIA EL SIGNIFICADO, MÉRITO Y APLICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO</u>.....	11
INTRODUCCIÓN.....	13
§ 1. Importancia del análisis.....	13
§ 2. Plan de estudio.....	14
Capítulo I: LA NOCIÓN DE “FUENTES DEL DERECHO”: UN PREDICAMENTO CONCEPTUAL.....	15
Sección 1: Fuente.....	16
§ 1. Su origen en una expresión de la naturaleza.....	17
1.1. Planteamiento.....	17
1.2. La fuente en cuanto “manantial”.....	17
1.2.1. Sentido natural.....	17
1.2.2. Sentido artificial.....	18
1.3. La fuente en cuanto “cauce”.....	18
1.4. Observaciones.....	19
§ 2. Se trata de una metáfora.....	19
§ 3. Su traducción en un sentido jurídico.....	20
3.1. En cuanto origen.....	20
3.2. En cuanto medio de conocimiento.....	21
Sección 2: “Fuentes del derecho”.....	22

§ 1. La “fuente del derecho”.....	22
§ 2. La forma de organización social creadora del derecho.....	25
2.1. En cuanto entidad necesitada de la norma.....	25
2.2. En cuanto entidad propiamente creadora del derecho.....	25
2.2.1. En cuanto autoridad....	25
2.2.2. En cuanto grupo social.....	27
§ 3. Las “fuentes del derecho positivo”.....	27
3.1. En cuanto medio o modo de producción normativa.....	27
3.1.1. El planteamiento de Kelsen.....	27
3.1.2. Consecuencias.....	30
3.2. En cuanto fuerzas legítimas de creación del derecho.....	31
3.2.1. Descripción.....	31
3.2.2. Observaciones.....	32
3.3. La necesidad de distinguir al “órgano creador” respecto del “objeto creado”.....	33
3.3.1. Delimitación sujeto-objeto.....	34
3.3.2. Niveles en la producción normativa.....	34
3.3.3. Reducción a la norma jurídica.....	35

3.4. Importancia.....	37
§ 4. Las fuerzas de la realidad social.....	38
§ 5. Las “fuentes del conocimiento” del derecho.....	39
5.1. En cuanto medios de información.....	39
5.2. En cuanto medios de inspiración.....	41
§ 6. La “fuente” de los derechos subjetivos.....	42
Sección 3: Síntesis.....	43
Capítulo II: UNA APROXIMACIÓN AL ORIGEN HISTÓRICO-DOG MÁTICO DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO.....	45
Sección 1: Formación.....	46
§ 1. Situación del derecho romano.....	46
1.1. En los escritos literarios.....	47
1.1.1. “Fuente” como “fundamento del derecho”.....	47
1.1.2. “Fuente” como el “origen inmediato de las normas”.....	48
1.2. En los textos jurisprudenciales.....	49
1.2.1. “Fuente” en cuanto “origen”.....	49
1.2.2. “Fuente” en su sentido estricto.....	50
1.3. De vuelta al sentido metafórico..	51

§ 2. Situación del derecho castellano.....	51
§ 3. La recepción de la voz “fuentes” en la obra de Grocio.....	53
§ 4. La noción francesa de las fuentes del derecho.....	53
4.1. Descripción.....	53
4.1.1. Las bases preliminares.....	53
4.1.2. La codificación.....	54
4.2. Consecuencias.....	54
§ 5. La escuela histórica del derecho y la conformación moderna de las “fuentes del derecho”.....	55
5.1. Descripción.....	55
5.2. Consecuencias.....	57
Sección 2: Su inserción e impacto en el derecho positivo.....	58
§ 1. Situación general del Derecho Privado.....	58
1.1. Su consagración en los códigos civiles.....	59
1.1.1. Antecedentes.....	59
(a) El Código Civil de Italia.....	59
(b) El Código Civil de Portugal.....	60
(c) El Código Civil de España.....	60

(d) El Código Civil y Comercial de Argentina.....	61
1.1.2. Contenido.....	61
(a) Su incorporación al Código Civil.....	62
(b) La construcción normativa de una “teoría” de “fuentes del derecho”.....	63
(c) La solidez histórica del Código Civil.....	63
(d) La “paternidad histórica” del Código Civil.....	64
1.2. Significado.....	64
1.3. Críticas.....	65
§ 2. Situación general del derecho público.....	67
3.1. Derecho administrativo.....	68
3.1.1. Planteamiento.....	68
3.1.2. Pérdida de valor.....	69
3.2. Derecho constitucional.....	69
§ 3. Otros ámbitos normativos.....	70
§ 4. Perspectivas para el derecho chileno.....	70
4.1. Las obras jurídicas iniciales.....	71
4.2. Su incorporación curricular.....	71

4.3. El tratamiento posterior.....	72
4.4. En cuanto al traslado del debate al ámbito del derecho público.....	73
4.5. En cuanto a una futura reforma al Código Civil chileno.....	73
Sección 3: Síntesis.....	74
Capítulo III: LAS FUENTES FORMALES Y MATERIALES DEL DERECHO: CONCEPTO, DIFERENCIAS Y RELACIONES.....	77
Sección 1: Criterio normativista.....	77
§ 1. Descripción.....	77
§ 2. Críticas.....	79
Sección 2: Criterio tradicional.....	81
§ 1. Fuentes formales.....	81
1.1. En cuanto procedimiento.....	81
1.2. En cuanto órgano.....	83
1.3. En cuanto hecho o acto (el resultado).....	84
1.4. Sentido empleado.....	85
§ 2. Fuentes materiales.....	85
2.1. Denominación.....	85
2.2. Análisis conceptual tradicional.....	86
2.2.1. Situación frente a la realidad social.....	86
2.2.2. Composición.....	86

2.2.3. Integración específica de sus componentes.....	87
2.2.4. Especificaciones temporales y espaciales.....	89
2.2.5. Relación con las fuentes formales.....	90
2.2.6. Formas específicas de influencia.....	90
2.2.7. Carácter de la interacción de los factores.....	92
2.2.8. Su falta de fuerza vinculante.....	92
2.2.9. Grado de influjo en las fuentes formales.....	92
2.3. Descripciones particulares.....	93
2.3.1. Propuesta de Albaladejo.....	93
2.3.2. Propuesta de Martínez.....	93
2.4. Importancia.....	94
Sección 3: Síntesis.....	94
Capítulo IV: SOBRE LA CONVENIENCIA DEL ANÁLISIS DE LAS “FUENTES DEL DERECHO”.....	97
Sección 1: El problema conceptual.....	97
§ 1. Contra la conservación.....	97
§ 2. Una defensa del concepto.....	99
Sección 2: Sobre la relación entre las fuentes	

formales y las fuentes materiales.....	101
§ 1. Irrelevancia de la relación.....	101
1.1. Las fuentes formales y las fuentes materiales son conceptos independientes.....	101
1.2. Las fuentes formales requieren mayor atención que las fuentes materiales.....	101
§ 2. La relación entre las fuentes formales y las materiales es necesaria.....	103
2.1. Las fuentes materiales son “fuentes del derecho”.....	103
2.2. La relación entre las fuentes formales y las materiales es reconocida en los análisis formales.....	104
2.3. Para qué sirven las fuentes materiales.....	104
2.3.1. Función de origen de las fuentes formales.....	104
2.3.2. Función de respuesta.....	105
2.3.3. Función de contenido.....	105
2.3.4. Función orientadora...	106
Sección 3: Síntesis.....	106
<u>TÍTULO II: LA ECONOMÍA EN CUANTO FUENTE MATERIAL DEL DERECHO. EL SISTEMA ECONÓMICO DE LIBERTAD DE MERCADO. UNA REVISIÓN CRÍTICA DE ALGUNAS DE SUS FORMAS DE INFLUJO EN EL ÁMBITO JURÍDICO</u>	109

INTRODUCCIÓN.....	111
§ 1. Descripción general.....	111
§ 2. Plan de estudio.....	112
Capítulo I: NOCIONES PRELIMINARES.....	115
Sección 1: La Economía.....	115
§ 1. Etimología.....	116
§ 2. En torno al concepto de economía.....	116
2.1. Es una ciencia.....	117
2.2. Estudia el comportamiento humano.....	117
2.3. El comportamiento humano se origina de una determinada situación que lo afecta.....	118
2.4. Se tratan de necesidades que sólo pueden ser satisfechas con los bienes materiales.....	118
2.5. Resuelve el problema derivado de la satisfacción de estas necesidades.....	119
2.6. Medidas tendientes a la superación de las necesidades.....	120
2.7. Estándares exigidos para la solución del problema.....	120
§ 3. La economía en cuanto ciencia social.....	121
3.1. Planteamiento.....	121
3.2. Por qué la economía es una ciencia humana o social.....	121

Sección 2: El objeto de estudio de la economía: Una aproximación al “problema económico”.....	122
§ 1. La necesidad.....	123
1.1. En qué consiste.....	123
1.2. Importancia de su satisfacción...	124
§ 2. Los medios o bienes como instrumentos de satisfacción de la necesidad.....	125
2.1. Significado general.....	125
2.2. Identificación de algunas nociones relacionadas.....	125
2.3. Los bienes económicos.....	126
2.3.1. Precisiones conceptuales.....	127
2.3.2. Principales características de los bienes económicos.....	127
§ 3. La elección.....	128
3.1. Descripción.....	128
3.2. Algunas características de la elección.....	129
3.2.1. La decisión es racional.....	129
3.2.2. Qué es lo racional en el ámbito económico.....	130
(a) Identificación....	130
(b) La construcción de un modelo de actuación racional.....	131

2.1. Qué producir.....	143
2.1.1. En cuanto a los recursos.....	143
2.1.2. En cuanto a los precios.....	144
(a) En cuanto a su fuente.....	145
(b) En cuanto a su objetivo.....	146
(c) En cuanto a su fijación.....	148
2.2. Cómo producir.....	149
2.2.1. El mercado.....	149
2.2.2. La intervención estatal.....	150
2.3. Para quién producir.....	150
2.4. El lugar del intercambio: El mercado.....	151
§ 3. Críticas.....	152
3.1. Desde un punto de vista positivo.....	153
3.2. Desde un punto de vista negativo.....	153
Sección 3: El sistema económico centralmente planificado.....	154
§ 1. Generalidades.....	154
§ 2. En cuanto a su respuesta al problema económico.....	155

2.1. Qué producir.....	155
2.1.1. En cuanto a los recursos.....	155
2.1.2. En cuanto a los precios.....	155
2.1.3. Dificultades.....	156
2.2. Cómo producir.....	157
2.2.1. El protagonismo estatal.....	157
2.2.2. Situación del mercado.....	157
2.2.3. Consecuencias.....	158
2.3. Para quién producir.....	159
§ 3. Criticas.....	159
Sección 4: Los sistemas económicos mixtos.....	159
Sección 5: Síntesis.....	161
Capítulo III: ALGUNAS COMPARACIONES ESTRUCTURALES ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA.....	163
Sección 1: En cuanto a su construcción metodológica.....	163
Sección 2: En cuanto al objeto de estudio.....	164
Sección 3: En cuanto a la objetividad del análisis.....	165
Sección 4: Síntesis.....	166
Capítulo IV: LA NEGACIÓN DE UNA RELACIÓN	

ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA.....	167
Sección 1: La óptica de la Teoría Pura del Derecho.	167
§ 1. Necesidad de un análisis depurado para el derecho.....	167
§ 2. Motivo de la perspectiva.....	168
§ 3. Conclusiones.....	168
Sección 2: Problemas posteriores.....	168
§ 1. Limitaciones de perspectiva.....	169
§ 2. El derecho tiene una naturaleza meramente instrumental.....	170
Sección 3: Críticas a una visión purista de las fuentes del derecho.....	170
Sección 4: Síntesis.....	171
Capítulo V: EL INFLUJO ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA. UNA DISCUSIÓN ACERCA DE LOS SENTIDOS EN LOS QUE PRODUCE. SUS PRINCIPALES FORMAS DE EXPRESIÓN.....	173
Sección 1: Clases de influjo.....	173
§ 1. Influjo unilateral.....	174
1.1. El marxismo.....	174
1.1.1. Planteamiento.....	174
1.1.2. Críticas.....	176
(a) En cuanto a concebir la economía como una entidad previa al derecho.....	176
(b) En cuanto a la	

construcción de la norma jurídica.....	176
(c) Acerca de la real forma de interacción entre el derecho y la economía.....	177
1.2. El análisis económico del derecho.....	178
1.2.1. Planteamiento.....	178
1.2.2. Descripción general....	178
1.2.3. Críticas.....	179
1.3. Críticas al modelo unilateral...	180
§ 2. Influjo recíproco.....	180
2.1. Influjo de la economía en el derecho.....	180
2.1.1. La economía es una fuente material del derecho.....	180
2.1.2. La economía concebida como una forma de comprensión del derecho.....	181
(a) Planteamiento...	181
(b) Descripción del proceso.....	181
2.2. Influjo del derecho en la economía.....	182
2.2.1. Influjo histórico.....	182
2.2.2. Influjo normativo.....	182

(a) La recepción de categorías económicas.....	183
(b) La defensa jurídica del sistema económico.....	184
(i) La defensa institucional...	184
(ii) Las medidas materiales de defensa.....	185
2.2.3. Influjo dogmático.....	186
Sección 2: Los desafíos que implica la admisión del influjo.....	187
§ 1. La economía no es una ciencia libre de contenido valórico.....	187
§ 2. El derecho no constituye un obstáculo para la economía.....	188
§ 3. Necesidad de evitar las aproximaciones puras al fenómeno jurídico.....	188
§ 4. La utilización de categorías jurídicas en el análisis económico.....	189
4.1. Evaluación inicial.....	189
4.2. La utilización de categorías jurídicas en el ámbito económico.....	190
4.3. Consecuencias.....	190
Sección 3: Síntesis.....	191

SEGUNDA PARTE:

**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO
PRIVADO: CONCEPTO, CONFIGURACIÓN Y
PRINCIPALES CLASES. SU RELACIÓN E INFLUJO DEL
SISTEMA ECONÓMICO DE LIBERTAD DE MERCADO** 193

Presentación general..... 195

§ 1. Contenido..... 195

§ 2. Plan de estudio..... 195

**TÍTULO I: LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN GENERAL.
SU NATURALEZA Y POSICIÓN ENTRE LAS FUENTES
DEL DERECHO**..... 197

INTRODUCCION..... 199

§ 1. Contexto e importancia..... 199

§ 2. Plan de estudio..... 201

Capítulo I: ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS
PRINCIPIOS JURÍDICOS..... 203

Sección 1: Nomenclatura..... 203

§ 1. “Principios generales del
derecho”..... 204

§ 2. Principios jurídicos..... 205

§ 3. Principios del derecho..... 205

§ 4. Principios..... 205

Sección 2: Concepto..... 206

§ 1. Un análisis semántico..... 207

1.1. Principios..... 207

1.1.1. En cuanto
origen..... 207

1.1.2. En cuanto base o

cimiento.....	208
1.1.3. En cuanto fundamento de una proposición.....	208
1.2. Generales.....	208
1.2.1. En cuanto identidad común entre varios elementos.....	208
1.2.2. En cuanto da cuenta de un alto grado de aceptación.....	209
1.2.3. Recurso al plural.....	209
1.2.4. Pertinencia del adjetivo.....	209
1.3. Del derecho.....	209
1.3.1. Queda incorporada en las definiciones usuales de derecho.....	209
1.3.2. Su significado estrictamente jurídico.....	210
§ 2. Análisis conceptual.....	210
Sección 3: Características.....	211
§ 1. En cuanto a su fuente.....	212
1.1. Origen hermenéutico.....	212
1.2. Pluralidad.....	213
§ 2. En cuanto a su contenido.....	213
2.1. Nomenclatura.....	213
2.2. Contenido normativo.....	214

2.2.1. Brevedad.....	214
2.2.2. Directividad.....	215
2.2.3. Vaguedad.....	215
2.2.4. Finalidad.....	215
2.3. Contenido valorativo.....	216
§ 3. En cuanto a su ámbito de aplicación.....	217
3.1. Generalidad.....	217
3.2. Fundamento.....	217
3.3. Supletoriedad.....	218
Sección 4: Diferencias con otras categorías jurídicas.....	219
§ 1. Los principios generales del derecho y la equidad.....	219
§ 2. Los principios generales del derecho y las reglas o máximas jurídicas.....	220
§ 3. Los principios generales del derecho y las cláusulas generales.....	221
§ 4. Los principios generales del derecho y la analogía.....	222
Sección 5: Síntesis.....	223
Capítulo II: ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN TORNO AL RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y ALGUNOS APORTES.....	225
Sección 1: Antecedentes greco-romanos.....	225
§ 1. Las concepciones griegas.....	226

§ 2. La recepción romana.....	226
Sección 2: Propuestas del Medievo.....	228
§ 1. La Escolástica.....	228
§ 2. Influjo de la filosofía en el derecho canónico y común.....	229
§ 3. Decaimiento.....	229
Sección 3: El iusnaturalismo racionalista.....	229
§ 1. Premisas.....	230
§ 2. Influjo.....	230
Sección 4: Las codificaciones.....	230
§ 1. Las tendencias iniciales.....	231
§ 2. El Código Civil de Francia.....	232
§ 3. Codificaciones posteriores.....	232
Sección 5: La escuela histórica del derecho.....	233
§ 1. Ausencia del concepto.....	233
§ 2. Otros aspectos en relación.....	233
Sección 6: Tendencias contemporáneas.....	234
§ 1. En el plano positivo.....	234
§ 2. La óptica académica y literaria.....	235
Sección 7: Síntesis.....	236
Capítulo III: TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.....	239
Sección 1: Criterio positivista.....	239

§ 1. Planteamiento.....	239
§ 2. Críticas.....	240
Sección 2: Criterio iusnaturalista.....	242
§ 1. Planteamiento.....	242
§ 2. Críticas.....	244
Sección 3: Criterio ecléctico.....	245
§ 1. Planteamiento.....	245
§ 2. Críticas.....	246
Sección 4: Criterio romanista.....	246
§ 1. Planteamiento.....	246
§ 2. Críticas.....	247
Sección 5: Criterio historicista.....	248
§ 1. Planteamiento.....	248
§ 2. Críticas.....	248
Sección 6: Criterio tópico.....	249
§ 1. Planteamiento.....	249
§ 2. Críticas.....	250
Sección 7: Síntesis.....	250
Capítulo IV: NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS. SU ESTRUCTURA BÁSICA EN CUANTO NORMA JURÍDICA.....	253
Sección 1: Los principios y las normas tienen una naturaleza diferente.....	254
§ 1. Diferencias de estructura.....	254

1.1. Planteamiento.....	254
1.2. Consecuencias.....	255
§ 2. Diferencias en la formulación.....	255
§ 3. Diferencias en cuanto a su finalidad.....	255
§ 4. Diferencias de coordinación.....	256
§ 5. Diferencias de posición respecto del ordenamiento jurídico.....	256
§ 6. Diferencias en cuanto a su reconocimiento estatal.....	256
§ 7. Diferencias en cuanto a los parámetros hermenéuticos que les son aplicables.....	257
Sección 2: Posturas de identificación estructural entre los principios y las normas jurídicas.....	257
§ 1. Asimilación de naturaleza en virtud del origen.....	258
§ 2. Asimilación de naturaleza por su función.....	258
§ 3. Asimilación de naturaleza por sujeción a la norma fundamental.....	258
Sección 3: Propuesta.....	259
§ 1. Fundamentos.....	259
§ 2. Estructura material de los principios jurídicos.....	260
2.1. Planteamiento.....	260
2.2. Supuesto de hecho.....	261

2.3. Consecuencia jurídica.....	262
2.3.1 Falta de claridad respecto de la sanción aplicable.....	263
2.3.2. Carácter implícito de la sanción.....	265
2.3.3. Posibilidad de identidad de la consecuencia entre diversos principios jurídicos.....	265
Sección 4: Síntesis.....	266
Capítulo V: RECONOCIMIENTO Y CONSAGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS ENTRE LAS FUENTES DEL DERECHO.....	267
Sección 1: La consideración de los principios jurídicos en cuanto fuente formal del Derecho.....	267
§ 1. Teorías negativas.....	268
§ 2. Teorías afirmativas.....	269
Sección 2: Mecanismos de consagración de los principios generales del derecho.....	270
§ 1. Alternativas de manifestación.....	270
1.1. Por su explicitación.....	271
1.1.1. Descripción.....	271
1.1.2. Maneras de expresión.....	271
(a) Asignación de una ubicación privilegiada.....	271
(b) Ubicación	

conjunta.....	272
1.1.3. Evaluación crítica.....	273
(a) Méritos.....	273
(b) Dificultades.....	275
1.2. Consagración implícita.....	276
1.2.1. Descripción.....	276
1.2.2. Método de identificación de los principios.....	276
(a) La analogía.....	276
(b) Interpretación sistemática.....	278
.	
§ 2. Situación del derecho chileno.....	279
2.1. El principio de inexcusabilidad o non liquet.....	279
2.1.1. Reglas aplicables.....	279
2.1.2. Un principio que regula el acceso a los principios.....	279
2.1.3. Ámbito de validez del principio de non liquet.....	280
2.2. Los principios jurídicos como fundamentos de la sentencia definitiva.....	281
2.2.1. Regla aplicable.....	281
2.2.2. Importancia.....	281

2.2.3. Naturaleza de los “principios de equidad”	282
2.3. Los principios jurídicos en cuanto constituyen elementos de interpretación de la ley.....	282
2.3.1. Regla aplicable.....	282
2.3.2. Antecedentes históricos.....	283
2.3.3. Ámbito de aplicación.....	283
2.3.4. Naturaleza del “espíritu general de la legislación”.....	284
(a) Posición tradicional.....	284
(b) Discrepancias.....	284
Sección 3: Mecanismos que permiten la constatación de un principio general del Derecho.....	286
§ 1. Método propuesto por Albaladejo.....	286
1.1. Descripción.....	286
1.2. Críticas.....	287
§ 2. Método propuesto por Vergara.....	287
2.1. Descripción.....	287
2.2. Críticas.....	287
§ 3. Método propuesto por Canaris.....	288
3.1. Descripción.....	288
3.2. Críticas.....	288

Sección 4: Síntesis.....	289
Capítulo VI: FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.....	291
Sección 1: Los principios jurídicos como fundamentos del ordenamiento jurídico.....	291
§ 1. Significado.....	291
§ 2. Facilidades derivadas de su uso.....	291
§ 3. Contradicciones con otras funciones.....	291
Sección 2: Síntesis del ordenamiento jurídico.....	294
§ 1. Significado.....	294
§ 2. Consecuencias.....	294
Sección 3: Síntesis del derecho.....	295
§ 1. Significado.....	295
§ 2. Consecuencias.....	295
Sección 4: Función de garantía.....	296
§ 1. Significado.....	296
§ 2. Fundamento.....	296
Sección 5: Los principios jurídicos como elementos de interpretación de la ley.....	296
§ 1. Planteamiento.....	296
§ 2. Clases de tareas en que se manifiesta esta función.....	297
§ 3. Aplicación supletoria.....	299
Sección 6: Los principios jurídicos como medios de	

integración de las lagunas legales.....	299
§ 1. Significado.....	299
§ 2. Suple toriedad.....	301
2.1. Premisa.....	301
2.2. Excepción.....	302
§ 3. Situación del juez en este esquema.....	302
Sección 7: Los principios jurídicos son una fuente del derecho.....	303
§ 1. Planteamiento.....	303
§ 2. Fuente formal.....	303
2.1. Planteamiento.....	303
2.2. Consecuencias.....	304
§ 3. Fuente material.....	304
Sección 8: Síntesis.....	305
Capítulo VII: CLASES DE PRINCIPIOS JURÍDICOS.....	307
Sección 1: Dificultades en la sistematización.....	307
Sección 2: Presencia de “niveles” de principios.....	308
§ 1. Principios con unidad de fuente.....	308
§ 2. Principios con pluralidad de fuentes.....	309
2.1. Criterios dualistas.....	309
2.1.1. Criterios basados en la naturaleza de los principios...	310
2.1.2. Criterios basados en la	

explicitación de los principios.....	311
2.2. Criterios tripartitos.....	312
2.2.1. Postura sostenida por de Castro.....	313
(a) Principios del derecho natural.....	313
(b) Principios tradicionales o nacionales.....	313
(c) Principios políticos.....	314
2.2.2. Postura sostenida por Rabinovich-Berkman.....	314
(a) Principios que están fuera del ordenamiento.....	314
(b) Principios que están dentro del ordenamiento.....	315
(c) Principios extrajurídicos.....	315
2.2.3. Postura de Vergara.....	316
2.2.4. Postura defendida por De Esteban y González-Trevijano.....	316
2.3. Criterios complejos.....	317
§ 3. Ámbito de aplicación de los principios..	317
Sección 3: Algunas dificultades derivadas de la pluralidad de principios jurídicos.....	318

§ 1. Planteamiento.....	318
§ 2. Consecuencias.....	319
2.1. Imposibilidad de identificar los “principios generales del derecho”.....	319
2.2. Surgimiento de nuevos principios.....	319
2.2.1. Generalidad de los principios jurídicos.....	319
2.2.2. Temporalidad de los principios jurídicos.....	320
2.3. Mutabilidad de los principios.....	320
2.4. Coexistencia de una pluralidad de principios.....	321
2.5. Contradicciones entre los principios.....	322
2.5.1. Origen.....	322
2.5.2. Problemas del criterio expuesto.....	323
2.5.3. Posiciones contrarias...	323
2.6. Criterios de solución frente a posibles contradicciones.....	324
2.6.1. Especialidad.....	324
2.6.2. Temporalidad.....	324
2.6.3. Ponderación.....	325
2.6.4. Colaboración de estándares en la aplicación de	

los principios jurídicos.....	326
§ 3. Discusión sobre la pluralidad de principios jurídicos.....	327
Sección 4: Síntesis.....	327
Capítulo VIII: LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO PRIVADO CHILENO CONTEMPORÁNEO: UNA PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA.....	329
Sección 1: Una mirada general al tratamiento de los principios jurídicos en el derecho privado chileno.....	330
§ 1. Posición inicial.....	330
1.1. La base constitucional.....	330
1.2. La legislación nacional.....	330
1.3. La literatura jurídica.....	330
§ 2. Cambios sustantivos de perspectiva.....	331
2.1. Introducción de la noción.....	331
2.2. Algunos cambios académicos...	331
2.3. El proceso de construcción sistemática de los principios jurídicos.....	332
§ 3. Situación normativa.....	332
§ 4. Una evaluación general de la situación jurisprudencial.....	333
Sección 2: Los principios jurídicos del derecho privado chileno contemporáneo.....	334
§ 1. Ausencia de los principios jurídicos en el diálogo académico y forense.....	334

§ 2. El recurso a los principios jurídicos como “argumento”: La función hermenéutica de los principios jurídicos.....	334
2.1. Planteamiento.....	334
2.2. Una aplicación específica.....	334
2.3. Algunas implicancias de esta clase de uso.....	336
§ 3. Las primeras construcciones de principios jurídicos del derecho privado en la bibliografía nacional.....	336
3.1. Descripción general.....	336
3.2. Los principios expuestos por Humberto Pinto Rogers.....	337
3.3. Los principios expuestos por Carlos Ducci Claro.....	337
§ 4. Estado bibliográfico actual.....	337
4.1. En cuanto a los principios generales del derecho privado.....	338
4.1.1. Los principios expuestos por Hugo Rosende Álvarez.....	338
4.1.2. Los principios expuestos por Guillermo Parada Barrera.....	338
4.1.3. Los principios expuestos por Enrique Alcalde Rodríguez.....	338
4.1.4. Los principios expuestos por Hernán Corral Talciani.....	339

4.1.5. Algunos problemas.....	340
4.2. Proposición de unos principios específicos del derecho privado chileno.....	340
4.2.1. Estado preliminar.....	340
4.2.2. Ámbitos específicos con sistematización de principios.....	341
(a) Derecho de las obligaciones.....	341
(b) Derecho de los contrato.....	342
(c) Derecho de familia.....	343
(d) Derecho sucesorio.....	344
4.2.3. Ausencia de construcciones sistemáticas de principios jurídicos.....	344
(a) Derecho de la persona.....	344
(b) Derecho de los bienes.....	346
(c) Derecho de los actos y negocios jurídicos.....	346
(d) Derecho de la responsabilidad civil.....	346
Sección 3. Síntesis.....	347

<u>TÍTULO II: EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO. APROXIMACIÓN CRÍTICA A SUS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS Y ECONÓMICOS.....</u>	349
INTRODUCCIÓN.....	351
§ 1. Planteamiento.....	351
2. Plan de estudio.....	353
Capítulo I: LA CONFORMACIÓN CONCEPTUAL Y ESTRUCTURAL DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	355
Sección 1: El nacimiento de la noción “autonomía de la voluntad”.....	355
§ 1. Significado etimológico.....	355
§ 2. Identificación de su estructura.....	356
Sección 2: Cómo es presentada la autonomía de la voluntad en el derecho privado.....	356
§ 1. Un arquetipo sistemático de exposición del principio en la literatura jurídica.....	356
§ 2. La perspectiva estática: Una definición.....	357
2.1. Algunos modelos.....	357
2.2. Plan adoptado para la construcción de las definiciones.....	358
§ 3. La perspectiva dinámica: Sus funciones.....	359
3.1. Funciones generales.....	359
3.2. Funciones especiales.....	361
3.2.1. Es el fundamento del	

derecho privado.....	361
3.2.2. Es el origen del principio de libertad de contratación.....	361
3.2.3. Es el origen del principio de libertad de consensualismo.....	362
3.2.4. Es el origen del principio de libertad contractual.....	363
3.2.5. Justifica la creación de contratos atípicos.....	363
3.2.6. Justifica la facultad de modificar el contenido normativo de los contratos típicos.....	364
3.2.7. Justifica la regulación de la extinción del contrato.....	364
3.2.8. Establece la pauta para la interpretación contractual.....	365
3.2.9. La autonomía de la voluntad y los derechos subjetivos.....	365
3.2.10. La autonomía de la voluntad y la voluntad presunta de los contratantes.....	365
3.2.11. La protección de la voluntad.....	366
§ 4. Una noción del principio a partir de la consideración a sus principales limitaciones.....	366

4.1. Límites esenciales del contrato.....	367
4.2. Límites extrínsecos.....	367
4.3. Límites intrínsecos.....	370
§ 5. Una noción literal de “autonomía de la voluntad”.....	370
Sección 3: Síntesis.....	371
Capítulo II: LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	373
Sección 1: La voluntad como elemento esencial del derecho civil.....	373
§ 1. La concepción romanista.....	373
§ 2. El derecho medieval.....	374
§ 3. El contenido filosófico asignado.....	375
Sección 2: El origen kantiano del concepto de autonomía de la voluntad.....	376
Sección 3: La inserción de la noción de autonomía de la voluntad en el derecho privado.....	377
§ 1. Su primera consagración en el derecho internacional privado.....	377
§ 2. El traslado de la categoría al derecho civil.....	378
§ 3. La irrupción del concepto de autonomía de la voluntad en el derecho civil chileno.....	379
3.1. Estado inicial de la doctrina del siglo XIX.....	379

3.2. La ideas promovidas por Luis Claro Solar en la noción de “libertad de las transacciones”.....	379
3.3. La incorporación de la noción “autonomía de la voluntad” en el derecho civil chileno.....	380
Sección 4: Síntesis.....	381
Capítulo III: LA IDENTIDAD DE CONTENIDO FILOSÓFICO DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	383
Sección 1: La base filosófica liberal asumida para la autonomía de la voluntad.....	383
§ 1. La fuente del principio en el liberalismo clásico.....	383
§ 2. La libertad manifestada en el contrato.....	384
§ 3. Consecuencias de asumir el contrato como un vínculo libre e igualitario.....	384
Sección 2: Críticas.....	386
§ 1. En cuanto a la concepción filosófica asumida.....	386
§ 2. En cuanto a los vicios del modelo asignado al liberalismo.....	387
2.1. Su individualismo.....	388
2.2. La desigualdad de las partes.....	388
2.2.1. La igualdad jurídica de las partes.....	388
2.2.2. Dificultades para la materialización de la	

igualdad jurídica entre los contratantes.....	389
(a) El contrato es cuestionado en cuanto acto intrínsecamente justo.....	389
(b) Asimetrías de poder entre los contratantes.....	390
§ 3. Nuevas visiones filosóficas críticas al liberalismo clásico: Una aproximación al “solidarismo contractual”.....	391
3.1. Antecedentes históricos.....	391
3.2. Premisas de esta doctrina.....	392
3.3. Críticas.....	393
3.4. Manifestaciones de sus efectos...	394
§ 4. Reconocimiento de nuevos fundamentos en el derecho de los contratos..	394
Sección 3: Síntesis.....	395
Capítulo IV: LA CONTRIBUCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A LA JUSTIFICACIÓN DEL MODELO ECONÓMICO. UNA REVISIÓN CRÍTICA.....	397
Sección 1: La autonomía de la voluntad y su manifestación normativa en el orden público económico.....	398
§ 1. Mecanismos de manifestación del principio.....	398
§ 2. Reconocimiento implícito.....	398
§ 3. Reconocimiento explícito.....	399

3.1. Algunas manifestaciones.....	400
3.2. Principales observaciones.....	400
§ 4. Observaciones.....	400
Sección 2: Justificaciones económicas de la protección al principio de autonomía de la voluntad.....	401
§ 1. En cuanto a la distribución de los recursos.....	401
1.1. Los particulares asignan los recursos con eficiencia.....	401
1.2. Reducción de los costos estatales.....	402
§ 2. Concepción moral respecto de los particulares.....	402
2.1. El ser humano sólo es libre si se permite contratar libremente.....	403
2.2. La responsabilidad de los particulares será individual.....	403
2.3. Significa un mayor cuidado en la asunción de riesgos.....	403
2.4. La libertad de contratación da cuenta de una actitud de respeto del Estado por la autonomía valorativa de los particulares.....	404
§ 3. La posición que debe asumir el Estado.....	404
3.1. En cuanto distribuidor de los recursos.....	404
3.2. En cuanto legislador.....	405
3.2.1. Fin social.....	405

3.2.2. Fin económico.....	405
3.2.3. Fin moral.....	406
§ 4. Resultado.....	406
Sección 3: Una discusión sobre la pertenencia del principio de autonomía de la voluntad al sistema económico de libertad de mercado.....	407
§ 1. Planteamiento.....	407
§ 2. Situación de estatutos jurídicos que defienden la economía centralmente planificada.....	407
2.1. Estructura normativa fundamental.....	407
2.2. Situación de la autonomía de la voluntad.....	408
2.3. Elementos para la discusión.....	408
Sección 4: Síntesis.....	409
TÍTULO III: <u>EL PRINCIPIO JURÍDICO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES. UNA CONTRIBUCIÓN A SU CONCEPTUALIZACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN</u>.....	411
INTRODUCCIÓN.....	413
§ 1. Contexto e importancia.....	413
§ 2. Plan de estudio.....	414
Capítulo I: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA NOCIÓN DE “LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES”.....	417
Sección 1: Un examen bibliográfico preliminar...	417
§ 1. Ausencia de propuestas.....	417

1.1. En la literatura jurídica del siglo XIX.....	417
1.2. La inserción conceptual en las obras jurídicas de comienzos del siglo XX.....	418
1.3. La continuación del modelo en las obras jurídicas contemporáneas.....	418
1.4. Una breve revisión comparada.....	419
§ 2. La libre circulación de la riqueza como argumento hermenéutico.....	419
§ 3. Las aproximaciones al principio se formulan en clave subordinada a otros principios o valores fundamentales.....	420
3.1. Subordinación al derecho de propiedad.....	420
3.2. Subordinación a la libertad de comercio.....	422
3.3. Subordinación a la libertad.....	422
§ 4. Su identificación directa como principio jurídico.....	422
Sección 2: Una propuesta descriptiva.....	423
§ 1. Libre.....	423
1.1. Ante el propietario.....	424
1.2. Respecto de terceros.....	425
1.3. Respecto del legislador.....	426
§ 2. Circulación.....	426

§ 3. Riqueza.....	427
Sección 3: El resultado.....	428
Sección 4: Síntesis.....	429
Capítulo II: ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES.....	431
Sección 1: Su consagración en el Mensaje Presidencial del Proyecto de Código Civil.....	431
§ 1. Posesión provisoria de los bienes del desaparecido.....	432
1.1. Planteamiento.....	432
1.2. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado.....	434
§ 2. Prohibición de fideicomisos y usufructos sucesivos.....	438
2.1. Planteamiento.....	438
2.2. Una regulación posterior sobre el mismo problema.....	440
2.3. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico analizado.....	441
§ 3. Sustituciones fideicomisarias.....	443
3.1. Planteamiento.....	443
3.2. Cómo es planteada la relación entre la libre circulación de la riqueza y el instituto jurídico	

bienes.....	457
1.2.1. Antecedentes.....	458
1.2.2. Análisis descriptivo...	460
(a) Designación del derecho fundamental.....	460
(b) Consagración como “libertad”.....	460
(c) Su vinculación con el principio de libre circulación de los bienes.....	462
(d) Importancia económica.....	462
(e) Su relación con los modos de adquirir el dominio.....	463
(f) Su vinculación como fundamento jurídico de la capacidad de goce.....	464
1.2.3. Defensa de su contenido esencial.....	464
(a) Regla aplicable....	464
(b) Aplicación.....	464
1.3. En cuanto a la facultad de disposición.....	466
1.3.1. Ubicación.....	466
1.3.2. Sede en que debe regularse el ejercicio de esta	

facultad.....	466
1.3.3. Introducción de prohibiciones a la facultad de disposición.....	467
(a) Posición de Rosende.....	467
(b) Nuestra posición.....	468
1.3.4. Posibilidad de expropiación de la facultad de disposición.....	468
1.3.5. Defensa de su contenido esencial.....	469
§ 2. Medios de protección.....	469
Sección 2: En el ámbito civil.....	470
§ 1. La incorporación del principio de libre circulación de los bienes dentro del ámbito de las normas de orden público.....	470
§ 2. Mecanismos de protección del principio.....	470
§ 3. Sanciones.....	472
Sección 3: Síntesis.....	472
Capítulo IV: IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO VALORATIVO DEL PRINCIPIO.....	475
Sección 1: Bien jurídico protegido.....	475
Sección 2: Asignación de un rol de protección.....	476
Sección 3: Fundamentos de la protección.....	476

§ 1. Fundamentos morales.....	476
1.1. En cuanto a la libertad para adquirir bienes.....	477
1.2. En cuanto a la libertad para disponer de sus bienes.....	477
1.3. Trasfondo liberal del reconocimiento a la libre circulación de la riqueza.....	477
§ 2. Fundamentos económicos.....	478
2.1. Las bases liberales.....	478
2.2. La libre circulación de los bienes como fundamento del libre mercado.....	478
2.2.1. Su consagración en el marco de integración de la Unión Europea.....	478
2.2.2. Su consagración en el marco de integración del MERCOSUR.....	480
Sección 4: Síntesis.....	481
Capítulo V: CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES.....	483
Sección 1: Planteamiento del problema.....	483
Sección 2: Su estructura en base a la libertad.....	483
Sección 3: Actuaciones incentivadas y protegidas en virtud del principio.....	484
§ 1. La libertad de ingreso de los bienes.....	485
1.1. Justificación.....	485

1.2. Consecuencias.....	486
§ 2. Libertad de salida.....	486
2.1. Significado.....	486
2.2. Justificación.....	486
2.3. Consecuencias.....	487
Sección 4: Síntesis.....	487
Capítulo VI: AUTONOMÍA DEL PRINCIPIO.....	489
Sección 1: Negativa al reconocimiento del principio en forma autónoma.....	489
§ 1. Su pertenencia al derecho de propiedad.....	489
§ 2. Su naturaleza jurídica es la propia de un elemento de limitación al principio de tutela jurídica de la propiedad.....	490
Sección 2: Por la autonomía del principio.....	490
§ 1. Contra una mirada exclusiva hacia la propiedad.....	490
§ 2. Sobre su supuesta incorporación en la tutela jurídica de la propiedad.....	491
§ 3. Sobre la relación que se produce entre los principios de libre circulación de los bienes y tutela jurídica de la propiedad.....	492
§ 4. Aplicación directa del principio de libre circulación de los bienes.....	492
Sección 3: Síntesis.....	493

TÍTULO IV: **EL PRINCIPIO JURÍDICO DE TUTELA DE**

<u>LA PROPIEDAD. UNA REVISIÓN CRÍTICA DE SUS FUNDAMENTOS Y PROTECCIÓN NORMATIVA.....</u>	495
INTRODUCCIÓN.....	497
§ 1. Importancia.....	497
§ 2. Plan de estudio.....	499
Capítulo I: LA NOCIÓN DE PROPIEDAD.....	501
Sección 1: La propiedad en un sentido jurídico.....	501
§ 1. La noción de propiedad en el derecho privado.....	502
1.1. Noción normativa.....	502
1.2. Noción doctrinaria.....	503
1.2.1. Los problemas identificados.....	503
1.2.2. Propuestas.....	505
(a) En un sentido amplio.....	505
(b) En un sentido estricto.....	506
§ 2. La noción de propiedad en el derecho público.....	507
Sección 2: La propiedad en un sentido económico.....	508
§ 1. Planteamiento.....	508
1.1. Reconocimiento de ambigüedades.....	508
1.2. Determinación de un conjunto de facultades: Los “derechos de	

propiedad”.....	509
1.3. Nociones generales sobre el derecho de propiedad.....	509
§ 2. Consecuencias.....	510
2.1. Desconocimiento de algunas características propias del dominio.....	510
2.1.1. Desconocimiento de la elasticidad.....	511
2.1.2. Desconocimiento de la abstracción.....	511
2.2. El problema de centrar una noción de propiedad a partir de las facultades que la integran.....	512
2.3. Imprecisiones de distinción por reiteración.....	512
§ 3. Trasfondo religioso detrás de la concepción económica.....	513
§ 4. Trasfondo político-ideológico.....	514
Sección 3: Síntesis.....	514
Capítulo II: FUNCIONES DE LA PROPIEDAD.....	517
Sección 1: Funciones económicas.....	518
§ 1. Función individual.....	518
1.1. Incentivos para el uso eficiente de los bienes.....	518
1.1.1. La apropiación de los bienes y utilidades.....	518
1.1.2. La exclusividad de la apropiación.....	519

1.2. Impedir la atribución de costos a quienes no son propietarios.....	520
1.2.1. La tragedia de los comunes.....	520
1.2.2. La tragedia de los anticomunes.....	520
1.2.3. Algunos comentarios de esta perspectiva.....	521
§ 2. Función colectiva.....	521
Sección 2: Función social.....	522
§ 1. Antecedentes.....	522
§ 2. Contenido.....	523
§ 3. Críticas.....	525
3.1. Pérdida de foco sobre el objetivo de la propiedad.....	525
3.2. La conciliación de intereses no afecta exclusivamente a quien es titular del dominio.....	526
3.3. Riesgos de la concepción.....	526
Sección 3: Funciones jurídicas.....	526
§ 1. La propiedad atribuye el carácter de apropiable a los bienes.....	526
§ 2. Su ejercicio marcará el movimiento del tráfico jurídico.....	527
§ 3. Sirve como elemento que asegura la radicación definitiva de los bienes en el activo del patrimonio de las personas.....	529

§ 4. Constituye el elemento que asegura la individualidad del patrimonio.....	529
Sección 4: Síntesis.....	530
Capítulo III: RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD: PRINCIPALES MANIFESTACIONES, FUNDAMENTOS Y CRÍTICAS.....	533
Sección 1: La propiedad ante el derecho internacional de los derechos humanos.....	534
§ 1. Situación de la propiedad ante la Declaración Universal de Derechos Humanos.....	535
1.1. Reconocimiento indirecto.....	535
1.2. Reconocimiento directo.....	535
§ 2. La tutela de la propiedad ante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	536
2.1. Ausencia de una alusión directa a la propiedad.....	537
2.2. Incorporación implícita del derecho de propiedad.....	537
§ 3. La tutela de la propiedad ante la Convención Americana de Derechos Humanos.....	538
3.1. Contenido esencial del dominio.....	539
3.2. El interés social y la limitación de la propiedad.....	540
3.3. La expropiación.....	541
3.4. Prohibición de la usura y la explotación del hombre.....	542

3.4.1. Prohibición de la usura.....	542
3.4.2. Prohibición de la explotación humana.....	543
§ 4. Una evaluación del contenido del derecho de propiedad ante el Derecho Internacional.....	543
Sección 2: El derecho de propiedad ante la Constitución Política.....	544
§ 1. La propiedad concebida como un derecho absoluto e inviolable ante el Estado.....	545
1.1. Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818.....	547
1.1.1. La propiedad es un derecho frente al Estado.....	547
1.1.2. La protección de la propiedad frente a los particulares.....	549
1.1.3. Algunas observaciones.....	550
1.2. Constitución Política del Estado de Chile de 1822.....	550
1.2.1. La naturaleza de la propiedad.....	550
1.2.2. El foco de atención.....	551
1.2.3. Algunas perspectivas.....	552

1.3. Constitución Política de la República de Chile de 1828.....	553
1.3.1. Reconocimiento de la propiedad.....	553
1.3.2. Consagración de una tutela plena de la propiedad.....	554
1.4. Constitución Política de la República de Chile de 1833.....	554
1.4.1. Norma aplicable.....	554
1.4.2. Contenido descriptivo.....	555
1.4.3. Una revisión general de la regulación de la propiedad durante el período constitucional 1818-1833.....	556
§ 2. La propiedad y la función social. Las tensiones detrás de la Constitución Política del Estado de Chile de 1925.....	557
2.1. La primera versión de la norma.....	558
2.1.1. Cuestiones generales.....	558
2.1.2. Innovaciones.....	559
2.2. Las modificaciones estructurales derivadas de la Reforma Agraria: Situación generada por la Ley N.º 15.295.....	562
2.2.1. Planteamiento.....	562

2.2.2. Reforma consagrada...	562
2.2.3. Innovaciones.....	563
2.3. Efectos introducidos por la Ley N.º 16.615.....	564
2.3.1. Planteamiento.....	564
2.3.2. Innovaciones.....	565
2.4. La profundización y radicalización: La reforma introducida por la Ley N.º 17.450.....	569
2.4.1. Planteamiento.....	569
2.4.2. Algunas observaciones.....	571
§ 3. La estructura actual: La propiedad ante la Constitución Política de 1980.....	572
3.1. La base inicial: El Acta Constitucional N.º 3.....	573
3.1.1. Aspectos generales.....	573
3.1.2. Innovaciones.....	575
3.2. El actual régimen constitucional de la propiedad privada: El art. 19 N.º 24.º de la Constitución Política.....	577
3.2.1. Aspectos generales.....	577
3.2.2. Innovaciones.....	580
(a) En cuanto a la extensión del	

dominio.....	580
(b) En cuanto a la función social de la propiedad.....	581
(c) En cuanto a la expropiación.....	582
(d) Formas especiales de propiedad.....	582
§ 4. Observaciones en torno a la tutela constitucional de la propiedad.....	583
4.1. En cuanto al hecho de su reconocimiento.....	583
4.2. En cuanto al carácter absoluto de la propiedad.....	584
4.3. Mecanismos de tutela constitucional de la propiedad.....	585
4.3.1. Planteamiento.....	586
4.3.2. Principales manifestaciones.....	586
(a) Mecanismos de tutela pasiva.....	586
(i) Determinación de las fuentes formales que regulan el nacimiento y vigencia del dominio.....	587
(ii) Determinación de la fuente	

formal que puede determinar las condiciones de ejercicio del derecho de dominio.....	588
(ii) Explicitación del fundamento de las limitaciones dominicales...	588
(iv) Imposibilidad de afectar la esencia de un derecho constitucional	588
(v) Garantías en la expropiación	590
(vi) Garantías de la propiedad en los estados de excepción constitucional	591
(b) Mecanismos de tutela activa.....	592
(i) Tutela directa.....	592
(ii) Tutela indirecta.....	595

Sección 3: El derecho de propiedad ante el derecho privado.....	596
§ 1. En cuanto a la organización normativa.....	596
§ 2. En cuanto a los medios de tutela.....	597
2.1. Acciones de tutela indirecta de la propiedad.....	597
2.2. Acciones de tutela directa de la propiedad.....	598
Sección 4: Síntesis.....	599
Capítulo IV: POR LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE TUTELA JURÍDICA DE LA PROPIEDAD.....	601
Sección 1: Estado dogmático.....	601
§ 1. Desde un punto de vista general.....	601
§ 2. Algunos esfuerzos.....	602
Sección 2: Metodología utilizada para la identificación del principio jurídico.....	603
Sección 3: Denominación.....	604
§ 1. Planteamiento.....	604
§ 2. Críticas.....	604
§ 3. Propuesta.....	605
Sección 4: Un ensayo de definición.....	605
§ 1. Planteamiento.....	605
§ 2. Críticas.....	606

§ 3. Propuesta.....	607
Sección 5: Autonomía del principio.....	608
Sección 6: Síntesis.....	609
<u>CONCLUSIONES</u>	611
Sección 1: Conclusiones específicas.....	611
§ 1. En cuanto a las fuentes del derecho en general.....	611
§ 2. En cuanto a las fuentes formales y materiales del derecho.....	612
§ 3. En cuanto a la economía como fuente material del derecho.....	612
§ 4. En cuanto a los principios jurídicos en general.....	613
§ 5. En cuanto al principio de autonomía de la voluntad.....	614
§ 6. En cuanto al principio jurídico de libre circulación de los bienes.....	615
§ 7. En cuanto al principio jurídico de tutela de la propiedad.....	616
Sección 2: Conclusiones generales.....	617
<u>BIBLIOGRAFÍA GENERAL</u>	619
<u>JURISPRUDENCIA CITADA</u>	661
§ 1. Sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	661
§ 2. Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional.....	661

§ 3. Sentencias dictadas por la Corte Suprema.....	663
§ 4. Sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones.....	664