

# **TEORIA DE LA LEY<sup>1</sup>**

Sumario:

- 1.- DEFINICIÓN DE LEY.
  - 1.1. Definición del Código Civil.
  - 1.2. Definiciones doctrinarias.
- 2.- REQUISITOS EXTERNOS E INTERNOS DE LA LEY.
  - 2.1. Requisitos externos.
  - 2.2. Requisitos internos.
- 3.- CLASIFICACION DE LAS LEYES SEGÚN SUS CARACTERES.
  - 3.1. Leyes declarativas o supletorias.
  - 3.2. Leyes imperativas o prohibitivas.
  - 3.3. Leyes dispositivas.
- 4.- JERARQUIA DE LAS NORMAS JURIDICAS.
  - 4.1. Escala jerárquica de las normas.
  - 4.2. Factores en virtud de los cuales se jerarquizan las normas.
- 5.- CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.
  - 5.1. Constitucionalidad de fondo y forma.
  - 5.2. Efectos de las leyes inconstitucionales.
  - 5.3. El control de la constitucionalidad en Chile.
- 6.- LA POTESTAD REGLAMENTARIA.
  - 6.1. Concepto.
  - 6.2. Autoridades administrativas con potestad reglamentaria.
  - 6.3. Amplitud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.
  - 6.4. Decretos en general y decretos supremos.
  - 6.5. Reglamentos y simples decretos.
  - 6.6. Firmas que deben llevar los decretos.
  - 6.7. Control de legalidad de los decretos.
  - 6.8. Semejanzas y diferencias entre la ley y el decreto.
  - 6.9. Las instrucciones o circulares.
  - 6.10. Las ordenanzas.
- 7.- DECRETOS CON FUERZA DE LEY Y DECRETOS LEYES.
  - 7.1. DECRETOS CON FUERZA DE LEY.
  - 7.2. DECRETOS LEYES.
- 8.- INTERPRETACIÓN DE LA LEY.
  - 8.1. Generalidades.
  - 8.2. Normas aplicables del Código Civil.
  - 8.3. Hermenéutica legal y sistemas de interpretación.
  - 8.4. Diversas clases de interpretación.

---

<sup>1</sup> Fecha de última modificación: 1 de febrero de 2020.

- 8.5. Elementos de interpretación.
- 8.6. Especies de interpretación.
- 8.7. Métodos de interpretación.
- 8.8. Interpretación pública o por vía de autoridad.
- 8.9. Elementos de interpretación de las leyes establecidos en el Código Civil.
- 9.- INTEGRACION DE LA LEY.
- 9.1. Cuándo debe "integrarse" la ley.
- 9.2. Normas que ordenan integrar la ley.
- 9.3. Cómo debe integrarse la ley.
- 10.- EFECTOS DE LA LEY.
- 10.1. Efectos de la ley en cuanto al tiempo.
- 10.2. Efectos de la ley en cuanto al territorio.

## **1.- DEFINICION DE LEY.**

**1.1. DEFINICION EN EL CODIGO CIVIL, ARTÍCULO 1:** "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Tal como señala el precepto, la ley es "**UNA**" declaración de la voluntad soberana y no "**LA**" declaración, pues no es la única de esta especie. En efecto, son también declaraciones de la voluntad soberana, por ejemplo, las sentencias judiciales y las decisiones adoptadas por la ciudadanía convocada a un plebiscito.

Se han formulado críticas de fondo y de forma a la definición de ley del Código Civil:

- **CRITICA DE FONDO (O SUSTANCIAL):** se critica a la definición, debido a que no da una idea clara del objeto de la ley, ni de lo que esta es, en sí misma.
- **CRITICA DE FORMA:** se critica porque tal como esta redactada parece decir que manda, prohíbe o permite por estar manifestada en la forma prescrita en la Constitución, y no por ser una declaración de la voluntad soberana, aspecto obviamente mas relevante.

## **1.2. DEFINICIONES DOCTRINARIAS.**

**a) SANTO TOMAS DE AQUINO:** es una orden de la razón destinada al bien común debidamente promulgada por el que cuida la comunidad.

**b) DALLOZ:** es una regla de conducta impuesta por una autoridad a la que se debe obediencia.

**c) PLANIOL:** es una regla social obligatoria establecida con carácter general y permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza.

- d) **CAPITANT:** disposición jurídica reconocida como necesaria elaborada por un organismo especial llamado poder legislativo.
- e) **PORTALIS:** es una declaración solemne de la voluntad del soberano sobre un objeto de interés común.

## **2.- REQUISITOS EXTERNOS E INTERNOS DE LA LEY**

De la definición del Código Civil, se desprende que los requisitos de la ley son externos e internos.

**2.1. REQUISITOS EXTERNOS:** permiten a la población en general cerciorarse si la norma es en realidad ley. Son dos los requisitos externos:

**a) DECLARACION DE LA VOLUNTAD SOBERANA:** la soberanía reside en la Nación que delega su ejercicio en lo que al legislar se refiere, en el Congreso Nacional y en el Presidente de la República. Ambos son colegisladores.

No son leyes por faltar este primer requisito, los simples decretos del Presidente de la República, aunque sean de efectos generales y permanentes.

**b) MANIFESTADA EN LA FORMA PRESCRITA POR LA CONSTITUCION:** (artículos 65 al 75 de la C. P. de la R.). La Constitución Política dispone que "Las leyes pueden tener su origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por **mensaje** que dirija el Presidente de la República o por **moción** de cualquiera de sus miembros" (artículo 65). "Aprobado un proyecto por la Cámara de su origen pasará inmediatamente a la otra para su discusión" (artículo 69). "Aprobado un proyecto por ambas Cámaras será remitido al Presidente de la República, quien, si también lo aprueba, dispondrá su promulgación como ley" (artículo 72).

El quórum para aprobar las leyes, es el siguiente, conforme a los artículos 66 y 127 de la Constitución Política de la República:

- **LEYES QUE INTERPRETAN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES:** conforme al artículo 66, inciso 1º de la Constitución Política de la República, requieren para su aprobación, modificación o derogación, de 3/5 de diputados y senadores en ejercicio (es decir, de un 60% de los parlamentarios en ejercicio).
- **LEYES QUE REFORMEN LA CONSTITUCIÓN:** de acuerdo al artículo 127 de la Constitución Política de la República, habría que distinguir:
  - i) Por regla general, se exige 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio.
  - ii) Si la reforma recayere sobre los capítulos I (Bases de la Institucionalidad), III (De los Derechos y Deberes Constitucionales),

VIII (Tribunal Constitucional), XI (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública), XII (Consejo de Seguridad Nacional) o XV (Reforma de la Constitución), se necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados o senadores en ejercicio (es decir, un quórum de 2/3 o de un 66,66%).

Aprobado el proyecto por ambas Cámaras, pasará al Presidente de la República.

En cualquiera de los dos casos anteriores, si el Presidente de la República rechaza totalmente un proyecto de reforma, éstas podrán insistir en su totalidad por 2/3 de sus miembros, en cuyo caso el Presidente:

- i) Deberá promulgar dicho proyecto; o,
- ii) Consultar a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda de acuerdo con el artículo 127, y se devolverá al Presidente para su promulgación.

Si las Cámaras no aprueban todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas Cámaras insistieren por los 2/3 de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que éste consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo (artículo 128). La convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que se celebrará ciento veinte días después de la publicación de dicho decreto si ese día correspondiere a un domingo. Si así no fuere, ella se realizará el domingo inmediatamente siguiente. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso. El decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, el proyecto aprobado por ambas Cámaras y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las únicas cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito. El Tribunal Calificador comunicará al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y especificará el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado

como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación. Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta.

- **LEYES ORGANICAS CONSTITUCIONALES:** de acuerdo al artículo 66, inciso 2º, exigen para su aprobación, modificación o derogación, de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio (es decir, de un 57,14% de los parlamentarios en ejercicio).
- **LEYES DE QUORUM CALIFICADO:** de acuerdo al artículo 66, inciso 3º, exigen para su aprobación, modificación o derogación, de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio.
- **LEYES DE QUORUM SIMPLE O DEMAS LEYES:** de acuerdo al artículo 66, inciso 4º, exigen para su aprobación, modificación o derogación, mayoría de los miembros presentes en cada cámara.

La ley, en consecuencia, debe formarse conforme al procedimiento específico que contempla la Constitución Política. De tal forma, no será ley, por ejemplo, la declaración de voluntad de todos los miembros del Congreso Nacional y del Presidente de la República manifestada por medio de una escritura pública.

El quórum requerido para cada ley, conforme a lo expresado, debe calcularse atendiendo al número de diputados y de senadores. Actualmente, son 155 los diputados y 43 los senadores. Para entrar en sesión y adoptar acuerdos, se requiere de la asistencia de la tercera parte de los diputados y senadores en ejercicio (art. 8 del Reglamento de la Cámara de Diputados y art. 54 del Reglamento del Senado). Por lo tanto, se requiere la concurrencia de al menos 52 diputados y de 15 senadores, si se trata de aprobar, modificar o derogar una ley de quórum simple.

Las leyes se numeran en Chile a partir del 11 de enero de 1893. La Ley N° 1, versa sobre la prórroga de la prohibición de adquirir terrenos indígenas, hecha a los particulares por una Ley de 4 de agosto de 1874, ampliada por otra de 20 de enero de 1883.

En rigor, después de la proclamación de nuestra independencia, bien podríamos entender que la primera ley de la República es la de 3 de junio de 1818, que sustituye la denominación de "español" por la de "chileno", atendido a que "Después de la gloriosa proclamación de nuestra Independencia sostenida por la sangre de sus defensores, sería vergonzoso permitir el uso de fórmulas inventadas por el sistema colonial". Lleva la firma de O'Higgins e Irizarri.

**2.2. REQUISITOS INTERNOS:** miran al contenido de la norma, si es **IMPERATIVA, PROHIBITIVA o PERMISIVA**. Toda ley por el hecho de ser tal, implica un mandato, por ser una declaración de la voluntad soberana a la cual debemos obediencia. Pero las leyes contienen

mandatos de diversas especies: algunos imperativos, otros prohibitivos y otros permisivos. De ahí que existan leyes imperativas, prohibitivas y permisivas.

**a) LEYES IMPERATIVAS:** son las que mandan hacer algo, o cumplir con una serie de requisitos para que un acto o contrato tenga eficacia jurídica. Conforme a lo anterior, se distinguen dos clases de normas imperativas:

**a.1) NORMAS IMPERATIVAS PROPIAMENTE TALES:** son aquellas que simplemente ordenan algo, como por ejemplo:

i.- Art. 86, en las normas de la muerte presunta: obligación de hacer inventario que pesa sobre los herederos presuntivos, para recibir la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

ii.- Art. 89, también en la muerte presunta: obligación de prestar caución, que deben cumplir los mismos herederos presuntivos.

iii.- Art. 321, en materia de alimentos: obligación que tienen ciertas personas, de proporcionar alimentos.

iv.- Art. 907, en las normas de las prestaciones mutuas: el poseedor condenado a restituir la cosa a su dueño, deberá además restituir los frutos naturales y civiles de la cosa.

v.- Art. 908, también en las normas de las prestaciones mutuas: el dueño que recupera la posesión de la cosa, deberá abonar al poseedor lo que éste haya invertido por concepto de expensas necesarias.

vi.- Art. 1847, en la compraventa: la ley le impone al vendedor una serie de prestaciones, con las cuales indemnizar al comprador, si éste hubiere sufrido evicción de la cosa comprada.

vii.- Art. 2329, en las normas de la responsabilidad extracontractual: obligación de reparar los daños causados a otro.

**a.2) NORMAS IMPERATIVAS DE REQUISITO:** son aquellas que permiten ejecutar o celebrar un determinado acto jurídico, pero previo cumplimiento de ciertos requisitos, como por ejemplo:

i.- Art. 88, en la muerte presunta: para que los poseedores provisorios puedan vender o hipotecar bienes del desaparecido, deben cumplirse los requisitos previstos en la norma.

ii.- Art. 124, en los impedimentos para contraer nuevo matrimonio: obligación de hacer inventario solemne de los bienes que les pertenezcan a sus hijos menores de edad o a sus pupilos.

iii.- Art. 254, respecto de la administración de los bienes de los hijos menores de edad: para gravar o enajenar ciertos bienes del hijo, se requiere autorización judicial.

iv.- Arts. 393 y 394, en materia de administración de los bienes por el tutor o curador: para gravar o enajenar ciertos bienes del pupilo, debe previamente obtenerse autorización judicial; la venta de esos bienes, deberá hacerse por pública subasta.

v.- Art. 402 inc. 2º, también en materia de administración de los bienes por el tutor o curador: para donar dinero u otros bienes muebles del pupilo, se requiere autorización judicial.

vi.- Art. 412, inc. 1º, en materia de administración de los bienes por el tutor o curador: para que el tutor o curador pueda comprar para sí bienes del pupilo, debe ser autorizado por los otros guardadores o a falta de éstos por el juez.

vii.- Art. 1464 números 3 y 4, en los casos de objeto ilícito: para enajenar bienes actualmente embargados, se requiere autorización del juez o consentimiento del acreedor; para enajenar bienes cuya propiedad se litiga, es necesario que así lo permita el juez que conoce del litigio.

viii.- Art. 1554, respecto del contrato de promesa: la promesa de celebrar un contrato no producirá obligación alguna, de cumplirse con los cuatro requisitos exigidos por este precepto.

ix.- Art. 2144, en las normas del mandato: para que el mandatario pueda "autocontratar", debe contar con la aprobación expresa de su mandante.

Estas normas suelen tener, en principio, apariencia de prohibitivas, pero como en la práctica permiten ejecutar o celebrar un acto jurídico previo cumplimiento de los requisitos que establece la ley, no son prohibitivas sino sólo imperativas de requisito.

**b) LEYES PROHIBITIVAS:** son las que mandan no hacer algo, que impiden una determinada conducta **bajo todo respecto o consideración** (no queda ninguna posibilidad para intentar llevar a cabo determinado hecho, la ley lo prohíbe en términos categóricos, absolutos). Las leyes penales tienen carácter prohibitivo. Señalamos a continuación algunos ejemplos en el Código Civil:

i.- Art. 402 inc. 1º: prohíbe la ley donar bienes inmuebles del pupilo.

ii.- Art. 412, inc. 2º: prohíbe la ley al tutor o curador comprar o arrendar para sí, bienes inmuebles del pupilo.

iii.- Art. 1464 números 1 y 2: prohíbe la ley enajenar cosas que están fuera del comercio o derechos personalísimos.

iv.- Art. 1463: prohíbe la ley los pactos sobre una sucesión futura.

v.- Art. 1465: prohíbe la ley condonar el dolo futuro.

vi.- Art. 1796: prohíbe la ley celebrar compraventa entre cónyuges no separados judicialmente o entre el padre o la madre y el hijo no emancipado.

vii.- Art. 2450: prohíbe la ley transigir sobre el estado civil de las personas.

**c) LEYES PERMISIVAS:** son las que permiten realizar algún acto o reconocen a un sujeto determinada facultad. Son leyes permisivas, por ejemplo:

i.- Todas aquellas que regulan el ejercicio de un derecho (como el de propiedad o el derecho para reconocer un hijo); o

ii.- Todas aquellas que posibilitan celebrar un contrato.

La ley permisiva entraña un mandato a todas las personas en el sentido de que respeten el derecho que ella reconoce al titular del derecho. Por ejemplo: ante el derecho de propiedad que ejercita el propietario, el resto de la población tiene un deber de abstención. Los terceros no pueden perturbar el legítimo ejercicio del derecho, por parte de su titular.

Las leyes permisivas no deben confundirse con las imperativas de requisito: así, por ejemplo, el marido casado en sociedad conyugal puede enajenar los muebles de aquella, sin restricciones (ley permisiva); pero si pretende enajenar un inmueble social, necesita obtener autorización de la mujer o de la justicia en subsidio, conforme al art. 1749 del Código Civil (ley imperativa de requisito).

#### **d) SANCION ANTE LA INFRACCION DE LAS DISTINTAS CLASES DE LEYES:**

**d.1) LEYES IMPERATIVAS,** no tienen una sanción determinada, esta podrá ser la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la inoponibilidad o incluso ninguna sanción. Para determinar lo anterior habrá que examinar el texto de la ley respectiva.

Carlos Ducci, al respecto, señala que para determinar la sanción, debemos distinguir si la norma es de **interés público o general**, o si por el contrario, sólo es de **interés particular o privado**:

i.- Si es de interés público o general (lo que acontecerá cuando la disposición legal dice relación con el orden público y las buenas costumbres), la sanción podrá ser la nulidad absoluta o la nulidad relativa.

Habrá nulidad absoluta, si el acto que contravenga la ley adolece de objeto o causa ilícitos o implica la omisión de una formalidad exigida por la ley en atención a la naturaleza del acto o contrato (o sea, una solemnidad propiamente tal).

Habrá nulidad relativa, si los requisitos que se omiten, habían sido exigidos por la ley en atención a la calidad de las personas que ejecutan o celebran el acto o contrato (o sea, una formalidad habilitante).

Agrega este autor que podrá señalar la ley una sanción especial, para el caso de incumplimiento.

Admite también que podría ocurrir que la ley no prevea ninguna sanción, para el evento de su contravención. Así, por ejemplo, art.

1026, en relación con los artículos 1016, 1023 inciso 5º y 1024 inciso 2º, todos concernientes al otorgamiento del testamento: aunque se omitan en el testamento algunas de las menciones que exige la ley – ciudad de nacimiento del testador por ejemplo-, ello no traerá consigo la nulidad de aquél, “siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo”.

ii.- La sanción de las leyes imperativas de interés particular será, en caso de contravención, la responsabilidad, como norma general (o sea, la indemnización de perjuicios), o incluso, como sanción adicional, dejar sin efecto el acto o contrato a través de su resolución o terminación<sup>2</sup>.

**d.2) LEYES PROHIBITIVAS:** la sanción aplicable por su infracción es la nulidad absoluta, lo que se desprende de los artículos 10, 1466 (parte final) y 1682 del Código Civil. Del artículo 10, se desprende que la sanción será la nulidad. Del artículo 1466 parte final, que los actos que prohíbe la ley adolecen de objeto ilícito; y del artículo 1682, que el objeto ilícito es una causal de nulidad absoluta. De esta forma, de la interpretación armónica de los tres artículos, concluimos que la sanción ante la infracción de una ley prohibitiva, será la nulidad absoluta.

Lo anterior, salvo si la ley contempla otra sanción. Así, por ejemplo:

i.- En el caso de los fideicomisos sucesivos y usufructos sucesivos y alternativos, artículos 745 y 769, respectivamente, hipótesis en las cuales la sanción es la caducidad. Es decir, habiendo operado el primer fideicomiso o el primer usufructo, los siguientes que se hubieren constituido, caducan, consolidándose el derecho en el fideicomisario o en el primer usufructuario. Cabe notar que, respecto al usufructo, la ley alude también a los usufructos “alternativos”. Sería tal, aquél en que Juan es nudo propietario y Pedro usufructuario, por dos años, al cabo de los cuales se alternan en sus calidades, pasando Juan a ser usufructuario y Pedro nudo propietario o si uno es usufructuario por 5 años y el otro por los siguientes 5 años y así alternativamente. Tal figura, también está proscrita por la ley, pues atenta contra el principio de la propiedad privada y la libre circulación de la riqueza.

ii.- En el caso previsto en el art. 2206 del Código Civil, en los intereses pactados en un contrato de mutuo: si dichos intereses excedieren del “interés máximo convencional”, la sanción consistirá en reducirlos al “interés corriente”. Por ende, el contrato de mutuo no será nulo, pero el acreedor no podrá exigir todos los intereses estipulados, sino una suma menor.

---

<sup>2</sup> Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte general*, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1984, pp. 54-57.

**d.3) LEYES PERMISIVAS:** por lo general su infracción permite demandar indemnización de perjuicios, sin perjuicio de que la persona afectada, interponga las acciones que le permitan el ejercicio del derecho o facultad que le reconoce la ley, removiendo el obstáculo o dejando sin efecto el hecho del tercero que así lo impida.

### **3.- CLASIFICACION DE LAS LEYES SEGÚN SUS CARACTERES**

Atendiendo a sus caracteres las leyes de Derecho Privado, se clasifican en tres grupos:

**3.1. LEYES DECLARATIVAS O SUPLETORIAS:** son las que determinan las consecuencias de los actos jurídicos cuando las partes interesadas no las han previsto y regulado de otra manera, teniendo libertad para hacerlo. La ley suple el silencio o la omisión de las partes y para ello toma en consideración dos ideas directrices:

i.- REPRODUCE LA VOLUNTAD PRESUNTA DE LAS PARTES, reglamenta la relación jurídica como probablemente lo habrían hecho ellas mismas (por ejemplo, en la compraventa, a la que el Código Civil dedica 103 artículos, desde el 1793 al 1896).

ii.- LA LEY CONSIDERA PRINCIPALMENTE LAS TRADICIONES, COSTUMBRES, HABITOS y EL INTERES GENERAL: por ejemplo, el artículo 1718, cuando se establece la sociedad conyugal, como régimen patrimonial normal del matrimonio.

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

**3.2. LEYES PROHIBITIVAS O IMPERATIVAS:** se imponen a la voluntad de los particulares, lo cuales no pueden eludir su aplicación. La doctrina ha señalado que las causas que determina al legislador a dictar estas normas son de dos especies:

i.- ASEGURAR EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO;

ii.- PROTEGER A LAS PERSONAS QUE, POR SU EDAD, SEXO O CONDICION FISICA SON INCAPACES DE DEFENDER POR SI MISMA, SUS DERECHOS y que de no mediar esta protección pueden ser víctimas de su debilidad o inexperiencia. Así, por ejemplo, arts. 254 (protección al hijo no emancipado); 393 y 394 (protección a las personas que están bajo guarda); 1019 (protección al ciego o al sordo o sordomudo que conozca el lenguaje de señas, cuando otorgan testamento).

**3.3. LEYES DISPOSITIVAS:** son aquellas en que el legislador dicta una norma para resolver conflictos de interés que se presentan entre personas que no han contratado entre sí. En estos casos, el legislador compara y pesa los intereses controvertidos y se pronuncia dando la primacía a aquél que le parece más digno de protección. Así, por ejemplo:

i.- Puede ocurrir que un individuo venda a otro una cosa que ha robado. Entre el dueño de la cosa y el que la ha comprado surge un conflicto de intereses que la voluntad de ninguno de los dos ha contribuido a crear. La norma del artículo 1815 del Código Civil, dispositiva, regula la situación. De acuerdo a este artículo, la venta de cosa ajena es válida, pero ello se entiende sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa.

ii.- Igual acontece en el caso de que se venda una misma cosa, separadamente, a dos personas. El art. 1817 establece las reglas en virtud de las cuales se resuelve cuál de los compradores podrá retener la cosa.

iii.- Una norma similar encontramos en el art. 1922 del Código Civil, esta vez en el contrato de arrendamiento de cosa, cuando ésta se ha arrendado separadamente a dos o más personas.

iv.- Por su parte, los arts. 1490 y 1491 resuelven el conflicto que pueda surgir entre el acreedor-dueño de una cosa y los terceros adquirentes de la misma, cuando el primero obtiene la resolución del contrato por el cual se la había enajenado al deudor, persona de la que dicha cosa fue adquirida por tales terceros.

v.- El art. 1135, resuelve el conflicto que puede surgir entre un legatario y, por ejemplo, el comprador de la cosa legada, si el testador, después de otorgar su testamento e instituir en él el legado, resuelve vender y enajenar la cosa legada, a otra persona. En tal caso, la ley entiende tácitamente revocado el legado, favoreciendo al comprador por sobre el legatario.

## **4.- JERARQUIA DE LAS NORMAS JURIDICAS**

### **4.1. ESCALA JERÁRQUICA DE LAS NORMAS.**

Se entiende por tal la escala de graduación de las normas. Tal escala jerárquica es la siguiente:

**PRIMER ESCALON**, es el ordenamiento constitucional integrado por la Constitución Política de 1980 y sus modificaciones.

**SEGUNDO ESCALON**, formado por las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de quórum calificado, las leyes de quórum simple, los Decretos con Fuerza de Ley, los Decretos Ley y los Tratados Internacionales firmados y ratificados.

Sin embargo, en relación a los tratados internacionales, es necesario formular algunas precisiones, dados los términos del inc. 2º del art. 5 de la Constitución Política: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Ha surgido una controversia en cuanto al rango que tienen los tratados internacionales, cuando consagran derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Tres opiniones se han formulado:

a) Para una primera opinión, estos tratados tienen la misma jerarquía que la Constitución. Por lo tanto, si el Estado chileno los suscribe y ratifica, se debe entender modificada nuestra Constitución Política, por un mecanismo extraordinario, diverso al previsto en la misma Carta Fundamental.

b) Una segunda opinión plantea que los tratados, de cualquier naturaleza, tienen rango legal, de manera que una ley posterior podría derogarlos.

c) Para una tercera opinión, intermedia, habría que formular el siguiente distingo: por regla general, los tratados internacionales tienen el valor de una ley; pero si se trata de tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, tienen mayor valor que una ley, aunque inferior a la Constitución Política de la República.<sup>3</sup>

**TERCER ESCALON**, los Decretos Supremos, sean éstos reglamentarios (de ejecución y autónomos) o simples.

**CUARTO ESCALON**, los Decretos.

**QUINTO ESCALON**, las ordenanzas e instrucciones y otras normas similares.

**SEXTO ESCALON**, actos jurídicos y sentencias judiciales

En esta escala jerárquica operan dos controles: un control de la Constitucionalidad y otro de la Legalidad.

Las normas que integran el segundo al sexto escalón, ambos inclusive, están sujetas al control de la constitucionalidad.

Las normas que integran el tercero al sexto escalón, ambos inclusive, están sujetas al control de la legalidad.

Estos controles pueden operar *a priori* o *a posteriori*. El control *a priori* opera antes de que la norma entre en vigencia. El control *a posteriori* opera después que la norma ha entrado en vigencia.

El **CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**, se ejerce por el Tribunal Constitucional, órgano que vela para que las normas de rango

---

<sup>3</sup> Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018, pp. 57 y 58.

legal del segundo escalón se ajusten a las normas de rango constitucional de superior jerarquía. Asimismo, cautela que las normas reglamentarias de inferior jerarquía guarden respeto y armonía con el ordenamiento constitucional. Se encuentra regulado este órgano en los artículos 92 a 94 de la Constitución Política (Capítulo VIII de la Constitución) y en la Ley N° 17.997, "Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional", publicada en el Diario Oficial de fecha 19 de mayo de 1981. Según se verá, este control puede operar tanto a priori como a posteriori.

El **CONTROL DE LA LEGALIDAD**, se verifica por la Contraloría General de la República, órgano que se ocupa de revisar la legalidad –y necesariamente también la constitucionalidad-, de las normas reglamentarias de rango inferior al legal. Su regulación se encuentra contemplada en los artículos 98 a 100 de la Constitución Política (Capítulo X de la Constitución) y en la "Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República", cuyo texto está aprobado por el Decreto Supremo N° 2.421, publicado el 10 de julio de 1964. Este control opera a priori y a posteriori:

i.- A priori, revisando la legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones que se envían, para el trámite de "toma de razón" –si el instrumento enviado se ajusta al ordenamiento jurídico- o para "representar", en caso contrario. El art. 10 de la citada Ley, dispone en su inc. 1°: "El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de su recepción, que el Contralor podrá prorrogar hasta por otros quince días, si existiesen motivos graves y calificados, mediante resolución fundada".

ii.- A posteriori, cuando un funcionario público o un particular, solicita pronunciamiento de la Contraloría, acerca de la legalidad de un decreto o de una resolución. En esta función, el Contralor emite "dictámenes", que contienen un análisis jurídico fundado, en el que se emiten conclusiones acerca de la legalidad del decreto y sus alcances. Dichos dictámenes van generando jurisprudencia administrativa y son obligatorios para el funcionario público al que se le notifique. El Contralor, sin embargo, deberá abstenerse de emitir dictámenes, cuando se trate de asuntos que por su naturaleza sean litigiosos o estén siendo conocidos por un tribunal de justicia.

También debe considerarse el control que se ejerce por los tribunales de justicia. Este es un *control integral*, que comprende todo el espectro jerárquico del ordenamiento jurídico, incluyendo velar por el pleno acatamiento a las normas constitucionales. En efecto, no obstante que el control de la constitucionalidad está entregado exclusivamente al

Tribunal Constitucional, en la práctica los tribunales también ejercen una suerte de control de la constitucionalidad. Esto ocurre en dos sentidos:

i.- Por todo Juez de la República, por aplicación del principio de la aplicación directa de la Constitución, consagrado en el art. 6, inc. 2º de la Carta Fundamental: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. En consecuencia, el juez, en su sentencia, deberá velar por el pleno respeto a las normas constitucionales.

ii.- Por las Cortes de Apelaciones y por la Corte Suprema, cuando conocen de la acción o recurso de protección, consagrada en el art. 20 de la Carta Fundamental. Como ha expresado la Corte Suprema, “el recurso de protección de garantías establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio”.<sup>4</sup>

Por cierto, el control que ejercen los tribunales de justicia sólo opera a posteriori.

#### **4.2. FACTORES EN VIRTUD DE LOS CUALES SE JERARQUIZAN LAS NORMAS.**

Las normas jurídicas se jerarquizan atendiendo a diversos factores:

i.- En cuanto a su contenido: las normas constitucionales, consagran los grandes principios jurídicos; las normas legales y las reglamentarias, detallan o pormenorizan dichos principios generales, fijan la forma de llevarlos a la práctica;

ii.- En cuanto a su origen: las normas constitucionales emanan del Poder Constituyente; las legales del Poder Legislativo y las reglamentarias de la Potestad Reglamentaria;

iii.- En cuanto a su validez: La Ley tiene una fuerza menor que la Constitución ya que está limitada o comprimida por la Constitución a la cual debe respetar y adaptarse a la norma superior, so pena de no ser aplicada en un caso concreto por inconstitucionalidad. A su vez, los decretos supremos y demás normas de inferior jerarquía, deben subordinarse a la ley y con mayor razón a la Constitución. En el mismo sentido, el orden jerárquico de las normas implica que la creación de

---

<sup>4</sup> Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de octubre de 2012, autos Rol Nº 4.755/2012, citada por Navarro Beltrán, Enrique, *Las acciones constitucionales económicas ante los tribunales de justicia*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2018, pp. 38 y 39.

aquellas de inferior grado está subordinada en cuanto a su validez a las de grado superior de manera que las primeras (las de menor rango) representan una aplicación de las últimas (de las de grado superior).

Las normas van de lo más general a lo más detallado, de manera que se deben estudiar conjuntamente las normas constitucionales, las leyes y sus correspondientes reglamentos, cuando corresponda.

Como conclusión, las normas jurídicas, están jerarquizadas en cuanto a su contenido, es decir, a lo que expresan; como en lo que respecta a su origen, es decir en cuanto a la forma como se generan; y a su validez, esto es, en lo concerniente a su eficacia, la que dependerá de su sujeción a la norma de rango superior.

## **5.- CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY**

La Constitución es la ley de las leyes, la súper ley, a la cual deben subordinarse todas las demás. Cuando éstas guardan conformidad con la Constitución, se dice que son constitucionales.

### **5.1. CONSTITUCIONALIDAD DE FONDO Y FORMA.**

La constitucionalidad abarca dos aspectos:

i.- DE FONDO: se cumple cuando el contenido de la ley respeta todo derecho garantido o consagrado por la Constitución.

ii.- DE FORMA: se cumple cuando la ley es dictada por los órganos competentes y con las formalidades que para su generación y promulgación establece la Constitución.

En consecuencia, la inconstitucionalidad, es la negación de uno de los dos aspectos o de ambos a la vez.

\* Ejemplos de leyes inconstitucionales en el fondo:

1. Cualquier ley que prohibiera el derecho de asociarse sin permiso previo, pues se vulneraría el derecho reconocido a todo habitante de la república en el artículo 19 número 15 de la Constitución;

2. Una ley, que estableciera la expropiación de bienes sin indemnización a sus dueños, ya que se burlaría el derecho garantido en la Constitución en el artículo 19 número 24.

3. Cierta ley penal, que ordenara que determinados hechos ya ocurridos al promulgarse sean juzgados de acuerdo a sus preceptos, pues en tal caso habrá infracción al derecho que la Constitución reconoce a toda persona a ser juzgada en conformidad a una ley promulgada con anterioridad al hecho sobre el que recae el juicio, artículo 19 número 3 de la Constitución.

\* Ejemplos, de la inconstitucionalidad en la forma:

1. Cualquier ley, que pueda ser dictada con prescindencia de uno de los órganos constitutivos del poder legislativo (Cámara de Diputados, Senado y Presidente de la República).
2. Una ley, que apareciera en el Diario oficial, con un texto diverso del aprobado por los órganos que integran el poder legislativo (sin perjuicio de la facultad conferida al Presidente de la República por el artículo 64, inciso 5º, de la Constitución Política, que le permite, al fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de una ley, introducirles “los cambios de forma que sean indispensables”, aunque sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance).

## **5.2. EFECTOS DE LAS LEYES INCONSTITUCIONALES.**

Cabe preguntarse si producen efectos las leyes inconstitucionales, si deben o no ser obedecidas por los poderes públicos y la comunidad en general. En principio, la respuesta es afirmativa, pero las legislaciones de los distintos países establecen medidas tendientes a obtener que no se apliquen tales leyes, ya sea en general o en el caso concreto en el cual pretenden hacerse valer. En la mayoría de los países, incluso en Chile, los efectos de la resolución que declara la **inaplicabilidad** por inconstitucionalidad de una ley no son generales, se limitan a declarar “inaplicable” dicha ley para el caso concreto de que se trate, de manera que la ley sigue rigiendo y todas las contiendas y juicios deben resolverse conforme a ella, si los interesados no solicitan la inaplicabilidad. Es necesario por tanto, en cada ocasión, solicitar la declaración de inconstitucionalidad para que la ley no se aplique. Lo anterior, a menos que el Tribunal Constitucional declare la **inconstitucionalidad** de un precepto legal, según veremos. Esta sentencia, a diferencia de la primera, sí tendrá efectos generales.

## **5.3. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN CHILE.**

La determinación de la constitucionalidad de las leyes en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde hoy día, exclusivamente, al TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Dicho órgano ejerce este control, tanto en forma preventiva como a posteriori.

Entre sus atribuciones está:

- i.- Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, antes de su promulgación, de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución Política y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales.

ii.- Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autoacordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.

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

iv.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un Decreto con Fuerza de Ley.

v.- Controlar la constitucionalidad de las normas legales, después que estas han entrado en vigencia, conociendo de la **acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad**. Para ello, el artículo 93° de la Constitución Política faculta al Tribunal para resolver, con el voto favorable de la mayoría de sus miembros en ejercicio, la **inaplicabilidad** de un precepto legal cuya aplicación, en cualquier gestión seguida ante un tribunal, resultare contraria a la Constitución (artículo 93°, número 6). En este caso, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. El recurso será declarado admisible, siempre que haya una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial y se pruebe que la aplicación del precepto legal puede resultar decisiva en la resolución del asunto. El Tribunal Constitucional podrá resolver la suspensión del procedimiento respectivo. Además, el Tribunal Constitucional podrá declarar, por la mayoría de 4/5 de sus integrantes en ejercicio, la **inconstitucionalidad** de un precepto legal que hubiere declarado inaplicable (artículo 93°, número 7). Para tal efecto, la Constitución confiere acción pública, sin perjuicio que pueda declararse de oficio tal inconstitucionalidad.

Nótese que la circunstancia de que el Tribunal Constitucional declare en una sentencia la *inaplicabilidad* de un determinado precepto legal a un caso concreto, no significa que dicha norma, *per se*, o en condiciones abstractas y generales, sea contraria a la Constitución Política de la República, sino que sólo para dicho asunto. Así, por ejemplo, por sentencia de 27 de enero de 2015, autos Rol N° 2.688-14, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable por inconstitucionalidad el art. 5, inc. 3 de la ley N° 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria, que autoriza la suspensión del suministro eléctrico a una unidad (departamento, oficina, casa, etc., acogido a dicho régimen inmobiliario), cuando se adeudaren tres o más cuotas continuas o discontinuas de gastos comunes. En el caso, se estimó que la norma era contraria al párrafo 1° del N° 3 del art. 19 de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, toda vez que el contexto fáctico en que se da la interrupción del servicio eléctrico domiciliario a la recurrente de protección priva a ésta de la posibilidad de hacerse oír por un órgano jurisdiccional competente y exponer ante

él la defensa de su derecho (en este caso, no se había enviado un aviso pormenorizando de la deuda ni tampoco se había demandado judicialmente el pago de los gastos comunes).

Pero si comienzan a reiterarse sentencias que declaren la *inaplicabilidad* de una determinada norma, puede ocurrir que en definitiva el Tribunal Constitucional resuelva su *inconstitucionalidad*, de manera que la norma se expulse del ordenamiento jurídico.

Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional, no procede recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido (artículo 94, inciso 1º).

Las disposiciones que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales, no podrán convertirse en ley o Decreto con Fuerza de Ley en el proyecto respectivo (artículo 94, inciso 2º).

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un Decreto con Fuerza de Ley, de un Decreto Supremo o de un Auto Acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación (artículo 94, inciso 4º).

En todo caso, cabe considerar que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad no será el mismo para un decreto supremo, para un auto acordado, para un Decreto con Fuerza de Ley o una ley. El decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, se entiende no haber surtido efecto alguno. En cambio, el auto acordado, el Decreto con Fuerza de Ley o la ley declarados inconstitucionales, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo (artículo 94, inciso 3º).

Conforme a lo expuesto, podemos concluir que el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ejerce un control de la constitucionalidad tanto a POSTERIORI, como asimismo un control PREVIO. En el primer caso, la ley o Decreto con Fuerza de Ley ya existen, pero son inconstitucionales; en el segundo caso, la ley o Decreto con Fuerza de Ley no llegan a existir, se quedan en un mero proyecto.

De lo expresado en los párrafos precedentes, cabe destacar las siguientes diferencias entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad:

i.- En cuanto al presupuesto de cada una:

a) Inaplicabilidad: que el precepto legal impugnado se pretenda aplicar en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial.

b) Inconstitucionalidad: que un precepto legal se haya declarado inaplicable por una sentencia previa.

ii.- En cuanto a quiénes pueden interponerla:

a) Inaplicabilidad: cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto.

b) Inconstitucionalidad: acción pública, es decir, por cualquiera persona.

iii.- En cuanto al quórum para acogerlas:

- a) Inaplicabilidad: mayoría de los miembros del Tribunal en ejercicio.
- b) Inconstitucionalidad: mayoría de los 4/5 de sus integrantes en ejercicio.

iv.- En cuanto a la posibilidad de actuar de oficio el Tribunal Constitucional:

- a) Inaplicabilidad: no es posible.
- b) Inconstitucionalidad: puede declararse de oficio.

v.- En cuanto a sus efectos:

- a) Inaplicabilidad: efecto relativo, circunscrito a la gestión judicial de que se trate.
- b) Inconstitucionalidad: efecto absoluto, quedando derogado el precepto legal.

vi.- En cuanto a la publicidad de la sentencia:

- a) Inaplicabilidad: se notificará a las partes.
- b) Inconstitucionalidad: se notificará a los interesados y además se publicará en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

\* **Clase de inconstitucionalidad que se puede atacar mediante el recurso de inaplicabilidad o mediante el recurso de inconstitucionalidad:** todos están de acuerdo que el recurso procede contra las leyes inconstitucionales en el fondo, pero la unanimidad de criterios desaparece tratándose de leyes inconstitucionales en la forma; contra éstas, se ha dicho, no cabe el recurso, ya que si se promulga una ley infringiendo las normas que rigen su generación, sencillamente a juicio de esta doctrina no hay ley y por lo tanto, el juez debe prescindir de la misma y acudir directamente a ley que rija el caso y que esté conforme con la Constitución y en su defecto a los **principios de la equidad**. La mayoría sin embargo, opina que contra las leyes inconstitucionales en la forma, también procede el recurso, dado que la Constitución Política no distingue entre ambas clases de inconstitucionalidad.

## **6.- LA POTESTAD REGLAMENTARIA.**

### **6.1. CONCEPTO.**

En su sentido propio y estricto, la Potestad Reglamentaria, es la facultad o poder de que están dotadas las autoridades administrativas para dictar normas jurídicas, es decir mandatos de alcance general e impersonal.

En un sentido amplio abarca, además, la facultad de emitir resoluciones o mandatos que se refieren a una persona o situación determinada.

Considerada en toda su extensión la Potestad Reglamentaria, se manifiesta por medios de Reglamentos, Decretos Reglamentarios, Decretos, Ordenanzas, Instrucciones, Circulares, etc.

## **6.2. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS CON POTESTAD REGLAMENTARIA.**

Son múltiples las autoridades administrativas que tienen potestad reglamentaria: desde el Presidente de la República, sus Ministros de Estado, los Intendentes y Gobernadores, los Alcaldes y otros funcionarios públicos como los Jefes de Servicios, etc.

## **6.3. AMPLITUD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.**

Esta se encuentra establecida en la Constitución Política en su artículo 32 número 6. De esta disposición se deduce que la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, comprende lo siguiente:

a) La facultad de dictar mandatos generales y especiales **encaminados a la ejecución de las leyes**. Es la que se denomina **POTESTAD REGLAMENTARIA DE EJECUCION**.

b) La facultad de dictar normas o resoluciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones propias para Gobernar y Administrar el Estado, supuesto, naturalmente, que se respeten los principios constitucionales y que no exista una ley expresa en contrario. Es la que se llama **POTESTAD REGLAMENTARIA AUTONOMA**.

De la distinción anterior, se pueden clasificar a los reglamentos en **REGLAMENTOS DE EJECUCION o REGLAMENTOS AUTONOMOS**.

Los **REGLAMENTOS DE EJECUCION**, son aquellos cuya finalidad es asegurar la aplicación de una ley, sus normas tienden a poner en marcha a las normas más generales de la ley. Las normas del reglamento deben encuadrarse dentro de la pauta fijada por la norma legal y en caso alguno pueden contrariar sus preceptos, modificarlos, restringirlos o ampliarlos. El Reglamento de Ejecución, es siervo de la ley, que detalla, como quiera que su razón de ser es desenvolver las reglas generales, explicar las consecuencias de los principios que ellas contienen, determinando la manera de cumplirlas, según las circunstancias que pueden presentarse.

En la jerarquía de las normas jurídicas, el Reglamento de Ejecución, está debajo de las leyes, en especial de aquella ley cuya aplicación tiende a llevar a cabo. En consecuencia, este reglamento no

puede, sin caer en la tacha de ilegalidad, contrariar preceptos de la ley y menos de la Constitución Política.

Ejemplos de Reglamentos de Ejecución son:

- El Reglamento del Registro de Prendas sin Desplazamiento de la Ley N° 20.190 (Decreto Supremo N° 722 de fecha 8 de septiembre de 2010, que se publicó en el Diario Oficial de fecha 23 de octubre de 2010);
- El Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces (aunque para algunos tendría rango de Decreto con Fuerza de Ley, conforme al artículo 695 del Código Civil);
- El Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, concerniente a concesión a privados de Obras Públicas (Decreto Supremo N° 956, publicado en el Diario Oficial de fecha 6 de octubre de 1997);
- El Reglamento de la Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas (Decreto Supremo N° 702, publicado en el Diario Oficial de fecha 6 de julio de 2012).
- El Reglamento de la Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria (Decreto Supremo N° 46, publicado en el Diario Oficial de fecha 17 de junio de 1998).

Los **REGLAMENTOS AUTONOMOS**, son los que no se relacionan con una ley determinada y reglan materias que no están normadas por una ley ni declaradas de la exclusiva incumbencia de una ley por la Constitución. Estos Reglamentos, se dictan por la autoridad administrativa en ejercicio de sus propias atribuciones o de los poderes discrecionales que se le reconocen.

#### **6.4. DECRETOS EN GENERAL Y DECRETOS SUPREMOS.**

En general, Decreto, es todo mandato escrito y revestido de las demás formalidades prescritas por el ordenamiento jurídico, dictado unilateralmente por la autoridad administrativa, en el ejercicio de sus atribuciones. Cuando es emitido por el Presidente de la República, recibe el nombre de Decreto Supremo.

#### **6.5. REGLAMENTOS Y SIMPLES DECRETOS.**

Los decretos se pueden clasificar en Reglamentos y Simples decretos.

**REGLAMENTO o DECRETO REGLAMENTARIO**, es un Decreto de alcance general e impersonal, concierne a una generalidad abstracta de personas o situaciones, como el reglamento que señala los detalles de ejecución de una ley.

**SIMPLE DECRETO o DECRETO INDIVIDUAL**, es el que se refiere a una persona o situación determinada como el que nombra a un funcionario público en determinado cargo de la administración del Estado o aquél que otorga un indulto particular, etc.

## **6.6. FIRMAS QUE DEBEN LLEVAR LOS DECRETOS.**

De acuerdo al artículo 35 de la Constitución Política, todos los Decretos, sean Simples o Reglamentarios, deben llevar la firma del Presidente de la República y el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito. Sin embargo, algunos Decretos, pueden expedirse por la sola firma del Ministro respectivo pero con la frase **“por orden del Presidente de la República”**.

## **6.7. CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS DECRETOS.**

En el ejercicio de la función de control de legalidad, y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, el Contralor General de la República, tomará razón de los Decretos y resoluciones que en conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que pueden adolecer; pero deberá darle curso, cuando a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos Decretos a la Cámara de Diputados.

## **6.8. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA LEY Y EL DECRETO.**

a) Semejanzas:

- i.- Ambas normas emanan de organismos públicos
- ii.- Ambas son igualmente obligatorias, para la ciudadanía y autoridades.
- iii.- Sus normas y mandatos deben subordinarse a la Constitución.

b) Diferencias:

En nuestro derecho, la nota distintiva no se encuentra en el objeto o contenido, porque no hay una norma taxativa de las materias propias del Decreto y de la Ley. Si bien existen asuntos de la exclusiva competencia de la ley (art. 63 de la Constitución), hay otros asuntos que no son privativos del poder legislativo y por ende pueden ser objeto de la ley o del Reglamento Autónomo.

Tampoco la generalidad e impersonalidad de las normas es característica exclusiva de la ley, porque, por una parte, hay leyes que se refieren a situaciones individuales (por ejemplo, leyes de gracia) y

por otra parte existen Decretos, como los Reglamentarios, que tratan situaciones generales.

La Ley y el Decreto Simple o Reglamentario, se distinguen esencialmente:

- i.- Por el órgano que los crea. La Ley emana del Poder legislativo y el Decreto del Poder Ejecutivo o la autoridad administrativa;
- ii.- Otra característica diferenciadora, es la superioridad jerárquica de la ley sobre el decreto; por lo tanto, todo Decreto Individual o Reglamento de Ejecución o Autónomo, no puede contrariar ni modificar las leyes;
- iii.- Por último, el proceso de gestación hasta alcanzar la formación y el efecto de obligatoriedad es distinto para la Ley y el Decreto.

## **6.9. LAS INSTRUCCIONES O CIRCULARES.**

Distinguimos dos tipos de instrucciones o circulares:

- a) Las que se dirigen a todos los ciudadanos: por ejemplo, las que dicta el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, o los dictámenes emanados de la Dirección del Trabajo, o las circulares dictadas por el Director del Servicio de Impuestos Internos, etc.
- b) Las que se dirigen a los funcionarios del respectivo servicio: son comunicaciones que los funcionarios públicos superiores dirigen a sus subordinados indicándoles la manera de aplicar una ley, un reglamento u otra disposición jurídica o las medidas que deben tomar para un mejor funcionamiento de un servicio público. Tienen por objeto, ilustrar el criterio del funcionario, para el más conveniente ejercicio de las funciones que le corresponden o el desarrollo de la actividad pública que se le ha encomendado. Las instrucciones del Presidente de la República, son enviadas por los Ministros respectivos. Cuando las Instrucciones van dirigidas a un gran número de funcionarios se envían por medio de **CIRCULARES** y si se expiden a un número reducido de funcionarios se denominan **OFICIOS**.

## **6.10. LAS ORDENANZAS,**

Hay dos clases de disposiciones que reciben el nombre de Ordenanzas: unas son dictadas por las Municipalidades y otras son dictadas por el Presidente de la República.

**i.- DICTADAS POR LAS MUNICIPALIDADES,** son reglas de aplicación general, dictadas por estos órganos, relativas a la autoridad comunal y ante cuya inobservancia se impone la pena de **MULTA**. La obligatoriedad de las Ordenanzas Municipales es local, circunscrita al territorio jurisdiccional de la Municipalidad que las dicta.

**ii.- DICTADAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA,** son verdaderos reglamentos que contienen entre sus disposiciones, algunas

que son materia de ley y que se caracterizan por tener sanciones penales (multas). Estas ordenanzas se dictan por expresa autorización del Congreso. Por ejemplo: Ordenanza de aduanas y Ordenanza General de Construcción y Urbanización, etc.

## **7.- DECRETOS CON FUERZA DE LEY Y DECRETOS LEYES.**

### **7.1. DECRETOS CON FUERZA DE LEY.**

**a) Concepto:** son aquellos Decretos, que por expresa autorización del Congreso a través de una ley, dicta el Presidente de la República, sobre materias que según la Constitución Política, son propias de ley. El nombre se explica, porque una vez dictadas adquieren fuerza de ley.

**b) Constitucionalidad:** en la Doctrina, en general, se ha discutido la constitucionalidad de los Decretos con Fuerza de Ley. Estiman algunos, que ellos vulneran el principio de la división de poderes públicos ya que, mediante su dictación, el ejecutivo agrega a sus funciones, otras inherentes a los del Poder Legislativo. Por otra parte se dice que **el Congreso tiene un poder por delegación del pueblo y no puede en consecuencia delegarlo**, de acuerdo con el principio universalmente **aceptado**, acerca que, **“la potestad delegada no se puede delegar a su vez”**.

**c) Los Decretos con Fuerza de Ley en nuestro ordenamiento jurídico:** aparecen recién consagrados con la reforma, que la Ley N° 17.284 del 23 de enero de 1970 introdujo a la Constitución de 1925, sin perjuicio de su existencia fáctica en los años precedentes. La Constitución de 1980 regula la materia en su artículo 64. Tal precepto declara que una Ley puede autorizar al Presidente de la República, para dictar Decretos con Fuerza de Ley, sobre determinadas materias, durante un plazo no superior a un año. En consecuencia, tienen dos limitaciones:

- i.- En cuanto a la materia en la que recae la delegación.
- ii.- En cuanto al plazo dentro del cual el Presidente de la República debe dictar el decreto con fuerza de ley.

**d) La Constitución Política, prohíbe extender la autorización a diversas materias:** tales como la Nacionalidad, la Ciudadanía, las Elecciones, el Plebiscito y materias comprendidas en las Garantías Constitucionales o que deben ser objeto de Leyes Orgánicas Constitucionales o de Quórum Calificado. La Autorización tampoco podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y

régimen de las funciones del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República.

La Ley que otorga la referida autorización, señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer determinadas limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

A la Contraloría General de la República, corresponderá tomar razón de los Decretos con Fuerza de Ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la citada autorización (Ley Delegatoria de Facultades) o cuando sean contrarios a la Constitución Política. Ante la representación de la Contraloría General de la República, el Presidente de la República, no tendrá la facultad de insistir y en caso de no conformarse el Presidente de la República con la representación, deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional, dentro del plazo de 10 días, a fin de que este resuelva la controversia (artículo 99, incisos 2º y 3º de la Constitución Política). Lo anterior, también puede acaecer, tratándose de:

i.- UN DECRETO PROMULGATORIO de una ley o de una Reforma Constitucional, por apartarse del texto aprobado.

ii.- DE UN DECRETO o RESOLUCION, contrario a la Constitución Política.

En todos los casos anteriores, el Presidente de la República, carece de la facultad de insistencia. Si el Tribunal Constitucional, confirma la inconstitucionalidad representada por la Contraloría General de la República, no se podrá convertir en ley el proyecto o Decreto con Fuerza de Ley de que se trate.

En caso de tratarse de un Decreto Supremo, este queda sin efecto de pleno derecho con el solo mérito de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Los Decretos con Fuerza de Ley, están sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para una ley cualquiera.

## **7.2. LOS DECRETOS LEYES.**

**a) Concepto:** son aquellos Decretos, que, sin autorización alguna del Congreso, dicta el Poder Ejecutivo, sobre materias que según la Constitución Política son propias de ley, en situaciones de emergencia o grave crisis institucional.

**b) Constitucionalidad de los Decretos Leyes:** si bien no se encontraban regulados en la Constitución Política de 1925 y tampoco en la de 1833, la jurisprudencia terminó por aceptarlos, atendiendo para ello al **principio de la seguridad jurídica**, pues fueron numerosas e importantes las materias reguladas por estas normas, especialmente las

relativas a la organización estatal y normas laborales, de previsión y social.

**c) Períodos en que se han dictado:** en tres períodos de nuestra historia del siglo XX, se han dictado Decretos Ley: 816 entre el 1924 y 1925; 669 entre 1931 y 1932; y 3.660 entre el 1973 y 1980.

La numeración de los Decretos Ley, no es progresiva, a diferencia de las leyes. La última ley promulgada antes del 11 de septiembre de 1973 fue la N° 17.982 y al entrar en vigencia la Constitución Política de 1980 se continuó con la N° 17.983.

Los Decretos Ley, en consecuencia, tienen la misma fuerza obligatoria de una ley y solo pueden ser modificados o derogados por una disposición de jerarquía legal

## **8.- INTERPRETACIÓN DE LA LEY.**

### **8.1. Generalidades.**

La palabra interpretación admite varias acepciones:

a) INTERPRETACION MERAMENTE COGNOSCITIVA: como afán de conocimiento, que no trasciende más allá de la mente del intérprete, no existe intención de transmitir lo interpretado. Por ejemplo, la lectura personal.

b) INTERPRETACION REPRODUCTIVA o REPRESENTATIVA: su finalidad es comunicar a otros el conocimiento que se obtiene; distinguimos acá la siguiente relación: **Una forma original-----> interprete-----> forma expresada**, la que no será necesariamente igual a la forma original. Por ejemplo, la interpretación musical o dramática.

c) INTERPRETACION NORMATIVA, persigue una doble finalidad:

- Dar a conocer la forma original, lo que implica un conocimiento adecuado de esa forma.
- Regular las conductas de las personas, que deben ceñirse al precepto interpretado. El ejemplo clásico, es la interpretación jurídica o legal.

La INTERPRETACION JURIDICA o LEGAL, consiste en la determinación del verdadero significado, alcance, sentido o valor de la ley en general, frente a situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse. Mediante la interpretación jurídica se adapta la norma legal a la práctica, a la realidad.

Como bien sostiene Ruggiero, no solo se interpretan las normas obscuras o ambiguas, sino también las que presentan una redacción clara en su apariencia. La interpretación no presupone una dificultad en la inteligencia de la ley. Equivocadamente, se piensa que un texto legal no requiere de una interpretación cuando su sentido se capta rápidamente. Sin embargo, toda aplicación de una norma por

transparente que esta sea implica una labor intelectual necesaria para resolver el caso particular y concreto con la fórmula general y abstracta dada por el legislador. Por ende, resulta evidente que no es posible aplicar la norma sin su previa interpretación.

Por lo demás, la claridad u obscuridad de una ley es un concepto relativo que además puede variar con el tiempo, en especial al promulgarse normas posteriores que regulan la misma materia.

## **8.2. Normas aplicables del Código Civil.**

Diversas normas del Código Civil regulan lo concerniente a la interpretación, tanto de la ley, de los testamentos y de los contratos:

- i.- Artículos 19 al 24, en relación a la interpretación de la ley.
- ii.- Artículos 4 y 13, al consagrar el principio de la especialidad.
- iii.- Artículos 25 al 51, que definen varias palabras de uso frecuente en las leyes.
- iv.- Artículos 1560 al 1566, relativos a la interpretación de los contratos.
- v.- Artículos 1056 al 1069, respecto de la interpretación de las disposiciones testamentarias.

## **8.3. Hermenéutica legal y sistemas de interpretación.**

La Interpretación Jurídica, que se denomina hermenéutica legal, no se realiza arbitrariamente sino de acuerdo a ciertos principios o líneas directivas. Cuando estas se encuentran determinadas por el legislador, tenemos un sistema de interpretación "REGLADO". De lo contrario, uno "NO REGLADO".

Los Códigos Civiles Chileno e Italiano, adoptan el primer sistema; en cambio, el Código Francés y el Alemán adoptan el segundo.

Ambos tienen sus ventajas e inconvenientes. El sistema reglado evita la arbitrariedad, pero amarra al juez en cuanto a los medios para indagar el sentido y alcance de la ley. El sistema no reglado, proporciona al juez un campo más amplio para realizar su investigación, permitiéndole amoldar la ley con mayor facilidad al momento que se vive, pero puede, como contrapartida, prestarse en mayor grado a la arbitrariedad. Frente a esta objeción, se argumenta que es difícil que tal abuso se produzca, ya que existen recursos para reclamar de los agravios.

## **8.4. Diversas clases de interpretación.**

Según de quien emane, la interpretación es "**DOCTRINAL**" o "**PRIVADA**" o "**POR VIA DE AUTORIDAD**" o "**PUBLICA**".

La primera, **DOCTRINAL o PRIVADA**, es producto de los particulares, es la que hacen todas las personas, abogados o ciudadanos en general. No tiene fuerza obligatoria, descansando su autoridad en la solidez o fuerza del raciocinio y en el prestigio del interprete.

Se refiere a ella el Código de Procedimiento Civil, en el recurso de apelación (art. 228: "Los tribunales podrán mandar, a petición de parte, informar en derecho"; art. 229: "El término para informar en derecho será el que señale el tribunal y no podrá exceder de sesenta días, salvo acuerdo de las partes"; art. 230: "Los informes en derecho, con las firmas del abogado y de la parte o de su procurador, y el certificado a que se refiere el número 6º del artículo 372 del Código Orgánico de Tribunales se agregarán a la carpeta electrónica para conocimiento de los ministros") y en el recurso de casación en el fondo (art. 805: "Tratándose de un recurso de casación en el fondo, cada parte podrá presentar por escrito, y aun impreso, un informe en derecho hasta el momento de la vista de la causa"), al facultarse a las partes para recabar informes en Derecho, los que si bien no obligan a la Corte pueden influir en la decisión de la misma según el mérito de sus argumentos y el prestigio del autor. Por otra parte, el art. 342 del Código Procesal Penal, dispone en su letra d) que la sentencia deberá contener "Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo". Por su parte, el art. 66 de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, establece en su N° 5º que las sentencias definitivas deberán también contener "Las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar el fallo".

La interpretación **POR VIA DE AUTORIDAD o PUBLICA**, emana de aquellas personas investidas por la ley con la facultad interpretativa. Es obligatoria y se divide en "**INTERPRETACION JUDICIAL**" o "**INTERPRETACION LEGAL**" o "**AUTENTICA**".

La **INTERPRETACION JUDICIAL**, es aquellas que realizan los Tribunales de Justicia y se manifiesta en las sentencias que dictan.

La **INTERPRETACION LEGAL o AUTENTICA**, es la que realiza el legislador mediante leyes interpretativas.

Ambas son obligatorias, pero la Judicial solo lo es respecto a la causa en que se pronuncia la sentencia (art 3, inciso 2º del Código Civil). La Legal, en cambio, es "generalmente obligatoria" (art 3, inciso 1º del del Código Civil).

Si queremos difundir la Interpretación Judicial habrá que referirse al precedente por la vía doctrinal, sin que obligue al Tribunal.

A las anteriores, se suma, la **INTERPRETACION ADMINISTRATIVA**, es decir aquella realizada por ciertos Jefes de Servicio a quienes la ley otorga una facultad interpretativa: por ejemplo, el Director del Servicio de Impuestos Internos, quien dicta circulares que

fijan el alcance de una ley; también el Director del Trabajo, a través de sus dictámenes sobre materias laborales y previsionales; de igual forma, las Circulares u oficios de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras o de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

Revisemos un ejemplo de esta última clase de interpretación: conforme al art. 261 de la Ley N° 20.720, sobre insolvencia y reemprendimiento, las personas naturales pueden iniciar ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento un procedimiento concursal de renegociación. Al hacerlo, conforme al art. 261 de dicha Ley, deben acompañar una declaración jurada con una lista de sus obligaciones. En la solicitud, además, deben proponer una “propuesta de renegociación de todas sus obligaciones vigentes”. Ahora bien, aunque el precepto citado no distingue de qué obligaciones se trata –de manera que en principio serían todas las que haya contraído el deudor–, la citada Superintendencia, mediante su Oficio Circular N° 4, de fecha 26 de enero de 2018, estableció que “no podrán ser invocadas como obligaciones vencidas, ni renegociadas en el referido procedimiento”, entre otras, las pensiones alimenticias atrasadas o futuras (de acuerdo a la Ley N° 14.908) o la compensación económica (de acuerdo a la Ley N° 19.947) o las obligaciones provenientes de créditos con aval del Estado (CAE) que no sean aún exigibles (de conformidad a la Ley N° 20.027). Esta interpretación restrictiva del art. 261 citado, se funda en lo dispuesto en el art. 8 de la misma Ley, que expresa por su parte: “Exigibilidad. Las normas contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las disposiciones de esta ley. / Aquellas materias que no estén reguladas expresamente por leyes especiales, se regirán supletoriamente por las disposiciones de esta ley”.

Con todo, debemos advertir que la interpretación administrativa sólo obliga a los funcionarios encargados de aplicar las normas sobre las cuales aquella recae. Sin embargo, como dichos funcionarios aplicarán el precepto legal de que se trate en la forma interpretada por la autoridad administrativa, en la práctica los particulares también ser verán afectados. Con todo, éstos podrán recurrir a la justicia ordinaria, si disienten de la interpretación del ente administrativo, pues la última palabra la tendrán los jueces.<sup>5</sup>

## **8.5. Elementos de la interpretación.**

Savigny, distingue cuatro elementos de la interpretación: GRAMATICAL, LOGICO, HISTORICO y SISTEMATICO. No se trata de

---

<sup>5</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 199.

cuatro clases de interpretación, sino de cuatro operaciones diversas, pero que actúan conjuntamente.

a) ELEMENTO GRAMATICAL, tiene por objeto la palabra. La interpretación de las palabras de la ley, debe tener lugar según las reglas del lenguaje.

b) ELEMENTO LOGICO, tiene una doble finalidad:

- Por una parte, busca desentrañar la intención o espíritu de las leyes para lo cual investiga la "RATIO LEGIS", es decir el propósito perseguido por la ley, la razón que la justifica y también la "OCASSIO LEGIS", es decir las circunstancias particulares del *momento* histórico que determinaron su dictación. En esta investigación la **ratio legis** es la más importante, hasta tal punto que se ha sostenido que, si cesa la razón de la ley, cesa la ley misma. También se señala que puede cambiar con el tiempo concibiéndola como "**una fuerza viviente y móvil**"; en tal punto de vista se basa la interpretación histórico-evolutiva.
- Por otra parte, el elemento lógico busca determinar la armonía y cohesión interior de una ley, las relaciones lógicas que unen las diversas partes de una ley.

c) ELEMENTO HISTORICO: su objeto es indagar el estado del derecho existente sobre la materia al elaborarse o promulgarse la ley y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador antes de dictar la ley que se trata de interpretar. El conocimiento de los antecedentes o de la historia fidedigna del establecimiento de la ley que resulta del estudio de los proyectos, actas de las Comisiones Legislativas, debates en las Cámaras, exposición de motivos con que se acompañaron los proyectos, mensajes, etc., tiene un apreciable valor porque trasunta el pensamiento del legislador.

d) ELEMENTO SISTEMATICO: se basa en la conexión que enlaza a todas las instituciones jurídicas y normas en una gran entidad. Se trata de ver la relación que hay entre la ley interpretada y el conjunto del ordenamiento jurídico. Podríamos decir que se asemeja al elemento lógico en cuanto a establecer la armonía y coherencia de la ley, pero ahora no entre sus diversas partes sino en su relación con todo el ordenamiento jurídico, y en especial con aquellas leyes que versan sobre la misma materia o sobre asuntos semejantes.

## **8.6. Especies de interpretación.**

Debemos distinguir entre la INTERPRETACION DECLARATIVA, INTERPRETACION RESTRICTIVA e INTERPRETACION EXTENSIVA, según el resultado al que conduzcan. En efecto, si el proceso interpretativo consiste en la investigación de la voluntad del legislador, expresada en una fórmula que puede ser adecuada o inadecuada, el resultado será disímil.

a) INTERPRETACION DECLARATIVA: mediante ella se reconoce o constata que la fórmula o los términos literales utilizados por la ley, coinciden exactamente con la intención del legislador, vale decir, las palabras de la ley expresan con fidelidad o acierto dicha intención legislativa, dicha *ratio legis*. Por lo tanto, la interpretación se denomina "DECLARATIVA" pues no tiene más que manifestar o declarar lo que dice la ley. Esta interpretación es la que normalmente opera. En estos casos, el intérprete no puede ni extender ni restringir el alcance de la ley, pues él claramente lo señala.

Así, por ejemplo:

i.- Cuando el art. 1896 del Código Civil señala que la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años contados desde la fecha del contrato.

ii.- Al establecer el art. 1682 del Código Civil, en sus dos primeros incisos, las causales de nulidad absoluta.

iii.- Al disponer el art. 1796 del Código Civil que no es válida la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente.

b) INTERPRETACION EXTENSIVA: puede ocurrir que las palabras utilizadas en la ley, no reflejen exactamente la intención del legislador, en términos tales que su tenor literal restrinja dicha voluntad legislativa en condiciones no queridas o deseadas al promulgar la ley. En otras palabras, la ley dice menos o parece abarcar menos de lo que quiso decir o abarcar el legislador. Frente a ello, es necesario interpretar la ley extendiendo su alcance. Revisemos algunos ejemplos:

i.- Tratándose del inciso 1º del art. 1464 del Código Civil, respecto de la palabra "enajenación", la que se ha entendido en un sentido amplio, que abarca tanto la transferencia del dominio de una cosa como la constitución de un gravamen sobre ella, como una hipoteca.

ii.- En el N° 3 del mismo art. 1464, respecto a la voz "embargadas", interpretada en sentido extensivo, abarcando no sólo el embargo, propio del juicio ejecutivo, sino también, por ejemplo, las medidas precautorias, que se decretan en los juicios ordinarios.

iii.- En el art. 138 bis del Código Civil, respecto del cual se ha criticado que se refiera sólo a la partición de bienes "hereditarios", sin que haya resuelto la situación de otras comunidades en las que participe la mujer. Por analogía, debiera propiciarse la misma solución, máxime si el art.

2313 somete la división de toda comunidad a las reglas de la partición de la herencia.

iv.- En el art. 2205 del Código Civil, en las normas del mutuo, se establece que "Se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles". Se ha entendido que esta norma no sólo permite pactar intereses en contratos de mutuos, sino que también en otros contratos, como por ejemplo si quedare un saldo de precio en un contrato de compraventa.<sup>6</sup>

v.- En el art. 1841 del Código Civil, en las normas de la compraventa. Conforme al tenor literal de la ley, sólo se podría citar de evicción al último y al antepenúltimo de los vendedores. Sin embargo, se ha concluido por la doctrina y por la jurisprudencia, que es posible citar de evicción a otros vendedores, situados más atrás en la secuencia de vendedores.

c) INTERPRETACION RESTRICTIVA: a la inversa del caso anterior, puede ocurrir que las palabras utilizadas en la ley no reflejen con exactitud la intención del legislador en términos tales que su tenor literal extiende en demasía dicha voluntad legislativa. Es decir, la ley dice más de lo que pretendió decir el legislador, pareciera invadir zonas que el legislador no pretendió tocar o regular. Ante tal conclusión, es necesario interpretar la ley en forma restrictiva. Consignamos seguidamente algunos ejemplos:

i.- En el artículo 1490 del Código Civil, la voz "enajena" se ha interpretado en su acepción restrictiva o estricta, referida sólo a transferir el dominio a una persona, y no al acto por el cual sin que opere tal transferencia, el dueño constituya una prenda sobre la cosa mueble, caso de enajenación en su acepción amplia.

ii.- En el artículo 1781 del Código Civil, al facultar a los herederos de la mujer a renunciar a los gananciales de la sociedad conyugal, debemos excluir entre aquellos al viudo, a pesar de que también es heredero de la mujer.

iii.- En el art. 1796 del Código Civil, se establece que es nulo el contrato de compraventa celebrado entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad. En principio, como la norma no distingue, pareciera que debe aplicarse a toda compraventa celebrada entre las personas recién señaladas. Sin embargo, Alessandri sostenía que el precepto no incluye la compraventa celebrada entre el padre o madre y el hijo que a pesar de ser menor de edad, fuere titular de un patrimonio especial, obtenido con su trabajo, denominado peculio profesional o industrial (que tiene su

---

<sup>6</sup> Vodanovic H., Antonio, *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.*, Santiago de Chile, Ediar ConoSur Ltda., 5ª edición, 1990, Tomo 1, N° 229, pp. 163.

antecedente en el peculio castrense del Derecho romano). Incluso, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 15 de marzo de 2018, autos Rol N° 4.080-2017, se concluye que la hipótesis del art. 1796 no se aplica en el caso que el padre –que no tenía la patria potestad de su hijo–, vendiere un inmueble a dicho hijo (que actuó representado legalmente por su madre).

Se ha sostenido que en ciertos tipos de leyes, siempre debiera preferirse una interpretación restrictiva. Tales serían: las leyes de excepción, las leyes que imponen sanciones, las leyes que declaran la invalidez de ciertos actos, las leyes que establecen incapacidades o inhabilidades, las leyes que exigen el cumplimiento de ciertas formalidades, las leyes que establecen limitaciones a las libertades o derechos constitucionales, y las leyes que establecen cargas públicas.<sup>7</sup> En nuestra opinión, en tales casos coincidimos que jamás debiera dárseles una especie interpretación extensiva, pero por regla general la especie que debiera operar sería la declarativa, y en algunos casos, una especie de interpretación restrictiva (como en el ejemplo recién citado del art. 1796 del Código Civil, respecto de la compraventa entre el padre o la madre y el hijo no emancipado).

Cabe señalar también que por expreso mandato de la ley, “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”, según reza el artículo 23 del Código Civil.

Este artículo tiene un fundamento histórico, ya que en la Edad Media, en el ámbito del Derecho canónico, se estableció el principio “*Odia restringi et favores convenit ampliari*”, es decir, al interpretar la ley, lo odioso se restringía y lo favorable se ampliaba. Andrés Bello alude a esta fórmula: “En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es más seguro ampliar la significación; y si se trata de cosas odiosas, es más seguro restringirla”.<sup>8</sup>

El propio Bello, proporciona ejemplos de cosas odiosas y favorables: 1° Todo lo que sin causar un gravamen notable a persona alguna cede en beneficio general de la especie humana, es favorable y lo contrario es odioso; 2° Todo lo que atiende a la utilidad común y a la igualdad de las partes, es favorable, y lo contrario es odioso; 3° Todo lo que va a mudar el estado presente haciendo consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros, es odioso; 4° Todo lo que contiene una

---

<sup>7</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 159 y pp. 191 y 192.

<sup>8</sup> Bello, Andrés, *Principios de Derecho Internacional*, p. 180, en *Obras Completas*, Caracas, La Casa de Bello, 1981, citado por Guzmán Brito, Alejandro, *Las Reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2007, p. 192.

pena es odioso; 5° Todo lo que propende a inutilizar un pacto y hacerlo ilusorio es odioso; 6° En las cosas que participan de lo favorable y de lo odioso, debe compararse el bien con el mal, y mirarse como favorable aquello en que prepondera el bien, y como odioso lo contrario.<sup>9</sup>

Como señala Guzmán Brito, "En la formulación clásica del antiguo derecho, el principio *odiosa restringenda favorabilia amplianda sunt* recibía aplicación en todo caso, hubiera duda o no la hubiera, de modo que funcionaba como regla material de restricción o extensión".<sup>10</sup>

Como esto se prestaba para abusos, el legislador consideró conveniente abolir, en forma, expresa tal fórmula.

Con todo, si correspondiere aplicar el art. 24 del Código Civil, y específicamente en el marco del mismo la equidad natural, podría ocurrir que en alguna materia, se pronuncie una sentencia que permita restringir lo odioso o ampliar lo favorable. Ello se explica por la ubicación del art. 23, y porque al recurrir a la equidad, no es posible aplicar "las reglas de interpretación precedentes" y no hay norma que resuelva la materia, de manera que no se presenta el riesgo de desnaturalizar su "genuino sentido".<sup>11</sup>

## 8.7. Métodos de interpretación.

Se suele distinguir, por una parte, entre el METODO LOGICO TRADICIONAL y por otra parte, los METODOS NUEVOS o MODERNOS DE INTERPRETACION.

### a) METODO LOGICO TRADICIONAL.

Este método pretende sobre todo indagar acerca de la voluntad del legislador al momento de ser redactada y promulgada la ley.<sup>12</sup>

Es propio del positivismo jurídico en boga en el siglo XIX, del cual nace la escuela EXEGETICA, que postula un fuerte apego al texto, un culto al tenor literal de la ley. Se sostiene por esta escuela que en los códigos está todo el Derecho, aún cuando hayan cambiado las circunstancias que motivaron la promulgación de los mismos.

---

<sup>9</sup> Bello, Andrés, ob. cit., pp. 180 y 181, citado por Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 180.

<sup>10</sup> Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 181.

<sup>11</sup> Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 181 y 182; Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.*, Santiago de Chile, Ediar ConoSur Ltda., 5ª edición, 1990, Tomo 1, N° 251, pp. 179 y 180.

<sup>12</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 164.

La Interpretación se realiza a través de procedimientos fundamentalmente lógicos, sin que se permita el arbitrio judicial, vale decir, se excluye la posibilidad que el juez adecue las normas en el tiempo.

Se distingue en este método entre interpretar y aplicar la ley. La interpretación corresponde principalmente al legislador y secundariamente al juez, quien por lo demás deberá hacerlo a partir de normas fijas. En verdad, más que la interpretación, lo que corresponde al juez es la aplicación de la ley. Para este último, ésta es su misión prioritaria. Prevalece por ende la voluntad del legislador, su intención, lo que trae como consecuencia la omnipotencia de la ley. Los artículos 3 y 5 del Código Civil, son una manifestación de los principios anteriores.

Se funda esta teoría en el principio de separación de poderes, que se formula a fines del Siglo XVIII. Es por ende el legislador quien dicta e interpreta la ley. A su vez, el Ejecutivo y el Poder Judicial sólo deben aplicarla, no comentarla ni tampoco interpretarla.<sup>13</sup> Se supone que el legislador es sabio, que redacta en forma clara y precisa las normas legales, de manera que el juez debe limitar su tarea a aplicarlas al caso concreto de que esté conociendo. Es el pueblo quien a través del Poder Legislativo, dicta las leyes. El juez debe aplicarlas sin desconocer el tenor literal de aquellas. Si lo hiciere, atentaría contra los fundamentos mismos de la democracia representativa.

De esta manera, "... el juez debe simplemente ser el aplicador de la decisión soberana del poder político, que se refleja en la ley. Por ello, el juez debe aplicar la ley clara, aunque personalmente le parezca injusta. Y si la ley es oscura, debe buscar la intención del legislador en su texto, analizando las palabras empleadas (método exegético) o indagando en las actas de los órganos políticos en que se discutió el texto legal".<sup>14</sup>

Esta era la teoría en boga en Francia, a la época en que entra en vigencia el Código Civil francés. De ahí que los grandes comentaristas del mismo –como Durantón, Aubri et Rau, Demolombe, Troplong, Laurent, etc.–, adscribirán a esta escuela exegética. Para ellos, el legislador es omnipotente e infalible, y la ley ha de ser la única fuente de las decisiones jurídicas. En síntesis, interpretar consiste en buscar cual es la voluntad del legislador, manifestada en el tenor literal de la ley.<sup>15</sup>

La principal crítica a este método, dice relación a que "impide toda evolución y progreso del Derecho. Impide que el Derecho, a través de una interpretación progresiva, pueda adaptarse a la evolución de los

---

<sup>13</sup> Ruz Lartiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Parte General y Acto Jurídico*, Tomo 1, Santiago de Chile, AbeledoPerrot – LegalPublishing Chile, 2011, p. 121.

<sup>14</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 170.

<sup>15</sup> Ruz Lartiga, Gonzalo, ob. cit., pp. 121 y 122.

tiempos y a los cambios sociales”.<sup>16</sup> El método “... conduce a la petrificación del Derecho, porque, mientras la vida se renueva constantemente, deja a las normas jurídicas estáticas en la época de su nacimiento y, por ende, sin aptitud para moldear en forma adecuada las realidades nuevas”.<sup>17</sup>

#### b) METODO HISTORICO EVOLUTIVO.

Según este método, la ley no debe concebirse como la voluntad de su autor. Una vez dictada, se independiza de quien la creó, adquiere existencia autónoma y comienza a vivir su propia vida, cuyo destino es satisfacer un presente en constante renovación. El intérprete está llamado a hacer cumplir ese destino, vale decir, respetando la letra de la ley, puede atribuirle un significado diverso del originario, que responda a las nuevas necesidades sociales. El principio es el siguiente: debe darse a la ley, no el sentido que tuvo al tiempo de dictarse, sino el que pueda tener al momento de ser aplicada.<sup>18</sup>

Se suele criticar este método, indicándose que no señala una pauta para ajustar el sentido de la ley a los tiempos nuevos, al presente, pudiendo degenerar la operación en la arbitrariedad. Además, como el sentido de la ley queda sujeto a los cambios de cada época y a las influencias del ambiente, la certidumbre de la ley desaparece y por ende la seguridad de los particulares para realizar sus negocios jurídicos.<sup>19</sup>

#### c) METODO DE LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA.

Se formuló por el jurista francés Francois Geny, en 1899. Este método hace entrar en juego la interpretación, solo cuando hay dudas acerca del sentido de la norma. Tal sentido se determina de acuerdo con la intención del legislador que revelan las circunstancias dominantes a la época de la dictación de la ley y no a la época de su aplicación.

El intérprete debe reconstituir el pensamiento del poder legislativo considerando el que habría tenido el legislador en su época, si hubiera conocido las dificultades que hoy se presentan.

Hasta aquí, hay coincidencia con el METODO LOGICO TRADICIONAL. La discrepancia comienza frente a las obscuridades insalvables y los vacíos o lagunas de la ley. En tales casos, inútil resulta buscar una intención legislativa que no va a existir. El intérprete debe entonces crear la solución adecuada al caso. La investigación que realiza

---

<sup>16</sup> Ruz Lartiga, Gonzalo, ob. cit., p. 122.

<sup>17</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 164.

<sup>18</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 165.

<sup>19</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 165.

es "LIBRE" y "CIENTIFICA". LIBRE, porque la investigación se encuentra sustraída a la autoridad positiva de las Fuentes Formales del Derecho, como son la ley y la costumbre. CIENTIFICA, porque se apoya en elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar (la historia, la sociología, la psicología, la economía, etc.). De tal forma, el plano científico estaría representado por las fuentes materiales o reales del derecho, mientras que las fuentes formales, corresponderían a un plano técnico.

En consecuencia, las Fuentes Materiales, deben prevalecer sobre las fuentes Formales, en caso de oscuridad o ausencia de la ley, como la ciencia prevalece sobre la técnica.<sup>20</sup>

#### d) METODO POSITIVO TELEOLOGICO.

Propuesto por Rudolph Von Ihering. Según este método, las normas jurídicas tienen un fin práctico y este es el que debe indagar el intérprete y no la voluntad o intención del legislador, que es subjetiva y puede no coincidir con aquel fin.<sup>21</sup>

Dos críticas fundamentales se hacen a este método:

i.- Se sostiene que el defecto de este método, consiste en suponer que cada ley tiene un fin práctico, propio, único, cuando en realidad tanto la norma legal como la conducta por ella regulada supone una cadena de múltiples fines sucesivamente articulados.

ii.- Los fines pueden entenderse de manera contradictoria y su apreciación llevar a la arbitrariedad.<sup>22</sup>

#### e) ESCUELA DEL DERECHO LIBRE.

Sus planteamientos fueron elaborados por Germán Kantorowicz. Sostiene este autor que frente al Derecho estatal, manifestado en la ley, existe un Derecho libre, que puede o no ser coincidente con el primero. La jurisprudencia no puede basarse exclusivamente en el Derecho estatal. La ciencia del Derecho posee fuerza creadora, de manera que la jurisprudencia no será nunca mera servidora de la ley.

Para esta doctrina, las primeras fuentes del Derecho no son las del Estado u oficiales, llamadas fuentes formales (ley y costumbre), sino las reales, constituidas por hechos que se generan en la realidad social, sea en toda ésta o en aquellos grupos en que la sociedad se divide.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 166.

<sup>21</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 167.

<sup>22</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., pp. 167 y 168.

<sup>23</sup> Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1984, 2ª edición, p. 77.

A diferencia del juez subordinado a la ley, como se observa de los postulados del método exegético, en la escuela del Derecho libre, el juez deviene protagonista. Su función no sólo es interpretar y aplicar, sino en definitiva crear Derecho.

De esta manera, el juez debe prescindir de la ley en dos casos: cuando su texto no es claro, y cuando adquiere la convicción de que el legislador no habría resuelto el actual conflicto en el sentido que formula la ley. Ante estas situaciones, el juez debe gozar de toda la libertad posible para formular una solución al problema de que conoce.

Pero dentro de esta corriente, hay dos posiciones, cuando el sentido de la ley es claro:

i.- Para algunos, el juez está autorizado para desentenderse de la ley, cuando las fuentes reales –subsuelo de las fuentes formales–, llevan a una solución distinta de aquella contemplada en la ley.

ii.- Para otros, el juez debe respetar la letra de la ley, acomodando a ella el sentido que fluye de la equidad, de la realidad social, del sentimiento jurídico general o personal.<sup>24</sup>

#### f) TEORIA DE LA INTERPRETACION DE RODRIGUEZ GREZ.

Expuesta en su obra *Teoría de la interpretación Jurídica*, la denomina "CREACIONISTA". Para este autor, es el interprete el que va creando y recreando las reglas de conducta que organizan la vida civil en una trama constante e ininterrumpida a lo largo del tiempo. La norma jurídica -general y abstracta- no es más que la fuente de la cual surge "el derecho que nos afecta".

En cuanto la norma jurídica no se realiza espontáneamente, ella deviene en la generación de una regla particular forjada por el juez, la autoridad administrativa o los particulares, a través del proceso de aplicación del derecho, que se traduce en la interpretación (formal y sustancial) de las normas jurídicas. De este modo, las normas generales y abstractas se extienden, gracias a la tarea creativa del intérprete, mediante el forjamiento de "reglas particulares" que nacen en el marco de aquéllas y que hacen posible que la regulación jurídica cubra todo el complejo tejido social.

Como es natural, en esta concepción la norma jurídica tiene vida, voluntad y sentidos propios, independientemente del legislador (de quien la creó), de suerte que el intérprete puede, al aplicarla, extraer conclusiones muy diversas, atendidos los valores y preferencias que gravitan en cada época.

De los que se trata es adecuar el derecho a las necesidades y principios morales que imperan en la sociedad contemporánea, aún a

---

<sup>24</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 169.

costo de sacrificar “la letra de ley”, especie de deidad, a la cual muchos juristas rindieron constante acatamiento.

La norma jurídica no puede asentarse sino en los valores éticos que constituyen en el fondo, la base de todo mandamiento normativo.

## **8.8. Interpretación pública o por vía de autoridad.**

### **a) INTERPRETACION JUDICIAL.**

a.1) QUIEN LA REALIZA: es la que emana de las sentencias de los Tribunales. Su fuerza obligatoria sólo alcanza a los litigantes y ni siquiera obliga a futuro al juez que dictó el fallo, quien podrá, en casos análogos, resolver en forma diversa.

a.2.) FASES QUE LA INTEGRAN: el juez tiene un doble rol: INTERPRETAR Y APLICAR LA LEY. Para llevarlo a cabo en cada caso concreto debe:

- PRIMERO: INTERPRETAR, fase que a su vez se descompone en dos etapas:
  - i.- CONOCE, vale decir, a partir de los hechos, selecciona la ley aplicable al caso concreto.
  - ii.- JUZGA, o sea desentraña el verdadero sentido y alcance de la ley, combina o conjuga la hipótesis general y concreta, extrayendo las consecuencias jurídicas.
- SEGUNDO: APLICAR LA LEY, fase que se traduce en la dictación de las sentencias.

Se trata de un proceso complejo, en el cual el juez sigue un conjunto de pasos lógicos.

### **a.3) ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA INTERPRETACION JUDICIAL.**

En dicho proceso interpretativo deben concurrir copulativa y armónicamente un conjunto de normas y elementos:

- i.- Todos los elementos de interpretación (gramatical, lógico, histórico y sistemático);
- ii.- El Principio de la Especialidad (art. 4 y 13 del Código Civil);
- iii.- Determinación de la especie de la interpretación aplicable: Declarativa, Extensiva o Restrictiva;
- iv.- Aplicación de diversas reglas prácticas de interpretación, por ejemplo, a fortiori, a contrario sensu, de distinción, etc.;
- v.- Recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. El espíritu general corresponde a los fines de la ley. Ahora bien, para alcanzar dichos fines, la sentencia debe fundarse en los principios fundamentales que informan el Código Civil, en los que se expresan

tales fines, a los cuales ya hicimos referencia. Nos referiremos a la equidad más adelante.

## **b) Interpretación legal o auténtica.**

### b.1.) Concepto.

Es la realizada por medio de una ley. Es el propio legislador quien señala el sentido en que debe entenderse una ley. Las leyes Interpretativas contienen una declaración acerca del sentido de una ley cuya interpretación se presta a dudas.

Al decir cómo debe entenderse la ley interpretada, el legislador se limita a reiterar su voluntad original o primitiva, sin hacer una nueva declaración de voluntad. En otras palabras, para que una ley pueda calificarse realmente de interpretativa, debe limitarse a declarar el sentido de otra ley precedente, pues si contiene normas nuevas, no se le puede atribuir tal naturaleza. Poco importa en todo caso, que la ley interpretativa declare explícitamente su carácter interpretativo, aunque lo normal será que así se haga.

Por una ficción legal se supone que la Ley Interpretativa forma "un solo cuerpo con la Ley Interpretada"; se entiende incorporada en ésta (art. 9 Código Civil). Esto significa que la ley interpretativa debe aplicarse desde la fecha en que entró en vigencia la ley interpretada. Para todos los efectos, se considera que la ley interpretativa es una sola con la ley interpretada.

Veamos algunos ejemplos de leyes interpretativas:

i.- En el proceso de la "Reforma Agraria" impulsado en Chile en los años 60 y 70 del siglo pasado, los asignatarios favorecidos con inmuebles expropiados, recibían dos predios: la parcela o huerto, destinada a cultivarse, por una parte, y el sitio y casa destinado a la habitación del asignatario y su familia. Adicionalmente, los asignatarios adquirirían también derechos sobre ciertos "bienes comunes". Estos inmuebles y derechos quedaban sujetos a la regulación de los Decretos Leyes N° 3.262 y 3.516, ambos del año 1980. Ahora bien, se desprendía de estos cuerpos de rango legal que los asignatarios -cumpliéndose ciertos requisitos-, podían enajenar los predios que habían recibido en dominio. Sin embargo, lo que no resultaba claro era si podían enajenarlos *por separado*, es decir, sólo la parcela o huerto, o sólo el sitio y casa, y si era también posible enajenar los derechos sobre los bienes comunes. A su vez, si la respuesta fuere afirmativa, tampoco aclaraban estos cuerpos legales quién debería continuar con la "deuda fiscal" originada por la asignación de los predios, si el dueño de la parcela o huerto, o si el dueño del sitio y casa. La cuestión se resolvió mediante la Ley N° 18.658, de 30 de septiembre de 1987, que dispuso en su art. 5°: "Declárase, interpretando lo dispuesto en el artículo 5° del decreto ley

Nº 3.516, de 1980, que los adquirentes de aquellos predios a que se refiere el decreto ley Nº 3.262, de 1980, han podido y pueden enajenar independientemente de la parcela o huerto el sitio y casa comprendidos en la asignación original, siempre que éstos no formen un todo físico con dichos inmuebles y figuren separadamente, con deslindes especiales, en el acta de asignación. Asimismo, estos adquirentes podrán enajenar sus derechos sobre los bienes comunes incluidos en la asignación. / En tales casos no se aplicará lo preceptuado en el artículo 1º del decreto ley Nº 3.262, de 1980, y toda la deuda fiscal gravará exclusivamente la parcela o huerto”.

ii.- El inc. 4º del art. 1 del Código del Trabajo, establece que “Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este código”. Se originaron dudas, sin embargo, en cuanto a si lo declarado por dicho inciso implicaba que se les aplicaba todas las normas del aludido Código o sólo algunas de ellas. La cuestión fue aclarada por el art. 2 de la Ley Nº 19.945, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de mayo de 2004, que dispone: “Declárase interpretando el inciso cuarto del artículo 1º del Código del Trabajo en el siguiente sentido: El inciso cuarto del artículo 1º del Código del Trabajo en cuanto señala que “Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este código”, debe interpretarse y aplicarse de forma tal que la totalidad del estatuto laboral, en todas sus manifestaciones y expresiones, que emana del Código del Trabajo y leyes complementarias, resulte aplicable a los trabajadores que laboran en los oficios de notarías, archiveros o conservadores”.

#### b.2) Iniciativa de la interpretación auténtica.

El legislador puede dictar una ley interpretativa, cuando lo estime conveniente, por iniciativa propia, a insinuación de los particulares o de los Tribunales. En este último caso, aplicando el mecanismo contemplado en el art. 5 del C.C. y art. 102 del C.O.T. En tal sentido, es una obligación de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, en el mes de marzo de cada año, al inaugurarse el año judicial, dar cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades presentadas en la interpretación y aplicación de las leyes y de los vacíos que noten en ellas. Esta facultad y obligación no se ha ejercido con la frecuencia deseable.

Los particulares, por su parte, pueden pedir la promulgación de una ley interpretativa con arreglo al derecho de petición consagrado en el art. 19 Nº 14 de la Constitución Política. En todo caso el legislador es soberano para atender o no a estas insinuaciones o peticiones.

#### b.3) Alcance de la interpretación legal.

La interpretación auténtica es la que tiene un alcance más amplio, como acontece con los efectos generales de toda ley (art. 3 Código Civil). En este aspecto, se diferencian del alcance relativo de la interpretación judicial, restringido al litigio en el cual se dicta la sentencia.

#### b.4) La retroactividad y las leyes interpretativas.

En el Derecho Chileno, se dice que las leyes interpretativas no pueden estimarse retroactivas. En efecto, para que el problema de la retroactividad surja, es necesario que existan dos leyes, de diferentes fechas, que regulan lo mismo. Tratándose de leyes interpretativas, esto no ocurre, porque de acuerdo al art. 9 inc. 2 del Código Civil, se entienden incorporadas en la ley interpretada, formando con esta una sola ley.

En la práctica, sin embargo, la ley interpretativa, desde el momento que se aplica a situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad a su promulgación, tiene efectos retroactivos.

#### b.5) Limitaciones de la ley interpretativa.

La ficción que supone que la ley interpretativa forma un solo todo con la ley interpretada, tiene límites, sin embargo. Ellos son:

i.- La Ley Interpretativa no puede afectar en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio (art. 9, inc. 2º del Código Civil) Cabe precisar que si en el momento de dictarse la ley interpretativa, el litigio se encuentra pendiente, se fallará conforme a las disposiciones de la ley interpretativa, porque la excepción sólo rige tratándose de sentencias ejecutoriadas, es decir aquellas contra las cuales ya no proceden recursos y cuyo efecto es producir la cosa juzgada.

ii.- Las leyes interpretativas tampoco pueden afectar las transacciones celebradas en el tiempo intermedio que va desde la ley interpretada a la ley interpretativa, pues estos contratos se equiparan en sus efectos a las sentencias (art. 2460 del Código Civil)

iii.- La última limitación dice relación, con el efecto retroactivo de las leyes interpretativas que en los hechos se produce, como ya se indicó. Al respecto, esta retroactividad no puede afectar las Garantías Constitucionales. En materia Civil una ley interpretativa no puede transgredir la Garantía Constitucional del Derecho de Propiedad contenida en el art. 19, numeral 24 de la Constitución Política. En materia Penal, la limitación proviene del art. 19, numeral 3, inc. 8, de la Constitución, que establece el Principio de la Legalidad, consagrado en los siguientes términos: "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

## **8.9. ELEMENTOS DE INTERPRETACION DE LAS LEYES ESTABLECIDOS EN EL CODIGO CIVIL.**

### **a) Elemento gramatical.**

Dispone el art. 19, inc. 1 del Código Civil: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu."

En una primera lectura y de acuerdo a los postulados de la Escuela Exegética, prevalece por sobre cualquiera otra consideración el tenor literal de la ley. Cabe observar sin embargo que la norma citada exige que el **sentido de la ley sea claro**, como presupuesto para atenerse al tenor literal de la misma. Habría que determinar entonces cuál es el sentido de la ley, antes de recurrir al tenor literal, aunque este parezca inequívoco. Esta idea se reafirma en el art. 22, inc. 1º y en el art. 23 del Código Civil, preceptos en los cuales también el legislador se refiere al sentido de la ley.

Rebatiendo los principios de la Escuela Exegética, Carlos Ducci sostiene que el sentido debe entenderse como la correspondencia o armonía entre la norma general que se trata de aplicar y las condiciones concretas del caso particular, de modo que se obtenga una solución de equidad, es decir lo que llama "JUSTICIA CONCRETA". Se reafirma lo anterior, teniendo presente que los tribunales son de justicia y no puramente de Derecho.

Por otra parte, incluso quienes siguen la Escuela Exegética, admiten que para estimar claro el sentido de la ley no basta que la parte consultada de esa ley esté redactada en términos que no provoquen dudas; también es menester que no exista otro precepto que lo contradiga, porque de haberlo el sentido de la ley no será claro, ya que este debe resultar del conjunto de las disposiciones que tratan de la misma materia y no de una ley o disposición de una ley considerada aisladamente.

Por tanto, el sentido de la ley es claro cuando el alcance de la disposición legal se entiende por su sola lectura:

- i.- Sea porque al aplicarse al caso concreto produce un efecto racional y justo, una "solución de equidad";
- ii.- Sea porque considerada aisladamente de las demás leyes no origina dudas;
- iii.- Sea porque relacionada con ellas no denota discordancias.

Por lo demás, la claridad de la ley puede ser un concepto relativo. Una norma que no provoca dudas al tiempo de promulgarse puede originarlos después por diversas circunstancias. De igual forma, las leyes que parecen claras en su texto abstracto, pueden tornarse oscuras al confrontarlas con hechos reales.

Ahora bien, el sentido de la ley será diverso, según las palabras utilizadas por el legislador. Al respecto, se debe distinguir entre el SENTIDO NATURAL Y OBVIO, EL SENTIDO LEGAL y EL SENTIDO TECNICO.

i.- SENTIDO NATURAL Y OBVIO, art. 20, primera parte: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;" Se trata del sentido que corresponde al **uso general de las palabras**. Consiste en la regla general, la forma más usual para interpretar una palabra. Sentido natural y obvio, ha dicho la jurisprudencia, es aquél que da a las palabras el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Se interpretan según su sentido natural y obvio todas aquellas palabras que sin entenderse como técnicas, el legislador tampoco las ha definido. Algunos autores, siguiendo postulados mas modernos, sostienen que para buscar el sentido natural y obvio de las palabras mas que atenerse al diccionario citado, hay que atender al uso general que le da a una palabra la comunidad, considerando las mudanzas o mutaciones que experimenta el lenguaje.

ii.- SENTIDO LEGAL, art. 20 segunda parte: "pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal." Se interpretan en tal sentido las palabras, cuando el legislador las ha definido. Así, por ejemplo, en los arts. 25 al 51 del Código Civil, "Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes". El sentido legal prevalece sobre el sentido natural y obvio.

iii.- SENTIDO TECNICO, art. 21: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso". Se refieren a las palabras técnicas de toda ciencia o arte. El significado auténtico de los vocablos de una ciencia o arte solo lo pueden dar las personas que se consagran a esas disciplinas. Por eso es lógico presumir que el mismo alcance o significado les ha dado el legislador. Con todo, una palabra técnica puede ser empleada impropriamente en una ley o con un sentido diverso al estrictamente técnico; por ejemplo, la palabra "demente", en el art. 1447, la que no está utilizada en su sentido técnico, pues en psiquiatría se denomina así al que sufre un proceso de pérdida de sus facultades psíquicas, especialmente la inteligencia, por causas sobrevenidas en el curso de su vida. La expresión no comprende por ende, en su sentido técnico, a los que sufren perturbaciones mentales congénitas. No cabe duda sin embargo, que la ley pretende comprenderlos bajo el vocablo demente, así como a cualquiera que padece trastornos graves y permanentes. Cuando tal ocurre, debemos interpretar la expresión en un sentido natural y obvio o en un sentido legal, según corresponda.

En resumen, los sentidos recién enunciados deben preferir entre sí conforme al siguiente orden:

- i.- En primer lugar, el sentido legal.
- ii.- En segundo lugar, a falta de definición legal, se aplicará el sentido técnico.
- iii.- Finalmente, a falta de los dos anteriores, se recurrirá al sentido natural.

#### **b) Elemento lógico.**

Está contemplado en el art. 19, inc. 2 y en el art. 22, inc. 1, del Código Civil. Dichas normas corresponden a dos aspectos de este elemento. Uno, dice relación al espíritu de la ley; el otro, a la coherencia interna de la norma.

Dispone el art. 19, inc. 2, que se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma. Se atiende por tanto a la finalidad perseguida por el legislador, o sea la *RATIO LEGIS*.

Por su parte, el art. 22, inc. 1, establece que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Se refiere por ende esta norma, a la lógica correlación formal y de fondo que debe existir en toda ley.

#### **c) Elemento histórico.**

Dispone el art. 19, inc. 2, que se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a la historia fidedigna de su establecimiento. La investigación se retrotrae a las circunstancias coetáneas, a la tramitación de la ley, atendiendo tanto a las circunstancias "extrajurídicas" (fuentes materiales) como a los trámites constitucionales necesarios para su aprobación y promulgación (iniciativa, discusión, indicación, etc., de todo lo cual queda constancia en las actas respectivas).

#### **d) Elemento sistemático.**

Alude a este elemento el art. 22, inc. 2, que dispone: "Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

Se deben cumplir aquí los siguientes presupuestos:

- i.- Debe existir un precepto legal destinado a interpretarse.
- ii.- Dicho precepto legal debe contener "pasajes oscuros".
- iii.- Debe existir otra ley u otras leyes, que versen sobre el mismo asunto.
- iv.- Los pasajes oscuros de la primera, se salvarán aplicando la solución contenida en las otras leyes.

Se trata de la proyección del elemento lógico, pero ahora mas allá de una ley. Es la correspondencia y armonía entre las leyes y no sólo entre las disposiciones de una misma ley.

La ley, será interpretada recurriendo al sentido de otras leyes, que contengan elementos semejantes, desde el momento que versan sobre la misma materia. La ley obscura y las otras leyes a las que se recurre para interpretar la primera, deben responder a un mismo principio informador, orientador.

Como puede observarse, la analogía como elemento de interpretación de una ley, está permitida en el citado art. 22, inc. 2º.

La analogía, según veremos, también puede emplearse cuando no hay ley que se refiera a cierta materia o determinado asunto. En este último caso, operará encuadrada en la equidad natural.

La diferencia entre un caso y otro de uso de analogía, es que en el primero, ésta cumple efectivamente una función interpretativa, mientras que en el segundo, su función es más bien integradora.

Como expresa Hernán Corral, "Como se trata del uso de la analogía para interpretar una ley, se habla de *analogía legis*, que se distingue de la *analogía iuris*, empleada para buscar reglas que colmen las lagunas del ordenamiento jurídico como un todo...".<sup>25</sup>

### **e) Espíritu general de la legislación.**

Alude el Código Civil a este "espíritu general de la legislación" en el artículo 24, que dispone: "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".

Conforme al enunciado inicial del precepto, el juez debe recurrir al "espíritu general de la legislación" siempre que se den los siguientes presupuestos:

- i.- Cuando no puedan aplicarse las reglas de interpretación contempladas en los arts. 19 a 23.
- ii.- Cuando el precepto legal que debe interpretarse, tenga pasajes oscuros o contradictorios.

Considerando el primer presupuesto, se trataría por ende de un elemento de interpretación aparentemente supletorio. Así se entendió por nuestra doctrina más antigua. La doctrina más reciente, sin embargo, ha rebatido esta aplicación meramente subsidiaria.

---

<sup>25</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 183.

En efecto, Carlos Ducci afirma que la frase inicial del precepto “no significa que se trate sólo de elementos supletorios de interpretación”, aunque no da mayores razones para fundar su aserto.<sup>26</sup>

Hernán Corral, por su parte, señala dos argumentos para concluir que se trata de una subsidiariedad “relativa”, y no “absoluta”:

i.- La labor hermenéutica debe ser integral. No parece que sea posible – agrega-, realizar el análisis de la *ratio* de la norma sin considerar si ella conduce a un resultado de abierta inequidad o contrario a los principios generales de la legislación.

ii.- Además, este autor interpreta la frase “... en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes...”, en el sentido de que se trata de una subsidiariedad relativa, en cuanto la ley no permite interpretar una ley sólo mediante la equidad y el espíritu general de la legislación, prescindiendo de las demás reglas de interpretación. Entendemos entonces este argumento, en el sentido de que si dichas reglas de interpretación contenidas en los arts. 19 a 23 no permiten determinar el sentido de la ley, se podrán complementar con la equidad natural y el espíritu general de la legislación.<sup>27</sup>

Dicho “espíritu general de la legislación”, corresponde a los fines más esenciales que la ley persigue. A diferencia de lo expresado respecto del elemento lógico, ahora ya no se trata de la razón y de la finalidad específica o particular de una ley, sino que se trata de identificar los fines generales de la legislación.

Ahora bien, todo el sistema jurídico, está basado en principios generales o fundamentales, que son comunes, que como un todo trasuntan el espíritu general de la legislación. Así, por ejemplo: la autonomía de la voluntad, la propiedad, la buena fe, la igualdad ante la ley, la sanción al enriquecimiento sin causa, la responsabilidad, etc.

Como señala el profesor Corral, “El art. 24 del Código Civil no se refiere expresamente a los principios jurídicos, sino al ‘espíritu general de la legislación’, pero los autores y la jurisprudencia han entendido que en esa expresión quedan perfectamente identificados, tanto los llamados principios intrasistémicos (que se derivan de las normas legisladas) como los extrasistémicos (que informan desde fuera ese espíritu y lo hacen general)”.<sup>28</sup>

De esta manera, los fines generales de la legislación, las razones que han llevado al legislador a dictar las leyes, se pueden a su vez sistematizar en los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico civil. Luego, en un tercer nivel, estos principios, en su derivación más concreta, se manifiestan en ciertas normas jurídicas.

---

<sup>26</sup> Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1984, 2ª edición, p. 85.

<sup>27</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 190.

<sup>28</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 79.

Por ende, la relación sería:

1º Fines generales o razones generales de la legislación, que corresponden a su "espíritu general".

2º Principios fundamentales en que es posible sistematizar tales fines generales. Aludimos aquí a los llamados principios *intrasistémicos*, que dimanen del espíritu general de la legislación.

3º Normas jurídicas en las que se manifiestan dichos principios fundamentales.

No se trata de sostener que el "espíritu general" de la legislación sea uno mismo con los "principios fundamentales" de carácter "intrasistémicos". Creemos que el primero es fuente de los segundos.<sup>29</sup>

Hernán Corral explica este distingo entre los principios *intrasistémicos* y *extrasistémicos*: "Los intrasistémicos son aquellos que pertenecen a un determinado ordenamiento jurídico, y que se extraen por un proceso de inducción de las normas particulares que existen en ese sistema legal. En el fondo son como súper reglas que se derivan de la existencia de normas positivas presentes y vigentes en el sistema que, sin enunciar el principio, lo manifiestan mediante aplicaciones particulares. Estos principios pueden variar de un derecho a otro". A su vez, "son extrasistemáticos los principios que no se deducen de las normas internas, sino que actúan desde fuera del sistema, como criterios normativos que informan, organizan y legitiman las normas positivas del sistema. Por ejemplo, el principio de la dignidad humana o de la igualdad ante la ley, no son principios que deban su existencia a la presencia de normas que los manifiesten en el sistema, sino que son necesarios para que el sistema jurídico subsista como tal y cumpla su misión propia".<sup>30</sup>

El profesor Corral vincula seguidamente los principios extrasistémicos con la tradición del Derecho natural, aunque aclara que no son coincidentes. Agrega que "Los principios jurídicos han sido ya de alguna manera positivizados (por la doctrina, la jurisprudencia, la cultura jurídica universal) y, dependen en su aplicación, de una red de relaciones internas. Sólo algunas más fundamentales, los que tienen que ver con derechos absolutos del hombre deben ser considerados insoslayables".<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Expresa al efecto Alejandro Guzmán Brito: "Se tendrá presente que no es posible identificar sin más el 'espíritu general' con los 'principios generales del Derecho', que siguen siendo objetivos y no razones o finalidades adoptadas. No bien que en ciertos casos el espíritu de la ley pueda consistir en insertar un principio general, y que, en otro, a partir de las razones de la legislación se pueda construir un principio, debe, con todo, mantenerse rigurosamente la distinción conceptual entre ambas nociones": Guzmán Brito, Alejandro, *Las Reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2007, p. 192.

<sup>30</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 78.

<sup>31</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 78.

Por nuestra parte, creemos que aún aquellos principios que se han llamado extrasistémicos, se encuentran manifestados en normas positivas. Desde ya, a propósito de los dos ejemplos proporcionados por el profesor Corral, valga señalar que ambos están consagrados en las normas de nuestra Constitución Política (arts. 1 y 5, inc. 2º, por lo pronto).

Sí concordamos en que no todos los principios jurídicos tienen la misma jerarquía. Ciertamente, los hay que perfectamente pueden mutar y no por ello se comprometerán derechos esenciales. Pero los hay otros, como los dos mencionados en el ejemplo, que son inherentes a la naturaleza humana, y que jamás podría desconocer un ordenamiento jurídico. Por ello, postulamos la siguiente conclusión: los llamados principios extrasistémicos, están por sobre el eventual y contingente espíritu general de la legislación. Este no puede contrariar los primeros, pues derivan de la propia naturaleza humana y de sus derechos más esenciales. En cambio, los llamados principios intrasistémicos, derivan del espíritu general de la legislación. El legislador nacional, en cada caso, puede ir moldeándolos y sustituyéndolos, sin que en este caso se encuentre subordinado por principios de rango superior. Nos parece que el inc. 2º del art. 5 de la Constitución Política responde a este distingo fundamental, al expresar: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Este distingo, se funda además en la noción a estas alturas indubitada, en orden a que el Derecho nacional está limitado por un Derecho supranacional, que tiene su origen en el Derecho natural y que hoy se encuentra consagrado en los más importantes instrumentos internacionales que reconocen y amparan los derechos más esenciales, inherentes a toda persona.

#### **f) La equidad natural.**

Se refiere a ella el artículo 24, recién citado.

El Código Civil no contiene una definición de "equidad" o "equidad natural".

Se ha entendido por tal, "el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia del Derecho Positivo".<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., Tomo 1, Nº 249, p. 177.

El Diccionario de la Lengua Española, define la equidad como la "Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley". Asimismo, como la "Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva". O también como la "Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece" (segunda, tercera y quinta entrada de la palabra "equidad").

La palabra "equidad" se relaciona con los vocablos "prudencia" y "equitativo"<sup>33</sup>. El Diccionario de la Lengua Española define a la segunda en los siguientes términos: "Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. II 2. Templanza, cautela, moderación. II 3. Sensatez, buen juicio". A su vez, se entiende por la tercera aquello "que tiene equidad".

La relación entre estas tres palabras es importante, pues veremos que, en algunos casos, la ley faculta al juez o las personas concernidas en el tipo legal para actuar "prudencialmente" o para emitir un pronunciamiento "equitativo". Con ello, entendemos que también quiere referirse el legislador a la equidad.

Couture, por su parte, señala las siguientes acepciones a la palabra "equidad": 1) En general imparcialidad, ecuanimidad, espíritu de justicia; 2) Como orden supletorio: conjunto de valores al cual puede acudir el juez, en casos particulares que no tienen solución prevista en el texto legal. 3) Por oposición a Derecho estricto: dicese del sistema jurídico en el cual los jueces, cuando los faculta para ello la ley, pueden apartarse prudentemente del Derecho positivo que estimen injusto en el caso particular, acudiendo a los dictados de su leal saber y entender.<sup>34</sup>

Por cierto, desde ya debe advertirse que en nuestro Derecho, no es admisible la tercera de estas acepciones.

De lo expuesto hasta aquí, cuando nos referimos a la equidad, se trata de aquella entendida en su acepción de justicia natural.

La equidad referida a un caso determinado se define como "la justicia del caso concreto", pues busca para este, la justicia adecuada, incluso, en algunos casos, para una doctrina extrema, desentendiéndose de la norma general y abstracta, cuando su aplicación repugna a la justicia natural. En este sentido la equidad se opondría al Derecho rígido

---

<sup>33</sup> Cabe advertir, sin embargo, que en algunos casos, la palabra "equitativo" no se emplea en el Código Civil como aquello que resulta de actuar conforme a la equidad, sino que más bien como equivalente al precio justo de una cosa. Así ocurre en los arts. 1106 y 1997 del Código Civil.

<sup>34</sup> Couture, Eduardo, *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960, citado a su vez por Pedrals García de Cortazar, Antonio, en su trabajo "Sobre la 'abstracta y difusa' noción de equidad natural", publicado en *Estudios de Derecho Civil V*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010, p. 4.

y estricto.<sup>35</sup> Con todo, esto no es posible en el Derecho nacional, por muy inicua que pudiere parecernos la norma positiva. Si ella existe, y no es oscura o contradictoria, el juez deberá fallar conforme a la misma, y no podrá sustituirla por la equidad natural.

Por cierto, la equidad natural debe además emplearse conforme a un criterio *objetivo*, y no puramente subjetivo. La objetividad de la misma, se obtiene entendiendo que "La equidad es una forma de prudencia razonada y debe ser adecuadamente fundada".<sup>36</sup> En la construcción de su solución en virtud de la equidad, el juez debe desplegar entonces una labor intelectual fundada en la racionalidad y en la lógica, tanto general, cuanto específicamente jurídica. Por ello, se afirma que "La equidad debe ser una equidad culta e informada de los criterios y reglas de la ciencia y el arte del Derecho. Debe ser una equidad jurídicamente sustentada, una equidad culta".<sup>37</sup>

Por lo demás, el propio Andrés Bello dejó en claro los límites que tiene el juez al recurrir a la equidad, expresando: "A pretexto de equidad' no deben los jueces de los comerciantes (y lo mismo se aplica a todos los otros jueces) apartarse de las leyes y reglamentos. Se les manda solamente no detenerse en las sutilezas del derecho y en lo que se llama *summum jus summa injuria*. Si la ley es clara y precisa, no le es permitido violarla, por dura que les parezca (...) La conciencia de la ley vale más que la del hombre (...) Debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza (Dumoulin). Las jueces dan sentencias inicuas cuando se imaginan ser árbitros y maestros de la equidad (Stracca). Ellos deben tener continuamente a la vista lo que decía M. Pussort, cuando se redactó la ordenanza de 1667: Todos saben que el juez no hace el derecho, sino solamente lo declara. Es su dispensador, no su dueño. El poder y la soberanía están en la ley, no en él. Y si el juez pudiera impunemente contravenir a la ley, sería por consecuencia infalible dueño de las haciendas, honras y vidas de los ciudadanos, pues sin temor de pena alguna podría disponer de ellas como quisiese, a pesar de la ley".<sup>38</sup>

En otras palabras, la equidad deberá fundarse en razones jurídicas, deberá aplicarse por el juez en armonía con el espíritu general de la legislación y con los principios fundamentales del Derecho. Ello explica, además, que el legislador aluda en un mismo artículo a dicho espíritu general y a la equidad natural.

---

<sup>35</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 177.

<sup>36</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 75.

<sup>37</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 75.

<sup>38</sup> Bello, Andrés, "Necesidad de fundar las sentencias", en *Obras Completas*, VII, Opúsculos jurídicos, p. 344, citado a su vez por Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 202 y 203.

Como expresa Hernán Corral, "La equidad y los principios jurídicos están muy ligados entre sí, ya que muchas veces la solución equitativa de un caso pasa por la aplicación a él de un principio general. Es decir, la equidad puede fundamentarse, y ordinariamente así sucederá, en uno o más principios jurídicos".<sup>39</sup> Más adelante, agrega que "Por su parte, el art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil alude a 'los principios de equidad', con lo que parece hacer una mención conjunta a los principios jurídicos y a la equidad que, como hemos dicho, frecuentemente van enlazados".<sup>40</sup>

En palabras del profesor Guzmán Brito: "... para Bello, la equidad natural era una categoría objetiva y verificable, de la cual se puede dar cuenta argumentativa y razonada, y que no se agota en la mera afirmación de ser algo equitativo o de parecerle tal cosa equitativa a alguien. Debemos, pues, evitar pensar que la equidad natural a que alude el artículo 24 del Código sea una puerta abierta a la subjetiva opinión individual, al sentimiento y a la imaginación, que excusa tener que razonar sobre la base de premisas objetivas, ciertas y justificables, probadas por la ciencia y aprobadas por la más autorizada doctrina".<sup>41</sup>

Por otra parte, la doctrina también ha destacado el carácter "general" que debe contener aquella interpretación fundada en la equidad natural. Es decir, la solución a la que llegue el juez, debe ser tal, que podría servir para otros casos que presenten elementos semejantes. Se expresa al efecto: "Por otro lado, hemos de advertir que la particularidad de la equidad, es decir, su adecuación al caso singular que se pretende resolver, no debe descuidar la vocación de generalidad que toda solución jurídica debe tener si pretende ser realmente justa. Es decir, el juez al diseñar su sentencia basada en la equidad debe ser capaz de enunciar una regla que debiera servir no sólo para dar respuesta al caso particular que se está juzgando (y que ha caído fuera de la generalidad de la ley), sino una que potencialmente sea adecuada para resolver en el futuro otros casos que presenten las mismas características especiales".<sup>42</sup>

Ahora bien, ¿Dónde encontrar los fundamentos jurídicos que permitan al sentenciador fallar conforme a la equidad? El profesor Antonio Pedrals alude a cuatro doctrinas que, "... de algún modo, aspiran a *concretizar y precisar* el concepto". Tales son: i.- La que postula que el juez debe remitirse al Derecho natural, y fallar conforme a él; ii.- La que postula que el juez debe remitirse al Derecho romano, y fallar conforme a él; iii.- La que postula que el juez debe remitirse a los principios de justicia reconocidos socialmente, y fallar conforme a ellos; y iv.- La que

---

<sup>39</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 78.

<sup>40</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 79.

<sup>41</sup> Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 203.

<sup>42</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 75.

postula que el juez debe remitirse a su personal sentido de la justicia, y fallar conforme a éste.<sup>43</sup>

En nuestro concepto, los tres primeros son criterios atendibles y razonables, a partir de los cuales construir una solución justa, racional, jurídicamente fundada y con pretensión general. El cuarto debiera rechazarse, por su carácter arbitrario y subjetivo.

Nuestro ordenamiento jurídico, como ya se anticipó, no permite sin embargo usar la equidad para corregir la injusticia que en un caso dado puede resultar de la aplicación de la norma general y abstracta. Encuentra preferible sacrificar la justicia al "principio de la certeza del derecho". Nuestro ordenamiento jurídico, estima mejor, que los particulares sepan desde un principio las normas ciertas que los van a regir, que por lo demás serán por lo general también justas, en lugar de atenerse a un incierto o probable acomodo de ellas a su caso, por parte del juez.<sup>44</sup>

Pero si bien el legislador chileno no permite usar la equidad para corregir las leyes, sí posibilita recurrir a ella como último elemento para interpretarlas, según se desprende del art. 24.

En consecuencia, si una ley puede tomarse en dos sentidos y conforme a las reglas de interpretación no se puede determinar cual de ellos es el genuino, el juez se inclinará por el que más conforme parezca a la equidad natural.

En otros casos, por cierto excepcionales, el juez *debe* (y no sólo *puede*) recurrir a la equidad, cuando la ley así se lo ordena. Se trata de casos en que la ley se remite a la equidad natural, en forma explícita o implícita (en este último caso, cuando alude a la "prudencia").<sup>45</sup> Así, por ejemplo, sin que la enumeración que sigue sea taxativa, podemos mencionar los siguientes casos en nuestro Derecho:

i.- En el art. 147, inc. 1º del Código Civil, en cuanto a la facultad que tiene el juez para "constituir prudencialmente", a favor del cónyuge no propietario, ciertos derechos reales sobre cosas muebles o inmuebles que previamente han sido declarados bienes familiares. En el inc. 2º, se agrega que al "El tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere *equitativo*".

ii.- En el art. 777, inc. 1º, en las reglas del usufructo: el usufructuario debe rendir caución para entrar en el goce de los bienes objeto de dicho usufructo, "dentro de un plazo *equitativo* señalado por el juez".

iii.- En el art. 1185 del Código Civil, referido al primer acervo imaginario, que ordena al juez partidor y a los herederos, actualizar

---

<sup>43</sup> Pedrals García de Cortazar, Antonio, ob. cit., pp. 8 y 9.

<sup>44</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 178.

<sup>45</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 178.

"*prudencialmente*", es decir conforme a la equidad, a la época de la apertura de la sucesión, el valor de las cosas que el causante hubiere donado a un legitimario.

iv.- En el art. 1544, inc. 4º del Código Civil, a propósito de la "cláusula penal enorme". Tratándose de una pena convenida ante el incumplimiento de "obligaciones de valor inapreciable o indeterminado", se deja a la *prudencia* del juez moderar la cuantía de dicha pena, "cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".

v.- En el art. 1734 del Código Civil, en las normas de la sociedad conyugal, respecto al pago de las recompensas, una vez disuelta aquella: "Todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa. / El partidor aplicará esta norma de acuerdo a la *equidad natural*".

vi.- En el art. 1744, inc. 2º del Código Civil, también en la sociedad conyugal. Se trata de las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente, y las que se hicieren para establecerle o casarle. Estas expensas, por regla general, serán de cargo de la sociedad conyugal. Si hubieren sido hechas por uno solo de los cónyuges, podrá pedir que el otro de los cónyuges le reembolse de sus bienes propios la mitad. Para tal efecto, "quedará a la *prudencia* del juez acceder a esta demanda en todo o parte, tomando en consideración las fuerzas y obligaciones de los dos patrimonios, y la discreción y moderación con que en dichas expensas hubiere procedido el cónyuge".

vii.- En el art. 1792-13, inc. 1º, del Código Civil, en las normas del régimen de participación en los gananciales, para los efectos de valorar por los cónyuges, por un tercero designado por ellos o en subsidio por el juez, el activo y el pasivo de cada uno de aquellos. Para este efecto, el valor que tenían los bienes o el monto de las deudas, al inicio del régimen, deberá ser "*prudencialmente* actualizado" a la fecha de la terminación del régimen.

viii.- En el art. 1792-23 del Código Civil, también a propósito del régimen de participación en los gananciales, en cuanto dispone que "Para determinar los créditos de participación en los gananciales, las atribuciones de derechos sobre bienes familiares, efectuadas a uno de los cónyuges en conformidad con el artículo 147 del Código Civil, serán valoradas *prudencialmente* por el juez".

ix.- En el art. 2067, inc. 1º del Código Civil, a propósito del contrato de sociedad, en cuanto al reparto de los beneficios y de las pérdidas sociales: "Los contratantes pueden encomendar la división de los beneficios y pérdidas a ajeno arbitrio,<sup>46</sup> y no se podrá reclamar contra éste, sino cuando fuere manifiestamente *inicuo*". Lo "*inicuo*" es aquello

---

<sup>46</sup> Es decir, a la libre decisión de un tercero.

“contrario a la equidad”. Por tanto, el juez debe verificar que el tercero a quien se le confió por los socios dividir entre ellos los beneficios y las pérdidas, haya actuado efectivamente conforme a la equidad natural. Es decir, “la equidad debe regular dicho reparto”.<sup>47</sup>

x.- En el art. 2173, inc. 3º del Código Civil, en las normas del contrato de mandato. El artículo discurre acerca del término del mandato, pero el mandatario, ignorando dicha expiración o incluso conociéndola, siguió actuando. En tales casos, los terceros de buena fe que contraten con el mandatario tendrán, en principio, acción en contra del mandante. Sin embargo, “Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su *prudencia* absolver al mandante”.

xi.- En el art. 2291, inc. 2º, en las normas del cuasicontrato de agencia oficiosa, al facultar al juez para fijar un plazo al interesado para pagarle al agente oficioso. El plazo será aquél que “... por las circunstancias del demandado parezca *equitativo*”.

xii.- En el art. 2319, inc. 2º, del Código Civil, en las normas referidas a los delitos y cuasidelitos civiles. El inc. 1º dispone que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes. Del inc. 2º se desprende que tampoco son capaces los menores de dieciséis años. Sin embargo, el inc. 2º agrega que queda a la *prudencia* del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior, es decir, responderá civilmente.

xiii.- En el art. 223, inc. 3º del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto dispone que el árbitro arbitrador debe fallar “obedeciendo a lo que su *prudencia* y la *equidad* le dictaren”; y en el art. 640, inc. 4º del Código de Procedimiento Civil, que establece que la sentencia del aludido árbitro debe contener “las razones de *prudencia* o de *equidad* que sirven de fundamento a la sentencia”.<sup>48</sup>

xiv.- En el art. 48, inc. 3º, de la Ley Nº 16.618, “Ley de Menores”, al disponer que, cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación directa y regular que ha de mantener con él el padre que no tenga el cuidado personal, en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla

---

<sup>47</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; y Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 178.

<sup>48</sup> Nótese que el art. 223 del Código Orgánico de Tribunales alude a la “prudencia y la equidad”, como si fueren cosas distintas; en cambio, el art. 640 del Código de Procedimiento Civil se refiere a las razones “de prudencia o de equidad”, asimilándolas. Conforme a lo que expresamos *ut supra*, creemos que la fórmula correcta es la segunda.

podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá *prudencialmente*.

xv.- En el art. 3, inc. 4º, de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. El art. 3 establece el monto mínimo de la pensión de alimentos, cuando quien la demande sea un hijo menor de edad. El inc. 3º, con todo, establece que si el alimentante justificare ante el tribunal que carece de los medios para pagar el monto mínimo establecido, el juez podrá rebajarlo *prudencialmente*.

xvi.- En el art. 62, inc. 2º de la Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil, al disponer: "Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir *prudencialmente* su valor".

xvii.- En el art. 459 del Código del Trabajo, al referirse al contenido de la sentencia. En su N° 5, se incluye, entre otros aspectos, "... los principios de derecho o de *equidad* en que el fallo se funda".

Aún más, la equidad no sólo es un elemento supletorio de la interpretación de la ley o un elemento de aplicación de la ley en los casos en que ésta así lo disponga, sino que también opera, desempeñando un tercer rol, de integración del Derecho, en los casos de lagunas legales: art 170, N° 5º del Código de Procedimiento Civil, respecto de la integración de la ley.

De esta manera, la equidad natural podrá servir de factor determinante en tres casos:

1º Cuando un precepto legal presente "pasajes oscuros o contradictorios". En este caso, la equidad operará propiamente como un elemento de interpretación de la ley.

2º Cuando la ley se remite a la equidad natural. En este caso, la equidad no operará propiamente como un elemento de interpretación de la ley, sino que como elemento de aplicación de la ley, por mandato de la misma.

3º Cuando no exista precepto legal alguno que regule la materia que el juez debe resolver. En este caso, al igual que en el segundo, la equidad tampoco operará como un elemento de interpretación de la ley, pues ésta no existe, sino que más bien como elemento de integración del Derecho, para suplir los vacíos o lagunas que presente el ordenamiento positivo.

La diferencia entre el primer y segundo caso, por una parte, y el tercer caso, por la otra, radica en que en los dos primeros, hay ley para el caso específico, mientras que en el tercero no la hay. En el primero, hay ley, pero ella presenta "pasajes oscuros o contradictorios". En el segundo, la ley específica ordena aplicar la equidad para el caso regulado por el legislador. En el tercero, no hay ley específica que resuelva la materia, siendo la ley general -art. 170 del Código de

Procedimiento Civil-, la que faculta al juez para fallar conforme a la equidad.

En el tercer caso, relativo a la integración del Derecho (expresión que pensamos es más apropiada que la de "integración de la ley", pues ésta en realidad no existe), podría todavía sostenerse que el recurso de la equidad debe emplearse siguiendo el siguiente orden:

i.- Resolver el asunto recurriendo a la analogía. Es decir, a falta de ley que resuelva de manera directa un asunto, el juez, fundándose en la equidad, podría recurrir a otro precepto legal, que regule otra materia, en la medida que sea la más semejante al primero que no posee regulación. Pero ello sería posible, advierte cierta doctrina, siempre que el precepto legal al que se recurre, no sea una regla excepcional. Así lo expresa Victorio Pescio: "El juez, en la hipótesis del vacío o laguna de la ley, deberá recurrir al método de la analogía, siempre que la disposición legal que se trata de ampliar al caso no previsto por el legislador, no sea de carácter excepcional, pues, en tal evento, no se admite la interpretación por extensión<sup>49</sup>: "Exceptio est strictissimae interpretationis" (...) Excluida esta limitación, cobran todo su vigor las máximas del método 'a pari' o por analogía que se expresan en fórmulas latinas: 'Ubi eadem est ratio, ibi eadem est legis dispositio'; o 'ubi eadem ratio, ídem ius' o en el argumento 'a fortiori' que en síntesis, quiere decir que en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición...". De esta manera, el método de analogía se aplica "como una demostración o expresión del sentido de la equidad".<sup>50</sup>

De esta manera, la analogía podría tener una segunda aplicación en nuestro Derecho. Como se observa, en este caso no en forma autónoma<sup>51</sup>, sino que incluida en la equidad.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> En realidad, la interpretación *por extensión* no debe confundirse con la interpretación *por analogía*, según se refirió al aludir a las *especies de interpretación*. En el primer caso, hay ley, sólo que su formulación fue más restrictiva de lo que pretendía el legislador, de manera que el intérprete debe ampliar su aplicación, en correspondencia con el espíritu o fin de la norma en cuestión. En el segundo caso, no hay ley que resuelva la cuestión, debiendo el intérprete recurrir a otro precepto legal, establecido para otra materia, pero que presenta semejanzas con la primera.

<sup>50</sup> Pescio, Victorio, *Manual de Derecho Civil. Título Preliminar del Código Civil*, I, Santiago de Chile, Nascimento, 1948, pp. 243 y 244.

<sup>51</sup> La primera aplicación de la analogía, según se indicó, opera tratándose de la llamada *analogía legis*, consagrada en el art. 22, inc. 2º.

<sup>52</sup> Debe considerarse que la analogía como elemento en virtud del cual el juez pudiere resolver el asunto, estaba considerada en el art. 4 del Proyecto de Código Civil del año 1853, que disponía: "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 de derecho y de equidad natural". Como señala Pescio, este precepto se volcó a medias en el art. 24, "eliminando la costumbre, excluyendo el método por analogía, substituyendo el concepto de 'principios generales de derecho' por el de 'espíritu general de la

Se trata en definitiva de la *analogía iuris*, a la que ya aludimos.

ii.- Resolver el asunto sin posibilidad de recurrir a la analogía. Ahora bien, en este caso, se pregunta Victorio Pescio: "¿en qué se inspirará el juez a falta de una disposición legal aplicable por analogía? ¿Deberá arreglar su fallo a los dictados de lo que él, subjetivamente, considere que es de equidad natural, con entera prescindencia del espíritu general de la legislación?".<sup>53</sup> La respuesta es clara: la equidad natural –aún a falta de una ley que regule un caso semejante-, debe llevar al juez a una conclusión justa, racional, fundada en razones jurídicas y con pretensión de generalidad. Se descarta por ende una conclusión subjetiva, ajena a estos cuatro parámetros. Y si nos encontramos ante una decisión que no cumpla con este estándar, que no se encuadre en estos cuatro presupuestos, tal sentencia debe ser impugnada, incluso mediante un recurso de casación en el fondo, pues el juez habría infringido la ley –en este caso, principalmente los arts. 24 del Código Civil y 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil-, y tal infracción ciertamente que puede haber influido sustancialmente en lo dispositivo de su fallo. La equidad natural o prudencia, entonces, nada tiene que ver con lo arbitrario, caprichoso o subjetivo. Tiene límites o presupuestos, que el juez debe respetar y seguir.

En síntesis, cualquiera sea el rol que desempeñe la equidad natural –sea para interpretar, aplicar o integrar la ley (en los dos primeros casos) y el Derecho (en el último caso), y en esta última hipótesis recurriendo o no a la analogía-, debe cumplir con los siguientes presupuestos:

1° Debe ser justa. Tal presupuesto es inmanente a la idea misma de equidad.

2° Debe ser racional. Es decir, debe ser objetiva, razonada.

3° Debe ser jurídica. Debe estar fundada en el espíritu general de la legislación y en los principios fundamentales del Derecho Civil.

4° Debe ser general. La solución, ha de ser susceptible de aplicarse a otros casos (ha de tener "vocación general").

## **g) Principio de la especialidad.**

---

legislación' y suprimiendo toda referencia a la falta de ley escrita": Pescio, Victorio, ob. cit., p. 242. En realidad, la costumbre no se eliminó, sino que se consagró en un artículo separado –el 2°-; la analogía por su parte debiéramos entenderla subsumida en la equidad; y los principios generales del derecho, si se trata de aquellos que se denominan "intrasistémicos", constituyen una derivación del espíritu general de la legislación. Asimismo, como ya se señaló, creemos que la analogía también está incorporada en el art. 22, inc. 2°, en su acepción de *analogía legis*. Por tanto, estos tres elementos –costumbre, analogía y principios-, no se excluyeron en definitiva, sino que se recogieron de otra forma a la que expresaba el art. 4 del Proyecto del año 1853.

<sup>53</sup> Pescio, Victorio, ob. cit., p. 244.

En el proceso interpretativo, el intérprete no debe olvidar que las leyes especiales prevalecen sobre las generales. Esta regla de carácter universal es de toda lógica. Si el legislador dicta una ley sobre una materia determinada quiere decir que desea sustraerla de la regulación general. Sería absurdo, entonces, hacer prevalecer ésta sobre aquella. Por otra parte, una ley particular supone un estudio expreso de la materia que regirá. Este principio de la especialidad lo reconoce el Código Civil en sus artículos 4 y 13. El primero se refiere a disposiciones contenidas en leyes distintas y el segundo a las contenidas en una misma ley.

#### **h) Determinación de la especie de interpretación aplicada: declarativa, extensiva y restrictiva.**

Es el acatamiento de la regla de que lo favorable u odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación: artículo 23. Nos remitimos a lo expresado sobre el particular.

#### **i) Reglas prácticas de interpretación.**

Aparte de las normas del Código, existen para la interpretación de las leyes una serie de aforismos jurídicos, formados en la práctica del ejercicio profesional y que a menudo emplean la doctrina y la jurisprudencia. Suelen ser citados en fórmulas latinas, creadas por los antiguos juristas. En todo caso, ninguno de estos aforismos debe emplearse de modo exclusivo y no tienen un valor absoluto. Se utilizan para ilustrar el criterio del juez que fallará el litigio. Entre los más utilizados están:

- **ARGUMENTO DE ANALOGIA:** alude a la interpretación por analogía y se expresa en el siguiente aforismo: "DONDE EXISTE LA MISMA RAZON, DEBE EXISTIR O APLICARSE LA MISMA DISPOSICION O SOLUCIÓN". De acuerdo con la doctrina predominante, la analogía consiste en resolver un caso conforme a las leyes que rigen casos semejantes u análogos en casos no previstos por la ley.

Por ejemplo, antes de la vigencia del Derecho Aeronáutico, muchos problemas que originaba la navegación aérea, se resolvían aplicando las normas del Derecho Marítimo.

No se debe confundir la analogía con la interpretación extensiva. Por esta última, una norma se aplica a casos no comprendidos en su texto, pero sí en su espíritu, en su intención, en su razón de ser (ratio legis). Como esos casos corresponden al supuesto que se ha querido regular, se considera que el legislador por omisión u otra causa ha dicho menos de los que quería decir, estimándose natural y también lícito extender a esos hechos la aplicación de la norma. La analogía, en cambio, busca solucionar un caso concreto aplicando

otras normas, porque el legislador no lo resolvió mediante una norma directa. La analogía opera entonces en ausencia de norma que resuelva la cuestión. En verdad, como ya expusimos, la analogía es una forma de aplicar la equidad, en ausencia de norma que regule el asunto. Así, por ejemplo, encontramos algunos casos de aplicación por analogía de normas en las siguientes hipótesis:

i.- Indemnización de los deterioros que hubiere causado en la cosa el poseedor vencido, que debe restituírsela al dueño: art. 906. Para saber de qué deterioros se responde, debemos distinguir entre el poseedor vencido de mala fe o de buena fe. Pero el art. 906 no señala en qué momento debe haber estado de buena o mala fe el poseedor. Aplicando por analogía el art. 913, que se refiere a los frutos y a las mejoras, se ha entendido que es en el momento en que se produjeron los deterioros;

ii.- El artículo 998 está ubicado entre las reglas de la sucesión abintestato y comienza diciendo “en la sucesión abintestato de un extranjero...”, de acuerdo con la doctrina unánime, este precepto debe aplicarse por analogía a las sucesiones testamentarias en lo que respecta a las asignaciones forzosas de los sucesores chilenos, pues existen las mismas razones de protección en una y otra sucesión;

iii.- No admite modalidades la aceptación o renuncia a los gananciales de la sociedad conyugal, prevista en el art. 1781 (aplicando por analogía el artículo 1227 en relación al artículo 956, inciso 1º);

iv.- No sería suficiente para celebrar la prenda el mandato que una persona tuviera para vender, aplicando por analogía el artículo 2143, que excluye en tal caso la posibilidad de hipotecar;

v.- Podría ocurrir que una cosa sea enajenada por distintos contratos a distintas personas no relacionadas entre sí. ¿Cuál de los adquirentes será preferido? La ley resuelve la cuestión respecto de la compraventa y la permuta en el art. 1817. ¿Qué ocurre tratándose de una donación? A nuestro juicio, no habiendo normas que resuelvan el punto, parece razonable aplicar, por analogía, lo dispuesto acerca de los dos primeros contratos;

vi.- La ley prohíbe que las capitulaciones matrimoniales contengan estipulaciones relativas a la vigencia de la sociedad conyugal (art. 1721, inc. 3º). No permite la ley adelantar o retrasar la vigencia de la sociedad conyugal o crear causales especiales de extinción, si los esposos optan por tal régimen. Lo mismo cabe señalar respecto del régimen de participación en los gananciales: aunque la ley no lo señale expresamente, entendemos que aquí se aplica el aforismo “donde existe la misma razón, rige la misma disposición”, operando una interpretación por analogía.

- ARGUMENTO DE CONTRADICCIÓN o A CONTRARIO SENSU: se expresa en la fórmula siguiente: "LO QUE SE DICE DE UNOS SE EXCLUYE DE OTROS". Por ejemplo:
  - i.- Art. 1801, inc. 2º del Código Civil: si la ley exige escritura pública en ciertas compraventas, en las demás, no;
  - ii.- Art. 1465: la condonación del dolo futuro no vale; a contrario sensu, la del dolo ya acaecido, es válida).
 Se suele criticar este argumento afirmando que el silencio del legislador nada prueba. Si la ley es una declaración de voluntad, es necesario que el legislador se haya manifestado. Por esta razón, este argumento debe utilizarse con cautela y discreción.
- ARGUMENTO A FORTIORI: si a una situación se le aplica una solución jurídica determinada atendiendo a cierta razón, a otro caso se le debe aplicar la misma solución cuando concurre la misma razón con mayor claridad. Este argumento se sintetiza en dos formas:
  - i) ARGUMENTO A MAYORE: "QUIEN PUEDE LO MAS PUEDE LO MENOS". Si una persona puede vender un inmueble con mayor razón puede prometer venderlo o arrendarlo.
  - ii) ARGUMENTO A MINORE, conforme al siguiente aforismo: "AL QUE LE ESTA PROHIBIDO LO MENOS CON MAYOR RAZON LE ESTA PROHIBIDO LO MAS". Si alguien no puede arrendar o hipotecar un bien con mayor razón no puede vender.
- ARGUMENTO DE NO DISTINCION: decían los juristas romanos "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos", fórmula que hoy se expresa como "DONDE LA LEY NO DISTINGUE TAMPOCO CABE AL INTERPRETE DISTINGUIR". Por ejemplo:
  - i.- Art. 988: si la ley no distingue, todos los hijos del causante, tanto matrimoniales como no matrimoniales, concurren en el primer orden sucesorio, con igualdad de derechos).
  - ii.- Toda compraventa de bienes inmuebles debe celebrarse por escritura pública (art. 1801, inc. 2º).
  - iii.- Se prohíbe la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, cualquier sea el régimen patrimonial del matrimonio y la naturaleza de los bienes que se vendan (art. 1796).
 De cualquier manera, se debe aplicar con cautela este argumento de la no distinción. En efecto, este principio es cierto si la ley no distingue ni en su tenor ni en su espíritu, pero puede ocurrir que no distinga en el primero, pero si en el segundo.
- ARGUMENTO DEL ABSURDO: conforme al cual debe rechazarse una interpretación que conduzca al absurdo, toda conclusión que pugne con la lógica o la racionalidad jurídica. Por ejemplo:
  - i.- Una parte de la doctrina ha invocado este argumento, para los efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción destinada a perseguir la responsabilidad extracontractual por la comisión de

delitos y cuasidelitos. Conforme al artículo 2332, prescribe la acción “en cuatro años contados desde la perpetración del hecho”. Sin embargo, en algunos casos el daño que sufre la víctima del delito o cuasidelito no se manifiesta en forma coetánea a la comisión del hecho ilícito, sino que meses o incluso años después. Siendo así, en tal caso no resulta lógico interpretar la frase “perpetración del hecho” como “ejecución del hecho”, pues la víctima podría quedar sin acción, sino que se postula que el plazo debe computarse desde que se manifiesta el daño y no desde la comisión del hecho ilícito.

ii.- El art. 2317, también en las normas de responsabilidad extracontractual, expresa en su inciso 1º que, si el delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del delito o cuasidelito (es decir, a cualquiera se le podrá demandar por el total de los perjuicios). Acto seguido, el inc. 2º agrega: “Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”. Si se entendiera que este inciso es nada más que una reiteración de lo señalado en el inc. 1º, llegaríamos a una conclusión absurda, pues estaríamos ante una norma inútil. Por ello, parte importante de la doctrina concluye que este inciso 2º, a pesar de ubicarse en las normas de la responsabilidad extracontractual, debe aplicarse a casos de responsabilidad contractual.

## **9.- INTEGRACION DE LA LEY.**

### **9.1. Cuándo debe “integrarse” la ley.**

En un caso determinado, el juez puede encontrarse en la situación de que no exista una norma precisa del ordenamiento Jurídico, que resuelva la materia de la que está conociendo. Frente a este vacío o laguna legal opera la integración, en cuya virtud el juez está obligado a dictar sentencia fundándose en el principio de que puede existir un vacío en la ley pero no en el derecho.

### **9.2. Normas que ordenan integrar la ley.**

Las disposiciones que contemplan esta obligación son las siguientes:

- a) Art. 76 de la Constitución Política, cuando establece que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión.
- b) Art. 10, inciso 2, del Código Orgánico de Tribunales, que reitera la norma constitucional.

c) Art. 170, N° 5, del Código de Procedimiento Civil, cuando dispone que toda sentencia definitiva debe contener la enumeración de las leyes y en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.

d) Art. 24 del Código Civil, al referirse a la equidad natural.

e) Art. 459, inc. 5° del Código del Trabajo, al disponer que la sentencia que resuelva un litigio laboral, debe contener “los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda”.

### **9.3. Cómo debe integrarse la ley.**

En el Derecho Civil, a falta de ley que resuelva el asunto, el juez, según se expuso, está facultado para recurrir a la equidad natural.

En el ámbito del Derecho Comercial, a falta de ley rige la costumbre (costumbre en el silencio de la ley) y a falta de este operan las reglas generales de integración, es decir, el juez podrá fundar su sentencia en la equidad natural.

En el ámbito del Derecho Penal, el problema de las lagunas legales no existe, ya que sin ley no hay delito ni pena, por lo tanto solo cabe absolver al formalizado o acusado.

## **10.- EFECTOS DE LA LEY.**

Los efectos de la ley pueden estudiarse desde cuatro puntos de vista: en cuanto a la sanción, en cuanto al tiempo, en lo relativo al territorio y respecto a las personas.

En lo que se refiere a los efectos de la ley en cuanto a la sanción, nos atenemos a lo señalado cuando hicimos referencia a las normas imperativas, prohibitivas y permisivas y a las sanciones que pueden sobrevenir de infringirse.

Desarrollaremos a continuación lo concerniente a los efectos de la ley en el tiempo y en el espacio o territorio, para más adelante revisar lo relativo a las personas.

### **10.1.- EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TIEMPO.**

#### **a) PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LA LEY.**

La ley, como sabemos, debe formarse de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución. Con todo, para que la ley sea obligatoria, no basta el voto conforme de ambas cámaras, con el quórum requerido según la ley de que se trate, ni con la sanción o aprobación del Presidente de la República (es decir, el acto por el cual éste, en su calidad de poder colegislador, presta su adhesión al proyecto de ley

aprobado en el Congreso). En efecto, para que la ley sea obligatoria, es necesario, además de lo precedentemente indicado, que se proceda a su *promulgación* y a su *publicación*.

El artículo 6º del Código Civil establece las condiciones necesarias para que la ley sea obligatoria. Dos requisitos deben cumplirse:

- i.- Que sea promulgada por el Presidente de la República.
- ii.- Que sea publicada en el Diario Oficial o en otra forma dispuesta en la misma ley, según agrega el inciso 3º del artículo 7º.

Con la sanción o aprobación del Presidente de la República, termina la primera fase de la formación de la ley, en cuya elaboración tiene exclusiva injerencia el Poder Legislativo, porque si bien existe participación del Presidente de la República, éste la tiene a título de integrante de aquél poder y no como titular del Poder Ejecutivo.

Se define la **promulgación** como el acto por el cual el Presidente de la República atestigua o certifica a la comunidad la existencia de la ley y ordena su ejecución. La promulgación, como dice un autor, es la partida de nacimiento de la ley, le da existencia cierta, auténtica, incontestable y la reviste de la fuerza coercitiva de que antes carecía. La promulgación se verifica mediante un Decreto Supremo, en el que se inserta el texto de la ley. Dicho Decreto Supremo lleva la firma del Presidente y del Ministro respectivo (o los Ministros respectivos, si la ley abarca materias de la responsabilidad de dos o más Ministros de Estado). Conforme al art. 75 de la Constitución Política, si el Presidente de la República no devolviera al Congreso Nacional el proyecto aprobado por éste, dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha en que fue remitido al primero, se entenderá que lo aprueba y que se promulgará como ley. En tal caso, la promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días.

La **publicación** es el medio que se emplea para hacer llegar la ley al conocimiento de los individuos. Es lógico que para exigir obediencia a la ley debe proporcionarse el medio para conocerla. La publicación persigue entonces dar a conocer el texto legal. Dispone el art. 75 de la Constitución Política que la publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio.

El artículo 7º del Código Civil regula lo relativo a la publicación de la ley, estableciendo:

- a) Que la ley debe publicarse mediante su inserción en el Diario Oficial;
- b) Que, desde la fecha de su publicación, se entenderá conocida por todos;
- c) Que desde la fecha de su publicación será obligatoria;
- d) Que, para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación;

e) Que, no obstante lo anterior, en cualquier ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha en que la ley de que se trate entre en vigencia.

La regla general entonces, será que la ley se hace obligatoria, es decir entra en vigencia, desde la fecha de su publicación. Sin embargo, en cualquier ley podrá establecerse una fecha distinta de vigencia.

El espacio de tiempo que media entre la publicación de la ley y su vigencia, se denomina "vacancia de la ley". Algunas legislaciones la establecen para que todas las personas puedan conocer el texto legal y se calcula considerando que el periódico oficial en el cual se insertó la ley llegue a sus manos en dicho lapso<sup>54</sup>. Para el cómputo del plazo de la vacancia legal, hay dos sistemas: uno simultáneo y otro sucesivo o gradual. De acuerdo con el primero, la ley comienza a regir en un mismo instante en todos los puntos del territorio de un país. Por el sistema sucesivo o gradual, la ley entra en vigor en unas localidades o regiones y luego en otras, según la mayor distancia que medie entre las diversas regiones y el lugar en que se publica el periódico oficial. Chile siguió este sistema hasta que la Ley Nº 9.400, de 1949, consagró la fórmula de que la ley empieza a regir desde su publicación en el Diario Oficial en todo el territorio de la República, salvo disposición expresa en contrario. En Chile, por ende, por regla general no hay vacancia legal. Se fundamenta lo anterior en el hecho de que la ley, antes de su promulgación y publicación, es susceptible de conocerse por todos, al menos en lo sustancial, ya que las sesiones del Congreso y la sanción del Presidente de la República tienen gran publicidad a través de los medios de comunicación, de manera que al publicarse en el Diario Oficial, ese conocimiento público sólo viene a "oficializarse".

Sin embargo, por excepción, cualquier ley puede establecer reglas diferentes, no sólo sobre su publicación, sino también sobre su fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia. Por tanto, una ley, si así lo dispone ella misma, puede entrar en vigencia un tiempo después de su publicación o puede disponer que en ciertas regiones del país entre a regir en una fecha y en otras regiones en una fecha distinta. Incluso, puede disponerse que ciertos artículos de una ley entren en vigencia inmediatamente de publicada ésta y otros con posterioridad (así aconteció, por ejemplo, con las últimas reformas del Código Civil, promulgadas por las leyes números 18.802, 19.335 y 19.585 de los años 1989, 1994 y 1998, respectivamente, y con la Ley número 19.947 de Matrimonio Civil, del año 2004).

Los plazos prolongados de vacancia legal se establecen en leyes que marcan un cambio acentuado de régimen jurídico o en leyes que

---

<sup>54</sup> Así, dispone el artículo 5 del Código Civil y Comercial argentino: "Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".

por su complejidad requieren tiempo para ser cabalmente conocidas y aplicadas (así, por ejemplo, tratándose de la reforma procesal penal, cuyas normas tuvieron una vigencia gradual).

- Presunción o ficción de conocimiento de la ley.

El inc. 1 del art. 7º establece que, desde la fecha de su publicación, la ley se entenderá conocida de todos. A su vez, el art. 8º dispone que nadie podrá alegar ignorancia de la ley, después que ésta haya entrado en vigencia.

Descansan estas disposiciones en el principio de que la ignorancia del Derecho no excusa su incumplimiento, consecuencia a su vez del principio fundamental del Código Civil de la omnipotencia de la ley.

El secular principio de que la ley es de todos conocida, se basa en un poderoso interés social, que se hace patente con solo pensar, como ha dicho un autor, que "si para ser dispensado de conformarse a la ley, bastase alegar que se la ignora, ella a nadie obligaría".

En la doctrina, se suele indicar que el conocimiento supuesto que todos tienen de la ley no es en verdad una presunción, porque la base de toda presunción es que el hecho que se presume corresponde a lo que normalmente sucede, y es innegable que lo que acontece normalmente es la ignorancia del Derecho por parte de la generalidad de los ciudadanos, los cuales, en el enorme laberinto de las leyes dictadas sin interrupción no pueden conocer ni siquiera una pequeña parte de ellas.

De ahí que se hable más bien de una "ficción legal". Por la necesidad social de que nadie eluda el cumplimiento de la ley, se finge que con el hecho de su publicación nadie ignora sus preceptos, impidiendo así que se alegue su ignorancia.

En relación con lo anterior, también se ha señalado por algunos que la disposición del art. 706, inc. final, acerca de que "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario" no tendría una aplicación general, sino circunscrita a la posesión. Igual cosa ocurriría, tratándose de lo dispuesto en el art. 1452, en cuanto a que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". Tal posición doctrinaria nos parece sumamente discutible, considerando la fuerza del art. 8, respecto del cual los arts. 706 inciso final y 1452 no son sino aplicaciones. La referida presunción de mala fe tendría entonces, en nuestra opinión, un alcance general.

Se suelen señalar también diversos casos en los cuales el error de derecho puede alegarse, sobre la base de la buena fe, aun cuando no para excusarse del incumplimiento de la norma, sino para otros efectos. Así, por ejemplo:

i.- Tratándose de los arts. 2297 y 2299, en el ámbito del cuasicontrato del pago de lo no debido, casos en los cuales quién pagó una suma de

dinero o entregó una cosa a otro creyendo que estaba legalmente obligado a ello, puede solicitar la repetición (o sea, la devolución) de lo que pagó o entregó, amparándose incluso en el error de derecho.

ii.- Otro caso se contempla en el art. 1683, referido a la nulidad absoluta. Tal precepto establece que puede alegarse la nulidad absoluta por todo el que tiene interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Así, si la persona no tuvo conocimiento de la ley en virtud de la cual el acto o contrato es considerado nulo, le es permitido invocar la nulidad de dicho acto jurídico.

iii.- También creemos que existe otro caso en el artículo 972, referido a la indignidad para suceder que afecta a la persona que "a sabiendas de la incapacidad", haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz para suceder al causante. Si la promesa se hizo desconociendo la ley el que prometió, no operaría en su perjuicio la causal de incapacidad (Luis Claro Solar, sin embargo, considera que sólo podría tratarse de un error de hecho).

iv.- Una cuarta hipótesis encontramos en las reglas del contrato de mandato, al disponer el art. 2122 del Código Civil que "El mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso". Si el mandato es nulo, no hay verdadero mandato, y por ende quien actuaba como mandatario no puede reclamar el pago del honorario que le habría correspondido por ejecutar la gestión que se le confió. Pero, dado que la ley lo considera al menos como un agente oficioso, podrá reclamar el reembolso de lo que hubiere invertido en la ejecución de dicha gestión. La circunstancia de que haya incurrido en un error de derecho (al ignorar la causal de nulidad), no obsta para obtener dicho reembolso.

v.- Para algunos, habría un solo caso en que podría sostenerse la ignorancia de la ley para excusarse de su incumplimiento. Tal sería el caso del llamado "matrimonio putativo", establecido en el art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil. En efecto, algunos sostienen que el error a que se alude en el citado precepto es tanto el error de hecho como el de derecho. Podría una persona afirmar entonces que ignoraba la ley que señala los impedimentos para contraer matrimonio y así quedar amparada en la putatividad, siempre que concurra la buena fe y la justa causa de error. El punto es sumamente discutible. Desde ya, Enrique Rossel concluye que no estaríamos ante tal caso excepcional. Afirma este autor que el error de derecho no puede ser considerado "justa causa de error", pues la ley se presume conocida de todos, de manera que quien yerra en derecho, yerra a sabiendas. Por lo demás, agrega el autor citado, ignorar la ley en un acto de la trascendencia del

matrimonio importa una falta de diligencia y de acuciosidad incompatible con el concepto de "error justificable", que es el que inspira el art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil. En consecuencia, si se declara nulo un matrimonio viciado de error de derecho, tal matrimonio no puede ser putativo y no genera efectos válidos. El error, en este caso, entonces, sólo puede ser el de hecho (por ejemplo, uno de los contrayentes ignoraba que el otro tenía un vínculo matrimonial no disuelto).

## **b) DEROGACIÓN DE LAS LEYES.**

### b.1) Concepto.

Consiste la derogación en la cesación de la eficacia de una ley en virtud de otra ley posterior. Se priva a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otras.

El fundamento de la derogación de la ley lo encontramos en la permanente evolución de la sociedad, la que exige constantemente nuevas formas jurídicas, de acuerdo al momento histórico en que se vive.

Cabe considera, con todo, un caso en el que la derogación o el cese extrínseco de eficacia de una ley no opera en virtud de otra ley que así lo disponga: cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto legal. En este caso, y a pesar de que la propia Constitución señala en su art. 94, inc. 3º, que "el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo", a juicio de algunos no estaríamos en rigor ante un caso de derogación, sino de invalidación de una ley, que opera con efectos generales. Aludiremos a este punto en el literal que sigue.

### b.2) Clases de derogación.

#### i.- Derogación expresa, tácita y orgánica.

Esta primera clasificación atiende a *la forma* en que opera.

La derogación puede ser expresa o tácita, conforme lo disponen los arts. 52 y 53 del Código Civil. A las anteriores, la doctrina agrega la derogación orgánica.

La derogación es **expresa**, cuando la nueva ley dice explícitamente que deroga la antigua (por ejemplo, el artículo final del Código Civil).

Es **tácita**, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diferentes épocas, debe entenderse que la más nueva ha sido dictada por el legislador con el

propósito de modificar o corregir la ley más antigua. Con todo, como no debe llevarse esta presunción más allá de su razón y objeto, la derogación tácita, de acuerdo al art. 53, deja vigente todo aquello de las leyes anteriores que no pugne con las disposiciones de la nueva ley.

De inmediato se observa una diferencia radical entre la derogación expresa y la tácita: la primera es declarada por el legislador, mientras que la segunda lo será por el juez que conozca de un asunto susceptible de resolverse con la ley antigua o con la nueva. Lo anterior, aunque tanto la expresa como la tácita se originan obviamente por la función legislativa. Por eso, expresa la profesora Miriam Henríquez Viñas, citando a su vez al profesor Aníbal Bascuñán Rodríguez, que "... la derogación tácita se produce cuando el órgano que debe resolver un caso, y debe fundar su decisión sujetándose al derecho vigente, constata que éste contiene dos soluciones distintas para ese caso, incompatibles entre sí. En opinión del mismo autor, la derogación tácita de la ley anterior no es el efecto de un acto realizado en ejercicio de una potestad normativa, sino los efectos de un complejo de reglas que gobiernan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Estas reglas obligan al órgano adjudicador a seleccionar de una manera determinada la norma aplicable al caso. Por tal motivo, la derogación tácita de la ley es constatada y declarada por el tribunal en la fundamentación de su sentencia. Por eso supone un acto interpretativo de la norma anterior y la posterior, que identifique sus respectivos sentidos y constate su incompatibilidad entre sí".<sup>55</sup>

Derogación **orgánica** es la que se produce cuando una ley, disciplina toda la materia, que está regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de la ley antigua y la nueva. Si el legislador ha reordenado toda la materia, es forzoso suponer que ha partido de otros principios directivos, los cuales, en sus variadas y posibles aplicaciones, podrían llevar a consecuencias diversas y aun opuestas a las que se pretenden si se introdujera un precepto de la ley antigua, aunque no fuera incompatible con las normas de la nueva ley.

Para que tenga lugar la derogación orgánica, es menester que la nueva ley reglamente en forma completa una materia o un organismo dado. El determinar si una materia está o no enteramente regulada por la nueva ley, depende no del mayor o menor número de disposiciones que contiene la ley nueva en relación con la antigua, sino de la intención, revelada por el legislador, de abarcar con las nuevas disposiciones toda una materia.

---

<sup>55</sup> Henríquez Viñas, Miriam, "¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos preconstitucionales?", en *Estudios Constitucionales*, año 15, N° 1, 2017, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, p. 310.

Muchos autores consideran la derogación orgánica como una especie de derogación tácita, porque dicen que toda ley que viene a reglamentar totalmente una materia regida por otra ley anterior, contiene en sus preceptos una incompatibilidad implícita con cualesquiera otras que versen sobre el mismo asunto.

En todo caso, nuestros tribunales han reconocido, en diversos fallos, la existencia de la derogación orgánica, señalándose que "tratándose de una ley general la posterior deroga a la ley general anterior dictada sobre la misma materia".

ii.- Derogación total o parcial.

La derogación, en cuanto *a su alcance*, puede ser total o parcial. La derogación total suprime por completo la ley antigua, sea que se limite a establecer la supresión, sea que la reemplace por otras disposiciones. Por la derogación parcial se suprime uno o más preceptos de la ley antigua, sustituyéndolos o no por otros, quedando el resto de las disposiciones vigentes.

Relacionando esta segunda clasificación con la primera, puede concluirse que la derogación expresa o tácita puede ser total o parcial, mientras que la orgánica sólo podría ser total.

iii.- Derogación o inaplicabilidad a consecuencia de entrar en vigencia una norma de rango superior.

Las clasificaciones anteriores se plantean bajo el entendido que la ley derogada y aquella que la deroga, son normas de la misma jerarquía. ¿Qué ocurre si la nueva norma fuere de rango constitucional, y sus términos son inconciliables con aquellos de una ley precedente? Se comprende que ésta no podría subsistir, habida cuenta de lo preceptuado en una norma de superior jerarquía. Pero la cuestión no es tan simple. Desde ya, tres cuestiones fundamentales se han debatido en la doctrina:<sup>56</sup>

1º ¿Cuál es el criterio para solucionar la incompatibilidad entre normas de distinta jerarquía, siendo la norma superior posterior a la norma inferior? Al efecto, las posibles respuestas serían: aplicando un criterio jerárquico o aplicando un criterio cronológico.

2º ¿Cuál es el efecto de aplicar uno u otro criterio? Si se aplica el criterio jerárquico, el efecto será la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la norma inferior. Si se aplica el criterio cronológico, el efecto será la derogación de la norma inferior.

3º ¿Cuál es el órgano competente para resolver el conflicto normativo? Algunos sostienen que la declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad sólo le compete al Tribunal Constitucional. Otros consideran que corresponde a los tribunales de justicia declarar la

---

<sup>56</sup> Seguimos a continuación el trabajo de la profesora Miriam Henríquez Viñas, pp. 307-328.

derogación tácita de los preceptos preconstitucionales (es decir, de aquellos que encontrándose vigentes al momento de entrar en vigencia la Constitución de 1980 o alguna de sus reformas, quedaron derogados tácitamente por contener normas contrarias al ordenamiento constitucional).

Particularmente complejo es este problema, en lo que respecta a la tercera de estas cuestiones, esto es, en cuanto al órgano competente. En efecto, la Corte Suprema ha dictado varias sentencias, en las que ha declarado tácitamente derogadas preceptos legales anteriores a la vigencia de normas constitucionales incompatibles con las primeras. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reclamado competencia exclusiva y excluyente en la materia, sobre la base que sólo a dicho Tribunal le compete declarar la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de los preceptos legales, ya sean preconstitucionales o postconstitucionales.

Para un sector de la doctrina, el conflicto entre la norma legal anterior y la norma constitucional posterior se resuelve mediante la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la norma legal por aplicación del criterio jerárquico, siendo competente sólo el Tribunal Constitucional. Ello, porque tras la reforma a la Constitución del año 2005, el control de la constitucionalidad quedó concentrado en el Tribunal Constitucional.

Otro sector de la doctrina, postula la posibilidad de que los tribunales ordinarios declaren la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales. En el marco de esta segunda doctrina, se formula un distingo: si se trata de preceptos preconstitucionales, es procedente que se declare su derogación tácita por los tribunales ordinarios de justicia. En cambio, si se trata de preceptos postconstitucionales, corresponde al Tribunal Constitucional declarar su inaplicabilidad. Expresa al efecto Eduardo Cordero: "Así, si la norma es previa [a la vigencia de la Constitución] y ha devenido en inconstitucional, es claro que la solución será la derogación de la misma, cuya declaración corresponde a todo órgano llamado a aplicar el derecho, como son los jueces de la instancia, en la medida que constatan una consecuencia jurídica que ya se ha producido. En cambio, si la norma es postconstitucional esta posibilidad se ve fuertemente restringida, en la medida que la competencia al efecto queda radicada en el Tribunal Constitucional, tanto para constatar la derogación como para inaplicar la norma legal o anularla, en su caso".<sup>57</sup>

También en el marco de esta segunda doctrina, Julio Rojas sostiene la posibilidad de que se declare la derogación tácita de

---

<sup>57</sup> Cordero Quinzacara, Eduardo, "Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Ius et Praxis*, año 15, Nº 2, p. 27, citado a su vez por Henríquez Viñas, Miriam, ob. cit., p. 313.

preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria, conforme a los siguientes argumentos:

1º Procede la aplicación del criterio cronológico por sobre el criterio jerárquico.

2º Es necesario distinguir entre *vigencia* y *validez* de la norma. La norma legal anterior que contradice materialmente a la Constitución debe declararse derogada –y no invalidada–, pues antes que entrare en vigencia la segunda, era vigente y también válida. Mal podría operar una invalidez sobreviniente. La invalidez o la validez sólo pueden ser originarias, nunca sobrevinientes.

3º La fuerza normativa de la Constitución, que obliga a todos los órganos del Estado, y entre ellos a los tribunales ordinarios de justicia, a cumplir y aplicar directamente la Carta Fundamental.

4º La Constitución, como toda norma jurídica, tiene la capacidad de derogar normas jurídicas anteriores de igual o inferior rango, en el caso que la contradigan.<sup>58</sup>

Aún más, en lo que podríamos calificar como la tesis más extrema de la segunda doctrina, Eduardo Aldunate considera que la facultad de los tribunales ordinarios de justicia se extiende también a los preceptos postconstitucionales. Con ello, en lugar de existir un control concentrado de la constitucionalidad, este sería un control difuso, porque en realidad no sería privativo del Tribunal Constitucional: “No se observa una razón para afirmar que el mismo juez que puede resolver la antinomia en el caso de derogación tácita [de un precepto preconstitucional] no puede realizar la misma operación cuando la misma antinomia opera respecto de la misma Constitución, sólo que respecto de un precepto posterior a la entrada en vigencia de la misma. El argumento que señala que ello se debe al sistema de concentración de control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional pasa por alto que esta magistratura no resuelve, para la respectiva gestión judicial, la antinomia entre Constitución y precepto legal, sino que la elimina, al retirar del universo de fuentes que deberá considerar el juez del fondo, al resolver, el precepto legal cuya aplicación se impugna por inconstitucional. De este modo no se le ha otorgado al Tribunal Constitucional la facultad de resolver estas antinomias y mal podría sostenerse entonces que los jueces del fondo carecen de una atribución, porque ésta se alega entregada al Tribunal [Constitucional], cuando efectivamente no se le ha entregado. Esta solución es precisamente el argumento que tiende a reforzar la idea de que el predicado de fuerza normativa de la Constitución como eficacia directa incluye al derecho constitucional en el sistema de fuentes que

---

<sup>58</sup> Rojas Chamaca, Julio, *La derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria. Análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2013, pp. 157-162, citado a su vez por Henríquez Viñas, Miriam, ob. cit., p. 313.

debe considerar y resolver cualquier juez, de acuerdo a la idea de control difuso examinado arriba”.<sup>59</sup>

Miriam Henríquez, por su parte, señala las siguientes consecuencias, que derivan del hecho que la Constitución sea fuente del Derecho con eficacia directa, y que su garantía jurisdiccional se encuentre, desde la reforma del año 2005, concentrada en el Tribunal Constitucional:

1° Los tribunales de justicia, al decidir el Derecho aplicable, tienen la facultad de declarar derogado un precepto legal preconstitucional por su incompatibilidad con la Constitución, aplicando directamente la norma constitucional posterior. Se trataría de un problema de vigencia de normas, resoluble mediante la aplicación del criterio cronológico.

2° El tribunal Constitucional está facultado para verificar la conformidad del precepto legal postconstitucional con la norma constitucional superior, ya por la vía de la acción de inaplicabilidad o de la acción de inconstitucionalidad, siendo esta una cuestión de aplicabilidad/validez/constitucionalidad de normas, resoluble conforme al criterio jerárquico, más particularmente de la supremacía constitucional.

3° En ambos supuestos –es decir, sea que se trate de normas anteriores o posteriores a la Constitución-, la norma aplicable con preferencia a la otra es la norma constitucional posterior y superior.

4° Los tribunales de justicia carecen de la potestad para declarar la inaplicabilidad de las normas legales pre y postconstitucionales que contravinieren la Constitución. En un sistema de control concentrado de constitucionalidad como el chileno, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sólo le corresponde al Tribunal Constitucional.

5° Nada obsta a que las partes o el juez de la gestión pendiente requieran al Tribunal Constitucional para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal preconstitucional, aplicable y decisivo en un caso concreto.<sup>60</sup>

Un ejemplo de la discusión expuesta, encontramos a propósito de algunas de las normas del Decreto Ley N° 2.695, del año 1979, que “Fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella”. Algunas de sus normas, se han considerado, en determinadas circunstancias, como contrarias a la Constitución Política de 1980.

b.3) La derogación en relación con la ley general y la ley especial.

---

<sup>59</sup> Aldunate Lizana, Eduardo, “La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, p. 455, citado a su vez por Henríquez Viñas, Miriam, ob. cit., p. 314.

<sup>60</sup> Henríquez Viñas, Miriam, ob. cit., pp. 314 y 315.

Si con posterioridad a la promulgación de una ley general se dicta una ley especial sobre la misma materia, es indudable que ésta prevalece sobre la primera en todo lo que sean incompatibles. La ley especial deroga las disposiciones de otras leyes generales que no pueden coexistir con las normas de la primera. Lo anterior resulta de la aplicación del principio de la especialización así como también de los principios de la derogación tácita. Sin embargo, la ley especial no derogará las normas de la ley general, si éstas no son inconciliables con la primera. En tal caso, las normas generales se aplicarán supletoriamente, en lo no regulado por la ley especial (por ejemplo, las normas del Código Civil relativas al contrato de arrendamiento, tendrán aplicación supletoria, para las materias no resueltas en la Ley N° 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos o en el Decreto Ley N° 993 sobre arrendamiento de predios rústicos).

El problema es más complicado cuando a una ley especial sucede una ley general. La mayor parte de la doctrina, apoyándose en el aforismo "la ley posterior general no deroga la ley anterior especial", sostiene que las disposiciones especiales deben ser derogadas expresamente por la ley general posterior. Pero algunos autores (Ruggiero, Coviello), no piensan de la misma manera y estiman que esta es una cuestión de interpretación que se resuelve por el examen, en cada caso, de la intención del legislador. Es posible, sostienen, que la ley general posterior deje en evidencia la determinación de someter a su imperio los casos que se encontraban regidos por la ley especial.

#### b.4) Efectos de la derogación de la ley derogatoria.

Una ley derogada no revive por el solo hecho de derogarse la ley derogatoria. Ello, porque:

1º La nueva ley nada puede haber dispuesto respecto a las situaciones jurídicas disciplinadas por las leyes anteriores, con lo cual lisa y llanamente queda abolida la correspondiente institución jurídica o ésta queda gobernada por normas o principios generales; o

2º Si la nueva ley algo dispuso, significa que se aplican sus disposiciones, aun cuando sean idénticas a las disposiciones que a su vez fueron suprimidas por la ley derogatoria, también abolida ahora.

Es necesario, por tanto, que una ley devuelva expresamente su vigor a una ley derogada; la simple abrogación de la ley derogatoria no puede por sí sola dar vida a lo que ya no existe. Y es lógico que así sea, teniendo presente que la ley es una declaración positiva y actual del legislador.

Las leyes que vuelven a poner en vigor una ley derogada, reciben el nombre de "restauradoras" o "restablecedoras".

### **c) Causas intrínsecas que producen la cesación de la eficacia de una ley.**

Si bien la derogación constituye la causa más frecuente de la cesación de la eficacia legal, existen otras causas llamadas intrínsecas, porque van implícitas en la misma ley.

Tales causas intrínsecas son:

c.1) El transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley. Así, por ejemplo, una ley que otorgue ciertos beneficios aduaneros a las empresas que se instalen en zonas extremas del país durante un determinado período. O aquella ley que condone las multas, para quienes regularicen ante la respectiva Dirección de Obras, dentro de un cierto plazo, las construcciones erigidas en sus viviendas, sin haber obtenido previamente el pertinente permiso de edificación.

c.2) La consecución del fin que la ley se propuso alcanzar. Así, por ejemplo, una ley que hubiere dispuesto una pensión de gracia a los veteranos de la Guerra del Pacífico.

c.3) La desaparición de una institución jurídica, o la imposibilidad de un hecho que era presupuesto necesario de la ley. Así, por ejemplo, habiendo sido derogada la pena de muerte (salvo para el ámbito del Derecho Penal Militar), todos los preceptos que partían de la base de su existencia, dejaron por esa sola circunstancia de producir efecto. O en un futuro no muy lejano, es dable suponer que cesará la eficacia de las normas contempladas en la Ley del Tránsito, que se refieren a quienes conducen carruajes arrastrados por animales en vías urbanas.

### **d) Efecto inmediato, efecto retroactivo y ultra-actividad de la ley.<sup>61</sup>**

d.1) Aspectos generales.

Respecto a la vigencia y obligatoriedad de la ley, pueden distinguirse tres períodos:

1º El período que media entre la entrada en vigor de la ley y la derogación de la misma;

2º El período anterior a la entrada en vigor de la ley; y

3º El período posterior a su derogación.

Normalmente, una ley es obligatoria desde el día en que se publica o desde una fecha posterior que la misma ley establece y su vigencia se

---

<sup>61</sup> Cfr. Vodanovic, Antonio, *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.*, Tomo primero, 5ª edición, Santiago de Chile, Ediar ConoSur Ltda., 1990, p. 214; y Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil*. Tomo I, 5ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015, p. 168.

extiende hasta que es derogada por otra ley o transcurre el plazo o acaece el hecho que fija su extinción. La ley rige todos los hechos y actos que se realizan durante el período determinado.

Los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma.

Pero el problema se presenta con respecto a los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido al amparo de una ley y que por cualquiera razón vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra. En estos casos, cabe preguntarse entonces qué ley debe aplicarse, si la antigua o la nueva.

El art. 9º del Código Civil contiene al respecto un precepto universalmente aceptado: la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo.

Dos reglas, contiene el precepto:

1º La ley dispone para el porvenir: rige todos los actos y situaciones que se produzcan con posterioridad a su vigencia;

2º La ley nada dispone sobre los hechos pasados, realizados con anterioridad a su vigencia: esta segunda regla, constituye el principio de la no retroactividad de la ley.

Cuando la ley nueva alcanza con sus efectos al tiempo anterior a su vigencia, internándose en el dominio de la norma antigua, se dice que tiene efecto retroactivo, porque una ley vuelve sobre el pasado.

Cuando la ley nueva rige ella sola, exclusivamente, desde el día en que entra en vigor, todos los actos y situaciones que se produzcan en el futuro, hablamos de efecto inmediato de la ley. En dicho contexto, la ley nueva no permite la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que ésta última regía. Los efectos de tales relaciones jurídicas, que se produzcan después de entrar en vigencia la nueva ley, se regirán por ésta, en virtud del señalado efecto inmediato. Las leyes procesales, suelen tener efecto inmediato.

La regla general es el efecto inmediato de la ley. Lo excepcional es el efecto retroactivo.

Sin embargo, la ley antigua, a pesar de haber sido derogada, continúa rigiendo aquellos contratos celebrados bajo su vigencia. En este caso, entonces, no hay efecto inmediato de la ley nueva, sino que ultra-actividad de la ley antigua.

#### d.2) Justificación de la irretroactividad.

Las razones que han determinado el establecimiento de este principio se relacionan directamente con la seguridad jurídica. Ninguna seguridad y confianza tendrían los particulares si su patrimonio, su

condición personal y los efectos de sus actos y contratos fueran a cada instante puestos en discusión, modificados o suprimidos por un cambio de parecer del legislador. El interés general, exige que lo hecho regularmente bajo una ley, sea considerado válido e inamovible, no obstante la mudanza de legislación.

d.3) El principio de la irretroactividad ante el legislador.

Entre nosotros, en materia civil, el principio de irretroactividad se halla consagrado en el Código Civil y no en la Constitución. Por lo tanto, no puede obligar al legislador, ya que éste sólo está subordinado a la Constitución.

Distinto es el caso en materia penal, conforme al N° 3 del art. 19 de la Constitución, precepto que dispone que nadie puede ser juzgado sino por un tribunal establecido con anterioridad y que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. De tal forma, en materia penal la ley desfavorable al inculpado será inconstitucional si es retroactiva. A contrario sensu, la ley más favorable beneficiará tanto al inculpado como al condenado y podrá en consecuencia tener efecto retroactivo (art. 18 del Código Penal).

En materia civil, existe sin embargo una prohibición indirecta a la retroactividad, de rango constitucional: es la norma del N° 24 del art. 19 de la Constitución, que consagra la protección del derecho de propiedad. Dispone dicho precepto que nadie puede ser privado de su dominio sino por expropiación por causa de utilidad pública, y pagando al afectado la pertinente indemnización. En consecuencia, cualquiera ley que atentare contra el derecho de dominio habido bajo el imperio de una ley anterior, será inconstitucional.

En síntesis, el legislador tiene libertad para dictar leyes retroactivas, salvo en materia penal -a menos que la nueva ley sea más favorable- y en materia civil respecto al derecho de dominio.

d.4) El principio de la irretroactividad ante el juez.

El art. 9° del Código Civil, como toda ley, es obligatorio para el juez. Este no puede aplicar una ley con efecto retroactivo, salvo que la misma ley así lo disponga, caso en el cual está obligado a aplicarla con ese efecto. El art. 9° contiene pues una prohibición para el juez, pero no para el legislador.

d.5) La retroactividad debe ser expresa.

El juez no puede eludir la prohibición del art. 9°, bajo el pretexto de una intención tácita del legislador. En otras palabras, no es posible aceptar una retroactividad implícita o "tácita".

Si se define la retroactividad en su sentido estricto, como la acción de volver sobre hechos consumados, el legislador sólo puede imponerla en forma expresa. Ello, porque dicha retroactividad es contraria a la función del juez, que es simplemente declarativa del derecho. La misión del juez es buscar y determinar los efectos jurídicos producidos en el pasado, lo que no puede hacer sino conforme a la ley vigente en el momento en que tales efectos se produjeron.

Así, nuestra jurisprudencia ha resuelto que la retroactividad es una regla de excepción, que debe interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, de acuerdo a sus propios términos.

Un ejemplo de ley retroactiva es la N° 5.001, publicada en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1931, que dispuso en su artículo 1° que la renta de arrendamiento de los predios urbanos y rústicos debía ser pagada, durante su vigencia, con una rebaja del 20% con relación a la que el mismo arrendatario pagaba el 1° de enero de 1931. Esta ley, como subraya Vodanovic, operó entonces con efecto retroactivo, pues la situación establecida por los contratos de arrendamiento, con anterioridad a la promulgación de la ley, vino a ser modificada.<sup>62</sup> En realidad, esta ley tuvo un efecto *retroactivo*, respecto de las rentas devengadas entre el 1° de enero de 1931 y el 13 de noviembre del mismo año, y a partir de esta última fecha tuvo efecto *inmediato*, desconociendo la ultra-actividad de la ley que regía al momento en que se celebraron los respectivos contratos de arrendamiento. Una norma de esta índole con seguridad sería tachada en nuestros días de inconstitucional, pero debemos entenderla en el contexto de la época, cuando nuestro país fue severamente golpeado, con dos años de desfase, por la crisis del año 1929, ocasionando a la postre la caída del gobierno de Carlos Ibáñez del Campo el 26 de julio de 1931.

Otro ejemplo más reciente de ley retroactiva, es el de la Ley N° 20.239, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de febrero de 2008, que liberó del pago de impuesto a la renta a las compensaciones económicas originadas al término del matrimonio. La Ley incorporó un N° 31 al art. 17 de la Ley de la Renta, que dice: "No constituye renta: (...) 31°.- Las compensaciones económicas convenidas por los cónyuges en escritura pública, acta de avenimiento o transacción y aquellas decretadas por sentencia judicial." Expresamente, se dio efecto retroactivo a la ley, fijándose su vigencia a partir del momento en que a su vez entró en vigencia la nueva Ley de Matrimonio Civil, es decir, el 18 de noviembre de 2004.

---

<sup>62</sup> Vodanovic H., Antonio, *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*, Tomo I, Santiago de Chile, Ediar Conosur Ltda., 1990, quinta edición, p. 216.

d.6) La teoría de los derechos adquiridos y de las simples expectativas.

Su origen se encuentra en los escritos de Merlin, como también en la teoría de Blondeau, expuesta en su obra "Ensayo sobre el llamado efecto retroactivo de las leyes", publicada en 1809. Antes, Portalis, uno de los principales redactores del Código Civil francés, había hecho ya la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas. El italiano Gabba, a fines del siglo 19, desarrollará con mayor profundidad la teoría ("Teoría della retroattività delle leggi").

Esta puede enunciarse así: una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen **derechos adquiridos**, en virtud de la ley antigua; pero no lo es, cuando sólo vulnera **simples expectativas** o **meras facultades legales**.

El juez no debe, en una controversia que recae sobre un derecho adquirido bajo la ley precedente, aplicar una ley nueva; pero puede hacerlo si el juicio versa sobre un hecho que bajo la ley antigua sólo constituía una mera facultad legal o una simple expectativa.

Las **simples expectativas** son las esperanzas de adquisición de un derecho fundadas en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley. Por ejemplo, la expectativa a la sucesión del patrimonio de una persona viva; la expectativa de adquirir por prescripción el dominio.

Las **facultades legales** constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos. Por ejemplo, la capacidad para adquirir cierto bien; la facultad para testar.

Se entiende por **derechos adquiridos**, todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de una ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige.

Los derechos adquiridos entran al patrimonio por un hecho o acto del hombre o directamente por el ministerio de la ley.

Ahora bien, la ley nueva no puede lesionar, si el legislador le ha dado efecto retroactivo, los derechos adquiridos; pero sí puede vulnerar las facultades legales y las simples expectativas, porque ni aquellas ni éstas constituyen derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de una persona.

De lo anterior se deriva una consecuencia importante: puesto que en el patrimonio no entran sino los derechos privados, toda una serie de derechos se sustrae al principio de la irretroactividad, como son los que derivan de normas de Derecho Público, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos.

Frente a la teoría anterior, que se ha definido como "clásica", cabe aludir a la teoría de Paul Roubier, expuesta en su obra "Los conflictos de las leyes en el tiempo" (París, dos tomos, 1929-1933).

Distingue este autor entre el "efecto retroactivo" y el "efecto inmediato" de la ley.

El efecto retroactivo, según expresamos, consiste en la aplicación de la ley en el pasado.

El efecto inmediato, a su aplicación en el presente.

Alude seguidamente a las "**situaciones jurídicas**", que pueden definirse como "la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada".

Plantea que esta noción de "situación jurídica" es superior a la de "derecho adquirido", porque no necesariamente tiene, como ésta, un carácter subjetivo, pudiendo aplicarse a situaciones como las del menor, el interdicto, el pródigo, etc. Respecto a estos estados, no podemos hablar de "derechos adquiridos", pero sí de una "situación jurídica".

También es superior esta noción a la de "relación jurídica", pues ésta presupone una relación directa entre dos personas, lo que no ocurre en la "situación jurídica", que puede ser unilateral y oponible a todos.

El número de situaciones jurídicas es infinito, siendo papel de las diversas ramas del Derecho definir y determinar sus efectos. Así, en el derecho de las personas, encontramos, por ejemplo, la situación de cónyuge, la de cónyuge separado, la de divorciado, la de hijo matrimonial o no matrimonial o de adoptado, la que corresponde a diversas incapacidades, la de tutor o curador, etc. En el derecho de bienes, la de propietario, o de usufructuario, o de titular activo o pasivo de una servidumbre, o de acreedor hipotecario, etc. En el derecho de las obligaciones, la de acreedor o deudor, de vendedor o comprador, de arrendador o arrendatario, de autor o víctima del daño, etc. En el derecho de sucesiones, la de heredero legitimario, de legatario, de heredero beneficiario, etc.<sup>63</sup>

Ahora bien, toda "situación jurídica" puede verse afectada por una nueva ley en lo concerniente a su *constitución*, a *sus efectos* o a su *extinción*.

La nueva ley tendrá efecto retroactivo, cuando afecte a las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas. Por consiguiente, una ley relativa a la constitución o a la extinción de una situación jurídica, no puede volver a poner en tela de juicio la eficacia o ineficacia jurídica de un hecho pasado.

En cambio, si la nueva ley sólo afecta los efectos de una situación jurídica nacida con antelación, pero que se produzcan bajo la vigencia

---

<sup>63</sup> Figueroa Yáñez, Gonzalo, ob. cit., p. 172.

de la nueva ley, no habrá efecto retroactivo, sino que efecto inmediato. Pero ello, reiteramos, bajo el entendido que los efectos producidos por dicha situación jurídica antes de entrar en vigencia la nueva ley, ya quedaron regulados y fijados por la ley primitiva; en cambio, la ley nueva regirá los efectos de esta situación jurídica, cuando ellos se generen durante la vigencia de las nuevas normas.

Dicho efecto inmediato también regirá para la constitución, para los efectos y para la extinción de *situaciones jurídicas nuevas*, es decir, nacidas después que la nueva ley haya entrado en vigencia.

Pero el efecto inmediato con que opera la nueva ley, tiene una importante excepción: no afectará a los contratos vigentes al momento en que aquella entre en vigencia, pero siempre que se trate de contratos cuyo contenido quede entregado a la voluntad creadora de los individuos (como ocurre usualmente con los *contratos patrimoniales*). En cambio, los contratos cuyo contenido es fijado imperativamente por la ley (como ocurre con los *contratos de familia*), quedarán sometidos, en cuanto a sus efectos, por la nueva ley.<sup>64</sup> Dicho de otra forma: cuando estamos ante un contrato cuyo íntegro estatuto puede quedar determinado por las partes, es decir, cuando sólo está regulado por normas de orden privado, no se aplicará el efecto retroactivo ni tampoco el efecto inmediato de la ley, sino que se respetará en su totalidad el contrato oportunamente convenido por las partes, bajo el amparo de una ley que ahora puede no existir o puede haberse modificado; en cambio, si el contrato está regulado por normas de orden público, las modificaciones a la legislación aplicable al mismo, afectarán al contrato aunque éste se hubiere celebrado con antelación a tales reformas, es decir, la nueva ley se aplicará con efecto inmediato. Tal ocurre, por ejemplo, con el contrato de matrimonio. Su estatuto lo fija la ley de manera imperativa, de manera que las modificaciones que el legislador haga a este contrato, regirán tanto para los que se celebren en el futuro, como también para los actualmente vigentes. Otro tanto ocurre con el contrato de trabajo.

De esta manera, sintetizando los planteamientos de Roubier acerca de una situación jurídica:

- En cuanto a su constitución: rige la ley antigua.
- En cuanto a sus efectos:
  - i) Los ya acaecidos: ley antigua.

---

<sup>64</sup> Vodanovic, Antonio, *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.*, Tomo primero, 5ª edición, Santiago de Chile, Ediar ConoSur Ltda., 1990, pp. 221 y 222.

ii) Los que se produzcan a partir de la vigencia de la ley nueva: debemos distinguir entre contratos regidos por normas de orden público o por normas de orden privado:

ii.a) Contratos regidos por normas de orden privado: continuarán rigiéndose los efectos del contrato por la ley antigua.

ii.b) Contratos regidos por normas de orden público: se regirán los efectos del contrato por las normas de la ley nueva.

• En cuanto a su extinción:

i) Si se produjo bajo la vigencia de la ley antigua: no puede alterarse por la ley nueva. Rige sólo ley antigua.

ii) Si se produce a partir de la vigencia de la ley nueva: debemos distinguir entre contratos regidos por normas de orden público o por normas de orden privado:

ii.a) Contratos regidos por normas de orden privado: su extinción se regirá por la ley antigua.

ii.b) Contratos regidos por normas de orden público: su extinción se regirá por la ley nueva.

**e) Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes.**

e.1) Finalidad y contenido de la ley.

La ley, promulgada en 1861, tiene por objeto, como lo dice su art. 1º, decidir los conflictos que resulten de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas. Abarca por ello diversas materias.

Se funda la ley en la teoría de los derechos adquiridos y en las meras expectativas, pero en algunos puntos se aparta de sus soluciones y establece otras que han parecido más justas y adecuadas al legislador.

La ley, en los artículos 2º a 9º, se ocupa de las personas naturales (aunque varios de sus artículos han quedado tácitamente derogados con la promulgación de la Ley N° 19.585); el art. 10º de las personas jurídicas; los arts. 12º a 17º de los bienes; los arts. 18º a 21º de las sucesiones; los arts. 22º y 23º de los contratos; el art. 24º de las normas de procedimiento; y los arts. 25º y 26º de la prescripción.

Vale decir, en sus 26 artículos, cubre todas las materias de que trata en sus cuatro libros el Código Civil.

e.2) Leyes sobre el estado civil.

El art. 304 define el estado civil como la calidad de un individuo, en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles.

Se trata de un concepto defectuoso, más parecido al de capacidad, y que no explica la naturaleza del estado civil.

Más apropiadamente, puede definirse como la calidad permanente que ocupa un individuo en la sociedad, en orden a sus relaciones de

familia, que lo habilita para ejercer ciertos derechos y le impone un conjunto de deberes y obligaciones.

En el marco de la ley que estamos analizando, se distingue entre el estado civil adquirido y el que aún no lo ha sido.

\* Adquisición del estado civil: art. 2º. La posibilidad de adquirir un estado civil es una mera expectativa y mientras no se adquiera e incorpore a una persona, quedará dicha expectativa regida por la ley nueva. Vale decir, sólo se podrá adquirir un estado civil conforme a las leyes vigentes. Así, por ejemplo, si un menor adulto de 15 años pretendía casarse bajo la vigencia de la antigua Ley de Matrimonio Civil, al entrar en vigencia la actual, en el año 2004, y exigirle tener cumplidos 16 años, forzosamente debió esperar a cumplir tal edad.

\* Mantención del estado civil: artículos 3, 5 y 6 de la ley.

Conforme al art. 3º, inciso 1º, el estado civil se mantiene, aunque la ley en virtud del cual se contrajo, se modifique. Así, por ejemplo, si un menor de 16 años hubiere contraído matrimonio antes del 18 de noviembre de 2004, conservará su estado civil de casado, aunque a partir de esa fecha, la ley exija tener 16 años cumplidos para contraer matrimonio; o, por ejemplo, si se modificare la Ley de Matrimonio Civil estableciéndose en ella que no podrán casarse los cuñados (parientes por afinidad en la línea colateral en 2º grado), quienes tengan dicho parentesco y hubieren celebrado el contrato de matrimonio antes de la reforma, conservarán su estado civil de casados.

El art. 5º aplica el principio anterior al estado civil de "hijo natural", expresión que hoy debemos entender referida al hijo no matrimonial.

El art. 6º, que hacía referencia a los hijos simplemente ilegítimos, debemos entenderlo derogado, pues si bien esta clase de filiación es asimilable hoy día al hijo de filiación indeterminada, la ley ya no le confiere derecho a pedir alimentos, como acontecía antes de la reforma hecha por la Ley número 19.585 al Código Civil. En este punto, algunos autores advertían una contradicción entre lo que dispone el artículo inicialmente y lo que establece al final. El Código Civil asimilaba el derecho de alimentos al estado civil del hijo simplemente ilegítimo (antiguo art. 280). El único derecho que caracterizaba al estado civil de hijo simplemente ilegítimo era el derecho de alimentos. En consecuencia, se sostenía que este único derecho no podía quedar supeditado, como un mero "efecto" del estado civil, a una ley posterior, porque podría extinguirse el propio estado civil. Habría en efecto contradicción, por cuanto se reconocía por un lado al estado civil de hijo ilegítimo, amparándolo contra la retroactividad, y por otro lado se le desconocía, al permitirse que la nueva ley extinguiera el único efecto del mismo: el derecho de alimentos (tal habría ocurrido, si la nueva ley hubiere establecido que el hijo simplemente ilegítimo carecería de tal

derecho. Como no tenía otro, en los hechos habría desaparecido todo efecto práctico de dicho estado civil).

\* Efectos del estado civil: se rigen por las disposiciones de la nueva ley.

El art. 3º, inc. 2º, se refiere a los efectos del estado civil en general.

El art. 4º, alude a los efectos del derecho legal de goce y de administración que el padre y la madre tienen en los bienes del hijo no emancipado. Por ejemplo, si la ley nueva dispone que los padres deberán obtener autorización judicial, para gravar o enajenar los bienes muebles preciosos o con valor de afección del hijo no emancipado.

e.3) Leyes sobre las personas jurídicas.

El art. 10º, se remite en esta materia al art. 3º; las personas jurídicas reciben igual tratamiento que las personas naturales. Por ende, si bien no se puede desconocer por una nueva ley la existencia de las personas jurídicas constituidas con anterioridad, bajo el imperio de una ley antigua, en cuanto a sus derechos y obligaciones, ellas quedarán supeditadas a lo que disponga la nueva ley. Por ejemplo, la nueva ley dispone que para constituirse una hipoteca por una sociedad anónima, aún para garantizar obligaciones propias, se requerirá aprobación de junta extraordinaria de accionistas. Tal exigencia regirá para las sociedades constituidas antes y después de entrar en vigencia el precepto legal que así lo disponga.

e.4) Leyes acerca de la capacidad.

Debemos distinguir al respecto entre la capacidad de goce y la de ejercicio.

La capacidad es la aptitud de una persona para adquirir derechos o contraer obligaciones y poder ejercerlos y cumplirlas por sí misma.

La capacidad de goce es la aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, y poder ejercerlos y cumplirlas, respectivamente, sin el ministerio o autorización de otra persona.

El art. 7º, inc. 2º, se refiere a la capacidad de goce. Esta queda sometida a las nuevas leyes. Si una persona, bajo el imperio de una ley, tiene aptitud para adquirir ciertos derechos, la pierde si se dicta otra ley que le niega esa aptitud o exige otras condiciones para constituirla. Lo anterior, debido a que la capacidad de goce constituye una abstracta facultad legal, es decir, un supuesto para la adquisición de un derecho. La capacidad de goce no es en sí un derecho adquirido, sino un supuesto que habilita para contraer tal derecho. Naturalmente que la regulación de la capacidad de goce por una ley nueva debemos entenderla en el contexto de la adquisición de derechos particulares (por ejemplo, el

derecho del hijo de filiación no matrimonial de adquirir el estado civil de hijo de filiación matrimonial, con el matrimonio posterior de sus padres; o la posibilidad que tenemos de comprar un bien raíz en tal región o zona del país). En otras palabras, bajo ningún respecto una ley nueva podría desconocer por completo la capacidad de goce de una persona, pues ello equivaldría a desconocerle su carácter de persona, habida cuenta que la capacidad de goce es inherente a la personalidad, es un atributo de la personalidad. Además, tal norma sería inconstitucional, atendido el principio de la igualdad de todas las personas frente a la ley. Nada obsta sin embargo a que la ley, para casos concretos y particulares, limite tal capacidad de goce (por ejemplo, si se dispone que ningún habitante de la República podrá comprar inmuebles en tal zona del país, por razones de seguridad nacional).

El art. 8º se refiere a la capacidad de ejercicio. Tal capacidad no se puede perder por una ley nueva, porque se considera incorporada a nuestro patrimonio. Así, por ejemplo, si una nueva ley establece que la mayor edad se alcanzará nuevamente a los 21 años, aquellos que la hubieren adquirido a los 18 años en conformidad a la ley antigua, no pierden su capacidad de ejercicio, aunque no tengan los 21 años al tiempo de promulgarse la nueva ley. La capacidad de ejercicio, por tanto, subsiste bajo el imperio de una nueva ley, aunque ésta exija condiciones diversas para su adquisición. Con todo, en la práctica la capacidad de ejercicio, aunque no se pierda, puede verse severamente limitada por la nueva ley, pues en cuanto a su ejercicio, a sus efectos, rigen las disposiciones de la nueva ley. En todo caso, éstas no alcanzan a los actos jurídicos ejecutados con anterioridad.

El art. 9º, referido a los guardadores (tutores y curadores), es una aplicación del artículo 8º.

#### e.5) Leyes relativas a los bienes.

Dispone el art. 12º dos reglas:

1º Los derechos reales adquiridos bajo una ley, subsistirán bajo el imperio de otra;

2º En lo que se refiere a los efectos de tales derechos, es decir en cuanto al goce, cargas y extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la extinción, el art. 770, inc. 2º del Código Civil, dispone que si en la constitución de un usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario. Si con posterioridad se modificare esta norma, y se dispusiere que el usufructo no podrá pasar de treinta años, ¿se aplicará esta limitación a los usufructos vigentes, que se hubieren constituido con el carácter de vitalicios? La pregunta es válida, porque en cuanto a su "extinción", rige la ley nueva. La respuesta no es tan simple. Si aplicamos el tenor literal del art. 12,

pareciera que la conclusión es positiva: la nueva ley afectará el plazo de vigencia de los usufructos constituidos antes de que aquella entre en vigencia. Pero ello equivaldría a desconocer la noción de derecho adquirido, como en su época José Clemente Fabres y Luis Claro Solar lo hacían notar. Habría un buen argumento para concluir en términos negativos: como expresa Hernán Corral, "... si se llegara a la conclusión de que el art. 12 permitiera al legislador imponer nuevas causas de extinción del derecho constituido en virtud de una ley anterior, devendría, en esa parte, en un precepto contrario al art. 19 N° 24 de la Constitución, que impide que las leyes afecten retroactivamente al derecho de propiedad".<sup>65</sup>

De cualquier forma, aquí se aprecia claramente la aplicación del principio de los derechos adquiridos. El derecho en sí mismo, permanece intangible, porque incorporado al patrimonio por un **título propio**, es decir, por la actividad de una persona, constituye derecho adquirido; pero no ocurre lo mismo en lo tocante a las facultades anexas al derecho, pues éstas entran al patrimonio por un **título general**, la ley. Por ello, la nueva ley puede, sin caer en retroactividad, someter dichas facultades anexas a su imperio.

Hay quienes advierten en el art. 12° la misma contradicción apuntada a propósito del art. 6°. Se sostiene que bajo la apariencia de irretroactividad, el art. 12° otorga a las nuevas leyes efectos retroactivos, pues al decir que un derecho adquirido en conformidad a una ley se extinguirá por los medios que señale una ley posterior, afecta directamente al derecho.

Para otros autores, siguiendo la teoría de Paul Roubier (que en lugar de hablar de derechos adquiridos, como se refirió, alude a "situaciones jurídicas constituidas"), no habría retroactividad. Al ordenar la ley que "un derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra", se está refiriendo al caso que una nueva ley imponga nuevos requisitos para la constitución del derecho real, la que no recibirá aplicación tratándose de un derecho anteriormente constituido; pero el legislador no ha querido indicar que este derecho sea perpetuo; la circunstancia de aplicarse la nueva ley en lo tocante a la extinción del derecho no produce retroactividad, porque no se ataca a una situación constituida o extinguida, sino a una que se halla en curso, que está desarrollando sus efectos.

En todo caso, más allá de la discusión doctrinaria, debemos recordar que en Chile, las leyes sobre el derecho de propiedad son irretroactivas, por disposición constitucional: art. 19 número 24 de la Constitución.

---

<sup>65</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 139.

Los arts. 16 y 17, referidos al derecho real de servidumbre (art. 820 del Código Civil), reafirman el principio del art. 12. Disponen:

i.- Art. 16: las servidumbres naturales y las voluntarias que se hubieren constituido bajo el imperio de una ley, subsistirán bajo el imperio de la ley nueva, pero en lo tocante a su ejercicio y conservación, se regirán por esta última.

ii.- Art. 17: si bajo el imperio de una ley nueva puede reclamarse la constitución de una servidumbre natural (que no podía reclamarse bajo la vigencia de la ley antigua), quien lo haga deberá abonar al dueño del predio sirviente los perjuicios que la constitución de la servidumbre le irrogare. En otras palabras, la circunstancia de que bajo la vigencia de la ley antigua no era posible reclamar la constitución de la servidumbre natural, no es obstáculo para que ahora se reclame, si la ley nueva lo permite. Pero si se reclama, quien lo haga debe indemnizar al dueño del predio que resulta gravado.

e.6) Leyes relativas a la posesión (art. 700 del Código Civil).

El art. 13º alude a ella. La misma crítica que se hace al art. 12º, se suele formular respecto al art. 13º: la irretroactividad de las leyes sobre la posesión sólo sería ilusoria. Si adquirida la posesión de una cosa bajo el imperio de una ley, no puede conservarse bajo otra posterior, sino por los medios que esta última establece, es indudable que no puede hablarse de irretroactividad.

Pero la crítica en este caso es injustificada, pues existe una diferencia sustancial entre la naturaleza jurídica de un derecho real y la posesión. Esta última no es un derecho, sino un hecho, jurídicamente protegido, que, a través de la prescripción adquisitiva, puede conducir a un derecho. En consecuencia, mal podría tratarse de un derecho adquirido. Se trata de una mera expectativa.

e.7) Derechos deferidos bajo una condición.

Se entiende por condición aquél hecho futuro e incierto, del cual pende el nacimiento o la extinción de un derecho.

Por ejemplo, se deja una cuantiosa herencia a una persona que actualmente cursa cuarto año de la carrera de Derecho, pero imponiéndole la condición, para recibirla, de que obtenga el título de abogado, en el plazo de cinco años, contados desde el fallecimiento del causante.

Se pone el art. 14º en la hipótesis que una ley nueva, modifique el plazo dentro del cual deba cumplirse una condición, para adquirir un derecho. Si la nueva ley establece que la condición se entenderá fallida de no cumplirse dentro de cierto plazo (y por ende no se adquirirá el derecho), debemos distinguir:

1º El derecho subsistirá bajo el imperio de la nueva ley, por el tiempo que señale la ley precedente;

2º Pero si el tiempo señalado por la ley precedente para cumplir la condición fuere mayor que el plazo señalado por la nueva ley, contado tal plazo desde la fecha en que la última ley empiece a regir, la condición deberá cumplirse dentro del referido plazo, so pena de tenerse por fallida.

Así, por ejemplo, para el cumplimiento de una condición de la que depende la restitución de un fideicomiso, el Código Civil fija como plazo máximo 5 años, contados desde la delación de la propiedad fiduciaria al propietario fiduciario (art. 739). Por ende, si se dejó un legado a Juan, consistente en un inmueble, pero sujetando su dominio al gravamen de pasar a Isabel, si ésta jura como abogado, ella debe cumplir con esta condición en el expresado plazo de cinco años. Ahora bien, si el Código Civil fuere modificado cuando iba transcurrido un año, y se estableciera en el nuevo texto legal que la condición debe cumplirse en el plazo de 3 años, a Isabel sólo le restará para jurar como abogado el plazo de 3 años, y no de 4, de haber continuado rigiendo la norma antigua.

e.8) Prohibición de usufructos, usos, habitaciones y fideicomisos sucesivos: art. 15º. La norma no hace sino reiterar las prohibiciones contenidas en los arts. 745 y 769, y se justificó al promulgarse la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, para aquellos usufructos, fideicomisos sucesivos, etc., que se encontraban vigentes en aquel momento.

e.9) Leyes relativas a la sucesión por causa de muerte.

Los arts. 18 y 19 se refieren a la sucesión testada. El art. 20, inciso 1º, a la sucesión intestada y el art. 21 a la partición de bienes.

Las sucesiones se rigen por la ley vigente al tiempo de su apertura, esto es, por la ley que impera en el momento de la muerte del causante (artículo 955). Por consiguiente, dicha norma determina la capacidad e incapacidad de los asignatarios, todo lo relativo al desheredamiento, a la partición de bienes, al derecho de transmisión y al de representación, etc.

1º Sucesión testamentaria: es preciso distinguir en todo testamento:

\* Requisitos externos o solemnidades que la ley exige para la validez del testamento y para su prueba: se rigen por la ley vigente al otorgamiento del testamento (art. 18º). En consecuencia, aunque en el lapso que media entre el otorgamiento del testamento y la muerte del testador se modifique la ley en lo concerniente a la forma de otorgamiento del testamento, dicha reforma legal no afectará a los testamentos otorgados antes de tal reforma, en lo que concierne a las solemnidades del testamento.

\* Requisitos internos, que dicen relación con la capacidad y la libre y espontánea voluntad del testador: el art. 18º nada dice al respecto. Los autores dan soluciones contradictorias.

José Clemente Fabres afirma que la capacidad y libre voluntad del testador se rigen por la ley vigente al tiempo de la muerte del mismo. Ello, porque el testamento es un simple proyecto que no cobra eficacia sino con la muerte del testador y si el legislador cree que no está perfecta la voluntad sino cumpliendo con los requisitos que impone una nueva ley, es natural que lo exija para todos aquellos que mueren después de promulgada la ley que lo establece. La ley, corrobora otro autor, dice expresamente que las "*disposiciones*" contenidas en el testamento están subordinadas a la ley vigente a la época en que fallece el testador. Ahora bien, las disposiciones del testamento no son sino el efecto de la capacidad y de la libre voluntad del testador; luego, es necesario que tal capacidad y voluntad hayan existido a la fecha en que esas disposiciones se entienden dictadas, y para decidir si efectivamente han existido o no, debe atenderse a las precauciones que esa misma ley establecía para garantizar la perfección de la voluntad.

A juicio de Alessandri, lo más aceptable es que los requisitos internos del testamento se rijan por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento. Si bien la Ley sobre efecto retroactivo no es clara, el texto del art. 18º opone las "solemnidades externas" a las "disposiciones", siendo claro, en su opinión, que se quiso incluir en la primera expresión todo lo relacionado con el otorgamiento del testamento. Y si alguna duda cabe, agrega Alessandri, ella desaparece ante el tenor de los arts. 1005 y 1006. El último precepto daría la pauta para conocer la intención del legislador, al establecer que la capacidad del testador, es decir uno de los requisitos internos del testamento, se rige por la ley vigente al tiempo de otorgarse.

\* Disposiciones testamentarias (herencias y legados que se instituyen en el testamento): el contenido del testamento, está sujeto a la ley vigente al tiempo de la muerte del testador. Obedece lo anterior a que las disposiciones del testador se reputan dictadas inmediatamente antes de su muerte, ya que el testamento es esencialmente revocable y sólo produce sus efectos al fallecer el testador. El derecho del heredero o legatario nace con la muerte del testador y es entonces cuando debe ser capaz y digno de recoger su asignación. Si lo era, una ley nueva no puede quitarle su derecho, que ya se ha incorporado a su patrimonio y por ende puede transmitir a su vez a sus propios herederos, junto con sus demás bienes; pero si la nueva ley se ha dictado antes de la muerte del testador, ella afectará al asignatario, sin que por ello tenga efecto retroactivo, porque sólo destruye una mera expectativa, no un derecho adquirido (por ejemplo, si una nueva ley dispone, antes del fallecimiento

del testador, que será incapaz de suceder el abogado que hubiera redactado el testamento).

El art. 19º es una consecuencia del principio anterior. Así, por ejemplo, si hoy un testador deja todos sus bienes a un extraño y no respeta por lo tanto las asignaciones forzosas (es decir, las que está obligado a hacer a ciertas personas por mandato de la ley) y si antes de su fallecimiento se dicta una ley que suprime tales asignaciones forzosas, sus disposiciones testamentarias tendrán pleno efecto. Podríamos decir que, en este caso, las disposiciones testamentarias cobran eficacia con posterioridad al otorgamiento del testamento.

### 2º Sucesión intestada.

La misma regla que el art. 18º establece sobre las disposiciones testamentarias, se aplica a la sucesión intestada. Debemos estar a las normas vigentes a la muerte del causante. De tal forma, el que era incapaz según la antigua ley, puede recibir la asignación si a la apertura de la sucesión la nueva ley lo considera capaz. Por el contrario, el que era capaz de suceder bajo la antigua ley no podrá recoger la herencia si en el instante de su delación, es incapaz con arreglo a la nueva ley.

La delación es el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar la herencia o legado, que se hace al momento de morir el causante (art. 956, inc. 1º del Código Civil).

Lo mismo cabe decir respecto de las normas que regulan los órdenes sucesorios (arts. 988 y siguientes del Código Civil). Regirán en la sucesión intestada del causante, las normas vigentes a la época de su muerte.

### 3º El derecho de representación.

El art. 20º se refiere a este derecho, definido a su vez en el art. 984, inciso 2º. Dispone el inciso 1º del art. 20º que tal derecho se regirá por la ley vigente a la apertura de la sucesión. Ejemplo: si mañana se estableciera por una ley que el derecho de representación sólo tiene cabida hasta el 2º grado de parentesco en línea recta y no hasta el infinito, como ocurre ahora, y si la sucesión se abre bajo el imperio de la nueva ley, los bisnietos del causante, que en conformidad a la ley antigua podían heredar por derecho de representación, ahora no lo podrían hacer, porque son parientes en tercer grado del causante.

Dispone por su parte el inciso 2º del art. 20º lo que sucede ante un cambio de legislación, si en el testamento se había llamado a suceder según las normas del derecho de representación. En este caso, el testador ha instituido heredero a una persona determinada y en caso de llegar a faltar, dispone que deben ser llamadas las personas que tienen derecho a representar al primer heredero. En esta hipótesis, dice la ley, para la determinación de esas personas se atenderá a la ley vigente a la fecha en que se otorgó el testamento. En otras palabras, si la nueva ley dispone que otros serán los llamados a representar al primer heredero,

se preferirá a los que podrían haber concurrido bajo el imperio de la ley antigua. Lo anterior se explica, porque el testador tuvo en vista, para referirse al derecho de representación, la ley vigente a la época en que otorgó el testamento. Cabe señalar que en este caso no hay en realidad sucesión por derecho de representación, puesto que tal derecho no tiene lugar en la sucesión testada. Lo que ocurre es que el testador manifiesta su voluntad, en orden a indicar quienes heredarán, remitiéndose al derecho de representación que la ley consagra para las sucesiones intestadas.

#### 4º Partición y adjudicación.

El art. 21º establece que, en la partición y adjudicación subsecuente de una herencia o legado, regirán las normas vigentes a la época de la delación de la herencia. Es decir, las vigentes al momento del fallecimiento del causante, por regla general.

Así, por ejemplo, hasta el 26 de octubre de 1999, antes de entrar en vigencia la reforma introducida al Código Civil por la Ley Nº 19.585 (llamada "Ley de Filiación"), los hijos "naturales" (nacidos fuera del matrimonio pero reconocidos), recibían la mitad de lo que correspondía a un hijo "legítimo". A partir del 27 de octubre de 1999, tienen idénticos derechos en la herencia de su padre o madre. Ahora bien, supongamos que el causante hubiere muerto el 25 de octubre del año 1999, pero sus dos únicos herederos –un hijo "natural" y un hijo "legítimo"–, se mantienen aún en comunidad. Si la partición se lleva a cabo hoy día y en el marco de la misma el Juez Partidor dispone la venta en pública subasta de los bienes indivisos, el primero recibirá un tercio y el segundo dos tercios del precio que se obtenga por la venta de los bienes comunes. En cambio, si el causante hubiere fallecido el 28 de octubre del año 1999, lo obtenido con la venta de los bienes se debe repartir en partes iguales.

#### e.10) Leyes relativas a los contratos.

Dispone el art. 22º que las leyes vigentes al tiempo de celebrar un contrato, se entenderán incorporadas en el mismo. En consecuencia, dichas leyes determinan tanto los requisitos necesarios para la validez del contrato como el alcance de los derechos y obligaciones por él generados. Por ende, todo lo relativo a los requisitos internos o de fondo de un contrato –consentimiento exento de vicios, capacidad, objeto lícito y causa lícita–, así como lo concerniente a sus requisitos de forma o solemnidades, han de entenderse cumplidos conforme a la ley vigente a la época de su celebración. De la misma forma, lo concerniente a los efectos del contrato –derechos y obligaciones por él generados–, se regirán por la ley que se encontraba vigente al momento en que aquél se celebró. Tal contrato, fundado en lo expresamente estipulado y en la legislación vigente que le sea aplicable, incorporada en el contrato como

un estatuto jurídico residual o supletorio de la voluntad, será una ley para los contratantes (art. 1545).

De esta manera, como señala Hernán Corral, el contenido de un contrato no podrá verse alterado por una ley posterior a su celebración. Dicho contenido invariable del contrato estará compuesto por:

1. Las estipulaciones expresas de las partes (art. 1545).
2. Las disposiciones legales supletorias (art. 1546).
3. Las leyes imperativas que se imponían a la voluntad de las partes (art. 1546).<sup>66</sup>
4. Las costumbres supletorias vigentes en esa época (art. 1546).

De esta manera, el contenido del contrato habrá quedado irrevocablemente fijado de conformidad a los arts. 1545 y 1546 del Código Civil, en relación al 22 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

Con todo, no obstante los términos generales que tiene el art. 22, es necesario formular en nuestra opinión algunos distingos:

i.- En cuanto a los requisitos de existencia y de validez del contrato: regirá la ley vigente a la época de su celebración, sea que se trate de un contrato cuyo contenido pueden pactar íntegramente las partes o de un contrato dirigido, cuyo estatuto es fijado mayoritariamente por el legislador en forma imperativa.

ii.- En cuanto a los efectos del contrato: es necesario subdistinguir, según si se trata:

- De un contrato cuyo contenido pueden pactar íntegramente las partes. Se trata de los contratos exclusivamente patrimoniales, regidos por normas de orden privado, cuyo íntegro contenido pueden fijar los contratantes libremente, según ya se expuso: estos contratos se regirán, en cuanto a sus efectos, por la ley vigente a la época de su celebración. Regirá aquí en plenitud la ultractividad de la ley.

- De un contrato dirigido, cuyo estatuto es fijado mayoritariamente por el legislador en forma imperativa: se regirán sus efectos por la ley vigente a la época en que éstos se produzcan. No habrá en tal caso ultractividad de la ley, sino efecto inmediato de la ley. Así, por ejemplo, tratándose de los contratos de familia, como el contrato de matrimonio, o el contrato de trabajo, o el contrato de arrendamiento de predios urbanos. En todos estos casos, si se modifica la legislación que regula estos contratos, dicha reforma afectará tanto a los contratos celebrados antes de la reforma, como a los que se convengan después de la mutación legal. Veamos algunos ejemplos:

1º Respecto del contrato de matrimonio, una ley nueva, modifica el art. 1749 del Código Civil y agrega otra limitación a la administración del

---

<sup>66</sup> En esta parte, discrepamos del profesor Corral. En nuestra opinión, tratándose de normas imperativas, no podría existir ultractividad de la ley.

marido de los bienes sociales, habiendo régimen de sociedad conyugal: por ejemplo, establece que el marido deberá obtener autorización de la mujer o de la justicia en subsidio, para enajenar bienes muebles cuyo valor supere las 10 unidades de fomento. En tal caso, el marido no podría aducir que tal limitación no se le aplica, habida cuenta que al contraer matrimonio, la ley no la contemplaba.

2º Respecto del contrato de trabajo, una ley nueva, dispone que la jornada semanal de trabajo no podrá exceder de 40 horas. El empleador que hubiere celebrado con el trabajador el contrato antes de la reforma (hoy puede llegar a 45 horas semanales), no podrá sostener que la limitación no rige para ese contrato.

3º Respecto del contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, una ley nueva, establece que la renta anual de arrendamiento de predios urbanos cuyo avalúo fiscal no exceda de cincuenta millones de pesos, no podrá superar el 11% anual de dicho avalúo. El arrendador que hubiere dado en arrendamiento el inmueble bajo la vigencia de la ley antigua (que hoy no establece ninguna limitación), no podrá pretender que la limitación no rige para dicho contrato. Ello, porque conforme al art. 19 de la Ley Nº 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, los derechos que esta ley confiere a los arrendatarios son irrenunciables. Con todo, admitimos que este ejemplo podría discutirse, sobre la base de atentar la ley nueva contra el derecho de propiedad del arrendador, en este caso, consistente en percibir la renta pactada.

Dos excepciones, sin embargo, establece el citado art. 22º:

1º En lo relativo a las leyes procesales: se aplicarán las leyes vigentes al momento de promoverse la contienda judicial. Ello, porque las leyes procesales rigen *in actum*. No hay ultractividad respecto de ellas. En todo caso, en materia de prueba, debemos distinguir conforme lo dispone el art. 23º, entre las leyes procesales sustantivas -qué medios de prueba se admiten- y las leyes procesales adjetivas -cómo debe rendirse la prueba. En cuanto a los medios de prueba admisibles, rige la ley vigente al celebrarse el contrato; en cuanto a la forma de rendir la prueba, rige la nueva ley.

2º En lo relativo a las penas que por la infracción del contrato impongan las leyes: el incumplimiento se castigará conforme a la ley vigente a la época de la infracción, no del contrato. Cabe precisar que la norma se refiere a las penas que impone la ley, no a las penas estipuladas por las partes en caso de incumplimiento. Estas últimas quedan sujetas a las leyes vigentes al tiempo de celebrar el contrato. Así, por ejemplo, si por la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato se castiga la infracción con la indemnización de perjuicios, comprendiéndose en éstos tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1556) y con posterioridad una ley establece que la indemnización se limitará al daño emergente, las infracciones verificadas bajo la vigencia de esta nueva

ley sólo obligarán a responder por este único perjuicio y no por el lucro cesante. En cambio, la pena estipulada por las partes (cláusula penal) se mantendrá inalterable. Se ha dicho, a propósito de esta excepción, que ella se referiría exclusivamente a las leyes penales, y no a las civiles.<sup>67</sup> Nos parece que ambas clases de normas quedarían comprendidas bajo la expresión "penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos" (en los contratos), pues la "pena" operaría al infringir lo estipulado en el contrato, no al infringir lo estipulado en la ley (donde podría configurarse una eventual responsabilidad penal).

e.11) Leyes relativas al procedimiento.

Conforme al art. 24º, las leyes de procedimiento rigen *in actum*, tienen efecto inmediato, desde su promulgación. Frente a tales normas, no cabe hablar de derechos adquiridos.

Excepcionalmente, los plazos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Así, por ejemplo, el término para contestar la demanda en un juicio ordinario, se rige por la ley antigua, si tal plazo estuviere pendiente al dictarse una nueva ley.

e.12) Leyes relativas a la prescripción.

El art. 25º se refiere tanto a la prescripción adquisitiva como extintiva. La prescripción es un modo de adquirir el dominio o de extinguir los derechos y obligaciones (art. 2492). Conforme al art. 25º, es el prescribiente quien elige la ley que debe regir la prescripción alegada. A veces, puede resultarle más ventajoso someterse a la ley nueva y en otras ocasiones, a la ley antigua. Así, por ejemplo, si la ley antigua requería 15 años para adquirir por prescripción y la nueva ley sólo 10 años, y al ser promulgada la última iban transcurridos 7 años, le conviene optar por la primera, pues le faltarían sólo 8 años; si escoge la segunda, debe esperar 10 años, contados desde la promulgación de la nueva ley. Desde el punto de vista de la prescripción extintiva, si la ley antigua establecía que la acción cambiaria emanada del pagaré a la orden prescribía en 4 años contados desde el vencimiento de la obligación, y la nueva ley rebaja a un año tal plazo, pero al promulgarse la última iban transcurridos 3 años 6 meses y el acreedor notifica la demanda 9 meses después de haber sido promulgada la nueva ley, no le convendrá al prescribiente elegir la nueva ley, sino la antigua. En el marco de la antigua ley, la acción cambiaria prescribió tres meses antes de la notificación; en el marco de la nueva ley, faltarían tres meses para que dicha acción prescribiera.

---

<sup>67</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 140.

El art. 26º sólo se refiere a la prescripción adquisitiva. La norma se pone en el caso de que una persona entre en posesión de una cosa, de manera que más adelante, transcurrido el plazo previsto en la ley, pueda adquirir su dominio. Sin embargo, si en el lapso intermedio una ley declara que la cosa en cuestión no puede adquirirse por prescripción, el propósito del poseedor no podrá alcanzarse. Regirá la ley nueva, y no la vigente al entrar en posesión de la cosa. Esto, no es sino una aplicación del principio de que la posesión, presupuesto de la prescripción, no es un derecho adquirido sino una mera expectativa.

## **10.2.- EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TERRITORIO.**

### **a) Territorialidad y extraterritorialidad de las leyes.**

Los problemas que origina el conflicto de leyes en el espacio, giran en torno a dos principios contrapuestos: el territorial y el personal o extraterritorial.

Según el principio territorial, las leyes se dictan para un territorio y tienen su límite dentro del mismo. Según el principio personal, las leyes se dictan para las personas y siguen a éstas fuera del territorio nacional.

Si el primero de los principios se aplicara estrictamente, el Estado podría exigir el reconocimiento exclusivo de su derecho sobre el territorio que le pertenece, pero no podría pretender que sus normas fueren reconocidas más allá de las fronteras.

Si se aplicara en términos absolutos el principio personal, el Estado sólo podría legislar para sus nacionales y no podría hacer valer autoridad alguna sobre los extranjeros que residieran en su territorio.

Se visualiza por tanto que la aplicación extrema de uno o de otro principio, generaría graves dificultades. Por eso, cuando las relaciones sociales y comerciales entre las naciones se hicieron más continuas y regulares, se comprendió que la ley no podía ser absolutamente personal ni absolutamente territorial y que resultaba necesario buscar fórmulas de armonía y conciliación entre ambos principios contrapuestos. Esta ha sido la constante aspiración de los sistemas de Derecho Internacional Privado.

### **b) Territorialidad de la ley.**

b.1) Normas que lo establecen.

En cuanto a las personas, el art. 14º del Código Civil consagra en nuestro Derecho el principio territorial, al disponer que “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

Conforme a lo anterior, en principio, salvo las excepciones que se indicarán, todos los individuos que habitan en el territorio nacional, sean chilenos o extranjeros, quedan sometidos a la ley chilena desde el punto de vista de sus personas, sus bienes y sus actos jurídicos.

Dicho principio, respecto de los bienes, también está consagrado en el inciso 1º del art. 16º: "Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile".

El principio de la territorialidad absoluta está presente también en varias disposiciones legales:

1º En lo que se refiere al matrimonio: artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, que impone a los que se casaron en el extranjero, el cumplimiento de las normas relativas a los impedimentos dirimentes. Lo mismo ocurre con el art. 12 de la Ley N° 20.830, sobre Acuerdo de Unión Civil: podrá declararse nulo el contrato celebrado en el extranjero, en contravención a lo dispuesto en los artículos 7º, 8º y 9º de la citada Ley (por ejemplo, porque los contrayentes no eran mayores de edad).

2º En lo relativo a la sucesión abintestato: art. 997, los extranjeros son llamados de la misma manera que los chilenos.

3º En el ámbito del Derecho Penal, dispone el art. 5º del Código del ramo que la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

b.2) Excepciones al principio de la territorialidad consagrado en el art. 14º.

Dicho principio no tiene más excepciones que las siguientes, admitidas por el Derecho Internacional:

1º Los soberanos de un Estado quedan sometidos a sus leyes, dondequiera se encuentren;

2º Los agentes diplomáticos acreditados ante un país, están sometidos a las leyes del Estado al cual representan; y

3º Los barcos de guerra de nación extranjera, aun los surtos en aguas territoriales chilenas, y las aeronaves militares extranjeras autorizadas para volar en el espacio aéreo chileno, están sometidos a las leyes del Estado al cual pertenecen, tratándose de aquellos actos realizados al interior de las naves o aeronaves (por ende, si por ejemplo los tripulantes de un barco de guerra extranjero protagonizan un delito estando desembarcados en un puerto, quedarán sujetos a la ley chilena). Igual principio rige para los barcos y aeronaves militares chilenos, en el extranjero.

b.3) Equiparación de los chilenos y extranjeros.

En compensación a las obligaciones que el art. 14º impone a los extranjeros al someterlos a las leyes chilenas, se les otorga en el art.

57º una franquicia, al establecerse que en lo relativo a la adquisición y goce de los derechos civiles, le ley no reconoce diferencias entre los chilenos y los extranjeros.

Hay algunas excepciones a la regla anterior, fundadas más bien en el domicilio antes que en la nacionalidad, como se verá a propósito de esta última.

### **c) Extraterritorialidad de la ley.**

Los casos en que la ley produce efectos fuera del territorio del Estado que las dicta, son excepcionales, porque la regla general es que no produzca efectos sino dentro de sus límites. No obstante, hay casos en que la ley chilena produce efectos fuera del territorio nacional, hipótesis en la cual hablamos de extraterritorialidad de la ley chilena.

Para abordar este tema, debemos distinguir entre tres tipos de leyes:

- c.1) Leyes personales.
- c.2) Leyes reales.
- c.3) Leyes relativas a los contratos.

#### **c.1) Leyes personales.**

La extraterritorialidad de la ley chilena, en lo que respecta a las leyes personales, está determinada por el art. 15º del CC. Similar fundamento tiene el art. 80 de la Ley de Matrimonio Civil.

Debemos precisar que la norma del art. 15º no implica una inconsecuencia con respecto al art. 14º. En principio, pareciera haberla, porque mientras el art. 14º declara que en Chile rige solamente la ley chilena (lo que equivale a decir que no se acepta la ley personal del extranjero), en el art. 15º se dispone que la ley personal del chileno rige más allá de las fronteras de nuestro país. Sin embargo, examinando la cuestión a fondo, se ve que no hay tal inconsecuencia:

- i.- En primer lugar, porque la ley chilena sólo rige en el extranjero para los actos que han de tener efecto en Chile;
- ii.- En segundo lugar, no se exige ni se pide a las autoridades extranjeras amparo para la ley chilena, para los referidos actos que han de tener efectos en Chile. De tal forma, en caso alguno se pretende que la ley chilena sea aplicada por tribunales extranjeros.

- Fundamento del art. 15º: el legislador chileno quiere evitar que, mediante un subterfugio, se burlen las leyes nacionales relativas al estado y capacidad de las personas y a las relaciones de familia, todas de orden público, ligadas a la constitución misma de la sociedad, y en especial a la familia, su núcleo básico.

- Aplicación restrictiva del art. 15º: constituyendo esta norma una excepción al principio general de la territorialidad, debe aplicarse restrictivamente, sólo en los casos que ella contempla. Su carácter excepcional queda de manifiesto teniendo presente:

1º Que sólo se refiere a los chilenos.

2º Sólo hace obligatorias para el chileno que está fuera del país las leyes chilenas relativas al ESTADO de las personas y a su CAPACIDAD para ejecutar actos que hayan de tener efectos en Chile, y a las obligaciones y derechos que nacen de RELACIONES DE FAMILIA. Las demás leyes chilenas, aunque sean personales, no obligan al chileno que se halla en el extranjero.

3º Sólo se refiere a los actos que hayan de tener efectos en Chile y sólo respecto al cónyuge y parientes chilenos.

- Análisis del N° 1 del art. 15º.

El acto ejecutado por un chileno en el extranjero está sujeto a la ley chilena, en cuanto a su estado y capacidad, si ese acto va a producir efectos en Chile. Si los produce, queda sujeto a las leyes chilenas; en caso contrario, se rige por las leyes del país en que el acto se realiza. Un acto produce efectos en Chile cuando los derechos y obligaciones que origina, se hacen valer o intentar cumplir en Chile.

Así, por ejemplo, en cuanto a la capacidad, si un chileno de 17 años, domiciliado en Panamá, donde la mayoría de edad fuere adquirida a los 16 años, vende un bien raíz ubicado en Chile, tal compraventa adolecerá en nuestro país de nulidad relativa, a menos que el vendedor hubiere actuado representado o autorizado. En Panamá en todo caso, el acto es válido.

De igual forma, en cuanto al estado de una persona, si por ejemplo un chileno de sólo 13 años contrae matrimonio en Arabia Saudita, donde los varones pueden celebrar tal contrato a partir de los 12 años, el matrimonio adolecerá de nulidad en Chile. El mismo principio se recoge en la Ley de Matrimonio Civil, art. 80º en relación a los arts. 4º a 7º.

- Análisis del N° 2 del art. 15º.

Esta disposición tiene por objeto proteger a la familia chilena. Los chilenos domiciliados o residentes en el extranjero quedan sometidos a la ley chilena en lo que respecta a sus relaciones de familia; los derechos que emanen de tales relaciones de familia, sólo pueden reclamarse por los parientes y el cónyuge chilenos.

Directamente ligada con esta disposición, está la norma del art. 998º. La regla general respecto a las sucesiones (art. 955º) es que éstas se reglan por las leyes del último domicilio del causante; pero como las leyes chilenas protegen siempre a los parientes chilenos, han

establecido que si en una sucesión abierta en el extranjero tiene el causante bienes en Chile, en éstos deberá adjudicarse el total de lo que corresponda a los herederos chilenos, quienes tendrán los mismos derechos que las leyes chilenas les acuerdan en las sucesiones abiertas en Chile. Regirá al respecto el art. 149º del COT, que dispone que cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados en Chile, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse ante el juez del lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquél no lo hubiere tenido (art. 833 del CPC); este juez será también competente para conocer de la apertura y publicación del testamento (art. 1009 del CC). El art. 998 está ubicado entre las reglas de la sucesión abintestato y comienza diciendo "en la sucesión abintestato de un extranjero...". Pero de acuerdo con la doctrina unánime, este precepto debe aplicarse por analogía a las sucesiones testamentarias en lo que respecta a las asignaciones forzosas de los sucesores chilenos, pues existen las mismas razones de protección en una y otra sucesión. Así, por ejemplo, si un inglés muere en Londres, en donde existe libertad absoluta para testar, y dicho inglés tenía dos hijos, uno inglés y otro chileno, y al morir el causante deja un testamento en el cual instituye como único heredero a su hijo inglés, y ha dejado bienes en Chile, el hijo chileno tiene derecho a pedir que se le adjudique en esos bienes, todo lo que según la ley chilena debiera percibir a título de legítima, dado su carácter de asignatario forzoso (arts. 1167 y 1182 N° 1).

#### c.2) Leyes reales.

Son las que se refieren directamente a los bienes, y sólo de un modo accidental o accesorio a las personas. El principio general, basado en la territorialidad, es que los bienes situados en Chile, se rigen por la ley chilena: art. 16º ("*lex loci rei sitae*").

No se toma en consideración para determinar cuál es la ley aplicable a un bien situado en Chile, la nacionalidad del propietario, sino que exclusivamente el lugar de su ubicación.

A contrario sensu, se desprende del art. 16º, inc. 1º, que los bienes situados en el extranjero no están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean chilenos y residan en el territorio nacional.

- Excepciones al principio anterior:

1º La del art. 16º, inc. 2º. En efecto, la regla del art. 16º, inc. 1º, se entiende, sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en el extranjero. Esto implica que no obstante estar situados los bienes en Chile, las estipulaciones contractuales que a ellos se refieren, otorgadas válidamente en el extranjero, tienen pleno valor y efecto en Chile (el art. 16º, inc. 3º, contiene una contra-

excepción, que nos devuelve al principio general del inciso 1º, como veremos).

2º La del art. 955º: en efecto, de acuerdo al inciso 1º del art. 16º, dado que los bienes situados en Chile están sujetos a la ley chilena, la manera de adquirir dichos bienes también ha de ser conforme a nuestra ley. Sin embargo, según el art. 955º, la sucesión -que es un modo de adquirir- se regla por la ley del último domicilio del causante; de suerte que si éste fallece teniendo su último domicilio en el extranjero, se regirá por la ley del país en el cual tenía su último domicilio (sin perjuicio que en lo relativo a los bienes que se encuentran en Chile, regirá el art. 149 del Código Orgánico de Tribunales). Aquí, también opera una contra-excepción, que nos devuelve al principio general del art. 16, inc. 1º: la contenida en el art. 998º, ya visto, respecto del cónyuge y parientes chilenos.

Visualicemos lo anterior con un ejemplo: si un alemán fallecido en Colonia y teniendo su último domicilio en dicha ciudad deja bienes en Chile, en principio, según la regla general del art. 16, inc. 1º, la sucesión de sus bienes deberá regirse por la ley chilena; pero en virtud del art. 955º, correspondería aplicar la ley alemana (la del último domicilio); con todo, si hay chilenos con derecho a herencia o alimentos, sus derechos se reglan por las leyes chilenas y podrán solicitar que se les adjudique el total de lo que les corresponda en los bienes situados en Chile, solicitando incluso en nuestro país la posesión efectiva de la herencia, en lo tocante a esos bienes (art. 998º del Código Civil y art. 149º del Código Orgánico de Tribunales).

### c.3) Leyes relativas a los actos y contratos.

Para determinar la ley por la que se rige un acto jurídico otorgado o celebrado en el extranjero y que se hará valer en Chile, debemos distinguir entre:

- i.- Los requisitos externos o de forma;
- ii.- Los requisitos internos o de fondo;
- iii.- La prueba del mismo; y
- iv.- Sus efectos.

Los revisamos en el mismo orden:

#### i.- Ley que rige los requisitos externos o de forma de los actos.

Son requisitos externos o de forma los que se relacionan con la manera de hacer constar fehacientemente la existencia del acto jurídico. Se trata de los requisitos externos que la ley exige para otorgar o celebrar un acto o contrato. Por ejemplo, la ley chilena exige escritura pública en la compraventa de bienes raíces; o, tratándose del otorgamiento de un testamento abierto, la presencia de al menos tres

testigos y notario público o, si no concurre un notario público, la presencia de al menos cinco testigos.

El principio aquí es el siguiente: los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en que han sido otorgados o celebrados, cualquiera que sea la legislación del país en que han de producir sus efectos, según el principio "*Lex locus regit actum*", principio universal de Derecho, consagrado entre nosotros en el art. 17º, en el art. 1027 (respecto de los testamentos) y en el art. 80º de la Ley de Matrimonio Civil.

El art. 17, inc. 1º, dispone: "La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados". Agrega acto seguido en su inc. 2º: "La forma se refiere a las solemnidades externas...".

Cabe considerar que si bien el precepto alude a la "forma de los instrumentos públicos", debiéramos entender que el principio también rige para los instrumentos privados. En ambos casos, se aplicarán las formalidades previstas en la ley del lugar en que se otorgue el instrumento. Se trata de un caso de interpretación extensiva de la norma. Así lo ha entendido por lo demás la doctrina y la jurisprudencia.<sup>68</sup>

Nuestra Corte Suprema ha declarado que este principio es de carácter general, se refiere a todo acto o contrato, a todo instrumento, sea público o privado.

Con todo, el citado principio no es obligatorio en la legislación chilena, sino facultativo. Es decir, los chilenos en el extranjero pueden optar por sujetarse a las leyes del país en que se otorga o celebra el acto o contrato o por actuar conforme a las chilenas, para realizar actos que hayan de surtir efecto en Chile. Si optan por la segunda alternativa, deberán acudir a los funcionarios diplomáticos o consulares chilenos, que estén autorizados para desempeñar en estos casos funciones de ministro de fe. De tal forma, en cada caso concreto, los chilenos residentes en el extranjero decidirán ajustarse a las leyes extranjeras o a las chilenas, según más les convenga.

- Requisitos necesarios para que un instrumento público otorgado en el extranjero conforme a la ley extranjera, tenga validez en Chile:

1º Se requiere que haya sido extendido con las formalidades prescritas por la ley del país en que se otorgó;

2º Que se pruebe su autenticidad conforme a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil. La autenticidad de los documentos públicos se refiere al hecho de:

i.- Haber sido realmente otorgados por las personas que figuren en el instrumento; y

---

<sup>68</sup> Ruz Lártiga, Gonzalo, ob. cit., pp. 69 y 70.

ii.- Haber sido realmente autorizados por las personas y de la manera que en los respectivos instrumentos se exprese (art. 17, inc. 2º).

La autenticidad de los instrumentos públicos se prueba en la forma que establecen los arts. 345 y 345 bis del Código de Procedimiento Civil: se trata del trámite de "legalización" de los documentos.

- Excepciones al principio "*Lex locus regit actum*".

Son las siguientes:

1. El art. 1027º, tratándose el otorgamiento de un testamento: "Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la formas ordinaria". Esto supone que sólo se reconoce validez en Chile a los testamentos otorgados en país extranjero cuando fueren escritos. No se reconoce validez, en cambio, a un testamento verbal otorgado en otro país, cualquiera que sea el valor que las leyes de ese país le atribuyan.

2. El art. 2411, en las normas de la hipoteca: "Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre los bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente registro". Esto implica que, en la práctica, la hipoteca debe constar por escritura pública, porque si no, el Conservador de Bienes Raíces no la inscribirá, aunque la ley extranjera acepte un instrumento privado.

ii.- Ley que rige los requisitos internos o de fondo del acto o contrato.

Son requisitos internos o de fondo los contemplados en el art. 1445 del Código Civil, a saber:

1. La voluntad (debe existir y además no debe estar viciada) y la capacidad de quienes otorgan o celebran el acto o contrato.

2. El objeto (debe existir y ser lícito) y la causa (debe existir y ser lícita) de dicho acto o contrato.

Como puede observarse, los dos primeros son requisitos personales o subjetivos, mientras que los dos últimos son requisitos objetivos, del acto jurídico de que se trate.

Por regla general, los requisitos internos, al igual que los externos, se rigen por la ley del país en que el acto o contrato se ejecuta o celebra. Así se desprende del art. 16, que después de aplicar la ley chilena a los bienes situados en Chile, agrega en su inc. 2: "Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño".

Aunque la norma recién transcrita se refiera a “los contratos”, se ha entendido que también se comprenden en ella los actos jurídicos unilaterales.<sup>69</sup>

Sin embargo, esta regla que se remite a la ley extranjera, debe matizarse. En efecto, al menos cuatro limitaciones pueden señalarse:

1. En cuanto a la capacidad: regirá la ley chilena y no la extranjera, si se trata de un chileno que otorga o celebra el acto o contrato. Lo anterior, conforme a lo que se establece en el art. 15, inc. 1º. En cambio, si se trata de un extranjero, se mantiene en pie la aplicación de la ley extranjera, pues en este caso no corresponde aplicar el art. 15.

2. Tratándose del contrato de matrimonio: desde ya, sólo se reconocerá como tal al celebrado entre un hombre y una mujer (art. 80, Ley de Matrimonio Civil). Además, se aplicarán a los contrayentes las normas que se refieren a las incapacidades para contraer matrimonio y las que regulan los vicios de que puede adolecer la voluntad, contempladas en los arts. 5, 6 y 7 de la Ley de Matrimonio Civil.

3. En el caso del contrato de acuerdo de unión civil, o semejante celebrado en el extranjero: deberán cumplirse con las normas que regulan los impedimentos de parentesco y los vicios de la voluntad (error y fuerza), contemplados en la Ley N° 20.830. En efecto, dispone el art. 12 de este cuerpo legal:

“Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

1ª. Los requisitos de forma y fondo del acuerdo se regirán por la ley del país en que haya sido celebrado.

2ª. Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el acuerdo celebrado en territorio extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 7º, 8º y 9º de esta ley”.

Los arts. 7 y 9, se refieren a impedimentos para celebrar el acuerdo de unión civil. El art. 9, a los vicios de la voluntad.

4. En general, se ha estimado que otro límite a la eficacia en Chile de los actos otorgados en el extranjero, consistiría en la eventual ilicitud del objeto o de la causa de que estos pudieren adolecer. Lo anterior contravendría el orden público nacional. Así, por ejemplo, si se tratara de un contrato de compraventa de cocaína, celebrado en un país en el que tal acto estuviere permitido.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 150.

<sup>70</sup> Corral Talciani, Hernán, ob. cit., p. 151.

### iii.- Ley que rige la prueba de los actos jurídicos.

Dado que el acto o contrato otorgado o celebrado en el extranjero será presentado en Chile, su prueba deberá regirse por la ley chilena. En otros términos, la prueba será la misma, sea que el acto jurídico se otorgó en Chile o en el extranjero.

Así lo deja en claro el art. 18, en lo que se refiere a la prueba de instrumento público: "En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas".

El art. 18 guarda armonía con el art. 1701, que dispone en su inc. 1º: La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

De esta manera, aunque la ley extranjera hubiere admitido probar el acto por instrumento privado, dicha prueba no se admitirá en Chile, cuando nuestra legislación exige que el acto se otorgue o celebre mediante instrumento público.

Cabe tener presente que tratándose de actos solemnes, la ley considera que no hay manifestación de voluntad si no se cumplen las formalidades por ella exigidas. Así, el contrato de compraventa de bienes raíces es solemne, porque debe otorgarse por escritura pública (art. 1801, 2º). Igual cosa respecto de la hipoteca (art. 2409). Estos actos no existen jurídicamente mientras no se realice la solemnidad, y siendo así, es evidente que no podrá probarse su existencia por medio alguno que no sea la escritura pública.

Se entiende así la conexión existente entre los arts. 1701 y 18. Cabe señalar que el último, se aplica a chilenos y extranjeros, porque se refiere a los actos que van a producir efectos en Chile y en nuestro país sólo rige la ley chilena. Todo extranjero que fuera de Chile ejecute un acto que haya de tener efecto en nuestro país y que según nuestras leyes deba otorgarse por escritura pública, debe tener en claro que su acto no valdrá en Chile si no se cumple este requisito, aun cuando las leyes del país en que el acto se realiza no exijan dicha solemnidad.

Lo anterior puede parecer contradictorio con el principio "Lex locus regit actum" reconocido en el art. 17º, pero en verdad no hay tal contradicción, atendido lo dispuesto en el inciso final del art. 16º, que establece que los efectos de un contrato celebrado en el extranjero para cumplirse en Chile, deben sujetarse a nuestras leyes (en general, entendemos por efectos de un contrato los derechos y obligaciones originados por el mismo). Y en tal contexto, uno de los efectos de un

contrato es su prueba (en este caso, por escritura pública), de manera que el art. 18º es una consecuencia del inciso final del art. 16º.

iv.- Ley que rige los efectos de los actos jurídicos.

Los efectos de un acto jurídico corresponden a los derechos y las obligaciones que se crean, modifican, transfieren, transmiten o extinguen por aquél.

Dichos efectos deberán regirse por la ley chilena, conforme se desprende del art. 16, inc. 3º: “Los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas”.

\*\*\*\*\*

---