

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

---

<sup>1</sup> Fecha de última modificación: 18 de enero de 2019.

## **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 1° de la CPR, 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 CPR, 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 2°, 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 3°, 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 4°, 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.

**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, como las que ordenan el pago de los tributos o cumplir con una serie de requisitos para que un acto o contrato tenga validez. Por ejemplo, en el Código Civil los artículos 88 y 1464 números 3 y 4. Conforme a lo anterior, se distinguen dos clases de normas imperativas:

- **NORMAS IMPERATIVAS PROPIAMENTE TALES:** son aquellas que simplemente ordenan algo, como por ejemplo los artículos 86 (obligación de hacer inventario); 89 (obligación de prestar caución); 321 (obligación de proporcionar alimentos); 2329 (obligación de reparar los daños causados a otro).
- **NORMAS IMPERATIVAS DE REQUISITO:** son aquellas que permiten ejecutar o celebrar un determinado acto jurídico previo cumplimiento de ciertos requisitos: por ejemplo, artículos 88; 124; 254; 393; 394; 402 inciso 2º; 412, inciso 1º; 1464 números 3 y 4; 1554; y 2144. Estas normas suelen tener 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). Ejemplo: las leyes penales y también en el Código Civil, artículos 402 inciso 1º; 412, inciso 2º; 1464 números 1 y 2; 1796; etc.

**c) LEYES PERMISIVAS:** son las que permiten realizar algún acto o reconocen a un sujeto determinada facultad. Son leyes permisivas, por ejemplo, todas aquellas que regulan el ejercicio de un derecho (como el de propiedad) o 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 (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**. 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 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 (por ejemplo, artículo 1026, en relación con los artículos 1016, 1023 inciso 5º y 1024 inciso 2º, todos concernientes al otorgamiento del testamento). 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 como 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.

**d.3) LEYES PERMISIVAS:** por lo general su infracción permite demandar **indemnización de perjuicios**.

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

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

---

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

**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:

- 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).
- 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 el legislador a dictar estas normas son de dos especies:

- ASEGURAR EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PUBLICO;
- 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; 393 y 394; 1019).

**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 mas digno de protección. Así, por ejemplo, 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. Igual acontece en el caso de que se venda una misma cosa, separadamente, a dos personas, artículo 1817. 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.

#### **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. 2° 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 opera un control de la Constitucionalidad y de la Legalidad.

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

---

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

constitucional. Se encuentra regulado este órgano en los artículos 92 a 94 de la Constitución Política.

El **CONTROL DE LA LEGALIDAD**, se verifica por la Contraloría General de la República, órgano que se ocupa de revisar la legalidad de las normas reglamentarias de rango inferior al legal. Su regulación se encuentra contemplada en los artículos 98 a 100 de la Constitución Política.

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

Las normas jurídicas se jerarquizan atendiendo a diversos factores:

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

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

- 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.
- Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autoacordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.
- 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.
- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un Decreto con Fuerza de Ley.
- 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 1°).

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 2°).

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 4°).

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 3°).

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.

Conforme a lo expuesto, 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 publicación.

\* **Clase de inconstitucionalidad que se puede atacar mediante el recurso de inaplicabilidad:** 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 número 20.190 (Decreto Supremo número 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;

- El Reglamento de la ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas.
- El Reglamento de la Ley número 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria (Decreto Supremo número 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 publico 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:

- Ambas normas emanan de organismos públicos
- Ambas son igualmente obligatorias, para la ciudadanía y autoridades.
- 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:

- Por el órgano que los crea. La Ley emana del Poder legislativo y el Decreto del Poder Ejecutivo o la autoridad administrativa;
- 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;
- 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.

- **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.
- **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 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.

**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:

- UN DECRETO PROMULGATORIO de una ley o de una Reforma Constitucional, por apartarse del texto aprobado.
- 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 Nº 17.982 y al entrar en vigencia la Constitución Política de 1980 se continuó con la Nº 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 oscuras 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 oscuridad 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 CODIGO CIVIL

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

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

## 8.3. HERMENEUTICA LEGAL Y SISTEMAS DE INTERPRETACION

La Interpretación Jurídica, que se denomina hermeneutica 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 INTERPRETACION

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 CASACION EN EL FONDO**, 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.

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 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

## **8.5. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACION.**

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

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. 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. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1896 del Código Civil señala que la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años contados desde la fecha del contrato.

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 (así, por ejemplo, tratándose del inciso 1° del artículo 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; o en el número 3 del mismo artículo, 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; igual cosa en el artículo 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. Se trata de un ejemplo de interpretación extensiva de la ley).

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 (así, por ejemplo, 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; a su vez, 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 es heredero de la mujer).

Cabe señalar 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, de acuerdo al artículo 23 del Código Civil. Este artículo tiene un fundamento histórico, ya que, en tiempos antiguos, al interpretar la ley, lo odioso se restringía y lo favorable se ampliaba. Como esto se prestaba para abusos, el legislador consideró conveniente abolir en forma expresa tal fórmula.

## **8.7. METODOS DE INTERPRETACION.**

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. Es propia 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.

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 al legislador y al juez a partir de normas fijas. La aplicación corresponde al juez; para este último su misión prioritaria es aplicar más que interpretar. 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.

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.

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.

c) METODO DE LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA: 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 es "LIBRE" y "CIENTIFICA". LIBRE, porque la investigación se encuentra sustraída a la autoridad positiva de las Fuentes Formales del Derecho. 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.

d) METODO POSITIVO TELEOLOGICO: 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.

Dos críticas fundamentales se hacen a este método:

- 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.
- Los fines pueden entenderse de manera contradictoria y su apreciación llevar a la arbitrariedad.

e) TEORIA DE LA INTERPRETACION DE RODRIGUEZ GREZ: expuesta en su obra *Teoría de la interpretación Jurídica*, la denomina “CREACIONISTA”. Para este autor, es el intérprete 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 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. INTERPRETACION PÚBLICA O POR VIA 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:

- Todos los elementos de interpretación (gramatical, lógico, histórico y sistemático);
- El Principio de la Especialidad (art. 4 y 13 del C.C.);
- Determinación de la especie de la interpretación aplicable: Declarativa, Extensiva o Restrictiva;
- Aplicación de diversas reglas prácticas de interpretación, por ejemplo, a fortiori, a contrario sensu, de distinción, etc.;
- 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) INTERPRETACION LEGAL O AUTENTICA.**

#### 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.

#### b.2) INICIATIVA DE LA INTERPRETACION AUTENTICA.

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 número 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 INTERPRETACION 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:

- La Ley Interpretativa no puede afectar en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio (art. 9. inc. 2 C.C.) 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.
- 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 C.C.)

- 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 artículo 22 inciso 1 y en el artículo 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.

- SENTIDO NATURAL Y OBVIO, artículo 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 más modernos, sostienen que para buscar el sentido natural y obvio de las palabras más 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.
- 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.
- 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.

## **b) ELEMENTO LOGICO.**

Está contemplado en el artículo 19, inciso 2 y en el artículo 22, inciso 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 artículo 19, inciso 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 artículo 22, inciso 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 HISTORICO.**

Dispone el artículo 19, inciso 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 SISTEMATICO Y ESPIRITU GENERAL DE LA LEGISLACION.**

Aluden a este elemento los artículos 22, inciso 2 y artículo 24:

En el primero, se establece que los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. 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.

Reafirma lo señalado el artículo 24, que no es meramente supletorio de los artículos que lo proceden, sino que concurrente con ellos en el proceso de interpretación. Todo el sistema jurídico esta basado en principios generales o fundamentales comunes, que como un todo conforman 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.

#### **e) LA EQUIDAD.**

Se refiere a ella el artículo 24. Se entiende 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. Se trata de la equidad 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 desentendiéndose de la norma general y abstracta, cuando su aplicación repugna a la justicia natural. En este sentido la equidad se opone al derecho rígido y estricto.

Nuestro ordenamiento jurídico, 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.

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: artículo 24º.

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. Con todo, la equidad deberá aplicarse por el juez en armonía con el espíritu general de la legislación. Aún más, la equidad no sólo es un elemento supletorio de la interpretación de la ley sino que también opera en los casos de lagunas legales: art 170 número 5º del Código de Procedimiento Civil, respecto de la integración de la ley.

#### **f) PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD.**

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.

#### **g) DETERMINACION DE LA ESPECIE DE INTERPRETACION APLICADA (INTERPRETACION 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.

#### **h) REGLAS PRACTICAS DE INTERPRETACION.**

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, sea porque la norma inicialmente no ofrece solución, sea porque la solución ofrecida no presenta un sentido claro e indudable aplicable al caso en cuestión. 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 (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, art. 1801, inc. 2º del Código Civil: si la ley exige escritura pública en ciertas compraventas, en las demás, no; artículo 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 DISTINCIÓN: 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.- Artículo 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. 3217, 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.**

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. Las disposiciones que contemplan esta obligación son las siguientes:

- Artículo 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.

- Artículo 10, inciso 2, del Código Orgánico de Tribunales, que reitera la norma constitucional.
- Artículo 170, numero 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.
- Artículo 24 del Código Civil, al referirse a la equidad natural.

En el ámbito del Derecho Comercial rige la costumbre y a falta de este operan las reglas generales de integración. En el ámbito 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 acusado o procesado.

## **10.- EFFECTOS 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.- EFFECTOS 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:

- Que sea promulgada por el Presidente de la República.
- 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 ingerencia 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).

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.

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>4</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

---

<sup>4</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”.

través de los medios de comunicación, de manera que al publicarse en el Diario Oficial, esa publicación 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 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 inciso 1º del artículo 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 CC. 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 artículo 706 inciso 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. 8º, 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 quien 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).

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 no opera en virtud de otra ley que así lo disponga: cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto legal.

### b.2) Clases de derogación.

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

La derogación puede ser expresa o tácita, conforme lo disponen los arts. 52 y 53 del CC. 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 CC).

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. 53º, deja vigente todo aquello de las leyes anteriores que no pugne con las disposiciones de la nueva ley.

Derogación **orgánica** es la que se produce cuando una ley disciplina toda la materia 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.

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.

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

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, aún 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.
- c.2) La consecución del fin que la ley se propuso alcanzar.
- 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.

### **d) Efecto inmediato y efecto retroactivo de la ley.<sup>5</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 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

---

<sup>5</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.

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 Nº 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. 9º 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. 9º 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. 9º, 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.

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

Su origen se encuentra 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.

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 **meras facultades legales** o **simples expectativas**.

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.

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.

Las **facultades legales** constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos (por ejemplo, la capacidad, la facultad para testar).

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).

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 legítimo, de legatario, de heredero beneficiario, etc.<sup>6</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 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>7</sup> Dicho de otra forma: cuando estamos ante un contrato cuyo íntegro estatuto puede quedar determinado por las partes, es decir, cuando sólo está

---

<sup>6</sup> Figueroa Yáñez, Gonzalo, ob. cit., p. 172.

<sup>7</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.

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.

- 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 Nº 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 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 adquiriera 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, si un menor de 16 años hubiere contraído matrimonio antes del 18 de octubre de 2004, conservará su estado civil de casado, aunque a partir de esa fecha, la ley exija tener 16 años cumplidos para contraer matrimonio).

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, inciso 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 quedarán supeditados 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, inciso 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 (goces, cargas y extinción), prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.

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. 12º la misma contradicción apuntada a propósito del art. 6º. Se sostiene que bajo la apariencia de irretroactividad, el art. 12º 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.

Los arts. 16 y 17, referidos al derecho real de servidumbre, reafirman el principio del art. 12.

#### e.6) Leyes relativas a la posesión.

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 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 (artículo 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.

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: 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.

### 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.

#### 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. 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).

Dos excepciones, 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. 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.

Todo lo dicho en este acápite, se entiende respecto de los contratos exclusivamente patrimoniales, regidos por normas de orden privado, cuyo íntegro contenido pueden fijar los contratantes libremente, según ya se expuso.

#### 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 estuviesen 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.

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.- EFFECTOS 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.**

El art. 14º del CC. 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 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 7°, 8° y 9° 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:

\* en primer lugar, porque la ley chilena sólo rige en el extranjero para los actos que han de tener efecto en Chile;

\* 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 Nº 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 Nº 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 Nº 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 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, 2º. La regla del art. 16º, 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 contraexcepción, 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 C.O.T.). Aquí, también opera una contraexcepción, que nos devuelve al principio general del art. 16, 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, 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 CC. y art. 149º del C.O.T.)

c.3) Leyes relativas a los actos y contratos.

Para determinar la ley por la que se rige un acto jurídico ejecutado en el extranjero, debemos distinguir entre los requisitos internos o de fondo y los requisitos externos o de forma.

Son requisitos internos o de fondo la voluntad, la capacidad, el objeto y la causa del acto o contrato. Son requisitos externos o de forma los que se relacionan con la manera de hacer constar fehacientemente la existencia del acto jurídico (por ejemplo, escritura pública en la compraventa de bienes raíces).

- Ley que rige la forma de los actos: los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en que han sido ejecutados 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. 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.

El citado principio no es obligatorio en la legislación chilena, sino facultativo. Es decir, los chilenos en el extranjero pueden sujetarse a las leyes chilenas para realizar actos que hayan de surtir efecto en Chile, acudiendo a los funcionarios diplomáticos o consulares 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 chilenas o extranjeras según más les convenga.

- Requisitos necesarios para que un instrumento público otorgado en el extranjero 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 C.P.C. La autenticidad de los documentos públicos se refiere al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los respectivos instrumentos se exprese (art. 17, 2º). La autenticidad de los instrumentos públicos se prueba en la forma que establece el art. 345 del C.P.C.: legalización.

- Excepción al principio “Lex locus regit actum”.

Este principio tiene una excepción en el art. 1027º, que sólo reconoce validez a los testamentos otorgados en país extranjero cuando fueren ESCRITOS. No se reconoce validez en Chile a un testamento verbal otorgado en otro país, cualquiera que sea el valor que las leyes de ese país le atribuyan.

Para algunos autores, constituirían también excepciones al principio los arts. 18 y 2411 (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).

- Casos en que las escrituras privadas no valen como prueba en Chile: art. 18, en relación con el art. 1701. Cabe recordar 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.

- Ley que rige los requisitos internos del acto o contrato.

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. Pero como estos requisitos miran, por una parte, al estado y capacidad de las personas, y por otra parte a los bienes, debemos tener presente lo dicho respecto a las leyes personales y reales, y considerar de igual forma si el acto jurídico producirá o no sus efectos en Chile. El problema sólo se planteará si tales efectos se producen en Chile, caso en el cual debemos distinguir entre el chileno y el extranjero, en cuanto al estado y capacidad (art. 15); el primero debe sujetarse a nuestra ley, mientras que el segundo, a la ley del país en que el acto o contrato se ejecutó o celebró.

\*\*\*\*\*

---