

Introducción al Derecho.

Definición del derecho

Es interesante como esta tarea, la de definir el derecho, resulta tan polémica, siendo que tal como expone Nino no es una tarea extraordinaria ni menos una gran empresa. Su mayor problema es el que no se conoce (o mejor dicho no se puede delimitar) su objeto de estudio claramente. Este problema tiene sus raíces en la confrontación de dos teorías que relacionan el lenguaje con la realidad:

La primera es Esencialismo, herencia de la filosofía platónica, cuya concepción plantea que existe tan solo una definición válida para una palabra, basada en una relación natural entre ésta y su esencia, en donde la palabra pasa a convertirse en un vehículo de los conceptos. Esta definición es obtenible mediante una intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotado por la expresión y posee cualidades especiales:

- Es UNIVERSAL: Es válido en cualquier circunstancia.
- Es INMUTABLE: No cambia con el tiempo. Se mantiene igual a sí mismo siempre.
- Es NECESARIO: No existen alternativas de uso.

Debido a estas características y bajo la perspectiva esencialista se puede concluir que la definición de derecho no podría ser relativa a culturas, momentos históricos ni admitir cambios a través del tiempo (Desde un punto de vista crítico, se puede decir que es un poco pretencioso llegar a la esencia de los conceptos y que la búsqueda por ese lado no ha dado muy buenos resultados) Esta teoría, para finalizar ve a las palabras como signos, que establece una relación única, natural, con la esencia de la cosa: lo que hace que una cosa sea.

La otra es el Convencionalismo, expresada por la filosofía analítica, que como contraparte plantea que el lenguaje y la realidad tienen una relación establecida arbitrariamente por los hombres, lo que desplaza la búsqueda desde el campo de la esencia, a la utilización actual y los criterios vigentes que posee la palabra Derecho. Se pueden plantear variados usos o criterios que presenta la palabra como por ejemplo:

- Derecho como el ordenamiento jurídico de un país (el D° Chileno castiga el aborto)
- Derecho como la facultad o prerrogativa que posee un individuo (Tengo D° a caminar por la Vía pública)
- Derecho como la ciencia que explica o estudia el D° (El D° es una disciplina jurídica compleja)
- Derecho como la idea de lo justo (el D° no debe permitir la arbitrariedad).

Es esta última acepción la que otorga mayor problema a la tarea de definir el Derecho, pues a diferencia de palabras (como las de mero uso instrumental) esta tiene una fuerte carga emotiva, lo que interviene con el estudio y las conclusiones finales que lleguen a obtenerse.

Cabe señalar que esta teoría plantea a las palabras como Símbolos, una relación convencional con la cosa que representa. Esta postura permite que se presenten distintas acepciones de la palabra (incluyendo la de justicia).

Conclusiones Acerca de la palabra DERECHO:

- Hay ciertas condiciones empíricas en las que funciona el D°, lo que describe características importantes de esta pero no su esencia. Gracias a esto podemos llegar a una definición mínima del D° que nos ayuda a continuar con el estudio del mismo: El D° es el conjunto de normas Coercibles. Pero esta definición debe entenderse que tan solo es válida para nuestro entorno y situación
- No se debe confundir una descripción de una realidad con las reglas de uso de las palabras. Esto se

refiere principalmente a que no se debe optar por definir una cosa (esencialismo) sino por entender cuales son sus acepciones (convencionalismo)

- La palabra D^o tiene una carga emotiva pues esta ligada a ideales, pasiones, etc. en el hombre, que no le permiten obtener una claridad de pensamiento al examinar el tema.

Sociedad y Naturaleza.

Popper: La sociedad abierta y sus enemigos

Popper distingue una sociedad cerrada y otra abierta. La cerrada correspondería a una de carácter mágica, tribal, primitiva en donde no se diferencian las leyes de la naturaleza y las normas de conducta. Esto conlleva a visualizar los fenómenos naturales como efectos de la voluntad de seres mágicos lo que determina un Mundo Encantado.

La sociedad abierta es aquella en la cual la diferencia entre normas de conducta y leyes de la naturaleza ya esta asumida..

Ley Natural: Descripción de una uniformidad estricta e invariable que puede cumplirse en la naturaleza. Esta es valida cuando la descripción se produce en la naturaleza a cabalidad.

(un enunciado no probado es una hipótesis)

Normas de Conducta: Reglas que exigen determinada conducta. A diferencia de la ley natural, esta no puede predicar verdad o falsedad, debido a que se trata del ámbito del deber ser.

Etapas entre la Soc. Cerrada y la Abierta:

Monismo Ingenuo: etapa mental donde el hombre no reconoce la diferencia entre ley natural y norma de conducta.

1.- Naturalismo Ingenuo: Etapa donde tanto leyes naturales como normas de conducta (el hombre no nota la diferencia entre ambas, que juntas pasan a formar la naturaleza) parecen estar mas allá de ser alteradas por la voluntad.

2.- Convencionalismo Ingenuo: Etapa en donde el hombre cree que tanto leyes de la naturaleza y normas de conducta están regentadas por la voluntad, por ejemplo, dioses y/o demonios semejantes al hombre.

Luego sucede una transición en la que:

- Se descubre que los tabúes son distintos entre una y otra cultura.
- El hombre se da cuenta de que el cumplimiento es impuesto por los mismos hombres.
- Esos mismos tabúes pueden ser violados sin ninguna consecuencia terrible. Una vez que esto sucede, el hombre se va haciendo descreído de su propia mitología.

Todos estos puntos provocan que comiese a diferenciar y de paso al:

Dualismo Critico: Etapa en la cual el hombre reconoce la diferencia entre ley de la naturaleza y norma de conducta. Esta distinción no consiste en declarar que estas normas se originan en el hombre o en Dios, ni que por el ser convencionales son arbitrarias, pues pasan por la aceptación de hombre. Esto trae consigo una carga de responsabilidad en el hombre, de carácter moral y que consiste en que desde ese momento el hombre tiene la potestad de modificarlas.

Decisiones y Hechos.

Las Decisiones corresponden a juicios de valor que determinan cierta preferencia con respecto a un tema o situación.

Un hecho corresponde al acto que demuestra la adopción de una norma correspondiente, por lo tanto a la observancia de una actividad en la realidad (SER).

Las decisiones no derivan necesariamente en hechos, pero si pueden afectarlos

Leyes sociológicas e instituciones sociales

Las leyes sociológicas corresponden a ciertas regularidades de la conducta humana en sociedad (hechos). Estas regularidades son comparables con los expuestos en la teoría económica, con relación al grado de acercamiento con el principio de causalidad, pero debido a la incertidumbre que rodea a los comportamientos humanos estos no alcanzan el grado de seguridad que poseen las leyes de la naturaleza.

Las instituciones sociales son conceptos valorativos que pueden tener una estructura, predica o moral que dan cuenta de juicios de valor predominantes en la sociedad. Por lo tanto estas convenciones dominantes afectan los hechos.

Las normas jurídicas son instituciones.

Hans Kelsen: Ser y Deber ser.

Según este autor el Derecho se configuraría dentro de la esfera del deber ser y no del ser.

La naturaleza es un sistema de elementos enlazados entre sí como causa y efecto. Las leyes naturales serían enunciados que describen estos fenómenos naturales como relaciones de causa efecto en la naturaleza.

La sociedad no se basa en estas relaciones causa–efecto sino en relaciones socio–normativos que determinan la conducta de los individuos respecto a normas.

De esta disyuntiva nacen los conceptos de:

causalidad: relación necesaria entre un fenómeno y otro, que se describe en leyes naturales.

Imputación: Atribución de una consecuencia a una determinada conducta en virtud de una norma.

Ciencia Causal: aquellas disciplinas que estudian su objeto de estudio a partir de un principio de causalidad. Estas buscan construir leyes que expliquen la naturaleza o la sociedad como relaciones entre causas y efectos.

Ciencias Normativas: Desprenden su objeto de estudio a través de un principio de imputación. Por lo tanto estudian la sociedad pero no en un orden fáctico, sino en uno normativo. Pero debe destacarse que las ciencias normativas no están compuestas por normas, sino que estudian estas normas.

Diferencias	Ciencias Causales	Ciencias Normativas
Objeto de estudio		
Modo de estudio	Causalidad	Imputación

Diferencias entre normas de conducta y ley natural.

La ley natural tiene una finalidad teórica: entender las relaciones entre causas y efectos. En cambio las normas de Conducta tienen como fin el inducir a un determinado comportamiento.

De una ley natural se puede decir que es verdadera o falsa en la medida de que esta se cumpla o no en la totalidad en la naturaleza. De las normas no se puede decir esto, al menos en el mismo sentido de las leyes naturales: se puede decir que son válidas de acuerdo a un juicio valórico, moral, ético, etc. por lo tanto se puede decir que son justas, injustas, oportunas, etc.

Estudio de las normas

Tipos de Ley:

Ley del Eº: Establece regulaciones para las conductas e intercambio de las conductas humanas. Esta busca influir en la conducta y por lo tanto se puede decir que tiene un carácter prescriptivo y por lo tanto esta acepción puede utilizarse como un sinónimo de norma.

Ley de la Naturaleza: describe regularidades que el hombre cree haber descubierto en la naturaleza, sin que esta se restrinja a estos postulados. De hecho, si surge una discrepancia entre la ley y la naturaleza, es la ley la que debe corregirse.

Las leyes de la lógica: forman una categoría distinta de las anteriores y describirían el correcto modo de pensar y por su estructura y contenido son más una regla técnica que una norma.

Sentido Principales y Secundarios de la Palabra Norma Según Von Wright.

Tipos Principales:

- Norma como reglas definitorias o definitivas: Son aquellas que determinan, definen o constituyen una actividad (Ej. Reglas de los juegos, de la gramática). Estas reglas configuran acciones.
- Normas directrices o normas técnicas: son aquellas reglas que indican un modo de obrar o medio para alcanzar un fin. Su formulación lingüística se asemeja a los formulados hipotéticos: Si quieres A debes Hacer B
- Normas como prescripciones: estas se caracterizan por que emanan de una voluntad y están dirigidas a un agente normativo. Además poseen una consecuencia normativa si se cumple o no el comportamiento. Además requieren una promulgación, aquel acto de comunicación al sujeto normativo para que conozca la norma.

Resumen:

- la regla constituye a la acción – acción definida por la regla
- Reglas que son la expresión de ciertas necesidades humanas. (suponen una necesidad de tipo causal)
- Emanan de una voluntad, se dirigen al sujeto normativo, hay una consecuencia normativa, y hay una promulgación

Tipos Secundarios

- Normas Ideales: Expresan la noción de patrón o modelo óptimo o típico dentro de una clase de objetos u actividades o individuos determinado. Estas nociones mencionan características propias de cada clase basadas en aquellos individuos que logran un buen nivel (óptimo profesional–personal).
- La costumbre: especies de hábitos que requieren regularidad en la conducta de los individuos en situaciones análogas. Estas introducen una presión normativa al individuo: Son prescripciones anónimas (no hay una voluntad determinable) e implícitas (no están formuladas de un modo expreso ni comunicadas formalmente)

a la comunidad)

- Normas Morales: Son pautas de calificación de una acción humana fundados en un determinado juicio de valor. Serían cualidades ideales que se predicán de las acciones humanas individuales y colectivas.

Estructura de las Prescripciones: (resumen)

- carácter:
 - obligatorio (debe ser hecho)
 - permisivo (puede ser hecho)
 - prohibitivo (no tiene que ser hecho)
- contenido:
 - condición de aplicación:
 - categórica (contienen de un modo implícito o supuesto la condición de aplicación)
 - hipotética (cuando la norma prevé o considera condiciones adicionales)
 - autoridad:
 - heterónomas (aquellas que son dadas por una persona distinta a los sujetos que resultaran imperados por esas prescripciones)
 - autónomas (se dice de las normas que provienen del mismo sujeto que resultará imperado por ella)
- Sujetos Normativos
 - particulares (prescripciones destinadas a uno o varios sujetos normativos determinables)
 - generales (prescripciones dirigidas a una clase de destinatario por medio de una descripción [no son determinados individualmente])
- Ocasión (determinación espacial o temporal del cumplimiento de la prescripción que contribuye a especificar la obligación exigida)
- Promulgación (comunicación de la prescripción a los sujetos normativos)
- Formal (el caso de la ley)
- Informal
- Sanción (amenaza de castigo o daño que la autoridad agrega a la prescripción para el evento de su cumplimiento)

Usos Fácticos y Normativos

La sociedad humana esta compuesta por individuos quienes realizan actos que conforman una determinada conducta. Dentro de este actuar se producen ciertas practicas reiteradas de las que conviene diferenciar en 2 tipos:

- Uso fáctico: modo de obrar reiterado en el tiempo (hábitos). Su realización o no no posee consecuencias como las del uso normativo
- Uso normativo: comprende el modo de obrar determinado por normas (y sus exigencias). Esto ultimo dictamina que posean consecuencias o sanciones a los que dejen de obrar del modo dictaminado por la prescripción.

Reglas Técnicas y Normas

La conducta de los individuos también se encuentra regentada por dos ámbitos:

- Reglas técnicas: estas se presentan en el momento que la conducta humana se encuentra sometida a (condicionada por) alguna necesidad.
- Reglas técnico causales: Direcciones de uso que dictaminan los modos de obrar idóneos para cumplir un fin determinado. Además no imponen un deber basado en juicios de valor, sino en un modo de obrar basándose en una necesidad causal. Estas reglas no son infringibles pues no se puede seguir otra conducta.
- Reglas técnico lógicas: Expresan una necesidad lógica (o similar) en virtud de la cual las proposiciones

lingüísticas de un razonamiento están enlazadas mediante un vínculo necesario. Nos dice como tenemos que pensar o argumentar basándose en un determinado sistema de cálculo lógico.

- **Reglas técnico convencional:** Establecen requisitos necesarios para realizar una acción en el marco de un sistema de procedimientos definidos convencionalmente. Ej. Reglas de los juegos (dif. A las RT Lógicas en cuanto los juegos a los que se apunta en este caso no son lógicos o basados en planteamientos de sistemas lógicos). En resumen: Establece los medios necesarios para alcanzar un fin predeterminado.
- **Normas de Conducta:** Son las que operan cuando las circunstancias suponen la existencia de una simple norma basada en un juicio de valor y no en una relación de necesidad. Antes de proseguir es necesario explicar ciertos criterios de diferenciación que se utilizarán a continuación
 - **Interioridad:** cualidad que dictamina que además de la sujeción de la conducta a lo expuesto por la norma, para que se de por cumplida es necesaria la adhesión interna o íntima de la conciencia del sujeto normativo a lo explicitado por la prescripción.
 - **Exterioridad:** atributo de las normas de conducta que manifiesta que solo es necesaria la sujeción de la conducta exterior del individuo para que se de por cumplida la norma
 - **Autonomía:** Se refiere a la auto legislación (sujeción a un querer propio). Esto quiere decir que las normas son establecidas por el sujeto normativo.
 - **Heteronomía:** aquí las normas son generadas por una entidad ajena o distinta de los que resultan imperados por ellas. El sujeto destinatario queda obligado a la norma impuesta sin importar su opinión personal.
 - **Unilateralidad:** son normas unilaterales las que imponen deberes a uno u otro sujeto sin conceder a otros (distintos de los obligados) la facultad de exigir la observancia de ese deber. (todo el contenido de la norma se dirige en un solo sentido: imponerla a un sujeto normativo)
 - **Bilateralidad:** esta cualidad se refiere a las normas que conceden a otros individuos, distintos de los sujetos normativos la facultad de exigir los cumplimientos de esos deberes.
 - **Coercibles:** se entiende como la legítima posibilidad de hacer uso de la fuerza socialmente organizada para obtener el cumplimiento de una norma o la aplicación de una sanción si la norma ha sido ya infringida.
 - **Incoercible:** Lo contrario de lo anterior en el sentido de que no es legítima.
- **Normas de trato social:** son aquellas regulaciones originadas directamente en el grupo social que tienden a la realización de fines tales como la urbanidad, el decoro, la cortesía, u otros análogos, y cuya inobservancia se traduce en un particular castigo: el repudio del infractor por parte del grupo social. Estas normas serían exteriores, heterónomas (la autoridad existe pero es difícilmente representable), en cuanto a la bilateralidad y unilateralidad estarían matizadas. La postura que plantea la unilateralidad explica que aún cuando es el grupo social el que finalmente sanciona esto no es equivalente a decir que esta facultado para exigir el cumplimiento de la norma, y serían finalmente incoercibles
- **Normas Religiosas:** Son preceptos obligatorios que regulan la conducta del hombre para con dios y/o divinidad que corresponda según la religión. Las normas aquí provienen de la divinidad o de quienes la representan. Estas normas son Interiores (no basta la mera conformidad de la conducta externa con el modelo de comportamiento), son heterónomas, pero su cumplimiento no se viven como imposiciones (a diferencia de las normas jurídicas que pueden cumplirse s/ goce). Poseen una dimensión bilateral, pues tienen un sujeto activo frente a los normativos, aún cuando ese papel sea cumplido también metafísicamente por la divinidad y son incoercibles (por lo menos en occidente)
- **Normas de la Moral:** Orden Normativo de la conducta que se basa en una determinada idea del bien o de lo que es bueno. En este punto es conveniente distinguir entre la ética y la moral. Ética corresponde a la disciplina de estudio cuyo objeto es la moral (es una ciencia de la conducta moral, algo un tanto pretencioso, pero que sirve igual). Existen tres términos o usos técnico de la palabra moral:
 - **Lenguaje Moral ético normativo:** corresponde al uso que hacemos de los términos éticos para formular principios o normas de comportamiento que se consideran o proponen como los más

virtuoso o buenos. (función un tanto didáctica)

- Lenguaje meta-ético: aquí se utiliza lenguaje ético en el contexto de teorías que pretenden explicar nuestra capacidad de valorar desde nuestro punto de vista o justificar moralmente los juicios de valor o el significado de los términos o conceptos que se usan en el lenguaje moral.
- Lenguaje Ético descriptivo: corresponde al uso que hacemos de termino de la moral para describir desde un punto de vista sociológico los juicios de valor o principios de moralidad prevalecientes en una sociedad y el grado de aprobación o desaprobación que en la practica tienen.

Existen además diversos ámbitos de la moral, atendiendo al origen de estas normas y a las consecuencias normativas que ellas posean:

- ◆ Moral personal o crítica: idea del bien o de lo bueno que cada individuo forma en su propia conciencia y de la cual derivan exigencias o pautas de comportamiento. (La propia conciencia toma el papel de legislador, juez y sancionador). La sanción en este caso corresponde a la culpa y este tipo de moral esta fuertemente influido por la moral social, actuando el individuo como un verdadero filtro de esta. Estas serían Autónomas, interiores, unilaterales, e incoercibles.
- ◆ Moral Social: conjunto de exigencias normas o principios que cada sociedad formula a sus miembros y que provienen de un acervo común de concepciones respecto del comportamiento que se aprecia como moralmente bueno. Esta se puede ver reflejada en la idea del bien preponderante en una sociedad. Estas serían Exteriores, heterónomas, unilaterales (discutible), e incoercibles.
- ◆ Moral de los sistemas éticos y religiosos: En este caso se habla de idea del bien que nace del mensaje moral de personalidades individuales como es el caso de los fundadores de sistemas religiosos y de sistemas filosóficos en los que se guarda una idea de lo que es moralmente bueno. De estos sistemas derivan formas de comportamiento para quienes se reconocen en estos sistemas éticos. Entre normas morales filosóficas y morales religiosas podemos distinguir su origen: las filosóficas provienen de racionalizaciones de 1 o varios pensadores en torno a ciertos principios, mientras que las en las religiosas estas son construidas por la divinidad. Estas normas son Interiores, heterónomas, unilaterales e incoercibles.

d) **Normas Jurídicas:** son regulaciones de la conducta humana que pueden caracterizarse como preferentemente EXTERIORES, HETERONOMAS, BILATERALES Y COHERCIBLES.

Son principalmente Regulaciones de conducta que se basan en un determinado juicio de valor que pretenden regular o influir en el comportamiento del sujeto normativo y que tienen las características antes señaladas (exteriores, heterónomas, bilaterales y coercibles). Están contenidas en textos jurídicos tales como códigos, leyes, contratos, tratados internacionales, y se crean mediante los modos de generación de normas. Su principal distinción radica en que contienen actos de autoridad.

Proposiciones normativas: estas son los enunciados de la ciencia jurídica que describen, exponen, o explican el contenido de las normas jurídicas (estos últimos no son actos de autoridad)

La ciencia jurídica esta compuesta de proposiciones normativas.

El derecho esta constituido por las normas jurídicas.

Interioridad o Exterioridad:

Por lo general nos exteriores (para cumplirlas solo hace falta la conformidad objetiva de la conducta del sujeto normativo con el modelo establecido en la norma jurídica de que se trate, no importando la motivación del individuo)

Pero existen excepciones, como se ejemplifica en el código penal entre el delito y el cuasidelito.

Artículo 1 CP. Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.
Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. [...]

Art. 2 CP. Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete.

Entre estos dos, la intención del sujeto hace la diferencia en la gravedad de la infracción.

La característica principal del delito es el dolo, que consiste en la DECISION de querer transgredir el derecho.

Otras excepciones se encuentran en el ámbito Civil como por ejemplo: en los vicios de consentimiento, en la interpretación del contrato, en el concepto de domicilio, posesión, buena fe, y dominio, en las normas que regulan los contratos, etc.

Art. 700 CC. La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.

Art. 706 CC. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

Así en los títulos translaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

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

Art. 44 CC. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

Actos jurídicos: Voluntad de una mas partes destinadas a crear, modificar o extinguir derechos.

Autonomía o Heteronomía:

Las normas jurídicas son predominantemente heterónomas. Esta situación se liga a la exterioridad pues el sujeto normativo queda obligado por una autoridad distinta de él sin importar la opinión del primero. Se encuentra de todos modos 4 tipos de salvedades:

- Salvedad de carácter político: se configura en relación con la forma de ejercicio del poder público: según los procedimientos conforme a los cuales una comunidad adopta sus decisiones de interés o efectos colectivos o generales. La existencia de regímenes democráticos o de participación indirecta provoca que las normas generadas por este compongan en algún grado una salvedad a la heteronomía ya que en este caso la autoridad es elegida por los sujetos imperados.
- Salvedad Jurídica: se configura a partir de la existencia de alguna fuente formal del derecho que considere la participación de los propios sujetos imperados en los procedimientos de creación de las normas jurídicas (por ejemplo los contratos: esta excepción precisamente consiste en que es el grupo social quien constituye y mantiene la norma jurídica [cabe recordar que el contrato es ley para las partes implicadas])
- Salvedad Social: Esta se configura sobre la base de la relación entre los conceptos de validez y eficacia que teóricamente se puedan admitir.

Validez: designa la existencia de las normas jurídicas (su pretensión de obligatoriedad tanto respecto de los sujetos directamente imperados por las normas como por los organismos jurisdiccionales) para aplicar las consecuencias coactivas que las normas jurídicas poseen para el evento de su inobservancia. (en resumen existe y es obligatoria)

Eficacia: designan el hecho social de la efectiva obediencia o cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los sujetos directamente imperados, así como el hecho social de la efectiva aplicación de las consecuencias coactivas por parte de los organismos jurisdiccionales.

Al momento de cuestionar la importancia de la eficacia para la validez existen diversas respuestas: una dice que no hay relación alguna (respuesta idealista que se asocia con el iusnaturalismo, pues dice que las normas jurídicas adquieren obligatoriedad atendiendo a la relación que exista entre el contenido de estas y los principios universales de justicia) y con esta no se configura ninguna salvedad, pues los contenidos corresponden a esos principios universales inmodificables por simple voluntad de los sujetos Imperados.

Otra respuesta dice que el fundamento mismo de la vigencia es su eficacia. Detrás de este planteamiento se encuentra el realismo jurídico escandinavo, que plantea que el reconocimiento social de la comunidad ya sea con el acatamiento espontáneo de precepto determinados o mediante la aplicación que hagan los tribunales de justicia de determinados preceptos de conducta determinan la validez u obligatoriedad de las normas jurídicas. Alf Ross explica las normas jurídicas son tales en la medida en que la comunidad en su práctica concreta reconoce como convicción de que son tales y mientras que también los tribunales apliquen los preceptos. En resumidas cuentas, que los preceptos jurídicos son válidos cuando confluyen en él el reconocimiento social y la aplicación de los tribunales. Además el Realismo Jurídico Norteamericano plantea que el derecho es el que los jueces declaran como tal. En esta postura la ley tiene menor categoría debido a la preponderancia de la jurisprudencia, en donde los preceptos jurídicos llegan a ser tales por la aplicación que se les dan (eficacia). En esta respuesta se alcanza un considerable grado de Autonomía puesto que se concuerda en que se requiere un hecho social previo para concebir a validez de un precepto jurídico, y si un precepto no es vivido por la comunidad como válido, no se podría hablar de norma jurídica.

Existe otra respuesta, de concepción normativista, que plantea que no se puede sostener que no haya relación entre validez y eficacia, Pero si bien existe la relación estas no consiste en que la eficacia sea el fundamento de la validez, sino más bien en que la primera es una CONDICIÓN de la segunda, ya que las normas tendrían su fundamento de validez en otras normas y no en hechos sociales. Estas otras normas se suponen en un nivel superior dentro del ordenamiento jurídico del país, como la constitución. El papel de la eficacia se restringe a mantener la validez ya adquirida. Si se pierde la eficacia, se puede perder también la validez. De acuerdo a esto también se puede configurar una atenuación a la heteronomía, debido a la importancia que posee un hecho social en la validez de una

norma jurídica.

- Salvedad de carácter moral: si un ordenamiento jurídico reconoce la objeción de conciencia puede configurarse una salvedad de carácter moral a la heteronomía de las normas. La objeción de conciencia consiste en el derecho con el cual el individuo puede excusarse jurídicamente y legítimamente de un deber jurídico pues el contenido de dicho deber se haya en contradicción con su propia conciencia. Esto constituiría heteronomía en el cumplimiento de la norma. Cabe señalar que la objeción de conciencia no es lo mismo que desobediencia civil pues el objetor no está en contra del ordenamiento jurídico en general (tan solo en contra de un deber específico), se configura como un acto personal, y el objetor no pretende la derogación de esa norma en cuestión (si se organiza para hacerlo, pasaría a ser desobediencia civil)

Unilateralidad o Bilateralidad:

Las normas jurídicas son claramente bilaterales, por el hecho de que establecen facultades para que otros velen por el cumplimiento de esa norma.

Incoercibles o Coercibles

Su carácter COERCIBLE es su punto diferenciador de los demás ordenes normativos. Con respecto a la relación derecho–fuerza, la fuerza se presenta como posibilidad en el derecho, y se presenta como forma legítima, esto quiere decir, que se realiza conforme a un ordenamiento jurídico o legal. Es importante diferenciar a la fuerza del derecho, de la fuerza de la autoridad, pues esta en determinados casos puede no ajustarse a derecho.

Además, la aplicación de la fuerza es siempre posterior a la conducta del individuo ya que en primer lugar se imponen deberes al individuo y solo se aplican actos de fuerza frente a una violación de las normas jurídicas. Cabe recordar que en el estado de derecho el monopolio de la fuerza lo posee la fuerza pública, o sea, el estado solo debe ejercer los actos de fuerza (el derecho además determina en que medida se puede aplicar esta fuerza y conforme a que procedimientos ésta se puede aplicar), por lo que se prohíbe a los particulares el uso de la fuerza por su cuenta. (salvo por en legítima defensa). Con esto el derecho toma para sí el uso de la violencia, permitiendo una paz relativa en la sociedad. El derecho toma para sí la violencia: la organiza, la regula, y finalmente la ejerce de ser necesario.

La fuerza de coacción es una fuerza física, no psicológica. El grado de aceptación o consenso en la comunidad no influye en la presión psicológica del derecho.

Como punto importante a destacar la coercibilidad es una característica del ordenamiento jurídico, no de c/u de las normas consideradas individualmente (las normas de carácter permisivo no son coercibles). Los actos de fuerza del derecho se encuentran cobijadas por la institucionalidad del estado, y sus sanciones responden a norma reconocidas por la comunidad (lo que no quiere decir que sean justas)

Iusnaturalismo Versus Positivismo

Iusnaturalismo

Corriente del pensamiento ius Filosófico que postula que hay principios morales y de justicia universalmente válidos, accesibles a la razón humana. Ninguna norma u orden normativo podrían ser consideradas válidas si contradicen estos principios de moralidad y de justicia.

El derecho Natural es un conjunto de ideales intrínsecamente válidos derivados de unos valores que

poseen una validez objetiva inherente, deducidos a partir de la idea de naturaleza, capaces de ordenar las relaciones entre seres humanos y las estructuras de la sociedad. (la naturaleza, correspondería, según el iusnaturalismo racionalista a la razón)

El iusnaturalismo fundamenta en gran parte el derecho a la rebelión, en contra de gobiernos ilegítimos (léase como los que no se ajustan a las normas del derecho natural) y sustituirlos.

Evo. Del iusnaturalismo

Iusnaturalismo clásico: este posee el fundamento y sentido de la diferencia entre lo justo legal, determinado por las instituciones y las leyes del estado y lo justo natural, aquello que tiene en todas partes la misma fuerza (lo que es justo por sí mismo). Representado por Aristóteles en la Ética Nicomaquea, este se caracteriza por ser un iusnaturalismo de orden práctico y abierto a la historia que concede primacía a la equidad o justicia del caso concreto particular. El Concepto de Inmutabilidad es asignado por Aristóteles a la llamada esencia divina

Iusnaturalismo teológico: el derecho natural es aquella parte del orden esencial del universo originado en Dios que es asequible a la razón humana. El hombre, por voluntad de Dios puede conocer parte del Plan Divino. La ley humana no sería válida si no se ajusta a este orden natural. Esta teoría es planteada por Santo Tomas de Aquino.

Iusnaturalismo racionalista: Corresponde con el proceso denominado iluminismo o ilustración (sXVII, XVIII). Sus representantes principales son Grocio, Thomasius, Spinoza, Pufendorf, Kant y Descartes. Se plantea al derecho natural como un conjunto de principios que derivan de la naturaleza o de la estructura de la razón humana. Estos principios funcionan como axiomas comparables a los enunciados primitivos de los sistemas matemáticos, y de estos mismos principios se infieren las normas que constituyen al derecho. EL uso de este método desarrollara 2 conceptos Jurídico Fundamentales:

- La existencia de unos derechos naturales previos a cualquier tipo de relación social jurídica y política. (derechos subjetivos)
- La noción de Contrato Social como origen y justificación del orden político, estableciéndose este punto de partida como la renuncia de los sujetos a auto administrar sus derechos.

Este iusnaturalismo se diferencia del teológico principalmente debido a que los mandatos no provendrían de dios sino de ciertas verdades alcanzables por la razón humana, de los cuales su evidencia no es discutible.

Neocontractualismo: Iusnaturalismo distinto al racional que plantea que la realidad posee ciertos aspectos que contienen una fuerza normativa y constituyen una fuente del derecho. La consideración de la realidad daría origen a ciertas estructuras lógico–normativas que se expresarían en enunciados de racionalidad que imponen límites a la voluntad del legislador. En resumen, la naturaleza de la realidad impondría límites al legislador.

Las principales críticas que se dirigen hacia el Iusnaturalismo apuntan hacia el hecho de que la naturaleza humana a lo largo del tiempo parece haber mostrado cierta evolución (no estaría claro QUE es la naturaleza humana). Además, la razón no siempre conlleva a una sola explicación, por lo que varios individuos pueden leer racionalmente una u otra cosa en la naturaleza. (quedarían dudas sobre COMO se conoce la naturaleza humana). Otro problema aparecería al tratar los principios del derecho natural. ¿que pasa si se contradicen?. O que principios son realmente universales e inmutables...

Iuspositivismo

Es importante diferenciar Iuspositivismo de derecho positivo: este último es ordenamiento o conjunto de normas que rigen en una sociedad históricamente dada. El Iusnaturalismo no niega el derecho positivo, pero argumenta que para que este sea válido debe pasar por un test de moralidad impuesto por el derecho natural.

El Iuspositivismo es una corriente de pensamiento filosófico jurídico que se caracteriza porque dice que el objeto de estudio de las ciencias jurídicas es solo el derecho positivo.

Las normas jurídicas son válidas –señala– no en razón del contenido o mérito moral que ellas tengan, sino en razón de ciertas cualidades jurídicas.

El Iuspositivismo presenta 3 claros matices:

Iuspositivismo como un modo de acercarse al estudio del derecho: desde este punto de vista, el Iuspositivismo es un método que se presenta para la investigación y delimitación del objeto de estudio del derecho. En este punto de vista no se valoriza el derecho ni tampoco se elabora un concepto categórico de lo que es derecho. Lo que plantea es que el objeto de las ciencias jurídicas no es el derecho natural, sino el derecho positivo. (derecho no es lo que viene de un oráculo)

Este Iuspositivismo metodológico no nos dice características como el Iuspositivismo como una teoría del derecho, ni toma partido como Iuspositivismo como una ideología acerca del derecho. Esta postura habla sobre la ciencia jurídica afirmando que:

Es indispensable distinguir entre el derecho como valor del derecho que es en la realidad social (del que debería ser, del que es)

El objeto de la ciencia jurídica está constituido exclusivamente por el derecho que a simple vista se puede decir que es aquel derecho que emana de órganos competentes según el ordenamiento jurídico y que es habitualmente obedecido por los sujetos normativos y aplicado por los jueces (solo del derecho puede haber ciencia jurídica)

Las normas jurídicas no dejan de ser tales por el hecho de que sean incompatibles con las exigencias de un derecho ideal, de un derecho como valor conforme a unas determinadas ideas de justicia y que perfectamente se puede llamar derecho natural. (Las normas jurídicas no son obligatorias con respecto a su correlación con el derecho natural)

La defensa de una actitud éticamente neutral para distinguir una norma jurídica derivándola de hechos verificables u observándola objetivamente; esto se deduce en una recomendación al jurista: absténgase de determinar el carácter de una norma de acuerdo a un juicio ético que él posea o comparta (para hacer ciencia jurídica absténgase de sus opiniones)

Puede existir un derecho ideal, más justo que el derecho presente en un determinado lapso, pero este no es el objeto de la ciencia jurídica. Este derecho ideal estaría constituido en determinados valores o juicios de moralidad y la pregunta es como dar científicamente con esos valores o juicios de moralidad

Iuspositivismo como una teoría del derecho: Teoría se define como un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí y organizadas conforme a determinados supuestos, en virtud de las cuales se describe e interpreta un fenómeno determinado. Desde ese punto de vista, el Iuspositivismo como una teoría del derecho afirma que:

–El derecho es un conjunto de normas coactivas exclusiva o predominantemente de origen legislativo (promulgada por órganos estatales), además que este ordenamiento tiene las características de plenitud y coherencia: Es pleno en el sentido que este conjunto de normas no presenta vacíos o lagunas, es autosuficiente en la medida que no ofrece vacíos de regulación, ya que cuando se presenta algún hecho o relación social no regulada, expresamente el mismo ordenamiento jurídico contiene unos procedimientos para integrar o completar esos concretos o específicos vacíos de regulación expresa (usando para esto los principios generales del derecho, la equidad, etc.). Es además coherente en el sentido que las normas entre si dentro del ordenamiento jurídico no son contradictorias, y en el caso en que no lo fueran el mismo ordenamiento provee criterios de solución (jerarquía, especialidad, competencia y criterio cronológico)

Como consecuencia de esta postura, se puede observar una supremacía de la ley, y que el juez realiza una labor meramente lógico–deductiva, pasiva frente a la ley ya que debe solo aplicarla. Por este motivo esta postura asocia el positivismo con el legalismo (en donde se afirma que la ley es la fuente mas importante y que el derecho esta contenido principalmente en la ley. Esta postura es planteada por la escuela de la Exégesis). Esta teoría debe entenderse como consecuencia de su periodo histórico (época de la codificación) y ya se encuentra bastante superada.

Iuspositivismo como una ideología acerca del derecho: Ideología se define como una determinada creencia o toma de posición (no posesión que quiere decir comprender la realidad tal cual es) frente a la realidad que se funda en un sistema mas o menos consciente de valores que se expresan en juicios valorativos o estimativos acerca de la realidad y que ejercen una influencia social ya sea para mantener o conservar la realidad o para modificar esa misma realidad. (Es un sistema de creencias y no de conocimientos o descripciones sobre la realidad, aunque puedan coincidir ambos).

Cuando se hable de Iuspositivismo como una ideología acerca del derecho se dice que el Iuspositivismo toma posición respecto al derecho: expresa creencias con respecto al derecho positivo y emite un gesto de aprobación. Esta postura sostiene la creencia de que el derecho positivo constituye un valor por si mismo y que por el solo hecho de existir ya es valioso o bueno.

El Iuspositivismo como una ideología acerca del derecho confunde el criterio que se utiliza para calificar la justicia o injusticia de las leyes con el criterio para dirimir la validez (pretensión de ser obligatorias [si son creadas por el órgano competente...]) o no de las leyes. En una sociedad primitiva puede ser considerado como correcto este planteamiento pues un conjunto de normas (por mínimas que sean) otorgarían un orden, paz, certeza, y seguridad jurídica, por lo que serían un bien en sí mismo: pero no por eso es justo: se manifiesta luego como una ideología para justificar el poder o el gobierno, contraria a los principios del iusnaturalismo. (Esta postura establece entonces que obedecer el derecho positivo es un deber moral independiente del contenido).

Este Iuspositivismo tiene expresión en la cultura jurídica, pero parece conveniente mantener separados los conceptos de justicia y validez.

Derechos Humanos

Primero, conviene realizar una distinción de conceptos, distinción basada en la dignidad:

- ◆ Hombre: individuo perteneciente a la especie humana (concepto basado en un sentido biológico)
- ◆ Persona: Expresión de carácter filosófico–moral (concepto basado en una cualidad moral)
- ◆ Sujeto de derecho: Concepto dogmático–jurídico [estudio de un determinado Ord. jurídico]. Designa un termino de imputación de la relación jurídica o norma jurídica.

Es importante destacar que hombre es distinto a persona, y que está no es lo mismo que sujeto de

derechos: Por ejemplo, la historia muestra que no siempre los hombres no han sido personas o sujetos de derechos (EJ. Esclavos y siervos). A si mismo, las personas jurídicas son sujetos de derecho, pero no propiamente personas.

El vocablo persona es sinónimo de un sujeto dotado de razón que tiene el dominio sobre sus actos (es dueño o soberano de su destino), capaz de proponerse fines libremente.

Bcio (antecedente de san Agustín) definía persona como sustancia individual de naturaleza racional y que existe por si mismo. Este concepto esta asociado a ideas de autonomía de la racionalidad. En este mismo sentido Kant plantea que el hombre es un fin en si mismo, no debe ser utilizado como un medio. En la idea de persona se presenta una evolución (en occidente) en la filosofía moderna: se ha avanzado a la idea de que todos los hombres son persona; pero eso no quiere decir d que todos sean sujetos de derecho, lo que queda como una tarea pendiente.

Concepto de DDHH

En este tema existe un problema de denominación. Existe una diversidad de expresiones: DDHH, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, garantías individuales, etc. No esta totalmente claro que es lo que quiere decir, y esto es reconocido por los autores. Además, los DDHH no englobarían todos los derechos del hombre, sino que se remitirían tan solo a una pequeña parte de ellos (se diferencian por ejemplo los DDHH de los derechos originados por una transacción comercial). A continuación se intenta aclarar la relación entre algunos conceptos y los DDHH:

Derechos naturales: aquí uno puede llegar al problema de suponer que los derechos emanan del derecho natural o de la naturaleza y esa postura es bastante discutible. La objeción a este planteamiento viene de autores que explican los derechos como producto de un periodo histórico determinado contraponiéndose a esta postura.

Derechos públicos subjetivos: esta expresión designa ciertos derechos que los particulares tienen contra el estado (no derechos subjetivos entre entes privados). La objeción consiste en que esta clasificación no es aplicable a los DDHH: estos se tienen tanto como contra el estado como contra particulares.

Libertades fundamentales: La libertad no es necesariamente lo mismo que derecho: una parte de los DDHH son libertades, pero otros son exigencias de alguna acción por parte del estado (derechos sociales)

Garantías individuales: esta expresión denota limitaciones al poder pero una garantía es una expresión que no comprende en su totalidad las facultades o derechos. Sin embargo en una etapa genética de los derechos, estas garantías eran los únicos derechos.

Derechos fundamentales: El autor Eusebio Fernández prefiere esta expresión pues se precisa la jerarquía de estos derechos en el ordenamiento jurídico: se ubicarían en la parte mas alta del ordenamiento jurídico y estarían garantizados por las normas de mas alta jerarquía. Esta expresión sugiere que contienen las bases de la legitimidad del ordenamiento jurídico, de moralidad o legalidad del ordenamiento jurídico. También con esta expresión se denota que estos derechos son valores o paradigmas no solo para el derecho sino también para toda la vida social.

El autor define DDHH como: derechos fundamentales que tiene cualquier persona por el hecho de ser persona que deben estar reconocidos y garantizados por la sociedad y el poder político sin ningún tipo de discriminación social, política, jurídica, ideológica, cultural, económica y sexual. Además enfatiza

este autor que el concepto esta asociado a la idea de dignidad humana en el sentido de que tales derechos no son mas que requerimientos imprescindibles para el desarrollo de la dignidad de la persona.

El autor Antonio Pérez Luño hace una distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales: el primer término designaría al conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas las que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (valores de los cuales derivan ciertas facultades o prerrogativas para los seres humanos, aunque no se hallen incorporados en el ordenamiento jurídico.) . Los derechos fundamentales serían sólo aquellos DDHH efectivamente incorporados por los ordenamientos jurídicos nivel nacional e internacional. Esta distinción es útil pues para que una determinada libertad , etc, sea un DDHH no es necesario que estén incorporados al ordenamiento jurídico (no es necesaria su escrituración)

El profesor Jorge Iván Humner Gallo sostiene un concepto iusnaturalista: los DDHH constituyen un conjunto de atributos inherentes al hombre por condición de tal concernientes al resguardo y perfeccionamiento de su vida y el ejercicio de ciertas prerrogativas y libertades básicas que la autoridad publica debe respetar y amparar

La encíclica Pacem in Terris de Juan XXIII (1963) sostiene que todo ser humano es persona y sujeto de derechos y deberes y que En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio que toda [...] persona, es decir una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre y que por tanto de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables

Otro aporte importante es el del profesor Peces Barba. Él plantea que el paso de los DDHH como valores a los DDHH como derechos se produce cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- Una norma jurídica positiva que reconozca un determinado derecho o facultad, ya sea de rango constitucional o legal.
- De que dicha norma positiva derive la posibilidad para los sujetos de derecho de atribuirse como derecho subjetivo el correspondiente DDHH.
- Las infracciones a las normas que reconocen DDHH sean idóneas para legitimar a los titulares ofendidos o menoscabados para que demanden o pretendan de los tribunales de justicia el restablecimiento del respeto a ese derecho, utilizando si fuera necesario para ello la acción del aparato coactivo del estado.

Historia de los Derechos Humanos

El origen de los derechos humanos esta asociado a la modernidad, la ilustración y la filosofía política del liberalismo. En la antigüedad no se conoce el concepto entre otras cosas por que no se conocía el concepto de derecho subjetivo ni de del principio de igualdad.

En el Cristianismo la idea de la dignidad humana está presente en la cultura y la idea de ser hijos de Dios otorga la idea de igualdad, pero solo en el discurso, no aplicándose muy a menudo a la realidad concreta.

Por estas razones no podrían hallarse antecedentes jurídicos en la antigüedad: de hecho, la palabra ius se traduce como estado, no como derecho subjetivo (Miley le critica a Crocio el atribuirle erróneamente el significado anterior). Los derechos del individuo en Grecia dependían de la pertenencia a la polis: no los tenía el individuo considerado en si mismo.

El concepto de derecho subjetivo recién se abre paso en el siglo XVII, configurándose en la base de los Derechos naturales (y del contrato) y de los DDHH

En la edad media tampoco se presenta la idea de DDHH, pues se la sociedad se basaba en la idea de estamentos, jurídicamente diferenciados, por lo que era imposible pensar el principio de la igualdad aplicado en la sociedad. Aún así hay antecedentes patentes en documentos que presentan la noción de límites y garantías frente al poder.

Documentos:

Derecho Español:

- Carta magna Leonesa (1188) Aquí se establecen garantías procesales para la libertad de la persona, para el derecho de propiedad privada y la inviolabilidad del hogar.

Derecho Ingles:

- Carta Magna (1215): Los barones del reino y el clero impusieron al monarca Juan sin Tierra el reconocimiento de un conjunto de garantías individuales: El derecho de propiedad, la libertad personal, limitaciones a la capacidad de establecer cargas tributarias etc.
- Petición de Derechos (1628): Estableció expresamente que no podrían fijarse tributos sin la aprobación del parlamento.
- Acta de Habeas Corpus (1679): estableció el procedimiento para la garantía de la libertad personal.
- Declaración de derechos (Bill of Rights, 1689) Fortaleció las atribuciones legislativas del parlamento frente a la corona y estableció la libertad de elecciones para parlamentarios

Derecho Estadounidense:

- Acta de Independencia (4/jul/1776): Aquí los congresistas afirman la existencia de ciertas verdades evidentes y entre estas están la igualdad, que todos los hombres han sido creados iguales y que están dotados de ciertos derechos individuales entre los cuales esta la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Otra idea importante es que los gobiernos derivan del poder del consentimiento de los gobernados y por eso cuando los gobiernos violan los derechos de los que están dotados los hombres, el pueblo tiene derechos a abolirlos y a instituir un nuevo gobierno.
- CPE de EEUU (1776) + 10 primeras enmiendas (1789): Las enmiendas establecen la libertad religiosa, de palabra, de prensa, de reunión, la inviolabilidad del hogar, derecho de propiedad, etc.

Derecho Francés:

- Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (emanada de la asamblea constituyente de 1789). Aquí se afirma un concepto de DDHH como derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. Sobre el derecho a la igualdad, declara que los hombres nacen y viven libres e iguales en derecho. Afirma que el objeto de la asociación política (estado) es la conservación de estos mismos derechos.

Tanto en EEUU como en FR se expresa claramente el pensamiento iusnaturalista racionalista, predominante en esa época. Además los derechos postulados por estas declaraciones tienen aspiraciones de reconocimiento universal.

Durante el siglo XIX y XX los DDHH experimentan procesos o tendencias que permiten formarse una idea del sentido de la evolución de los derechos:

- **Proceso de positivación:** aquel proceso en cuya virtud los DDHH se han ido incorporando al derecho interno de los estados, especialmente a través de la CPE o desde normas de rango legal. Se podría ejemplificar este proceso como el paso de declaraciones o aspiraciones a textos normativos de rango constitucional o legal. La importancia de esta etapa se resume en 2 ventajas para la protección de los DDHH:
 - Se hacen ciertos en la medida que al incorporarse en las CPE's y las leyes se fijaran de un modo mas determinado y preciso
 - Estos DDHH comenzarán a tener mas eficacia desde el punto de vista de su protección jurídica [se hacen + efectivos]
- **Proceso de Generalización:** tendencia que experimentan los DDHH que consiste en la extensión de su reconocimiento a mas personas. En virtud de este proceso, los DDHH serán reconocidos a todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, posición social–económica o tendencia filosófica, política o religiosa. [se acaba su carácter estamental]
- **Proceso de Expansión:** Gradual y progresivo incremento del catalogo de los derechos humanos, o sea aumenta progresivamente el numero de DDHH: surgen nuevos derechos; este proceso tiene 4 momentos de énfasis:
 - ◆ 1ª generación de derechos: derechos personales o de autonomía. Estos sirven de garantía frente al poder publico (EJ. Inviolabilidad del hogar). La obligación del estado es la de no interferir en la vida de las personas. Esta generación reina durante el siglo XIX y toma forma en el llamado estado liberal de derecho cuyo compromiso es el no interferir en la vida de las personas.
 - ◆ 2ª Generación: facultad de participación de los individuos [ciudadanos] en el poder corresponde a los derechos políticos como el derecho a sufragio, etc.
 - ◆ Derechos económicos, sociales y culturales: estas son facultades no referidas a los anteriores, y que consisten en permitir reclamar el cumplimiento de prestaciones por parte de los estados. Promueven los fines de la igualdad y la solidaridad, y son característicos del siglo XX . El estado ya no es un ente abstencionista, sino que debe utilizar sus medios para lograr la satisfacción de las prestaciones
 - ◆ Derechos colectivos o de intereses difusos: son derechos que por especiales características no responden a las categorías anteriores, como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación
- **Proceso de Internacionalización de los DDHH.** Este proceso formula un cambio en cuanto al reconocimiento y protección de los DDHH que consiste en que esta protección ya no se produce solo en el ámbito de los derechos internos o nacionales, puesto que la protección pasa a ser competencia de organismos supranacionales mediante tratados que dan lugares a protección de los derechos humanos. Los individuos adquieren una personalidad jurídica internacional que desborda los limites del estado al que pertenecen. Los estados concurren a estos tratados internacionales en el ejercicio de sus soberanía. En la practica, son estos estados los que pueden verse como sujetos de responsabilidad en la violación o infracción a los DDHH.
- **Proceso de Especificación de los DDHH:** reconocimiento de los DDHH de un modo mas especifico, atendiendo a las situaciones o condiciones que puedan afectar a un grupo de personas o a la comunidad internacional. En virtud de este proceso se elaboran convenciones internacionales destinadas a proteger a los derechos de los niños, mujeres, minorías étnicas, discapacitados, etc.

Sistemas de Protección de los DDHH

Existen dos sistemas de protección: uno internacional y otro interno o nacional. En ambos sistemas el sistema político es determinante: se requiere de condiciones equilibrio, pluralismo político (que caracterizan la transparencia): esto materialmente es representado por un sistema democrático con una posición.

Protección Internacional

1) Sistema Universal: es el sistema adscrito a la ONU. Este organismo constituye un sistema jurídico político al que pertenecen todos los estados reconocidos.

En este sistema podemos identificar que intervienen en la promoción y protección de los DDHH. El funcionamiento de estos organismos esta preestablecido jurídicamente. Además existen catálogos internacionales en los que se señalan y definen los derechos que son promovidos por este.

Los Organismos que intervienen son:

- ◆ Asamblea general de las NU: es un órgano político formados por representantes de los estados. Es el órgano con mas autoridad dentro de la ONU, que adopta las políticas generales y tiene la facultad de iniciar acciones destinadas a la protección de los DDHH.
- ◆ Consejo Económico y Social: : es un órgano político formados por representantes de los estados, que son designados por la asamblea general. Representa a la asamblea en cuanto a las políticas de DDHH y por esto puede formula las recomendaciones y las políticas que decida sobre DDHH, pero siempre bajo la autoridad de la asamblea.
- ◆ Comisión de DDHH: órgano específico creado en 1946 por el consejo económico y social. Se reúne anualmente durante 6 semanas. Posee 43 miembros (y es un órgano de expertos, no de políticos).
- ◆ Corte Internacional de Justicia. Tanto el consejo económico y social como la asamblea general pueden pedirle informes al tribunal [es un órgano consultivo de esos 2 organismos y de la comisión]

Textos importantes: Declaración universal de derechos Humanos (1948), pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966), convención sobre la eliminación de toda forma discriminación racial (1979), convención contra la tortura y los tratos degradantes.

Los pactos fueron necesarios debido a que la declaración no había sido elaborada como un tratado.

Procedimientos:

- No Contenciosos: informes periódicos y gestiones de buenos oficios (recomendaciones, mediaciones diplomáticas entre representantes de NU con los estados)
- Cuasi contenciosos: Comunicaciones y quejas que se dirigen a los estados por parte de los organismos internacionales o por parte de los individuos en contra de los estados y que se ponen en conocimiento de NU normalmente a través de la comisión de DDHH.

2) Sistema Interamericano: Sistema adscrito a la OEA. Su base se encuentra en la convención americana de los derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica (1969, entro en vigencia en 1978 y en Chile el 5 de enero de 1991). Este documento establece un sistema de defensa de los derechos humanos (con la consecuente competencia de los órganos encargados de esta labor)

Órganos:

- ◆ Comisión interamericana de los DDHH: Tiene como función especial la observancia y defensa de los DDHH en el conjunto de países que forman parte de la OEA y por esta razón cualquier persona o grupo de personas (incluso una ONG) puede presentar a la comisión pretensiones que contengan denuncias o quejas por violación o atropello de algunos de los DDHH reconocidos por la convención. Esta es la instancia previa pues es ella la que puede llevar las denuncias o quejas ante la corte interamericana. La comisión admite a tramitación las quejas o denuncias con ciertos requisitos o condiciones:
- ◆ Que se hayan agotado los recursos jurídicos internos

- ◆ Que la queja o denuncia se presente ante la comisión en un plazo de 6 meses a partir de la fecha de notificación de la resolución jurisdiccional o administrativa que deje a la persona sin otro recurso en el derecho interno
- ◆ La materia que es objeto de la denuncia no este pendiente en otro proceso internacional.
- ◆ Corte interamericana de los DDHH: Es propiamente un órgano jurisdiccional y ante el solo pueden comparecer los estados y la comisión. La corte emite el pronunciamiento decidiendo si hubo o no violación de un derecho protegido por la convención. La corte puede:
 - ◆ Dictaminar que se reestablezca la protección del afectado, garantizándole el derecho afectado
 - ◆ Puede dictaminar que se reparen en el derecho interno las consecuencias de la vulneración
 - ◆ Puede dictaminar que se otorgue una justa indemnización a los afectados.

Chile solo le reconoce competencia después del 11 de marzo de 1991.

Protección interna:

1) Recurso de amparo:

Acción jurisdiccional de rango constitucional para tutelar la libertad y la seguridad personal respecto de todo acto ilegal o contrario a la CPE que pueda provocar la privación, perturbación o amenaza del derecho.

Su fuente normativa se encuentra en el artículo 21 CPE y 306 y 307 del CPP. El derecho protegido es el del Art. 19 n° 7 CPE.

Este recurso se presenta sin formalidades. El tribunal tiene amplias facultades para disponer la libertad del ofendido, reestablecer el derecho o llevarlo frente al juez. El tribunal competente

es la CA.

2) Recurso de protección:

Acción cautelar de carácter jurisdiccional establecida con rango constitucional para la protección de ciertos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Respecto de los menoscabos que tales derechos pueden experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias sea que provengan de la autoridad administrativa o de particulares. Su fuente normativa se encuentra en el artículo 20 CPE.

Este recurso establece una jurisdicción de legalidad o EQ pues la competencia del tribunal se amplía tanto a vicios de la legalidad como infracciones a la justicia o racionalidad que exige el respeto y la protección de DDHH. [Se podría interponer tanto como contra actos arbitrarios como ilegales]

Ambos recursos están regulados por Auto-Acordados de la CS

Fundamentación de los DDHH

La Fundamentación de los DDHH trata de encontrar una justificación para estos a través de la filosofía moral cuyo análisis tiene influencia en la filosofía política.

Observaciones previas

- ◆ Al preguntar por el fundamento lo que se busca es una justificación moral y racional de porque deben ser respetados y reconocidos los derechos humanos.

- ◆ Entonces no cabe confundir la pregunta por el fundamento de los DDHH con la pregunta sobre sus características.
- ◆ Se puede confundir la pregunta por su justificación con la búsqueda del origen de los DDHH, por ejemplo en un paralelo entre la Fundamentación historicista y iusnaturalista
- ◆ En resumen, se debe avanzar en el sentido de responder la pregunta por la Fundamentación de los DDHH y no otras preguntas

Fundamentaciones

1) Iusnaturalista:

En el iusnaturalismo se reconoce la existencia del derecho natural, emanado de la naturaleza humana o que la razón reconoce y que se encuentra en una categoría superior al derecho positivo. A propósito de los DDHH, el iusnaturalismo explica que estos derivan del derecho natural, anteriores a toda convención social, superiores a todo ordenamiento jurídico y que la autoridad debe reconocer y garantizar.

Esta justificación presenta un problema: se da por cierto que existe una NATURALEZA HUMANA, algo que es altamente discutible y que origina preguntas como ¿Qué es la naturaleza humana?, ¿se puede conocer?, ¿Existirá realmente? ¿Si existe, existirá solo una? ¿Cuales son esos principios de moralidad y justicia objetivamente validos? O ¿Cómo se explica la evolución de los DDHH?.

2) Histórica:

Afirma que los DDHH no emanan de la naturaleza humana, ni de la razón iluminada. Se trataría de derechos variables o relativos asociados con la contingencia histórica. En consecuencia, desde el punto de vista de su origen, no serían anteriores o superiores a la vida social, sino que serían producto de la experiencia humana. De esta forma se configura una critica al iusnaturalismo... El hecho de que su origen sea histórico no debilita en esencia los DDHH: el decir que sean sublimes no tiene mayor relación con su respeto real. Este fundamento relativizaría mucho los derechos humano, cayendo en el error de extraer normas de hechos. El fundamento de los DDHH sería de corte moral.

3) Subjetivista:

Doctrina que afirma la dependencia de los valores éticos, respecto de los deseos, actitudes e intereses de cada individuo así como la exigencia de que tales deseos sean respetados en forma absoluta. Autores como Rawls, Dworking y Nozick plantean esta posición opuestas a las doctrinas objetivistas en las que se encuentra el iusnaturalismo. Posicionan al individuo por sobre la sociedad, y reclaman un derecho de libertad amplio o derechos individuales que deben ser respetados por los demás, derechos que pertenecen a los individuos en cuanto sujetos morales, por sobre las normas del derecho positivo impuesto a su vez por la mayoría del grupo social.

4) Ética:

Afirma que los derechos humanos son las consecuencias de exigencias éticas o valores que constituyen la idea moral de dignidad humana y como justificación racional se dice que estos derechos son deseables y buenos para el desarrollo de la vida humana.

La negación del derecho es contrario al deseo de tener una vida mejor. Los DDHH son derechos morales respecto de los cuales no es posible afirmar un origen metafísico pero que a su vez su existencia no puede depender en ningún caso del derecho positivo

5) Íter subjetivista o racional.

Esta Fundamentación pretende ser una mediación crítica entre la teoría de la verdad (de Habermas) y la filosofía de las necesidades radicales (de Agnes Heller). Esta teoría tiene algunas afirmaciones como:

- ◆ Estos derechos se basan en necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica
- ◆ Estas necesidades en cuanto constituyen datos social—e—históricamente vinculados a la experiencia humana posee una objetividad y universalidad.
- ◆ Es esta objetividad la que permite su generalización mediante la discusión racional y el consenso
- ◆ Los DDHH son categorías que expresan necesidades social—e—históricamente compartidas y por tanto permiten suscitar en consenso sobre su justificación racional.
- ◆ El presupuesto de esta Fundamentación es que el consenso racional tiene que surgir de la experiencia de las necesidades.

Esta doctrina pretende superar las doctrinas objetivista y subjetivista, pues se supone que en la doctrina objetivista los derechos existen independientemente de la experiencia de los individuos y de su experiencia valorativa. En este caso, las necesidades humanas se convierten en el presupuesto para construir un consenso acerca de los derechos: La objetividad nacería del consenso acerca de su justificación moral y racional acerca de porque deben ser protegidos, ya que no existiría una verdad moral.

El ordenamiento jurídico

Distinción previa:

- Orden jurídico: Designa al conjunto de declaraciones sociales o de la vida social reguladas jurídicamente. Es explicada por la sociología del Derecho.
- Ordenamiento jurídico [OJ]: designa un conjunto unitario y coherente de normas jurídicas. Es estudiada por la dogmática jurídica, la ciencia jurídica.
- Sistema jurídico: designa a un conjunto de reglas y proposiciones que describen un ordenamiento jurídico.

Cuando se habla de orden jurídico, se habla de una realidad socio—jurídica y de la realidad social que presenta el derecho en una sociedad dada (el derecho que efectivamente rige una sociedad [eficaz]).

Cuando se habla de OJ no se sabe si pertenece a la realidad social del derecho (se sabe que es válido pero no se sabe si es eficaz). El OJ designa una realidad normativa (formada por normas, no por hechos)

Sistema jurídico es una realidad cognoscitiva, formada por enunciados o proposiciones de la ciencia (no por normas ni hechos), enunciados que describen el contenido de la norma con el objeto de exponer o explicar un determinado ordenamiento [Enunciados que describen normas]. El objeto de los enunciados que forman el sistema jurídico está constituido por el OJ.

Teoría del OJ

Tiene por objeto explicarnos las condiciones bajo las cuales un determinado derecho positivo puede ser concebido como un OJ (conjunto unitario de normas) y que cualidades tendría este OJ.

¿Pero bajo que condiciones se puede hablar de un todo unitario?. Desde la perspectiva del positivismo jurídico metodológico (Kelsen) se afirma que un conjunto de normas constituye una unidad cuando la validez de las normas se encuentra en una determinada norma, en el sentido que esta es la fuente

común de validez de todas y c/u de las normas que forman el derecho positivo de una comunidad jurídica dada.

Al hablarse de OJ se trata de un conjunto de partes ordenadas: un principio de organización vincula a estas normas en virtud de un fundamento común. El derecho no es una suma de normas, es un conjunto unitario de normas y esto es así pues las normas no están meramente agregadas o yuxtapuestas una al lado de las otras, sin un vínculo interno. Este principio de unidad está compuesta a partir de la relación que establece su validez en el derecho positivo. En este punto aparecen 3 nociones:

- ◆ Validez: en este punto existen varias interpretaciones:
 - ◇ Validez designaría la existencia específica de que estas se encuentran dotadas.
 - ◇ Validez designaría el modo de existencia de las normas
 - ◇ Validez designaría la existencia de las normas en cuanto a prescripciones de deber ser.
 - ◇ El decir que es válida, sería decir que tiene una pretensión de ser cumplida, de ser aplicada. En este punto existen 2 sentidos de obligatoriedad:
 - Para los sujetos imperados que deben obedecer las normas.
 - Los órganos jurisdiccionales deben aplicarlas en sus consecuencias coactivas.

Kelsen dice que una norma es válida cuando le reconocemos a ella una fuerza obligatoria. Jorge Millas propone 4 significados equivalentes para validez.:

- Designa que una norma obliga a un determinado comportamiento a un grupo de personas en determinadas circunstancias.
- Designa la existencia de una norma
- Designa que ella pertenece a un OJ dado
- Designa que la norma se ha generado conforme a los preceptos de otra norma dada.

Una norma jurídica siempre existe como el sentido objetivo de un acto de voluntad y ese sentido objetivo nos es más que el significado que le atribuimos al acto de voluntad en virtud de una norma.

- ◆ ¿Que se entiende por fundamento de la validez?. Aquello que confiere u otorga las normas validez aquella que confiere u otorga su existencia y presunción de obligatoriedad.
- ◆ ¿Cual es la validez de las normas jurídicas?. Sobre esto existen 4 criterios diversos:
 - Respuesta normativista formal (Kelsen): El fundamento de validez de una norma jurídica se encuentra siempre en otra norma jurídica de jerarquía superior que aquella cuyo fundamento de validez cuestionamos. Este fundamento se logra determinando 3 datos:
 - ¿quién está facultado para crear la norma en cuestión?
 - La norma superior establece el procedimiento a que debe sujetarse la autoridad o el organismo facultado para crear la norma.
 - Puede la norma superior establecer ciertos límites en cuanto al contenido que contendrá la norma cuya validez cuestionamos
 - Doctrina del reconocimiento: El fundamento de validez se basa en que estas sean reconocidas y observadas por los sujetos imperados o sea, de una aceptación social del derecho.
 - Doctrina realista: El fundamento de validez está dado por el hecho de que las mismas sean efectivamente aplicadas por los órganos jurisdiccionales.

Kelsen critica que el planteamiento 2) y 3) equivaldría a decir que el fundamento de validez es algo posterior a las mismas: las normas existirían después que los tribunales las aplicaran.

- Doctrina del Derecho natural: El fundamento de validez estaría dado por la coincidencia que estas guarden, apreciando su contenido, con las normas del derecho natural. Si la contraría, no sería una

norma obligatoria.

La respuesta Kelseniana tiene un carácter normativista, las de las doctrinas del conocimiento y realista tienen un carácter sociológico, mientras que la del derecho natural tiene carácter idealista.

Teoría del ordenamiento de Kelsen (y Hart):

Aquí la unidad estaría constituida por una norma fundamental o básica. El autor hace una distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos:

- Estáticos: La unidad es de carácter lógico en el sentido que las normas particulares que la componen se deducen de normas más generales (son aplicaciones o explicaciones de las normas más generales). Las normas están ligadas entre sí por su contenido. Los sistemas ético–normativos y de derecho natural son deductivos (o sea estáticos).
- Dinámicos: las normas forman parte del ordenamiento en virtud de su modo de producción (no de su contenido) se pregunta si ha sido creada por quien podía crearla y como debía ser creada (procedimiento) Las normas forman una unidad o están ligadas entre sí a propósito de su modo de producción.

Para Kelsen el OJ se presenta como una estructura escalonada de grados fundantes y fundados. Una norma es válida si es conforme a la norma de grado superior, si fue dictada por el órgano competente, conforme a los contenidos impuestos por la norma superior y a los procedimientos establecidos por esta.

Esta concepción puede ser muy convincente desde las leyes inferiores del sistema hasta la CPE. Tratando de subsanar el aparente vacío que se produciría en este punto, aparece la teoría de la norma (hipotética) básica. Lo que hay es una norma básica que fundamenta la primera CPE histórica y en esta norma descansaría su fundamento y el fundamento a su vez de todas las demás normas. El problema es que esta norma ya no es una norma positiva, sino que es presupuesta por los juristas para admitir como válido todo el OJ. Se supondría como válido todo lo que ha obrado el primer legislador histórico (o sea el que ha establecido una constitución sin basarse en una anterior). Se preferiría una explicación normativista y formal antes que moral.

Si se supone como válido el actual OJ suponemos como válidos los actos de los cuales deriva este OJ: Pero esto claramente es confundir validez con justicia, pues se caería en justificar el OJ solo por su validez. Esto último es tarea de la filosofía moral, no de la ciencia jurídica. La tarea de la ciencia no es declarar si un OJ es justo o no.

Kelsen plantea además que la primera norma debe ser válida para saber si es eficaz o no [ver relación validez–eficacia, en su respuesta mixta, la de Kelsen].

Existen problemas con esta norma fundamental: ¿de qué depende que exista esta norma presupuesta si la norma fundamental no deriva su validez otra norma y es solo supuesta?. Si se presupone siempre y cuando la primera CPE histórica haya dado origen a un ordenamiento jurídico eficaz, se supondría que esa norma dependería de la eficacia, cayendo todo el argumento de Kelsen en una seria contradicción.

Otro intento por explicar la unidad del ordenamiento jurídico es el planteado por Hart en su llamada regla de reconocimiento: Una es válida [pertenece al orden jurídico] cuando satisface los criterios establecidos por la regla de reconocimiento.

Concepto: Existe como una práctica generalmente concordante por parte de los órganos

jurisdiccionales de identificar el derecho por referencia a un mismo criterio normativo. La diferencia con la norma propuesta por Kelsen es que esta regla es una norma positiva, una regla social.

Requisitos de la regla de reconocimiento:

1) Que los jueces y tribunales en su conjunto acepten como vinculante esos criterios o un mismo criterio normativo. Por ejemplo, en UK el valor de una regla surge pues los tribunales y la comunidad británica reconoce como derecho el promulgado por la reina o según esas formas [no por adhesión a la monarquía]. Se produciría una circularidad en su argumentación: Si una norma existe es pues los tribunales la aplican y estos ¿En virtud de que se fundamentan? ¿se fundamentan a si mismas? Esto es lo planteado por el criterio realista [Alf Ross y Joseph Raz]. Según este criterio, forman parte de un sistema jurídico todas las normas aceptadas como validas por los tribunales [o sea el ordenamiento se fundamentaría en si mismo. Corre la misma critica]. Todo esto pasa por aceptar que el derecho es un conjunto unitario de normas lo que no necesariamente es así. De ahí nace el problema, pero este fundamento no es tan real, por lo que este problema no sería tan esencial pues parte de un supuesto.

Materia de la Ceriani

Las fuentes del derecho:

La palabra fuente presenta diversas acepciones:

–Intenta señalar el fundamento ultimo del derecho o su principio básico

–Pretende designar cualquier forma de organización humana que requiera del derecho para su existencia y su desarrollo (por ejemplo al decir que el derecho internacional nace de las relaciones intencionales)

–fuente del conocimiento jurídico: Todas aquellas expresiones en las que es posible encontrar materias jurídicas.

–Como el conjunto de factores de una sociedad que determinan la creación, modificación o derogación de la norma jurídica.

–Designa la autoridad o persona de donde emana el derecho de acuerdo a las normas de competencia y procedimientos establecido por el ordenamiento jurídico

–Designa el fundamento de validez de una norma jurídica.

Las ultimas dos acepciones fusionadas pueden entenderse como las fuentes formales del derecho.

–Fuentes materiales

Esta clase de fuente no se refiere a una causa inmediata, sino a una anterior. Puede definirse como aquel conjunto de factores muy variados que son determinantes en la creación, modificación o derogación de una norma jurídica. También son conocidas como las fuentes modeladoras del derecho y son por ejemplo la geografía, política, ecología, religión, ideología, etnias presentes en el país, la ciencia, la economía, temas laborales, catástrofes o guerras.

–Fuentes Formales

Son métodos o procedimientos de creación de normas jurídicas así como los modos de exteriorizarse

y los continentes normativos en que ellos se encuentran, tras los cuales es posible identificar un acto de autoridad (como ocurre con la ley o la jurisprudencia), un acto social (por ejemplo, la costumbre), o actos de los propios particulares (como los contratos) y que pasan a incorporarse al propio ordenamiento jurídico.

Tipos de fuentes formales:

Son fuentes formales la ley, la costumbre jurídica, la jurisprudencia de los tribunales, actos jurídicos, los actos corporativos, la equidad y los principios generales del derecho.

el derecho se caracteriza también por la autopoiesis, es decir, contienen normas que regulan, además de la conducta humana, su propia creación

Clasificación de las fuentes formales:

- desde el sujeto creador de las normas:

1-. Heterónomas: producidas por un sujeto distinto al imperado (Ejemplo: ley, jurisprudencia)

2-. Autónomas: producidas el mismo sujeto imperado (Ejemplo: actos jurídicos como los contratos y la costumbre)

- Atendiendo al tipo de norma que producen:

1-. Generales (y abstractas): por excelencia la ley, pues abarca un universo indeterminado de personas y no individuos ciertos.

2-. Particulares (concreta y singular): dicen relación con un numero determinado de personas y afectan situaciones precisas. (Ejemplo: actos jurídicos y fallos de los tribunales)

- Si están o no contenidas en un texto que las exprese.

1-. Formalizadas: se expresan en un texto cierto. (Ejemplo: Ley y jurisprudencia de los tribunales)

2-. No Formalizadas: no se expresan en un cierto texto. (Ejemplo: la costumbre, los principios generales del derecho y la equidad)

- Según el tipo de fuerza obligatoria que poseen:

1-. Inmediata: cuando la norma jurídica vincula o produce directamente los efectos normativos sin mediación de ninguna especie (Ejemplo: la ley).

2-. Mediata: cuando la fuerza obligatoria proviene de otra fuente formal para producir los efectos normativos. (Ejemplo: costumbre Jurídica, pues requiere algún texto que expresamente la cubra de obligatoriedad)

- Desde la vinculación que los órganos jurídicos tienen con las fuentes:

1-. Principal: Cuando el órgano jurídico tiene la obligación de aplicar la fuente jurídica (debe aplicar la ley, etc.)

2-. Subsidiarias: cuando se aplican en ausencia o defecto (omisión) de una fuente formal o bien para

interpretar la fuente formal. (Ejemplo: equidad y las fuentes formales del derecho)

La ley

Acepciones:

- ◆ Como sinónimo de legislación y con ella se designa un sistema jurídico: esto es un conjunto de ordenamientos jurídicos que tengan un denominador común. (Ejemplo: legislación inglesa, romano-germánica, sistemas jurídicos religiosos).
- ◆ Sentido estricto: normas de carácter general y abstracto que tienen su origen en un procedimiento establecido en la constitución.

Conceptos clásicos de Ley:

–Santo Tomas de Aquino: este sabio reconocía cuatro tipos de leyes: la eterna, la divina, la natural y la humana. Esta ultima la define como una ordenación de la razón dirigida al bien común, dada y promulgada solemnemente por quien tiene a su cargo el cuidado de su comunidad.

–Marcel Planiol: Jurista francés del siglo XVIII. Explica por ley la regla social obligatoria establecida con carácter permanente por la autoridad publica y sancionada por la fuerza

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

Definición (en Chile): Fuente de creación de las normas jurídicas de carácter general y abstracto, elaborado por el poder legislativo, sancionada y promulgada por el presidente de la republica, y publicada en el diario oficial.

Manifestaciones de la ley: Constitución, leyes, decretos con jerarquía de ley, tratados internacionales, potestad reglamentaria, auto-acordados.

Constitución: Conjunto de normas jurídicas de la más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico que regula en general los contenidos o decisiones colectivas, pero especialmente la organización del estado, el ejercicio del poder político y los derechos y deberes fundamentales.

Su origen puede ser de carácter originario, indicando que no se vincula con una constitución anterior y derivativa, queriendo decir que la nueva constitución se establece mediante los procedimientos formulados por la constitución anterior.

En el específico caso chileno, la constitución establece:

– La forma del estado: Art. 3. El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley.

– organización de los poderes publicos:

Ejecutivo: (Capítulo IV) **Artículo 24.**– El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto, la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

El Presidente de la República, a lo menos una vez al año, dará cuenta al país del estado administrativo y político de la nación.

Legislativo: (Capítulo V) **Artículo 42.**– El Congreso Nacional se compone de dos ramas: la Cámara de Diputados y el Senado.

Ambas concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución y tienen las demás atribuciones que ella establece.

Composición y generación de la Cámara de Diputados y del Senado

Judicial: (capítulo VI) **Artículo 73.**– La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren.

Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

– proceso de creación de las leyes (artículo 62 y siguientes) **Artículo 62.**– Las leyes pueden tener 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.

- ◆ Establece derechos y deberes fundamentales (artículo 19 y siguientes)

- ◆ Regula el ejercicio del poder constituyente (Capítulo XIV)

Supremacía constitucional: En este punto se explican los mecanismos por los que la constitución se asegura como el conjunto de normas de mas alta jerarquía.

– **El reconocimiento de que la soberanía reside en la nación:**

Artículo 5º.– La soberanía reside esencialmente en la Nación.

Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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.

– **El establecimiento de que tanto el poder publico como el privado deben someterse a los preceptos de la constitución y por tanto ambos tienen responsabilidad efectiva.**

Artículo 6º.– Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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

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

– **Para que los órganos del estado actúen válidamente deben hacerlo previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley**

Artículo 7º.– Los **órganos del Estado** actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.
Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.
Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

(Investidura regular: nombramiento y elección de la persona según la forma que establece la ley)

– **Controles de Constitucionalidad:** (capítulo VII) Estos se pueden realizar de dos maneras: El control previo es el que se realiza antes de terminar el trámite por el cual se aprueban las leyes. Es efectuado por el tribunal constitucional (en el caso de la elaboración de las leyes) y por la contraloría general de la República. El control represivo lo efectúa la corte suprema a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y por las cortes de amparo a través de los recursos de amparo y protección.

♦ **Establecimiento de la justicia electoral:** Existencia de tribunales que velan por el respeto a la soberanía nacional. (capítulo VIII)

Artículo 84.– Un tribunal especial, que se denominará Tribunal Calificador de Elecciones, conocerá del escrutinio general y de la calificación de las elecciones de Presidente de la República, de diputados y senadores; resolverá las reclamaciones a que dieren lugar y proclamará a los que resulten elegidos. Dicho Tribunal conocerá, asimismo, de los plebiscitos, y tendrá las demás atribuciones que determine la ley. [...]

Artículo 85.– Habrá tribunales electorales regionales encargados de conocer el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley les encomiende, así como de resolver las reclamaciones a que dieren lugar y de proclamar a los candidatos electos. [...]

– **Protección a las garantías individuales:** A través del recurso de protección y el recurso de amparo (artículo 20 y 21)

Recurso de Protección: reglamentado por un auto–acordado, se define como una acción constitucional destinada a proteger el legítimo ejercicio de ciertos derechos fundamentales

Artículo 20.– El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra **privación, perturbación o amenaza** en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectivas, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
Procederá, también, el recurso de protección [...], cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

No todos los derechos son exigibles, por lo que no todos son protegidos. El recurso posee un procedimiento mínimo y puede ser interpuesto hasta 15 días después del agravio.

Recurso de amparo: es una acción jurisdiccional de rango constitucional destinada a cautelar la libertad personal y la seguridad individual respecto de actos contrarios a la constitución política del

estado y las leyes que produzcan una privación perturbación o amenaza del ejercicio de los derechos, sea esta por parte de los privados o de un ente publico

Artículo 21.– Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención.

Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

El procedimiento por el cual el individuo detenido se presenta ante el magistrado para comprobar su integridad física se denomina habeas corpus

Proceso de Reforma de la Constitución

–Constituciones pétreas: no admiten modificación de ninguna especie.

–Constituciones rígidas (caso de la CPE actual en Chile): Estas constituciones exigen altos quórum de aprobación para su modificación.

–Constituciones semi-rígidas: Estas exigen quórum mas altos de aprobación que una ley común, sin alcanzar la categoría de rígida.

–Constituciones flexibles: requieren el mismo quórum de una ley común para su modificación.

En la CPE se estipula que la tramitación de una reforma constitucional tiene los mismos pasos que una ley común, salvo en su aprobación y su sanción.

En la aprobación, la primera diferencia son los quórum de aprobación: 3/5 de diputados y senadores en ejercicio y 2/3 para determinadas materias (de los capítulos I (bases de la institucionalidad), III (derecho y deberes constitucionales), VII (tribunales constitucionales), X (FFAA), XI (consejo de seguridad nacional), XII (reforma de la constitución))

Artículo 116.– Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 62.

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VII, X, XI o XIV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Será aplicable a los proyectos de reforma constitucional el sistema de urgencias.

La segunda diferencia es que una vez aprobada la reforma se debe reunir al congreso pleno y ratificar la modificación, efectuándose el trámite no antes de 30 días ni después de 60 de aprobadas las reformas

Artículo 117.– Las dos Cámaras, reunidas en Congreso Pleno, serán convocadas por el Presidente del Senado a una sesión pública, que se celebrará no antes de treinta ni después de sesenta días contados desde la aprobación de un proyecto en la forma señalada en el artículo anterior, en la que, con asistencia de la mayoría del total de sus miembros, tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo sin debate.

Si a la hora señalada no se reúne la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificará el mismo día, a una hora posterior que el Presidente del Senado haya fijado en la convocatoria, con los diputados y senadores que asistan.

El proyecto que apruebe la mayoría del Congreso Pleno pasará al Presidente de la República.

Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso y éste insistiere en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso, 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 anterior, y se devolverá al Presidente para su promulgación.

En caso de que las Cámaras no aprueben 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 dos tercios 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.

La ley orgánica constitucional relativa al Congreso regulará en lo demás lo concerniente a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación en el Congreso.

En la Sanción se presentan diversas hipótesis:

–si el presidente la aprueba, no hay problemas.

–si lo rechaza pero el congreso insiste en el proyecto original con las 2/3 partes de aprobación, el presidente debe aprobar el proyecto o someterlo a plebiscito para consultar a la ciudadanía

–si le introduce modificaciones al proyecto, este vuelve al congreso se somete a votación por ambas cámaras (requiriendo el mismo quórum antes señalado). Pero si el congreso insiste en el proyecto original con las 2/3 partes de sus miembros en ejercicio, el presidente debe aprobar el proyecto someterlo a plebiscito. Esto deberá realizarse dentro de los 30 días siguientes a la insistencia.

Si el presidente de la república no se pronuncia sobre el proyecto en ese periodo se promulgara el proyecto aprobado por el congreso, en lo que se denomina sanción TACITA. (sanción tacita es debida al vencimiento de un plazo determinado, distinta e la sanción forzada, la que se origina por la re–aprobación por las cámaras con los quórums advertidos)

Control de Constitucionalidad de la reforma constitucional

Las leyes pueden o deben estar sujetas a un control de constitucionalidad. En algunos casos el control es eventual (puede o no ejercerse) y en otros es obligatorio.

Artículo 82.– Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º.– Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;

2º.– Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; [...]

En este caso el control es EVENTUAL, pues los preceptos del proyecto pueden ir en contra de los de la CPE vigente que se desea reformar. Generalmente se hace para velar por el cumplimiento de procedimientos de formación y tramitación de la reforma. Pero una corriente de la teoría dice que debería ser obligatorio para evitar que la reforma vaya contra los dogmas fundamentales de la CPE.

Ley Ordinaria (o en sentido estricto)

Concepto: (conjunto de) norma de carácter general (comprende un universo de sujetos sin distinción) y abstracta (se coloca en un supuesto normativo) que tiene su origen en el procedimiento establecido en la CPE (elaborada por el poder legislativo, sancionada por el presidente, y publicada en el diario oficial o del modo que la ley determina).

Dos Grandes limitaciones de la ley

- Las normas contenidas en la ley no pueden ser contrarias a los preceptos constitucionales.
- Solo la ley puede regular las materias contenidas en el artículo 60 (principio de exclusividad) y solo esas materias y no otras pueden ser reguladas por ley (principio de exclusión). Esto es si esta relativizado por el N° 20 de artículo 60.

Artículo 60.– Sólo son materias de ley:

1) Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales;

2) Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley;

3) Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra;

4) Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social;

5) Las que regulen honores públicos a los grandes servidores;

6) Las que modifiquen la forma o características de los emblemas nacionales;

7) Las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos.

La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda.

Sin embargo, se requerirá de una ley de quórum calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial.

Lo dispuesto en este número no se aplicará al Banco Central;

- 8) Las que autoricen la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades.
Esta disposición no se aplicará al Banco Central;
- 9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso, podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas;
- 10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión;
- 11) Las que establezcan o modifiquen la división política y administrativa del país;
- 12) Las que señalen el valor, tipo y denominación de las monedas y el sistema de pesos y medidas;
- 13) Las que fijen las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra, y las normas para permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República, como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él;
- 14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República;
- 15) Las que autoricen la declaración de guerra, a propuesta del Presidente de la República;
- 16) Las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia.
Las leyes que concedan indultos generales y y amnistías requerirán siempre de quórum calificado.
No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9°;
- 17) Las que señalen la ciudad en que debe residir el Presidente de la República, celebrar sus sesiones el Congreso Nacional y funcionar la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional;
- 18) Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública;
- 19) Las que regulen el funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general, y
- 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

Etapas de formación de la ley

- Iniciativa
- Discusión
- Aprobación
- Sanción
- Promulgación
- Publicación

1) Iniciativa: Presentación formal que se hace de un proyecto de ley a la consideración del poder legislativo. Puede ser hecha por parlamentarios (moción) o el presidente de la república (mensaje). Esta reglamentada por el artículo 62 de la CPE estableciendo una limitación del número de parlamentarios que respaldan el proyecto (para favorecer el debate) y estableciendo materias en las que solo el presidente de la república puede tener la iniciativa

Artículo 62.– Las leyes pueden tener 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.

Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores.

Las leyes sobre tributos de cualquiera naturaleza que sean, sobre los presupuestos de la administración pública y sobre reclutamiento, sólo pueden tener origen en la Cámara de Diputados.

Las leyes sobre amnistía y sobre indultos generales sólo pueden tener origen en el Senado.

Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 60.

Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

1º.– Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión;

2º.– Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; Suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones;

3º.– Contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas en favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos;

4º.– Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la administración pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes;

5º.– Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar, y

6º.– Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.

El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República.

El origen corresponde a la cámara en donde se inicia la discusión. A esta se le denomina cámara de origen. A la otra, cámara revisora. Por regla general, un proyecto de ley puede iniciarse en cualquiera de las dos cámaras. Las excepciones son:

Solo pueden iniciarse en la cámara de diputados: proyectos sobre tributo, administración pública, reclutamiento.

Solo pueden iniciarse en el senado: proyectos sobre amnistía e individuos generales.

2) Discusión: Conjunto de actos mediante los cuales las cámaras deliberan sobre un proyecto de ley con el objeto de determinar o no su aprobación. Este proceso es regulado en los artículos 65 y siguientes. Existen diferentes alternativas para el proyecto en esta parte del proceso:

- ◆ EL proyecto es aprobado por la cámara de origen y luego por la cámara revisora
- ◆ EL proyecto es aprobado por la cámara de origen, pero la cámara revisora le introduce modificaciones
- ◆ EL proyecto se presenta ante la cámara de origen y esta lo rechaza. En este caso no puede renovarse la discusión hasta 1 año después del rechazo. Sin embargo, si es un proyecto de iniciativa presidencial, el presidente tiene la facultad de pedir que el proyecto pase a la cámara revisora, si este lo aprueba con 2/3, el proyecto de ley vuelve a la cámara de origen donde solo se considera desechado si la cámara lo rechaza con 2/3 de los presentes (sino, se entiende aprobado)
- ◆ EL proyecto es aprobado por la cámara de origen, pero la cámara revisora lo rechaza: en este caso se forma una comisión mixta (con igual número de diputados y senadores) con el objeto de proponer un proyecto de ley, pudiendo este nuevo proyecto ser aprobado o rechazado (si es así, se da por rechazado definitivamente el proyecto, al igual que si la comisión mixta no se pone de acuerdo). Aún así el presidente tiene una facultad, siendo o no de su iniciativa el proyecto: Éste puede pedir a la cámara de origen que insista con los 2/3 de los miembros presentes sobre el proyecto original. Si lo hace pasara por segunda vez a la cámara revisora y solo se entenderá rechazado si lo hace con las 2/3 de los miembros presentes.
- ◆ El proyecto es objeto de una modificación por la cámara revisora. Este luego vuelve a la cámara de origen y es reprobado: se utiliza el mismo criterio anterior.

Artículo 65.– El proyecto que fuere desechado en general en la Cámara de su origen no podrá renovarse sino después de un año.

Sin embargo, el Presidente de la República, en caso de un proyecto de su iniciativa, podrá solicitar que el mensaje pase a la otra Cámara y, si ésta lo aprueba en general por los dos tercios de sus miembros presentes, volverá a la de su origen y sólo se considerará desechado si esta Cámara lo rechaza con el voto de los dos tercios de sus miembros presentes.

Artículo 66.– Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará inmediatamente a la otra para su discusión.

Artículo 67.– El proyecto que fuere desechado en su totalidad por la Cámara revisora será considerado por una comisión mixta de igual número de diputados y senadores, la que propondrá la forma y modo de resolver las dificultades.

El proyecto de la comisión mixta volverá a la Cámara de origen y, para ser aprobado tanto en ésta como en la revisora, se requerirá de la mayoría de los miembros presentes en cada una de ellas. Si la comisión mixta no llegare a acuerdo, o si la Cámara de origen rechazare el proyecto de esa comisión, el Presidente de la República podrá pedir que esa Cámara se pronuncie sobre si insiste por los dos tercios de sus miembros presentes en el proyecto que aprobó en el primer trámite. Acordada la insistencia, el proyecto pasará por segunda vez a la Cámara que lo desechó, y sólo se entenderá que ésta lo reprueba si concurren para ello las dos terceras partes de sus miembros presentes.

Artículo 68.– El proyecto que fuere adicionado o enmendado por la Cámara revisora volverá a la de su origen, y en ésta se entenderán aprobadas las adiciones y enmiendas con el voto de la mayoría de los miembros presentes.

Si las adiciones o enmiendas fueren reprobadas, se formará una comisión mixta y se procederá en la misma forma indicada en el artículo anterior.

En caso de que en la comisión mixta no se produzca acuerdo para resolver las divergencias entre ambas Cámaras, o si alguna de las Cámaras rechazare la proposición de la comisión mixta, el Presidente de la República podrá solicitar a la Cámara de origen que considere nuevamente el proyecto aprobado en segundo trámite por la revisora.

Si la Cámara de origen rechazare las adiciones o modificaciones por los dos tercios de sus miembros presentes, no habrá ley en esa parte o en su totalidad; pero, si hubiere mayoría para el rechazo, menor a los dos tercios, el proyecto pasará a la Cámara revisora, y se entenderá aprobado con el voto conforme de las dos terceras partes de los miembros presentes de esta última.

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 70.– Si el Presidente de la República desaprueba el proyecto, lo devolverá a la Cámara de su origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días.

En ningún caso se admitirán las observaciones que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, a menos que hubieran sido consideradas en el mensaje respectivo.

Si las dos Cámaras aprobaren las observaciones, el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación.

Si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su promulgación.

Artículo 71.– El Presidente de la República podrá hacer presente la urgencia en el despacho de un proyecto, en uno o en todos sus trámites, y en tal caso, la Cámara respectiva deberá pronunciarse dentro del plazo máximo de treinta días.

La calificación de la urgencia corresponderá hacerla al Presidente de la República de acuerdo a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso, la que establecerá también todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley.

Artículo 72.– Si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley. Si el Congreso cerrare sus sesiones antes de cumplirse los treinta días en que ha de verificarse la devolución, el Presidente lo hará dentro de los diez primeros días de la legislatura ordinaria o extraordinaria siguiente.

La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente.

La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio.

3) Aprobación: Tramite formal por el que se pone termino a la discusión y se produce cuando ambas cámaras han concurrido con el voto de aprobación a un texto en común, informándole de esto al presidente.

4) Sanción: Etapa en que el presidente de la republica da su conformidad o rechazo sobre el proyecto de ley. El presidente tiene 30 días de plazo luego de serle entregado el proyecto para realizar este acto. Durante ese periodo tiene derecho a veto del proyecto: suspensivo (y no absoluto) pues suspende o detiene el proceso (no lo finaliza) y parcial (no total), entendido como la capacidad del presidente de

formular observaciones a ciertas disposiciones y no a todo el proyecto (pero puede que rechace uno a uno cada artículo).

Este Derecho a voto puede ser supresivo (cuando se elimina una norma del proyecto), sustitutivo (cuando se reemplaza una norma por otra) o aditivo (cuando agrega disposiciones). Esto no puede utilizarse para introducir disposiciones que no tengan que ver con el proyecto de ley.

Si el presidente formula observaciones el proyecto vuelve a las cámaras. Si estas rechazan las modificaciones e insisten en el proyecto original con 2/3 del quórum, este se entrega para su promulgación (obligada). Si el quórum es menor, la ley fracasa.

Existen 3 tipos de sanciones: La sanción expresa es la que sucede en los casos en los que el presidente aprueba o sanciona el proyecto aprobado a su vez por el congreso. La sanción forzada se produce en aquellos casos en los cuales el congreso rechaza las observaciones hechas por el presidente, e insiste en el proyecto original con las 2/3 partes de los miembros. Finalmente existe la sanción tacita que se produce cuando han transcurrido 30 días desde la remisión del proyecto al presidente, sin que este se haya pronunciado acerca de la sanción; pero si el congreso cierra su sesiones antes de cumplirse ese plazo, contará con 10 días mas a partir de la próxima legislatura ordinaria.

5) Promulgación: Consiste en el acto en que el presidente certifica la existencia de la ley, la promueve de obligatoriedad y la manda a cumplir como tal. Esto lo realiza mediante un decreto llamado promulgatorio para lo cual tiene 10 días contados desde que sea procedente. (artículo 72 inciso 2º)

En una sanción expresa los días comienzan a correr desde la firma del presidente de la republica; si es una sanción forzada, los días se cuentan desde la fecha de la aprobación definitiva por las 2/3 partes de la cámara; en la sanción tacita, una vez cumplidos los plazos (30 días) que posee el presidente.

Si no promulga la ley (o se promulga un texto distinto al aprobado por el congreso) pueden seguirse 2 caminos: cualquiera de las cámaras o bien 1/4 parte de sus miembros puede solicitar al tribunal constitucional que realice la promulgación de la ley o realice las correcciones que procedan (artículo 82nº5) y/o el presidente puede ser acusado constitucionalmente por la cámara de diputados (artículo 48nº2).

6) Publicación: Este es el acto que tiene por objeto divulgar la ley luego que esta ha sido promulgada con la finalidad de que los sujetos imperados y los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación tomen cabal y oportuno conocimiento de la ley (artículo 72 inciso final). El plazo es de 5 días hábiles siguientes a la fecha en que quede promulgado el decreto promulgatorio. No cabe recurrir al tribunal constitucional en el caso de omisión de este tramite. Si la publicación no se efectúa es posible acusar constitucionalmente al presidente. Los efectos de la publicación estan detallados en el código civil:

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

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

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

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

El artículo 7 explica que por regla general la fecha de la publicación de la ley es la fecha de su entrada en vigencia. Sin embargo, se pueden establecer distintos plazos para la entrada en vigencia de la ley, conociéndose por vacancia legal el período entre la publicación y la entrada en vigencia. El artículo 8 posee una ficción legal: se supone que una vez publicada la ley todos los sujetos imperados se dan por informados.

Leyes Especiales:

Estas leyes se distinguen de las ordinarias por su especial quórum de aprobación y contenido. Se dividen en leyes interpretativas de la constitución, leyes orgánicas constitucionales y leyes de quórum calificado.

a) Leyes Interpretativas de la Constitución: son aquellas que tienen por finalidad u objeto el fijar el sentido o alcance de un determinado precepto legal, tratando de zanjar posibles dudas.

Artículo 63.– Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 65 y siguientes.

Su quórum de aprobación es de 3/5 de diputados y senadores en ejercicio. Una vez aprobada la ley interpretativa y cumplidos todos los tramites, esta no pasa a formar parte de la constitución pues no es una reforma constitucional.

b) Leyes orgánicas constitucionales: tienen por objeto regular las materias que la propia CPE determina, que por lo general tienden a la consolidación de la institucionalidad (son leyes que rigen la organización de determinados servicios públicos). Para aprobarlas se requieren 4/7 de diputados y senadores en ejercicio. Una vez aprobadas el texto no se agrega a la CPE.

Ejemplos de leyes orgánicas son: ley orgánica sobre partidos políticos, sobre votaciones populares y escrutinios, sobre el congreso nacional, sobre los tribunales de justicia, etc.

c) Leyes de Quórum calificado: Estas regulan las materias que la propia constitución establece y requieren para su aprobación la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio. Ejemplo de estas leyes son la ley de conductas terroristas, la ley de seguridad social, y la ley del consejo nacional de televisión.

Control de Constitucionalidad

Este control lo ejercen dos organismos (en materia de ley): El tribunal constitucional y la corte suprema

El tribunal Constitucional: Tribunal autónomo colegiado compuesto de 17 miembros elegidos por distintas autoridades. Su origen esta en la CPE del año 1925 por una modificación del año 1970, provocando en ese momento un gran debate respecto a su composición.. El tribunal ejerce sobre las leyes un control preventivo: se ejerce antes de que la norma legal pase a formar parte del

ordenamiento jurídico (actúa antes de la promulgación).

Este control analiza tanto la forma como el fondo. En la forma, el tribunal esta facultado para velar por el cumplimiento del proceso correspondiente a la formación de la ley. Si no es así puede declarar al proyecto o a una norma de este como inconstitucional. En el fondo: el tribunal se pronuncia sobre el contenido de la ley o un precepto específico de la ley, siendo esta contraria al dogma de la ley. Este control, tratándose de ciertas leyes es obligatorio, como en las leyes interpretativas de la CPE o en las leyes orgánicas constitucionales. En los demás casos el control es eventual: el tribunal se pronuncia solo a requerimiento de las personas u órganos específicos. El tribunal constitucional se pronuncia en única instancia (en contra de sus resoluciones no procede revisión posterior, salvo errores menores). Según el artículo 83 inciso 2 y 3, declarados por el tribunal que un precepto es inconstitucional, este no puede convertirse en ley, paralizándose el proyecto de ley o en su defecto, fracasando el proyecto. Por el contrario si el tribunal Constitucional declara a un precepto constitucional, la corte suprema no podrá (a posteriori) declararla inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia del tribunal constitucional.

La corte suprema: Es un tribunal colegiado compuesto por de 17 miembros, que tiene a su cargo la superintendencia directiva, correccional, y económica de todos los tribunales del país, salvo del tribunal constitucional, del TRICEL, de los tribunales electorales regionales y de los tribunales militares en tiempos de guerra. Ejerce el control a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ejerciendo esto de oficio (por su propia voluntad) a petición de partes. Los actos de la administración no pueden ser objeto de este tipo de recurso. El artículo 80 al hablar de interpuesta en cualquier gestión, quedan bajo su alero los juicios contenciosos y los que no lo son. Sus características principales son:

–es un control represivo pues tiene lugar cuando el precepto legal ya forma parte del cuerpo legal

–es un control eventual

–en cuanto a la forma y el fondo en ninguna parte del artículo 80 se refiere a en que caso se aplica el recurso. La doctrina sostiene que es aplicable en casos de errores de forma o fondo. Pero la Corte suprema desde el periodo de la constitución del 25 ha preferido inclinarse por materias de fondo

–es un control de única instancia

–la resolución solo es extensiva a el caso específico sometido a su conocimiento

Art. 3 CC. Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

El precepto legal no es derogado, sino que se omite para el caso particular.

Control por tipo de ley:

Ley interpretativa de la Constitución
El control es obligatorio por parte del TC. El control es importante por vía de una interpretación puede ir encubierta una reforma constitucional...

Ley Orgánica Constitucional

El control es obligatorio por parte del TC. La cámara de origen enviara el proyecto dentro de los 5 días siguientes de aquel que quede totalmente tramitado.. Al ser leyes que organizan servicios públicos su importancia es fundamental, y de ahí su obligatoriedad.

Leyes de quórum Calificado

El control es eventual por parte del TC. Están capacitados para pedir que se pronuncie el TC: El presidente de la Republica, cualquiera de las cámaras como corporación o ¼ de sus miembros. Esto debe pedirse antes de que sea promulgada y debe pronunciarse en 10 días, máximo 20.

Leyes ordinarias

Ídem de las de quórum calificado

La corte suprema solo puede pronunciarse sobre las LQC y las LO

Efectos de la ley

Son las consecuencias normativas de la ley en relación al tiempo, al espacio y al modo de obligar a las personas.

Consecuencias con relación al tiempo:

existen 3 principios con sus correspondientes excepciones:

a) la ley rige desde su publicación:

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

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

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

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

Excepciones:

–Que la publicación no se realice a través del diario oficial, sino que a través de la forma que la ley lo establezca

–La propia ley puede establecer fechas especiales, desde las cuales entrara en vigencia. El periodo que va entre la publicación y la entrada en vigencia se conoce como vacancia legal. Además, la fecha de entrada en vigencia puede estar sujeta a un plazo (fecha exacta) o a una condición (hecho futuro e incierto)

b) ley rige para el futuro y no tiene efecto retroactivo (Principio de irretroactividad de la ley)

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

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

Esta disposición es universalmente reconocida y busca la estabilidad del derecho y que el sujeto venga a saber las consecuencias que acarrearán sus actos [jurídicos] (se busca la seguridad jurídica).

Se presenta un efecto retroactivo en sentido amplio cuando los efectos prescriptivos de la ley alcanzan hechos, relaciones y situaciones ocurridos antes de su entrada en vigencia.

Efecto retroactivo en sentido estricto es aquel en cuya virtud una ley deroga o modifica derechos adquiridos por un sujeto bajo el imperio de una ley o régimen jurídico anterior. Hay dos tipos de irretroactividades:

–Irretroactividad con relación a la ley: la norma presente en el artículo 9 de código civil tiene la misma jerarquía que cualquier otra ley ordinaria por lo que nada impide que una ley pueda contradecir el artículo 9. Sin embargo esta posibilidad reconoce limitaciones de carácter constitucional y que la propia doctrina ha impuesto:

Limitaciones de tipo constitucional:	
En materia penal: el artículo 19 número 3 penúltimo inciso de la CPE: 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.	En materia de Propiedades: el artículo 19 Número 24 inciso 3 de la CPE: Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

Limitaciones de la doctrina:	
Si una ley otorga efectos retroactivos debe hacerlo de forma expresa	La norma específica que otorgue efectos retroactivos a la ley debe ser de derecho estricto (el órgano jurisdiccional encargado de su aplicación debe aplicarlos a los casos específicos a los que la norma legal se refiere)

– Irretroactividad con respecto al juez: Tratándose del juez este debe aplicar el principio del artículo 9 del código civil sin ninguna excepción. Para dar cumplimiento a este principio el juez tiene varias posibilidades:

En primer Lugar, puede recurrir a las disposiciones transitorias de la ley, pues estas pueden resolver situaciones en que una ley produce efectos para situaciones anteriores a su vigencia. (Ej.: Ley de arrendamientos urbanos n° 18101)

El juez puede recurrir a la ley sobre efecto retroactivo de las leyes (artículo 1 :los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en distinta época se decidirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley.) Esa ley posee 26 artículos que contemplan diversos modos de aplicación en los que puede apoyarse el juez para decidir

Por ultimo, acude a la ayuda del juez la doctrina denominada de los derechos adquiridos, de las meras expectativas y de las facultades. Esta doctrina es la inspiradora de la ley mencionada en el caso anterior. La doctrina explica que una ley tiene efecto retroactivo cuando vulnera derechos adquiridos

(o sea que están en el patrimonio del adquirente), sin importar la ocasión en que estos derechos de hagan valer. Las meras expectativas consisten en la posibilidad o esperanza de adquirir un derecho sin que ese derecho efectivamente haya ingresado a nuestro patrimonio por falta de algún presupuesto que la ley exige. Si el sujeto normativo solo posee estas últimas el juez puede aplicar la legislación vigente sin preocuparse si hay o retroactividad. Las facultades legales consisten en potestades que permiten ejercer ciertos derechos y para estas facultades se establecen ciertas condiciones las que al no cumplirse se entiende que no se han adquirido derechos (Ej. facultad de contraer matrimonio, de testar, etc.).

El juez no puede aplicar una ley dándole efectos retroactivos cuando esa ley vulnera derechos adquiridos de acuerdo con una ley anterior (pero puede aplicarla violando meras expectativas y facultades legales). Pero realmente no hay una clara línea divisoria entre estas tres categorías.

Tratándose de normas de derecho público, no cabe la retroactividad, pues estas no pueden fragmentarse y rigen IN ACTUM.

c) Las leyes rigen hasta su derogación.

Derogación es la cesación de efectos de una ley en virtud de la dictación de otra.

La ley por norma general rige en forma indefinida (doctrina de la vocación de permanencia de la ley).

También es posible que la propia ley tenga fijada su fecha de término, pero lo que importa aquí son sus causas extrínsecas de derogación. Si se deroga una ley pierde su validez, pero esto no sucede por su pérdida de eficacia (que este obsoleta, vieja y olvidada no quiere decir que pierda su vigencia).

La derogación puede ser:

Expresa: Cuando se especifica claramente la derogación en la nueva ley.

Tácita: Cuando la nueva ley dicta disposiciones que sean incompatibles con la antigua ley (en ese caso solo se derogaran los artículos incompatibles)

Total: si deroga la ley completa:

Parcial: si deroga artículos específicos de la ley

Orgánica: aquella en que al regularse íntegramente una materia se derogan todas las leyes anteriores que regulaban ese tópico (Ej. La dictación del código de civil)

Supervivencia de la ley: Posibilidad de que una ley se aplique no obstante haber sido derogada. (Ej.

Ley sobre efecto retroactivo: artículo 22: en todo contrato se incorporaran las leyes vigentes a la fecha de celebración; artículo 18: referente a los testamentos: Para determinar las solemnidades de su otorgamiento se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento)

Consecuencias de la ley con relación al territorio (espacio)

Este tema se encuentra basado en el principio de Territorialidad de la ley. Este principio está plasmado en el código civil por excelencia en el artículo 14 y es repetido en el artículo 5 del código penal (que apela al concepto de territorio), 6 del código penal relacionado con el 57 y el 16

Art. 14° cc. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

Art. 5° cp La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código.

Art. 6° cp Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley.

Art. 16° cc. Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Pero este principio tiene sus excepciones personalizadas en la extraterritorialidad de la ley, la cual puede tener un doble carácter: una activa (en que la ley chilena rige mas allá de las fronteras) y una pasiva (la ley extranjera penetra en territorio chileno).

a) Extraterritorialidad Activa: se encuentra presenta en el articulo 15 del CC.

Art. 15 cc. A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

1. En lo relativo al estado [civil] de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos. [la persona sigue obligada a la familia, por ejemplo con pensiones alimenticias]

Otros casos son los señalados en el articulo 6 del código orgánico de tribunales (de corte penal), en el que quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes o simples delitos sobre:

Caso 1: los cometidos por un agente diplomático o consular de la republica en el ejercicio de sus funciones.

Caso 4: los cometidos por chilenos o extranjeros al borde de un buque chileno en alta mar o a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia.

Caso 6: los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable vuelve a Chile sin haber sido juzgado por el país en donde delinquiró

b) Extraterritorialidad pasiva:

En materia civil: sobre la sucesión por causa de muerte

Art. 998 cc. En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos a Título de herencia o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno.

Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero.

Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero.

En materia penal: casos en los que los crímenes o simples delitos cometidos en Chile al final quedan regulados por otros países, por ejemplo crímenes o delitos en embajadas, en buques de guerra extranjeros cometidos en aguas chilenas, y los crímenes cometidos por soberanos extranjeros en Chile.

Extraterritorialidad con respecto a los actos jurídicos (manifestación de la voluntad destinada a crear, modificar y extinguir derechos): La lógica apunta a que los actos jurídicos que se celebren en territorio extranjero si sean validos en el territorio nacional.

Por ejemplo el artículo 16 CC inciso 2 reconoce la posibilidad de que en un país extranjero se otorgue un contrato valido; el artículo 1027 CC, declara que en Chile vale el testamento escrito (no oral) hecho en el extranjero; el artículo 15 CC proclama la validez en Chile del matrimonio civil celebrado en el extranjero.

Art. 16 CC. Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.

Art. 15 CC. A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

1. En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

Art. 1027 CC. Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria.

Las condiciones generales para que sea valido en Chile es que se celebre de acuerdo a las solemnidades o formalidades establecidos en el país en donde se celebró

Art. 17 CC. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

Art. 345 (334) CPC. Los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deberán presentarse debidamente legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o

la práctica de cada país, deban acreditarlas.

La autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios se comprobará en Chile por alguno de los medios siguientes:

1 El atestado de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede, y cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores;

2 El atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose en este caso la firma por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del país a que pertenezca el agente o del

Ministro Diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en ambos casos; y

3 El atestado del agente diplomático acreditado en Chile por el Gobierno del país en donde se otorgó el instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República.

Estas normas tienen una limitación presente en el artículo 18 del Código Civil:

Art. 18 CC. En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.

(tiene que ser otorgadas frente a un ministro de fe)

Con respecto a los efectos de estos actos jurídicos, para cumplirse cuando han de cumplirse en Chile deben realizarse de acuerdo a leyes chilenas, tanto en los elementos esenciales o de la naturaleza como de los incidentales.

Consecuencias en cuanto a los sujetos imperados por la ley: estas se basan en tres principios jurídicos:

Obligatoriedad de la ley: (artículos 6 y 7 CC): Obliga una vez Promulgada y publicada en el diario oficial.

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

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

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

Principio de conocimiento de la ley (artículo 8 CC): No se puede alegar ignorancia de la ley luego de su entrada en vigencia

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

Principio de la igualdad ante la ley artículo 19 N° 2: La ley o la autoridad no pueden establecer diferencias arbitrarias (si esto es violado, cabe la posibilidad de un establecer recurso de protección)

Art 19 N° 2 CPE.– La igualdad ante la ley.

En Chile no hay persona ni grupo privilegiados.

En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y Mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

Otras Fuentes del Derecho

Tratados Internacionales:

Conceptos:

- Los tratados internacionales son pactos o acuerdos que suscriben dos o mas estados que tienen por finalidad crear derechos y obligaciones para los estados que concurren a ellos u organizar entidades internacionales que no son estados estableciendo las competencias de tales entidades y el modo de relacionarse con los estados.
- Los tratados internacionales son pactos o acuerdos entre 2 o mas estados destinados a regular situaciones jurídicas que generan derechos y obligaciones de carácter jurídico internacional entre los estados formantes
- Son acuerdos internacionales escritos entre estados, regido por el derecho internacional ya sea que conste de un instrumento único o 2 mas instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (Ej. Convención de Viena)

Normas que rigen los tratados Internacionales:

- Normas Presentes en la CPE:

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

[...]

17° Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere;

Art. 50 CPE. Son atribuciones exclusivas del Congreso:

1°) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la

República a fin de que, durante la vigencia de aquel, dicte las disposiciones con fuerza de ley

que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61, y [...]

Los tratados internacionales al contar con la misma categoría de ley ordinaria, son igualmente susceptibles que esta de ser sometidos a controles constitucionales, tanto por la CS como por el TC.

- Convención de Viena sobre el derecho de tratados internacionales.:

La convención consiste en una verdadera codificación del derecho internacional, que antes se regía por el derecho consuetudinario internacional, por la jurisprudencia internacional, otros pactos internacionales y por ciertos principios:

- ◊ PACTA SUM SERVANDA: todo pacto debe ser cumplido

- ◊ REVUS SIT ESTANTIBUS: determina una excusa decorosa que es presentable ante la comunidad internacional: todo pacto esta firmado bajo ciertas condiciones, y cuando estas cambian, puede anularse el contrato. Este principio también está presente en la legislación chilena con el nombre de teoría de la imprevisión.

La convención al no ser perfecta deja el espacio para recurrir a estas fuentes de manera supletoria.

Etapas de formación de un tratado:

- Etapa Externa (aún cuando no es la única externa): esta está confiada al presidente de la republica según el artículo 32 N° 17 de la CPE.

- ◊ Negociación: aquel conjunto de actos que realiza el presidente con el objeto de llegar a un acuerdo con el otro estado

- ◊ Acuerdo (adopción del texto): ocurre cuando los estados llegan a un consentimiento de un texto en común

- ◊ Autenticación: acto formal por medio de cual queda establecido como autentico el texto del tratado suscrito.

- Etapa Interna: en esta fase el presidente le presenta el tratado internacional al congreso para someterlo a su aprobación (se le da la misma tramitación que a una LO con la salvedad de que la asamblea solo puede aprobarla o desecharla)

- Etapa final (una etapa externa, no contemplada en la teoría):

- ◊ Ratificación del tratado: manifestación por la cual el estado hace constar a nivel internacional la voluntad de obligarse con el tratado.

- ◊ Canje o Deposito: deposito del documento en manos de un ministro de fe (un estado neutral, un alto representante de un organismo internacional, una organización, etc.) o el canje entre los países obligados del documento.

- ◊ Registro del tratado: La ONU archiva los tratados y puede disponerse algún tipo de publicación

El tratado entrara en vigencia en el momento en que él lo estipule.

Rango Normativo de los tratados:

En la CPE no se establece cual es la jerarquía o rango normativo de los tratados. La doctrina a llegado a la conclusión que a partir de los que dispone el artículo 50 N° 1 CPE, los tratados internacionales tienen la jerarquía de una ley, por lo que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico. (Al estudiar por tanto la legislación interna se deben estudiar los tratados internacionales).

Una parte de la doctrina sin embargo opina que los tratados internacionales que tratan derechos fundamentales estarían en un rango mayor: el constitucional

Art. 5 CPE. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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 los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.**

Control de constitucionalidad de los tratados:

Los tratados están sometidos a un control eventual por parte del TC (ver siguiente cuadro). El control puede ser requerido por el presidente, una cámara como corporación o ¼ de sus miembros

El control represivo lo ejerce la CS (los tratados se suponen insertos en la expresión normas legales del artículo 80)

Art. 80 CPE. La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.

Art. 82 CPE. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

2° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

Hasta no hace mucho, solo los estados eran los sujetos de los pactos. Pero la doctrina plantea hoy que los sujetos naturales también pueden reclamarlos, mediante una acción ante los tribunales.

La Doctrina también dice que los tratados deben ser promulgados y publicados en el ordenamiento jurídico interno, para que sea conocido y aplicable a los sujetos imperados.

Decretos con Jerarquía de ley

Concepto: Son actos de creación de normas jurídicas con **rango de ley, emanadas del poder ejecutivo** y que regulan **materias propias del dominio legal.**

Categorías:

1) Decretos con fuerza de ley: aquellos actos de creación de normas jurídicas con rango o jerarquía de ley que emanan del poder ejecutivo previa delegación del poder legislativo y que regulan materias propias del dominio legal.

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

[...]

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

El congreso realiza la delegación mediante la llamada ley Delegatoria o Habilitante que debe cumplir los mismos pasos que una LO

La CPE solo señala las restricciones de esta facultad en el artículo 61

Art. 61 CPE. El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley.

Esta autorización no podrá extenderse a **la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.**

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

La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes. A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida. Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

También la doctrina opina que hay una limitación en el artículo 50 N° 1, por el cual el presidente no podría recibir una ley delegatoria para aprobar tratados internacionales.

Sobre la ley habilitante, esta debe señalar las materias precisas sobre las que recae la delegación y podrá establecer las limitaciones, restricciones y formalidades que estime conveniente. (el presidente obviamente no podrá pasar por sobre estas limitaciones).

Control de constitucionalidad del DFL:

El DFL es una ley para todos los efectos jurídicos y esta sometido a controles de constitucionalidad y de legalidad. Estos son ejercidos por la CGR, el TC y la CS.

La CGR es un organismo autónomo que entre las funciones que tiene (jurídico–contables) tiene la de controlar y fiscalizar los actos de la administración del estado y como el DFL es un acto de creación de normas jurídicas que emana del poder ejecutivo es también un acto administrativo.

Art. 87. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que

Le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

El Contralor General de la República será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, será inamovible en su cargo y cesará en él al cumplir 75 años de edad.

Art. 88. En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representar la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.

Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República, tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución. Si la representación tuviera lugar con respecto a un

decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la

Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.

En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional.

La CGR se pronuncia sobre su constitucionalidad y sobre su legalidad. La legalidad dice relación a que no contravenga ni pase a llevar la ley delegatoria, la constitucionalidad a que no contravenga a la CPE.

Esto es un control previo y obligatorio. La CGR puede considerar que el DFL cumple con la ley delegatoria y la CPE, aprobándolo. Sin embargo en el caso de no aprobarlo, le representara al presidente su desacuerdo. El presidente puede acoger la representación y efectuar las modificaciones correspondientes. Si no la acoge, debe remitir los antecedentes al TC dentro de los 10 días desde la representación para que el TC decida en definitiva (sobre la legalidad o constitucionalidad)

Existen la posibilidad (pero no para los DFL) que cuando la CGR hace una objeción por ilegalidad el presidente puede perseverar en el proyecto mediante un decreto de insistencia, que debe llevar la firma de todos sus ministros.

Art. 82 CPE. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

3° Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

El TC ejerce el control por:

- Petición del presidente dentro de los diez días en que se haya rechazado el proyecto por la CGR (control previo y eventual).
- Petición de cualquiera de las cámaras o ¼ de sus miembros en casos en que la contraloría hubiese tomado razón de un proyecto de DFL que consideren inconstitucional las cámaras o ¼ de sus

miembros. Esto se puede realizar hasta 30 días luego de la publicación del DFL. (control a posteriori y eventual)

LA CS Puede ejercer el control por vía de el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

El DFL debe ser promulgado y publicado y todos los efectos de las leyes son aplicables al DFL.

El presidente pide la ley delegatoria para formular DFL generalmente sobre materias de alta complejidad técnica, que requieren de un grupo de trabajo altamente versado en tales temas.

2) Decreto ley: aquellos actos de creación de normas jurídicas con rango o jerarquía de ley que emanan del poder ejecutivo sin previa delegación del poder legislativo y que regulan materias propias del dominio legal.

Al ser legislación irregular, no existen límites a las materias regulables por los DL, e incluso existen casos en que han modificado la constitución: por ejemplo el DL 788: todos los DL anteriores en cuanto eran contrarios o se oponían a la constitución, la derogaban en forma expresa o tácita y si en el futuro un DL modificaba la CPE debe hacerlo de forma expresa.

Esta regulación no admite control previo alguno, pero sí control represivo por parte de la CS ya que en la CPE de (1925 y) 1980, en el Art. 80 se afirma que todo precepto legal es revisable por la CS.

El tema de los DL fue estudiado por una comisión de juristas el año 1932, llegando a la conclusión que son nulos. Pero al mismo tiempo se preguntaron que pasaba con los actos amparados por los DL, pues si se declaraban nulos traerían grandes problemas. La comisión propuso que se declararan nulos, pero que una ley declarara esos actos válidos. Las observaciones de la comisión no pasaron del tema especulativo.

Periodos de legislación irregular en Chile		
1924–1925: 816 DL	1932: 670 DL	1973– 1981: 3660 DL *

*con posterioridad a 1981 se comenzaron a ocupar el nombre de leyes aún cuando no había una división de poderes real.

Potestad Reglamentaria

Concepto: Facultad que la CPE otorga al presidente y por delegación de este a las autoridades superiores de la administración del estado para dictar normas de carácter general o particular tendientes a la realización de actos de gobierno o estado, la ejecución de las leyes o sobre materias que no son propias de materia legal.

Art.32 CPE. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;
--

Clasificación:

- ◆ Atendiendo a su finalidad:
 - ◇ Autónoma: aquel conjunto de normas formuladas por el presidente de la república o por las autoridades superiores de la administración del estado con el propósito de

ejercer el gobierno o la administración del estado.

◊ De Ejecución: aquella que tiene por objeto aplicar una determinada norma legal precisando las modalidades o condiciones de aplicación de una ley, y se ejecuta en virtud de un mandato expreso del legislador.

◆ Atendiendo al agente que la dicta:

◊ Decretos supremos: Dictados por el presidente con la firma del ministro respectivo existiendo la posibilidad que solo firme el ministro por orden del presidente. (Ej. Certificación de la existencia de la persona jurídica)

◊ Resoluciones: Normas dentro de la PR dictadas por las autoridades superiores de la administración del estado que regulan materias de carácter particular que resuelven situaciones determinadas a solicitud de particulares o autoridades que la ley determina.

◊ Oficios y circulares: Instrucciones de los jefes superiores de servicio destinadas a dar instrucciones a los funcionarios de su propio servicio. (oficio = dirigido a un individuo, Circular = dirigido a un grupo)

◆ Atendiendo a su contenido:

◊ Reglamento: Conjunto de normas que emanan del presidente o de las autoridades superiores de la administración del estado, que tienen carácter general y permanente: Están dirigidas a un numero indeterminado de personas y su duración es indefinida. Tienen una gran similitud con las leyes, pero no pueden abordar materias de ley.

◊ Decretos: Conjunto de normas que emanan del presidente o de las autoridades superiores de la administración del estado, que tienen carácter permanente y están dirigidas a una persona o situación en particular. (la potestad reglamentaria se ejerce generalmente a través de los decretos)

◊ Instrucciones : Conjunto de normas que emanan de los jefes superiores de servicio dirigidos a sus subordinados con finalidades específicas tales como la mejor aplicación de la ley, de un reglamento, etc.

Control de la Potestad reglamentaria:

- Control de legalidad: lo ejerce la CGR según el artículo 88 de la CPE: Dictado un decreto por el presidente, corresponde en principio que la CGR haga un control de juridicidad de acuerdo a la ley. En principio, según el artículo 88 CPE todos los decretos deben ser analizados por este organismo; sin embargo un el contralor general dicto una resolución N° 55 /1992, la que determinó que decretos debían someterse a este control de legalidad (que son los mas importantes):

Decretos sobre gastos del estado
Contratación de personal del estado sobre cierto monto de dinero
Decretos sobre transferencias de bienes del estado
Todos los decretos supremos

(Control previo y necesario)

La CGR puede tomar razón (aprobarlo) o representarlo al presidente de la república (lo rechaza). En este ultimo caso el presidente de la república puede insistir (junto con la firma de todos sus ministros de estado) en la aplicación del decreto, produciéndose una toma de razón forzada, enviando además una copia del decreto a la cámara de diputados (esto lo realiza la CGR)

- Si la representación que efectúa la CGR es sobre la inconstitucionalidad del decreto, el presidente de la republica no tiene derecho a insistir como en el caso anterior. Si no se aviene a los fundamentos de la CGR puede mandar los antecedentes al TC 10 días después del rechazo de la CGR (TC = Control Constitucional previo y eventual; CGR = Control Constitucional previo y obligatorio).

Art. 82 CPE. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6° Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;

El TC también ejerce un control eventual y represivo, en donde el decreto ya ha sido dictado. Una de las cámaras o ¼ de sus miembros puede pedir, antes de 30 días después de la notificación o publicación del decreto, que el TC se pronuncie sobre su inconstitucionalidad. Si esta se basa en que este trata materias de tipo legal, solo las cámaras tienen la potestad de hacer la petición al TC.

La CS no puede ejercer un control, pues no son preceptos legales.

Auto Acordados

Concepto: Son actos de creación de normas jurídicas de carácter general que provienen de los tribunales superiores de justicia y que son relativos a la manera como los tribunales deben proceder en el conocimiento de determinadas acciones y recursos procesales.

Esta facultad tiene su arranque en el artículo 79 de la CPE:

Art. 79 CPE. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación.

Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares de tiempo de guerra.

Conocerá, además, de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.

Generalmente regulan la forma en que los tribunales de justicia conocen las causas frente a un vacío de regulación en materia de procedimiento. Ej. Recurso de amparo, protección, inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Cabe destacar que la CPE no establece ningún control frente a esta fuente de normas jurídicas, por lo que aparentemente no están sujetas a un control específico.

Costumbre Jurídica

Concepto: Fuente del derecho en la que la norma jurídica deriva de la **repetición constante** y uniforme de ciertos modos de obrar, realizados por la **convicción colectiva** de que obedecen a un deber jurídico.

Paralelo ley / costumbre:

- ◆ En cuanto al proceso de formación de la ley, la costumbre se genera en forma espontánea (no existe un procedimiento dado), en cambio en la ley hay un procedimiento claro establecido por la CPE
- ◆ En cuanto a la autoría de la fuente, la costumbre carece de un autor reconocible. (es anónima pues emana de la autoridad en su conjunto) en cambio, la autoría de la ley es reconocible puesto que se trata del legislador.
- ◆ En cuanto a la forma de expresión, la costumbre se expresa en forma oral, mientras que la ley en forma escrita.

- ◆ En cuanto a la prueba, para hacer valer la costumbre es necesario probarla, y esta prueba se efectúa de distintas maneras, atendiendo a la materia que se trata (Ej. Prueba por testigos), mientras que la ley, no requiere ser probada ya que basta con su publicación en el diario oficial para presumir que es conocida por todos.
- ◆ En cuanto a la certeza, la costumbre tiene un cierto grado de incertidumbre, propia a su generación (por esencia lenta) como a su modificación y termino (que es de difícil determinación). La ley tiene claras reglas sobre su vigencia, derogación, o modificación sobre todo en nuestro sistema en el que el desuso no produce su derogación.

Clasificación:

Con relación a su extensión:

- ◆ Local: propia de una zona determinada
- ◆ General: rige en todo el territorio del país
- ◆ Internacional: rige en el ámbito internacional

En Cuanto a su eficacia:

- ◆ Costumbre según la ley: Es aquella que se aplica por expresa disposición de la ley. Generalmente se trata de la aplicación o interpretación de determinados preceptos legales
- ◆ Costumbre en ausencia (o fuera) de la ley: Es aquella que se aplica en caso de silencio o ausencia de ley o sea cuando un legislador no ha regulado una determinada materia legal. (laguna legal)
- ◆ Costumbre contra la ley: Es aquella cuyo contenido contradice en precepto legal y conduce al desuso del precepto.

En el ordenamiento Jurídico Chileno, Las dos primeras opciones tienen lugar, pero nunca la última, fundamentado principalmente en que por mucho que una determinada manera de obrar conduzca a que un precepto no se aplique, no por eso se deroga.

Para determinar el valor de la costumbre en Chile no hay criterio uniforme:

- ◆ El valor en el derecho civil se encuentra explicitado en el artículo 2 CC y ejemplificado en numerosos artículos del mismo código:

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

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

Art. 1563 CC. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de **uso común** se presumen aunque no se expresen.

Art. 1940 CC. El arrendatario es obligado a las reparaciones locativas.

Se entienden por reparaciones locativas las que según la **costumbre** del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabros de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.

Art. 1944 CC. El pago del precio o renta se hará en los estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la **costumbre** del país, y no habiendo estipulación ni costumbre fija, según las reglas que siguen:

La renta de predios urbanos se pagará por meses, la de predios rústicos por años.

Si una cosa mueble o semoviente se arrienda por cierto número de años, meses, días, cada una de las pensiones periódicas se deberá inmediatamente después de la expiración del respectivo año, mes o día.

Si se arrienda por una sola suma, se deberá ésta luego que termine el arrendamiento.

Art. 1951 CC. Si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destina la cosa arrendada o por la **costumbre**, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciando a la otra, esto es, noticiándose anticipadamente.

La anticipación se ajustará al período o medida de tiempo que regula los pagos. Si se arrienda a tanto por día, semana, mes, el desahucio será respectivamente de un día, de una semana, de un mes.

El desahucio empezará a correr al mismo tiempo que el próximo período.

Lo dispuesto en este artículo no se extiende al arrendamiento de inmuebles, de que se trata en los párrafos 5 y 6 de este título.

Art. 1986 CC. Si nada se ha estipulado sobre el tiempo del pago, se observará la **costumbre** del departamento.

Art. 1997 CC. Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que **ordinariamente se paga** por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

Art. 2117. El mandato puede ser gratuito o remunerado.

La remuneración (llamada honorario) es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, **la costumbre**, o el juez.

La prueba de la costumbre en materia civil se realiza por todos los medios probatorios establecidos en el CPC. (Ej. Documentos en que este presente la costumbre, testimonios, etc)

- ◆ El valor en derecho comercial es distinto; se reconoce eficacia a la costumbre según la ley o fuera de la ley (ver artículo 4 Ccom) y debe ser probada en la forma específica del artículo 5 del código de comercio y su uso se ejemplifica en numerosos artículos del mismo código.

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

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

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

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

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

Art. 269 CCom. En todos los casos no previstos por el comitente, el comisionista deberá consultarle y suspender la ejecución de su encargo mientras reciba nuevas instrucciones.

Si la urgencia y estado del negocio no permitieren demora alguna, o si estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, el comisionista podrá hacer lo que le dicte su prudencia y sea más conforme a los **usos y procedimientos** de los comerciantes entendidos y diligentes.

Art. 275 CCom. El comisionista tiene derecho a que se le retribuyan competentemente sus servicios.

Si las partes no hubieren determinado la cuota de la retribución, el comisionista podrá exigir la que fuere de **uso general** en la plaza donde hubiere desempeñado la comisión, y en su defecto, la acostumbrada en la plaza más inmediata.

Art. 520 CCom. Por el hecho de tomar por su cuenta el seguro del objeto mandado asegurar, se entiende que el mandatario asegura de acuerdo con las instrucciones de su mandante.

En defecto de instrucciones, se tendrá por realizado el seguro conforme a las **condiciones usuales** en el lugar donde el mandatario deba ejecutar el mandato.

- ◆ En el derecho penal no tiene ningún valor, basándose en el artículo 18 número 3 de la CPE y 18 CP (el principio de legalidad)

Art. 19 CPE. La Constitución asegura a todas las personas:

3. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento. La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. 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. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

Art. 18 CP. Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.

- ◆ En el derecho constitucional, solo se admite la costumbre como método de interpretación de los preceptos constitucionales. (un fuerte principio de legalidad, pero no total)

- ◆ En el derecho administrativo opera también el principio de legalidad. La costumbre opera solo como método de interpretación, para asegurar la eficacia de los preceptos administrativos y para cumplir las normas de derecho administrativo.
- ◆ En el derecho internacional la costumbre posee un valor importantísimo al ser una gran fuente de normas jurídicas.

Jurisprudencia

La jurisprudencia tiene muchas acepciones y se acostumbra agruparlas para entender bien su sentido:

- Como Conocimiento o saber del derecho
 - ◆ Como filosofía del derecho: aquella rama que estudia los valores relacionados con el derecho. Esta acepción es propia del lenguaje anglosajón y no es familiar en Chile
 - ◆ Como ciencia del derecho: ciencia cuyo objeto o fin es el estudio científico del derecho. Estudia sus conceptos, hipótesis, relaciones teóricas entre conceptos organizados sistemáticamente etc. En forma específica se estudia la dogmática jurídica analizando sus conexiones, interpretaciones, etc.. Otra forma es el derecho comparado que consiste en las analizar las relaciones de un determinado ordenamiento jurídico respecto de otro.
- Como la actividad de los tribunales:
 - ◆ Conjunto de fallos de un tribunal de justicia concordantes o coincidentes sobre un determinado precepto de derecho, ya sea tanto a la aplicación como a la explicación.
 - ◆ Jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia: Conjunto de fallos de un tribunal de justicia concordantes o coincidentes sobre un determinado precepto de derecho, con la diferencia que en este caso la jurisprudencia influye en el criterio de los tribunales inferiores. (se impone su jerarquía).

En ambos casos en el caso chileno no nos encontramos frente a una fuente formal del derecho pues estos fallos solo vinculan u obligan a las partes o personas que intervienen en la gestión y el proceso.

Art. 3 CC. Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

En el derecho anglosajón crean los llamados precedentes que si son vinculantes y que pasan a formar lo que llaman Derecho Jurisprudencial (en el derecho español hasta el siglo XIII el precedente judicial tuvo gran importancia)

- Como norma jurídica particular (contenida en cada sentencia): Esta es la que interesa

Funciones del Juez:

- Conocer: etapa del proceso en que el juez a través de los medios probatorios establece los hechos y las conductas.
- Juzgar: califica los hechos y las conductas y determina las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico ha previsto para tales hechos y conductas.
- Facultad de hacer cumplir lo juzgado (imperio): aquí la coercibilidad toma cuerpo

La escuela de la exégesis plantea que la labor del juez es simple. Él es un esclavo de la ley, y debe cumplir una labor de mecánica, como de un silogismo: El juez conoce los hechos y enseguida toma la ley y aplicaba la norma.

Planteamientos que rebaten esta postura:

- 1.– El Juez tiene que calificar los hechos y las conductas y al hacer esto puede advertir que ellas no calzan perfectamente con los estándares establecidos por la norma
- 2.– El juez debe identificar o seleccionar la ley que va a aplicar pues puede suceder que los hechos o las conductas se encuentren reguladas por mas de una ley y esta labor de selección dista mucho de ser fácil.
- 3.– La realidad es dinámica y por lo tanto el juez debe estar atento y considerar la realidad.
- 4.– HART sostiene que la norma jurídica tiene una textura abierta a diversas posibilidades que emergen al poner el texto legal en una situación determinada (al aplicarlo). Al juez le corresponde determinar cual de ellas le corresponde aplicar.
- 5.– Se parte de la base que las normas jurídicas resuelven todas las situaciones que plantea el ordenamiento jurídico (se supone que éste es pleno, no tiene vacíos). Esto que es valido para el ordenamiento jurídico en general, no tan así para las leyes específicas. El juez si puede encontrarse con lagunas de regulación sin ley que aplicar. El juez debe llenar esos vacíos de regulación por los medios que reconoce el ordenamiento jurídico, llevando a cabo la llamada integración de la ley.
- 6.– KELSEN sostiene que el juez cumple una labor que no es meramente declarativa del derecho, sino una labor de carácter constitutivo del derecho: cada vez que el juez dicta sentencia introduce o crea una norma jurídica particular que tiene una consecuencia jurídica particular; norma que no existía antes y que es distinta de las normas jurídicas generales. (el juez realiza un acto cognoscitivo: no actúa como un ROBOC)

Actos Jurídicos:

Concepto: Manifestación de voluntad efectuada de acuerdo a la ley con la intención de producir efectos o consecuencias jurídicas (creación, modificación o extinción de derechos y deberes).

Con el tiempo, esta fuente ha ido adquiriendo mayor valor, por ejemplo, mediante los acuerdos y la mediación (utilizado en arbitrajes y tribunales de familia, entre otros), dejando de lado un poco la tendencia confrontacional y agresiva y aliviar la función jurisdiccional.

Clasificación:

- ◆ Hechos en general: pueden o no tener consecuencias jurídicas.
 - Hechos simples o materiales: no tienen consecuencias jurídicas.
 - Hechos jurídicos: tienen consecuencias jurídicas.
 - De la naturaleza: no dependen de la voluntad del hombre
 - Del Hombre: dependen de la voluntad del hombre
 - ◆ Puede realizar un acto sin la intención de producir efectos jurídicos (el derecho es el que le imputa efectos)
 - ◇ Lícitos: la ley les atribuye determinadas consecuencias jurídicas (Ej. : cuasicontratos como el de comunidad)
 - ◇ Ilícitos:
 - Civiles
 - Penales (Ej. Cuasidelito)
- ◆ Los realizados con la intención de producir efectos jurídicos (actos jurídicos)
 - ◇ Adquisición de derechos y deberes: Ej. Compraventa

◇ Modificación de derechos y deberes

◇ Extinción de derechos y deberes

Clasificación del acto Jurídico

◆ Según el numero de voluntades:

Unilateral: Cuando para generarlo es suficiente a voluntad de una sola parte (Ej. Testamento, reconocimiento de un hijo)

Bilateral: (o convención) Cuando para generarlo es suficiente a voluntad de dos o más partes (Ej. Contratos de compraventa). El acuerdo se denomina consentimiento.

◆ Según las obligaciones que genera:

Unilateral: Cuando crea derechos y/u obligaciones para una de las partes (Ej. Donación)

Bilateral: Cuando crea derechos y/u obligaciones para los contratantes (Ej. Compraventa)

Actos Corporativos:

La legislación reconoce una serie de instituciones que agrupan los más amplios sectores de la sociedad (Ej. Juntas de vecinos, Clubes deportivos, etc.) . Estas organizaciones son organizadas generalmente por leyes especiales (Ley de cooperativas, ley de juntas de vecinos, Código civil [que regula las fundaciones y corporaciones]etc.) pero a su vez poseen una dimensión de autonomía, pues pueden darse normativas generales a si mismas llamadas estatutos (las normas jurídicas que provienen de estos estatutos se denominan derecho estatutario o actos corporativos)

Concepto: Aquellos actos que regulan la organización y el funcionamiento de los sujetos jurídicos colectivos de carácter privado y de los miembros entre sí.

La doctrina por mucho tiempo asimiló a los actos corporativos dentro de los actos jurídicos, pero hay diferencias:

1.- En la formación del consentimiento:

Actos Jurídicos	Actos Corporativos
Para que se produzcan los efectos es necesario el consentimiento de todos los sujetos o personas que intervienen en dichos actos.	La voluntad se expresa mediante % o quórum, o bien mediante la de sus actividades

2.- En los efectos del acto:

Actos Jurídicos	Actos Corporativos
Los efectos o consecuencias de este se limitan a aquellas que han intervenido con su consentimiento	Los efectos o consecuencias de este afectan a todos aún cuando no hayan participado con su voluntad.

Entonces los Actos Corporativos se asemeja mas a una potestad legislativa, ya que las norma que dicta el sujeto jurídico colectivo son de carácter general permanente y abstractos.

(También se establecen sanciones para aquellas que no cumplen las normas, que pueden ser de carácter pecuniarias o la suspensión o expulsión del afiliado.) Esta Potestad es derivada de la ley, o sea esta la faculta a las instituciones para darse los estatutos. En fin, es derivada o subordinada de la ley (de carácter secundario).

Donde se reconocen la validez de los actos corporativos: Art. 1 inciso 3 CPE y las leyes especiales que determinan cada institución.

Art. 1 CPE. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Fuentes Supletorias

(no constituyen en si mismas métodos de creación de normas jurídicas)

Es imposible que la legislación prevea todas las situaciones o resuelva todos los casos que son sometidos al conocimiento y resolución de los jueces: Estos, por una norma proveniente de la CPE no pueden quedar sin resolver los casos sometidos a su conocimiento: el principio de la inescusabilidad del juez

Art. 73. La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión. Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

No existe la plenitud hermética de la ley, por lo que es el ordenamiento el encargado de llenar las fisuras y vacíos. El ordenamiento jurídico le otorga al juez la forma para resolver este tipo de situaciones a través de las fuentes supletorias. En muchas legislaciones se establecen normas expresas para resolver este tipo de situaciones en las que la ley no es suficiente.

Hipótesis de aplicación:

- Función de integración de la ley: Esta ocurre en casos de vacíos de legislación o laguna legal, donde no hay una ley aplicable al caso visto por el juez, este último aplicará las fuentes supletorias que ejercerán la descrita labor.
- Función de interpretación de una ley: Esta sucede cuando el juez recurre a las fuentes supletorias en los casos en que las normas legales sean oscuras o contradictorias y esta falta de claridad no pueda resolverse por los métodos de interpretación de la ley.
- Función Rectificadora o correctiva: Esta ocurre cuando en el caso en que aplicándose las normas legales el juez llega a la conclusión de que aplicándose las normas los resultados serían injustos e inconvenientes, por lo que se fundamenta en gran parte en las fuentes supletorias para tomar su decisión.
- Finalmente, en el caso de concurso de leyes (2 o más leyes sean aplicables a un caso determinado) y utilizando los principios de jerarquía–cronología–autoridad–etc. No permitan llegar a una solución, el juez puede recurrir a las FS para fundamentar su decisión en forma adecuada.

Características de las FS:

- No se encuentran estipuladas ni establecidas (como las FF)
- No son fuentes Inmediatas. Son mediatas o indirectas porque ellas se expresan a través de otra fuente formal: la jurisprudencia (las FS no van dirigidas a los sujetos imperados, sino al juez)

Principios generales del Derecho

Concepto: Son enunciados generales o de carácter prescriptivo que carecen de referencia concreta a un supuesto de hecho determinado y cuyo contenido expresa la formulación de valores jurídicos fundamentales, sistemáticamente presente en un ordenamiento jurídico dado (Iuspositivismo) o en todo ordenamiento jurídico posible (iusnaturalismo), que además carecen de una sanción en el enunciado.

Estos ayudan al juez para resolver los casos en donde se produzcan los hechos anteriormente expuestos. Además, el hecho de que un principio sea reconocido por una norma jurídica dada o sea, positivizado, no le quita el carácter de principio.

Fundamentos:

1) posición iusnaturalista: los PGD están contenidos en el derecho natural, anterior y superior a todo ordenamiento jurídico. Los PGD tienen una condición de validez absoluta

Critica

- ◆ Dificultad para determinar cuáles son esos PG pues, o bien se conocen por una revelación (divina) o a través del raciocinio.
 - ◆ Su pretensión de universalidad: estos PGD deberían ser válidos para todos los ordenamientos jurídicos, lo que resulta discutible, dada la diversidad de ordenamientos jurídicos, tan disímiles entre sí.
 - ◆ Hay ciertos PGD que tienen su origen en la tradición jurídica de cada país y ellos no tendrían cabida dentro de esta concepción
 - ◆ Para aceptar estos PGD sosteniendo que provienen del derecho natural se nos obliga a ideólogizarlos, pues necesariamente habría que adherir a la teoría iusnaturalista con lo que estaríamos escapando más allá de la dogmática jurídica o de la ciencia del derecho
- 2) Posición iuspositivista: Los PGD emanan del derecho positivo; están contenidos dentro del propio derecho positivo de cada ordenamiento jurídico. Se llegan a estos principios a través de la inducción, partiendo de lo particular (conjunto de normas) para llegar a lo general (PGD)

Crítica

- ◆ Aquí no se podría hablar de PGD sino de Principios de un ordenamiento jurídico dado
- ◆ En este caso esta forma de concebir los principios condujo a una ideologización pues para sostener esto debemos adherir a una tesis dada: Los PGD tienen una pretensión mayor que la de considerar bueno todo lo que el legislador establece. Esta concepción no permitiría ir más allá del derecho positivo
- ◆ Esta posición retrasa o limita la posibilidad de llegar a un patrimonio jurídico común: es un freno a la ciencia del derecho.

3) Posición Post–Ecléctica: Trata de conciliar las anteriores concepciones y sostiene que los PGD comprenden tanto los principios superiores de justicia, como los que deducibles del ordenamiento jurídico de cada país

4) Posición Histórico–Romanista: Los PGD están constituidos por las grandes formulaciones de carácter normativo alcanzadas por el derecho romano: su lógica es indiscutible. (Ej. El contrato es ley para las partes contratantes, etc.)

Crítica:

- ◆ Si bien es cierto que en el derecho romano se alcanzaron formulas de gran valor jurídico, esto no significa que puedan ser extrapoladas y aplicadas en sociedades que son muy diferentes a la romana

5) Posición Contemporánea: (Dworking, Alexi, Carrió & Co.) Tanto las reglas de derecho como los principios son normas pues ambos guían comportamientos y ambos sirven para justificar la decisión de los jueces en causas determinadas

Dworking cuestiona la manera como el positivismo ve al derecho y además se ocupa de diferenciarlos. Las reglas se diferenciarían (entre otros) en que las reglas funcionan a la manera toda o nada, mientras que los PGD mediante un sistema de peso o importancia relativa. Este autor apelaría a los PGD en busca de la respuesta correcta que debe encontrar el llamado juez hércules

Para Bobbio no hay distinción entre normas y PGD pues estos últimos se obtienen a través de un proceso de generalización de las normas jurídicas.

En nuestro ordenamiento jurídico no existen normas que en una manera sistemática se refieran a los principios, solo normas aisladas en las cual se reconoce la aplicación de los PGD.

Ejemplos:

- ◆ CC: en el artículo 24 CC cumple una función interpretativa

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

espíritu general de la legislación = PGD

- ◆ CPC: en el artículo 170 N° 5 cumple una función integradora

Art. 170 (193). Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

5. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los **principios de equidad**, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo;

principios de equidad = PGD + EQ

◆ CPP: en el artículo 500 N° 6 se encuentra un buen ejemplo

Art. 500 (528) CPP. La sentencia definitiva de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, contendrán:

6.- La cita de las leyes o de **los principios jurídicos** en que se funda el fallo;

los principios jurídicos en que se funda el fallo = racionamiento jurídico que conduce al juez a tomar una determinada decisión

En el derecho Internacional los PGD reconocidos por las naciones civilizadas constituyen una fuente formal (no supletoria)

La equidad

Concepto: Es la virtud moral que inclina la voluntad a dar a cada uno lo suyo o lo que le corresponde o pertenece a cada uno según su derecho

Concepciones:

- ◆ Aristóteles: (planteado en la *Ética Nicomaquea*) el derecho se manifiesta en las leyes y todas las leyes tienen una condición de generalidad y abstracción, por consiguiente no tienen relación con situaciones jurídicas particulares, y de ello se desprende lo justo legal (lo justo según la ley), pero precisamente las leyes por sus condiciones generales y abstractas al aplicarlas a situaciones determinadas pueden producir situaciones injustas. El juez en este caso tomando en cuenta la EQ debe someter a su decisión y de esta forma corrigiendo los efectos injustos o inconvenientes. Según este planteamiento se puede entender a la EQ como la justicia del caso particular, sostenida por lo justo natural (según la naturaleza de las cosas)
- ◆ Concepciones naturales: Para los iusnaturalistas la EQ se extrae del derecho natural, por medio o de la revelación o de la razón humana. Para los que no sostienen una posición iusnaturalista, deben buscarla fuera del derecho natural. La doctrina ha elaborado una serie de elementos o fuentes a las que el juez puede recurrir para fallar en equidad.
 - El juez puede apelar a su propia conciencia valorativa (pero es conveniente que no recurra SOLO a este elemento)
 - El juez puede apelar a las valoraciones de justicia dominantes en la sociedad en el momento en el que el juez busca la solución
 - El juez puede apelar a los PGD
 - El juez puede apelar a las soluciones de EQ reconocidas por la jurisprudencia (Decisiones judiciales respecto a la EQ)
 - El juez puede apelar a los racionamientos por analogía: cómo otras normas jurídicas han resuelto otras situaciones parecidas

A si mismo el juez debe apelar a todos los elementos utilizables para tomar una decisión consistente.

En el ordenamiento jurídico Chileno, pocas normas se refieren a la equidad :

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

Art. 1544. Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja **a la prudencia del juez** moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

Art. 170 (193). Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

5. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los **principios de equidad [PGD + EQ]**, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo;

El uso extensivo de las fuentes supletorias en nuestro ordenamiento presenta una gran barrera en las disposiciones expresadas en el artículo 23 CC

Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

Como resultado de esta norma, aún cuando en la aplicación de la ley se llegara a una solución injusta, las FS no podrían enmendar el error. Sin embargo muchos Juristas (entre ellos Squella) plantean que las FS deben utilizarse para evitar los resultados injustos.

Diferencias entre los PGD y la EQ

- Mientras que conocemos los PGD a través del proceso inductivo (normas particulares > abstracción > generalización = PGD), a la EQ se llega al revés, o sea, de un concepto de justicia, de carácter ideal, se desciende al caso particular
- Los PGD están implícitos en el ordenamiento jurídico, o sea, son preexistentes a la legislación (es implícito o explícito en la ley). En la EQ no encontramos formulaciones implícitas o explícitas ya que la EQ siempre será una decisión del caso particular. (EJ: Hasta mal aplicado a un caso particular, un PGD puede ser injusto)

Doctrina Jurídica

Son los estudios de carácter científico que realizan los juristas acerca del derecho ya sea con el propósito teórico de sistematizar sus preceptos o bien con la finalidad práctica de interpretar las normas jurídicas y establecer las reglas de aplicación. Constituye principalmente un elemento auxiliar de los operadores jurídicos para poder aplicar el derecho y se caracteriza por ser una fuente material del derecho.

Usos de la DJ

- ◆ La DJ sirve para localizar o aplicar la norma jurídica aplicable.
- ◆ La DJ sirve para interpretar las normas
- ◆ A través de la DJ se construyen los preceptos jurídicos fundamentales
- ◆ A través de la DJ se expresan las nuevas tendencias del pensamiento jurídico
- ◆ La DJ efectúa un análisis de las relaciones o concepciones que tienen ciertas normas con otras del ordenamiento jurídico

Interpretación y Integración

Interpretar es en términos generales establecer el significado de algo.

Interpretación del derecho: Aquella actividad constituida por un conjunto de operaciones lógicas y prácticas en cuya virtud se atribuye el o los posibles sentidos de las normas jurídicas cualquiera que sea la fuente que los haya producido y el continente normativo en que se encuentren.

Interpretación de la ley: Aquella actividad constituida por un conjunto de operaciones lógicas y prácticas en cuya virtud se atribuye el o los posibles sentidos de las normas jurídicas presentes en el derecho legislado.

Al interpretar, uno parte siempre de algo preestablecido que en el caso del derecho son los textos jurídicos. La interpretación siempre requiere de un intermediario denominado interprete. Interpretar es tanto la actividad que realiza como el resultado que es la versión del texto en definitiva.

En el caso del derecho o más propiamente la ley, lo que se interpreta son los textos, no las normas jurídicas pues de la interpretación del texto saldrá una versión de la norma jurídica.

No existe texto tan claro que la interpretación sea innecesaria. En esto se advierte una evolución en el pensamiento de los juristas. En un periodo se pensaba que solo era necesario interpretar ciertos preceptos oscuros (escuela de la exégesis). Si se piensa que hay normas claras, es un pensamiento fuera de la realidad, pues toda norma, es un pensamiento fuera de la realidad pues toda norma al ser aplicada a una situación concreta revela cierto grado de complejidad que obliga a su interpretación.

Kelsen sostuvo que las normas jurídicas no tienen tan solo un sentido correcto: Toda norma jurídica quede tener 1 o más sentidos posibles, siendo la labor del legislador establecer los posibles sentidos de las normas jurídicas puesto que no existe un sentido único y correcto. (la palabra del interprete no es final)

Interpretación de la ley (tanto CPE como LO, TI, DFL, etc)

Clasificación:

- ◆ Desde el punto de vista del agente que lleva a cabo la interpretación:
 - ◇ Por vía de autoridad pública:
 - Legal: Es la que efectúa el legislador y toma el nombre de interpretación auténtica. Esta interpretación la puede hacer el legislador en el mismo texto o bien en una ley posterior.

Art. 3. Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. [la interpretación legal o auténtica es obligatoria]

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian.

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

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

- Judicial: Interpretación: que efectúan los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional pero solo vincula a las partes que intervienen en el caso (Art. 3

inciso 2 CC)

- Administrativa: ciertos órganos públicos en el ejercicio de su función fiscalizadora están facultados para interpretar normas que estén en su ámbito de competencia y resulta obligatorio para quienes apliquen dichas normas. (EJ: CGR, SII, Dirección del trabajo, etc)
- ◊ Privada: Aquella que realizan los propios sujetos de derecho, la doctrina, y los abogados en el ejercicio de sus funciones.
 - Por sujetos de derecho: Ocurre cuando efectúan su propia interpretación de las normas Jurídicas. Esta interpretación puede o no ser coincidente con la que hace la autoridad.
 - Por los Juristas es la que se realiza en los textos de estudios, en la cátedra, etc. (EJ: decisiones de la CS)
 - Por los abogados: interpretación en el ejercicio de la profesión, en representación de sus propios intereses o los de su representado (aquí es sesgada e intencionada)
- ◆ Desde el punto de vista del resultado
 - ◊ Estricta (declarativa): aquella en que el interprete como resultado de la interpretación llega a la conclusión de que el texto legal interpretado debe ser aplicado únicamente a los casos en que el texto expresamente se refiere, sin aplicarlo a mas o a menos casos.

Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

- ◊ Extensiva: aquella en que el interprete como resultado de la interpretación llega a la conclusión de que el texto legal debe aplicarse a mas casos (por ejemplo, como se interpreta el art 707 CC [la buena fé trascendería siempre segun los interpretes])

Art. 707. La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En todos los otros la mala fe deberá probarse.

- ◊ Restrictiva: aquella en que el interprete como resultado de la interpretación llega a la conclusión de que el texto legal debe aplicarse a menos situaciones que la ley menciona. (EJ: ART 135 CC [no todos los que se casan en el extranjero])

Art. 135. Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal.

Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción.

- ◆ Desde el punto de vista de su reglamentación:
 - ◊ Reglada: Cuando el propio ordenamiento jurídico determina los métodos que debe seguir el interprete para establecer el significado de las normas jurídicas interpretadas (por ejemplo en CL)
 - ◊ Cuando el propio ordenamiento jurídico no determina los métodos que debe seguir el interprete para establecer el significado de las normas jurídicas interpretadas

Elementos o Métodos de interpretación de la ley

- Método Gramatical: Consiste en establecer el o los posibles sentidos de las normas jurídicas atendiendo exclusivamente al tenor de las palabras. En este método se realiza un aspecto semántico: (se revisa el significado de las palabras) y sintáctico (se revisa el aspecto gramatical de la estructura de las normas)

El método no es tan sencillo:

1ª. Hay ambigüedades: por ejemplo con la homonimia (palabras que significan tanto actividad como resultado, sentidos metafóricos, palabras con sentidos científico y vulgar)

2º. Hay imprecisiones y vaguedades: hay palabras que se usan comúnmente en el derecho y cuyos límites son indefinidos (como moral, prudente, buenas costumbres, etc.)

3º. Hay una carga emotiva con ciertas palabras que producen algún tipo de interferencia al momento de interpretar las palabras (EJ: Justicia, dictadura, crimen, etc)

2) Método Histórico: Consiste en establecer los posibles significados del derecho legislado recurriendo a la historia del texto que se interpreta, historia que se reconstituye a partir de los antecedentes que constan o que estén registrados. (EJ: mensaje presidencial, mociones, etc). En un sentido amplio, el método histórico significaría revisar los aspectos políticos, económicos y sociales al momento de que la ley fuese dictada. La doctrina lo ocupa en un sentido estricto, pero hay excepciones y puede utilizarlo en sentido amplio (EJ interpretación de el ART 815 CC inciso 3, 4, 5)

Art. 815. El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos.

3) Método Lógico: Establece el o los posibles sentidos contenidos en una norma jurídica en una ley, analizando las condiciones lógicas que las normas guardan entre si, o condiciones lógicas que las normas guardan con otras leyes siempre que estas versen sobre el mismo asunto. Aquí el interprete debe relacionar las normas jurídicas.

4) Método sistemático: Es aquel en que el interprete llega a los posibles significados atendiendo a las condiciones lógicas que las normas de una ley tengan con la totalidad del OJ, incluyendo los PGD. Tampoco se puede llegar a una interpretación que vaya contra los principios del OJ.

5) Método Teleológico: Atiende a la finalidad de la ley. Se parte de la base que toda ley tiene un propósito, por lo que el interprete puede llegar al significado de la ley a partir del propósito de ella.

Interpretación en el Derecho Chileno

En Chile la interpretación es reglada. Los medios están contenidos desde el ART 19 al 24 CC

Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

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.

Art. 22. 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.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

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

- ◆ El elemento gramatical está establecido en el ART 19 inciso 1, ART 20 y 21 CC
 - ART 19 INC 1: la doctrina ha llegado a la conclusión de que esta no restringe el posible uso de otros medios pues en la mayoría de las veces este no es claro.
 - ART 20: La doctrina utiliza el diccionario de la RAE para encontrar el sentido natural y obvio, salvo que la ley los haya definido.
 - ART 21: Un ejemplo de palabra científica que no se utiliza en el sentido científico es por ejemplo la palabra demente (ya superada por la ciencia)

Art. 1447. Son absolutamente incapaces los **dementes**, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. [...]

- ◆ El elemento histórico está consagrado en el artículo 19 INC 2 CC. [usado en un sentido estricto]
- ◆ El elemento Lógico está consagrado en el artículo 22 INC 1 y 2 CC.
- ◆ El elemento Sistemático está consagrado en el artículo 24 CC.
- ◆ El elemento teleológico: Parte de la doctrina dice que tiene cabida en el ordenamiento jurídico según lo explica el ART 19 N° 2 (Intención o espíritu = Fin)

Estas herramientas presentes en el CC tienen aplicación general, habiendo sin embargo normas especiales de interpretación para determinadas materias.

Razonamientos interpretativos

Los interpretes suelen utilizar ciertas reglas de carácter práctico llamadas por la doctrina razonamientos interpretativos, que no son métodos de interpretación y tampoco permiten llegar a conclusiones definitivas pero auxilian al interprete en su labor de interpretación y le permiten justificar a fundamentar el resultado de su labor. Suelen expresarse en máximas o aforismos:

- 1.– Argumento por analogía (o a parí): el interprete advierte que existen 2 normas jurídicas análogos (tienen una identidad relevante en cuanto al supuesto de hecho y de sus consecuencias jurídicas). Una norma tiene una interpretación clara y la otra, oscura. El interprete entonces se basa en la interpretación de la norma clara para aclarar el sentido de la norma oscura.
- 2.– Argumento a fortiori: Según este argumento, las disposiciones de la ley se pueden extender a un caso no previsto por la ley ya que las razones subyacentes a la norma legal son mas fuertes (o mas relevantes) para el caso no presupuesto que para el caso presupuesto por la ley. [Se resuelve con el aforismo quien puede los mas, puede lo menos]
- 3.– Argumento a contrario sensu: Según este argumento, si la ley coloca en casos determinados debe interpretarse que existe la voluntad de no considerar o regular los casos no señalados. Si el legislador incluye un hecho o una conducta, debe entenderse que se excluyen las demás.
- 3.– Argumento por el absurdo: El interprete debe rechazar toda interpretación que conduzca a una consecuencia absurda o ilógica.
- 5.– Argumento material: interpretar un concepto atendiendo a su ubicación o localización dentro de la ley de que forma parte. [la norma tiene una vinculación específica con su párrafo, libre y códigos]

Interpretación de los TI

Las normas de interpretación están contenidas en la convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Principios generales que rigen los TI

- Principio Pacta Sum Servanda: Todo tratado debe ser cumplido
- Principio de la buena fe: los pactos deben ser cumplidos con rectitud.
- Principio de la irretroactividad: los TI no obligan a las partes respecto de actos o hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia salvo que se pacte específicamente esto.
- Principio de territorialidad: El TI es obligatorio para que c/u de las partes en todo su territorio, salvo que una intención diferente se haya desprendido del TI

Además esta convención contiene normas específicas sobre la interpretación:

ART 31 C V: Un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que deba atribuirse a sus términos en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Reglas:

- ◆ Debe interpretarse de buena fe.
- ◆ Los términos o palabras del tratado deben ser interpretados según su uso corriente a menos que se le haya dado un sentido especial.
- ◆ En la interpretación debe tenerse en cuenta el contexto del tratado (método lógico): Pero al hablar del TI, se dice que comprende además del texto, el preámbulo, los anexos, los acuerdos colaterales, que hubieran efectuado las partes contratantes y la aplicación práctica que

hubieren hecho las partes y toda norma de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes.

◆ Debe atenderse su objeto y fin. (método teleológico)

En el caso de los idiomas, el TI debe establecer cuales son los idiomas oficiales para interpretarla (ART 33 C V). Y si no se establece debe preferirse la traducción que concilie de mejor manera el objeto y el fin de los tratados.

Interpretación de la Costumbre:

Como regla general, el artículo 2 CC si la costumbre es referida por el legislador, no hay vacío legal. Y según el artículo 4 CCOM: La costumbre suple el silencio de la ley bajo ciertas condiciones.

Esto supone una dificultad especial: la interpretación de la costumbre se confunde con la determinación de la costumbre, ya que son procesos paralelos. El hecho de determinar si hay costumbre es similar a determinar el sentido de esta. Es posible determinar él o los posibles sentido jurídicos que resulten de la aplicación de la costumbre.

Interpretación de la Sentencia:

Esta debería ser cuya materia encontramos en el derecho procesal. Sin embargo la asignatura que se encarga de esto es la teoría general del derecho.

Importancia de interpretar las sentencias:

- 1.– Pues en toda sentencia encontramos una norma jurídica particular que puede constituir un mandato o reconocer un derecho (declarativa). Interpretar permite el cumplimiento de esta norma
- 2.– Pues dicha interpretación permitiera realizar las impugnaciones a ella que las partes estimen convenientes.
- 3.– La interpretación de la sentencia nos permitirá determinar las tendencias de la jurisprudencia

Solo el juez puede interpretar las sentencias en forma vinculante y obligatoria.

La sentencia se interpreta en el recurso de aclaración, agregación, o rectificación (182 a 185 CPC). Además el juez puede por si solo, de oficio, hacer declaraciones y rectificaciones que solo queden corregir errores de referencia, de calculo o de copia. Si se interpreta este recurso el juez puede aclarar los puntos oscuros que presenta la sentencia con el fin de salvar las omisiones.

Cuando las partes impugnan una sentencia, pueden solicitarle al tribunal superior que efectúe una labor de interpretación.

Partes de la sentencia:

–Parte expositiva: se repite lo que dicen las partes

–Parte Considerativa

–Parte resolutive: estas contiene el fallo. En primer lugar se interpreta esta parte pero también e puede interpretar la parte considerativa.

Interpretación d los contratos.

El código civil regula la interpretación de los contratos (no de los actos jurídicos, aunque la doctrina plantea que gran parte de los elementos de la interpretación de los contratados son aplicables a los AJ).

Título XIII

DE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Art. 1560. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Art. 1561. Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

Art. 1562. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Art. 1563. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

Art. 1564. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.

Art. 1565. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

Art. 1566. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

La interpretación de los contratos la pueden hacer las partes o el juez. Si están de acuerdo ambas partes en una interpretación no hay problema. Pero si no hay acuerdo el único sujeto facultado para interpretar el contrato en forma obligatoria es el juez, quien deberá guiarse por las normas presentes en el CC.:

–Regla de la intención de los contratantes: ART 1560 CC: Invitación al juez para que se averigüe en primer termino la intención que tuvieron las partes para contratar.

–Reglas del sentido restringido: ART 1561 CC: Las partes pueden utilizar expresiones muy genéricas, pero solo se referían al contrato en si mismo y no se puede extender a otros contratos u otras partes.

–Regla de utilidad de las cláusulas: ART 1562 CC: Si el juez esta en duda en un interpretación, debe preferir la interpretación que le da el sentido a alguna cláusula.

–Regla del sentido natural. ART 1563 CC: de la tabla de interpretaciones deberá elegirse la que sea mas lógica según la naturaleza de los contratos.

–Regla de la armonía del contrato: ART 1564 CC: es lo mismo que la interpretación lógica: debe ser armónica entre las clausulas

–Regla de la interpretación entre contratos: ART 1564 CC: Método sistemático

–Regla de la aplicación practica: ART 1564 inciso final CC

–Regla de clausura. ART 1565 CC: Principio pro–reo. Se interpretan las cláusulas a favor del deudor, pero si una de las partes formula el contrato, las clausulas ambiguas van en contra del que lo dictó.

Aparte de estas normas generales, algunos contratos en particular poseen normas especiales de interpretación. Por Ejemplo, el mandato, el testamento.

Art. 2148. Las facultades concedidas al mandatario se interpretarán con alguna más latitud, cuando no está en situación de poder consultar al mandante.

Art. 1416. Las reglas concernientes a la interpretación de las asignaciones testamentarias, al derecho de acrecer y a las substituciones, plazos, condiciones y modos relativos a ellas, se extienden a las donaciones entre vivos.

En lo demás que no se oponga a las disposiciones de este título, se seguirán las reglas generales de los contratos.

Integración de la ley

La integración supone un vacío de regulación o laguna jurídica. La integración es aquella labor que efectúan los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional cuando en un caso relevante de la vida social observan o verifican un vacío de regulación del derecho vigente y llenan este vacío mediante métodos de integración.

Esta obligación de integrar al derecho se denomina principio de inescusabilidad: los jueces no pueden excusarse de ejercer su labor jurisdiccional so pretexto de no tener una norma jurídica.

En materia penal no es posible: si aplicación debido al principio d legalidad.

Casos en que la doctrina considera que no hay ley:

–Cuando efectivamente no hay ley: El juez no encuentra una directiva que regule el caso sometido a su decisión (que no exista ni una norma general ni particular. Esto pasa porque el legislador no se puede colocar en todos los casos de la de la realidad y esta avanza mas rápido que la legislación.

–Cuando existe una norma jurídica incompleta: esta es aquella que carece de un elemento que se requiere para aplicar la norma. Sin estos elementos el juez esta impedido de aplicar la norma. EJ: cuando la ley condiciona su aplicación a la dictación de un reglamento.

En esta situación a quien le comprendería aplicar la norma es un órgano distinto del que debe aplicar la norma (juez).

–La norma jurídica exige desarrollo: estas son normas que establecen orientaciones generales y que a diferencia del caso anterior, a quien naturalmente recae la tarea de completarla es el propio juez: EJ. Referencia del legislador a la moral, buenas costumbres, etc. Se supone que el legislador intencionalmente dejó esta norma con un carácter general por que el propio juez aplicara dependiendo del caso particular.

– La norma jurídica injusta o laguna axiológica: en este caso el juez se percata que de aplicar la norma ella produciría resultados absolutamente injustos de modo que el juez no debe hacer aplicación de dicha norma. Es un sentido amplio que puede considerar toda norma que al ser aplicada produzca resultados injustos. En un sentido restringido se puede considerar que este caso se refiere a aquellas situaciones en que la aplicación de la norma resulta injusta pues la situación a la que la norma se refiere no estuvo prevista por el legislador. En este caso interesa solo doctrinariamente pues no tiene aplicación en el OJ Chileno (ver ART 23 CC)

Métodos de integración

Nuestro OJ nada dice sobre la integración. Estos han sido establecidos por la doctrina y son:

1) PGD

2) EQ

3) Analogía jurídica: esta consiste en aplicar la solución que la ley ha previsto para un supuesto de hecho determinado a otro supuesto de hecho también determinado, no previsto por el legislador, pero semejantes como en las condiciones de hecho como en las razones de derecho entre ambas situaciones.

Presupuestos de la analogía jurídica:

–Tiene que haber un caso no previsto por el legislador sometido a la consideración del juez.

–Este caso debe ser análogo a otro caso previsto por el legislador

–Que exista un elemento de identidad en cuanto al supuesto al supuesto de hecho tanto en el caso

previsto por el legislador como en el no previsto.

–Que exista la misma razón de justicia entre ambos casos de manera que resulte razonable que en ambos casos las consecuencias jurídicas sean las mismas

Limitaciones de la analogía:

–En materia penal por el principio de la legalidad.

–No se pueden aplicar por analogía las normas excepcionales, aquellas que se apartan de las reglas generales, estas deben aplicarse siempre de forma estricta.

– No se pueden aplicar por analogía las normas excepcionales que establecen prohibiciones o incapacidades pues se apartan también de las normas generales.

–No se pueden aplicar por analogía las normas excepcionales que establecen sanciones pues estas son también de derecho estricto.

Tipos de analogía:

i)Legis: Se toman en cuenta para buscar las normas análogas solo las leyes.

ii)Iuris: Se toman en cuenta para buscar las normas análogas no solo las leyes sino que también se amplia este radio hasta PGD