

LOS MODOS DE CREACIÓN DE NORMAS EN EL DERECHO CHILENO

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. Razonamiento práctico y sistema jurídico.

a. El razonamiento Jurídico.

- 1 El razonamiento jurídico es un caso particular del razonamiento práctico.
- 2 Por “razonamiento práctico” se entiende la argumentación racional que pretende dar una respuesta correcta a preguntas prácticas, es decir, a preguntas acerca de lo que en un caso determinado se encuentra permitido o es debido hacer u omitir. La particularidad del razonamiento jurídico consiste en que él tiene lugar bajo condiciones restrictivas.
- 3 El razonamiento jurídico se caracteriza frente al razonamiento práctico general por una restricción esencial, cual es su vinculación al derecho vigente. La determinación de la naturaleza y los alcances de esta restricción constituye el tema central no sólo de la teoría de la argumentación jurídica, sino también de su correlato, la teoría general del derecho.
- 4 El objetivo del razonamiento jurídico es la justificación o fundamentación del juicio jurídico. Esta justificación tiene dos aspectos básicos que son denominados “justificación interna” y “justificación externa”. La *justificación interna* tiene por objetivo garantizar que la decisión sea una conclusión o deducción válida de las premisas esgrimidas como razones justificatorias. La *justificación externa* consiste en la fundamentación a su vez de esas premisas justificatorias¹.
- 5 Para efectos de estos materiales, asumiremos que los criterios de evaluación de la justificación interna son las reglas generales de la lógica, en particular, las reglas de la lógica deóntica o lógica de los enunciados modales de deber. La estructura lógica del razonamiento jurídico se denomina usualmente “silogismo jurídico”, y su caso más sencillo tiene la forma siguiente:
 - i. Para todo x , si x se encuentra en la situación T , entonces, a x le está mandado/permitido hacer/omitir R .
 - ii. a es un x que se encuentra en la situación T .
 - iii. a se encuentra obligado/autorizado a hacer/omitir R .

¹ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, 1989, p. 214 y ss.

- 6 La expresión “silogismo jurídico” se asocia también a una teoría de la argumentación jurídica surgida en el Siglo XIX, según la cual las premisas normativas del silogismo -en el ejemplo anterior, el enunciado (i)- se encuentran ya preestablecidas en el derecho vigente de un modo tal que basta con identificarlas y aplicarlas directamente al caso. Esta concepción ha demostrado ser falsa. Hoy en día se reconoce ampliamente que el razonamiento jurídico puede ser una actividad argumentativa compleja, en la cual la aplicación de la norma puede requerir una contribución argumentativa sustancial por parte del juez.
- 7 Este cambio de perspectivas lleva en ocasiones a rechazar la idea del “silogismo jurídico”, en el sentido de impugnar la necesidad de que la decisión del juez constituya una consecuencia lógica de las premisas. Esto es, sin embargo, incorrecto. La superación de la antigua teoría del razonamiento judicial no releva al juez ni al jurista de la obligación de sujetarse a reglas de inferencia al fundamentar su decisión o conclusión. Si así fuera, no podría siquiera hablarse de “razonamiento jurídico”, ya que la conclusión o decisión no sería una consecuencia racional de las premisas aducidas en su defensa y por lo tanto, cualquier discusión carecería de sentido. En rigor, la diferencia entre la teoría moderna de la argumentación jurídica y la vieja teoría del silogismo jurídico no se refiere a la *justificación interna* de la decisión (conclusión) sino a la naturaleza de la *justificación externa* de las premisas. El error metodológico de la antigua teoría del silogismo jurídico consistió en considerar a las premisas normativas del razonamiento jurídico como algo autoevidente, no necesitado a su vez de justificación.
- 8 Las reglas que rigen la *justificación externa* de cualquier razonamiento no consisten simplemente en reglas lógicas. Esto es así, porque los argumentos esgrimidos como razones justificatorias de las premisas del razonamiento no son meras proposiciones (enunciados), sino actos de habla. Por eso están sujetos a muchas reglas adicionales de la práctica argumentativa, como por ejemplo las que validan su pertinencia.
- 9 En el análisis de la *justificación externa* del razonamiento jurídico se centran las mayores dificultades de la teoría de la argumentación jurídica. Es precisamente la justificación de las premisas lo que distingue al razonamiento jurídico del razonamiento práctico general. De un modo muy general, se puede decir que las premisas utilizadas en el razonamiento jurídico consisten en (a) reglas o principios del Derecho vigente, o más bien, proposiciones acerca de dichas reglas o principios, y (b) enunciados empíricos. Esta distinción entre dos tipos de premisas se relaciona con los argumentos empleados para su justificación racional, distinguiéndose de este modo entre:

- 10 (a) La justificación de una regla o de un principio como perteneciente al derecho vigente, que en el caso de las reglas se lleva a cabo demostrando que satisfacen ciertos criterios procedimentales de validez;
- 11 (b) La justificación de un enunciado empírico, para lo cual es posible emplear una gran variedad de criterios de justificación, desde los métodos de las ciencias empíricas hasta reglas jurídicas específicas (las reglas sobre el modo de probar hechos en el proceso), pasando por las máximas de la experiencia común, y,
- 12 En ambos contextos de justificación externa, aunque primordialmente en el primero, la práctica argumentativa jurídica hace uso de argumentos especial -“argumentación jurídica” en sentido estricto-, como los cánones de interpretación de reglas, los criterios de solución de conflictos entre reglas, los argumentos de la doctrina, la invocación de precedentes judiciales, y las denominadas “formas argumentales jurídicas especiales”². Finalmente, en la práctica argumentativa jurídica también son usados los argumentos prácticos generales.
- 13 Salvo por los precedentes judiciales (*infra* § 6), lo que nos ocupará en estos materiales será únicamente el análisis de los criterios procedimentales de validez del ordenamiento jurídico (núm. 10).

b. El concepto de sistema jurídico.

- 14 Por “sistema” se entiende, de un modo muy genérico, el orden de un conjunto de elementos o conocimientos basado en la unidad de un principio o punto de vista. Aplicada al derecho, la noción de sistema ha tenido dos significados básicos, que desde la obra del eminente jurista austriaco, Hans Kelsen (1881-1973) se denominan como “sentido estático” y “sentido dinámico” del concepto de sistema jurídico³.
- 15 Por *sistema jurídico en sentido estático* se entiende el conjunto de reglas (o de proposiciones acerca de las reglas) que en su totalidad forman el derecho vigente en un lugar y en un momento dados, bajo el presupuesto que tal conjunto cumple con tres propiedades: la coherencia, la independencia y la completitud⁴. Ésta es la noción de

² Los cánones de interpretación, los criterios de solución de conflictos y las formas argumentales jurídicas especiales, constituyen, como se ha dicho, argumentos de la justificación externa de las premisas del silogismo jurídico. Los precedentes judiciales pueden constituir reglas jurídicas en los sistemas jurídicos en los que se sigue la doctrina del *stare decisis* (*infra*, § 6); cuando tienen este carácter institucional, los argumentos justificatorios de la existencia de un precedente pertenecen a la primera categoría (núm. 10).

³ TPD, p. 83-84; TGDE, p. 129 y ss.

⁴ Al respecto, Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, 1987, p. 100 s.

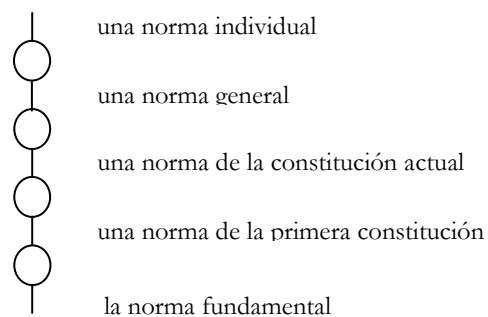
sistema jurídico en que usualmente piensan los juristas cuando conciben al derecho como un “cuerpo” o “un todo armónico”.

- 16 La noción anterior de sistema jurídico se denomina “estática” porque considera al derecho como un conjunto de normas válidas o de enunciados acerca de las mismas, con entera independencia de las acciones de creación y aplicación de las mismas. Cuando, por el contrario, se pone el énfasis en el proceso de creación y aplicación del derecho, y se vinculan estos actos en un procedimiento de modo que formen a su vez un “orden”, se está en el ámbito del concepto de *sistema jurídico en sentido dinámico*.
- 17 Sólo el concepto de sistema jurídico en sentido dinámico puede proveer -al menos parcialmente- los criterios de identificación que requiere el razonamiento jurídico, para la justificación externa de las reglas jurídicas, como premisas del silogismo jurídico (*supra*, núm. 10). El concepto estático de sistema jurídico provee a la argumentación jurídica de muchos recursos importantes para la aplicación de las reglas jurídicas, en especial, para solucionar conflictos entre ellas, pero no permite identificar cuáles son las reglas jurídicas vigentes. El concepto de sistema jurídico en sentido estático simplemente se limita a presuponer la vigencia de un determinado conjunto de reglas.
- 18 Por contraste, el concepto dinámico de sistema jurídico da cuenta de un factor esencial para la comprensión de la peculiaridad del derecho moderno como un sistema normativo, cual es el hecho que el derecho *regula su propia producción y uso*⁵. Es precisamente en esta regulación de la producción y el uso de las normas jurídicas donde se encuentran los criterios de identificación que permiten justificar la selección de tal o cual norma como premisa del razonamiento jurídico, en tanto regla de derecho vigente. Así por ejemplo, las reglas del sistema jurídico chileno que autorizan al Presidente de la República para dictar reglamentos, constituyen el criterio de validez de las normas jurídicas creadas por el Presidente en virtud de esa autorización, y justifican al menos parcialmente, su utilización por el juez o el jurista como premisas de su razonamiento.
- 19 Los sistemas jurídicos modernos son, pues, *sistemas normativos institucionalizados*, es decir, sistemas de reglas que cuentan con instituciones especiales que crean y aplican las reglas del propio sistema. Siguiendo una terminología introducida por el célebre filósofo del derecho inglés, H. L. A. Hart (1907-1992), la teoría jurídica analítica denomina *reglas secundarias* a este tipo de reglas que se refieren a la identificación, modificación y

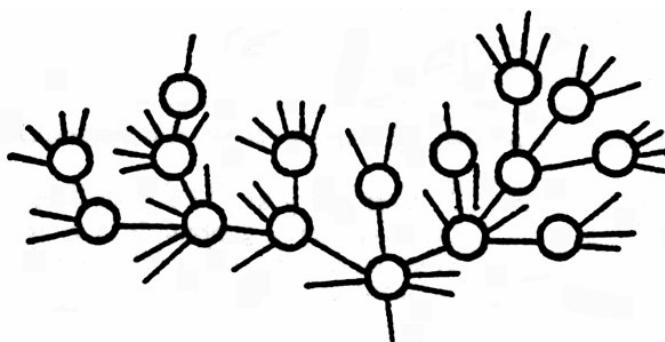
5 Kelsen, TPD, p. 84; Hart, CD, p. 33 y ss., 113 y ss.; Ross, DJ, p. 58; Bobbio, TGD, p. 158 y ss.; Raz, CSJ, p. 151 y ss.

aplicación de las demás reglas del sistema (estas últimas, denominadas *reglas primarias* en la terminología de Hart)⁶.

20 Las consideraciones anteriores llevan a comprender el Derecho -en una primera aproximación- como un complejo de relaciones entre reglas y acciones, en el cual la validez de las reglas depende del acaecimiento de ciertas acciones, que han sido a su vez realizadas de conformidad con otras reglas. La secuencia completa de reglas y acciones, que va desde una regla cualquiera de comportamiento hasta su fundamento último de validez, puede ser entendida como una “cadena de validez”, conforme al siguiente esquema⁷.



21 El conjunto de todas las cadenas de validez que reconocen un mismo y único fundamento último de validez forman el sistema jurídico, el cual puede ser en consecuencia representado mediante el diagrama de una arborescencia⁸:



22 Los teóricos kelsenianos prefieren utilizar el símil de una pirámide para representar gráficamente el sistema jurídico. Con ello se busca poner de manifiesto que el sistema

6 Hart, CD, p. 99 y ss.

7 La idea es de Kelsen, TGDE, *loc. cit.* (Nota 5), y ha sido analizada con particular detalle por Raz (CSJ, p. 126 y ss.).

8 El esquema del sistema jurídico como una arborescencia proviene también de Raz, CSJ, p. 127.

jurídico tiene una estructura jerárquica (los escalones de la pirámide) y que todos los grados de la jerarquía del sistema jurídico se remontan a un mismo fundamento último de validez (la cúspide de la pirámide). La imagen de una pirámide como descripción metafórica del sistema jurídico presenta, sin embargo, varios problemas. La idea de una pirámide sugiere que todos los sistemas jurídicos tienen el mismo número de grados jerárquicos, o que una misma regla no puede autorizar al mismo tiempo la creación de reglas generales e individuales, o que las normas pertenecientes a todos los grados jerárquicos del sistema siempre pueden válidamente regular una misma materia en forma conjunta. Todas estas cuestiones son sin embargo contingentes, es decir, dependen de las reglas concretas de cada sistema jurídico.

- 23 Las ventajas de la arborescencia como modelo metafórico de representación del sistema jurídico es que no tiene las implicancias anteriores. El esquema de arborescencia es compatible con la diversidad de reglas jurídicas concretas relativas a las cuestiones que prejuzga el esquema de la pirámide.
- 24 El esquema de la arborescencia muestra además gráficamente en qué forma la teoría del sistema jurídico provee los criterios de justificación externa de las reglas jurídicas como premisas del razonamiento jurídico. La justificación externa de las reglas jurídicas se encuentra en la satisfacción de los criterios de validez del sistema, es decir, en el hecho que las reglas invocadas como premisas hayan sido creadas por actos previos, conforme a reglas preexistentes que confieren la facultad de crear reglas jurídicas. El examen de las principales reglas que confieren esta facultad en el sistema jurídico chileno es el objetivo de esta Primera Parte de los materiales de estudio.
- 25 El esquema de la arborescencia muestra sin embargo también los límites del concepto dinámico del sistema jurídico como un sistema de procedimientos de creación y aplicación de reglas conforme a reglas. Según este criterio, la validez jurídica se determina atendiendo a la satisfacción de las condiciones y requisitos de las reglas procedimentales por parte de quienes realizan los actos creadores de derecho. Pero es claro que la práctica argumentativa jurídica utiliza estándares prácticos que no pueden justificarse de ese modo. Tal es el caso de los principios de justicia política denominados también “principios jurídicos”.
- 26 Esta dificultad pone a la teoría del derecho en una disyuntiva: o bien la obliga a elaborar criterios especiales de justificación de la validez de los principios, asociándolos de algún modo a los criterios procedimentales de reconocimiento de la validez de las reglas, o bien debe reconocer la inexhaustividad del criterio procedimental de validez

que define el concepto de sistema jurídico en sentido dinámico. La discusión de este problema no corresponde a este lugar. En lo que sigue, estos materiales se concentrarán exclusivamente en el examen de los modos de creación de reglas jurídicas, conforme a la idea procedimental de validez.

2. El concepto de fuentes del derecho

- 27 Para referirse a las formas de creación de reglas jurídicas, la teoría jurídica utiliza tradicionalmente una noción metafórica, la de “fuentes del derecho”. En esta terminología, el derecho “fluye” de estas fuentes -tal como el agua de una vertiente-, se encuentra “contenido” en ellas -tal como el agua en un jarro-, o puede “extraerse” de ellas -tal como el agua de un pozo-. Esta es una metáfora que tiene una tradición muy larga en el pensamiento jurídico⁹, pero cuyo significado sigue siendo impreciso.
- 28 La razón principal de esta imprecisión radica en que el término “fuente” es multívoco, es decir, tiene muchos significados distintos¹⁰. En especial, cuando el uso del concepto tiene lugar en el contexto de una determinada teoría del Derecho, su significado cambia de acuerdo con los postulados fundamentales de cada teoría.
- 29 Así por ejemplo, el célebre filósofo del derecho y reformador social inglés, Jeremy Bentham (1748-1832), entendía por “fuente del derecho” aquella persona o personas de cuya voluntad la norma es expresión, y en consecuencia, distinguía entre (a) las normas generadas directamente por el soberano (“concepción”) y (b) las normas generadas indirectamente por él (“adopción”), ya sea (ba) por aceptación de normas generadas por soberanos previos (“suscepción”) o bien (bb) por delegación de su poder (“pre-adopción”) para crear normas (“imperación”) o para suprimirlas (“de-imperación”)¹¹.
- 30 El ejemplo opuesto se encuentra en la teoría del gran jurista alemán, Friedrich Karl von Savigny (1779-1861)¹². Savigny utilizaba el término “fuentes del derecho” o “fuentes jurídicas” para designar las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las

⁹ Así por ejemplo, ya en el año 52 a. C. Cicerón plantea por boca de su personaje Marcus, que para obtener un conocimiento seguro del Derecho es necesario remontarse a su “fuente primaria misma” (*Las Leyes*, I, 6, 20).

¹⁰ El filósofo del Derecho español, Luis Legaz y Lacambra, distingue no menos de siete sentidos diversos de la expresión “fuente del derecho”, señalando que ésta “puede significar: a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido el Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.); b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.); c) autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo); d) acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etcétera); e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; f) forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre); g) fundamento de un derecho subjetivo” (*Filosofía del Derecho*, tercera edición, Barcelona, 1971, p. 525-526).

¹¹ *Of Laws in General*, I, 2-1 y II, 1 a 10 (edición de H.L.A. Hart, Londres, 1970, p. 1, 18 y ss.).

¹² *Sistema del derecho romano actual*, 2a ed, 1840, I, 2, 4-16.

instituciones jurídicas, como de las reglas jurídicas particulares formadas por abstracción de aquellas¹³. Para Savigny, la fuente jurídica fundamental es la conciencia jurídica popular, pues conforme a su teoría el derecho positivo es un fenómeno social que nace originariamente de las relaciones concretas mantenidas por el pueblo. La legislación estatal y la ciencia jurídica intervienen en un estadio posterior de evolución del Derecho, teniendo por finalidad principal la racionalización -abstracción y sistematización, en sentido estático- del material jurídico originario¹⁴. De este modo, una misma metáfora – “*source of the law*” (Bentham), “*Rechtsquelle*” (Savigny)-, es utilizada para designar fenómenos sociales completamente diversos.

31 Una forma usual de enfrentar esta imprecisión consiste en distinguir entre los conceptos de “fuente material del derecho” y “fuente formal del derecho”¹⁵. Con esta distinción se intenta diferenciar las *causas* que influyen en la generación del derecho (por ejemplo, intereses económicos o ideológicos: fuentes materiales) de los *causes* por los cuales se genera el derecho (ley, costumbre: fuentes formales). Esta distinción ayuda en parte a mitigar la multivocidad del concepto “fuente del derecho”, pero no resulta aceptable en definitiva, porque el concepto de “fuente formal” es también equívoco¹⁶.

32 Por “fuente formal” de la regla jurídica se entiende tanto el procedimiento de creación (formación) de la misma como la manera (forma) en que ella es expresada en el marco de la vida social. Cuando se dice, por ejemplo, que la ley es la fuente formal del derecho de mayor relevancia práctica en el sistema jurídico chileno se puede estar diciendo dos cosas distintas: (1) que la mayor y más importante cantidad de reglas jurídicas son creadas por actos de ciertos órganos del Estado mediante un cierto procedimiento, o bien, (2) que la mayor y más importante cantidad de reglas jurídicas se encuentran fijadas en ciertos textos, redactados en idioma español, que son proclamados

¹³ Este concepto de fuente jurídica en sentido estricto es diferenciado por Savigny muy cuidadosamente de lo que él definía como las “fuentes históricas de la ciencia jurídica”, y que corresponden a los textos o documentos que permiten a la ciencia jurídica conocer los hechos jurídicos históricos.

¹⁴ Esta teoría lleva a Savigny a rechazar el pretendido carácter de fuente jurídica de la costumbre y los contratos. Para Savigny, la costumbre no es más que la forma en que la conciencia del pueblo se evidencia exteriormente, y el contrato es la causa de nacimiento de la “relación jurídica” concreta, pero no de la regla o institución jurídicas que la define y regula, y que nace de otra fuente.

¹⁵ Así, por ejemplo, Jorge Iván Hübner, *Introducción al Derecho*, 5ª edición, Santiago, 1984, p. 154 y ss.

¹⁶ Con mayor precisión, Aníbal Bascuñán (IED, p. 148 y ss.) distingue -siguiendo a Savigny- entre fuentes del conocimiento jurídico y fuentes jurídicas del derecho, y subdivide éstas a su vez en tres clases: (a) las fuentes de validez (voluntad: estatal, social, convencional, unilateral), (b) fuentes de génesis (órganos: poder legislativo, ejecutivo o judicial, colectividad, individuos), (c) fuentes de expresión o formales (forma: Constitución, leyes, reglamentos, etc.). En general, las tres clases de fuentes jurídicas precisadas por Aníbal Bascuñán corresponden a diversos aspectos de las reglas secundarias de un sistema jurídico, y en esa medida concuerdan en conjunto con el concepto de modos de creación de normas jurídicas manejado en estos materiales. El aspecto en el cual nos separamos de su exposición es el tratamiento de la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad. Por su parte, y siguiendo al autor argentino, Julio Cueto Rúa, Máximo Pacheco utiliza el concepto de fuente formal del derecho en el sentido de modo de expresión de las normas jurídicas (*Teoría del Derecho*, 2ª edición, 1984, p. 316).

“ley” y divulgados de una forma determinada. Así, la fuente formal en un sentido (acto creador), lo es de aquello que a su vez es fuente formal en otro sentido (modo de expresión) de la regla. Esto acarrea naturalmente muchas confusiones.

- 33 En la medida en que se entienda por “fuente del derecho” los modos de creación de reglas jurídicas válidas en un determinado sistema, el concepto en cuestión se identifica con la idea de la creación de reglas jurídicas mediante actos regulados a su vez por otras reglas jurídicas. En este sentido, bien se puede afirmar que con el concepto de “fuente del derecho” se designa en definitiva, el complejo de reglas que reconocen a ciertas personas o grupos de personas la facultad de crear reglas y regulan el ejercicio de tal facultad, es decir, a los criterios procedimentales de validez de las normas jurídicas¹⁷. Establecida esta coincidencia, cabe preguntarse por la necesidad o conveniencia de mantener el concepto de “fuente del derecho” en el marco de la concepción dinámica del sistema jurídico.
- 34 Hans Kelsen es categórico en señalar la inidoneidad del concepto de fuente del derecho para la teoría jurídica, debido a su carácter tan equívoco¹⁸. La razón básica que mueve a Kelsen en este sentido es el rigor con que su teoría pretende distinguir el fundamento normativo de validez de una regla jurídica de cualquier otra consideración relativa a su surgimiento histórico o a su aceptación social.
- 35 En contraste con el rigor de Kelsen, el connotado filósofo del derecho danés, Alf Ross (1889-1979), acepta la terminología tradicional de las “fuentes del Derecho”, pero en una elaboración muy particular¹⁹. Según Ross, la posibilidad de predecir una decisión judicial presupone que en la fundamentación de su sentencia los jueces no proceden de un modo caprichoso o arbitrario, sino que actúan guiados por actitudes y conceptos compartidos, por una “ideología normativa común”. La *ideología* de las fuentes del Derecho identifica “el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en que éste basa su decisión”. La descripción de esta ideología normativa común es precisamente el objeto de la *doctrina* y de la *teoría* de las fuentes del derecho, que se diferencian entre sí por su grado de generalidad.
- 36 Según Ross, la teoría de las fuentes del derecho podría identificar tres grandes tipos de fuentes del Derecho, atendiendo al mayor o menor grado con que ellas presentan al

¹⁷ Así, Bobbio-TGD, p. 158 y ss.; Hart-CD, p. 121, 126-27; Raz-CSJ, p. 252 y ss.

¹⁸ TPD, p. 243.

¹⁹ DJ, p. 76 y ss.

juez una regla formulada para su utilización como fundamento de su decisión, y que Ross denomina como “grado de objetivación” de la fuente, en el siguiente esquema:

- a) fuentes de objetivación completa: formulaciones de reglas revestidas de autoridad (legislación en el sentido más amplio del término);
- b) fuentes de objetivación parcial: costumbre y precedente judicial;
- c) fuentes carentes de objetivación: la “razón” o tradición cultural²⁰.

37 El ejemplo de Ross permite sostener que se podría entender por “fuente del derecho” todos los criterios susceptibles de ser invocados ante los tribunales de un determinado sistema jurídico para justificar las premisas normativas que han de servir de fundamento a su decisión, es decir, que conforme a la ideología compartida por esos tribunales “ejercen influencia” en sus decisiones²¹. Esta noción amplísima e indiferenciada es plausible, pero nosotros preferimos, no obstante, prescindir de ella. Aparte de ciertas objeciones terminológicas²², el principal argumento en contra del uso del concepto de fuente del derecho consiste en el hecho, apuntado por Ross, que dicho concepto cumple una función tanto descriptiva (teoría o doctrina) como prescriptiva (ideología), generando por esta razón tensiones y malentendidos prácticamente insubsanables.

38 En su función descriptiva, el concepto de fuente del derecho pretende dar cuenta del rasgo más destacado de los sistemas jurídicos modernos, cual es la generación y cambio deliberado de reglas jurídicamente vinculantes a través de procedimientos preestablecidos. En su función prescriptiva, el concepto de fuente del derecho asume la forma de un argumento justificatorio que advierte al juez que su decisión sólo es legítima en la medida en que se basa en premisas provenientes de determinadas fuentes.

39 La doble función del concepto de fuente del derecho hace que la teoría del derecho que lo utilice se vea enfrentada a un dilema. Mientras más coherentemente se apegue a la función descriptiva del concepto, menor será la variedad de recursos reconocidos por la teoría como fundamentos legítimos de la decisión judicial, ya que la idea que los estándares jurídicos son establecidos por actos deliberados no es aplicable a varios

²⁰ Este último tipo de fuente es indudablemente el que más dudas suscita. La inclusión de la “tradición de cultura” dentro del catálogo de fuentes se explica como una reacción crítica de Ross al positivismo legalista, “que limita el derecho a las normas puestas por las autoridades y que cree que la actividad del juez sólo consiste en una aplicación mecánica de ellas” (DJ, p. 96).

²¹ La aplicación de esta concepción a la teoría de la argumentación jurídica se encuentra en la siguiente definición de fuente del derecho, debida al filósofo del derecho finés, Aulis Aarnio: “toda razón que -de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria de la interpretación” (*Lo racional como razonable*, Madrid, 1991, p. 123).

²² Básicamente (a) que se trate de un concepto multívoco, y (b) que implica una distinción entre el derecho y su fuente, que es incompatible con la concepción dinámica del sistema jurídico, conforme a la cual el derecho comprende tanto las normas jurídicas como los procedimientos de su creación y aplicación.

estándares que de hecho también sirven de premisas normativas en el razonamiento jurídico. Y a la inversa, si se prioriza la función prescriptiva del concepto, y se incluye estos otros estándares normativas dentro del repertorio del razones legítimas para el juez, entonces habrá que entender por “fuente” algo mucho más vago que un hecho social empíricamente constatable.

- 40 El caso práctico más importante de este dilema se encuentra en el status de los así denominados “principios jurídicos” o “principios generales del derecho” (*supra*, núms. 25, 26). Dado que con este concepto se designa tipos o clases de estándares normativos, los principios jurídicos no pueden ser considerados “fuentes” -hechos generadores- de parámetros normativos. En el razonamiento práctico ellos cumplen directamente la función de premisas normativas, y no de criterios de justificación externa de dichas premisas²³. Por otra parte, ellos tampoco son el resultado de un acto de creación determinado, no valen porque así se lo decidió. De aquí que los principios generales del Derecho no pueden ser considerados, en rigor, ni como fuentes ni como productos de alguna fuente. Lo dicho vale también para las razones prácticas generales o “equidad natural”.
- 41 Este dilema es un problema para quienes pretenden legitimar la apelación a los principios generales del Derecho como premisas con una relevancia al menos equiparable a la de las reglas, y conservar al mismo tiempo la noción de las fuentes del Derecho.
- 42 Con el fin de conciliar lo inconciliable, para justificar la consideración de los principios jurídicos como el producto de alguna fuente se ha llegado incluso a suponer la existencia de una “potestad normativa del derecho”²⁴. Pero, salvo por una definición *ad-hoc* del término “potestad”, esto es un sinsentido. Conforme a las reglas lingüísticas que rigen el uso del concepto de potestad, éste se define como una capacidad o habilidad de un sujeto que puede realizar actos de habla. Y un conjunto de estándares prácticos no es un sujeto del cual se pueda predicar tal propiedad: sólo los seres humanos pueden detentar y ejercer potestades normativas.
- 43 La forma más usual de eludir el problema consiste sin embargo en desplazar el significado del concepto de fuente del derecho, olvidando su relación con un modo de

²³ En rigor, los principios jurídicos desempeñan ambas funciones. Así, a veces son usados como argumentos justificatorios de una determinada interpretación de textos legales, o sea, como razones justificatorias de la pertenencia de una regla (la norma legal) al derecho vigente; otras veces son usados directamente como premisas normativas válidas, ya sea en ausencia de o incluso en conflicto con otras premisas normativas válidas.

²⁴ Así, Jaime Williams Benavente, *Lecciones de Introducción al Derecho*, I, Santiago, 1992, p. 164.

creación de reglas, y priorizando su sentido de denominación genérica de diversos estándares, explotando además la única analogía posible entre los principios jurídicos, la equidad y la legislación: así como el texto legislativo “contiene” las reglas que el juez reformula como premisa de su decisión, así también puede el juez “obtener” de principios generales y abstractos o de criterios generales de justicia premisas normativas más particulares o concretas²⁵.

- 44 Esta estrategia tampoco es satisfactoria, en la medida en que diluye las diferencias existentes entre los distintos estándares que sirven de premisas del razonamiento judicial. Si la teoría de la argumentación jurídica parte del presupuesto que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico debido a su especial vinculación con el derecho vigente (*supra*, núms. 1 y 2), y si un sistema jurídico moderno se caracteriza principalmente por el hecho de autorregular su generación mediante el establecimiento de procedimientos para la creación de reglas, entonces es indispensable que la teoría de la argumentación distinga a las reglas así creadas como una clase especial de premisas normativas. Así se cumple mejor con el postulado de restricción del razonamiento jurídico.
- 45 Lo anterior no quiere decir que las reglas jurídicas preestablecidas constituyan las únicas premisas normativas del razonamiento jurídico. Sólo quiere decir que las otras premisas normativas requieren una justificación externa distinta de la satisfacción de criterios procedimentales de validez.
- 46 Por las razones expuestas, en estos materiales se prescindirá en adelante del concepto de fuentes del derecho. De aquí que, tal como ya se advirtió (*supra*, núm. 26), en estos materiales de estudio no se hará mención a los principios generales del derecho ni a la equidad natural.

3. Los principales modos de creación de reglas en el Derecho chileno.

- 47 En términos muy generales se puede clasificar los principales modos de creación de reglas jurídicas atendiendo a la identidad de quienes intervienen como autores en el procedimiento de su creación, distinguiéndose así entre:
- a) La creación de reglas jurídicas por parte del Estado;
 - b) La creación de reglas jurídicas por parte del individuo, y,

²⁵ Ésta es en definitiva la estrategia conceptual seguida por Alf Ross para avalar el uso del término, compartida también por Aarnio (vid. *supra*, notas 19 y 21). Ésta es también la estrategia que subyace a la consideración de los principios -junto con la jurisprudencia y la doctrina- como una fuente “mixta” (Bascuñán, IAD, p. 154 y ss.).

c) La creación colectiva de reglas jurídicas por parte de la comunidad.

48 Este criterio clasificatorio se encuentra sujeto a reparos, ya que es evidente que los actos creadores de reglas jurídicas son siempre actos realizados por seres humanos. Ni el Estado ni la comunidad son entes que puedan actuar con independencia de la intervención de algún ser humano. Cuando decimos que tal o cual regla ha sido instituida por un acto (o por la voluntad) del Estado, lo que queremos afirmar es que ha sido establecida por uno o varios seres humanos, actuando en conformidad a ciertas reglas, en virtud de las cuales su acción reviste un significado especial. En consecuencia, cuando decimos que una determinada regla ha sido instituida por un acto de voluntad de un individuo, afirmamos también que tal acto tiene otro significado determinado, también en virtud de ciertas reglas. Puesto que todos los actos creadores de reglas no son más que actos humanos regidos por reglas, resulta en cierto sentido inductor a confusión oponer el Estado al individuo y a la comunidad, como si se tratara de diversos autores de reglas.

49 No obstante lo anterior, la distinción tiene valor clasificatorio. Pues las atribuciones conferidas por las reglas del sistema jurídico a las personas en tanto agentes del Estado, que denominaremos en adelante “potestades públicas”, son diversas de las atribuciones reconocidas a las personas en tanto simples individuos, que en adelante denominaremos “facultades privadas”²⁶.

50 a. Las potestades públicas son calificadas, es decir, sólo se confieren a una persona en razón de su calidad de titular de un “cargo”, esto es, de una calidad especial que se posee satisfaciendo ciertas reglas especiales. La facultad privada, en cambio, es reconocida por el sistema jurídico a todas las personas por regla general. En razón de lo anterior, las potestades públicas deben por regla general ser ejercidas por su titular, el que por regla general no está autorizado para delegar su ejercicio. A la inversa, el particular se encuentra por regla general autorizado para delegar en otra persona el ejercicio de sus facultades normativas privadas.

51 b. Las normas creadas en virtud del ejercicio de una potestad pública son obligatorias para sus destinatarios, lo quieran éstos o no: su asentimiento no es condición de validez de la regla. Por el contrario, la norma establecida en ejercicio de una facultad privada

²⁶ Al respecto, cfr. Ross, *Sobre los conceptos de “Estado” y “órganos del Estado”*, en *Derecho Constitucional*, en, del mismo, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, 1993, p. 89 y ss.

sólo es por lo general obligatoria en la medida en que su destinatario haya consentido en ser obligado, lo cual se realiza también en ejercicio de la facultad privada²⁷.

- 52 c. El ejercicio de las potestades públicas debe ser efectuado en interés de la comunidad, respetando criterios de proporcionalidad entre fines y medios, sujetándose a reglas más o menos precisas de procedimiento y constituyendo por lo general un deber para el titular del cargo. El ejercicio de las facultades privadas queda por el contrario entregado al interés y a la conveniencia de cada individuo, se lo efectúa sin sujetarse a procedimientos detallados, y sin que el individuo tenga por lo general un deber de ejercerla.
- 53 d. Finalmente, las potestades públicas presuponen como principio fundamental que ninguna persona o grupo de personas tiene otras atribuciones que las expresamente conferidas por reglas del sistema jurídico. Las facultades del individuo presuponen el principio opuesto: por regla general, lo que los individuos reconozcan como regla jurídica es en principio válido, salvo que ello se encuentre expresamente prohibido.
- 54 En lo que respecto a la identificación de la comunidad como un autor de reglas, esto tiene un sentido completamente diverso a la identificación del Estado y el individuo. Las reglas jurídicas atribuidas a la comunidad como su autor, es decir, las reglas consuetudinarias, son en rigor reglas reconocidas como jurídicamente vinculantes a pesar de no ser identificables su autor ni el acto de su establecimiento. No son reglas creadas deliberadamente sino reglas surgidas de modo espontáneo. El hecho social al cual se remite la constatación de la existencia de esta clase de reglas no es su creación, en el sentido preciso de su formulación mediante un acto de declaración de voluntad, sino su seguimiento. El *uso* de la regla por la comunidad cuenta como prueba de su “creación”.

a. La creación de reglas jurídicas por parte del Estado.

- 55 La definición del concepto de Estado es tarea de la teoría política y la ciencia del derecho internacional público y del derecho constitucional. Para efectos de estos materiales utilizaremos una definición puramente aproximativa, y entenderemos en

²⁷ Existen también casos muy excepcionales de auténticas potestades ejercidas por individuos, que implican la sujeción del destinatario sin consultar la voluntad de éste. Tal es el caso de la “potestad paterna”, es decir, de las atribuciones de los padres de “corregir a los hijos” (Art. 234 CC). Por otra parte, además del efecto directo de la norma creada por un acto de voluntad individual en relación con su destinatario es necesario considerar el efecto reflejo de la misma en relación con todas las demás personas, aunque puedan tener un interés que entra en conflicto con dicha norma. Este efecto reflejo, consistente en respetar la norma creada por un acto jurídico y no impedir su cumplimiento, se denomina “oponibilidad”.

consecuencia por “Estado” una estructura de convivencia humana ordenada jurídicamente y provista de un poder normativo independiente y supremo²⁸.

56 Esta definición pone de manifiesto la íntima relación existente entre los conceptos de sistema jurídico y de Estado. Por una parte, la existencia de un orden jurídico -sistema jurídico en sentido estático- es un requisito del Estado, y por la otra parte, el poder de crear normas -sistema jurídico en sentido dinámico- es un atributo esencial del Estado. No es sorprendente, en consecuencia, que algunos autores sostengan la identidad de los conceptos de Estado y derecho²⁹.

57 Esta identidad puede producir sin embargo malentendidos que aconsejan el uso diferenciado de ambos conceptos. Así por ejemplo, es obvio que el concepto de Estado sólo puede identificarse con el concepto dinámico de sistema jurídico. El derecho entendido como sistema jurídico en sentido estático no es idéntico al Estado, sino que constituye más bien resultado o el presupuesto de la actuación del Estado. Por otra parte, el Estado cumple otras funciones además de la creación de reglas jurídicas y la adjudicación de responsabilidades en caso de su infracción. Finalmente, la caracterización de un sistema jurídico como un “Estado de Derecho” tiene un sentido específico, basado en el cumplimiento de ciertos estándares o principios dentro de ese sistema, como el control jurisdiccional de los actos del Gobierno y el respeto de ciertos derechos fundamentales de las personas. Identificar los conceptos Estado y derecho priva de este sentido específico al concepto de “Estado de Derecho”, porque todo Estado sería por definición un Estado de Derecho.

58 Para referirse a los agentes concretos que realizan los actos estatales creadores de reglas jurídicas, la teoría jurídica utiliza otra expresión metafórica, la de “órgano”. Etimológicamente considerada, la palabra “órgano” significa “instrumento” o “herramienta”, lo cual sugiere que el acto estatal es realizado por alguien en representación de otro agente, el Estado. Pero, tal como ya se ha visto, lo que en rigor se afirma mediante este confuso uso del lenguaje es que la atribución normativa se entiende conferida en razón del ejercicio de un cargo y que tal atribución constituye una potestad pública, con todas sus características distintivas.

59 Los aspectos básicos a los cuales se refieren las reglas que confieren atribuciones a los órganos del Estado se encuentran recogidos en la siguiente oración, que constituye un principio básico del sistema jurídico chileno:

²⁸ Maunz, Theodor - Zippelius, Reinhold, *Deutsches Staatsrecht*, 28a. edición, München 1991, p. 2.

²⁹ Kelsen- TGDE, p. 224 y ss.; TPD, p. 285 y ss.

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”³⁰.

- 60 Conforme a este principio, la “validez” de las normas establecidas por el Estado, es decir, su carácter vinculante como normas de conducta para los ciudadanos y como premisa del razonamiento para el juez, depende del cumplimiento copulativo de tres requisitos básicos: la investidura regular, la competencia y las formas legales de actuación.
- 61 (a) Por “investidura regular” del integrante del órgano estatal se entiende el procedimiento de elección, nombramiento o designación de una persona para ocupar un determinado cargo, así como la aceptación de éste y su asunción del cargo o instalación en el mismo. El estudio de estos procedimientos corresponde a la rama de las ciencias del derecho denominada “Derecho Administrativo”. En estos materiales sólo nos preocuparemos de precisar cuál es el órgano estatal que ejerce tal o cual potestad normativa, y presupondremos que quienes lo integran se encuentran legalmente investidos del cargo.
- 62 (b) El concepto de competencia es sin duda el más importante y el más difícil de definir de los tres requisitos. De un modo muy genérico, podemos decir que por “competencia” se entiende el alcance de las atribuciones conferidas a un determinado órgano. El discurso jurídico manifiesta este sentido del término mediante las expresiones metafóricas “ámbito” o “esfera” de competencia, queriendo con ello dar la imagen de un espacio dentro del cual el órgano actúa válidamente. La forma usual de concretar o delimitar las competencias normativas es mediante el concepto de “materia de regulación”, es decir, refiriéndose a una determinada clase o categoría de acciones o actividades humanas, cuya regulación constituye el objeto de la potestad normativa atribuida a un determinado órgano. Así por ejemplo, en Chile el Banco Central es el órgano estatal facultado para dictar normas sobre cambios internacionales, esta última es una “materia de regulación” de su “competencia”.
- 63 La delimitación de la competencia de un determinado órgano es por lo general el resultado de considerar las reglas que la confieren o reconocen. Éste es el *criterio positivo* de competencia. Pero la competencia de un órgano cualquiera puede también ser

³⁰ Art. 7° inciso primero C.Pol. El Art. 8° C.Pol. introducido por la Ley 20.050, establece como regla general la publicidad de los actos de los órganos del Estado.

delimitada por aquellas reglas que eventualmente establezcan competencias exclusivas en favor de otros órganos. Éste es el *criterio negativo* de competencia.

64 (c) La forma legal de actuación del órgano del Estado corresponde por lo general a un procedimiento preestablecido, que permite identificar a la norma jurídica válida como su resultado. Los procedimientos previstos por el sistema jurídico chileno son muchos y muy variados; su estructura y su mayor o menor grado de complejidad depende de la naturaleza de la discusión y acuerdo o resolución que dan origen a la norma en cuestión, así como de la importancia de ésta para el ordenamiento jurídico.

65 Atendiendo a los órganos competentes, al ámbito de competencia y al procedimiento preestablecido para el ejercicio de la potestad normativa, es posible distinguir en el sistema jurídico chileno cinco grandes categorías de potestades normativas -la constituyente, la legislativa, la administrativa y las potestades *sui generis* o de ejercicio autónomo- a las cuales se agrega la potestad jurisdiccional, de dudosa condición como potestad normativa. El siguiente cuadro ofrece una sinopsis de las potestades normativas públicas en el ordenamiento jurídico chileno, exponiendo cuáles son los órganos que las ejercen y qué denominación reciben los textos autoritativos que consagran las normas jurídicas creadas en virtud del ejercicio de dicha potestad.

POTESTADES	ÓRGANOS	TEXTOS AUTORITATIVOS
Constituyente	Cámara de Diputados y Senado Congreso Pleno Presidente de la República	Constitución Leyes de Reforma Constitucional
Legislativa	Cámara de Diputados y Senado Presidente de la República	Leyes
	Presidente de la República	Decretos con Fuerza de Ley
	Presidente de la República Congreso Nacional	Tratados Internacionales ³¹ (*)
Normativa Administrativa	Presidente de la República	Decretos Supremos, Reglamentos
	Demás órganos de la Administración Pública	Decretos, instrucciones, circulares.
Otras potestades normativas de órganos autónomos del Estado.	Banco Central	Acuerdos
	Consejo Nacional de Televisión	Acuerdos
	Municipalidades	Ordenanzas, reglamentos.
	Órganos Autónomos	Reglamentos Internos
	Tribunales Superiores de Justicia	Autos Acordados
Potestad Jurisdiccional	Tribunales de Justicia	Resoluciones (Precedentes)

³¹ Las normas de tratados internacionales que consagran derechos fundamentales son consideradas por una opinión significativa de autores chilenos como normas con rango al menos igual que el de las normas constitucionales. Esto implica considerar su establecimiento como una forma especialísima de ejercicio de la potestad constituyente.

b. La creación de reglas jurídicas por parte de los individuos

- 66 Como ya se ha dicho, en tanto individuos, es decir, en su condición privada y en su vida cotidiana, las personas gozan también de facultades normativas, requiriendo siempre las normas así creadas el asentimiento de su destinatario para que lo obliguen (*supra*, núms. 47-53).
- 67 Pero no sólo cada individuo en particular goza de tal facultad, sino también las asociaciones de individuos, en la medida en que éstas se organicen de tal modo que tengan una existencia independiente de los miembros que la componen. A las asociaciones de este tipo se las denomina “personas jurídicas”, por oposición a las “personas naturales”, que es la denominación aplicable a los individuos mismos.
- 68 Además de las facultades normativas semejantes a las que gozan las personas naturales, las personas jurídicas gozan de una facultad normativa muy especial, consistente en la posibilidad de establecer normas que son obligatorias para los miembros de la asociación sin necesidad de que éstos las acepten en cada caso particular³².
- 69 El acto de establecimiento de normas por parte de personas naturales o jurídicas se denomina “acto jurídico”, el cual se define en general como una declaración de voluntad efectuada con la intención de generar o extinguir derechos y obligaciones. Los conceptos y categorías con que opera la rama de la ciencia del derecho encargada del análisis de los actos jurídicos -el “derecho privado” (básicamente, “derecho civil” y “derecho comercial”) proceden de la teoría del derecho natural moderno y en gran medida se remontan incluso hasta a la jurisprudencia romana. Por esta razón no es fácil relacionarlos con los conceptos y categorías de la teoría general del derecho de orientación analítica. Así por ejemplo, el concepto de “norma” -que es central en el análisis de la potestad normativa de los órganos del Estado- no desempeña como tal un papel preponderante en el análisis tradicional de las facultades normativas de los individuos. La ciencia del derecho privado se refiere por una parte al acto generador de la norma -actos jurídicos, contratos, convenciones- y por la otra parte el efecto de esa norma desde la perspectiva de sus destinatarios -obligaciones, derechos-.

³² Es cierto que nadie puede ser obligado a pertenecer o a permanecer en una asociación; en este sentido mínimo, también las normas creadas por personas jurídicas requieren el consentimiento de sus destinatarios para ser obligatorias. Pero la pertenencia a una asociación conlleva la obligación de someterse a todas las normas que han sido establecidas por los órganos de esa asociación, sin que para cada caso de establecimiento de normas sea necesario el asentimiento de cada asociado.

70 Con todo, es posible elaborar un esquema de análisis semejante al utilizado respecto de las potestades normativas de los órganos del Estado (*supra*, núms. 59 y ss). Los aspectos esenciales de las facultades normativas de los individuos se encuentran recogidos en la siguiente oración, que constituye otro principio básico de sistema jurídico chileno:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita”³³.

71 Notablemente, este principio no se refiere a los requisitos de validez para que el acto de un individuo obligue *a otro*, sino a los requisitos de validez del acto por el cual un individuo se obliga *para con* otro. El primer requisito, la capacidad legal, es el equivalente a la detentación del cargo público, ya que se refiere al sujeto que goza de la atribución. Los requisitos tercero y cuarto corresponden -en un plano diverso, caracterizado por el principio de la autonomía de la voluntad (*infra*, núm 73)- al requisito de la competencia de los órganos del Estado. El requisito segundo, a su vez, se refiere a la manifestación del acto de la voluntad, correspondiendo al requisito procedimental de los actos estatales.

72 Por “capacidad legal” se entiende la condición que habilita a una persona para adquirir derechos o contraer obligaciones, distinguiéndose, según una u otra consecuencia, entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Por regla general, toda persona natural es legalmente capaz; las incapacidades constituyen excepciones.

73 Por regla general, las personas naturales son competentes para efectuar toda clase de actos jurídicos. El principio que rige las atribuciones normativas de los individuos no es el de la necesidad de una autorización positiva expresa por el sistema jurídico, sino el de ausencia de prohibición: los individuos gozan de libertad para determinar las normas que han de regir sus relaciones recíprocas (principio de la autonomía de la voluntad)³⁴. No obstante, los actos jurídicos estos deben tener siempre un “objeto”, es decir, la creación de una o más obligaciones de dar, hacer o no hacer (y sus derechos correlativos), y una “causa real”, es decir, un motivo efectivo que induzca a la celebración del acto jurídico. Tanto el objeto como la causa deben ser lícitos, lo cual en definitiva significa que no son válidos los actos jurídicos prohibidos por la ley.

³³ Art. 1445 CC.

³⁴ Tratándose de personas jurídicas, su competencia normativa se encuentra por lo general determinada por los estatutos de la misma, y excepcionalmente por normas establecidas por el Estado (leyes o reglamentos).

74 Como principio general, la celebración de actos jurídicos por parte de personas naturales o jurídicas no se encuentra sujeta a procedimientos preestablecidos, sino que basta la manifestación -expresa o tácita- del consentimiento en obligarse (principio del consensualismo). No obstante, la exigencia del cumplimiento de ciertas formalidades ha constituido una tendencia sostenida del derecho chileno, persiguiendo tales exigencias diferentes finalidades, como preconstituir medios de prueba o dar publicidad al acto. En todo caso, la validez del acto supone como mínimo que se haya asentido al mismo -"consentimiento"-, y que tal asentimiento no haya sido dado en circunstancias que afecten el carácter vinculante de la declaración de voluntad -"vicios del consentimiento": error, fuerza y dolo-.

c. La creación de reglas jurídicas por la comunidad

75 La costumbre constituye un modo de generación de normas jurídicas completamente diverso al que caracteriza la generación de normas jurídicas por el Estado o por los individuos. Una norma consuetudinaria no se "establece" ni se "deroga" mediante un acto de voluntad individual o colectivo, y por lo mismo no es posible precisar el lugar ni el tiempo del inicio o el fin de su existencia. En otras palabras, el cambio de las normas consuetudinarias es espontáneo, no deliberado. Por esta razón, no puede hablarse en rigor de una "potestad" o "facultad" normativa de la colectividad, ya que no se trata de una atribución que sea ejercida por un sujeto determinado de una forma determinada. Dicho con propiedad, el sistema jurídico se limita a reconocer la validez de ciertas reglas surgidas espontáneamente, cuando su existencia puede ser posteriormente probada atendiendo al hecho social de su seguimiento reiterado por parte de los miembros de la comunidad.

76 Estas características diametralmente opuestas del derecho convencional y el derecho consuetudinario hacen que el predominio del primero se traduzca en un desplazamiento de la importancia del segundo como modo de creación de normas jurídicas. La hegemonía del derecho convencional es un rasgo característico del sistema jurídico chileno, al menos desde mediados del siglo pasado.

d. Marco de regulación de las potestades y facultades normativas.

- 77 El estudio de los modos de creación de normas jurídicas por parte del Estado, de los individuos y de la colectividad consiste en el análisis del marco de regulación de las distintas acciones o actividades humanas que intervienen en dicha creación de normas. Este marco de regulación, o conjunto de las principales reglas secundarias del sistema jurídico chileno (*supra*, núm. 19), no se encuentra consagrado en un sólo texto autoritativo, sino en diversos cuerpos normativos.
- 78 Las reglas fundamentales relativas a las principales potestades públicas se encuentran en la Constitución. En materia de competencia de los distintos órganos estatales, estas reglas constitucionales son complementadas por reglas consagradas en leyes especiales que regulan la organización y funcionamiento de dichos órganos. Tales son los Códigos Orgánico de Tribunales (1875/1943), de Procedimiento Civil (1903) y Procesal Penal (2000), la Ley 18.838 (Consejo Nacional de Televisión) y las LOC 17.997 (Tribunal Constitucional), 18.460 (Tribunal Calificador de Elecciones), 18.575 (Bases Generales de la Administración del Estado), 18.840 (Banco Central), 18.695 (Municipalidades), 18.918 (Congreso Nacional) y 19.880 (Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado).
- 79 Las reglas secundarias fundamentales relativas a las facultades normativas de las personas se encuentran en los dos principales cuerpos normativos del derecho privado chileno, el Código Civil (1857) y el Código de Comercio (1867).
- 80 El Código Civil contempla además en su Título Preliminar diversas reglas relativas a la definición, obligatoriedad, efectos e interpretación de la ley, así como a sus relaciones con las normas consuetudinarias y a los efectos de las resoluciones judiciales. Esta fue la regulación de las fuentes del derecho chileno introducida por la codificación del Siglo XIX, que consagró la primacía del derecho legislado sobre el derecho consuetudinario y el derecho jurisprudencial.

§ 2. LA POTESTAD CONSTITUYENTE.

1. Introducción.

a. El concepto de Constitución.

- 1 Desde fines del siglo XVIII es usual en el discurso jurídico occidental llamar a las normas más importantes de un determinado ordenamiento jurídico la constitución de ese ordenamiento.
- 2 En un sentido material, se entiende por “constitución” el conjunto de normas fundamentales que regulan la configuración y los modos actuación del Estado, así como los derechos fundamentales de los individuos, incluyendo su participación en la actuación del Estado.
- 3 En la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales estas normas son además reconocibles por encontrarse explícitamente consagradas en un determinado texto autoritativo. Éste es el concepto formal de constitución, que corresponde al uso corriente del término entre nosotros, y en virtud del cual se entiende que todas las disposiciones comprendidas en dicho texto autoritativo tienen el carácter de ley fundamental del ordenamiento jurídico.
- 4 Con posterioridad a la segunda guerra mundial se ha impuesto en los sistemas jurídicos occidentales la concepción de la constitución como norma jurídica suprema del ordenamiento. Conforme a esta concepción, las disposiciones constitucionales no son declaraciones políticas, ni reglas vinculantes únicamente para la Policía o la Administración, sino normas obligatorias incluso para el Legislador. La efectividad de esta supremacía jerárquica de la constitución descansa por lo general en la existencia de un sistema de control judicial de la constitucionalidad de los actos del Estado. En el ordenamiento jurídico chileno existe un sistema complejo de control de constitucionalidad, en el que intervienen al menos cuatro órganos estatales: el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y la Contraloría General de la República¹. En lo que sigue sólo estudiaremos el modo de creación de las normas que integran la Constitución.

b. El concepto de potestad constituyente.

- 5 Por “potestad constituyente” se entiende la atribución de establecer normas constitucionales, es decir, normas jurídicas detentadoras del máximo rango jerárquico dentro del sistema jurídico estatal (es decir, nacional o interno, por oposición al sistema jurídico internacional).

¹ La LRF 20.050 simplificó en algo el sistema chileno de control de constitucionalidad al transferir al Tribunal Constitucional parte del control ejercido por la Corte Suprema, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

- 6 Detrás de definición aparentemente tan simple se encuentra un intrincado problema teórico. Si la atribución de establecer normas constitucionales es una auténtica potestad, entonces ella se encuentra a su vez regulada por otras normas. Estas últimas tienen que ser necesariamente normas constitucionales, es decir, normas establecidas en virtud del ejercicio de la potestad constituyente. Pero esto nos remite a su vez a normas constitucionales preestablecidas, y así indefinidamente.
- 7 La solución tradicional de la teoría política para este problema consiste en distinguir entre la *potestad constituyente* en sentido estricto o propio, también denominada *potestad constituyente originaria*, y las *potestades constituidas*, dentro de las cuales estaría la potestad de modificar la Constitución, o potestad constituyente en sentido impropio, también denominada *potestad constituyente derivada*. La diferencia estaría en que la potestad de reformar la Constitución es una potestad constituida, una atribución conferida por reglas y cuyo ejercicio también está reglamentado, de modo que se puede retrotraer hasta la primera Constitución histórica; en cambio, la potestad constituyente sería un poder normativo no sujeto a reglas preestablecidas, ya que es en virtud de su ejercicio que se establece la primera Constitución histórica: por eso sería una “potestad originaria”. Según las teorías surgidas durante la revolución francesa, esta potestad constituyente originaria correspondería al pueblo, o a la nación, o a la asamblea de sus representantes.
- 8 Esta teoría de la potestad constituyente popular o nacional es la respuesta de la teoría política democrática al problema del fundamento último de validez del Derecho. Pero es una respuesta analíticamente insatisfactoria, porque pretendiendo usar un mismo concepto -el de potestad-, en rigor usa dos conceptos diversos. Solamente lo que esta teoría denomina “potestades constituidas” son potestades normativas en sentido estricto. La así denominada “potestad constituyente” no es una potestad en el mismo sentido del término, pues no es posible indicar regla jurídica positiva que valide su ejercicio. La teoría de la potestad constituyente popular es una *justificación política* de la revolución democrática. La tesis que un pueblo tiene la atribución de constituir su Estado es un principio de legitimidad, no un criterio procedimental de validez².
- 9 En consecuencia, para efectos de estos materiales de estudio, por “potestad constituyente” entenderemos la potestad -constituida- de modificar la Constitución, o, en su caso, de establecer nuevas normas constitucionales.

c. Derecho constitucional chileno.

- 10 El establecimiento de una Constitución fue un objetivo primordial de los gobiernos chilenos desde 1810. El primer texto autoritativo susceptible de ser calificado como Constitución conforme a las categorías del iusnaturalismo racionalista es el Reglamento Constitucional

² En un sentido similar, Otto-DC, p. 53 y ss.

Provisorio de 1812, que constaba de 27 artículos mediante los cuales pretendía definir el ejercicio de la “voluntad general” y garantizar algunos derechos de las personas. Finalizada la guerra de la independencia, las Constituciones dictadas por O’Higgins en 1818 y 1822 retomaron el propósito normativo de su antecesor, aunque con escaso efecto en el tiempo. Durante el período de ensayos constitucionales que sucede a la abdicación de O’Higgins surgen la Constitución de 1822, las leyes federales de 1826 y la Constitución de 1828. Esta última puede ser considerada con justicia el primer antecedente directo de la posterior tradición constitucional chilena, que se basa en la considerable estabilidad de dos textos constitucionales, la Constitución de 1833, que rigió durante el Siglo XIX, y la Constitución de 1925, que rigió íntegramente hasta 1973 y fragmentariamente hasta 1981.

11 La vigencia de la Constitución de 1925 sufrió una radical alteración en 1973. El 11 de Septiembre de ese año, las Fuerzas Armadas declararon “asumir el deber moral (...) de destituir al gobierno..., asumiendo el Poder” (Bando N° 5). Para estos efectos, se “constituyeron en Junta de Gobierno” y “asumieron el Mando Supremo de la Nación”, garantizando la “plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial” y reconociendo la obligatoriedad de la Constitución de 1925 y las leyes vigentes “en la medida en que la (...) situación del país lo permita” (DL 1, D.O. de 11.09.73). Más tarde, el 16 de Noviembre de 1973, se precisó que el concepto de “Mando Supremo” correspondía “al ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”, declarándose expresamente la autonomía del Poder Judicial (DL 128). Posteriormente se distinguió entre el ejercicio de los Poderes Constituyente y Legislativo a través de Decretos Leyes, radicado en la Junta, y el ejercicio del Poder Ejecutivo, conferido al Presidente de la Junta, con el título de “Presidente de la República de Chile” (DL 527, D.O. de 26.06.1974). Por último, se distinguió procedimentalmente el ejercicio del Poder Constituyente del ejercicio del Poder Legislativo, mediante la exigencia de una declaración expresa de hacerse ejercicio del primero en el respectivo Decreto Ley (DL 788, D.O. de 04.12.1974). Los principales Decretos Leyes dictados por la Junta de Gobierno en ejercicio del Poder Constituyente fueron las denominadas “Actas Constitucionales”, promulgadas y publicadas en 1976, mediante las cuales se reguló el Consejo de Estado (Acta N° 1: DL 1319), las bases esenciales de la institucionalidad chilena (Acta N° 2: DL 1551), los derechos y deberes constitucionales (Acta N° 3: DL 1552) y los regímenes de emergencia (Acta N° 4: DL 1553).

12 Pese a las radicales modificaciones sufridas por sus disposiciones principales, la Constitución de 1925 siguió formalmente vigente por más de siete años bajo el régimen de la Junta de Gobierno, ya que no fue derogada íntegramente sino hasta 1980, con ocasión de la promulgación, publicación y entrada en vigencia de la Constitución de ese año. Este texto autoritativo fue “sancionado” por el DL 3.464, pero no entró con ello en vigencia, a pesar de lo preceptuado por las reglas constitucionales vigentes a esa época (DL 1, 128 y 527: *supra*, núm. 11), sino que su “aprobación por la ciudadanía” fue sometida a plebiscito. Aprobado el texto en cuestión, fue promulgado como “Constitución Política de la República de Chile” por el Decreto

Supremo N° 1.150, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial el 24 de Octubre de 1980.

- 13 La Constitución de 1980 preveía dos clases de disposiciones, las permanentes y las transitorias. Estas últimas y parte de las primeras conformaron la Constitución de Chile entre 1981 y 1990. Durante este período, la potestad constituyente correspondió a la Junta de Gobierno, -sujetándose su ejercicio siempre a la aprobación plebiscitaria (Disposición Transitoria Decimoctava, literal A C.Pol.). Mediante este procedimiento se introdujo una importante reforma de la Constitución en 1989 (LRC 18.825). Desde el 11 de Marzo de 1990, rige el articulado permanente de la Constitución, sin excepciones, habiendo perdido su vigencia la gran mayoría de las disposiciones transitorias. Desde esa fecha, la Constitución ha sido reformada en dieciséis oportunidades, mediante las leyes de reforma constitucional 19.055 (de 1° de Abril de 1991), 19.097 (de 12 de Noviembre de 1991), 19.295 (de 4 de Marzo de 1994), 19.448 (de 20 de Febrero de 1996), 19.519 (de 16 de Septiembre de 1997), 19.526 (de 17 de Noviembre de 1997), 19.541 (de 22 de Diciembre de 1997), 19.597 (de 14 de Enero de 1999), 19.611 (de 16 de Junio de 1999), 19.634 (de 2 de Octubre de 1999), 19.643 (de 5 de Noviembre de 1999), 19.671 (de 29 de Abril de 2000), 19.672 (de 28 de Abril de 2000) y 19.742 (de 25 de Septiembre de 2001), 19.876 (de 22 de Mayo de 2003) y 20.050 (de 26 de Agosto de 2005)³.

2. Marco regulatorio del ejercicio de la potestad constituyente.

- 14 Las reglas fundamentales sobre el ejercicio de la potestad constituyente se encuentran en la propia Constitución: el Capítulo XIV -el último- de la Constitución contiene las reglas sobre “Reforma de la Constitución” (Arts. 127 a 129).
- 15 El Art. 127 inciso tercero C.Pol. se remite a las reglas del procedimiento establecido por la Constitución para la formación de las leyes como regulación supletoria, es decir, aplicable en todas aquellas materias no previstas por las reglas del Capítulo XIV⁴.
- 16 Por su parte, el Art. 128 inciso final C.Pol. se remite a la LOC del Congreso Nacional (18.918) para la regulación de los aspectos relativos a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación ante el Congreso.

³ El Art. 2° LRC 20.050 facultó al Presidente de la República para fijar, mediante un decreto supremo, el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución, incluyendo las reformas introducidas por el Art. 1° de esa misma ley. El Decreto Supremo N° 100, de 17 de Septiembre de 2005, publicado en el Diario Oficial del 22 de Septiembre de 2005, fijó dicho texto, alterando la numeración del articulado vigente desde 1980. En estos materiales se sigue esta nueva numeración.

⁴ La remisión a las normas sobre formación de la ley fue introducida por la LRC 20.050, volviendo con ello a la tradición constitucional chilena (Art. 103 C.Pol. 1925). La pretensión originaria de la Constitución de 1980 fue configurar un procedimiento de reforma constitucional enteramente diferenciado del procedimiento de formación de la ley. Esta situación perduró hasta 2005, pese a que en la práctica se apelaba a las reglas sobre formación de la ley como regulación común y supletoria.

- 17 Finalmente, el funcionamiento interno de las Cámaras es regulado por el Reglamento de cada Cámara, establecido por ellas en virtud de la potestad otorgada por la propia LOC 18.918 (Art. 4º) y reconocida por la Constitución (Art. 53 inciso segundo).

3. Órganos competentes.

- 18 Los órganos del Estado llamados a intervenir en el procedimiento de reforma de la Constitución son los mismos órganos que intervienen en el procedimiento de formación de la ley, esto es, la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República (Arts. 127 y ss. C.Pol.)⁵.
- 19 Eventualmente, puede darse el caso que la ciudadanía⁶ intervenga directamente en el procedimiento de reforma de la Constitución, manifestando su voluntad a través de un plebiscito convocado por el Presidente de la República (Arts. 128, 129 C.Pol.). Esta es una diferencia central respecto del procedimiento de formación de la ley: el plebiscito sólo se encuentra contemplado por la Constitución tratándose de las leyes de reforma constitucional.

4. Ámbito de competencia.

- 20 A diferencia de todas las demás potestades normativas del Estado, la potestad constituyente no recibe de su marco regulatorio una determinación de su ámbito de competencia. El Art. 127 C.Pol. simplemente se refiere a los “proyectos de reforma de la Constitución” como los actos sometidos al procedimiento especial regulado en el Capítulo XIV de la Constitución.
- 21 No obstante, es evidente que por “reforma” cabe entender al menos la modificación y la abrogación (derogación expresa) de las normas constitucionales actualmente vigentes. Por lo mismo, parece fuera de duda que también la creación de nuevas normas constitucionales sólo puede ser efectuada válidamente en ejercicio de la potestad constituyente. Puesto que hoy en día todas las normas constitucionales pertenecen a un mismo texto autoritativo –“la Constitución Política de la República de Chile”-, desde un punto de vista pragmático, lo anterior significa que cualquier alteración de este texto debe efectuarse mediante el ejercicio de la potestad constituyente. Éste es el ámbito de competencia necesario de la potestad constituyente.
- 22 Una primera duda consiste en si todas las normas constitucionales actualmente vigentes son válidamente modificables, o si por el contrario, existirían normas cuya modificación o

⁵ Hasta la LRC 20.050, además de intervenir cada Cámara por separado, intervenía el Congreso Pleno, es decir, diputados y senadores actuando conjuntamente, para ratificar solemnemente lo acordado por las Cámaras.

⁶ Por “ciudadanía” se entiende el conjunto de personas que gozan de la calidad de “ciudadano”, que otorga entre otros derechos el de sufragio (Art. 13 C.Pol.). Cabe señalar que puede haber ciudadanos no habilitados para ejercer el derecho de sufragio (Art. 16 C.Pol.), así como personas que gozan del derecho de sufragio sin ser ciudadanos (Art. 14 C.Pol.). Para efectos de estos apuntes, por “ciudadanía” entenderemos, en un sentido algo impropio, todos los habitantes del territorio chileno que gozan del derecho de sufragio.

derogación se encuentra fuera del ámbito de competencia de cualquier potestad normativa del Estado. Por su importancia, esta interesante interrogante será abordada en última sección de este párrafo (*infra*, núms. 41 y ss.).

- 23 Otra cuestión es si es posible establecer válidamente normas constitucionales sin introducirlas como disposiciones en el texto de la Constitución, por ejemplo, mediante la dictación de “Actas” o “Estatutos” constitucionales especiales. La respuesta afirmativa no es problemática. Que el concepto material de constitución coincida actualmente con el concepto formal de constitución es una cuestión puramente pragmática. La Constitución chilena bien podría estar conformada en el futuro por las normas correspondientes a las disposiciones consignadas en el texto denominado “Constitución Política de la República de Chile” y en otros textos autoritativos.
- 24 Además de los problemas anteriores cabe mencionar la cuestión de si los órganos que detentan la potestad constituyente puede alterar el carácter de “norma constitucional” de algunas de las normas de la Constitución, es decir, de reducir el ámbito de competencia necesario de la potestad constituyente⁷. En principio, la respuesta es también la afirmativa. La “desconstitucionalización” de una norma puede hacerse derogando la(s) disposición(es) constitucional(es) respectiva(s) y estableciéndola(s) posteriormente con carácter simplemente legal. Con todo, lo señalado *supra*, núm. 22, puede constituir un límite al ámbito normativo válidamente susceptible de perder su rango constitucional.
- 25 Más problemática resulta la pregunta de si y hasta dónde, puede el Estado aumentar el ámbito de las normas constitucionales incorporando a la Constitución reglas que tienen o han tenido tradicionalmente el carácter de normas simplemente legales o administrativas⁸. En principio, la extensión del ámbito de competencia de la potestad constituyente no tiene límites: cualquier regla es en principio susceptible de ser consagrada como disposición constitucional. Sin embargo, una extensión inusual del campo de las normas constitucionales -por ejemplo, declarando de rango constitucional todas las reglas relativas a procedimientos judiciales o a la celebración de contratos, o a la sanción de delitos- podría ser considerada como violatoria del principio democrático, consagrado en el Art. 4º C.Pol. Puesto que aquí tendríamos un conflicto entre un principio constitucional elemental y una reforma constitucional, la pregunta por los límites al ámbito de competencia de la potestad constituyente se remite a la pregunta por la inmodificabilidad de alguno(s) de sus preceptos: si el alcance del principio democrático no

⁷ Por ejemplo, hoy en día las reglas que confieren existencia y autonomía al Banco Central, así como ciertas reglas que establecen ciertas restricciones a su actividad, tienen la calidad de reglas constitucionales (Arts. 108, 109 C.Pol.). El Congreso y el Presidente de la República podrían, sin embargo, decidir que estas reglas sólo deberían tener carácter simplemente legal.

⁸ Esta es una pregunta que en términos prácticos por lo general no resulta urgente en una democracia. Puesto que en un régimen democrático ningún partido político o grupo de personas tiene indefinidamente garantizada la mayoría necesaria para reformar la Constitución, el crecimiento de ésta en el presente puede restringir el ámbito de acción del partido mayoritario en el futuro. Pero por lo mismo, la pregunta puede resultar crucial en una coyuntura determinada, a saber, cuando el partido o grupo que en un tiempo presente dispone de la mayoría necesaria para ejercer la potestad constituyente, visualiza una derrota cierta en el futuro cercano, y decide aumentar su cuota de poder como minoría (*infra*, núm. 31) mediante el incremento de materias reguladas por normas constitucionales.

puede ser alterado válidamente en ejercicio de la potestad constituyente, entonces la ampliación del contenido de la Constitución encuentra en este principio su límite.

5. Procedimiento.

- 26 El ejercicio de la potestad constituyente se realiza conforme a reglas que establecen un procedimiento cuya estructura está inspirada en el procedimiento establecido para el ejercicio de la potestad legislativa, aunque estableciendo ciertos requisitos especiales⁹.
- 27 La iniciativa corresponde tanto al Presidente de la República como a cualquier diputado o senador, con las limitaciones generales establecidas en el Art. 65 C.Pol. en razón del número de patrocinantes de la moción, y de iniciativa exclusiva presidencial (Art. 127 inciso primero C.Pol.).
- 28 Las reglas generales sobre origen de la moción o mensaje son aplicables sin excepciones a la iniciación de un proyecto de reforma constitucional (Art. 127 inciso primero C.Pol.; Art. 12 LOC 18.918).
- 29 El proyecto de reforma constitucional debe ser presentado separadamente de cualquier proyecto de ley. En caso contrario, será declarado inadmisibles (Art. 15 LOC 18.918).
- 30 La aprobación de un proyecto de reforma de la Constitución requiere, tal como la aprobación de un proyecto de ley, el voto conforme tanto de la Cámara de origen como de la Cámara revisora. Sin embargo, tratándose de la aprobación de leyes de reforma constitucional se requiere satisfacer un quórum más exigentes (Art. 127 inciso segundo C.Pol.):
- a) si la reforma recae en los Capítulos I (Bases de la institucionalidad), III (Derechos y deberes constitucionales), VII (Tribunal Constitucional), X (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública), XI (Consejo de Seguridad Nacional), o XIV (Reforma de la Constitución), necesitará en cada Cámara la aprobación por el voto conforme de las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio;
 - b) las demás reformas constitucionales deben ser aprobadas por el voto conforme de las tres quintas partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara.
- 31 La exigencia de un quórum superior a la mayoría de los representantes del pueblo en el Congreso representa un arreglo institucional contramayoritario, y en tal carácter se encuentra en tensión con el principio de la mayoría (Art. 4º C.Po.l). Un arreglo contramayoritario privilegia la posición de la minoría, otorgándole un poder de control de la decisión política que no puede legitimarse conforme al principio democrático.

⁹ Atendiendo a la comparación entre el procedimiento de reforma constitucional y el procedimiento legislativo, se clasifica a las Constituciones en “flexibles”, si ambos procedimientos establecen los mismos requisitos, o “rígidas”, si el primero es más difícil de satisfacer que el primero. Por regla general, en los sistemas jurídicos continentales el procedimiento de reforma constitucional es más estricto que el procedimiento legislativo general (a respecto, *vid.* Otto-DC, p. 59 y ss.). En el caso chileno, la rigidez de la Constitución se manifiesta en una orientación fuertemente antidemocrática (*infra*, núms. 31 ss.).

- 32 La justificación para los arreglos contramayoritarios se encuentra en la idea de que una democracia constitucional combina el principio de la mayoría –que consagra institucionalmente el ideal político de la autonomía colectiva- con el principio del respeto a los derechos fundamentales –que consagra institucionalmente el ideal político de la libertad individual-¹⁰. Dado que los derechos fundamentales se encuentran definidos y garantizados por las normas constitucionales, la exigencia de un quórum superior a la mayoría para la reforma de esas normas sirve también de garantía a esos derechos.
- 33 Sin embargo, como se ha visto Constitución establece sin embargo exigencias contramayoritarias para la reforma de cualquier disposición constitucional y exigencias contramayoritarias reforzadas para la reforma de cuestiones tan alejadas de los derechos fundamentales como la organización de las Fuerzas Armadas. Como se verá más adelante, esta predilección de la Constitución chilena por las exigencias contramayoritarias se extiende incluso a la aprobación de ciertas leyes.
- 34 Ninguna de estas exigencias contramayoritarias tiene la justificación de justicia política que brinda el ideal de la democracia constitucional, es decir, de una democracia limitada por el respeto a los derechos fundamentales. En estos derechos se encuentra la protección de las minorías políticas. Pero de esa protección no se deduce una justificación para privilegiar a la minoría, otorgándole un derecho de control sobre la decisión política de la mayoría. La razón usualmente invocada para justificar los arreglos contramayoritarios es la finalidad de garantizar una mayor estabilidad de las normas constitucionales. Esta razón necesita sin embargo validarse frente al principio de la democracia. En efecto, ¿por qué habría de ser deseable en una república democrática la “estabilidad” de normas que la mayoría rechaza?
- 35 La idea de que ciertas instituciones requieren ser respaldadas por una suerte de “voluntad supramayoritaria” o “voluntad nacional” no representa la aspiración una realización superior del principio de la democracia, sino que implica la violación de ese principio. En el caso de la Constitución de 1980, la razón de ello se encuentra en la abierta desconfianza que sus diseñadores tenían de la política democrática¹¹.
- 36 Una vez aprobado el proyecto de reforma por ambas Cámaras, es enviado al Presidente de la República, quien puede rechazarlo totalmente, observarlo parcialmente o aprobarlo (Art. 128 C.Pol.)¹².

¹⁰ Acerca de la tensión entre los principios democrático y liberal, véase Jürgen Habermas, John Rawls, *Debate sobre liberalismo político*. Barcelona, Paidós, 1998.

¹¹ La Constitución de 1925 simplemente exigía mayoría absoluta de los diputados y senadores al ejercicio. En su texto original, la Constitución de 1980 establecía como regla general el quórum de tres quintos, pero consagraba en su Art. 118 otras reglas adicionales para la aprobación de diversas materias, que hacían sumamente difícil su reforma. La reforma de la Constitución de 1980 introducida por la LRC 18.825 derogó las reglas especiales del Art. 118, pero introdujo como contrapartida un quórum aún más alto para la aprobación de las reformas a algunas de las materias especiales previstas por dicho artículo. A partir de entonces, el diseño institucional producto de la desconfianza hacia la política democrática no sólo ha sido validado en el período 1991-2006, sino que se lo ha profundizado. La denominación que se ha dado a la política subordinada a un procedimiento contramayoritario es el de “democracia de los acuerdos”.

¹² Conforme a las Constituciones de 1833 (Art. 157) y 1925 (Art. 109), el Presidente de la República sólo podía formular vetos parciales, es decir, observaciones para modificar o adicionar el proyecto aprobado por el Congreso: es decir, no se

- 37 El proyecto rechazado por el Presidente es enviado al Congreso, para permitir a cada Cámara la aprobación del voto de insistencia, sujetándose su tramitación a reglas diversas, según si el rechazo presidencial fue total o parcial (Art. 128 incisos segundo y tercero C.Pol., Arts. 33 inciso segundo, 34 y 35 LOC 18.918). En caso de rechazo parcial, antes de votarse la insistencia, se vota la aprobación o rechazo, y en este último caso se vota la insistencia.
- 38 El voto de insistencia requiere la conformidad de las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara (Art. 128 inciso cuarto C.Pol.). Si no se logra este quórum, no hay reforma constitucional en todo o en la parte en que existe discrepancia entre el Congreso y el Presidente. Lográndose dicho quórum, el Presidente queda obligado a promulgar el proyecto, salvo que decida convocar a plebiscito (Art. 128 inciso cuarto C.Pol.).
- 39 La convocatoria a plebiscito debe efectuarse dentro de treinta días a contar de la insistencia del Congreso. Transcurrido ese plazo sin que haya convocatoria, debe ser promulgado el proyecto aprobado por el Congreso. La convocatoria a plebiscito se ordena mediante decreto supremo, el cual debe fijar la fecha de la votación -no antes de treinta días ni después de sesenta días contados desde la publicación del decreto- y contener los textos sometidos a plebiscito (Art. 129 inciso primero C.Pol.).
- 40 Si se trata de la insistencia frente a un rechazo total del Presidente, el decreto debe contener el texto aprobado por el Congreso. Si se trata de la insistencia frente a observaciones parciales, el decreto debe contener cada una de las cuestiones insistidas por el Congreso, y someterlas separadamente a votación (Art. 129 inciso segundo C.Pol.).
- 41 Tratándose de la insistencia frente a vetos parciales del Presidente, se suscita la duda de si la ciudadanía debe optar entre el proyecto del Congreso y el proyecto del Presidente, o si la cuestión sometida a consulta consiste simplemente en la aprobación o rechazo del proyecto del Congreso. La segunda alternativa es la correcta. La regla constitucional ordena publicar solamente “las cuestiones del proyecto en las que el Congreso haya insistido” (Art. 129 inciso segundo C.Pol.). El plebiscito no tiene por finalidad imponer la voluntad del Presidente sobre la del Congreso, sino solamente otorgar al Presidente una alternativa a la obligación de someterse a la decisión del Congreso. El resultado del plebiscito, ratificado por el Tribunal Calificador de Elecciones, determina el texto del proyecto de reforma constitucional, el cual debe ser promulgado por el Presidente dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del Tribunal Calificador (Art. 129 inciso tercero C.Pol.).
- 42 Las reglas de procedimiento consagradas en el Capítulo XIV de la Constitución, reseñadas en los párrafos anteriores (núms. 26 a 37) evidencian tres vacíos de importancia:
- a) La Constitución no regula las fases de promulgación, publicación y entrada en vigencia de las leyes de reforma constitucional;

encontraba autorizado para rechazar el proyecto de plano (veto total), como sí lo estaba en materia de ejercicio de la potestad legislativa. La Constitución de 1980 alteró esta regla, eliminando con ello el relativo predominio que de este modo se otorgaba al Congreso en el ejercicio de la potestad constituyente.

- b) La Constitución no establece un plazo dentro del cual el Presidente debe realizar la fase de la sanción de la ley de reforma constitucional, pronunciándose sobre su aprobación o veto;
- c) La Constitución no contempla reglas para resolver las discrepancias que puedan suscitarse entre ambas Cámaras, ni tampoco para el caso que la Cámara de origen deseche en su totalidad un proyecto de reforma constitucional presentado por mensaje del Presidente de la República.

43 La solución al primer y segundo problemas consiste en aplicar supletoriamente las reglas generales establecidas para la formación de la ley. Así lo dispone expresamente el inciso final del Art. 127 (*supra*, núm. 15).

44 Sin embargo, resulta problemática la aplicación supletoria de las reglas generales sobre solución de desacuerdos entre las Cámaras, propias del procedimiento de formación de la ley (Arts. 68, 70 y 71 C.Pol.). Su aplicación traería consigo dificultades insalvables derivadas de las diferencias de quórum exigidos por uno y otro procedimiento. En esta materia persiste una indesmentible incongruencia constitucional¹³.

6. El principio de la soberanía limitada.

45 El Art. 5° inciso segundo C.Pol. dispone lo siguiente:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

46 El precepto transcrito establece como regla básica del ordenamiento jurídico chileno el principio de la soberanía limitada. Conforme a este principio, la validez de los actos del Estado no depende únicamente de la satisfacción de requisitos procedimentales, sino también el respeto de lo que podría denominarse como “derechos humanos esenciales”. Las normas que reconocen estos derechos establecen en consecuencia, una prohibición de vulneración o afectación de los mismos que tiene por destinatario principal a todos los órganos del Estado.

47 Esta prohibición es considerada usualmente como un criterio negativo de delimitación del ámbito material de competencia de cualquier potestad pública subordinada a la Constitución. Cuán correcta sea esa consideración desde un punto de vista analítico, esa es una cuestión que excede el cometido de estos materiales. Basta aquí con consignar que el derecho público establece una diferencia entre la *afectación* de un derecho fundamental por un acto estatal y su *violación*, entendiendo por violación una afectación jurídicamente injustificable. La dogmática

¹³ La exigencia del Art. 127 inciso tercero C.Pol. –“debiendo respetarse siempre los quórums señalados en el inciso anterior”- no resuelve el problema. Esta regla puede ser aplicable al voto de insistencia de una Cámara, pero resulta inaplicable al voto de rechazo de esa insistencia por la otra Cámara. La única manera de satisfacer “siempre” los quórums de reforma constitucional es excluyendo la institución del voto de insistencia.

constitucional de los derechos fundamentales es en lo esencial una teoría normativa de la justificación de su afectación.

- 48 Lo dicho se refiere a las normas establecidas en ejercicio de potestades subordinadas a la Constitución. Pero, ¿implica el principio de la soberanía limitada también la existencia de límites a la potestad constituyente? La cuestión no se refiere a la admisibilidad conceptual de una soberanía limitada¹⁴, sino a la plausibilidad de su consagración institucional. Para esta interrogante existen varias respuestas posibles.
- 49 En una primera aproximación, la afirmativa parece evidente. Puesto que el concepto “soberanía” abarca también la potestad de establecer normas constitucionales, es obvio que si la soberanía reconoce ciertos límites, éstos también rigen para el ejercicio de la potestad constituyente.
- 50 Sin embargo, es evidente que el Art. 5° también es modificable conforme al procedimiento de reforma de la Constitución. Al exigir un quórum de 2/3 para la reforma del Capítulo I de la Constitución, el Art. 127 inciso segundo C.Pol. da a entender que la vigencia del principio de la limitación de la soberanía depende también en última instancia de la decisión del Congreso y el Presidente.
- 51 Desde la primera perspectiva es posible sostener, sin embargo, la existencia de una jerarquía dentro de la propia Constitución, implícita en el principio de la limitación de la soberanía. Conforme a esta perspectiva, el principio de la soberanía limitada no es una norma constitucional cualquiera, que pueda entrar en conflicto con otras decisiones adoptadas en ejercicio de la potestad constituyente, sino una condición de validez del ejercicio de toda potestad estatal. Toda decisión del Estado, bajo la vigencia del Art. 5° C.Pol., debe respetar los derechos humanos esenciales para ser válida.
- 52 Aun concediendo lo anterior, cabe observar, no obstante, que lo dispuesto en el Art. 5° C.Pol. no obsta a la derogación del precepto en cuestión. En la Constitución chilena no existen prohibiciones expresas de reforma, como lo hay, por ejemplo, en la Ley Fundamental alemana¹⁵. Luego, si el Congreso y el Presidente de la República, ejerciendo la potestad constituyente, pueden derogar el Art. 5°, el principio de la soberanía limitada no constituye, al menos en este sentido, un límite para la potestad constituyente.
- 53 En contra, se puede argumentar que la reforma de un precepto como el del Art. 5° C.Pol., que limita en esos términos cualquier forma de ejercicio del poder del Estado, si bien formalmente plausible, constituiría un ejercicio abusivo de la potestad constituyente, y el abuso de una potestad no puede considerarse un ejercicio válido de la misma. Por lo demás, para que

¹⁴ Si por “límite a la soberanía” se entiende una orden dictada por otro a un soberano, y por “soberano”, aquél que no obedece órdenes de otro, entonces el concepto de soberanía limitada es una contradicción en los términos. Pero no es contradictorio entender el límite a la soberanía como una definición institucional de la competencia de una potestad suprema en un sistema jurídico (*vid.* Hart, CD, p. 82 ss.).

¹⁵ El Art. 73 N° 3 de este texto constitucional declara inadmisibles la modificación de la distribución territorial de la Federación de Estados, el principio de cooperación de los Estados en la legislación, y los principios elementales de los derechos humanos (Art. 1) y del Estado de Derecho, incluido el derecho de resistencia (Art. 20).

una prohibición de reforma tuviera el efecto que exige la perspectiva contraria, ella tendría que ser autorreferente, es decir, tendría que incluirse a sí misma dentro del grupo de disposiciones inmodificables. Y esto ni siquiera lo hace la Ley Fundamental alemana¹⁶.

- 54 La institución de la soberanía limitada pareciera en definitiva, imposible de ser procedimentalmente garantizada. El que los sistemas de control constitucional sean eficaces implica que aún existen ciertos consensos básicos en la sociedad, de los cuales el más importante es el respeto de ciertos límites por parte de quienes ejercen las potestades soberanas. A la inversa, el que quienes ejercen esas potestades pretendan abiertamente sobrepasar dichos límites puede bien ser considerado como una prueba de la ruptura de los consensos sociales fundamentales. En tal caso, ninguna previsión jurídica podría ser por sí sola capaz de mantener o restablecer el orden social.
- 55 Coincidentemente con lo anterior, la Ley Fundamental alemana reconoce el derecho de resistencia del pueblo frente a un ejercicio del poder público que infrinja los límites constitucionales a la soberanía (Art. 20). Pero es evidente que semejante “derecho” no requiere validación jurídico-positiva ni es susceptible de ser invocado procedimentalmente: llegado al punto de su ejercicio, ya no rige de facto la Ley Fundamental, sino que se está ante una situación de rebelión o guerra civil.
- 56 Lo dicho anteriormente se refiere sólo a la validez del principio de la soberanía limitada como restricción normativa al ejercicio de la potestad constituyente realizado de modo tal que deliberadamente pretenda desconocer dicho principio. Distinta es la cuestión del posible valor del principio de la soberanía limitada como estándar argumentativo para el control del ejercicio de la potestad constituyente realizado de modo comprometido con dicho principio. Tal es el caso, por ejemplo, cuando existe disparidad entre la apreciación de la mayoría favorable a una reforma constitucional y la minoría contraria a ella en relación con la congruencia de esa reforma con aquellas normas reconocidas –por ambas partes- como límites al ejercicio de la potestad constituyente. En el contexto de un desacuerdo de esa naturaleza no resulta problemático asumir la existencia de límites a la potestad constituyente.
- 57 Queda sin embargo por precisar el alcance de la expresión “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. El Art. 5° C.Pol. presupone que se trata de derechos garantizados por la Constitución y –después de la LRC 18.825- por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Pero resulta absurdo sostener que todas y cada una de las disposiciones formuladas en esos textos autoritativos a propósito de los derechos fundamentales representan un límite normativo indisponible para la potestad constituyente. La pregunta por el reconocimiento de los derechos esenciales sólo puede responderse de la mano de una justificación basada en razones morales sustantivas.

¹⁶ El Art. 73 N° 3 de la Ley Fundamental declara inmodificables otras disposiciones, sin que norma alguna de la Ley Fundamental prohíba expresamente la modificación del Art. 73 N° 3. La solución alemana a este problema no consiste en una prohibición de reforma, sino en el reconocimiento del derecho de resistencia (*infra*, núm. 55).

§ 3. LA POTESTAD LEGISLATIVA.

1.- *Precisiones conceptuales.*

a.- *El concepto de ley.*

1 Tal como el concepto de fuente del derecho, el concepto de ley es equívoco. Se lo utiliza tanto para designar regularidades naturales como regularidades sociales, es decir, tanto para designar el grado más general de explicaciones causales como para referirse a normas de comportamiento de un considerable grado de generalidad. Uno y otro sentido del término ley deben ser cuidadosamente distinguidos¹. La ley-explicación causal genera y respalda expectativas cognitivas, es decir, expectativas que deben ser modificadas -y con ello la ley misma- si los hechos comprobados no se conforman a ellas. La ley-norma de comportamiento refuerza por el contrario expectativas normativas: cuando las acciones no se conforman a ellas, se corrige a los autores responsables de la infracción. El único sentido del término que nos interesa en el marco de estos apuntes es este último.

2 La etimología de la palabra “ley” es incierta. Un análisis de esta cuestión, notable por su erudición y aguda conclusión, es el que hace el gran teólogo y filósofo de la escolástica tardía española, Francisco Suárez (1548-1617), que se reproduce a continuación:

“De esto [que la ley induce eficazmente al acto imponiendo la obligación moral de obrar] dedujo Santo Tomás la etimología de la ley: piensa que se deriva de ligar, ya que el efecto propio de la ley es ligar u obligar. El mismo parecer siguió Gabriel Biel, y Clichtove toma esa misma etimología de Casiodoro y la tiene por buena. Lo mismo dice la Escritura, la cual a las leyes las llama ataduras: *Rompiste el yugo, quebraste las ataduras.*

En cambio, San Isidoro piensa que el nombre de la ley se deriva de leer, ya que la ley debe estar escrita y por eso debe ser leída. Pero como ahora hablamos de la ley en un sentido más amplio, para que esa etimología pueda aplicarse a toda clase de ley la palabra leer conviene que alcance a la lectura interior, es decir, a la reflexión. Así lo observó Alejandro de Alés. En efecto, así es como de la ley natural dice San Pablo que está escrita en los corazones, así puede y debe leerse en ellos, según aquello del Salmo: *Tu palabra es para mis pies una lámpara.* A esta etimología corresponde el nombre hebreo de *Tora*, que significa instrucción.

Otros, finalmente, piensan que la ley recibió su nombre de la palabra elegir, sea porque debe ser dada con grande y prudente elección, sea porque muestra a cada uno lo que debe elegir. Así, San Agustín en las cuestiones del Nuevo Testamento -si es suya la obra- dice: *Ley viene de elección, para que sepas qué elegir entre muchas cosas.* Cicerón explica que se llamó así derivada de elegir. *Nosotros -dice- en la ley ponemos sentido de elección, lo mismo que los griegos la llaman nómon de repartir* a cada uno lo que es suyo, porque la ley debe ser justa otros derivan la palabra de ley del hecho que

¹ Para esta distinción, Karl R. Popper, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, Cap. 5, Barcelona, 1981, p. 67 y ss., 477 y ss.

gobierna legítimamente las acciones humanas, como dice Juan de Torquemada.

Todas estas etimologías explican algo que pertenece en verdad a la ley, pero cuál es el origen de esa palabra es cosa incierta, ni importa mucho el saberlo”².

- 3 El concepto normativo de ley requiere una nueva precisión. Pues por ley podemos entender tanto una regla racional de comportamiento como una prescripción de conducta, que incorpore de algún modo las características de un mandato u orden. El primer sentido es destacado por todas las teorías iusnaturalistas intelectualistas (Tomás de Aquino, Grocio); el segundo, tanto por las teorías iusnaturalistas voluntaristas (Hobbes) como por el positivismo jurídico (Austin, Kelsen). Esta contraposición se advierte claramente en el siguiente pasaje del Discurso preliminar al Proyecto de Código Civil francés de 1801, redactado por Jean-Etienne-Marie Portalis, miembro de la comisión redactora del mismo proyecto:

“Echando una mirada a las definiciones que la mayoría de los jurisconsultos ha dado de la ley, advertimos cuántas de ellas son defectuosas. No proporcionan ningún criterio para apreciar la diferencia que existe entre un principio moral y una ley del Estado.

En cada comunidad, la ley es una declaración solemne de la voluntad del soberano sobre un objeto de interés común.”³

- 4 La definición de Portalis, con su connotación voluntarista, es una antecesora de la definición legal de “ley” que existe en el sistema jurídico chileno, consagrada en el Artículo 1° del Código Civil, que es del siguiente tenor:

“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.”⁴

- 5 Esta definición legal del concepto de ley se puede descomponer en los siguientes elementos:
- a) la ley es *una* declaración de la voluntad soberana: conforme a esta definición, existirían otras declaraciones de la voluntad soberana, además de la ley⁵;
 - b) la ley es una *declaración* de la voluntad soberana: conforme a esta definición, no existen leyes tácitas o implícitas en el sistema jurídico chileno, cuyo descubrimiento y formulación paulatina sea tarea del pensamiento de juristas y jueces; las leyes son

² *De Legibus ac de Deo legislatore* (De las leyes y del Dios legislador), I, 1, 9, edición bilingüe con reproducción de la edición príncipe (Coimbra, 1612), Madrid, 1967, p.

³ *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés*, traducción, prólogo y notas de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1978, p. 47.

⁴ El Proyecto de Código Civil de 1853 definía la ley como “una declaración de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite” (Art. 1°, P-1853, p. 3). El Proyecto Inédito de Código Civil la definía como “una declaración de la voluntad soberana, constitucionalmente expedida, que manda prohíbe o permite” (Art. 1° PI, p. 1).

⁵ Una concordancia de esta disposición con el Art. 5° inciso primero C.Pol. permite sostener que la soberanía es ejercida por el pueblo, en caso de plebiscito, y por los órganos del estado establecidos por la Constitución. La potestad legislativa sería así una de las potestades públicas en cuyo ejercicio se expresa la soberanía.

siempre el resultado de un acto de voluntad de un grupo de personas, cuyo sentido normativo es explicitado;

- c) la ley es una declaración de la *voluntad soberana*: la ley es expresión del de la voluntad normativa del soberano del sistema jurídico, que en el caso del derecho chileno correspondería a la actuación coincidente del Congreso Nacional y el Presidente de la República⁶;
- d) la ley es una declaración de la voluntad soberana *manifestada en la forma prescrita por la Constitución*: el ejercicio de la potestad legislativa debe ser efectuado conforme a las reglas constitucionales; estas reglas se refieren como mínimo (a) a los órganos competentes, (b) al ámbito material de competencia, y (c) al procedimiento (*supra*, § 1, núms. 56 y ss.);
- e) la ley es una declaración de la voluntad soberana que *manda, prohíbe o permite*: esta clasificación tripartita de los posibles alcances de la ley tiene raíces remotas⁷, pero no es una característica exclusiva de la ley -declaración de la voluntad soberana- sino de cualquier precepto de conducta. Por otra parte, cabe observar que la ley puede producir otro efecto que mandar, prohibir o permitir, como es el de definir palabras, o el de derogar otras normas.

- 6 La definición de ley del Código Civil corresponde a una concepción voluntarista y jurídico-política, en los términos de Portalis. Es además una definición abierta o incompleta, pues ella se remite a las reglas constitucionales para identificar aquella declaración de la voluntad soberana que corresponde designar con el término 'ley'.

b. El concepto de legislación.

- 7 El concepto de legislación es utilizado en diversos sentidos, que podemos calificar como amplísimo, amplio y estricto.
- 8 En sentido amplísimo, se entiende por legislación todas las normas jurídicas establecidas mediante actos declarativos de voluntad conforme a un procedimiento preestablecido y que reciben una formulación expresa y en lo posible exhaustiva, siendo por lo general fijadas en un texto autoritativo (formulación escriturada). Este es, por ejemplo, el sentido con que Alf Ross utiliza el término (*supra*, § 1, núm. 36).
- 9 En sentido amplio se entiende por legislación todas las normas jurídicas que cumplan con las propiedades anteriores, y además con el hecho de haber sido establecidas por órganos estatales

⁶ Debe tenerse presente que en los términos de la regulación constitucional (*supra*, nota 5) no cabría identificar a cierto(s) órgano(s) estatal(es) como el soberano en el sistema jurídico chileno; la soberanía "residiría" en la Nación, la cual delegaría su ejercicio en los órganos que la Constitución establece. El sentido de esta definición normativa es excluir cualquier principio no republicano de legitimación del poder estatal.

⁷ La sentencia del jurista romano Modestino: "El fin de la ley es mandar, prohibir, permitir, castigar" (Digesto, I, 3, 7), que en nota al Proyecto Inédito es citada expresamente como fuente del Art. 1º CC (PI, p. l).

en ejercicio de potestades normativas públicas, con exclusión de los actos de adjudicación, es decir, de los actos realizados en ejercicio de la potestad jurisdiccional (resoluciones judiciales) o de las normas deducibles de tales actos (precedentes judiciales).

- 10 En sentido estricto, se entiende por legislación todas las normas jurídicas que cumplan con las propiedades anteriores, y además con la de haber sido establecidas sólo por determinados órganos del Estado, en el ejercicio de una determinada potestad normativa pública, conforme a un determinado procedimiento. La legislación en este sentido estricto se distingue de la Constitución y de los reglamentos; o, en otras palabras, la potestad legislativa en sentido estricto es opuesta a la potestad constituyente y a la potestad normativa administrativa o -en la terminología clásica- al poder ejecutivo⁸.
- 11 El uso de un concepto estricto de legislación se justifica, en primer lugar, por consideraciones de justicia política. En los Estados democráticos la legislación es establecida por decisión de la mayoría de los integrantes de los órganos más representativos de la pluralidad del pueblo, en el marco de un debate público accesible a la participación directa (debate electoral) o indirecta (debate parlamentario) de los ciudadanos. Esta distribución igualitaria del derecho a la participación política, unida a la regla de la mayoría, hace que la legislación en sentido estricto goce de una legitimación *prima facie* más intensa que cualquier otra norma establecida en ejercicio de una potestad normativa estatal distinta de la potestad constituyente.
- 12 Desde un punto de vista institucional, la importancia política de la legislación se traduce en su rango jerárquico superior respecto de las normas establecidas en ejercicio de otras potestades normativas, salvo la constituyente. Dentro de su ámbito de competencia, la legislación obliga al Presidente de la República y a todos los demás órganos del Estado. Por otra parte, en virtud del principio de la supremacía jerárquica de la Constitución (*supra*, § 2, núm. 4), la legislación se subordina a su vez a un marco normativo determinado por la Constitución. La razón principal para usar un concepto estricto de legislación es, pues, para identificar el rango jerárquico de las normas jurídicas correspondientes: inferior a las normas constitucionales y superior a las restantes normas creadas por órganos del Estado. Lo anterior significa que, bajo ciertas condiciones, el eventual conflicto entre una norma legal y otra norma jurídica estatal (no constitucional) se resolverá en favor de la primera, por aplicación del así denominado “principio de la jerarquía”.

⁸ En la terminología de la teoría de la separación de poderes de la Ilustración, el concepto ‘poder’ significaba tanto la atribución como el órgano encargado de su ejercicio, porque la teoría exigía que cada potestad fuera ejercida exclusivamente por un órgano, y que cada órgano ejerciera una sola potestad. Esta exigencia no ha sido recogida en la práctica por los sistemas jurídicos occidentales. En el caso chileno, el Presidente de la República es el órgano supremo para el ejercicio de la potestad ejecutiva -por eso se lo denomina vulgarmente como ‘el Ejecutivo’-, pero también interviene en el ejercicio de las potestades legislativa y constituyente, junto a la Cámara de Diputados y el Senado -estos últimos designados vulgarmente como ‘el Legislativo’-. Por esta razón, en estos materiales no se utiliza estos términos, sino que se utiliza el término más preciso de ‘potestad’, y se hace referencia al órgano competente por su nombre.

- 13 Existen sin embargo contextos importantes en que puede ser necesario utilizar un concepto más amplio que el de legislación en sentido estricto. Por ejemplo, la facultad que la Constitución confiere al Tribunal Constitucional declarar inaplicables o inconstitucionales los “preceptos legales” contrarios a la Constitución (Art. 93 N° 6 y 7 C.Pol.), o la atribución que los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil confieren a la Corte Suprema para revisar las sentencias judiciales dictadas “con infracción a la ley” (Art. 98 N° 1 COT, Arts. 765 y 767 CPC), no tienen por qué quedar restringidas a las normas pertenecientes a la legislación en sentido estricto. En estos textos se consagra el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas y el control de juridicidad de la sentencia judicial, y en principio, no hay razón para limitar el objeto de control (en el primer caso) o el parámetro del control (en el segundo) a un solo tipo de normas jurídicas, las legales en sentido estricto. Por lo tanto, es evidente que en estos contextos no interesa la identificación del rango jerárquico de “los preceptos legales” o “la ley” dentro del total sistema jurídico, sino solamente su identificación relativa, es decir, en relación a otra norma u acto: la norma constitucional como norma superior y parámetro de control (en el primer caso) y la resolución judicial como acto subordinado y objeto de control (en el segundo caso).
- 14 El concepto de legislación aquí expuesto es un concepto formal, ya que utiliza como criterios definitorios una referencia al órgano y al procedimiento de establecimiento de la norma jurídica, sin referirse a su contenido. Pero también existe un concepto material de legislación como norma obligatoria de carácter general, abstracto y permanente, establecida en ejercicio de una potestad normativa pública. Conforme a este concepto, el rasgo esencial de la legislación - además de su distinción frente a las resoluciones jurisdiccionales- es la generalidad de su contenido, la inespecificidad de sus destinatarios y la permanencia de sus efectos.
- 15 El concepto material de ley tiene relevancia en el sistema jurídico chileno. Este concepto que corresponde a un ideal político-jurídico de la Constitución de 1980, la cual manifiesta la preocupación de diferenciar la actividad legislativa de las actividades gubernativa y administrativa. Aun así, el concepto material de ley no es sostenible como definición general, ya que algunas reglas constitucionales expresamente confieren el carácter de ‘ley’ a normas jurídicas de alcance particular, como lo son aquellas que conceden honores públicos a distintas personas (Art. 63 N° 5 C.Pol.). Asimismo, en el sistema jurídico chileno la mayor o menor duración de la vigencia de una norma jurídica no altera ni confiere el carácter de legislación.

c. Legislación, leyes y normas con fuerza de ley.

- 16 En el sistema jurídico chileno, la forma usual de manifestación de la legislación es la ley, es decir, el acto normativo realizado (o la norma jurídica establecida) en conjunto por el Congreso y el Presidente de la República, actuando conforme a las reglas del así denominado ‘procedimiento de formación de la ley’ (*infra*, núms. 57 y ss.). Ésta es, en sentido propio y

estricto, aquella forma constitucional de manifestación de la voluntad soberana a que el art. 1º del Código Civil alude con su definición de ley.

- 17 En el sistema jurídico chileno existen además otras dos formas especiales de manifestación de la legislación, que tienen en principio el mismo rango jerárquico que la ley, y que por lo mismo se dice que tienen ‘fuerza de ley’. Ésta es una expresión metafórica para indicar dos consecuencias: (1) que estas formas especiales de legislación pueden válidamente modificar o derogar leyes, y (2) que las normas establecidas mediante estas formas especiales de legislación sólo pueden válidamente ser modificadas o derogadas por ellas mismas o por leyes. Tal es, en primer término, el así denominado “decreto con fuerza de ley”, que en lo esencial consiste en un acto normativo del Presidente de la República realizado en virtud de una delegación de la potestad legislativa conferida mediante una ley en sentido estricto, denominada “ley delegatoria”. En segundo lugar, tienen también -al menos- este rango los tratados internacionales, que se sujetan a un procedimiento especial de negociación internacional y ratificación realizadas por el Presidente de la República, además de su aprobación por el Congreso Nacional.
- 18 Finalmente, es necesario examinar otro modo de creación de normas jurídicas consideradas como parte integrante de la legislación actualmente vigente, denominado en nuestro medio como ‘decretos leyes’. Ésta no es una forma de establecimiento de normas legislativas que sea actualmente válida, sino que ha sido practicada en Chile en ciertos períodos excepcionales.

d. Concepto de potestad legislativa.

- 19 De lo expuesto anteriormente se deduce que el concepto de potestad legislativa puede ser usado en un sentido estricto o amplio. Por potestad legislativa en sentido estricto debe entenderse la potestad de establecer leyes en sentido estricto, y, en sentido amplio, la potestad de establecer normas con rango o fuerza de ley.
- 20 Salvo por el caso de los decretos leyes, en el sistema jurídico chileno el ejercicio de la potestad legislativa se caracteriza por ser siempre imprescindible la intervención del Congreso Nacional en alguna etapa para la validez de las normas jurídicas establecidas en su ejercicio.

2. La Ley.

a. ‘Ley’ como precepto y como texto autoritativo.

- 21 Aun en su sentido más estricto, el concepto de ley sigue siendo ambiguo, pues se aplica por igual tanto a cada precepto jurídico establecido por el Congreso y el Presidente en ejercicio de la potestad legislativa, como asimismo al texto autoritativo que contiene uno o más de esos preceptos y que existe como una unidad identificable con independencia de otros textos autoritativos.

22 El uso corriente del término ‘ley’ corresponde al segundo sentido arriba apuntado. Así por ejemplo, en el sistema jurídico chileno existe un registro de leyes, conforme al cual cada ley recibe un número correlativo⁹. En este registro, lo enumerado no es cada uno de los preceptos aprobados en ejercicio de la potestad legislativa, sino determinados textos autoritativos, compuestos de un número variable de preceptos.

23 No obstante, en varios contextos de análisis el uso correcto del término ley corresponde al primer sentido expuesto, es decir, en el sentido de precepto jurídico. Así por ejemplo, cuando la Constitución exige que determinadas materias sean reguladas por una ‘ley orgánica constitucional’ o una ‘ley de quórum calificado’, no exige que se apruebe un solo y único texto autoritativo cumpliendo con determinadas características, sino que exige que los preceptos que regulen tal materia deben ser establecidos cumpliendo con determinados requisitos, cualquiera sea el texto autoritativo del cual ellos en definitiva formen parte (*infra*, núms. 25 y 31).

b. Clases de leyes.

24 Conforme a la actual Constitución, el Derecho chileno conoce cuatro clases de leyes en sentido estricto: (a) las leyes interpretativas de la Constitución, (b) las leyes orgánicas constitucionales, (c) las leyes de quórum calificado y (d) las leyes ordinarias.

25 Tal como recién se hizo ver (*supra*, núm. 23), estas denominaciones son usadas corrientemente para designar ciertos textos autoritativos. Así, se habla de la ‘Ley 19.198, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional’, refiriéndose con ello al conjunto de todos los preceptos incluidos en un texto determinado, aprobado en cumplimiento de reglas especiales y promulgado como ‘ley orgánica’. Sin embargo, como también se observó (*supra*, núm. 23, *infra*, núm. 31), la categoría constitucional de ‘orgánica constitucional’, ‘de quórum calificado’ y ‘ordinaria’ no se refiere al texto autoritativo en su totalidad, sino a cada precepto legal y a su correspondiente disposición o disposiciones en el texto. En rigor, no existen ‘leyes orgánicas constitucionales’ -en el sentido usual del término-, sino únicamente “preceptos legales orgánicos constitucionales”. Por esto, una ley-texto orgánica constitucional puede también contener leyes-preceptos ordinarias, y, a la inversa, una ley-texto común puede contener leyes-preceptos orgánicos constitucionales. En uno y otro caso, es la aprobación de cada ley-precepto orgánico constitucional lo que debe satisfacer las exigencias procedimentales especiales.

26 (a) Las leyes interpretativas de la Constitución son normas legales establecidas en ejercicio de la potestad legislativa con el fin de declarar como generalmente obligatoria una determinada interpretación de una o más normas constitucionales.

27 Se trata en consecuencia de normas doblemente anómalas. En primer lugar, por ser una ley interpretativa, es decir, por tener como objetivo fijar la interpretación de otras disposiciones en

⁹ La numeración correlativa de las leyes es una práctica burocrática chilena que data del 1º de enero de 1893; cada ley recibe su numeración con ocasión de su promulgación (*infra*, núm 87).

vez de perseguir el objetivo usual de las normas jurídicas, que es el de regular comportamientos humanos¹⁰. En segundo lugar, por interpretar el sentido de una norma de rango jerárquico superior. Como se ha dicho, una de las diferencias más importantes entre la potestad constituyente y la potestad legislativa radica en las exigencias más estrictas del procedimiento establecido para el ejercicio de la primera. Mediante la aprobación de leyes interpretativas de la Constitución se fija válidamente el sentido de normas constitucionales sin satisfacer esas exigencias.

- 28 Por sus características tan particulares, el establecimiento de las leyes interpretativas de la Constitución se encuentra sujeto a dos reglas especiales: (1) la exigencia de un quórum estricto de aprobación, correspondiente a los 3/5 de los diputados o senadores en ejercicio (Art. 66 inciso primero C.Pol.)¹¹, y (2) la exigencia de un trámite adicional, entre su sanción y su promulgación, consistente en el control preventivo de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 1 C.Pol.)¹².
- 29 (b) Las leyes orgánicas constitucionales son normas legales que por expreso mandato de la Constitución deben regular ciertas materias cumpliendo el papel de complementar la regulación constitucional.
- 30 El establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales se encuentra sujeto a dos requisitos particulares: (1) la exigencia de un quórum especial, correspondiente a los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio (Art. 66 inciso segundo C.Pol.), y (2) el trámite adicional de control previo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 1 C.Pol.).
- 31 Varios son los mandatos de regulación por ley orgánica constitucional consagrados en la Constitución. Estos mandatos establecen que tal o cual aspecto de la vida social debe ser regulado de esta forma especial, pero no delimitan con precisión el ámbito de competencia material de cada regulación. Así por ejemplo, la Constitución ordena que una ley orgánica constitucional deberá “establecer los requisitos mínimos” de la enseñanza básica y media, “señalar las normas objetivas, de general aplicación” para que el Estado pueda velar por el cumplimiento de los requisitos mínimos, y “establecer los requisitos” para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales (Art. 19 N° 11, inciso final C.Pol.). Éstas son todas fórmulas generales que no permiten determinar con precisión, para cada regla legal relativa al sistema de enseñanza, si esa regla ha de ser orgánica constitucional u ordinaria.

¹⁰ En los términos del Código Civil, se trata de una de esas leyes “que se limit[a]n a declarar el sentido de otras leyes” (Art. 9° inciso segundo). Las leyes interpretativas tienen retroactivo, es decir, se entiende que han estado vigentes desde el inicio de la vigencia de la disposición interpretada (*loc. cit.*)

¹¹ Obsérvese que es el mismo quórum requerido por regla general para la reforma de la Constitución (*supra*, § 2, núm 30), lo cual atenúa la anomalía de las leyes interpretativas de la Constitución en el segundo sentido indicado.

¹² Este requisito permite sostener que la Constitución no otorga una atribución discrecional para fijar el sentido de las disposiciones constitucionales mediante leyes interpretativas, sino que las propias disposiciones constitucionales que son objeto de interpretación fijan a su vez límites a las facultades interpretativas del legislador.

- 32 Para resolver el problema recién expuesto, el Tribunal Constitucional desarrolló ya en su jurisprudencia temprana una tesis que elude las dos posturas extremas. Por una parte, sostiene que corresponde que sea regulado por ley orgánica no sólo el “contenido imprescindible” de cada materia señalada por la Constitución, sino también los “elementos complementarios indispensables” de la misma, formado por todos los elementos que deben entenderse lógicamente incorporados en su regulación¹³. Pero por otra parte insiste en que la interpretación anterior no debe llevar a extender excesivamente el ámbito de competencia de la ley orgánica constitucional, lo cual privaría al sistema jurídico de “una equilibrada y conveniente flexibilidad”, en razón del alto quórum que exige la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales¹⁴.
- 33 No es, sin embargo, una cuestión de “flexibilidad” lo que se encuentra comprometido en la mayor o determinación del alcance del mandato de regulación por ley orgánica constitucional. La calificación de una materia como objeto de ley orgánica constitucional implica exigir para su regulación una aprobación contramayoritaria (*supra*, núm. 30). Luego, lo que se encuentra comprometido es la vigencia del principio democrático en la práctica legislativa. En su jurisprudencia sobre la delimitación del ámbito propio de las leyes orgánicas constitucionales el Tribunal Constitucional nunca ha reparado en la tensión existente entre esta institución y el principio democrático. Esto ha llevado al Tribunal a expandir generosamente el ámbito reservado a dichas leyes, muy especialmente el de la ley de bases generales de la administración del Estado (C.Pol., art. 38) y el de la ley de organización de los tribunales de justicia (C.Pol., art. 77)¹⁵.
- 34 En todo caso, es claro que el parámetro que permite reconocer la calidad de ‘ley orgánica constitucional’ de un determinado precepto legal es el mandato constitucional y no la pertenencia a un texto autoritativo denominado ‘Ley Orgánica Constitucional’. De aquí la práctica del Tribunal Constitucional, de dejar constancia que ciertos preceptos legales incluidos en textos autoritativos aprobados como Leyes Orgánicas Constitucionales no tienen tal carácter.
- 35 (c) Las leyes de quórum calificado son, como su nombre lo indica, normas legales cuya aprobación por ambas cámaras del Congreso requiere por mandato constitucional la satisfacción de un quórum especial, correspondiente a la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (Art. 66 inciso tercero C.Pol.)¹⁶.

¹³ Sentencia de 26.11.1981.

¹⁴ Sentencia de 29.2.1989. En una oportunidad anterior, el Tribunal Constitucional ya había resuelto en relación a la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 74 C.Pol.), que ésta sólo se refería a “aquellas normas que regulan la estructura básica del Poder Judicial” (Sentencia de 22.12.1981).

¹⁵ Al respecto, vid. Rodrigo P. Correa G., “Tribunal Constitucional”, 1 Rev D. UAI (2004) p. 481, en p. 489-504.

¹⁶ Obsérvese que el quórum calificado no impone una exigencia contramayoritaria, sino que intensifica la exigencia de aprobación por mayoría en comparación con la regla general de aprobación mayoritaria, que es de mayoría de miembros presentes en la sesión (*infra*, núm. 38).

- 36 Los mandatos de regulación por ley de quórum calificado consagrados en la Constitución también son varios. Lo dicho respecto de la indeterminación de los mandatos de regulación por leyes orgánicas constitucionales (*supra*, núm. 31) es asimismo aplicable a estos preceptos.
- 37 (d) Finalmente, las leyes ordinarias o comunes son todas las demás normas legales establecidas en ejercicio de la potestad legislativa con sujeción a las reglas generales del procedimiento legislativo.
- 38 Las leyes ordinarias exigen para su aprobación la mayoría de los miembros presentes en la sesión (Art. 66 inciso final C.Pol), siendo el quórum para sesionar válidamente de 1/3 de los miembros en ejercicio (Art. 56 C.Pol.).
- 39 Es importante tener presente que la distinción entre leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes ordinarias no supone el reconocimiento de tres potestades normativas diversas. Aunque tengan denominaciones particulares, las leyes orgánicas constitucionales y las leyes de quórum calificado son reglas establecidas en ejercicio de la misma potestad que las leyes ordinarias, esto es, son todas leyes por igual. Ellas se diferencian entre sí en razón de los requisitos procedimentales para su aprobación. Pero esto no significa que las leyes reforzadas tengan un rango jerárquico superior que la ley ordinaria (*supra*, núm. 13)¹⁷.
- 40 Distinto es el caso de la ley interpretativa de la Constitución. Pues en este caso, si bien se ejerce la potestad legislativa, sus efectos son más bien propios de la potestad constituyente. Aquí hay un caso de “interpretación auténtica” de una disposición, es decir, interpretación generalmente obligatoria por ser el intérprete a la vez el autor de la disposición interpretada¹⁸. Sin embargo, la interpretación ha sido establecida mediante un procedimiento diverso del procedimiento seguido en el establecimiento de la disposición interpretada. De aquí que se pueda sostener que, según cuál sea la perspectiva desde la cual se las analice, las leyes interpretativas de la Constitución pueden tener distinto rango jerárquico. Analizadas en relación con la disposición constitucional interpretada, tienen un rango inferior, como es el legal (*supra*, núm. 27). Analizadas en relación con el resto de las normas de rango legal del sistema jurídico, tienen un rango jerárquico superior, pues se entienden formar parte de la norma correspondiente a la disposición constitucional interpretada.

¹⁷ Desde un punto de vista estrictamente analítico, el eventual conflicto entre una ley reforzada y una ley ordinaria nunca admitiría ser resuelto conforme al principio de la jerarquía. Esto, ya que una de las dos leyes regula un ámbito de competencia que no le corresponde. No obstante, por razones institucionales puede ser correcto considerar ley preferente a la orgánica constitucional dentro de su ámbito de competencia, o bien convalidarla en ley ordinaria, si la materia excede su ámbito de competencia. Al respecto, Antonio Bascañán, *La distribución de competencias como criterio de solución de conflicto de normas*, en: Revista Chilena de Derecho, Número Especial-1998, Actas XXIX Jornadas de Derecho Público, págs. 33 a 44; Otto-DC, p. 11 y ss.

¹⁸ Ésta es la interpretación a que se refiere el Código Civil en su Art. 3°, al disponer que “Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”.

c. Marco de regulación del ejercicio de la potestad legislativa (en sentido estricto).

41 Las reglas fundamentales relativas al ejercicio de la potestad legislativa se encuentran en la Constitución (Arts. 32 N° 1, 46, 54 a 56, y 63 a 75). Además de estas reglas, la Constitución se remite a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso para la regulación de “todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley” (Art. 74 inciso segundo C.Pol.). Esta regulación se encuentra en la LOC 18.918, del Congreso Nacional, la cual contiene normas generales (Arts. 1° a 11), normas básicas de la tramitación interna de los proyectos de ley (Arts. 12 a 31) y reglas relativas a la tramitación de las observaciones o vetos del Presidente de la República a los proyectos de ley (Arts. 32, 35 y 36). Finalmente, la Constitución (Art. 53 inciso segundo) y la LOC 18.918 (Art. 4°) facultan a cada Cámara para establecer normas reglamentarias relativas a su funcionamiento interno.

d. Órganos competentes.

42 Los órganos competentes para ejercer la potestad legislativa son, en primer lugar, las dos ramas de Congreso, es decir, la Cámara de Diputados y el Senado (Art. 46 C.Pol.). La Cámara de Diputados es un órgano integrado por 120 miembros elegidos por votación directa, que duran cuatro años en su cargo (Art. 47 C.Pol.). El Senado es un órgano compuesto por una pluralidad de miembros, cuyo número es determinado por ley orgánica constitucional atendiendo a la división del territorio nacional en regiones; sus miembros son elegidos por votación directa, duran ocho años en el cargo y se renuevan alternadamente cada cuatro años (Art. 49 C.Pol.)¹⁹.

43 Cualquier actuación de la Cámara de Diputados o del Senado requiere siempre como quórum mínimo la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio (Art. 56 C.Pol.). Este es el quórum de sesión de las Cámaras, en relación a cual se aplica la regla de mayoría.

44 Junto con las dos ramas del Congreso, interviene como colegislador el Presidente de la República (Art. 32 N° 1 C.Pol.), es decir, el ciudadano mayor de treinta y cinco años de edad elegido por votación directa para ejercer dicho cargo por un período de cuatro años (Art. 25 C.Pol.), que tiene a su cargo el gobierno y la administración del Estado y que es además el Jefe de Estado (Art. 24 C.Pol.).

45 En el procedimiento legislativo, la ciudadanía no interviene, ni siquiera eventualmente, para aprobar o rechazar un proyecto de ley. A diferencia del procedimiento de reforma de la Constitución (*supra*, § 2, núms. 19, 39-41), el procedimiento de formación de la ley no prevé la

¹⁹ Hasta antes de la reforma introducida por la Ley 20.050, el Senado estaba integrado por miembros elegidos por votación directa y por otros miembros, designados por otros órganos del Estado (Corte Suprema, Consejo de Seguridad Nacional, Presidente de la República) o bien integrantes vitalicios por derecho propio (ex Presidentes de la República que cumplieran ciertas condiciones).

posibilidad de convocar a un plebiscito para resolver las discrepancias entre el Congreso y el Presidente de la República.

e. Ámbito de competencia.

- 46 Antes de analizar el ámbito de competencia propiamente tal de la potestad legislativa, es necesario observar que la modificación o derogación deliberadas de normas constitucionales no puede hacerse válidamente en ejercicio de la potestad legislativa, sino sólo en ejercicio de la potestad constituyente. Por esta razón, y para evitar cualquier confusión, se prohíbe la inclusión de reformas constitucionales y reformas legislativas en un mismo proyecto (Art. 15 inciso primero LOC 19.918).
- 47 La regulación del ámbito de competencia de la potestad legislativa es la más extensa y compleja de la Constitución. Su Art. 63 señala -directa e indirectamente- en sus 20 numerandos cuáles son las ‘materias de ley’, es decir, los aspectos de la vida social que han de ser regulados por normas legales, o bien el tipo de normas que han de ser establecidas o derogadas en ejercicio de la potestad legislativa²⁰.
- 48 Se sostiene, en primer término, que las ‘materias de ley’ señaladas en el Art. 63 C.Pol. representan una reserva de ley, esto es, que dicho listado cumple la función de señalar materias cuya regulación queda entregada exclusivamente a los órganos que ejercen la potestad legislativa, limitando en principio con ello negativamente el ámbito de competencia de las demás potestades normativas de los órganos del Estado. No es seguro, sin embargo, que el Art. 63 C.Pol. pretenda producir en toda su extensión este efecto exclusivo en favor del ámbito de competencia de la potestad legislativa.
- 49 En primer lugar, es obvio que este sentido de reserva de ley del catálogo de materias del Art. 63 C.Pol. no se desprende de la redacción misma de esta disposición, sino más bien de otros preceptos del texto constitucional. En el Art. 32 N° 6 se reconoce la existencia de un “dominio legal”, al cual pertenecen materias cuya regulación no corresponde a la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República. Del mismo modo, en el Art. 93 N° 16 C.Pol., se da a entender que las materias enumeradas en el Art. 63 C.Pol. están “reservadas a la ley”, y que por tal razón su regulación autónoma por el Presidente de la República resulta inconstitucional. Finalmente, la idea de que existe un ámbito de materias cuya regulación requiere la intervención

²⁰ Este significado doble del concepto “materia de ley” se explica por el hecho de haber reproducido el Art. 63 C.Pol. (antiguo Art. 60) varios preceptos del Art. 44 de la Constitución de 1925, que no tienen coherencia gramatical con el encabezamiento del Art. 63 C.Pol. Así por ejemplo, es gramaticalmente correcto decir “Sólo en virtud de una ley se puede ... fijar las normas sobre enajenación de bienes del Estado” (Art. 44 N° 3° Const. 1925). Por el contrario, es un sinsentido gramatical decir que “Sólo son materias de ley ... las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado” (Art. 60 N° 10 C.Pol.). La materia de ley no es la norma sobre enajenaciones fiscales sino la enajenación fiscal misma. En tanto el Art. 44 de la Constitución de 1925 mencionaba en sus numerandos los actos de ejercicio de la potestad legislativa, su objeto de referencia directo no era la materia de ley, sino su regulación. La transcripción de sus disposiciones por los redactores de la Constitución de 1980 perdió de vista esta diferencia.

del Congreso se encuentra también consagrada en la regulación constitucional de las otras formas de legislación, los decretos con fuerza de ley (Art. 64 inciso primero C.Pol.) y los tratados internacionales (Art. 54 N° 1 inciso cuarto C.Pol.). En todos estos casos, se encuentra en juego la delimitación de los ámbitos de competencia de la potestad legislativa y la potestad normativa administrativa del Presidente de la República, denominada *potestad reglamentaria*. De aquí que pueda sostenerse que el eventual efecto exclusivo de la distribución de competencia en favor de la potestad legislativa en el Art. 63 C.Pol. a lo más tiene lugar frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

50 Pero incluso respecto de la potestad reglamentaria la Constitución reconoce alguna forma de concurrencia con la potestad legislativa, en todo el ámbito de lo que se denomina *potestad reglamentaria de ejecución*, que en la práctica asume la función de complementar la regulación legal. Esta función complementaria la cumplen también otros órganos del Estado que gozan de potestad normativa, como, por ejemplo, el Banco Central (materias financieras), los Tribunales Superiores de Justicia (materias de procedimiento) y las Municipalidades (construcción y urbanismo). Esta práctica es usualmente respaldada por la propia potestad legislativa mediante el establecimiento de los así denominados ‘mandatos de regulación complementaria’, que consisten en remisiones normativas en virtud de las cuales el órgano que ejerce una potestad normativa de rango jerárquico superior se refiere a otro órgano, que ejerce una potestad normativa de rango jerárquico inferior, para que regule la misma materia en todo lo no previsto por la regulación de rango jerárquico superior, complementándola.

51 Debe reconocerse no obstante que existe algún ámbito de competencia auténticamente reservado a la potestad legislativa. Tal es el formado por las materias que la Constitución exige que sean reguladas por ley, cuando esa exigencia tenga por finalidad proteger a las personas o exigir la formación de un consenso político cualificado para el establecimiento de la norma. En estos casos, la doctrina constitucional habla de una ‘reserva parlamentaria’ o ‘reserva en favor del Parlamento’, expresando con ello que éste no puede delegar la regulación de esa materia a otro órgano ni tampoco remitirse a una regulación complementaria a ser establecida por otro órgano, porque la Constitución exige que sea el órgano de representación más directa y plural -el que mejor satisface el principio democrático en su integración- el que regule dicha materia. El criterio básico para reconocer estas materias de reserva reforzada de ley se encuentra en el inciso segundo del Art. 64 C.Pol., que establece una prohibición de delegación de la potestad legislativa (*infra*, núms. 93 y ss.) respecto de las siguientes materias: nacionalidad, ciudadanía, elecciones, plebiscito, materias comprendidas en las garantías constitucionales, materias de leyes orgánicas constitucionales y materias de leyes de quórum calificado. En relación con estas materias sí es seguro, en toda su extensión, el efecto exclusivo en favor del ámbito de competencia de la potestad legislativa.

52 Pero las materias señaladas en el Art. 63 C.Pol. no sólo reservan a la potestad legislativa un ámbito exclusivo de competencia, sino que sirven también de límite a su ejercicio. Esta segunda

función de delimitación del dominio legal es una novedad introducida por la Constitución de 1980 en el sistema jurídico chileno. Con anterioridad a 1980, la Constitución sólo cumplía la función de reserva de ley, estableciendo con ello un *dominio legal mínimo*. Es decir, aseguraba a los órganos legisladores la exclusividad de la regulación de ciertas materias, sin fijar límites a su ámbito de competencia. Como resultado, el ámbito de competencia de la potestad legislativa se extendía hasta donde los órganos legisladores hubieran llegado en ejercicio de la potestad legislativa. Por el contrario, la Constitución de 1980 estableció un *dominio legal máximo*: fuera del ámbito de competencia así delimitado el ejercicio de la potestad legislativa deja de ser válido. La razón que inspiró esta innovación se relaciona con el intento de la Constitución de 1980 de excluir al Congreso de las labores propias del gobierno y la administración del modo más categórico posible, con el fin de consagrar un régimen de gobierno presidencialista. Asimismo, se intentó reforzar el carácter general, abstracto y permanente de la legislación, por oposición a la transitoriedad, concreción y particularidad de la regulación de ciertas materias por actos administrativos.

53 Naturalmente, la practicabilidad de esta importante innovación depende del grado de precisión con que se delimite el ámbito de competencia de la potestad legislativa. Para examinar este aspecto, cabe distinguir entre materias de ley señaladas directa e indirectamente en el Art. 63 C.Pol., a las cuales cabe agregar la disposición final general del numerando 20.

54 (a) Las materias de ley directamente señaladas en el Art. 63 C.Pol. corresponden a sus numerandos 3° a 13 y 15 a 19. En general, se trata de menciones que permiten identificar ámbitos más o menos precisos de regulación. Una excepción a lo anterior se encuentra sin embargo en el numerando 3°, conforme al cual son “materias de ley”:

“Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra”.

El hecho de ser ‘objeto de codificación’ no es una propiedad relacionada con el contenido de la norma, sino con la forma de su establecimiento, es decir, en textos autoritativos relativamente exhaustivos (‘códigos’), que en lo que respecta a su posible extensión son indeterminados. Por otra parte, además de las reglas incorporadas a los ‘códigos’, existen innumerables reglas sobre las mismas materias incorporadas a otros textos autoritativos, que temáticamente pertenecen a esta ‘materia de ley’²¹, y que también son susceptibles de ampliación indefinida. Finalmente, nada impide la creación de nuevos códigos (como lo han sido el Código del Trabajo, el Código Tributario o el Código de Minería). Por estas razones, se puede sostener que el numerando 3° del Art. 63 no establece un límite preciso al ejercicio de la potestad legislativa.

55 (b) Las materias de ley indirectamente mencionadas en el Art. 63 corresponden a los numerandos 1° (“las que en virtud de la Constitución deban ser objeto de leyes orgánicas

²¹ Los cuales incluso son editados oficialmente por la Editorial Jurídica de Chile como “Apéndice” del respectivo Código.

constitucionales”), 2º (“las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”) y 14 (“las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”). La imprecisión de las reglas constitucionales que mencionan el primer grupo de materias de ley ya ha sido expuesta (*supra*, núm. 31); la precisión de las disposiciones constitucionales correspondientes al segundo y tercer grupo de materias no es mayor. Lo más notable de las materias indirectamente mencionadas en el Art. 63 es sin embargo su enorme número: aparte de los mandatos de regulación por leyes reforzadas, la Constitución señala numerosas materias como de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y menciona a lo largo de su articulado en casi cien oportunidades a la ley como marco regulatorio de ciertas materias. Mediante esta técnica de remisiones, el Art. 63 aumenta, en consecuencia, de veinte a más de cien -es decir, más que quintuplica- el número de materias de ley.

56 Una cuestión importante es la que plantea el sentido de la expresión “que la Constitución *exija* que sean reguladas por una ley” (Art. 63 N° 2 C.Pol.), esto es, si las materias que caen bajo esta denominación son simples materias de ley o bien si, por caer en esta categoría deben ser consideradas como materias de reserva reforzada de ley, con efecto exclusivo respecto de la regulación concurrente por otro órgano del Estado (*supra*, núm. 51). Esta interrogante no es susceptible de una respuesta general y categórica. En principio, debe reconocerse que la “exigencia” de regulación por ley no es más que un modo indirecto de inclusión de una materia en el dominio legal, y que, como se ha visto (*supra*, núms. 49 y 50), el dominio legal no implica una reserva de ley en sentido estricto. No obstante, no puede descartarse que en alguno de estos casos la Constitución sí establezca una exigencia de regulación legal en sentido estricto, con efectos exclusivos propios de una reserva legal reforzada. Tal será el caso, principalmente, cuando la exigencia de regulación legal tenga un manifiesto sentido garantístico para las personas²².

57 (c) El numerando 20 del Art. 63 C.Pol. cierra el catálogo de materias de ley, señalando como tal:

“Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

Esta disposición transforma la enumeración de materias de ley del Art. 63 C.Pol., que a primera vista tendría un carácter taxativo, en una lista abierta, pues ella manifiestamente prescinde de una delimitación del ámbito de competencia en razón del objeto de regulación. Los elementos delimitadores contemplados en esta regla se refieren a propiedades de la norma jurídica -

²² Por ejemplo, la Constitución se refiere a ‘la ley’ como norma que ha de determinar ciertas responsabilidades y sanciones (Art. 6º inciso final C.Pol.), y también la forma en que deben actuar los órganos del Estado (Art. 7º C.Pol.). Comparando uno y otro caso, resulta más plausible entender la mención del Art. 6º C.Pol. que la mención del Art. 7º C.Pol. como una auténtica reserva de ley. Puesto que la aplicación de sanciones redundaría en perjuicio de los derechos de las personas, tiene un sentido garantístico que su regulación deba ser efectuada en ejercicio de la potestad legislativa.

generalidad y carácter fundamental- que son por completo independientes de cuál sea la materia regulada.

- 58 En consecuencia, tomando en consideración los numerandos 3º, 4º y 20 del Art. 63 C.Pol., puede sostenerse que los límites constitucionales del ámbito de competencia de la potestad legislativa son tan imprecisos que las consecuencias jurídicas de la distribución de competencias intentada por la Constitución entre ésta y la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República resultan escasamente operativas.

f. Procedimiento.

- 59 El procedimiento de formación de la ley es el principal procedimiento para el establecimiento de normas jurídicas por parte de varios órganos del Estado, actuando conjuntamente. De aquí que él sirva también como marco de referencia para el establecimiento de otras normas jurídicas, distintas de la ley en sentido estricto, como las leyes de reforma constitucional o los tratados internacionales. Tradicionalmente se distingue seis etapas en el procedimiento de formación de la ley: la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, la promulgación y la publicación²³.

(a) Iniciativa.

- 60 La etapa inicial del procedimiento de formación de la ley se extiende desde que es ingresado un proyecto de ley ante una de las dos cámaras de Congreso hasta que el presidente de la cámara de origen da cuenta del mismo en sesión se sala, admitiéndolo a tramitación. La atribución de presentar proyectos de ley corresponde a muy pocas personas: al Presidente de la República, a los diputados, individualmente o en grupos de hasta diez de ellos, y a los senadores, individualmente o en grupos de hasta cinco de ellos; en el primer caso se dice que el proyecto es presentado por ‘mensaje’, en los demás casos, que es presentado por ‘moción’ (Art. 65 inciso primero C.Pol.). El proyecto se presenta ante la Cámara de Diputados o el Senado; la cámara donde se lo presenta se denomina -respecto de ese proyecto- ‘cámara de origen’, y la otra, ‘cámara revisora’. Como principio general, el Presidente de la República puede presentar mensajes sobre cualquier materia de ley en cualquiera de las dos cámaras, y los diputados y senadores pueden presentar mociones sobre cualquier materia de ley, pero sólo en su respectiva cámara (Art. 12 LOC 18.918). Existen sin embargo tres importantes excepciones:

- 61 a) materias de origen exclusivo en el Senado: los proyectos de ley sobre amnistía e indulto general sólo pueden ser iniciados por mociones de senadores o por mensaje presidencial al Senado (Art. 65 inciso segundo C.Pol.);

²³ A continuación se examinará las reglas generales de tramitación de los proyectos de ley. La tramitación del proyecto de la Ley de Presupuestos se sujeta a reglas especiales que aquí no serán analizadas (Art. 67 C.Pol., Art. 19 LOC 18.918).

- 62 b) materias de origen exclusivo en la Cámara de Diputados: los proyectos de ley sobre tributos, presupuesto de la Administración Pública y reclutamiento, sólo pueden ser iniciadas por mensaje presidencial a la Cámara de Diputados o -teniendo presente lo que se indica a continuación- por mociones de diputados (Art. 65 inciso segundo C.Pol.);
- 63 c) materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República: los proyectos de ley sobre determinadas materias relacionadas con aspectos básicos de gobierno, finanzas públicas, administración, bienestar social y administración comunal sólo pueden ser presentados por mensaje presidencial; los senadores y diputados carecen de atribuciones para presentar un proyecto de ley sobre esas materias (Art. 65 incisos tercero, cuarto y final, e inciso segundo del Art. 121 C. Pol.).
- 64 Todo proyecto de ley debe presentarse acompañado de sus fundamentos, en los cuales se debe indicar los gastos que pudiere implicar la aplicación de sus normas, la fuente de los recursos para solventar tales gastos y su monto estimado (Art. 14 LOC 18.918). La admisión a tramitación del proyecto de ley, mediante su cuenta en la sala, sólo se produce una vez verificado el cumplimiento de las reglas anteriores, así como de la prohibición de presentación conjunta de proyectos de reforma constitucional y legal (*supra*, núm. 44 y § 2, núm. 31).

(b) *Discusión.*

- 65 La segunda etapa del procedimiento de formación de la ley se extiende desde la admisión a tramitación del proyecto de ley hasta su aprobación o rechazo por parte del Congreso, y tiene por finalidad permitir el análisis de proyecto, el intercambio de opiniones sobre el mismo y la formulación de enmiendas a su texto originario.
- 66 Al interior de cada cámara la discusión se realiza tanto en sala como en comisión. A la sesión en sala tienen derecho de asistir y participar la totalidad de los miembros en ejercicio de la cámara respectiva, y es por lo general una sesión pública. Cada cámara tiene además diversas comisiones, integradas por un número reducido de miembros de la cámara, y especializadas en temas específicos. Las sesiones de las comisiones son por lo general reservadas, y es usual invitar a especialistas para que concurran a ellas a dar su opinión sobre el proyecto de ley en examen.
- 67 La discusión es general o particular. Discusión general es aquella que se relaciona solamente con las 'ideas matrices o fundamentales' del proyecto y tiene por objeto admitirlo o desecharlo en su totalidad. Discusión particular es aquella que tiene por objeto el examen y la votación del proyecto en todos sus detalles (Art. 23 LOC 18.918).
- 68 El acto más importante que tiene lugar en la etapa de discusión es la formulación de indicaciones. Por 'indicación' se entiende la proposición de adiciones (incorporación de nuevas disposiciones), supresiones (eliminación de disposiciones) o enmiendas (alteración de disposiciones) al texto de un proyecto de ley (Art. 69 C.Pol.). La facultad de formular indicaciones la tienen los mismos titulares de la atribución de presentar proyectos de ley (*supra*,

núm. 60), pesando sobre diputados y senadores la misma restricción relativa a los proyectos de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (*supra*, núm 63). Es decir, los parlamentarios no se encuentran autorizados para formular indicaciones que impliquen la adición de normas que incidan sobre tales materias, debiendo limitarse -en los proyectos presentados por mensaje- a aceptar, rechazar o ‘disminuir’ las proposiciones del Presidente (Arts. 65 inciso final C.Pol., 24 inciso tercero LOC 18.918). Aparte de esta restricción, toda formulación de indicaciones debe cumplir con los siguientes requisitos: (1) tener relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto (Art. 69 C.Pol., Art. 24 inciso primero LOC 18.918), (2) no ser contraria a la Constitución (Art. 24 inciso segundo LOC 18.918), (3) indicar fuente de financiamiento, en caso de importar gastos públicos (Art. 24 inciso segundo LOC 18.918).

69 El control del cumplimiento de los requisitos anteriores corresponde al presidente de cada comisión o al presidente de cada cámara, durante toda la fase de discusión, pudiendo la comisión o cámara respectiva reconsiderar la decisión de aquél. Verificado el incumplimiento, se debe declarar inadmisibile la indicación, excluyéndosela en consecuencia de la tramitación del proyecto de ley. La omisión del control por parte del presidente de la cámara no obsta a la declaración de inadmisibilidad por parte del presidente de la comisión, ni obsta la declaración de admisibilidad por parte del presidente de la comisión a la posterior declaración de inadmisibilidad por el presidente de la cámara (Art. 25 LOC 18.918).

(c) *Aprobación.*

70 Esta etapa corresponde a la votación del proyecto en una y otra cámara, y por lo tanto su correcta denominación sería la de ‘decisión’ o ‘resolución’; en efecto, esta etapa corresponde por igual a la aprobación (voto favorable) o al rechazo (voto desfavorable) del proyecto de ley.

71 Para que un proyecto de ley sea aprobado por el Congreso se requiere el voto favorable de ambas cámaras. El quórum de aprobación es por regla general la mayoría de los miembros presentes en la sesión (Art. 66 inciso final C.Pol.). Las excepciones a este principio de la mayoría simple se encuentran en los quórum especiales requeridos por la Constitución para la aprobación de las leyes reforzadas (*supra*, núms. 29, 33 y 34). Si un mismo proyecto de ley contiene disposiciones cuya aprobación requiera distintos quórum, debe procederse a una votación separada, produciendo el rechazo de una de estas disposiciones el rechazo de todas las demás que sean consecuencia de ella (Art. 30 LOC 18.918).

72 En su tramitación en ambas cámaras pueden surgir discrepancias entre éstas, ya sea parciales, como por ejemplo si la cámara revisora modifica disposiciones del proyecto originalmente aprobado por la cámara de origen y ésta a su vez los rechaza, o bien totales, como cuando la cámara revisora rechaza íntegramente el proyecto aprobado por la cámara de origen. Para salvar las discrepancias que pueden surgir entre una y otra cámara existen dos procedimientos: la

formación de una comisión mixta, compuesta por miembros de ambas cámaras, y el voto de insistencia.

- 73 El proyecto elaborado por una comisión mixta en caso de controversia entre ambas cámaras no puede ser posteriormente objeto de indicaciones en éstas, ni tampoco pueden ser votados por separado cada uno de sus preceptos (Art. 31 LOC 18.918). La votación en cada cámara debe reducirse a la aprobación o rechazo del proyecto como un todo, existiendo para tal efecto reglas especiales (Arts. 70 y 71 C.Pol.).
- 74 Por ‘voto de insistencia’ se entiende, en general, la segunda aprobación de un proyecto de ley, efectuada con un quórum estricto (2/3 de los presentes), que hace una cámara frente al rechazo de la otra. El voto de insistencia produce una inversión de las reglas de aprobación en la cámara que ha rechazado el proyecto. Para que el proyecto insistido por una cámara pueda ser nuevamente rechazado por la otra, ésta debe votarlo en contra por 2/3 de sus miembros presentes. De lo contrario, el proyecto se entiende aprobado.
- 75 Las reglas sobre el voto de insistencia tienen por lo tanto dos rasgos muy particulares. En primer lugar, que el quórum más alto exigido para el voto de insistencia no se refiere a los miembros en ejercicio de cada cámara sino a los miembros presentes en la sesión respectiva. Esto impide compararlo con los quórum especiales requeridos para aprobar proyectos de leyes reforzadas, que se refieren todos a los miembros en ejercicio de las cámaras.
- 76 Por otra parte, el voto de insistencia de una cámara privilegia a la minoría favorable al proyecto en la otra cámara: al exigirse el voto de los 2/3 de los miembros presentes para el rechazo del proyecto insistido, se valida su aprobación por el voto conforme de 1/3 + 1 de los miembros presentes en la sesión.
- 77 Estas peculiaridades suscitan la interrogante si este procedimiento es o no aplicable para la formación de las leyes cuya aprobación requiere los quórum especiales. La cuestión no tiene una solución manifiesta, ya que ello depende en definitiva de cuál sea el precepto estimado como ‘especial’ en este conflicto, si las reglas sobre quórum o las reglas sobre votos de insistencia. De optarse por esta segunda alternativa, habría que aceptar que bastaría con la existencia de disconformidad entre las cámaras para que no fueran cumplidos los quórum especiales exigidos por la Constitución para la aprobación de las leyes reforzadas²⁴. De optarse por la prevalencia estricta de las reglas sobre quórum, habría que concluir que no existe un procedimiento preestablecido para salvar la disparidad entre las cámaras sobre proyectos de leyes reforzadas²⁵.

²⁴ Éste es el problema antes aludido como obstáculo principal para la aplicación de los Arts. 68, 70 y 71 C.Pol. al procedimiento de reforma de la Constitución (*supra*, § 2 núm. 44).

²⁵ Cabe señalar en todo caso que la redacción del inciso final del Art. 66 C.Pol. apoya la prioridad de las reglas de quórum, ya que expresamente trata las reglas sobre votos de insistencia como una excepción sólo respecto de la regla general de aprobación por simple mayoría de miembros presentes; con ello se da a entender que las reglas sobre quórum especiales no admitirían excepciones.

78 Aprobado el proyecto por ambas cámaras -es decir, contando efectivamente con el voto favorable requerido en ambas Cámaras, o con un voto de insistencia-, pasa al Presidente de la República.

(d) Sanción.

79 Por ‘sanción’ se entiende en este contexto el acto por el cual el Presidente de la República manifiesta, en calidad de colegislador, su conformidad con el proyecto de ley aprobado por el Congreso (Art. 32 N° 1° C.Pol.).

80 La sanción puede ser expresa, si es manifestada explícitamente, o tácita, si transcurren treinta días desde la remisión del proyecto por el Congreso sin que el Presidente se manifieste al respecto (Art. 72 inciso primero C.Pol.)²⁶. La institución de la sanción tácita tiene por objetivo impedir que el Presidente de la República postergue indefinidamente la tramitación de un proyecto de ley.

81 Dentro del plazo anterior, el Presidente puede rechazar el proyecto, ya sea total o parcialmente (Art. 73 inciso primero C.Pol.); el rechazo presidencial se denomina “veto” (o también, “observación”). El veto presidencial da origen a una nueva secuencia de las etapas de discusión y aprobación en el Congreso, cuya tramitación se sujeta a reglas especiales, distinguiéndose entre la tramitación del veto total y la del veto parcial (Art. 73 inciso final C.Pol., Arts. 32 a 36 LOC 18.918).

82 En caso de veto total, el proyecto vuelve a la cámara de origen, para que ésta y posteriormente la cámara revisora voten únicamente si insisten por los 2/3 de sus miembros presentes en el proyecto de ley aprobado por el Congreso. Si en alguna cámara no se logra este quórum, se entiende terminada la tramitación, sin que el proyecto pueda convertirse en ley. Si en ambas cámaras se logra el quórum de insistencia, el proyecto de ley se devuelve al Presidente para su promulgación, sin que sea necesaria su sanción (Art. 73 inciso final C.Pol.).

83 En caso de vetos parciales, el proyecto vuelve a la cámara de origen, para que ésta y la cámara revisora se pronuncien sobre las modificaciones introducidas por el Presidente de la República. Tal como las indicaciones, los vetos parciales deben tener una relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

84 El pronunciamiento de las cámaras sobre los vetos depende del carácter de éstos. Tratándose de vetos supresivos o sustitutivos, es necesario proceder a dos votaciones separadas: primero se vota la aprobación o rechazo de cada veto, y en segundo lugar, para el caso de rechazo, se vota la insistencia en el texto aprobado originalmente por el Congreso. Tratándose de vetos aditivos,

²⁶ La regulación originaria preveía para el caso en que el Congreso cerrare sus sesiones antes que transcurran los treinta días aludidos un nuevo plazo especial de diez días contados a partir del inicio de las sesiones del período de legislatura siguiente (antiguo Art. 72 inciso primero). La LRC 20.050 derogó esta regla especial. La razón de ello se encuentra en que la misma LRC 20.050 derogó la regla constitucional que establecía el período ordinario de sesiones entre el 21 de Mayo y el 18 de Septiembre de cada año (antiguo Art. 51 C.Pol.).

sólo se vota su aprobación o rechazo (Art. 169 del Reglamento de la Cámara de Diputados, Art. 188 del Reglamento del Senado). Cada veto debe ser aprobado o rechazado en su totalidad²⁷.

- 85 Respecto de los vetos supresivos o sustitutivos que fueren rechazados pero no insistidos, no hay ley²⁸. Produciéndose el rechazo e insistencia, o, en el caso de los vetos aditivos produciéndose rechazo, se debe proceder a la promulgación del texto aprobado por el Congreso, sin que sea necesaria la sanción presidencial.

(e) Promulgación.

- 86 La promulgación es el acto por el cual el Presidente de la República deja constancia de la aprobación y sanción del proyecto de ley, y, fijando su texto, lo firma y ordena cumplir. Todo esto se hace mediante la dictación de un decreto supremo, el cual además asigna a la ley su número correlativo.
- 87 La promulgación no es, en consecuencia, un acto realizado en ejercicio de la potestad legislativa, sino de la potestad administrativa, cuya finalidad principal consiste en dar certeza al contenido de la ley -ya aprobada y sancionada- mediante la constancia de su existencia y la fijación de su texto. Promulgar la ley es un deber impuesto por la Constitución al Presidente de la República, no como colegislador, sino como órgano supremo del así denominado “Poder Ejecutivo”. En tanto acto administrativo, el decreto supremo se encuentra a su vez sometido a reglas especiales de procedimiento, que deben ser cumplidas para que la promulgación sea válida. En esta medida, la tramitación de la ley queda sometida al cumplimiento de reglas procedimentales adicionales al procedimiento establecido para el ejercicio de la potestad legislativa.
- 88 La promulgación debe hacerse dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente (Art. 75 inciso segundo C.Pol.), es decir: (a) desde que hay sanción expresa o tácita del proyecto, (b) desde que se remite al Presidente el proyecto parcialmente vetado por él, y aprobado en su redacción modificada por el Congreso, y (c) desde que se remite al Presidente el Proyecto vetado total o parcialmente por él e insistido en su redacción original por el Congreso.
- 89 El cumplimiento de este deber es controlado por el Tribunal Constitucional, mediante un procedimiento especialísimo. Dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se debió efectuar la promulgación, cualquiera de las cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio puede reclamar la omisión del Presidente de la República ante el Tribunal

²⁷ El Art. 35 LOC 18.918 establece ciertos criterios para identificar las observaciones del Presidente de la República como vetos separables para efectos de la votación en el Congreso; por lo general es el propio Presidente quien realiza esta labor, enumerando sus observaciones, lo que según la ley debe prevalecer como criterio de reconocimiento de cada veto.

²⁸ Conforme al Art. 189 inciso final del Reglamento del Senado “Cuando (...) no hubiere ley en la parte observada y ésta incidiere en una disposición principal del proyecto, quedarán también sin efecto las demás normas que sean accesorias de la parte afectada por la observación”.

Constitucional. Si el Tribunal acoge el reclamo, promulga el texto legal en su fallo (Art. 93 N° 8 e inciso decimotercero C.Pol.).

(f) Publicación.

90 La publicación es el acto por el cual la ley promulgada -junto con su decreto promulgatorio- es puesta en conocimiento de sus destinatarios de modo general. Si bien el mandato de publicación de la ley dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio es de rango constitucional (Art. 75 C.Pol.), su modo de cumplimiento se encuentra regulado por normas de rango legal, previstas en los Arts. 6° y 7° del Código Civil. Conforme a esta última disposición, la publicación de la ley tiene lugar mediante su inserción en el así denominado ‘Diario Oficial’ (Art. 7° CC)²⁹.

(g) Otras consideraciones.

91 La duración del proceso de formación de la ley es una cuestión variable, que depende básicamente del grado de controversia que originen sus disposiciones entre las cámaras o entre el Congreso y el Presidente de la República. Por regla general, los proyectos de leyes deben ser tramitados en el orden cronológico de su presentación. Sin embargo, la Constitución confiere al Presidente de la República la atribución de alterar discrecionalmente el orden de tramitación mediante su calificación como ‘de urgencia’ respecto de determinados proyectos de ley (Art. 74 C.Pol.). La urgencia puede variar en grados, y ser ‘simple urgencia’, ‘suma urgencia’ o ‘despacho inmediato’, y en tal caso cada Cámara dispone respectivamente de treinta, diez o tres días para la discusión y aprobación del proyecto (Art. 27 LOC 18.918)³⁰.

92 Como conclusión, puede señalarse que la aprobación del Congreso es necesaria para la génesis de una ley; no así la sanción del Presidente de la República, que puede no concurrir sin que ello obste a la generación válida de la ley, cumpliéndose ciertos requisitos. La posición del Presidente de la República como colegislador se ve en todo caso significativamente reforzada mediante las instituciones de la iniciativa exclusiva (*supra*, núms. 63 y 68) y la calificación de urgencias (*supra*, núm. 91).

²⁹ El Diario Oficial se publica desde el 1° de marzo de 1877 todos los días hábiles, y su edición lleva un número correlativo desde su fundación (Silva-TDC, p. 205). Interesa observar que el Art. 6° CC distingue claramente entre ‘promulgación’ y ‘publicación’ como dos requisitos que deben cumplirse copulativamente para que la ley sea ‘obligatoria’. Esta redacción no es la original del Código Civil, sino que fue establecida mediante una reforma introducida por la Ley 9.400, de 6 de octubre de 1949. En su redacción original, el Art. 6° del Código Civil confundía ambos conceptos, lo mismo que en los Proyectos (Art. 2° P-1841/45, Art. 5° P-1853, Art. 6° PI).

³⁰ Los plazos son aún más breves, para la discusión y votación en comisión mixta (diez, cuatro y un día, respectivamente) y en las cámaras, para discutir y votar el proyecto acordado por la comisión mixta (diez, tres y un día, respectivamente) (Art. 28 LOC 18.918).

g. La fijación del texto legal.

- 93 El resultado institucional del procedimiento de formación de la ley es la fijación del derecho legislado en un texto dotado de autoridad (“texto autoritativo”). Como se ha visto, ese texto es fijado por una serie de actos sucesivos:
- (a) el texto del proyecto de ley aprobado por ambas ramas del Congreso Nacional queda fijado durante la fase de aprobación, ya que la votación en particular en sala se refiere a cada uno de los artículos que comprende el proyecto;
 - (b) el proyecto aprobado por ambas cámaras se comunica al Presidente de la República mediante el envío de un texto autorizado por el secretario de la cámara respectiva, que cuenta como texto autoritativo para efectos de la sanción presidencial;
 - (c) el proyecto de ley sancionado es fijado en un texto mediante el decreto promulgatorio firmado por el Presidente de la República y el Ministro respectivo;
 - (d) el texto del decreto promulgatorio es fijado mediante su inclusión en la publicación denominada “Diario Oficial”, en cumplimiento de una orden del Subsecretario del respectivo Ministerio.
- 94 Conforme a lo anterior, la ley publicada en el Diario Oficial es un texto que se remite a otros dos textos. El Diario Oficial incluye en sus páginas el texto de un acto administrativo (decreto promulgatorio), el cual a su vez da cuenta de un texto determinado mediante un acto de ejercicio de la potestad legislativa (aprobación en el Congreso).
- 95 Para efectos de la cita del texto legal por parte de los interesados en aplicar las normas legales vale como texto autoritativo la edición del Diario Oficial. Ésta se encuentra sin embargo subordinada al texto fijado por el decreto promulgatorio. La publicación en el Diario Oficial puede ser corregida mediante un acto de “rectificación”, realizado en ejercicio de la potestad administrativa, que se publica a su vez en el Diario Oficial.
- 96 El texto del decreto promulgatorio es el texto autoritativo para todos los efectos de cita de las disposiciones legales. Su corrección no puede ser impugnada, sino mediante el procedimiento establecido para el reclamo contra la omisión de promulgación (supra, núm. 89). En este caso, cualquiera de las Cámaras o la cuarta parte de sus miembros en ejercicio disponen de treinta días a contar de la publicación para reclamar la corrección del texto promulgado ante el Tribunal Constitucional. Si el Tribunal acoge el reclamo, rectifica el texto fijado por el decreto promulgatorio (Art. 93 N° 8 e inciso decimotercero C.Pol.). Vencido este plazo, el texto fijado por el decreto promulgatorio ya no puede corregirse. Su alteración exige la aprobación de una ley modificatoria.
- 97 La Contraloría General de la República y la Editorial Jurídica de Chile editan ejemplares de los textos legales publicados en el Diario Oficial. La cita de esas ediciones también cuenta como cita de textos autoritativos. Obviamente, esas ediciones están sujetas corrección por referencia al Diario Oficial.

- 98 El hecho de que la mayor parte del derecho vigente sea derecho legislado produce como efecto institucional que en la mayoría de los casos las leyes consistan en órdenes impersonales de modificación de textos autoritativos³¹. Esta práctica legislativa antedicha hace necesario contar con ediciones actualizadas de textos, es decir, con ediciones que cumplan esas órdenes de alteración de los textos autoritativos. La Editorial Jurídica de Chile ha cumplido tradicionalmente esa labor tratándose de los textos correspondientes a los Códigos, que son una clase especial de leyes.
- 99 La propia práctica legislativa realizada durante la década pasada se aseguró de la existencia institucional de ediciones actualizadas, estableciendo al final de las leyes modificatorias de textos extensos un mandato dirigido al Presidente de la República, en orden a fijar el texto actualizado. En tanto la modificación del texto autoritativo no es más que un trabajo de edición, es decir, de suprimir o introducir oraciones conforme a las órdenes legales, su realización podía tener lugar mediante actos de ejercicio de la potestad administrativa. No obstante, la propia práctica legislativa dejó a cargo del Presidente de la República la tarea de introducir por su propia decisión aquellas modificaciones en los textos que fueren gramaticalmente necesarias para mantener su congruencia con las modificaciones introducidas por la ley. El caso más obvio es el cambio de artículos o pronombres, de singular a plural o de femenino a masculino, o viceversa. Dado que el cumplimiento de este mandato implica decidir modificaciones del texto autoritativo no establecidas explícita y específicamente por la ley, se asumió que el Presidente de la República requería delegación de la potestad legislativa para su cumplimiento. Por tal razón, las ediciones actualizadas de textos pasaron a ser efectuadas mediante decretos con fuerza de ley.
- 100 La consagración definitiva de esta práctica se encuentra en el inciso cuarto del Art. 64 C.Pol., introducido por la LRC 20.050, que autoriza derechamente al Presidente de la República para fijar mediante decretos con fuerza de ley el “texto refundido, coordinado y sistematizado” de las leyes³².

3. El Decreto con Fuerza de Ley.

a. Concepto, marco regulatorio y órganos competentes.

- 101 Por “decreto con fuerza de ley” se entiende el acto normativo efectuado (o el texto que contiene las normas jurídicas establecidas), mediante una forma especialísima de ejercicio de la potestad legislativa, realizada exclusivamente por el Presidente de la República en virtud de un

³¹ Por ejemplo, la Ley 19.645, que estableció una nueva regulación para los delitos de cohecho (soborno), dispuso la sustitución de los artículos 248 y siguientes del Código Penal. En su tenor literal, esa ley no dirigió a los tribunales la orden de aplicar tal o cual sanción en caso de realizarse tal o cual acción, sino que dispuso la modificación de un texto autoritativo.

³² Al respecto, vid. Carlos Carmona Santander, “Los textos refundidos, coordinados y sistematizados”, en: Francisco Zúñiga (coordinador), *Reforma Constitucional*. Santiago, LexisNexis, 2005, p. 771 s.

acto de delegación de la potestad legislativa, que se materializa en la dictación de una ‘ley delegatoria’. La dictación de un decreto con fuerza de ley supone, en consecuencia, un acto legislativo previo, la ley delegatoria, cuya tramitación se sujeta a todas las reglas de formación de la ley³³. La tramitación del decreto con fuerza de ley propiamente tal se sujeta a reglas especiales, sin que el Congreso Nacional intervenga en ella.

102 Las reglas para esta forma especial de ejercicio de la potestad legislativa se encuentran exclusivamente en la Constitución (Arts. 32 N° 3 y 64), y el único órgano que interviene en su ejercicio -sin contar la dictación de la ley delegatoria y el trámite de control de legalidad del DFL- es el Presidente de la República.

103 Como su denominación lo indica, pese a no ser aprobado por el Congreso, el Decreto con Fuerza de Ley tiene el mismo rango normativo y por lo tanto la misma fuerza normativa que la ley en sentido estricto (Art. 64 inciso final C.Pol.). Es decir, dentro de su ámbito de competencia, un decreto ley puede modificar o derogar normas legales, y a su vez sólo puede posteriormente ser modificado o derogado por otra norma de rango legal (o constitucional).

104 La dictación de normas de rango legal por el Presidente de la República en ejercicio de una delegación de la potestad legislativa es una excepción al principio general de la indelegabilidad de las potestades públicas (*supra*, § 1, núm 50)³⁴. La práctica de esta delegación excepcional tiene una larga y peculiar tradición en el sistema jurídico chileno. La Constitución de 1833 autorizaba al Congreso para otorgar ‘facultades extraordinarias’ al Presidente, siendo sin embargo dudoso si dentro de esta autorización podía entenderse incluido también el ejercicio de la potestad legislativa³⁵. El caso de delegación más importante en el siglo pasado fue el de la Ley de 31 de Enero de 1837, dictada con motivo de la guerra contra la Confederación Perú-boliviana, que facultó al Presidente “para usar de todo el poder que su prudencia hallare necesario para regir el Estado”. En virtud de esta delegación se dictó un gran número de cuerpos legales, dentro de los cuales estuvieron las denominadas “Leyes Marianas” (así denominadas en homenaje a don Mariano Egaña), que organizaron la estructura y funcionamiento del Poder Judicial. Esta práctica fue sin embargo duramente reprobada en su época, y de este reproche surgió la regulación de los estados de excepción constitucional³⁶. Con ocasión de la elaboración de la Constitución de 1925, se propuso y se rechazó la posibilidad que el Congreso delegara facultades

³³ La excepción se encuentra en los decretos con fuerza de ley que fijan el texto refundido, coordinado y sistematizado de una ley. Tratándose de estos actos de ejercicio de la potestad legislativa, como se ha dicho, su delegación es efectuada directamente por la Constitución (*supra*, núm. 100)

³⁴ El sistema jurídico chileno contempla además la posibilidad de efectuar una delegación de facultades legislativas con ocasión de la aprobación de un tratado internacional (*infra*, núms. 134, 135).

³⁵ Aunque el Art. 36 N° 6 C.Pol. 1833 facultaba al Congreso para “autorizar al presidente de la República para que use de facultades extraordinarias”, en virtud del Art. 160 parecía desprenderse que estas facultades se referían a materias más propiamente policiales (Silva-TDC, p. 156 y ss.).

³⁶ Por la declaración de algún estado de excepción constitucional el Presidente de la República recibe facultades administrativas -no legislativas- excepcionales destinadas a restringir el ejercicio de los derechos de las personas (Arts. 39 a 45 C.Pol., LOC 18.415). Esta regulación proviene de la reforma del Art. 36 N° 6 de la Constitución de 1833 introducida por la Ley de 13 de Agosto de 1874, posteriormente recogida en el Art. 44 N° 13 de la Constitución de 1925.

legislativas en el Presidente de la República. No obstante ello, a partir de 1927 volvió a instaurarse la práctica de la delegación de facultades legislativas y la dictación de ‘decretos con fuerza de ley’ en virtud de tal delegación, que regularon principalmente materias económicas y administrativas³⁷. Por su parte, la Corte Suprema renunció entrar a examinar la constitucionalidad de esta forma de ejercicio de la potestad legislativa, resolviendo que ella carecía de competencia para decidir si el Congreso tenía o no la facultad de delegar sus atribuciones³⁸. Finalmente, en virtud de una reforma constitucional introducida en 1970 (LRC 17.284), se facultó expresamente al Congreso para autorizar al Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre determinadas materias (Art. 44 N° 15 C.Pol. 1925). Éste es el origen de las normas constitucionales actualmente vigentes sobre esta materia.

b. Ámbito de competencia.

- 105 El ámbito de competencia del Presidente de la República en esta forma especial de ejercicio de la potestad legislativa se encuentra doblemente limitado: la Constitución establece los límites genéricos y la ley delegatoria establece sus límites específicos.
- 106 Los límites genéricos establecidos por la Constitución son en primer lugar los mismos establecidos para la potestad legislativa en general. Así, mediante un D.F.L. no se puede modificar ni derogar válidamente preceptos constitucionales, ni regular otras materias que las señaladas -directa o indirectamente- en el Art. 63 C.Pol. Además, la Constitución excluye ciertas materias de ley del ámbito de competencia delegable al Presidente. Conforme a la Constitución, el Congreso no puede delegar en el Presidente de la República facultades para legislar sobre las siguientes materias: nacionalidad, ciudadanía, elecciones, plebiscito, garantías constitucionales, materias propias de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, y materias que afecten 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 (Art. 64, incisos segundo y tercero).
- 107 Las demás limitaciones del ámbito de competencia del Presidente de la República provienen de la ley delegatoria, y pueden ser necesarias o eventuales. La limitación necesaria es aquella que la propia Constitución exige al Congreso imponer al Presidente, y consiste en delimitar las ‘materias precisas’ sobre las que recae la delegación de facultades legislativas (Art. 64 inciso cuarto); es decir, respecto de todo aquello que no corresponda a esas materias precisas el Presidente carece de competencia delegada para regularlo. Las limitaciones eventuales – ‘restricciones, limitaciones y formalidades’, en la terminología constitucional (*loc. cit.*)- son todas aquellas que el Congreso decida imponer adicionalmente, como mejor le parezca.

³⁷ Esta práctica fue además refinando la técnica de delegación, que a partir de la Ley 7.200 (1942) no volvió a darse en forma abierta e indiscriminada (vid. Silva-TDC, p. 159 y ss.).

³⁸ Silva-TDC, p. 442.

c. Procedimiento.

- 108 La tramitación de la ley delegatoria se sujeta a las reglas generales sobre procedimiento de formación de la ley (*supra*, núms. 59 y s.), con la sola salvedad que ésta es una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.
- 109 Aunque ello no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, se deduce del hecho que la Constitución no faculta directamente al Congreso para autorizar al Presidente, sino que más bien faculta al Presidente para ‘solicitar’ la autorización del Congreso. Por ‘solicitar’ cabe entender la realización de un acto formal de los correspondientes al Presidente en el marco del procedimiento de formación de la ley, como la presentación de un proyecto de ley por mensaje presidencial o la formulación de una indicación.
- 110 La tramitación del decreto con fuerza de ley es la correspondiente a los decretos supremos, con las siguientes salvedades:
- a. El Presidente de la República dispone del plazo máximo de un año para dictar los decretos con fuerza de ley que una determinada ley autorice (Art. 64 inciso primero C.Pol.);
 - b. Con ocasión del trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República (*infra*, § 4), el Presidente no tiene la facultad de insistir frente a la representación. Si decide no conformarse al criterio de la Contraloría, debe reclamar ante el Tribunal Constitucional dentro de los diez días siguientes a la representación (Arts. 93 N° 4 e inciso séptimo, 99 inciso segundo y tercero C.Pol.).
- 111 En lo que respecta a su ‘publicación, vigencia y efectos’, el decreto supremo se encuentra sometido a las mismas reglas que la ley (Art. 64 inciso final C.Pol.).

5. El Tratado Internacional.

a. Concepto de tratado internacional.

- 112 Por ‘tratado internacional’ se entiende un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional³⁹. En consecuencia, el tratado internacional es primariamente un convenio entre Estados, que cuenta como norma jurídica del derecho internacional. Además, los tratados internacionales se incorporan al Derecho interno, es decir, adquieren validez normativa directa dentro del sistema jurídico correspondiente al Estado que lo celebró⁴⁰.

³⁹ Ésta es la definición consignada en el Art. 2° N° 1, literal a) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

⁴⁰ El modo de incorporación de los tratados internacionales puede ser directo o indirecto. En el segundo caso, además de la celebración válida del tratado por parte del Estado, debe dictarse una ley (u otra forma de regulación) que establezca lo dispuesto por el tratado con carácter de norma jurídica estatal (interna). El sistema de incorporación adoptado por la regulación constitucional chilena es el directo.

113 En la tradición constitucional chilena, la representación internacional del Estado y la conducción de las relaciones con otros Estados y demás sujetos de Derecho internacional, dentro de la cual se comprende la negociación y conclusión de los tratados internacionales ha sido siempre atribución exclusiva del Presidente de la República⁴¹. La misma tradición ha exigido sin embargo que los tratados sean aprobados por el Congreso antes de su ratificación.

114 Esta aprobación del tratado internacional por el Congreso justifica su tratamiento en conjunto con las demás formas de legislación en el sistema jurídico chileno. No obstante, debe tenerse presente que se trata de una potestad normativa muy particular en el contexto constitucional, que no resulta enteramente identificable con la potestad legislativa.

115 Esta peculiaridad se expresa prácticamente en todos los aspectos de su ejercicio, como la determinación del ámbito de competencia respectivo y el procedimiento. El aspecto más problemático sin embargo es el de su rango jerárquico en el sistema jurídico. Sobre ello se volverá al final de esta sección.

b. Marco Regulatorio.

116 Las reglas relativas a la participación del Estado chileno en la generación de un tratado internacional pertenecen a dos sistemas jurídicos distintos: al derecho internacional y al derecho constitucional chileno.

117 Las reglas básicas del derecho internacional sobre generación, interpretación, aplicación y anulación de tratados internacionales fueron establecidas convencionalmente en 1969, mediante la celebración de un tratado multilateral denominado “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, de 23 de mayo de 1969, que consta de 85 artículos y que fue ratificada por Chile el 9 de abril de 1981, y publicado su decreto promulgatorio en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981.

118 Las reglas constitucionales chilenas básicas en esta materia se encuentran en los Arts. 32 N° 15 y 54 N° 1 C.Pol. Éstas son las normas que a continuación serán analizadas.

c. Órganos competentes.

119 El órgano competente para negociar, concluir, firmar y ratificar los tratados internacionales es el Presidente de la República (Art. 32 N° 15 C.Pol.).

120 El papel del Congreso Nacional se reduce a la aprobación del tratado concluido por el Presidente, como trámite previo y condición habilitante para su posterior ratificación (Arts. 32 N° 15, 54 N° 1 inciso primero C.Pol.).

⁴¹ Art. 28 N° 7 de la Constitución de 1828; Art. 82 N° 19 de la Constitución de 1833; Art. 72 N° 16 de la Constitución de 1925.

d. Ambito de competencia.

- 121 El tratado internacional puede extenderse a todas las materias que el Presidente de la República “estime convenientes para los intereses del país” (Art. 32 N° 15 C.Pol.). Los límites establecidos por la Constitución para el dominio legal (*supra*, núms. 52 s.) no son aplicables a los tratados internacionales.
- 122 Con anterioridad a la LRC 20.050, la tesis anterior resultaba de dos consideraciones. En primer lugar, porque el fin perseguido por la Constitución al limitar las atribuciones del Congreso en materias de gobierno y administración no se da en este caso, ya que el contenido del tratado es determinado en la fase de negociación por el Presidente de la República. En segundo lugar, porque la propia Constitución, al regular la institución de los “acuerdos en forma simplificada” (*infra*, núm. 132 s.), presupone que esta forma simple de tratado internacional puede regular materias de ley o no hacerlo.
- 123 La LRC 20.050 confirmó la tesis anterior, reconociendo expresamente que los tratados internacionales pueden regular materias propias del ámbito de competencia de la potestad reglamentaria. Sin embargo, la misma LRC 20.050 formula una distinción procedimental, atendiendo a la materia regulada por el tratado internacional (Art. 54 N° 1 inciso tercero):
- (a) si el tratado internacional regula materias de ley, requiere aprobación por el Congreso Nacional;
 - (b) si el tratado internacional regula materias propias de la potestad reglamentaria, no requiere aprobación por el Congreso Nacional.
- 124 La distinción constitucional está referida a “tratados celebrados (...) en ejercicio de [la] potestad reglamentaria”, término que incluye tanto la potestad reglamentaria autónoma, como la de ejecución. No obstante, en la regulación constitucional chilena la demarcación entre el ámbito de competencia de la potestad legislativa y el ámbito de competencia de la potestad reglamentaria se refiere primariamente a la potestad reglamentaria autónoma (*infra*, § 4). Por tal razón, la aplicación de esta distinción a la potestad reglamentaria de ejecución resulta altamente problemática. Tratándose de los tratados internacionales, los casos más relevantes de regulación de materias cuya calificación como pertenecientes al dominio legal o a la potestad reglamentaria de ejecución puede ser problemática corresponden a la institución de los acuerdos en forma simplificada (*infra*, núm. 132 s).

e. Procedimiento.

- 125 El procedimiento usual de celebración de un tratado internacional por parte del Estado de Chile reconoce tres etapas básicas: la negociación, la aprobación y la ratificación. La negociación y ratificación son fases reguladas por el derecho internacional. La aprobación es la fase interna de tramitación del tratado, regulada por la Constitución.

- 126 La negociación es la etapa preliminar a la celebración del tratado; su conducción es facultad exclusiva del Presidente de la República y no se sujeta a formalidades de procedimiento, salvo que las partes negociadoras así lo decidan, conviniéndolas. Por lo general, la negociación concluye con la firma del tratado.
- 127 La aprobación del tratado internacional suscrito por el Presidente de la República es atribución exclusiva del Congreso; esta aprobación debe someterse “a los trámites de una ley” (Art. 50 N° 1 inciso primero C.Pol.).
- 128 Con anterioridad a la LRC 20.050, el alcance de esta remisión a las reglas sobre formación de la ley era incierto. Conforme a una interpretación restringida, la remisión sólo se refería a las reglas relativas al trámite de “aprobación”, es decir, a la votación del proyecto de acuerdo en cada Cámara, incluyendo las reglas sobre insistencia, pero sin facultar a los diputados o senadores para realizar los demás actos característicos de la tramitación de la ley, en especial la formulación de indicaciones. Conforme a una interpretación más amplia, la remisión a las reglas sobre tramitación de la ley debía entenderse formulada tanto a la aprobación en sentido estricto como a la discusión del proyecto. La interpretación dominante en nuestro medio es la restringida⁴².
- 129 La interpretación restringida fue confirmada por la LRC 20.050. La nueva redacción de la disposición constitucional explicita que el Congreso no puede introducir modificaciones en el texto del tratado internacional sometido a su acuerdo, sino simplemente “sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas”. La razón de esta restricción se encuentra en la impracticabilidad de hacer valer en el plano internacional las modificaciones que el Congreso introdujera en el tratado, como asimismo en la alteración que ello implicaría para el principio de la exclusiva competencia del Presidente de la República respecto de la conducción de las relaciones internacionales.
- 130 La aprobación por el Congreso no obliga a la conclusión del procedimiento de generación de un tratado, que conforme a la Constitución requiere el cumplimiento de una etapa ulterior, la ratificación. Por ratificación se entiende en general el acto por el cual un Estado manifiesta formalmente su intención de aceptar un tratado internacional como obligatorio. Ésta es, tal como la negociación, una facultad discrecional del Presidente de la República. Su ejercicio se sujeta en todo caso a reglas del derecho internacional público.
- 131 La promulgación y publicación del tratado internacional no son requisitos para su validez como norma internacional, pero sí han sido considerados por la jurisprudencia chilena como requisitos para su obligatoriedad en tanto ley del sistema jurídico chileno⁴³. La LRC introdujo

⁴² Por ejemplo, Silva-TDC, p. 370 y s.

⁴³ La Ley 18.158, de 1982, establece una forma especialísima de publicación para los tratados “que sean de gran extensión” y que consiste en el depósito de un ejemplar en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en la Contraloría General de la República. La decisión de cuál forma de publicación ha de emplearse es una facultad del Presidente de la República.

una disposición que obliga a dar “debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional”. El alcance de ese deber de publicidad supuestamente se encontraría determinado en una ley, a la que esta regla se remite. Tal ley aún no existe.

132 La LRC introdujo disposiciones relativas a la derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de un tratado (Art. 54 N° 1, incisos cuarto, quinto, sexto). En conjunto, estas reglas son las siguientes:

- (a) los actos derogatorios, modificatorios o de suspensión se deben sujetar a las normas del derecho internacional;
- (b) la realización de esos actos –denuncia, retiro⁴⁴– es de competencia exclusiva del Presidente de la República;
- (c) tratándose de tratados aprobados por el Congreso, el Presidente debe “pedir la opinión” del Congreso;
- (d) en todo caso, el Presidente debe informar al Congreso de la denuncia o retiro de un tratado dentro de los quince días de efectuado dicho acto;
- (e) la excepción a lo anterior se encuentra en el retiro de una reserva tenida en consideración por el Congreso al momento de la aprobación del tratado; este acto requiere aprobación del Congreso, el cual debe pronunciarse dentro de quince días de recibida la solicitud; en caso de omisión, se entiende aprobado el retiro de la reserva;
- (f) el deber de publicidad (*supra*, núm. 131) alcanza a estos actos;
- (g) la terminación de la vigencia del tratado internacional (o de una norma suya) conforme al derecho internacional produce como consecuencia la terminación de su vigencia en el derecho chileno.

f. Acuerdos en forma simplificada.

133 Aparte del procedimiento usual, la Constitución prevé un procedimiento especial para la tramitación de los así denominados “acuerdos en forma simplificada”, y que consiste en la omisión del trámite de aprobación para aquellas “medidas o acuerdos que sean adoptadas o celebrados para el cumplimiento de un tratado” (Art. 54 N° 1 inciso tercero C.Pol.). Este procedimiento simplificado obedece a una necesidad práctica, reconocida bajo el imperio de la Constitución de 1925, que no consagraba una regla semejante. En estos casos, el Presidente de la República es el único órgano que interviene en el establecimiento de normas jurídicas que ostentan el rango de ley.

134 La aplicación del procedimiento especial recién descrito tiene sin embargo una limitación importante: las normas así establecidas no pueden regular materias propias de ley. Para estos

⁴⁴ La terminología empleada por la disposición constitucional –suspensión, denuncia, retiro– proviene de la regulación del derecho internacional (Convención de Viena, Arts. 54 y s).

casos, la Constitución de 1980 prevé una solución especial, consistente en facultar al Congreso Nacional para autorizar al Presidente, en el mismo acuerdo aprobatorio del tratado, a fin que dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para el cabal cumplimiento del tratado (Art. 54 N° 1 inciso final C.Pol.).

135 Esta delegación de facultades legislativas del Congreso al Presidente de la República es asimilada por la propia Constitución a la delegación regular que da origen a los decretos con fuerza de ley. Sin embargo, este caso especial de delegación difiere de la delegación regular en dos importantes aspectos:

- a. El ejercicio de las facultades legislativas delegadas no está sujeto a un plazo máximo de un año, sino al tiempo de duración del tratado aprobado;
- b. La delegación de facultades legislativas puede también ser efectuada a iniciativa del propio Congreso.

g. *Rango jerárquico de los tratados internacionales.*

136 La clasificación de la potestad normativa en cuyo ejercicio se generan los tratados internacionales es problemática. Como se ha podido ver, desde la perspectiva del sistema jurídico chileno en ejercicio de esta potestad normativa es posible regular materias propias del ámbito de competencia de la potestad legislativa o de la potestad reglamentaria. Por otra parte, el Art. 5° inciso segundo C.Pol. atribuye a los tratados internacionales sobre derechos humanos el carácter de límite del ejercicio de la soberanía (*supra*, § 2, núm. 57).

137 A estas consideraciones se añade el actual inciso cuarto del Art. 54 N° 1 C.Pol., introducido por la LRC 20.050 que exige conformidad al propio tratado o al derecho internacional para la validez de la derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de un tratado. Puesto que el derecho internacional obliga al cumplimiento de los tratados y no reconoce al derecho interno de cada Estado carácter justificatorio del incumplimiento⁴⁵, se tiene que conforme a esta regla ningún acto de ejercicio de potestades normativas propias del sistema jurídico podría modificar válidamente una disposición de un tratado internacional. Los tratados internacionales tendrían así una jerarquía superior a cualquier norma del derecho interno: sus normas no podrían ser derogadas, ni siquiera por leyes de reforma constitucional.

138 La razón de todas estas anomalías se encuentra en el doble carácter del tratado internacional, es decir, en su condición de norma de derecho internacional vinculante para el Estado y al

⁴⁵ Convención de Viena, Art. 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

mismo tiempo de norma de derecho interno vinculante para el respectivo destinatario⁴⁶, así como en el principio de exclusiva competencia del Presidente de la República para la conducción de las relaciones internacionales.

- 139 En virtud de la primera razón –doble carácter- es enteramente correcto considerar que el término de vigencia del tratado-norma internacional acarrea como consecuencia el término de vigencia del tratado-norma interna (*supra*, núm 132-(g)). Asimismo, es correcto considerar que una modificación del tratado-norma interna acaecida en el sistema jurídico nacional no excusa al Estado respectivo del cumplimiento del tratado-norma internacional (*supra*, núm. 137 y nota 45).
- 140 En virtud de la segunda razón –exclusividad del Presidente de la República- es congruente impedir institucionalmente que el Congreso pueda poner al Estado de Chile en una situación de incumplimiento de obligaciones internacionales en contra de la voluntad del Presidente de la República.
- 141 Lo que carece por completo de sentido desde el punto de vista del derecho interno es impedir institucionalmente al Presidente de la República –en su caso, con la aprobación del Congreso- la decisión de infringir un tratado-norma internacional y asumir ante el derecho internacional la responsabilidad resultante de ello. Considerar inconstitucional semejante decisión implica subordinar la política internacional de los gobiernos futuros a la política internacional de los gobiernos pasados. Eso es incompatible con el principio democrático (Art. 4° C.Pol.). Incurrir en responsabilidad internacional por establecer normas de derecho interno que infrinjan obligaciones internacionales es el costo de un cambio de política internacional, propio de un sistema democrático de gobierno.

4. El Decreto Ley.

a. Concepto.

- 142 Con la expresión ‘Decreto Ley’ se designa en la terminología de la cultura jurídica chilena actos normativos que, sin ser realizados en el ejercicio de la potestad legislativa tal como ha sido tradicionalmente reconocida en el Derecho constitucional chileno, pretenden sin embargo producir efectos jurídicos en todo equivalentes a los de una ley propiamente tal, o incluso de una norma constitucional.
- 143 Se trata de normas con pretensiones de validez jurídica establecidas en períodos de quiebre constitucional, por aquellas personas o grupo de personas que de hecho detentan un poder irresistible y que aspiran al reconocimiento de su calidad de titulares de la soberanía, y que por lo

⁴⁶ Cabe observar que esta doble condición es consecuencia de la incorporación directa del tratado internacional al derecho interno (*supra*, nota 40). La incorporación indirecta permite distinguir institucionalmente entre el tratado internacional y la ley (u otra regulación) que incorpora sus normas al derecho interno.

mismo pretenden que las normas por ellos establecidas tengan el efecto jurídico que el sistema usualmente reconoce a la legislación o Constitución.

144 El uso de la expresión ‘Decreto Ley’ para designar estas normas o textos autoritativos obedece en parte al formalismo de la cultura jurídica chilena, que reserva el término ‘ley’ para aquella norma o texto autoritativo establecido mediante el ejercicio regular -es decir, conforme a la tradición constitucional- de la potestad legislativa. Por otra parte, esta renuencia a emplear el término ley en un sentido amplio se basa también en consideraciones ideológicas, ya que reserva el valor simbólico del término ‘ley’ para aquellas normas susceptibles de legitimación democrática.

145 En Chile ha habido tres periodos importantes en los que se ha establecido normas jurídicas mediante decretos leyes: 1924-1925, 1933 y 1973-1981. Eso sí, la producción normativa acaecida en el último período mencionado sobrepasa con mucho la producción de los otros dos, tanto en número (más de tres mil) como en relevancia práctica de sus disposiciones.

b. Marco regulatorio, ámbito de competencia y órganos competentes.

146 Por la propia naturaleza de los decretos leyes, bajo el imperio de una Constitución no es posible señalar su marco regulatorio, ni el ámbito de las materias que ellos pueden regular, ni tampoco los órganos competentes para dictarlos. Todos estos aspectos sólo pueden ser examinados cuando una persona o grupo de personas reclama poseer potestades no reconocidas por el régimen constitucional preexistente y explícita o implícitamente manifiesta seguir ciertas reglas o parámetros en el ejercicio de estas potestades pretendidas.

147 Por la razón anterior, es improcedente definir los decretos leyes como “actos que dicta el Ejecutivo sobre materias propias de una ley, sin que en ellos intervenga para nada el Poder Legislativo”⁴⁷. Esta concepción, que subyace a la denominación ‘decreto-ley’ (‘decreto’ = acto del ejecutivo, ‘ley’ = acto del legislativo), presupone la vigencia de aquellas reglas que definen lo que haya de entenderse por ‘poder ejecutivo’ y ‘poder legislativo’. Pero semejantes reglas no son aplicables, por definición, al acto normativo en cuestión. En estricto rigor el término ‘decreto-ley’ es un sinsentido.

c.- Validez de los decretos-leyes.

148 El problema de la validez de los decretos leyes debe ser analizado desde dos perspectivas distintas: en el momento de su génesis y con posterioridad al restablecimiento del orden constitucional tradicional.

149 La determinación de la validez de los decretos leyes en el momento de su génesis es un problema similar a la determinación de la validez de la primera constitución histórica. La

⁴⁷ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, I, 4a ed. Santiago, 1992, p. 143.

dictación del decreto ley se realiza en ejercicio de potestades que se presuponen, al igual que se presupone el poder constituyente originario (*supra*, § 2 núms. 7 y 8). Desde el punto de vista de su legitimación sí que hay diferencias, pues la legitimación del poder constituyente originario descansa en la legitimidad de la democracia como forma de gobierno, mientras que la legitimación del poder de quien que dicta los decretos-leyes requiere una fundamentación distinta.

150 En lo que respecta a la validez de los decretos-leyes con posterioridad al restablecimiento del orden constitucional tradicional, ella depende de su reconocimiento o desconocimiento conforme al sistema constitucional reestablecido. Exactamente lo mismo sucede, respecto de las leyes, una vez producido el quiebre constitucional: desde el punto de vista de quienes pasan a detentar el poder, la validez de las leyes constitucionalmente establecidas depende de su reconocimiento por parte del nuevo poder soberano.

151 Lo anterior explica por qué la validez de los decretos leyes dictados durante el período 1924-25 y durante la así denominada “República Socialista” (1932) constituyó un problema jurídico en su época, mientras que la validez procedimental⁴⁸ de los decretos leyes dictados durante el Gobierno Militar (1973-1981) nunca ha sido seriamente cuestionada. La dictación de decretos leyes a principios de siglo tuvo lugar en contradicción con un contexto constitucional que volvió a regir después de la caída de los gobiernos *de facto* que dictaron dichos decretos leyes (la Constitución de 1833 reformada, la Constitución de 1925), y conforme al cual no podía reconocerse la validez de esta forma de establecimiento de normas jurídicas⁴⁹. La validez de los decretos leyes dictados entre 1973 y 1981 fue por el contrario reconocida por el nuevo contexto constitucional que los siguió históricamente (Disposiciones Primera, Segunda y Cuarta a Séptima transitorias C.Pol.), y que por lo demás se generó a partir de esos mismos decretos leyes.

⁴⁸ Se subraya el carácter procedimental de la validez que aquí se analiza porque la validez de ciertos decretos leyes dictados entre 1973 y 1981 -muy en particular el DL 2.191, que concede amnistía a los autores de delitos cometidos entre 1973 y 1978- sí ha sido impugnada, pero por razones diversas a la negación de la detentación de una potestad normativa por parte de la Junta de Gobierno. En estos casos, se impugna la validez en virtud de conflictos entre el decreto ley y ciertos tratados internacionales, cuyo rango jerárquico se postula como superior al meramente legislativo. Se trata pues de una impugnación que presupone la validez formal de los decretos leyes, pues de otro modo sería superflua.

⁴⁹ En el caso del período 1924-25, el Presidente constitucional derrocado (Arturo Alessandri Palma) incluso volvió a asumir el poder después de caída la Junta Militar que sucedió a la que lo derrocó. Sobre la validez de los decretos leyes dictados en 1932, Luis Claro Solar, Los decretos leyes y el recurso de inaplicabilidad que establece el Art. 86 de la Constitución, RDJ XXXI (1934). 1ª Sección, p.13 y ss.

§ 6. LA POTESTAD JURISDICCIONAL.

1.- *Introducción.*

En un sentido amplio, se entiende por jurisdicción el poder de afectación que un Estado puede legítimamente ejercer sobre una persona o cosa. Este concepto amplio abarca cualquier potestad pública, desde la potestad normativa más genérica del Estado -la legislativa- hasta su potestad de actuación más específica y concreta -la administrativa de ejecución-.

En un sentido más restringido se entiende por jurisdicción la potestad que tienen ciertos órganos del Estado, denominados tribunales de justicia, para resolver los conflictos de relevancia jurídica en cuya solución les corresponde intervenir¹. Esta potestad se encuentra reconocida por la Constitución en el inciso primero de su Art. 76, que dispone:

“La facultad conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.”²

En esta formulación, se distingue tres facultades específicas como elementos constitutivos de la potestad jurisdiccional: la de conocer las causas, la de resolverlas o juzgarlas, y la de hacer ejecutar lo resuelto o juzgado. Estas facultades se relacionan entre sí como fases sucesivas, razón por la cual se las denomina también como “momentos de la jurisdicción”.

La extensión de la atribución de conocer depende de la condición del tribunal en el procedimiento. Tratándose de procedimientos en los que el tribunal debe desempeñar un rol pasivo, esto es, actuar “a petición de parte”, la atribución de conocer consiste en la competencia para recibir las presentaciones de las partes, en las cuales éstas exponen sus pretensiones jurídicas y la fundamentación de derecho y de hecho en que basan sus peticiones, así como las actuaciones relacionadas con la prueba de los hechos discutidos. Tratándose de procedimientos en los que el tribunal puede o debe desempeñar un rol activo, esto es, proceder “de oficio”, la atribución de conocer se encuentra vinculada además a la competencia para realizar por su propia iniciativa actuaciones relacionadas con la prueba de los hechos pertinentes.

La atribución de juzgar consiste en la competencia para resolver el caso con efectos jurídicamente vinculantes para las partes. Esta atribución se ejerce mediante un acto denominado por lo general “sentencia”, que debe tener la estructura de un razonamiento jurídico (*supra* § 1). En este razonamiento el tribunal expone primero las peticiones y alegaciones de las partes y las actuaciones realizadas en el juicio, enuncia las consideraciones en virtud de las cuales determina el derecho aplicable al caso y los hechos que constituyen a éste que deben tenerse por probados, y expresa, mediante una orden o mandato, la solución del caso que se fundamenta como conclusión derivada de los enunciados antedichos.

La atribución de hacer ejecutar lo juzgado consiste en la competencia para ordenar y resolver acerca del cumplimiento coercitivo del mandato establecido en la sentencia como solución del caso. En el ejercicio de esta atribución, los tribunales de justicia se encuentran investidos de la potestad de impartir órdenes directas a la fuerza pública (básicamente,

¹ La definición ha sido adoptada, con algunas modificaciones, de Juan Colombo Campbell, *La jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, pág. 38.

² La disposición proviene del Art. 1º del Código Orgánico de Tribunales, de idéntico tenor.

Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones), la que tiene el deber de cumplir dichas órdenes sin poder examinar la validez de la sentencia ni oportunidad de la orden de cumplimiento (Art. 76 incisos tercero y final C.Pol., Art. 11 COT).

De las tres atribuciones que componen la potestad jurisdiccional, la fundamental es la de juzgar, de la cual deriva incluso su denominación (*juris dictio* = declaración del derecho). Las otras dos atribuciones se encuentran sin embargo íntimamente vinculadas a ella. En virtud del principio del debido proceso, la atribución de conocer es requisito de legitimidad y validez del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por su parte, la atribución de hacer ejecutar lo juzgado puede ser considerada como un requisito de la efectividad o eficacia de la potestad jurisdiccional.

En el marco de la teoría del derecho de inspiración analítica, por influencia de H.L.A Hart se denomina reglas de adjudicación a aquellas reglas secundarias que confieren la facultad para determinar, de modo revestido de autoridad, si se ha transgredido alguna norma jurídica y hacer efectiva la consecuencia de esa transgresión³. Pero ya la misma terminología de Hart indica la existencia de diferencias entre la potestad jurisdiccional y las demás potestades normativas estatales anteriormente examinadas, que corresponden a atribuciones conferidas por lo que Hart denomina reglas de cambio, esto es, reglas que confieren la facultad de introducir nuevas reglas y dejar sin efecto reglas anteriores⁴.

La elucidación de las diferencias entre el acto de establecer una norma (“creación”) y el acto de adjudicar derechos o responsabilidades conforme a una norma (“aplicación”) constituye uno de los problemas más intrincados de la teoría del derecho. Una postura paradigmática al respecto es la de Hans Kelsen, quien niega la existencia de una diferencia categorial entre la creación y la aplicación de normas en el marco de un sistema dinámico de normas, como lo es el sistema jurídico⁵. Según Kelsen, salvo por los casos extremos de la dictación de la primera constitución histórica y del acto de pura ejecución coactiva de una sentencia, todos los actos jurídicos son a la vez actos de aplicación y de creación de normas: aplican las normas que validan los efectos de dichos actos y crean las normas que corresponden al sentido del acto. Conforme a la teoría de Kelsen, entre la dictación de la primera constitución histórica y la ejecución de la sanción tiene lugar un proceso de autorrealización permanente del derecho, consistente en una concreción o individualización sostenida de los contenidos normativos. De aquí que la diferencia que existe entre el ejercicio de la potestad legislativa, por ejemplo, y de la potestad jurisdiccional, no es sino una diferencia de grado. El órgano legislador goza de un mayor grado de indeterminación (discrecionalidad en la determinación) del contenido de sus decisiones que el órgano jurisdiccional; aun así, ésta es una potestad creadora de normas.

Según Kelsen la potestad jurisdiccional es una potestad creadora de normas, al menos en cinco sentidos diversos:

- (a) El acto de aplicación de una norma jurídica preexistente implica una afirmación de la validez de dicha norma, lo cual implica a su vez la creación de una situación jurídica inexistente hasta ese momento.
- (b) La constatación del acaecimiento del supuesto de hecho previsto en la norma preexistente, que es requisito para su aplicación, también implica la creación de una situación jurídica nueva.

³ Hart, CD, pág. 121.

⁴ Hart, CD, pág. 119.

⁵ Kelsen, TPD, págs. 246 y ss.

- (c) La emisión de la orden de aplicar una sanción determinada a una persona determinada -o de ejecutar otros actos coercitivos determinados en relación con ella o con sus bienes- constituye un acto de creación de una norma jurídica individual.
- (d) La aplicación de una norma jurídica preexistente a la solución de un caso concreto requiere en mayor o menor grado de discrecionalidad del tribunal para la operación de concreción o individualización del contenido de la norma, que se encuentra en mayor o menor grado establecida de modo abstracto y general; esta operación implica la creación de derecho.
- (e) Finalmente, en los casos en que no es posible identificar una norma jurídica preexistente que sea aplicable al caso, si al tribunal no le está permitido abstenerse de juzgar, entonces debe postular -y con ello, crear del todo- la norma que aplica al caso.

Los argumentos de Kelsen tienen distinto peso. La conclusividad del primer argumento -(a)- depende de cuestiones normativas puramente contingentes en cada sistema jurídico, relativas a las atribuciones de los tribunales de justicia para resolver cuestiones de derecho y conflictos entre normas de diversa jerarquía, y a la calificación de la realización de actos jurídicos como cuestión de hecho o de derecho. Sólo cuando el tribunal que aplica una norma es competente para resolver con consecuencias generales para el sistema jurídico cualquier cuestión relativa a la validez de la norma que aplica puede el acto de aplicación tener el efecto aseverado por Kelsen. No disponiendo de tal atribución, el hecho que un tribunal aplique una norma preestablecida en la dictación de una sentencia no implica más afirmación de la validez de esta norma que la que supuso su propio establecimiento⁶.

Por el contrario, no cabe poner en duda la afirmación de Kelsen en orden a que la dictación de la orden judicial -argumento (c)- tiene el carácter de un acto jurídico que constituye una nueva situación jurídica, incluyendo la determinación del acaecimiento de uno o más hechos como su condición de validez -argumento (b)-. Con todo, resta discutible hasta dónde la orden judicial puede ser considerada como una norma jurídica en términos similares a las normas establecidas, por ejemplo, en ejercicio de la potestad legislativa. Kelsen defiende su tesis frente a la concepción de la norma jurídica como un enunciado necesariamente general y abstracto, referido a clases de personas y/o acciones, concepción que él considera un “prejuicio”⁷. Pero aún admitiendo la categoría de las normas jurídicas individuales -que incluiría no sólo a las órdenes judiciales, sino también a la gran mayoría de los negocios jurídicos o actos jurídicos de particulares-, no puede desconocerse que la sentencia judicial es un acto jurídico de características específicas que lo diferencian marcadamente de los demás actos de creación de normas.

En primer lugar, por regla general los tribunales son competentes para dictar resoluciones judiciales sólo una vez que alguien distinto del tribunal promueve un juicio, es decir, una vez que se solicita por otro su intervención en la solución de un conflicto. En otras palabras, los tribunales por regla general no se encuentran facultados para iniciar por su propia voluntad el procedimiento establecido para el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁸.

⁶ Con una diferencia de perspectivas: mientras que el órgano que estableció la norma aplicó ciertas reglas de cambio como guías de su acción para producir el efecto normativo buscado con la realización de dicha acción, el tribunal que aplica la norma así preestablecida aplica las mismas reglas de cambio, pero como criterios de reconocimiento e identificación de una norma jurídica. La diferencia de perspectivas no autoriza sin embargo a constatar un incremento de la validez de la norma establecida/aplicada.

⁷ Kelsen, TPD, pág. 248.

⁸ Por el contrario, en el ejercicio de sus potestades normativas administrativas (“facultades económicas o administrativas”: supra, § 5) los tribunales superiores de justicia actúan de propia voluntad.

En segundo lugar, el tribunal que resuelve un conflicto de intereses mediante una resolución judicial queda inhibido para modificar posteriormente su decisión (“desasimiento”: *infra*, sección 2-f). Durante un cierto plazo, su decisión sólo puede ser modificada por tribunales jerárquicamente superiores o facultados especialmente para tal efecto, y, vencido dicho plazo, la decisión pasa a ser por regla general inmodificable para cualquier órgano estatal (“cosa juzgada”: *infra*, 2-e). El desasimiento y la cosa juzgada son efectos característicos de las decisiones en que se manifiesta el momento del “juzgamiento” -es decir, lo propio de la potestad jurisdiccional- que constituyen la antítesis de los efectos usuales del ejercicio de las potestades normativas públicas, como también de las facultades normativas privadas. Tanto los órganos colegisladores como las partes en un contrato, por ejemplo, pueden modificar sus decisiones anteriores⁹.

Aparte de las innegables diferencias que existen entre los efectos de los actos de ejercicio de la potestad jurisdiccional y los efectos de los actos de ejercicio de potestades o facultades normativas, queda en pie la cuestión de hasta dónde la afirmación de un enunciado normativo como premisa del razonamiento justificatorio de una decisión judicial constituye un acto de creación de una norma jurídica, como lo sostiene Kelsen -los argumentos (d) y (e)-, si por creación de una norma se entiende la postulación de un enunciado que cumple con la condición de no ser deducible de otro enunciado preestablecido.

Cabe conceder, desde luego, que la aplicación de normas preestablecidas puede requerir en muchos casos una contribución argumentativa sustancial del juez (*supra*, § 1). En estos casos, la justificación de la premisa normativa es un problema argumentativo que el juez debe resolver (justificación externa). Lo dicho, sin embargo, dejaría a los *casos rutinarios* de ejercicio de la potestad jurisdiccional fuera de la categoría de actos creadores de normas, en el sentido indicado. En estos casos rutinarios, la justificación externa de la premisa normativa del razonamiento judicial queda satisfecha mediante la apelación a las mismas reglas de cambio en virtud de las cuales se estableció la norma que se aplica al caso, usándoselas como criterios de validez (reglas de reconocimiento).

Pero incluso en los casos de contribución argumentativa sustancial del juez son constatables diferencias básicas entre la afirmación de un enunciado normativo en el contexto de los considerandos de una sentencia y su afirmación en el contexto de la votación de un proyecto de ley, la promulgación de un reglamento o la adopción de un acuerdo. La afirmación de un enunciado normativo como premisa justificatoria de una decisión jurisdiccional requiere a su vez justificación (la aludida justificación externa), y *esta justificación es parte integrante de la decisión jurisdiccional*. Por otra parte, los argumentos que los tribunales de justicia esgrimen para justificar los enunciados normativos por ellos postulados que no son reconducibles rutinariamente a normas preestablecidas, se mantienen por regla general dentro de un repertorio relativamente restringido de formas argumentales, y tienden preferentemente a vincularse al universo de normas jurídicas preestablecidas¹⁰.

Finalmente, en los sistemas jurídicos de la tradición continental, el enunciado normativo postulado por el juez como fundamento de su sentencia no es jurídicamente vinculante para los demás tribunales, ni tampoco vincula al mismo tribunal que lo dictó para la adopción de futuras decisiones sobre casos similares. Se trataría de un caso de creación de una norma jurídica que no es jurídicamente vinculante sino para el órgano que la crea, única y

⁹ Al igual, por cierto, que los tribunales superiores de justicia en el ejercicio de sus facultades económicas o administrativas.

¹⁰ En la terminología introducida por el filósofo del derecho norteamericano, Ronald Dworkin los argumentos judiciales tienden a buscar “apoyo institucional” (*institutional support*) para los enunciados normativos postulados como fundamento de la decisión judicial.

exclusivamente respecto de la decisión para cuya fundamentación fue creada por ese mismo tribunal¹¹.

Por cierto, la última objeción expuesta no es pertinente en los sistemas jurídicos que reconocen efecto jurídicamente vinculante al precedente judicial, ya sea sólo para los tribunales jerárquicamente inferiores al que establece el precedente o incluso para él mismo (*infra*, sección 3). En estos sistemas, se puede afirmar que existen reglas o principios que atribuyen al acto de la postulación de un enunciado normativo como fundamento de una decisión judicial el carácter de acto de establecimiento de una norma jurídicamente vinculante. No obstante, como más adelante se verá, la norma así introducida al sistema jurídico dista con mucho de recibir una formulación lingüística o fijación en un texto autoritativo como la que es propia de las normas jurídicas paradigmáticamente preestablecidas en estos mismos sistemas -las normas legislativas y administrativas-, y que por lo mismo reciben la denominación de normas de derecho legislado (*statutory law*).

En virtud de las razones expuestas, en esta sección se examinará separadamente dos aspectos del ejercicio de la potestad jurisdiccional como modo de creación de normas jurídicas: la resolución judicial y el precedente judicial.

2.- *La resolución judicial.*

a.- *Órganos competentes.*

Los órganos competentes para ejercer la potestad jurisdiccional en el sistema jurídico chileno son básicamente los tribunales de justicia. La Constitución se refiere a ellos genéricamente con la denominación de “Poder Judicial” (Capítulo VI) y los subordina jerárquicamente a la Corte Suprema como principio general¹².

Entre los tribunales que integran el poder judicial así configurado se distingue los tribunales ordinarios de los tribunales especiales (Art. 5° COT). Tribunales ordinarios de justicia son los juzgados de letras, los juzgados de garantía, los tribunales orales en lo penal, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema, así como los presidentes o ministros de las cortes, que pueden actuar excepcionalmente como un tribunal. En tanto tribunales especiales, forman parte del poder judicial los juzgados de letras de menores, los juzgados de letras del trabajo y los tribunales militares.

Para que un tribunal sea órgano competente para ejercer la potestad jurisdiccional respecto de un caso determinado es indispensable que con anterioridad al advenimiento de dicho caso dicho tribunal se encuentre establecido por la ley como órgano en general competente para conocer y juzgar esa clase de casos, determinada según los criterios generales

¹¹ Kelsen no repara en este último problema porque califica a la norma “creada” por el tribunal -en el sentido de los argumentos arriba señalados con los literales (d) y (e)- como “norma individual” (IPD, p. 253). Pero esto es un error. La única norma individual que se encuentra en la sentencia corresponde a su parte resolutive -la orden judicial a que se refiere el argumento (c) de Kelsen-; el enunciado normativo afirmado por el tribunal como su fundamento no puede ser sino una norma general (al respecto efr. Eugenio Bulygin, *Sentencia judicial y creación de derecho*, en: Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 355 y ss.).

¹² Las excepciones se encuentran en el Tribunal Constitucional y los tribunales electorales (Art. 82 inciso primero C.Pol.).

de distribución de competencia. Ésta es una de las garantías constitucionales de la legalidad de la organización y competencia de los tribunales, con larga tradición en el derecho constitucional chileno¹³.

Finalmente, las partes pueden convenir en designar a una persona como juez para resolver un conflicto o litigio, el cual se denomina “juez árbitro” (Arts. 222 a 243 COT). Según si en el árbitro debe someterse o no a las reglas del Derecho vigente, se lo denomina “árbitro de derecho” o “árbitro arbitrador”¹⁴. Árbitro arbitrador puede ser cualquier persona mayor de edad y que goce de plena capacidad jurídica; árbitro de derecho sólo pueden serlo los abogados. Cualquiera sea su calidad, los jueces árbitros ejercen en plenitud la potestad jurisdiccional en lo que respecta a las atribuciones de conocer y juzgar. La atribución de hacer ejecutar lo juzgado, en cambio, sólo la pueden ejercer muy limitadamente: las medidas coercitivas o que afecten a terceros requieren siempre la intervención de los tribunales ordinarios (Arts. 635, 643 CPC).

b.- Ámbito de competencia.

El Art. 5° COT establece que corresponde a los tribunales que integran el Poder Judicial...

“...el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República...”

Esta disposición consagra la regla general de competencia para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el sistema jurídico chileno, empleando para tal efecto tres criterios de concreción:

- (a) Los tribunales son competentes para conocer de “asuntos judiciales”. Esta definición es circular, ya que asunto judicial es todo asunto cuyo conocimiento y solución es de competencia de un tribunal de justicia. Por concordancia con el Art. 1° COT (también Art. 76 inciso primero C.Pol.), puede sostenerse que por “asunto judicial” cabe entender básicamente las “causas civiles y criminales”; expresiones cuyo sentido más general es el de referirse a peticiones de constreñir a otro a dar, hacer o no hacer algo determinado (causas civiles) o a ser objeto de reproche por haber infringido una norma y soportar la inflicción de un mal a título de pena (causas criminales).
- (b) Los tribunales son competentes para conocer de asuntos judiciales del “orden temporal”: este concepto debe entenderse en un sentido opuesto al del “orden espiritual” esto es, el orden jurisdiccional eclesiástico de la Iglesia Católica Romana regido por el así denominado “derecho canónico” (católico)¹⁵.
- (c) Los tribunales son competentes para conocer de asuntos judiciales que se promuevan “dentro del territorio de la República”¹⁶.

¹³ Art. 19 N° 3 inciso cuarto C.Pol.; Art. 12 C.Pol. 1925; Art. 134 C.Pol. 1833; Art. 15 C.Pol. 1828.

¹⁴ El árbitro de derecho puede encontrarse sometido al derecho vigente tanto en lo que respecta al procedimiento como al fallo del juicio, o bien gozar de las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento y quedar sujeto a derecho sólo en cuanto al fallo. El árbitro arbitrador se sujeta a lo dispuesto por las partes y en lo demás a estándares prácticos generales (“obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren”: Art. 223 COT).

¹⁵ La fórmula del Art. 5° COT proviene del Art. 5° de la Ley de Organización de Tribunales de 1875.

¹⁶ No es necesario que los hechos que motivan o sirven de base a las pretensiones reclamadas ante el tribunal hayan ocurrido también dentro del territorio. En materia criminal la regla general es que los hechos constitutivos

Debido a la gran cantidad de órganos simultáneamente competentes para ejercer la potestad jurisdiccional en el sistema jurídico chileno, existen reglas muy detalladas para distribuir entre los distintos órganos ámbitos específicos de competencia¹⁷. Tratándose de los tribunales ordinarios, dichas reglas se encuentran en los Arts. 45, 46, 48, 50 a 53, 63, 64, 96, 98, 99 y 108 a 193 COT. Estas reglas toman en consideración cuatro aspectos o factores para determinar la competencia de los tribunales, denominados “materia”, “cuantía”, “fuero” y “territorio”.

- La *materia* es la naturaleza del asunto que debe ser conocido por el tribunal, determinada en relación con las normas jurídicas aplicables a su solución. Tratándose de los jueces de letras, por ejemplo, la ley distingue las causas civiles, las causas de comercio, las causas de minas y las causas criminales.

- La *cuantía* de una causa se determina por la pena establecida por la ley, tratándose de causas criminales, y como regla general por el valor de la cosa disputada, tratándose de las demás causas.

- El *fuero* consiste en alguna calidad especial de las partes en el proceso; como por ejemplo, si se trata de autoridades políticas, diplomáticas, judiciales o eclesiásticas.

- El *territorio* consiste en la demarcación de alguna parte del espacio sobre el que el Estado de Chile ejerce jurisdicción en sentido amplio.

Los elementos materia, cuantía y fuero determinan qué jerarquía o clase de tribunal es competente; tal determinación se denomina “competencia absoluta”¹⁸. El elemento territorio determina cuál tribunal en concreto, dentro de una misma clase o jerarquía, es el competente; tal determinación se denomina “competencia relativa”. En los asuntos civiles, la diferencia entre competencia absoluta y relativa tiene importancia desde el punto de vista de la voluntad de las partes: éstas pueden disponer (renunciar, alterar) de las reglas de competencia relativa, pero no de las reglas de competencia absoluta.

Una vez determinada la competencia absoluta y relativa de un tribunal para conocer de una causa determinada, son aplicables las así denominadas “reglas generales de competencia” de las cuales las más relevantes para nuestro interés son las siguientes:

- Regla de la radicación: cuando una causa es sometida al conocimiento de un tribunal absoluta y relativamente competente, dicha competencia pasa a ser inalterable en relación con cualquier acontecimiento posterior (Art. 109 COT).

- Regla del grado: la fijación de la competencia de un tribunal inferior para conocer en primera instancia de una causa, implica la fijación del respectivo tribunal superior para conocer de la misma causa en segunda instancia (Art. 110)¹⁹.

de delito han de ocurrir dentro del territorio, pero el derecho chileno reconoce excepciones a esa regla (principio de la extraterritorialidad, Art. 6° COT).

¹⁷ De aquí que el Art. 108 COT defina el concepto de competencia como “la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado bajo la esfera de sus atribuciones”. En estricto rigor, la facultad del tribunal es la potestad jurisdiccional o jurisdicción. Lo que define el concepto de competencia -por oposición al de jurisdicción- es su condición de ámbito específico para el ejercicio de la jurisdicción, resultante de la aplicación de diversas reglas o criterios de distribución.

¹⁸ La importancia del factor cuantía como criterio de determinación de la competencia absoluta disminuyó considerablemente, primero con la supresión de los juzgados de letras de menor cuantía (D.L. 2.416) y luego con la supresión de los juzgados de distrito y de subdelegación (Ley 18.776). Actualmente, la principal función de la cuantía es la de servir como criterio de determinación de las reglas de procedimiento aplicables al juicio.

¹⁹ Esta regla presupone el principio de la gradualidad, en virtud del cual una misma causa puede ser conocida sucesivamente por más de un tribunal, encontrándose los tribunales competentes para conocer de ella jerárquicamente subordinados. En este contexto, por “instancia” cabe entender cada uno de los grados jerárquicos de tribunales competentes para conocer todas las cuestiones de hecho o de derecho que se susciten en un

- Regla de la extensión: el tribunal competente para conocer de un asunto es también competente para conocer todas las cuestiones accesorias al juicio que se susciten durante su tramitación (Art. 111 COT). El término jurídico para designar estas cuestiones accesorias es el de “incidente” o “incidencia”.

- Regla de la ejecución: el tribunal competente para ejecutar las resoluciones judiciales dictadas en el proceso es el tribunal que la pronunció en primera o única instancia; los tribunales superiores son, no obstante, competentes para ejecutar las resoluciones que inciden en la tramitación del procedimiento seguido ante ellos (Art. 113 COT, Art. 231 CPC).

La atribución por la ley de competencia a un determinado tribunal, para conocer de una cierta clase de asuntos, conlleva para ese tribunal *el deber de conocer y juzgar* aquel asunto de esa clase que le sea sometido. La Constitución establece este deber en el inciso segundo del Art. 76, que es del siguiente tenor:

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

La disposición transcrita consagra con rango constitucional el así denominado “principio de la inexcusabilidad”²⁰, el cual, junto con el deber de fundamentación de la sentencia, constituye la base normativa del ejercicio de la potestad jurisdiccional en el sistema jurídico chileno²¹.

c.- *Procedimiento.*

El ejercicio de la potestad jurisdiccional se encuentra sometido a exigencias procedimentales que constituyen garantías para las personas que pueden verse afectadas por la decisión jurisdiccional. La norma básica para estos efectos es el Art. 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución, en los siguientes términos:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al

proceso. Lo usual en los procedimientos de doble instancia en el orden de los tribunales ordinarios chilenos es que los juzgados de letras conozcan en primera instancia y las Cortes de Apelaciones lo hagan en segunda instancia.

²⁰ La disposición proviene del Código Orgánico de Tribunales (Art. 10 inciso segundo), encontrándose sus orígenes en el Decreto Ley de 25 de Septiembre de 1837 sobre denegación de justicia. Su recepción en la Constitución, que data solamente de 1980, es un grave error de diseño institucional: nada agrega a la operatividad del principio de rango legal pero sí impide que el legislador dote a ciertos tribunales de un poder discrecional de aceptar o no el caso sometido a su consideración. Este es un poder usual en el derecho comparado, tratándose de acciones o recursos que se presentan ante los tribunales superiores del sistema, como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

²¹ Al respecto, María Angélica Figueroa Quinteros, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista*, en: *Andrés Bello y el Derecho*, Congreso Internacional realizado por el Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1982. p. 77 y ss.

legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”²²

Esta disposición recoge el así denominado “principio del debido proceso”, o, dicho de un modo más preciso, la dimensión procedimental de la garantía del debido proceso²³, estableciendo como exigencias: (a) la necesidad de un proceso previo, (b) la fundamentación de la sentencia en las actuaciones del proceso; (c) la conformidad de ese proceso a la ley, y (d) la racionalidad y justicia de la regulación legal del procedimiento.

Esta última exigencia omite deliberadamente la precisión de los requisitos cuya satisfacción hace “racional” y “justo” un procedimiento jurisdiccional, para no producir un efecto limitativo del desarrollo jurisprudencial de este principio. La historia fidedigna de su establecimiento y su concordancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile permiten no obstante dotar al principio de un contenido mínimo bastante evidente, el cual incluye la independencia e imparcialidad del tribunal, el conocimiento de las pretensiones formuladas por la contraparte y de sus pruebas, la oportunidad de presentar descargos y rendir prueba, disponiendo para ello de un plazo razonable, y, en los asuntos criminales, la presunción de inocencia y la exención de autoinculpación²⁴.

La legislación chilena contempla una gran diversidad de procedimientos mediante los cuales puede ejercerse la potestad jurisdiccional, vinculando por lo general la procedencia del procedimiento aplicable a los criterios de la materia y cuantía del asunto. Así, a la distinción general entre causas civiles y criminales corresponde la distinción fundamental entre los procedimientos civiles y los procedimientos criminales, que da origen a la doble codificación del derecho procesal en materia de procedimientos (Código de Procedimiento Civil y Código Procesal Penal)²⁵. Ambos Códigos establecen un procedimiento general, denominado “juicio ordinario”, en el caso civil, y “juicio oral” en el caso penal, procedimientos especiales y reglas comunes a toda clase de procedimiento. Las reglas comunes del procedimiento civil son también aplicables, como reglas supletorias, al procedimiento penal (Art. 52 CPP). Además de los procedimientos regulados en estos dos Códigos existe un número considerable de procedimientos especiales, regulados en otros cuerpos legales, como por ejemplo, los

²² Las Constituciones de 1833 y de 1925 sólo garantizaban al “condenado” el derecho a ser “juizado legalmente” (Art. 133 C.Pol. 1833, Art. 12 C.Pol. 1925). La actual disposición constitucional procede del Acta Constitucional N° 3 (Art. 1° N° 3° inciso quinto), salvo por la expresión “y una investigación” (más el carácter plural de las expresiones que la siguen), que fue introducida por la LRC 19.519, de 1997 (*infra*, nota 24).

²³ La garantía del debido proceso ha recibido un desarrollo jurisprudencial especialmente intenso en el derecho norteamericano, donde se distingue entre el “contenido procedimental” y el “contenido sustantivo” de dicha garantía. El contenido sustantivo del debido proceso se manifestó ente 1905 y 1934 en sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que revisaban la legislación restrictiva de la libre empresa, y, a partir de 1965, en sentencias que revisan leyes restrictivas del libre ejercicio de derechos no económicos (intimidad, autonomía personal). En la tradición jurídica europea continental, el “contenido sustantivo” del principio del debido proceso es desarrollado con ocasión de los derechos específicos -vida privada, libre ejercicio de la actividad económica-, y en aplicación del principio del libre desarrollo de la personalidad como principio más general.

²⁴ La disposición constitucional garantiza también una “investigación racional y justa”. Esta garantía fue introducida con ocasión de la reforma procesal penal. Su incorporación es un error. La garantía del debido proceso es una garantía del juicio, no de la investigación. La investigación en asuntos criminales debe respetar otras garantías, vinculadas a derechos específicos y al principio de culpabilidad (concretado en la presunción de inocencia).

²⁵ El Código Procesal penal regula el procedimiento introducido en Chile por la reforma procesal penal (Ley 19.696, de 2000). Con anterioridad, el procedimiento para conocer de los asuntos criminales se encontraba regulado en el Código de Procedimiento Penal (1894).

procedimientos laborales (Código del Trabajo), de justicia militar (Código de Justicia Militar) y de policía local (Ley 18.287).

En todos los procesos puede suscitarse una controversia en relación con cuestiones accesorias al debate principal. La controversia sobre una cuestión accesoria recibe el nombre de “incidente”. En los procedimientos civiles, el incidente se desenvuelve en un proceso paralelo al proceso principal, sujeto a reglas simples de procedimiento, que permiten no obstante discusión y, eventualmente, prueba de los hechos (Arts. 82 a 91 CPC). La decisión de esta controversia accesoria por el tribunal puede tener lugar antes de la sentencia o en la sentencia misma, junto con la decisión de la controversia principal. En los procedimientos penales los incidentes se resuelven inmediatamente en la audiencia en que son promovidos (Arts. 38, 290 CPP).

aa. Procedimiento civil.

Los procedimientos civiles se clasifican a su vez en procedimientos declarativos y procedimientos ejecutivos, según si tienen por objeto el ejercicio de la potestad jurisdiccional en su fase o momento de conocimiento y juzgamiento (procedimientos declarativos) o prioritariamente de ejecución de lo juzgado (procedimientos ejecutivos).

Los procedimientos civiles declarativos tienen por finalidad la declaración por parte del tribunal de una obligación de dar, hacer o no hacer, que debe ser cumplida por una parte (demandado) en favor de la otra parte (demandante). Junto con el procedimiento civil declarativo de aplicación general *-juicio ordinario* (Libro II CPC)-, que se aplica también con modificaciones a asuntos de menor cuantía (Arts. 698 a 702 CPC), el Código de Procedimiento Civil contempla como principales procedimientos declarativos especiales al *juicio de mínima cuantía* (Arts. 703 a 738 CPC) y al *juicio sumario* (Arts. 680 a 692 CPC). Estos procedimientos especiales buscan simplificar y concentrar los trámites del juicio, para acelerar su resultado.

No obstante las grandes diferencias de reglamentación que distinguen a los procedimientos civiles declarativos entre sí, todos ellos tienen una estructura elemental común que reconoce tres fases o etapas procedimentales:

- la etapa o fase de *discusión*, en la cual las partes enuncian y fundamentan sus pretensiones, ofreciendo medios de prueba para sus aserciones relativas a hechos;
- la etapa o fase de *prueba*, en la cual las partes, terceros y el tribunal realizan actuaciones para probar las aserciones relativas a hechos que se hubieren formulado y respecto de las cuales las partes estuvieren en contradicción; y,
- la etapa o fase de *sentencia*, en la cual el tribunal resuelve el asunto, haciéndose cargo de los argumentos de hecho y de derecho formulados por las partes, justificando los hechos que tiene por probados y las normas que considera aplicables, y decidiendo el caso mediante la declaración de la existencia o inexistencia de una o más obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Los procedimientos ejecutivos contemplados por el Código de Procedimiento Civil son básicamente tres. El así *cumplimiento incidental del fallo* es el procedimiento que se sigue cuando se solicita la ejecución de la sentencia al mismo tribunal que la dictó en primera instancia (Arts. 231 a 241 CPC), el cual es competente según la regla de la extensión. El *juicio ejecutivo* es el procedimiento que se sigue cuando se solicita la ejecución de una sentencia o de un equivalente jurisdiccional, y presenta diferencias según si se trata de la ejecución de una obligación de dar (Arts. 434 a 529 CPC) o de una obligación de hacer o no hacer (Arts. 530 a 544 CPC).

bb. Procedimiento penal.

El Código Procesal Penal contempla procedimientos destinados solamente a justificar la condena por la comisión u omisión de una acción constitutiva de delito y a determinar la pena o la medida de seguridad aplicable como consecuencia. Para la ejecución de la pena no existe un procedimiento regulado por ley, equivalente a los procedimientos ejecutivos civiles, a pesar de que se trata de una materia mucho más relevante desde el punto de vista de los derechos de las personas involucrados.

El Código Procesal Penal distingue entre la *investigación* y el *juicio*, distinción que es formulada también por la Constitución. La investigación se encuentra a cargo del Ministerio Público (Art. 83 C.Pol., Art. 3° CPP). Las actuaciones durante la investigación que impliquen una afectación de derechos constitucionales deben ser autorizadas por un tribunal denominado juzgado de garantía (Art. 9° CPP); esto abarca tanto las medidas de investigación (por ejemplo, entrada y registro en lugares cerrados, interceptación de comunicaciones telefónicas), como las medidas cautelares (por ejemplo, prisión preventiva, embargo).

La investigación puede finalizar en una declaración del Ministerio Público de que no acusará (sobresimiento, decisión de no perserverar) o en una acusación²⁶. La formulación de acusación da lugar a un trámite especial, la audiencia de preparación del juicio oral. En esta audiencia el Ministerio Público expone sus cargos y sus pruebas ante el juez de garantía y la defensa, pudiendo corregirse errores formales de la acusación, plantearse ciertas objeciones a la procedencia del juicio, excluirse algunas pruebas y acumularse o separarse los cargos para dar origen a un mismo juicio o a juicios distintos. Por regla general la audiencia termina con la redacción por el juzgado de garantía de una resolución denominada auto de apertura del juicio oral (Art. 277 CPP).

El juicio tiene lugar ante un tribunal denominado tribunal oral en lo penal, compuesto por tres miembros. Todas las actuaciones son orales y deben efectuarse en presencia del tribunal. El procedimiento sigue las etapas ya conocidas: primero se expone la acusación y luego la defensa; posteriormente se produce la prueba en juicio, siempre con derecho a la contraexamen; finalmente, el tribunal dicta su resolución, que puede ser de condena o absolución, y, si hay condena, el tribunal debe determinar la pena aplicable al condenado. El juicio oral presenta la peculiaridad de que una vez terminada la fase de prueba se abre una fase adicional de presentación de argumentos por las partes, a modo de conclusiones relativas a la discusión y prueba (el así denominado “alegato final”: Art. 338 CPP)²⁷

Además del juicio oral, el Código Procesal Penal contempla procedimientos especiales: el procedimiento simplificado, el procedimiento monitorio y el procedimiento abreviado (Arts 388 a 399, 406 a 415 CPP). Todos ellos consisten en simplificaciones del procedimiento propio del juicio oral y se efectúan ante el juez de garantía²⁸.

²⁶ También existe la posibilidad de una “salida alternativa” al juicio, que puede consistir en la suspensión condicional del procedimiento o bien en un acuerdo reparatorio entre el imputado y el ofendido, cumpliéndose en ambos casos diversas condiciones (Arts. 237-246 CPP).

²⁷ En el procedimiento civil las partes disponen de un plazo de diez días, una vez terminada la fase de prueba, para formular observaciones por escrito acerca de la prueba rendida (Art. 430 CPC).

²⁸ Existen ciertos delitos que conforman la clase de los “delitos de acción privada”, respecto de los cuales el proceso sólo puede iniciarse mediante querrela de la víctima (Art. 55 CPP). Para estos delitos se prevé un procedimiento especial (Arts. 400-405 CPP).

d.- *La sentencia.*

Análíticamente considerado, el juicio o proceso es un conjunto complejo de actos de habla sucesivos, relacionados entre sí. Básicamente, estos actos pueden ser realizados por tres categorías de agentes: (a) las partes principales o “partes” en sentido propio y estricto, denominados “intervinientes” en el proceso penal, (b) personas que no son partes -los “terceros”- y (c) el tribunal. Los actos mediante los cuales los tribunales de justicia ejercen la potestad jurisdiccional en el marco del proceso son denominados “resoluciones judiciales”.

El Código de Procedimiento Civil (Art. 158) distingue cuatro clases de resoluciones judiciales, atendiendo a su finalidad y a sus efectos en el proceso. Tales son:

- Los *decretos, providencias o proveídos*: éstas son las resoluciones que tienen por finalidad llevar adelante la tramitación del proceso (“determinar o arreglar la substanciación del proceso”, en la terminología del Código), sin encontrarse en alguno de los casos especiales que corresponden a las categorías (b) y (c). En general, puede afirmarse que los decretos, providencias o proveídos son las resoluciones judiciales mediante las cuales el tribunal ejerce la facultad de “conocer” o de “hacer ejecutar lo juzgado”. El ejercicio de la facultad de “juzgar” se hace mediante las demás clases de resoluciones judiciales.

- Los *autos*: así son denominadas por regla general las resoluciones que resuelven incidentes, siempre y cuando no produzcan los efectos de las resoluciones denominadas “sentencias interlocutorias”.

- Las *sentencias interlocutorias*, que se subdividen a su vez en dos clases: Las sentencias interlocutorias de la primera clase son aquellas que fallan un incidente estableciendo derechos permanentes en favor de la partes. Las de la segunda clase son las que resuelven sobre algún trámite que debe servir de base para una sentencia definitiva o para una sentencia interlocutoria de la primera clase.

- Las *sentencias definitivas* son las que ponen fin a la instancia, resolviendo el asunto que ha sido el objeto del proceso.

Esta clasificación legal de las resoluciones judiciales tiene importancia práctica en varios sentidos. Para nuestros intereses, la consecuencia más relevante es la diversa intensidad con que la ley exige la fundamentación de la resolución. Por su importancia, la sentencia definitiva es la resolución judicial sometida a la mayor exigencia de fundamentación. Tratándose de las sentencias definitivas dictadas en procesos civiles de mayor o menor cuantía, estas exigencias se encuentran establecidas en el Art. 170 CPC, que es del siguiente tenor²⁹:

“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:

- 1° La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio, profesión u oficio;
- 2° La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos;
- 3° Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado;

²⁹ Las principales disposiciones análogas se encuentran en los Arts. 640 y 725 CPC (juicio seguido ante árbitro arbitrador y juicio de mínima cuantía, respectivamente), en los Arts. 458 y 459 literal e) del Código del Trabajo (juicio laboral de mayor y menor cuantía, respectivamente).

- 4° Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;
- 5° La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y
- 6° La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.”³⁰

Para efectos de su análisis, estos componentes de la sentencia definitiva son agrupados en tres partes: (a) la parte expositiva, (b) la parte deliberativa, y (c) la parte dispositiva o resolutive.

La *parte expositiva* se encuentra formada por el contenido de la sentencia exigido por los numerandos 1°, 2° y 3° del Art. 170 CPC. En esta parte, normalmente vinculada a la expresión formal “vistos”, la sentencia individualiza a las partes en el juicio y precisa el objeto del juicio atendiendo a las peticiones de las partes. También es usual incluir en la parte expositiva una breve descripción de las actuaciones realizadas en el proceso. La relevancia práctica de la parte expositiva radica en que ella impone al juez deberes positivos (mandatos) y negativos (prohibiciones) que debe satisfacer en su decisión. Por una parte, el juez debe pronunciarse respecto de cada una de las peticiones formuladas por las partes; por otra parte, él no puede decidir cuestiones que las partes no hayan sometido a su conocimiento.

La *parte considerativa o deliberativa* de la sentencia -los “considerandos”- contiene el fundamento justificatorio de la decisión del tribunal, esto es, los elementos exigidos por los numerandos 4° y 5° del Art. 170 CPC. Estas normas imponen al juez dos deberes distintos: (a) expresar en la sentencia la o las razones justificatorias de su decisión en relación al derecho aplicable y a los hechos que se dan por probados (N° 4) y (b) citar las disposiciones legales, o en su defecto los principios de equidad (N° 5)³¹. La importancia de la parte deliberativa radica en que es en ella donde se encuentra la vinculación de la decisión jurisdiccional al derecho vigente.

La parte dispositiva o resolutive es la que contiene la decisión del tribunal. Como ya se ha visto, en ella el tribunal debe pronunciarse sobre todas las peticiones de las partes, pero sólo sobre ellas. Además, si se trata de un proceso complejo, en el que han sido sometidas al tribunal diversas cuestiones, las decisiones que recaen sobre ellas deben ser coherentes entre sí.

³⁰ La fuente histórica del Art. 170 CPC se encuentra en el Art. 3° de la Ley sobre modo de acordar y fundar las sentencias de 12 Septiembre 1851, del siguiente tenor: “Toda sentencia definitiva o interlocutoria de primera instancia y las revocatorias de otro Tribunal o Juzgado contendrán: 1° La designación precisa de las partes litigantes; 2° La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante, i de las defensas o excepciones alegadas por el demandado; 3° Los hechos i las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de ley, i a falta de una i otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia; 4° La decisión del asunto controvertido.”

³¹ La expresión “principios de equidad” no tiene un sentido claro. Ella puede entenderse referida tanto a los principios generales del Derecho como a las razones prácticas generales (= razones de equidad natural, razones morales sustantivas). El hecho de que el Art. 170 N° 5 consagre un deber de cita lleva a considerar la expresión en el primer sentido indicado, ya que los principios jurídicos reciben por lo general de parte de la doctrina y la jurisprudencia una formulación más o menos fija y una denominación más o menos precisa, requisitos necesarios para “citar” un enunciado.

Los requisitos de la sentencia definitiva en el proceso penal son semejantes a los anteriores. Conforme al Art. 342 del Código Procesal Penal la sentencia definitiva dictada en un juicio oral debe contener³²:

- “a) La mención del tribunal y la fecha de su dictación la identificación del acusado y la de el o los acusadores;
- b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación reclamare en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado;
- c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;
- d) Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo;
- e) La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar;
- f) El pronunciamiento sobre las costas de la causa, y
- g) La firma de los jueces que la hubieren dictado.”

Como se puede apreciar, la parte expositiva de la sentencia definitiva penal corresponde a los requisitos a) y b); la parte deliberativa, a los requisitos c) y d); y la parte dispositiva, a los requisitos e) y f).

Dos observaciones merece esta disposición.

La primera es que, tratándose de una sentencia definitiva condenatoria es necesario, además de la resolución que condena que ella contenga dentro de su parte dispositiva la determinación de la pena aplicable (Art. 348). Dado que este contenido adicional requiere también de fundamentación, y que esa fundamentación no se restringe necesariamente a las consideraciones de hecho o de derecho que sirvieron de fundamento a la condena, el tribunal puede abrir un debate especialmente destinado a que las partes presenten sus peticiones y antecedentes (Art. 343 inciso cuarto CPP)³³.

La segunda es que la actual regulación procesal penal omite el deber de cita que caracteriza a la regulación procesal civil (Art. 170 N° 5) y que la regulación procesal penal anterior a la reforma reproducía en términos muy semejantes³⁴. El hecho de que este deber de cita se haya demostrado prescindible es una buena razón para sostener, como arriba se hizo,

³² La disposición análoga para el procedimiento abreviado se encuentra en el Art. 413 CPP.

³³ El pronunciamiento de la sentencia definitiva en el juicio oral tiene lugar en dos momentos: (a) el pronunciamiento oral, que debe tener lugar en la misma audiencia del juicio o a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes a su término (Art. 343 CPP); (b) su fijación por escrito y lectura en audiencia especialmente destinada a ese efecto (Art. 346 CPP).

³⁴ Código de Procedimiento Penal (1894): “Art. 500. La sentencia definitiva (...) contendr(á): ... 6° La cita de las leyes o principios jurídicos en que se funda el fallo”.

que la referencia legal a las razones normativas justificatorias de la sentencia se encuentra en la expresión “consideraciones de derecho” (Art. 170 N° 4).

e.- *La cosa juzgada.*

En la parte resolutive de la sentencia definitiva se encuentra la manifestación de voluntad con sentido normativo del tribunal en virtud de la cual se constituye una nueva situación o estatus jurídico entre las partes en juicio en relación con el objeto del mismo. Este nuevo estatus se caracteriza por la calidad de exigible, indiscutible e inmodificable que tiene la decisión del tribunal, esto es, por producirse respecto de ella lo que se denomina como “efecto de cosa juzgada”.

Para que una sentencia definitiva -o interlocutoria- en un juicio civil produzca efecto de cosa juzgada es necesario sin embargo que no sea posible obtener su modificación. Conforme al Art. 174 CPC, para que una sentencia se encuentre en esa condición es necesario que sea notificada a las partes y que se cumpla cualquiera de estos tres supuestos:

- (a) que conforme a las reglas de procedimiento aplicables “no quepa recurso alguno en contra de ella” (de la sentencia); en otras palabras, que las reglas de procedimiento no otorguen a las partes la facultad de solicitar su modificación; o bien,
- (b) que, cabiendo recursos en su contra, se encuentren “vencidos los plazos para interponerlos, sin que las partes los hayan hecho valer, esta circunstancia debe ser certificada, tratándose de las sentencias definitivas; o bien,
- (c) que, habiéndose interpuesto uno o más recursos en su contra, éstos se encuentren terminados, se haya decretado el cumplimiento de la sentencia y se haya notificado este decreto.

Cumpliendo cualquiera de estos supuestos, se dice de la sentencia que se encuentra “firme o ejecutoriada”.

Conforme al Art. 175 CPC, las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada. Esta disposición clasifica los efectos de exigibilidad e indubitabilidad de la decisión jurisdiccional desde la perspectiva de la protección de los intereses de la parte favorecida por la decisión. El efecto que protege el interés en exigir el cumplimiento de la sentencia se denomina “acción de cosa juzgada”. El efecto que protege el interés en evitar un nuevo juicio sobre el mismo asunto se denomina “excepción de cosa juzgada”.

En virtud de la *acción de cosa juzgada*, la parte en cuyo favor se declaró un derecho en el juicio tiene el derecho de solicitar el cumplimiento de la sentencia o su ejecución. Como ya se ha visto, la ejecución de la sentencia puede ser solicitada al mismo tribunal que la dictó en primera instancia, dentro del plazo de un año (cumplimiento incidental del fallo), o al tribunal competente conforme a las reglas generales (juicio ejecutivo).

En virtud de la *excepción de cosa juzgada*, quien es demandado en un juicio puede alegar en contra de la demanda el hecho que la cuestión ya se encuentra decidida por un tribunal, invocando esta sentencia en su favor. La excepción de cosa juzgada es una defensa del demandado especialmente protegida por las reglas de procedimiento: ella puede invocarse antes y después de contestar la demanda, también después de la etapa de prueba y hasta en la segunda instancia.

Tratándose de la sentencia definitiva en el proceso penal (juicio oral), sus efectos dependen de su carácter: la sentencia absolutoria produce efectos inmediatos favorables al acusado, aunque no se encuentre ejecutoriada (Art. 347 CPP). La sentencia condenatoria, en

cambio, sólo puede ejecutarse válidamente cuando se encuentra firme o ejecutoriada (Art. 468 CPP). La sentencia penal firme produce también la *excepción de cosa juzgada*: ésta es una de las objeciones a la procedencia del juicio que pueden plantearse en la audiencia de preparación del juicio oral (Arts. 1º inciso segundo, 264-c CPP). La importancia de este efecto de la cosa juzgada penal es tal, que tiene el rango de uno de los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales³⁵.

El efecto de cosa juzgada no se produce de modo indiscriminado.

En el caso de la sentencia firme civil, la excepción de cosa juzgada no puede ser alegada por cualquiera o en contra de cualquiera. La *relatividad* de la cosa juzgada civil consiste en que, en tanto excepción, ella sólo puede ser alegada cuando se da la misma relación que existió en el juicio en el que fue dictada la sentencia que se invoca. Esta relación es denominada “triple identidad de cosa juzgada” porque el Código de Procedimiento Civil (Art. 177) exige su constatación desde tres puntos de vista:

- (a) en relación con las partes en uno y otro juicio (“identidad legal de personas”);
- (b) en relación con el objeto de la petición formulada en uno y otro juicio (“identidad de cosa pedida”), y
- (c) en relación con el fundamento jurídico de la petición en uno y otro juicio (“identidad de causa de pedir”, definida como “el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”).

En el sistema jurídico chileno existen sin embargo algunas excepciones al principio de la relatividad de la cosa juzgada civil, en lo que se refiere a la relación de identidad de personas. En algunos casos, las reglas jurídicas asignan a la parte resolutive de una sentencia un efecto vinculante para cualquier persona, haya sido o no parte en el juicio en el que fue dictada. El principal ejemplo de una sentencia que produce un efecto absoluto de cosa juzgada se encuentra en el Art. 315 del Código Civil, que extiende a cualquier persona los efectos de la sentencia que resuelve una petición de declaración de filiación legítima, si se cumplen ciertas condiciones (Art. 316 CC).

En el caso de la sentencia firme penal, la identidad de cosa juzgada se relaciona con dos aspectos: (a) la identidad entre el condenado o absuelto en el juicio anterior y el acusado; (b) la identidad de “los hechos” o “el delito” que fueron objeto de la sentencia anterior y la acusación.

Finalmente, cabe señalar que el principio de la intangibilidad o inmodificabilidad de la sentencia en virtud del efecto de cosa juzgada también tiene excepciones. El sistema jurídico chileno establece un procedimiento de “revisión” de sentencias firmes civiles (Arts. 810 a 816 CPC) y de sentencias firmes criminales condenatorias (Arts. 473 a 480 CPP). En general, la revisión procede en casos en que se comprueba con posterioridad a la sentencia la falsedad de algunos medios de prueba que fueron determinantes para su dictación, como por ejemplo, si se condena a los testigos por falso testimonio o se comprueba la falsedad de los documentos hechos valer como prueba. El Código Procesal Penal abre aún más la posibilidad de revisar una sentencia por razones de prueba, permitiéndolo en caso de ocurrir o descubrirse algún hecho o aparecer un documento, con posterioridad a la sentencia condenatoria, que basten para establecer la inocencia del condenado (Art. 473-d CPP).

En el Código de Procedimiento Civil existe además una causal de revisión que constituye tanto una excepción como una confirmación del efecto de cosa juzgada. Es el caso

³⁵ Se lo denomina como principio de *ne bis in idem* (= “para no incurrir en lo mismo dos veces”): Art. 14-7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), Art. 8-4 Convención americana sobre derechos humanos –Pacto de San José de Costa Rica- (1969).

de haberse dictado sentencia en contra de otra sentencia anterior, que produjo cosa juzgada, pero que no fue alegada oportunamente en el juicio. Este es un caso de conflicto entre dos sentencias que aspiran a producir el efecto de cosa juzgada, en que la preferencia por la más antigua es vista como la solución más congruente con la institución de la cosa juzgada.

El Código Penal, finalmente, establece un deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, que produce efectos incluso respecto de los condenados por sentencia firme (Art. 18 inciso tercero). Este es un caso en que el principio que prohíbe al Estado afectar excesivamente los derechos de las personas prevalece sobre la institución de la cosa juzgada.

f. El desasimiento.

La dictación de una sentencia definitiva –o interlocutoria- produce también efectos para el propio tribunal que la dictó en el contexto del juicio en que tuvo lugar su dictación. Una vez notificada a las partes la sentencia queda prohibido al tribunal alterarla o modificarla. Este caso tan particular de intangibilidad de la sentencia –independiente del efecto de cosa juzgada y relativo- se denomina “desasimiento” y se encuentra establecido en el Art. 182 CPC.

3.- El precedente judicial.

a.- El principio de la relatividad de las sentencias.

El inciso segundo del Art. 3° del Código Civil chileno consagra el así denominado “principio de la relatividad de las sentencias”, en los siguientes términos:

“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”.³⁶

La disposición del inciso segundo es usualmente considerada como una regla referida al efecto relativo de la cosa juzgada³⁷. Ello constituye un error. El principio de la relatividad de la sentencia no se refiere a la parte resolutoria de la sentencia, sino a su parte considerativa. Conforme a este principio, la afirmación que un tribunal hace de un enunciado normativo como enunciado conforme al derecho vigente, para justificar jurídicamente su decisión, no es vinculante para otros tribunales, ni para ese mismo tribunal en otro juicio.

Esta concepción del Art. 3° inciso segundo CC se encuentra conforme con el contexto sistemático de la disposición. El Art. 3° CC distingue entre la interpretación auténtica (inciso

³⁶ La disposición se encuentra en el Proyecto inédito de Código Civil, Art. 3 inciso segundo: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las controversias particulares en que se pronunciaren”, y se remonta al Proyecto de Código Civil de 1853, Art. 8° inciso segundo: “Las decisiones de los tribunales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las controversias particulares que se pronunciaren”. Andrés Bello cita como fuentes de esta disposición el Art. 8° del Código Civil de la Louisiana y el Art. 8° del Código Civil francés.

³⁷ Así por ejemplo, Colombo, *op. cit.*, págs. 122-123.

primero) y la interpretación doctrinal en su manifestación jurisprudencial (inciso segundo). En ambos casos existe una decisión declarativa del sentido de una disposición, es decir, la afirmación de un enunciado normativo. Sin embargo, sólo la decisión interpretativa del legislador es jurídicamente vinculante. La decisión interpretativa de un tribunal -como cualquier otro considerando de derecho de su fallo- solamente impone a ese mismo tribunal el deber de fallar el caso de modo coherente con su fundamento.

El principio de la relatividad de las sentencias es ciertamente congruente con la configuración de un sistema jurídico legalista, como el que inspiró al movimiento de la codificación. Sin embargo, este principio, con su distinción categorial entre normas legales generalmente obligatorias y razones judiciales desprovistas de obligatoriedad general tiene raíces mucho más profundas en la tradición del derecho continental romano-germánico, y que se remontan hasta el Código de Justiniano³⁸.

No obstante esta ilustre ascendencia del principio de la relatividad de las sentencias, es claro que su invocación encuentra un límite en la prohibición de discriminación. Habría discriminación cuando un mismo tribunal diera a dos casos similares un tratamiento diferente sin justificar esta diferencia en las particularidades del caso. Frente al trato discriminatorio, la parte agraviada puede reaccionar invocando el principio del debido proceso -que, por como consecuencia del deber de fundamentación, proscribire la discrecionalidad- y el derecho a la igualdad ante la ley, que prohíbe a los órganos del Estado hacer diferencias arbitrarias en el trato que dan a las personas.

b.- *La doctrina del stare decisis*³⁹.

El extremo opuesto al principio de la relatividad de las sentencias se encuentra en la doctrina del *stare decisis*. Conforme a esta doctrina, las consideraciones o razones que efectivamente sirvieron de fundamento para la decisión de un tribunal, pasan a ser obligatorias como “precedentes”, al menos para los tribunales jerárquicamente subordinados a ese tribunal. Éste es el principio que rige en el derecho común (*common law*) de la tradición jurídica angloamericana, por esta razón también denominado “derecho del caso” (*case law*)⁴⁰.

La comprensión del precedente judicial como modo de creación del derecho por la propia doctrina inglesa y norteamericana históricamente ha dado lugar a una intrincada discusión. La teoría clásica del precedente judicial, defendida por autores como Edward Coke (1552-1634) y William Blackstone (1723-1780), consideraba al precedente mismo -es decir, al acto adjudicatorio del tribunal- no como un acto constitutivo del derecho, sino sólo como una

³⁸ Codex 7, 45, 13.

³⁹ Para la redacción de esta sección y de la sección siguiente se ha utilizado como bibliografía especial: Rupert Cross, J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford 1991; Laurence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, 1991; Karl N. Llewellyn, *The Case Law System in America*, Chicago, 1989; Arthur L. Goodhart, *Determining the ratio decidendi of a case*, Yale Law Journal, 1930, págs. 161 y ss.; Larry Alexander, *Constrained by precedent*, Southern California Review, 1989, págs. y ss.; Frederick Schauer, *Precedent*, Stanford Law Review, 1987, págs. 571 y ss.

⁴⁰ La doctrina del *stare decisis* rige, en estricto rigor, no sólo para las materias reguladas por el *common law*, sino también para las materias reguladas por derecho estatutario. En la medida en que las disposiciones estatuidas pueden requerir interpretación por parte de los tribunales, dicha interpretación judicial queda sometida a la doctrina del *stare decisis*. En ambos órdenes normativos, además, la relación entre precedente judicial y estatuto es idéntica: las normas jurídicas establecidas mediante precedentes se encuentran siempre sujetas a abrogación por una disposición estatutaria. Esta primacía del derecho estatutario por sobre el *case law* sólo encuentra su excepción en el *case law* de rango constitucional, como lo es la jurisprudencia interpretativa de la Constitución federal elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

evidencia especialmente relevante de la existencia del derecho invocado en ese acto. Este derecho que se evidencia en su uso por los tribunales consiste en sí mismo en una costumbre inmemorial. La consecuencia práctica más importante de esta concepción es que el precedente en sí mismo nunca es estrictamente vinculante. Un tribunal puede legítimamente apartarse de un precedente, si es que éste se revela manifiestamente falso o injusto, es decir, contrario al derecho al que se supone servir de prueba.

La teoría clásica fue dura pero infructuosamente criticada en su tiempo por Thomas Hobbes (1558-1679). Su crítica fue reasumida dos siglos más tarde por Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859), esta vez ejerciendo una gran influencia en el desarrollo del *stare decisis* en la Inglaterra del Siglo XIX. Bentham y Austin criticaron la teoría clásica, calificándola como una mistificación irracional. En las célebres palabras de Austin, la teoría clásica era...

“...una ficción infantil empleada por nuestros jueces, conforme a la cual el derecho judicial o común no es creado por ellos, sino que es una cosa milagrosa hecha por nadie, existente, supongo, desde la eternidad, y meramente *declarado* de tiempo en tiempo por los jueces.”⁴¹

Partiendo de la base que toda norma jurídica es un mandato (*command*), esto es, expresión de la voluntad de una persona, Bentham y Austin concluyeron que el *stare decisis* sólo podía consistir en una atribución de los tribunales superiores para establecer normas al usarlas como razones justificatorias de su decisión. Si la sentencia de un tribunal puede ser invocada como precedente, entonces la dictación de esa sentencia es un acto constitutivo de derecho. La consecuencia práctica más importante de esta teoría del precedente es la afirmación de su estricta obligatoriedad. El carácter absurdo o injusto de un precedente no es razón jurídica suficiente para desobedecerlo; si el precedente es constitutivo de derecho, no hay otras razones jurídicas relativas al caso que las contenidas en él.

La influencia de la teoría analítica en la práctica judicial inglesa se produjo hacia mediados del Siglo XIX, favorecida por una serie de reformas introducidas en el sistema judicial inglés, que tendieron a la profesionalización de la Cámara de los Lores (*House of Lords*) y a la estructuración de una jerarquía estricta y bien definida de los tribunales de justicia, subordinada a la antedicha Cámara de los Lores como instancia suprema de adjudicación. El hito crucial de esta evolución se encuentra en la sentencia *Beamish v. Beamish* (1861), en la cual la Cámara de los Lores expresamente se consideró obligada a fallar en un sentido determinado en virtud de un precedente establecido por ese mismo tribunal en 1844 (*R. v. Millis*), independientemente de la razonabilidad o corrección intrínseca de la regla de derecho de ese precedente. Este proceso terminó por consolidarse durante la segunda mitad del Siglo XIX; llegándose a la formulación definitiva del principio del *stare decisis* en el caso *London Tramways v. London County Council* (1868). En este fallo, la justificación de la obligatoriedad estricta del precedente fue expuesta por Lord Halsbury, en los siguientes términos:

“Por cierto que no niego que puedan suscitarse casos de dificultad individual, y puede existir una corriente de opinión en la profesión en el sentido que tal o cual sentencia fue errónea; pero qué puede ser la

⁴¹ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, Lecture XXXVII, 5ª ed., Londres, 1885, Volumen II, pág. 634. Las cursivas son del original.

interferencia ocasional con lo que quizás sea justicia abstracta, comparada con el inconveniente -el desastroso inconveniente- de tener cada cuestión sujeta a tener que ser revisada y a que los asuntos humanos se transformen en dudosos en virtud de diferentes decisiones, de modo tal que en verdad y de hecho no haya una instancia final. Mis Lores, ‘interest rei publicae’ que deba haber algún ‘finis litium’, y no podría haber un ‘finis litium’ si fuera posible sugerir en cada caso que pueda ser revisado porque no se trata de un ‘caso ordinario’, cualquiera que sea lo que esto significa.”⁴²

La insistencia con que este pasaje hace valer la certeza y estabilidad de las expectativas respecto de las decisiones susceptibles de imposición coercitiva es un claro indicador de las similitudes existentes entre el desarrollo de la codificación en el ámbito del derecho continental y el desarrollo del *stare decisis* en el ámbito del derecho inglés. Las reglas fundamentales de la doctrina *stare decisis*, en el Siglo XIX, esto es, que los precedentes de los tribunales jerárquicamente superiores son estrictamente obligatorios para los tribunales jerárquicamente subordinados así como para el mismo tribunal que los estableció, son reglas que en la misma medida que atribuyen la potestad de crear normas jurídicas a ciertos tribunales restringen las facultades deliberativas de los demás tribunales en relación con la identificación y formulación de las normas jurídicas pertinentes. La doctrina del *stare decisis* no se desarrolló en Inglaterra para estimular la creación del derecho por parte de los tribunales, sino para restringirla y controlarla.

Semejante aplicación estricta de la doctrina del *stare decisis* no se extendió sin embargo a todos los sistemas jurídicos de la tradición anglosajona. En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, la actitud hacia el precedente ha sido más bien concordante con la teoría clásica inglesa que con la teoría de Bentham y Austin. Existen razones institucionales que explican en parte estas diferencias, como lo son la existencia de una multiplicidad de jurisdicciones estatales y el rol cultural protagónico asumido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la adopción de sus decisiones de relevancia constitucional. Como sea, uno de los actuales textos estándar introductorios al derecho norteamericano prácticamente reproduce la concepción de Blackstone al sostener que...

“La correcta formulación de la doctrina del precedente (...) consiste en que ésta impone una obligación de buscar la mejor comprensión de los principios más básicos que expresa una línea de casos. La fidelidad del *common law* es al principio y no a la decisión aislada.”⁴³

Pero incluso en Inglaterra la doctrina de la estricta obligatoriedad del precedente ha experimentado un retroceso. En primer lugar, han sido institucionalizadas ciertas excepciones relativas a los tribunales jerárquicamente subordinados a la Cámara de los Lores⁴⁴.

⁴² Citado por Cross y Harris, *op. cit.*, pág. 103.

⁴³ Graham Hughes, *Common Law Systems*, en: Alan B. Morrison (ed), *Fundamentals of American Law*, New York, 1997, págs. 20-21.

⁴⁴ Tratándose del Tribunal de Apelaciones en lo Civil (*Court of Appeal, Civil Division*), éste sostuvo en el caso *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd.* (1944), que él no se encuentra obligado por un precedente suyo en tres casos: (1) cuando se trata de una decisión suya que presenta contradicciones con otras de sus decisiones pasadas, (2) cuando se trata de una decisión que contradice una decisión de la Cámara de los Lores, y (3) cuando se trata de una decisión adoptada *per incuriam*. El ejemplo principal de decisión *per incuriam* es aquella adoptada sin consideración

La alteración más dramática de la doctrina inglesa del *stare decisis* se produjo sin embargo con ocasión de la Declaración de Práctica (Practice Statement) de la Cámara de los Lores de 26 de Julio de 1966. En esa fecha, un miembro de la Cámara leyó la siguiente declaración al iniciarse la audiencia respectiva:

“Sus Señorías estiman el uso del precedente como una base indispensable para decidir qué es el derecho y su aplicación a casos particulares. Él provee al menos algún grado de certeza, en el cual los individuos pueden confiar para conducir sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de las reglas jurídicas.

Sus Señorías reconocen sin embargo que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y que puede también restringir indebidamente el adecuado desarrollo del derecho. Ellos proponen, por consiguiente, modificar su práctica actual, y, no obstante tratar las decisiones pasadas de esta Cámara como normalmente obligatorias, apartarse de una decisión previa cuando aparezca correcto hacerlo.

En relación con lo anterior, ellos tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente las bases sobre las que fueron celebrados contratos, adjudicaciones de propiedad y actos fiscales, así como la especial necesidad de certeza en el derecho penal. Este anuncio no tiene la finalidad de producir efectos en el uso del precedente en otro lugar que en esta Cámara.”⁴⁵

Es de interés observar que la Cámara de los Lores no pronunció esta declaración como parte de una decisión jurisdiccional. Con ello evitó el vicio de autorreferencia que se imputaba a la doctrina del *stare decisis* -mediante un precedente no se puede establecer la fuerza vinculante de los precedentes, porque ello supondría como vigente el efecto que pretende producir-. Esto implica, por otra parte, que la propia Cámara de los Lores adhirió a la tesis que ve en la práctica judicial un modo de creación de reglas jurídicas distinto del ejercicio de la potestad jurisdiccional, y que considera que la doctrina del *stare decisis* -más bien, las reglas que la conforman- ha sido establecida de ese modo. En todo caso, el contenido de la Declaración de Práctica de la Cámara de los Lores -que se encuentra en concordancia con los demás sistemas jurídicos del *common law*- debe entenderse como parte sustancial de la doctrina moderna del *stare decisis*.

Conforme a todo lo expuesto en esta sección, cabe resumir la moderna doctrina del *stare decisis* en las siguientes proposiciones:

- (1) Las decisiones de un tribunal obligan por regla general a los tribunales a él subordinados en la jerarquía judicial.

de la regla estatutaria pertinente. Tratándose del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal (*Court of Appeal Criminal Division*), además de las excepciones anteriores, éste sostuvo en el célebre caso *R. v. Taylor*, (1950) que tiene el deber de reconsiderar una decisión pasada si el pleno del tribunal estima que en esa decisión el *holding* se aplicó o comprendió erróneamente y ese defecto redundaba en la privación de libertad del condenado. En cualquier nivel de la administración de justicia, pareciera finalmente admitirse que la obsolescencia de un precedente elimina su fuerza obligatoria. Un precedente puede quedar obsoleto, principalmente, por su incompatibilidad con una disposición estatutaria.

⁴⁵ Citado por Cross y Harris, *op. cit.*, pág. 104.

- (2) No obstante existir algunas excepciones institucionalizadas, los tribunales se encuentran también obligados por sus propias decisiones.
- (3) El tribunal que ostenta el rango supremo en una determinada jerarquía judicial no se encuentra obligado por sus decisiones.

c.- *La distinción entre “ratio decidendi” y “dictum”.*

Conforme a la doctrina del *stare decisis*, no es cualquier enunciado formulado o lógicamente implicado en una sentencia lo que obliga como precedente, sino aquella parte de la sentencia denominada “*ratio decidendi*”, por contraposición al resto de los enunciados formulados por el tribunal, denominados “*obiter dicta*” (“*dictum*” en singular). Esta distinción, crucial en la doctrina del *stare decisis*, es difícil de establecer y ha sido objeto de tradicional disputa entre los autores del *common law*.

Para comprender el sentido práctico de su necesidad, es indispensable tener presente que existen grandes diferencias entre el *common law* y el derecho continental en lo que respecta a la redacción de las sentencias judiciales. En el derecho continental, el estilo de expresión de los tribunales es altamente formalizado y el razonamiento del tribunal parte de una premisa textualmente identificable y de alcance general -la disposición legal- y mediante consideraciones abstractas se demuestra que dicha disposición es aplicable al caso particular. En el *common law*, en cambio, el estilo de los tribunales es mucho más coloquial y retórico, y las particularidades del caso reciben una atención igual o incluso mayor que cualquier consideración normativa de carácter abstracto. Esto hace que por la propia técnica de redacción de la sentencia sea altamente problemático determinar qué consideración expresa o supone la regla de derecho que sirve de fundamento al fallo. La distinción entre la *ratio decidendi* y un mero *dictum* tiene por objetivo precisamente el desarrollo de una técnica de análisis para identificar y formular el fundamento jurídico de un acto de adjudicación judicial, esto es, la razón (*ratio*) de la decisión jurisdiccional, que se invoca como precedente.

Teniendo presente lo anterior, se puede definir el concepto de *ratio decidendi* como...

“...la regulación expresa o implícitamente otorgada por un juez, que es suficiente para determinar una cuestión de derecho planteada por los argumentos de las partes en un caso, en tanto la justificación de las decisiones del juez en el caso hayan requerido una regulación de dicha cuestión.”⁴⁶

Tres son los rasgos más sobresalientes de este concepto de *ratio decidendi*:

- (a) El término *ratio decidendi* no se usa para designar cualquier fundamento normativo de una decisión judicial, sino solamente aquél respecto del cual el caso es invocado como precedente. Una disposición estatutaria cuya interpretación no es controvertida puede constituir el fundamento de la decisión de un tribunal en un caso determinado, pero de ella no se predica que constituya una *ratio decidendi*. Éste no es un término de uso

⁴⁶ La definición es de Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, reimpresión de 1995 de la edición de 1977, pág. 215, con las modificaciones introducidas en el mismo: *Why cases have Rationes and What These Are*, en: Goldstein (ed), *op. cit.*, págs. 155 y ss.

general en el análisis de la estructura lógica del razonamiento jurídico, sino que su uso sólo tiene lugar dentro del contexto de la doctrina del *stare decisis*.

- (b) La *ratio decidendi* de un caso no requiere encontrarse explícitamente formulada como tal en la respectiva sentencia. De hecho, es una cuestión sumamente debatida entre los autores del *common law* si el tribunal que dicta la sentencia tiene o no, y en el caso afirmativo con qué extensión, atribuciones para declarar de modo vinculante cuál es la *ratio decidendi* del caso. La determinación de la *ratio decidendi* de un caso es una cuestión principal y prioritariamente debatida y resuelta en el juicio posterior en el que se invoca el caso como precedente.
- (c) La *ratio decidendi* de un caso debe ser determinada en estrecha relación con los hechos tenidos por probados y la controversia argumentativa de ese caso. En un sentido muy específico, puede decirse que también en el *common law* el tribunal carece de una competencia amplia para establecer normas jurídicas de alcance general. El alcance de la norma implicada en la decisión judicial es el que corresponde única y exclusivamente a los aspectos esenciales del caso. Por cierto, se trata de aspectos que permiten construir por abstracción la clase de los casos futuros para los cuales la norma es vinculante como precedente. Pero esta operación intelectual no debe hacerse basándose en las puras consideraciones normativas de la sentencia, sino sobre la base de los hechos constitutivos del caso.

La determinación de la norma jurídica establecida por un precedente es, en consecuencia, el resultado de una operación de universalización restringida de un enunciado normativo. Para que una consideración judicial relativa a un caso particular sea aplicable como norma a la decisión de otro caso particular, es necesario universalizar dicha consideración, es decir, ampliar su alcance más allá de un hecho singular a una clase de hechos que compartan ciertas propiedades. De otro modo, ninguna consideración judicial podría servir como precedente. Por otra parte, el grado o extensión de esa universalización se encuentra restringido por las propiedades o aspectos del caso para el que fue formulada la consideración.

Esta tensión se puede ejemplificar con uno de los precedentes más célebres del derecho inglés, el caso *Donoghue vs. Stevenson* (1932). Éste es el caso de una mujer que visitó en compañía de un amigo un café, pidiendo helado y un refresco de jengibre, el cual venía envasado en una botella de vidrio oscuro y opaco que no permitía ver su interior. La mujer tomó primero parte del refresco y después, al verter el resto del líquido que quedaba en la botella, apareció un caracol descompuesto. La mujer alegó haber sufrido daños a consecuencia de la ingestión del refresco, y demandó indemnización de perjuicios al fabricante del producto. La Cámara de los Lores decidió en favor de la demandante, implicando con su decisión un enunciado normativo cuyo esquema es el siguiente: (1) la presencia un objeto x , (2) en un objeto y , (3) causada por la negligencia de α , (4) que a su vez causa un daño β , (5) a una persona γ , (6) siempre y cuando no hubiere un intermediario que pueda realizar la acción z , hace responsable a α por los daños sufridos por γ . Las variables en este esquema - x , y , α , β , γ , z - deben ser satisfechas con conceptos referidos a los hechos que admiten sin embargo diversos grados de universalización. Así:

- (1) El objeto x puede ser un caracol muerto, un caracol vivo, un animal muerto, un animal vivo, cualquier cuerpo extraño desagradable, cualquier objeto de una cualidad inesperada;
- (2) El objeto y puede ser una botella opaca, cualquier botella, cualquier envase opaco, cualquier objeto destinado al consumo, cualquier objeto;

- (3) La persona negligente α puede ser un fabricante cuyos productos son vendidos a un público anónimo y disperso mediante intermediarios, cualquier fabricante, cualquier persona que interviene en la elaboración del producto, cualquier persona que de cualquier modo lo manipula;
- (4) El daño β causado puede ser una lesión corporal y mental y un daño patrimonial, una lesión corporal o mental o un daño puramente patrimonial, o cualquier clase de daño;
- (5) La persona γ perjudicada puede ser una mujer escocesa, una escocesa, una mujer, una persona adulta, una persona natural, una persona natural o jurídica;
- (6) La acción z del intermediario puede ser la inspección físicamente posible, la inspección jurídicamente debida, la inspección esperada por el demandante, la inspección esperada por cualquier consumidor en esa situación.

Como se comprenderá, la decisión respecto del grado de universalización de cada una de las variables antedichas determina el alcance del enunciado normativo para el cual el caso *Donoghue v. Stevenson* sirve como precedente. Debido a ello, el proceso argumentativo mediante el cual se determina el alcance de la regla de derecho establecida por un precedente usualmente tiene lugar en el *common law* a lo largo de una secuencia de sentencias (“línea jurisprudencial”) que, al aplicar el precedente, optan por uno de los posibles grados de universalización de uno o más elementos constitutivos del enunciado normativo invocado como precedente. Quizás la mayor diferencia entre un precedente y una disposición estatutaria se encuentra precisamente en este punto, es decir, en que el precedente no puede ser adecuadamente comprendido como el resultado de un acto jurídico singular, sino más bien como un común denominador de una serie de actos en que los posteriores se refieren a sus predecesores.

Todas las consideraciones normativas enunciadas por el tribunal en su sentencia que no constituyan la *ratio decidendi* de ésta son *obiter dicta*. Ellas pueden tener más o menos peso según su mérito intrínseco o según el prestigio de que goce su autor, y de hecho no es inusual encontrar en sentencias judiciales la cita o el comentario de enunciados reconocidamente considerados como *dicta*. Con todo, un simple *dictum* no puede ser invocado para controvertir una petición amparada por un precedente, ni constituye por sí sólo una razón jurídica suficiente para justificar una decisión jurisdiccional.

d.- *Los rasgos distintivos (“distinguishing”) de los casos.*

Además de su limitación a la *ratio decidendi* del caso, el efecto vinculante de un precedente depende de la aceptación por el tribunal de la existencia de una similitud esencial entre el caso sometido a su decisión y el caso del precedente. De aquí que el ámbito de aplicación de un precedente usualmente reciba en la práctica jurídica una concreción negativa mediante la operación de distinguir un caso del otro, mediante la precisión por comparación de sus propiedades esenciales, denominadas abreviadamente “*distinguishing*” (= “distintivo”).

El problema básico de la concreción negativa del ámbito de aplicación del precedente consiste en que, por definición, ningún caso históricamente individualizable es idéntico a otro. Luego, si se asume que la decisión del caso que sirve como precedente fue adoptada atendiendo a las particularidades de ese caso, la invocación de la fundamentación de esa decisión para fundamentar la decisión de otro caso enfrenta como objeción inicial la de existir particularidades del nuevo caso que lo distinguen del primero de modo tal que se hace inaplicable el precedente.

La afirmación de la aplicabilidad de un precedente a un caso es, pues, el resultado de una ponderación de similitudes y diferencias entre dos casos, con una evaluación favorable a las similitudes. Tal como la identificación de la *ratio decidendi* se debe hacer tomando en consideración las particularidades del caso, así también debe evaluarse el peso o importancia relativa de las características distintivas del caso tomando en consideración el fundamento de la decisión pasada.

La complejidad de las operaciones argumentativas que sirven de base para precisar los rasgos distintivos de un caso refuerzan la conclusión a que se arriba después del análisis de la distinción entre *ratio decidendi* y *dicta*: en tanto mera consideración normativa de un tribunal, el precedente constituye un modo de producción de normas jurídicas sumamente indeterminadas. Ésta es la razón que lleva a Alf Ross a calificar el precedente judicial como una fuente sólo parcialmente objetivada (*supra*, § 1), es decir, que presenta en un grado considerable un “material que recién será transformado en una regla después de una activa contribución por parte del juez”⁴⁷.

⁴⁷ Ross, DJ, pág. 76. Cabe señalar además que, por las dificultades de precisar objetivamente el alcance de un precedente judicial, Ross califica la doctrina del *stare decisis* de ilusión: “Es una ideología mantenida por ciertas razones para ocultar a sus propugnadores y a los demás la libre función creadora que tienen los jueces” (DJ, pág. 86).

§ 4. LA POTESTAD NORMATIVA ADMINISTRATIVA.

1.- *La Administración Pública y sus potestades.*

a.- *La administración pública.*

- 1 Por “administración pública” o “administración del Estado” se entiende, en un sentido amplio, el conjunto de todos los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y las empresas públicas creadas por ley (Art. 1º LOC 18.575)¹.
- 1 Los órganos que constituyen la administración de pública forman un conjunto variado de entes que guardan entre sí relaciones complejas. Para el análisis de las potestades normativas de los órganos de la administración pública es necesario distinguir entre los órganos subordinados jerárquicamente al Presidente de la República y los órganos públicos autónomos de rango constitucional². Dentro de estos últimos cabe mencionar la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades. El análisis de las potestades normativas de los órganos autónomos del Estado es el cometido de la próxima sección. En esta sección sólo nos ocuparemos de la administración pública subordinada al Presidente de la República.
- 2 La subordinación de la administración pública al Presidente de la República se encuentra establecida en el Art. 24 C.Pol. El Presidente de la República ejerce el gobierno y dirige la administración mediante dos estructuras organizacionales: los ministerios (Arts. 33 a 37 C.Pol.) y el gobierno y administración regional (intendencias) y provincial (gobernaciones) (Arts. 110 a 117 C.Pol.). Los órganos encargados de efectuar las prestaciones administrativas –“satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua”- se denominan “servicios públicos” (Art. 28 LOC 15.575).
- 3 La existencia de cada órgano de la administración pública, su organización interna y sus relaciones con los demás órganos es materia de ley (Arts. 63 N° 14 y 65 inciso cuarto N° 2 C.Pol.). En relación con la organización interna de cada órgano, las reglas generales se encuentran en el Art. 24 LOC 18.575, para los ministerios, y en los Arts. 31 y 32 LOC 18.575, para los servicios públicos. Respecto de las relaciones existentes entre los distintos órganos que integran la administración pública, ellas pueden ser pura y simplemente jerárquicas, o bien definirse según los principios de descentralización o desconcentración. Estos son principios de distribución de la potestad administrativa –paradigmáticamente centralizada y concentrada-, que

¹ La Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, LOC 18.575 (D.O. de 5 de Diciembre de 1986) fue modificada por la LOC 19.653 (D.O. de 14 de Diciembre de 2002). El DFL 1/19653 (D.O. de 17 de Noviembre de 2001) fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC 18.575, alterando con tal propósito la numeración originaria de su articulado.

² Las “empresas públicas” son entidades en las cuales el Estado tiene participación, las más de las veces, como accionista. Esta participación debe ser autorizada por ley. A pesar de la participación estatal, estas entidades no pertenecen a la administración pública ni ejercen potestades normativas públicas (Art. 6º LOC 18.575).

en virtud de la LRC 19.097 (1991) pasaron a tener el rango de mandatos constitucionales, siendo ello confirmado por la LRC 20.050³.

- 4 Por *descentralización* se entiende la transferencia de potestades, desde la administración central, cuyos órganos actúan todos bajo la personalidad jurídica del “Fisco” y ninguno de ellos tiene patrimonio propio, a un órgano con personalidad jurídica autónoma y patrimonio propio, creado para ejercer de este modo la potestad transferida. La descentralización puede ser *funcional*, si el ámbito de de competencia de la potestad transferida se determina sólo en razón de materia, o bien *territorial*, si el ámbito de competencia es delimitado no sólo en razón de materia sino además en relación con una demarcación territorial determinada.
- 5 La evolución del Estado chileno ha tendido preferentemente hacia la descentralización funcional, dando con ello lugar a la más importante clasificación de los órganos de la Administración Pública que distingue las siguientes categorías:
 - a) Los órganos de la *administración fiscal o centralizada*, es decir, aquellos sometidos a la dependencia del Presidente de la República, y que corresponden a los ministerios y los servicios públicos dependientes de ellos; se trata, como se ha dicho, de instituciones que carecen de patrimonio propio y de personalidad jurídica independiente, y que obran en consecuencia como órganos de la persona jurídica denominada “Fisco” (Art. 29 inciso segundo LOC 18575). Por ejemplo, el Ministerio de Justicia, que tiene a su cargo el Servicio de Registro Civil y de Identificación, el Servicio Médico Legal, el Servicio Nacional de Menores, Gendarmería de Chile, el Consejo de Defensa del Estado.
 - b) Las instituciones de la *administración no fiscal o descentralizada*, creadas en virtud de normas legales, que gozan de patrimonio y personalidad jurídica propios, y en tal calidad, de un importante grado de autonomía en su gestión; ellas se encuentran no obstante sometidas a la supervigilancia del Presidente de la República a través del respectivo Ministerio (Art. 29 inciso tercero LOC 18575). Dentro de esta categoría se encuentra un variado número de instituciones de la más disímil naturaleza: comisiones, fondos, servicios, corporaciones, consejos, empresas, cajas de previsión. Para nuestro análisis, el caso más interesante de estas personas jurídicas está dado por las así denominadas “instituciones fiscalizadoras” (*infra*, núms. 49 y ss.).
- 6 Por *desconcentración* se entiende la radicación legal de una o más potestades administrativas en un órgano inferior dentro de la jerarquía de un ente de la Administración Pública. Por regla general, la titularidad de la potestad administrativa de que se trate se encuentra radicada en el órgano superior jerárquico del ente público (por ejemplo, el Jefe Superior o Director de Servicio), en quien se encuentra por lo tanto “concentrada” la potestad. La desconcentración consiste en transferir del superior jerárquico (o no radicar en él) potestades, para radicarlas en algún órgano jerárquicamente inferior a él, con el fin de agilizar la gestión pública. La

³ Art. 3° C.Pol.: “El Estado de Chile es unitario./ La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. (...)”.

desconcentración puede también funcional o ser territorial, y puede darse tanto al interior de la administración pública centralizada como de la administración pública descentralizada (Art. 33 LOC 18.575).

- 7 La estructura organizacional básica resultante de esta combinación de criterios es que la administración centralizada se organiza mediante desconcentración territorial. Así, los servicios públicos tienen una Dirección Nacional y Direcciones Regionales. En su gestión se encuentran sujetos a los respectivos ministerios, que a su vez se organizan mediante desconcentración territorial (Secretarías Ministeriales Regionales, Art. 26 LOC 18.575), en una estructura equivalente a la desconcentración territorial del gobierno interior (Intendencias, Art. 1º LOC 19.175).

b. La potestad administrativa y el acto administrativo.

- 8 A diferencia de las potestades públicas anteriormente analizadas -la constituyente y la legislativa-, lo que podría denominarse en general como “potestad administrativa” no es una potestad puramente normativa en el sentido de una competencia para establecer normas de alcance general jurídicamente vinculantes. Los órganos de la administración pública ejercen potestades de muy variada índole. En particular, cabe señalar que algunos órganos de administración pública -muy especialmente las instituciones fiscalizadoras (*supra*, núm. 4; *infra*, núms. 49 y ss.)- ejercen tanto potestades normativas como también potestades de adjudicación, es decir, no sólo se encuentran autorizados para establecer normas de obligatoriedad general, sino que también para aplicar esas normas -y las demás normas jurídicas- a casos concretos mediante decisiones vinculantes.

- 9 El común denominador del ejercicio de todas las competencias que puedan corresponder a la potestad administrativa se encuentra en el concepto de acto administrativo. La L. 19.980 define al acto administrativo como una decisión formal emitida por un órgano de la Administración del Estado, en la cual se contienen declaraciones de voluntad, realizada en ejercicio de una potestad pública (Art. 3º inciso segundo). Asimismo, clasifica los actos administrativos básicamente en dos categorías

(a) los decretos supremos, que son las órdenes escritas dictadas por el Presidente de la República o por un Ministro “por orden del Presidente de la República”;

(b) las resoluciones, que son los actos de análoga naturaleza dictados por las autoridades administrativas en ejercicio de un poder de decisión⁴.

- 10 El análisis del acto administrativo, y de los distintos procedimientos a que debe sujetarse su tramitación para que el acto sea jurídicamente válido es tarea del derecho administrativo. Para nuestros propósitos, basta con señalar, en primer lugar, que el marco general de regulación del

⁴ El mismo Art. 3º L. 19.980 denomina “acuerdo” a las decisiones de órganos administrativos pluripersonales, confiando su ejecución a las “resoluciones” de la autoridad ejecutiva de ese órgano.

ejercicio de la potestad administrativa se encuentra, además de la Constitución, en las ya mencionadas LOC 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado y Ley 19.980, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

- 11 En segundo lugar es importante señalar que la regulación del procedimiento administrativo establecida en la L. 19.980 se encuentra más bien diseñada para la realización de actos administrativos resolutivos de controversias o peticiones, que para actos de ejercicio de potestades normativas, en el sentido de establecimiento de reglas generales. Así, la L. 19.980 divide el procedimiento administrativo en tres fases -iniciación, instrucción y resolución-, dándole una estructura semejante a la del procedimiento judicial -discusión, prueba, sentencia-. Así se entiende, también, que el procedimiento administrativo pueda terminar por “desistimiento” de la solicitud que lo originó, o abandono del interesado en su tramitación (inactividad que origina paralización por más de treinta días).
- 12 Tratándose de actos administrativos de ejercicio de potestades normativas, en virtud de los cuales se establece normas generales, son pocas las disposiciones aplicables de la L. 19.980. Las más importantes son la que ordena su publicación en el Diario Oficial (Art. 48-a) y la que determina esa fecha de publicación como inicio de su obligatoriedad (vigencia) (Art. 49).
- 13 Los actos administrativos se encuentran sometidos –selectivamente- a un trámite especialísimo, denominado “toma de razón”, que es realizado por la Contraloría General de la República (Art. 99 C.Pol.). La toma de razón es un examen de legalidad y constitucionalidad del acto y su sentido normativo (normas).
- 14 Finalmente es importante tener presente que en el ejercicio de la potestad administrativa cabe la delegación de atribuciones, es decir, la transferencia del ejercicio de atribuciones que hace el titular del órgano estatal a un órgano administrativo jerárquicamente inferior, de modo expreso, temporal y revocable. Esta excepción al principio de la indelegabilidad de las potestades públicas (*supra*, § 1, núm. 50) se encuentra reconocida en el Art. 41 LOC 18.575, disposición que establece a su vez condiciones para la validez de su práctica:
 - a) La delegación debe ser parcial y debe recaer en materias específicas;
 - b) El delegado debe ser funcionario de la dependencia del delegante;
 - c) El acto de delegación debe ser publicado o notificado.
- 15 Como se puede apreciar, los efectos de la delegación son en todo análogos a los efectos de la desconcentración. Entre una y otra existe sin embargo una gran diferencia: la delegación es un acto de transferencia de potestades administrativas realizado en ejercicio de esas mismas potestades mediante un acto administrativo. La desconcentración es un acto de transferencia o radicación de potestades administrativas realizado en ejercicio de la potestad legislativa, que confiere la potestad administrativa transferida o radicada. En tanto acto que “determina las funciones o atribuciones” de los órganos de la administración pública, la desconcentración es

materia de ley y de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (Art. 65 inciso cuarto N° 2° C.Pol.).

- 16 En el marco de estos materiales, de todas las manifestaciones de la potestad administrativa interesan sólo dos potestades normativas: la potestad reglamentaria del Presidente de la República y las potestades normativas de las instituciones fiscalizadoras. El ejercicio de estas dos potestades representa los dos más importantes modos de creación de normas jurídicas por parte de la administración pública en el sistema jurídico chileno.

2.- *La potestad normativa del Presidente de la República (“Potestad Reglamentaria”).*

a.- *Concepto y clasificación.*

- 17 El Art. 32 N° 6 C.Pol. establece como “atribución especial” del Presidente de la República:

“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”.

- 18 Conforme a esta disposición, se puede definir el concepto de “potestad reglamentaria” como la potestad normativa conferida por la Constitución al Presidente de la República para establecer reglas destinadas a ejecutar normas legales, o bien para regular todas aquellas materias excluidas del ámbito de competencia de la potestad legislativa.

- 19 Como salta a la vista, el Art. 32 N° 6 C.Pol. es el reverso del Art. 63 C.Pol. En tanto esta última disposición establece una reserva en favor de la potestad legislativa (*supra*, § 3, núms. 48 s.), aquella faculta al Presidente de la República para establecer reglas de ejecución de las normas legales. En la medida en que el Art. 63 C.Pol. establece un dominio legal máximo (*supra*, § 3, núm. 52 s.), el Art. 32 N° 6 confiere al Presidente de la República la potestad para regular todas las demás materias no comprendidas en dicho dominio.

- 20 De esta diferenciación de los ámbitos de competencia de la potestad reglamentaria, basada en la delimitación del ámbito de competencia de la potestad legislativa, proviene la distinción de dos clases o categorías de potestad reglamentaria: las así denominadas “potestad reglamentaria de ejecución” y “potestad reglamentaria autónoma”. A estas dos categorías se agrega una tercera, también definida por su especial relación con el ámbito de competencia de la potestad legislativa, denominada “potestad reglamentaria de complementación”.

b. La potestad reglamentaria de ejecución.

- 21 La potestad reglamentaria de ejecución es la potestad normativa conferida al Presidente de la República para dictar reglamentos, decretos e instrucciones para la ejecución de las normas legales. Ésta es la potestad normativa tradicional del Presidente de la República en el Derecho Constitucional chileno⁵, que corresponde a la noción clásica de las atribuciones del Poder Ejecutivo en relación con las atribuciones del Poder Legislativo.
- 22 Conforme al precepto constitucional arriba transcrito, esta potestad normativa de ejecución se ejerce a través de tres formas típicas: el reglamento, los decretos y las instrucciones. Los decretos e instrucciones son manifestaciones de actos de gobierno o administración con carácter especial y particular. Es usual reservar el término “instrucción” para la orden dirigida a funcionarios subalternos de la Administración Pública; con el término “decreto”, en cambio, no se precisa el posible círculo de destinatarios, los cuales pueden ser también particulares⁶.
- 23 Por contraste, con el término “reglamento” se designa un conjunto más o menos vasto y complejo de normas de ejecución de obligatoriedad general y establecidas con carácter permanente. El ilustre jurista chileno del siglo pasado, Jorge Hunneus Zegers (1835-1889), expresaba esta particularidad del concepto de reglamento al señalar que...

“Cuando el decreto es una colección ordenada de reglas o preceptos que el Presidente de la República dicta para la ejecución de una lei (...) toma el nombre específico de *reglamento*.”⁷

- 24 El reglamento es, pues, una clase especial de decreto del Presidente de la República, caracterizado por las propiedades de su contenido normativo⁸.
- 25 Conforme a la norma constitucional que la confiere, el Presidente de la República no necesita habilitación especial por parte de una norma legal para ejercer esta potestad. Según la Constitución, el Presidente puede dictar las normas reglamentarias de ejecución “que crea convenientes”. Por lo tanto, la calificación de la oportunidad y necesidad o conveniencia de la dictación de normas reglamentarias de ejecución, así como su contenido, son atribuciones discrecionales del Presidente de la República. No obstante lo anterior, lo usual en el sistema

⁵ El Art. 72 N° 2 C.Pol. 1925 confería al Presidente la atribución de “Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes”. El Art. 82 N° 2 C.Pol. 1833 le confería por su parte la atribución de “Especificar los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

⁶ Conforme al Art. 35 C.Pol., los reglamentos y decretos del Presidente de la República deben ser firmados por el Ministro respectivo. Los Ministros pueden a su vez expedir decretos o instrucciones con su sola firma “por orden del Presidente de la República”.

⁷ Jorge Hunneus Zegers, *La Constitución ante el Congreso*, Segunda Parte, Santiago, 1880, p. 48 (la cursiva es del original). La definición de Alejandro Silva Bascañán es en lo esencial idéntica: “se llama, en efecto, reglamento al decreto que consigna un conjunto ordenado de normas destinadas a la mejor ejecución de la ley...” (Silva-TDC, p. 261). Esta definición ha sido recogida por el Tribunal Constitucional en los considerandos 7° y 8° de su Sentencia de 25.01.93 (Diario Oficial de 04.02.93).

⁸ El Tribunal Constitucional ha interpretado el Art. 35 C.Pol. en el sentido de exigir el reglamento siempre la firma del Presidente (Considerando 16 de la Sentencia de 25.01.93, cit.).

jurídico chileno es que las normas reglamentarias -al menos en lo que respecta a los reglamentos en su sentido propio y estricto arriba especificado- sean dictadas por el Presidente de la República a requerimiento expreso de una norma de la ley cuya ejecución se reglamenta. Esta práctica tiene su explicación histórica y su razón actual, sin que ambas coincidan.

26 El ámbito de competencia de la potestad reglamentaria de ejecución no se encuentra regulado en forma explícita en la Constitución. Esto no es casual, sino que se debe a que la Constitución de 1980 simplemente reprodujo la regla correspondiente de las Constituciones de 1833 y 1925 (*supra*, nota 6). En el contexto de estas Constituciones, la demarcación de potestades normativas de los órganos del Estado no tenía la relevancia que tiene bajo la Constitución de 1980. En el orden constitucional previo a 1980 no existía limitación al ámbito de competencia de la potestad legislativa ni un control de constitucionalidad efectivo que abarcara también a cuestiones de competencia de los órganos del Estado dotados de potestades normativas, y la complejidad y diversificación de funciones de los entes que componen la administración pública era incomparablemente menor. En este contexto, el ejercicio válido de la potestad reglamentaria del Presidente de la República se determinaba (a) positivamente, mediante una referencia amplísima a su ámbito de competencia, basada en el hecho de estarsele confiados “la administración y el gobierno del Estado” (Art. 81 C.Pol. 1833, Art. 71 C.Pol. 1925), (b) negativamente, mediante su subordinación a lo dispuesto por normas constitucionales y legales⁹. En un contexto semejante resultaba natural que una norma legal dispusiera la regulación reglamentaria de ciertos aspectos no regulados por la ley a la cual dicha norma pertenecía. La Constitución de 1980 fijó, por el contrario, límites al ámbito de competencia de las potestades legislativa y reglamentaria, y estableció procedimientos para controlar que esos límites fueran efectivamente respetados por ambas potestades.

27 Tratándose de la potestad reglamentaria autónoma, aunque la formulación de las disposiciones respectivas sea vaga e imprecisa, la delimitación entre su ámbito de competencia y el ámbito de competencia de la potestad legislativa es conceptualmente clara: al ámbito primero pertenecen todas las materias no comprendidas en el segundo (*infra*, núm. 38 s.).

28 Tratándose de la potestad reglamentaria de ejecución, en cambio, puesto que ella se consagra mediante una regla proveniente de las Constituciones de 1833 y 1925, la demarcación no es conceptualmente clara. Con todo, es posible efectuar la siguiente distinción:

29 (a) La potestad reglamentaria de ejecución goza indudablemente de competencia para regular todos los aspectos organizacionales relativos a la ejecución de las normas legales por parte de los servicios públicos. En la medida en que el cumplimiento de una ley suponga un programa de acción para los órganos de la administración pública, el Presidente de la República se encuentra constitucionalmente autorizado para reglamentar dicha actividad estatal, con tal que en su reglamentación no decida cuestiones que son materia de ley. Por cierto, independientemente de

⁹ Silva-TDC, p. 259-260. .

esta cuestión de competencia, las normas reglamentarias pueden ser invalidadas si contradicen o demuestran incongruencia con las normas legales.

- 30 (b) Por el contrario, resulta incierto si, y en caso afirmativo con qué extensión, es competente la potestad reglamentaria de ejecución para complementar la legislación mediante el establecimiento de reglas dirigidas a los mismos destinatarios de las normas legales. Ello, por dos razones.
- 31 En primer lugar, si la regulación complementaria prevé obligaciones para los destinatarios de la ley, ello implica una restricción de la libertad que la ley les dejó subsistente, y, en esa medida, una contradicción con la norma legal, que, como se ha dicho, es de rango superior¹⁰.
- 32 En segundo lugar, en la medida en que el reglamento venga a complementar la ley, estará regulando una materia de ley, infringiendo con ello en principio las reglas constitucionales de distribución de competencias entre la potestad legislativa y la potestad reglamentaria. Pues, como se ha dicho, se sostiene que el dominio legal (Art. 63 C.Pol.) establece una reserva de competencia en favor de la potestad legislativa.
- 33 El requerimiento por ley de la intervención de la potestad reglamentaria de ejecución para complementar la legislación, esto es, el mandato legal de reglamentación -que es una clase especial de mandato de regulación complementaria (*supra*, § 3, núm. 50)-, contribuye a clarificar esta duda. Siendo el ámbito material de competencia de la potestad reglamentaria de ejecución una cuestión eminentemente incierta, es razonable reconocer a la potestad legislativa -esto es la potestad normativa jerárquicamente superior- una prerrogativa de determinación de la cuestión, la cual se expresa en el mandato de reglamentación. Por otra parte, si el mandato de reglamentación se basa, como sucede, usualmente, en la distinción entre normas generales, abstractas y permanentes -las legales- y normas más particulares, concretas y mudables -las reglamentarias-, entonces dicho mandato se encuentra conforme con el concepto material de ley, que constituye un ideal político-jurídico de la Constitución de 1980 (*supra*, § 3, núms. 14,15).
- 34 Es importante tener presente que el mandato legal de reglamentación no delega potestades normativas. En cumplimiento de tal mandato, el Presidente ejerce una potestad normativa de la cual él es titular según la Constitución. Por otra parte, el mandato legal de reglamentación no puede entenderse como una excepción a las reglas constitucionales de demarcación del ámbito de competencia de las potestades legislativa y reglamentaria de ejecución, o una renuncia de aquélla en favor de ésta. El mandato es válido en la medida en que resuelve de modo conforme con la Constitución una cuestión de demarcación de competencias no resuelta con precisión por la Constitución.

¹⁰ Esto lo señalaba Jorge Hunneus apelando al concepto de “Poder Ejecutivo” del siguiente modo: “... la lei crea derechos e impone obligaciones. Tal es su carácter esencial, siendo además *jeneral* en su objeto e *igual* para todos. El *Poder Ejecutivo*, como lo indica su nombre, dicta medidas para hacer ejecutar la lei; pero no puede alterar en ningún sentido ni los derechos ni las obligaciones por ella creadas, debiendo limitarse a determinar la manera, la forma de cumplidas” (“*La Constitución...*” cit.; las cursivas son del original).

- 35 Lo anterior significa que los órganos colegisladores no se encuentran autorizados para actuar de modo completamente discrecional al decidir la posible extensión del mandato legal de reglamentación. Del texto constitucional se puede colegir dos limitaciones fundamentales:
- 36 (a) La ley que consagra un mandato de reglamentación debe ella misma contemplar normas generales sobre la materia en cuestión, estableciendo de ese modo un marco regulatorio para el cumplimiento del mandato. En otras palabras, para que un mandato de reglamentación sea válido, es necesario que exista al menos el equivalente a una ley de bases (*infra*, núms. 43 s.) sobre la materia que debe ser objeto de regulación por reglamento. Según esto, una ley no podría consistir única y exclusivamente en un mandato de reglamentación. Semejante remisión normativa sólo puede efectuarse mediante un acto de delegación de la potestad legislativa (*supra*, § 3, núms. 101 s.), sujeto a su vez a límites constitucionales. De lo contrario, a través del mandato de reglamentación se podría eludir las restricciones impuestas por la Constitución a las leyes delegatorias de la potestad legislativa¹¹.
- 37 (b) La relativa discrecionalidad con que las normas legales pueden dejar ciertos aspectos de la regulación a cargo del reglamento disminuye cuando se trata de materias que corresponden a una reserva reforzada de ley (*supra*, § 3, núm. 51), es decir, cuando se trata de regular el ejercicio de los derechos constitucionales. Tratándose de estas materias, la función de garantía democrática que tiene en general la institución de la reserva de ley aumenta en peso específico en razón de la relevancia del objeto de regulación. Por estas razones, lo correcto es postular como principio general la invalidez de un mandato de reglamentación sobre materias de reserva reforzada de ley¹².

¹¹ En un interesante caso resuelto por la Corte Suprema (Sentencia de 14.07.92, RGJ 159 (1993), p. 40 y ss.), se planteó la inconstitucionalidad de una norma legal que autorizaba al Presidente de la República para determinar “una vez al año” los montos de ciertos derechos y rebajas aduaneros. Se sostuvo que determinar esos montos era una materia de ley, por lo que la autorización sólo podía consistir en una delegación de facultades legislativas; y, puesto que esta delegación no respetaba el plazo de un año, se sostuvo asimismo que se trataba de una delegación inconstitucional. En su sentencia, la Corte concluyó que la referida norma legal no consistía en una delegación de facultades legislativas, sino en un mandato legal de reglamentación. La razón principal tenida en consideración por la Corte en este sentido fue que “...el legislador...dictó una norma con substancia y contornos perfectamente definidos, y, del mismo modo, precisó en forma detallada los elementos y factores que debía considerar el Presidente de la República a fin de hacer efectiva la voluntad del legislador en aspectos fluctuantes, actualizando elementos que este último se encontraba en la imposibilidad de determinar a la fecha de dictación de la ley” (*op. cit.*, p. 48). Conforme con lo anterior, la Corte resolvió que “al no existir la supuesta delegación de facultades legislativas... debe concluirse que no se ha quebrantado, ni ha podido conculcarse, el artículo 61 [actual Art. 64] de la Constitución” (*op. cit., loc. cit.*). Tomando en consideración lo dicho en el texto principal de estos materiales, habría que observar que no se infringió la Constitución no sólo porque se trataba de un mandato legal de reglamentación en vez de una delegación de facultades, sino porque además el mandato legal de determinación cumplía con ciertos requisitos de validez (marco legal establecido, razones de conveniencia regulatoria).

¹² El Tribunal Constitucional así lo ha declarado respecto de la regulación del derecho a la libre actividad económica y de las limitaciones al derecho de propiedad (Sentencias de 21.04.92, sobre avisos camineros, y de 02.12.96, sobre acceso a playas).

c. La potestad reglamentaria autónoma.

- 38 La potestad reglamentaria autónoma es la potestad normativa conferida al Presidente de la República para regular todas las materias no comprendidas en el dominio legal. Ésta es una potestad normativa novedosa en la tradición constitucional chilena, conferida al Presidente de la República recién a partir de la Constitución de 1980¹³.
- 39 La consagración de una potestad reglamentaria autónoma implicó una transformación radical de los principios que habían delimitado los ámbitos de competencia de las potestades legislativa y reglamentaria en la tradición constitucional chilena. Hasta la Constitución de 1980, el dominio legal reconocido constitucionalmente establecía una reserva en favor de la potestad legislativa sin limitar su ámbito de competencia. Luego, en la medida en que se regulaba otras materias mediante leyes, éstas pasaban a integrar el dominio legal, en el sentido que quedaba vedado a cualquier otra potestad normativa regular tal materia de modo contrario o incongruente con las normas legales. La actividad legislativa, y no la Constitución, determinaba los ámbitos autónomo y de ejecución de ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Conforme a la Constitución de 1980, la potestad legislativa, ya no es libre de extender discrecionalmente su ámbito material de competencia, sino que es la propia Constitución la que delimita su ámbito máximo de competencia, dejando el resto de las posibles materias susceptibles de regulación entregadas al ámbito de competencia de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República¹⁴.
- 40 Esta transformación introducida por la Constitución de 1980 fue tan radical en su novedad como deficientes fueron los términos en que recibió consagración normativa. Como ya se ha visto (*supra* § 3, núm. 53 s.) , el modo en que las reglas constitucionales establecen límites al ámbito de competencia de la potestad legislativa es defectuoso en los siguientes aspectos:
- a) en la vaguedad con que las reglas constitucionales describen las materias de ley, lo que hace que prácticamente todos los aspectos relacionados con una materia de ley pertenezcan al dominio legal;

¹³ La fuente de inspiración de la Constitución de 1980 estuvo en la Constitución francesa de 1958; sobre esta materia puede consultarse con provecho el artículo de la Profesora Luz Bulnes Aldunate, “*Leyes de base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980*”, en: Boletín de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 5 (1981).

¹⁴ En la terminología del Derecho constitucional es corriente el uso de la expresión “norma de clausura” para referirse a la demarcación en favor de una y otra potestad normativa. Este término puede usarse sin embargo, en dos sentidos diversos. En un primer sentido, se indica con él la clase de norma llamada a regular subsidiariamente toda materia no comprendida en el ámbito de la otra clase de norma. En este sentido, la norma reglamentaria, es decir, la establecida en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, es la norma de clausura del ordenamiento jurídico chileno. En otro sentido, con este término se designa la norma que delimita los ámbitos de competencia de una y otra potestad. En este sentido, antes de la Constitución de 1980, la norma legal era la norma de clausura del ordenamiento chileno, ya que la potestad legislativa podía ampliar indefinidamente su ámbito de competencia; bajo la Constitución de 1980, en este mismo sentido la norma de clausura es la propia Constitución, ya que ni la potestad legislativa ni la potestad reglamentaria pueden extender su ámbito de competencia más allá del señalado por los Arts. 32 N° 6 y 63 C.Pol.

- b) en la gran cantidad de materias incluidas indirectamente en el dominio legal (Art. 63 Nos. 1, 2 y 14 C.Pol. en relación con el resto del texto constitucional), con el resultado que prácticamente todas las actividades relevantes de la vida social deben ser reguladas por normas legales;
- c) en el establecimiento de una cláusula general subsidiaria (Art. 63 N° 20 C.Pol.), que transforma una pretendida enumeración taxativa de materias en una clase abierta o compuesta por un número indeterminado de miembros.

41 A las razones anteriores se agrega, tratándose de materias excluidas del dominio legal pero que hayan sido objeto de regulación por ley antes de 1980, la necesidad de una decisión legislativa para que el Presidente de la República pueda regularlas haciendo ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma. La Disposición Sexta Transitoria de la Constitución expresamente valida los preceptos legales anteriores a la fecha de promulgación de la Constitución que regulaban materias no comprendidas -directa o indirectamente- en el Art. 63, y señala que mantendrán su vigencia “mientras no sean expresamente derogadas por una ley”. De este modo, la derogación de leyes anteriores a la Constitución de 1980 que no versan sobre materias de ley es, sin embargo, una materia de ley (Art. 63 N° 2 en relación con la Disp. 6ª Transit.). Con ello, la amplitud del ámbito de competencia de la potestad legislativa bajo las Constituciones de 1833 y 1925 sigue produciendo efectos restrictivos del ámbito de competencia de la potestad reglamentaria autónoma bajo la Constitución de 1980.

42 Por las razones anteriores, la potestad reglamentaria no ha tenido bajo la Constitución de 1980 la importancia como modo de creación de reglas jurídicas que de otro manera habría debido producir un cambio tan radical en la definición del ámbito de competencia de la potestad legislativa.

d. La potestad reglamentaria de complementación.

43 Por potestad reglamentaria de complementación se entiende la potestad normativa del Presidente de la República para regular en detalle los aspectos particulares y concretos de todas aquellas materias respecto de las cuales la potestad legislativa sólo es competente para regular sus bases.

44 Tratándose de algunas materias de ley, la Constitución incluye dentro del dominio legal las “materias básicas” (Art. 63 N° 4 C.Pol.) o las “bases” (Art. 63 N° 18) de una regulación, restringiendo con ello el dominio legal a la regulación de las normas generales y principios fundamentales de determinados complejos de reglas. Éste es también el caso de todas las materias de ley no mencionadas directa ni indirectamente, sino subsumibles en la cláusula general residual del Art. 63 N° 20 C.Pol.

- 45 Respecto de todas estas materias, la regulación de los aspectos más de detalle queda en consecuencia entregada a la potestad reglamentaria, la cual por esta razón, recibe la denominación de “potestad reglamentaria de complementación”.
- 46 En la medida en que la potestad reglamentaria de complementación tiene por objetivo dictar normas cuyo establecimiento está excluido del dominio legal -éste se reduce sólo al establecimiento de normas generales-, es evidente que se trata de un caso particular de la potestad reglamentaria autónoma. Sin embargo, la relación que existe entre la ley de bases y el reglamento es enteramente análoga a la que existe (o debe existir: *supra*, núm. 37) entre la ley y el reglamento en general, cuando éste complementa aquélla con el fin de hacer más expedita su ejecución. En ambos casos: (a) un mismo ámbito de la vida social es regulado en sus aspectos principales por normas legales y en sus aspectos secundarios por normas reglamentarias, y (b) las normas reglamentarias se encuentran subordinadas a las normas legales.
- 47 Existe, sin embargo, una diferencia esencial entre uno y otro caso de complementación de la ley por el reglamento. En el caso de la potestad reglamentaria de ejecución, el mandato de reglamentación es un mandato legal. Por lo mismo, en principio, la potestad legislativa podría regular válidamente la materia dejada por la ley a la potestad reglamentaria. En el caso de la potestad reglamentaria de complementación, el mandato de reglamentación complementaria es un mandato constitucional. Por ello, la potestad legislativa no podría regular válidamente la materia dejada por la Constitución a la potestad reglamentaria.
- 48 La importancia de esta distinción se manifiesta en los modos de solucionar un posible conflicto entre normas legales y normas reglamentarias. A este respecto, basta con señalar en este lugar que en caso de conflicto entre potestad ley y reglamento de ejecución, primará siempre la norma establecida en ejercicio de la potestad legislativa frente a la norma establecida en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución (aplicación del principio de jerarquía o del principio de la temporalidad); en cambio, en caso de conflicto entre ley y reglamento de complementación, podría ser posible la invalidación de la norma establecida en ejercicio de la potestad legislativa, si es que se estima que dicha norma no tiene el carácter de “básica”, en el sentido de la regla constitucional que delimita el ámbito de competencia del legislador (aplicación del principio de la distribución de competencia).

3. Las potestades normativas de las instituciones fiscalizadoras.

- 49 La creación de instituciones fiscalizadoras, tanto de la administración centralizada como descentralizada, es una tendencia sostenida del Derecho público chileno. Originalmente, la creación de instituciones fiscalizadoras obedeció a la necesidad de contar con funcionarios especializados en materias de particular complejidad técnica. En las tres últimas décadas, la creación de instituciones fiscalizadoras ha obedecido además a la implementación de una política

económica que sustituye el subsidio a la oferta estatal de servicios (por ejemplo, salud, pensiones de vejez e invalidez) por el subsidio a la demanda de la prestación comercial de dichos servicios. Conforme a esta política económica, el Estado abandona la función de prestador de servicios para concentrarse en la función de fiscalizador del mercado de esos servicios. Como ejemplos de instituciones fiscalizadoras de la administración descentralizada puede citarse a la Superintendencia de Seguridad Social (Ley 16.395), la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (DL 1.097), la Superintendencia de Administradoras de Fondos Previsionales o “A.F.P.” (DL 3.500), la Superintendencia de Valores y Seguros (DL 3.538), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Ley 18.410) y la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional o “Isapres” (Ley 18.933).

- 50 Las instituciones fiscalizadoras gozan por lo general de potestades normativas, es decir, de atribuciones para establecer normas jurídicas de obligatoriedad general. Las normas establecidas en ejercicio de esta potestad normativa administrativa tienen una gran relevancia en la práctica, transformándose así la actividad normativa de las instituciones fiscalizadoras en una importante “fuente” de la respectiva rama del Derecho (de la seguridad social, comercial, etc.).
- 51 Otra atribución conferida por lo general por la ley a las instituciones fiscalizadoras es la de interpretar las normas legales y reglamentarias aplicables a la materia sujeta a su fiscalización. Esta potestad de interpretar normas legales no implica el ejercicio de la potestad legislativa, sino de la potestad administrativa, y por eso se la denomina como “interpretación administrativa de la ley”. Esto significa que esta interpretación no tiene todo el valor de una “interpretación generalmente obligatoria” de la ley (Art. 3º inciso primero C.C.), que es propia de la interpretación auténtica, o interpretación declarada en ejercicio de la misma potestad en cuyo ejercicio se estableció la norma interpretada. Por tal razón, se trata de una interpretación que no es obligatoria para los órganos que ejercen el control de la constitucionalidad y la legalidad de los actos administrativos mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional (los tribunales de justicia).
- 52 Finalmente, además de potestades normativas, las instituciones fiscalizadoras gozan de potestades adjudicatorias, es decir, de atribuciones para asignar responsabilidades por el incumplimiento de las normas legales y reglamentarias, incluyendo las normas dictadas por la propia institución fiscalizadora.
- 53 Esta reunión de potestades normativas y adjudicatorias en un mismo órgano implica una anomalía, a nivel de la Administración Pública, a la luz del principio de la separación de poderes que inspira el marco regulatorio del ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria, por una parte, y jurisdiccional, por la otra parte. Conforme a este principio, la diferenciación de los roles del juzgador y el legislador constituye una garantía de la imparcialidad de la decisión del juzgador. El remedio usual para esta anomalía es la concesión de una acción de reclamación de la decisión administrativa para ser ejercida ante un tribunal de justicia.

- 54 Una cuestión de la mayor importancia es la de precisar el rango jerárquico de las normas creadas por las instituciones fiscalizadoras. Del contexto constitucional se desprende que se trata de reglas establecidas en ejercicio de una potestad normativa administrativa subordinada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.
- 55 La potestad normativa administrativa de la institución fiscalizadora es conferida por una regla legal. Mediante una ley no se puede delegar la potestad legislativa en otro órgano de la Administración del Estado que no sea el Presidente de la República. Luego, la potestad normativa otorgada legalmente sólo puede ser una potestad administrativa.
- 56 El ámbito de competencia de la potestad normativa administrativa otorgada por la ley a la institución fiscalizadora no puede sino corresponder al ámbito de competencia de la potestad reglamentaria de ejecución. Luego, se trata de la misma potestad normativa que la Constitución otorga al Presidente de la República, para que éste la ejerza discrecionalmente (*supra*, núm. 26). Puesto que una norma legal no puede válidamente contravenir una norma constitucional, y puesto que todos los órganos de la Administración del Estado a los que la Constitución no les confiere autonomía se encuentran constitucionalmente subordinados al Presidente de la República (Art. 24 C.Pol.), se tiene que:
- a) el Presidente de la República se encuentra constitucionalmente autorizado para regular las mismas materias cuya regulación es confiada por la ley a la institución fiscalizadora;
 - b) la institución fiscalizadora debe ejercer su potestad normativa administrativa sujetándose a lo dispuesto por el Presidente de la República.
- 57 En consecuencia, se puede concluir que el ejercicio de la potestad normativa administrativa en distintos niveles jerárquicos dentro de la administración pública da lugar a un número equivalente de grados jerárquicos de las normas establecidas en ejercicio de dicha potestad. En esta jerarquía de normas administrativas, la incongruencia con las normas del grado superior es causal de invalidación o inaplicabilidad de las normas del grado inferior.

§ 5. LAS POTESTADES NORMATIVAS DE LOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS DEL ESTADO.

1. Introducción.

- 1 Además de las potestades constituyente, legislativa y normativa administrativa, el sistema jurídico chileno confiere potestades normativas a órganos del Estado que por disposición de la Constitución no se encuentran subordinados al Presidente de la República.
- 2 En la medida en que es la Constitución -y no la ley- la que confiere estas potestades normativas y les reconoce un ámbito propio de competencia, no puede sostenerse que se trate de meras potestades normativas administrativas descentralizadas. En otras palabras, no puede afirmarse sin más que se trata de normas reglamentarias de rango jerárquico inferior a las normas reglamentarias establecidas por el Presidente de la República¹.
- 3 Algunas de las disposiciones constitucionales sobre estas potestades, como las relativas a los Tribunales Superiores de Justicia, provienen sin mayor alteración de la tradición constitucional chilena. En otros casos, la Constitución de 1980 ha clarificado el carácter autónomo del órgano estatal en cuestión, que antes fuera dudoso, cual es el caso de las municipalidades y del Banco Central. De este modo, el sistema jurídico chileno presenta desde 1980 una tendencia más acentuada que la de su historia anterior a la descentralización constitucional de las potestades normativas y al reconocimiento constitucional de ámbitos especiales de competencia. Esta tendencia no ha recibido, sin embargo, una consagración clara y definida en las disposiciones constitucionales respectivas. Los problemas de interpretación que ello suscita deben sujetarse, sin embargo, al menos a cuatro principios básicos.
- 4 El esclarecimiento de la distribución de ámbitos de competencia efectuada por la Constitución exige precisar, en cada caso, si se trata de una potestad normativa de ejercicio concurrente o si se trata de una potestad normativa exclusiva. Una potestad normativa es *de ejercicio concurrente* cuando comparte su ámbito material de competencia con una o más potestades normativas. Una potestad normativa es *exclusiva*, cuando su ámbito material le está reservado a su ejercicio, con exclusión de otra(s) potestad(es) normativa(s). La importancia de esta diferencia es obvia, tratándose de ámbitos autónomos

¹ Por esta razón no puede sostenerse como principio general que las potestades normativas de todos los entes públicos autónomos se encuentren subordinadas a las normas constitucionales, legales y reglamentarias (así, Jorge Streeter Prieto, "Potestad Normativa de Entes Públicos Autónomos", Materiales de Clase para Derecho Económico III, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Diciembre de 1986, p. 5). Esta tesis es correcta tratándose de los órganos del Estado creados por ley, tal como se sostuvo respecto de las potestades normativas de los órganos de la administración descentralizada (*supra*, § 4, núms. 54-57). No lo es, como principio general, tratándose de los órganos del Estado dotados constitucionalmente de autonomía frente al Presidente de la República.

- 5 La autonomía consagrada por la Constitución se refiere a la posición de estos órganos dentro de la administración del Estado (*supra*, § 4, núm. 1) en relación con la supremacía jerárquica del Presidente de la República (Art. 24 C.Pol.). Luego, es posible afirmar como principio general que el ámbito de competencia de estas potestades es exclusivo respecto de la potestad reglamentaria. Las consecuencias prácticas de este principio son:
- (a) la inconstitucionalidad del decreto supremo que regule materias propias del ámbito de competencia de una potestad normativa autónoma;
 - (b) en caso de imposibilidad procedimental de hacer valer dicha inconstitucionalidad, la supremacía jerárquica de la regulación establecida en ejercicio de la potestad normativa autónoma.
- 6 El principio anterior admite excepciones. La interpretación de la potestad normativa autónoma como de ejercicio concurrente con la potestad reglamentaria es plausible. La regulación de la ley orgánica constitucional respectiva puede invocarse en este sentido como argumento interpretativo de la regulación constitucional.
- 7 La autonomía consagrada por la Constitución no se refiere a la posición de estos órganos en relación con el ejercicio de la soberanía por parte del Congreso Nacional y el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad legislativa. La cuestión de si el ámbito de competencia de la potestad normativa autónoma es exclusivo respecto de la potestad legislativa o de ejercicio concurrente con ella debe determinarse atendiendo al Art. 63 C.Pol. (materias de ley). En caso de concurrencia, tienen supremacía jerárquica las normas legales.
- 8 No puede excluirse *a priori*, sin embargo, que la Constitución de 1980 haya configurado un ámbito de competencia exclusivo para un órgano de la administración del Estado constitucionalmente autónomo, incluso respecto de la potestad legislativa. La carga argumentativa corresponde sin embargo a la interpretación que la conciba como potestad exclusiva: *in dubio pro lege*.
- 9 En lo que sigue nos ocuparemos de los principales casos de potestades normativas de órganos autónomos de la administración del Estado.

2. La potestad normativa del Banco Central.

- 10 El Banco Central de Chile es un organismo autónomo, de rango constitucional y carácter técnico, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y de composición indefinida (Art. 1° LOC 18.840), que tiene por objeto velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos (Art. 3° LOC 18.840).
- 11 El marco regulatorio de los actos del Banco Central se encuentra en los Arts. 108 y 109 C.Pol. y en la LOC 18.840.

- 12 El órgano competente para ejercer la potestad normativa y todas las demás atribuciones conferidas al Banco Central es su Consejo, constituido por cinco consejeros designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado (Arts. 6° y 7° LOC 18.840).
- 13 El Consejo sesiona válidamente con la asistencia de al menos tres de sus miembros y adopta válidamente sus acuerdos por mayoría de los presentes, salvo que la ley exija un quórum mayor (Art. 11 LOC 18.840).
- 14 El ámbito de competencia de la potestad normativa del Banco Central se relaciona principalmente con su función de organismo regulador del sistema financiero y del mercado de capitales (Arts. 34, 35 LOC 18.840), así como de las operaciones de cambio internacional (Arts. 40, 42, 43, 49 LOC 18.840)².
- 15 El término utilizado para designar el acto normativo válido del Consejo es el de “acuerdo”, del cual se deja constancia en el acta de la sesión respectiva (Art. 11 inciso final LOC 18.840).
- 16 Los principales acuerdos adoptados en ejercicio de sus potestades normativas son incorporados por el Banco Central en un texto refundido, coordinado y sistematizado denominado “Compendio”. El Tomo I de este texto corresponde al Compendio de Normas de Cambios Internacionales, y el Tomo II, al Compendio de Normas Financieras. Los acuerdos que establecen normas del Compendio, así como todos los acuerdos de carácter general, deben ser publicados en el Diario Oficial (Art. 67 LOC 18.840).
- 17 El carácter concurrente o exclusivo del ámbito material de competencia del Banco Central, así como el rango jerárquico de sus acuerdos son cuestiones inciertas. En todo caso, puede señalarse que:
- 18 (a) Los acuerdos del Banco Central se encuentran subordinados tanto a las normas y principios constitucionales como a las normas de su propio marco regulatorio (*supra*, núm. 11). Especialmente importante a este respecto es la prohibición de discriminación establecida en el inciso final del Art. 98 C.Pol.
- 19 (b) En ciertas materias -especialmente en lo que se refiere a la regulación del sistema financiero y del mercado de capitales- es evidente el carácter concurrente de la potestad normativa del Banco Central con la potestad legislativa. En todo este ámbito de concurrencia, el acuerdo del Banco Central ostenta un rango jerárquico inferior al de la ley. Lo anterior se encuentra confirmado por la concesión que hace el propio marco regulatorio legal del Banco Central de un recurso de reclamación en contra de acuerdos ilegales (Arts. 69 y 70 LOC 18.840).
- 20 (c) La organización interna del Banco Central es materia de competencia exclusiva de su propia potestad normativa, sin perjuicio de lo que al respecto dispongan la Constitución o la respectiva ley orgánica (Arts. 108 C.Pol., Art. 2° LOC 18.840).

² Conforme al Art. 58 LOC 18.840 el Banco Central tiene también potestad para imponer multas en caso de infracciones a la regulación de las operaciones de cambio internacional por él establecida.

21 (d) Las relaciones de la potestad normativa del Banco Central con la potestad reglamentaria del Presidente de la República no son fáciles de determinar. Sin embargo, del Art. 19 LOC 18.840 pareciera desprenderse que la ley orgánica ha considerado al ámbito de competencia de la potestad normativa del Banco Central como ámbito exclusivo respecto de las potestades normativas de todos los demás órganos de la Administración Pública³. Esto, claro está, no resuelve la cuestión de modo definitivo, sino que la remite a otro nivel. Pues, para que esta regulación de la LOC 18.840 sea válida, es necesario afirmar que dentro del concepto de “organismo autónomo” del Art. 108 C.Pol. se encuentra comprendida la exclusividad de competencia normativa frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y que la remisión normativa a la LOC respectiva que efectúa ese precepto incluye la facultad de determinar el ámbito de dicha competencia normativa exclusiva⁴.

3. La potestad normativa del Consejo Nacional de Televisión.

22 El Consejo Nacional de Televisión es un órgano público autónomo, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio, encargado de velar por el correcto funcionamiento de la televisión (Art. 1º L. 18.838).

23 El marco de regulación del Consejo Nacional de Televisión se encuentra en el Art. 19 N° 12 inciso sexto y final de la C.Pol. y la L. 18.838, que es de quórum calificado, y que experimentó importantes modificaciones en 1992, en virtud de la L. 19.131.

24 El Consejo está formado por once miembros, uno de los cuales -su Presidente- es de libre designación por el Presidente de la República, y los diez restantes son designados por él con acuerdo del Senado (Art. 2º L. 18.838).

25 La atribución constitucionalmente conferida al Consejo Nacional de Televisión consiste en “velar por el correcto funcionamiento de la televisión” (Art. 19 N° 12 inciso final C.Pol.). La Ley 18.838 concreta en cierto modo el concepto de “correcto funcionamiento” de la televisión⁵, y especifica las atribuciones comprendidas en el concepto de “velar”, dentro de las cuales se encuentra el ejercicio de una potestad normativa para regular dos materias:

³ Esta disposición faculta al Ministro de Hacienda para asistir a las sesiones del Consejo, con derecho a voz, y en caso de desacuerdo del Gobierno con lo acordado por el Consejo, le confiere la facultad de suspender la aplicación del acuerdo por un plazo no superior a 15 días. Ello, salvo que el Consejo por unanimidad de sus miembros en ejercicio insista en la aplicación del acuerdo, caso en el cual no se suspende. Si la LOC hubiera considerado al acuerdo del Banco Central como jerárquicamente subordinado a las normas establecidas por el Presidente de la República, el procedimiento anterior carecería de sentido.

⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20.09.89, sobre control de constitucionalidad de la LOC 18.840, ratifica en todo caso que la Constitución de 1980 excluye al Banco Central de la Administración del Estado subordinada al Presidente de la República, siendo por lo tanto una excepción a lo dispuesto en el Art. 24 C.Pol.

⁵ Art. 1º inciso tercero: “Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios (de televisión) el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico” (redacción de la Ley 19.131).

- (a) la transmisión y recepción de la televisión por satélite (Art. 12 literal f L. 18.838);
- (b) la prohibición, mediante la dictación de normas generales, de la transmisión de programas que contengan violencia excesiva, truculencia, pornografía o participación de niños o adolescentes en actos reñidos con la moral o las buenas costumbres (Art. 12 literal l inciso segundo L. 18.838).
- 26 El Consejo sesiona en forma ordinaria o extraordinaria, requiriendo para la validez de sus sesiones la concurrencia de la mayoría de sus miembros en ejercicio y para la adopción válida de sus acuerdos el voto de la mayoría de los miembros presentes en la sesión, salvo la exigencia por la ley de un quórum más estricto (Art. 5° L. 18.838). Las normas que dicta el Consejo deben ser publicadas en el Diario Oficial (Art. 12 literal l inciso cuarto L. 18.838).
- 27 El ámbito de competencia de la potestad normativa del Consejo es de carácter concurrente con el ámbito de competencia de la potestad legislativa en un importante grado, ya que se refiere a materias también reguladas por la Ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (“Ley de prensa”, Ley 19.733), la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 18.168) y el Código Penal. En todo el ámbito concurrente de competencia, las normas establecidas por el Consejo Nacional de Televisión se subordinan a las normas legales.
- 28 Más difícil es determinar las relaciones existentes entre la potestad normativa del Consejo y la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Si bien la reforma introducida por la Ley 19.131 pareciera concebir al Consejo Nacional de Televisión como una institución fiscalizadora funcionalmente descentralizada, pero subordinada jerárquicamente al Presidente de la República -algo así como una “Superintendencia de Televisión”-, lo cierto es que las atribuciones de este órgano no son conferidas por una norma legal, sino por una norma constitucional que expresamente lo declara autónomo. En este sentido, el tipo de competencia del Consejo Nacional de Televisión pareciera ser más bien asimilable al del Banco Central (*supra*, núms. 17 y ss) que al de las instituciones fiscalizadoras comunes.

4. La potestad normativa municipal.

- 29 Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico y cultural de la comuna (Art. 118 inciso tercero C.Pol., Art. 1 inciso segundo LOC 18.695).
- 30 El marco regulatorio de la actividad de la municipalidad se encuentra en los Arts. 118 a 126 C.Pol. y en la LOC 18.695. Las normas constitucionales originarias fueron modificadas por la LRC 19.097, de 1991 y por la LRC 19.526, de 1997. La 19.704 autorizó al Presidente de la República para dictar un decreto con fuerza de ley que fijara el texto refundido, coordinado,

sistematizado y actualizado de la ley orgánica constitucional respectiva. Dicho texto fue fijado por el DFL N° 1-19.074, de 27 de Diciembre de 2001.

- 31 Los órganos que intervienen en el ejercicio de la potestad normativa municipal –que “constituyen la municipalidad”- son el alcalde y el concejo (Art. 118 inciso primero C.Pol, Art. 2ª LOC 18.695). El alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad, elegido y reelegible por sufragio universal por un período de cuatro años (Art. 118 inciso primero C.Pol., Arts. 2º y 56 s. LOC 18.695). El concejo es un órgano colegiado, compuesto por un número variable de miembros elegidos y reelegibles por sufragio universal por un período de cuatro años, de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador (Art. 119 C.Pol., Arts. 71 s. LOC 18.695).
- 32 La Constitución designa el ámbito de competencia de la potestad normativa municipal con la mención genérica de “administración local de (la) comuna” (Art. 118 inciso primero C.Pol.). La LOC 18.695 regula más detalladamente este ámbito, distinguiendo entre funciones municipales privativas y funciones municipales concurrentes (Arts. 3º y 4º LOC 18.695).
- 33 En tanto ámbitos materiales de competencia de la potestad normativa municipal, las funciones más importantes son las siguientes funciones privativas:
- (a) confección del plan regulador comunal (Art. 3ª-b)
 - (b) aplicación de las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos (Art. 3º-d);
 - (c) aplicación de disposiciones sobre construcción y urbanización; normas de tránsito (Art. 3ª-e).
- 34 A las materias anteriores se agrega la organización interna de la municipalidad, incluyendo especialmente la asignación específica de funciones a ciertas unidades y su coordinación (Art. 31 LOC 18.695), así como la regulación de las modalidades de participación de la ciudadanía local en el gobierno comunal (Art. 93 LOC 18.695), incluyendo la integración, organización, competencias y funcionamiento del consejo económico y social comunal, que es un órgano consultivo (Art. 94 LOC 18.695).
- 35 Para el cumplimiento de sus funciones, la ley otorga a las municipalidades como “atribución esencial” el dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular (Art. 5º-d LOC 18.695). Estas resoluciones son denominadas de diverso modo, según su objeto y alcance (Art. 12 LOC 18.695):
- (a) Las “ordenanzas” son normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, que pueden incluso establecer multas;
 - (b) Los “reglamentos municipales” son normas generales obligatorias y permanentes, relativas a materias de orden interno de la municipalidad;
 - (c) Los “decretos alcaldicios” son resoluciones que versan sobre casos particulares;
 - (d) Las “instrucciones” son directivas impartidas a los funcionarios subalternos.
- 36 En general, el alcalde tiene la potestad de dictar resoluciones obligatorias de carácter general (Art. 63-i L. 18.695). Para la dictación válida de determinadas normas, sin embargo, el alcalde

requiere acuerdo del concejo. Los casos más importantes son el plan regulador comunal, las ordenanzas municipales, el reglamento municipal de organización interna (Art. 65-b,-k LOC 18.695) y el reglamento de organización del consejo económico y social (Art. 94 inciso 2° LOC 18.695).

- 37 Por regla general, el concejo dispone de veinte días para pronunciarse acerca de las proposiciones del alcalde (Art. 82-c LOC 18.695). Transcurrido el plazo sin pronunciamiento del concejo, rige la proposición del alcalde (82 inciso final LOC 18.695).
- 38 El concejo se reúne en sesiones ordinarias (dos al mes) o extraordinarias (cuando sea convocado), sesiona válidamente con la mayoría de los concejales en ejercicio y adopta sus acuerdos válidamente por mayoría absoluta de los concejales asistentes en la sesión, salvo que excepcionalmente la ley requiera un quórum mayor (Arts. 84 y 86 LOC 18.695).
- 39 Las resoluciones municipales se encuentran exentas del trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República (Art. 52 LOC 18.695).
- 40 El hecho que la regulación de ciertas materias por ordenanzas municipales corresponda a una función privativa de la municipalidad según el Art. 3° LOC 18.695 no significa que dichas materias formen un ámbito de competencia exclusivo de la potestad normativa municipal. Las funciones privativas corresponden a materias reguladas por ley y por reglamentos. Esto es reconocido por la propia LOC 18.695, la cual expresamente condiciona la validez de las decisiones de la municipalidad a su conformidad con las normas legales y reglamentarias que regulen dichas materias (Art. 3° literales a, b, d y e LOC 18.695). En consecuencia, cabe concluir que en cuanto a las ordenanzas la potestad normativa municipal tiene un rango jerárquico análogo al de la potestad normativa administrativa descentralizada (*supra*, § 4, núms. 54 s.).
- 41 Por el contrario, la materia que sí parece ser de competencia exclusiva de la potestad normativa municipal es la organización interna de la municipalidad y de la participación ciudadana, incluyendo al consejo económico y social (*supra*, núm. 34). En este ámbito, la posición de la potestad normativa municipal es más bien análoga a la de la potestad normativa del Banco Central (*supra*, núm. 21).
- 42 Finalmente, en el contexto del establecimiento de reglas jurídicas en ejercicio de la potestad normativa municipal puede darse la posibilidad de la participación directa de la ciudadanía mediante un plebiscito comunal (Arts. 99 a 104 LOC 18.695). Los resultados del plebiscito en el cual haya participado más del 50% de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna respectiva son vinculantes para la autoridad municipal (Art. 101 inciso tercero LOC 18.695).

5. La potestad reglamentaria interna de los órganos autónomos.

- 43 A la actuación de los órganos autónomos del Estado -incluidas las dos ramas del Congreso- es aplicable el Art. 7° C.Pol., conforme al cual la validez de las actuaciones de los órganos del Estado depende de su ejercicio en la “forma” que prescriba la ley.
- 44 La regla general es que la Constitución se remita a las normas legales para la regulación del procedimiento de actuación de los órganos del Estado. Las leyes respectivas se abstienen, sin embargo, de regular detalladamente el procedimiento de actuación de estos órganos, remitiéndose a su vez para tal efecto a reglamentos que han de ser dictados por los propios órganos. La potestad normativa correlativa a este mandato de reglamentación -la “potestad reglamentaria interna”- se transforma así en un modo de creación de reglas procedimentales de importancia en el sistema jurídico chileno.
- 45 Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la potestad reglamentaria interna de la Cámara de Diputados y el Senado, la cual es presupuesta por la Constitución como una potestad normativa propia de cada una de las dos ramas del Congreso (Art. 56 inciso 2° C.Pol.). La LOC 18.918 establece además que las Cámaras del Congreso tienen “la facultad privativa” de dictar normas reglamentarias para regular su organización y funcionamiento interno (Art. 4°).
- 46 En general, puede afirmarse que tratándose de órganos públicos cuya autonomía frente al poder central de la Administración del Estado se encuentra constitucionalmente reconocida, es razonable entender que al menos en lo que respecta a la regulación de sus aspectos organizacionales y procedimentales internos dichos órganos gozan de un potestad reglamentaria excluyente de la potestad reglamentaria presidencial⁶.

6. Las facultades económicas o administrativas de los Tribunales Superiores de Justicia.

- 47 Usualmente, cuando se analiza la actividad de los tribunales de justicia como órganos creadores de normas jurídicas se examina la potestad jurisdiccional en función de su aptitud para generar normas jurídicas, ya sea mediante el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales o mediante su efecto como precedentes. Esto será analizado más adelante (*infra*, § 6). Aquí no se analiza la potestad jurisdiccional de los tribunales de justicia (conferida por reglas de adjudicación del sistema), sino aquella potestad normativa que el ordenamiento jurídico chileno confiere (mediante reglas de cambio) a los tribunales superiores de justicia para regular su

⁶ El caso más evidente de atribución por la Constitución de una potestad normativa reglamentaria interna a un órgano autónomo del Estado se encuentra en la regulación del Consejo de Seguridad Nacional (Art. 107 C.Pol.).

organización y funcionamiento interno. En cierto modo, se la puede considerar como un caso especial de potestad reglamentaria interna.

- 48 La Constitución reconoce y regula los aspectos básicos de tres órdenes jurisdiccionales:
- (a) La jurisdicción ordinaria, formada básicamente por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, los Juzgados de Letras y los Juzgados de Garantía (Arts. 76 a 82 C.Pol.);
 - (b) La jurisdicción especial constitucional del Tribunal Constitucional (Arts. 92 a 94 C.Pol.);
 - (c) La jurisdicción especial electoral, formada por el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales (Arts. 95 a 97 C.Pol.).
- 49 Respecto de estas tres clases de jurisdicción, la Constitución se remite a una ley orgánica constitucional para la regulación de “la organización y atribuciones de los tribunales”, tratándose de la jurisdicción ordinaria (Art. 77 C.Pol.), así como la regulación de la “organización y funcionamiento” del Tribunal Constitucional (Art. 92 inciso final C.Pol.) y el Tribunal Calificador de Elecciones (Art. 95 inciso final C.Pol.).
- 50 La ley orgánica constitucional relativa a la jurisdicción ordinaria es el Código Orgánico de Tribunales. Este cuerpo legal confiere a los tribunales de justicia, además de la potestad jurisdiccional, las así denominadas facultades conservadoras, disciplinarias y económicas (Art. 3° COT). De estas tres facultades, la que en esta oportunidad nos interesa es la facultad económica.
- 51 Por “facultad económica” -también denominada “facultad administrativa”- se entiende la atribución de adoptar medidas de carácter particular o establecer disposiciones de carácter general para regular la organización y funcionamiento del servicio judicial. El acto del tribunal por el cual se establece disposiciones de carácter general en ejercicio de la facultad económica, así como el texto autoritativo que fija lo establecido por dicho acto, reciben la denominación de “auto acordado”.
- 52 Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema ejercen las facultades económica y administrativas en pleno (Arts. 66 inciso cuarto, 96 N° 4 COT)⁷.
- 53 Tratándose de las Cortes de Apelaciones, el COT no señala materias precisas de regulación por autos acordados, y restringe por otra parte el ámbito de validez de las normas que eventualmente sean establecidas en ejercicio de sus facultades económicas al ámbito territorial de competencia de cada Corte.
- 54 Tratándose en cambio de la Corte Suprema, la ley señala algunas materias como de regulación por autos acordados (distribución de ministros en salas, distribución de materias por cada sala: Arts. 95 inciso quinto, 99 inciso primero COT). Por otra parte, la Constitución la

⁷ Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema son órganos colegiados, es decir, integrados por varios miembros, que se llaman Ministros. Por lo general, las Cortes ejercen sus atribuciones divididas en salas, entendiéndose que cada sala representa a la Corte respectiva. Excepcionalmente, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema ejercen sus atribuciones con todos sus miembros reunidos; a esto se lo denomina “pleno”.

faculta para regular no sólo su propio funcionamiento y organización, sino también aspectos de la organización y del funcionamiento de todos los tribunales ordinarios. Este ámbito de competencia recibe la denominación de “superintendencia económica” (Art. 79 inciso primero C.Pol.). Finalmente, la ley ordena que los autos acordados de la Corte Suprema que sean de aplicación general deben ser publicados en el Diario Oficial (Art. 96 inciso final COI).

- 55 La ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional es la LOC 17.997, la cual confiere a este órgano la atribución de reglamentar las materias a que se refiere la ley orgánica mediante autos acordados dictados en sesiones especialmente convocadas al efecto (Art. 90).
- 56 La ley orgánica constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones es la LOC 18.460, la cual confiere a este órgano la atribución de regular el procedimiento para la tramitación de las causas y asuntos que se sustancien ante él, mediante autos acordados que deben cumplir los siguientes requisitos: (a) deben asegurar un proceso racional y justo, (b) deben ser adoptados en sesiones extraordinarias, (c) deben ser aprobados con el voto conforme de al menos tres miembros (son cinco en total), y (d) deben ser publicados en el Diario Oficial (Art. 12).
- 57 La relevancia práctica de los autos acordados en el sistema jurídico chileno es enorme. Mediante su dictación la Corte Suprema ha regulado los procedimientos para ejercer acciones constitucionales⁸, recursos en general⁹, y también el modo de redactar las sentencias¹⁰. Pese a su relevancia, no es claro cuál sea el rango jerárquico de los autos acordados ni tampoco si la respectiva potestad normativa de los tribunales superiores de justicia corresponde a una competencia concurrente o exclusiva respecto de las demás potestades normativas del sistema jurídico.
- 58 Al respecto puede decirse, en primer término, que la facultad económica y administrativa de los tribunales superiores de justicia es concurrente con las potestades constituyente y legislativa, encontrándose su ejercicio válido en todo caso jerárquicamente subordinado a lo dispuesto por la Constitución y la ley orgánica constitucional respectiva. Cualquier norma relativa a la organización y funcionamiento de los tribunales, establecida en ejercicio de la potestad constituyente, o, con calidad de ley orgánica constitucional por la potestad legislativa, tiene rango jerárquico superior a cualquier norma establecida mediante un auto acordado.
- 59 Lo mismo cabe afirmar, como criterio general, en lo que respecta a la relación entre los autos acordados y la potestad legislativa en el ámbito de competencia material propio de la ley ordinaria. Este es el caso, de cualquier auto acordado que regule cuestiones relativas al procedimiento al que deben sujetarse las gestiones o juicios, ya que ésta es una materia de ley

⁸ Auto acordado sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (de 22.03.32); Auto acordado sobre recurso de amparo (de 19.12.1932); Auto acordado sobre acción indemnizatoria por error judicial (D.O. de 11.08.83); Auto acordado sobre tramitación del recurso de protección (D.O. de 27.06.92).

⁹ Auto acordado sobre la vista de la causa (D.O. de 16.09.94).

¹⁰ Auto acordado sobre la forma de las sentencias (de 30.09.20).

ordinaria (Art. 60 N° 3: “codificación procesal”). Siendo éste un caso de regulación concurrente, es aplicable el principio de jerarquía, conforme al cual los autos acordados se subordinan a la ley.

60 Es posible, sin embargo, que se den casos especiales de autos acordados establecidos en ejercicio de atribuciones específicas consagradas o mandatos de regulación complementaria consagrados en preceptos legales orgánico constitucionales¹¹, y que regulen procedimientos especiales, no sometidos tradicionalmente a regulación legal. En estos casos podría pensarse en la existencia de una reserva de competencia en favor de la potestad normativa del tribunal superior de justicia en cuestión, susceptible incluso de ser reconducida al mandato constitucional de determinación de las atribuciones de los órganos en cuestión, en favor. Tratándose de un ámbito de competencia exclusivo del auto acordado, los eventuales conflictos entre éste y la ley (ordinaria) deberían ser resueltos en favor del primero.

Mucho más importante para la práctica es el problema inverso, esto es, la posibilidad de considerar ciertas materias de procedimientos como materias de reserva reforzada de ley. En la disposición respectiva (Art. 19 N° 3 inciso quinto)¹², la Constitución pareciera establecer una exigencia en sentido estricto de regulación legal de los procedimientos jurisdiccionales, con efecto exclusivo respecto de cualquier otra potestad normativa. De sostenerse esta interpretación, habría que considerar invalidables por inconstitucionalidad todos los autos acordados que pretendan regular cuestiones de procedimiento, al menos en lo que respecta a las actuaciones de las partes en la gestión o juicio.

¹¹ Actualmente no existen remisiones constitucionales directas a esta forma de regulación complementaria que impliquen una reserva exclusiva frente a las demás potestades normativas del sistema jurídico. Sí la hubo antes de la Constitución de 1980, en relación con la regulación de la tramitación del recurso de protección, (Art. 2° inciso final del Acta Constitucional N° 3, DL 1.552).

¹² “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo *legalmente* tramitado. Corresponderá al *legislador* establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (las cursivas son nuestras).