

## Unidad I: LAS FUENTES DEL DERECHO

### CLASE 1 IDEAS DE LA FUENTE DEL DERECHO.

#### Bibliografía

- ⊙ **Esquella.** pág. 205(102)- 308(154)
- ⊙ **Pacheco.** pág. 315-372
- ⊙ **Benavente.** Pág. 133(66)-189(94)
- ⊙ **Kelsen.** pág. 232-283
- ⊙ **Hubner Gallo Jorge, Introducción al Derecho.**  
Pág. 179-201

- **Derecho objetivo y Derecho subjetivo**

#### **DERECHO OBJETIVO**

El derecho objetivo esta constituido por el conjunto de leyes y reglas que los hombres que se integran a la sociedad organizada deben observar y acatar en sus relaciones reciprocas y con el Estado. Entonces, el derecho objetivo es la norma, el precepto de derecho o el conjunto de preceptos de derecho, u ordenamiento jurídico, que el Estado crea para la regulación de la convivencia humana en sociedad.

Por ejemplo, en el artículo 1490 del código civil chileno establece que *"si el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe"*. Esta norma es de derecho objetivo, por que prescribe una regla, una conducta a seguir por parte de los acreedores en este caso.

## CARACTERÍSTICAS

- Es un **conjunto organizado**. Las normas o principios deben verse como elementos que se relacionan y condicionan entre sí, mediante relaciones de subordinación y coordinación.
- **Coordinación** en cuanto a que la creación de cada nueva norma modifica el resto del sistema y cada norma debe interpretarse en función de su relación con las demás.
- Se suele hablar de **coherencia (relativa)** del ordenamiento jurídico, pues no existen normas contradictorias, aunque ocurran conflictos, donde dos o más normas con un mismo objeto, prevén soluciones incompatibles entre sí.
- Y por último **plenitud**, ausencia de sectores carentes de regulación jurídica.

## PRINCIPIOS INTEGRADORES

- **Principios materiales:** tienen por objeto procurar la paz, la justicia y la libertad en las relaciones sociales
- **Principios formales:** constituyen a la vez instrumentos para conseguir los principios materiales.
- **Principio democrático:** *"la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece"* **(Artículo 5° de la constitución chilena)**
- **Principio de seguridad jurídica:** conseguir la seguridad en las relaciones con los poderes públicos y con el resto de los ciudadanos, requiere un criterio de seguridad en la organización del ordenamiento jurídico.
- **Principio de legalidad:** los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

El **derecho subjetivo** son las facultades o potestades jurídicas inherentes al hombre por razón de naturaleza, contrato u otra causa admisible en derecho. Un poder reconocido por el ordenamiento jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actúe de la manera que estima más conveniente a fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad . Es la facultad reconocida a la persona por la ley que le permite efectuar determinados actos, un poder otorgado a las personas por las normas jurídicas para la satisfacción de intereses que merecen la tutela del Derecho.

Un derecho subjetivo nacer de una norma jurídica o un contrato, en este segundo caso, un acuerdo de voluntades entre sujetos, hace nacer el derecho de una persona sobre otra.

La cara contrapuesta de un derecho subjetivo es una obligación. Todo derecho supone para una o más personas una obligación de respetarlo, ya sea de forma activa (obligación de hacer) o pasiva (obligación de no hacer).

Hay autores que consideran a los derechos subjetivos como la base del ordenamiento jurídico y enfatizan la primacía del consenso entre los individuos como fuente de legitimidad, en contraposición a las que enfatizan que la validez de las instituciones no se sujeta al libre albedrío de aquellos que nacen en su seno. La libre aceptación por parte de los miembros de una comunidad del orden que los sujeta a la misma -representada por Jean-Jacques Rousseau y su "contrato social"- se topa, a los ojos de los representantes del derecho objetivo (cuyo máximo exponente es Hegel) con una dificultad que desde su punto de vista es insalvable: los miembros de una comunidad no pueden fundar su posibilidad ni la

legitimidad de sus instituciones en algún tipo de "consenso", dado que dicha comunidad preexiste a sus miembros, está ya ahí constituida en sus instituciones y cada persona encuentra su *status* de tal en su seno merced a su integración a las mismas. El derecho subjetivo también designa la facultad de hacer o exigir algo que la norma reconoce a favor de un sujeto.

## **CLASIFICACIÓN**

1. **Atendiendo a la conducta debida**, se distingue entre derechos subjetivos a la conducta ajena o propia:

- A la **Conducta Propia**: Hacer / Omitir (no hacer)
- A la **Conducta Ajena**: Exigir una conducta positiva (que se haga algo) o negativa (que no se haga algo)

2. **Atendiendo a su efecto**, se distingue entre derechos subjetivos relativos o absolutos:

- **Derecho Subjetivo Relativo**: Se hacen valer ante otra persona o personas concretamente identificadas.
- **Derecho Subjetivo Absoluto**: Se hacen valer ante todas las personas que integran la sociedad.

3. **Atendiendo a su régimen jurídico**, se distingue entre derechos subjetivos públicos y privados:

- **Públicos**: conjunto de facultades que se hacen valer frente al Estado y representan una serie de limitaciones que el Estado se impone a sí mismo.
- **Privados**: Facultades que se ejercen en las relaciones de los particulares entre sí o

con el Estado, cuando éste no actúa en su carácter de ente soberano.

Los derechos subjetivos tienen como sustento normas de derecho objetivo. Por ejemplo si el propietario de un terreno demanda al que construyó en su predio es por que existe una norma de derecho objetivo que es el **Art. 669 del Código Civil** que establece:

*"El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título De la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios"*

### **EL DERECHO POSITIVO**

Es el conjunto de normas jurídicas escritas en un ámbito territorial y que abarca toda la creación jurídica del legislador, ya sea vigente o no vigente, no sólo recogida en forma de lo que viene siendo la ley.

El concepto de derecho positivo está basado en el positivismo, corriente de pensamiento jurídico que considera al derecho como una creación del ser humano. El hombre crea el derecho, las leyes (siendo estas la voluntad del soberano) crean Derecho. Al contrario del Derecho Natural, según el cual el derecho estaba en el mundo previamente, y el ser humano se limitaba meramente a descubrirlo y aplicarlo en todo el sentido de la palabra.

## **DERECHO SUSTANTIVO O MATERIAL**

El derecho sustantivo es el que se encuentra contenido en normas de contenido sustantivo, como el Código Civil, o el Código Penal, entre otras. Para algunos tratadistas el derecho sustantivo establece derechos u obligaciones o establece sanciones como en el caso de las normas contenidas en el Código Penal. Algunos tratadistas denominan a los Códigos mencionados como Códigos sustantivos.

### **Eje.:**

"El que sin autorización fabricare moneda que tenga curso legal en la República, aunque sea de la misma materia, peso y ley que la legítima, sufrirá las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales" **(Artículo 162 CP)**

## **DERECHO ADJETIVO O PROCESAL**

El derecho adjetivo es el que se encuentra contenido en normas de contenido procesal, por ejemplo en el Código de Procedimientos Penales, en el Código Procesal Civil, entre otras. El derecho adjetivo establece y regula procedimientos.

### **Eje.:**

*"El que intente querrela de amparo expresará en su demanda, a más de las circunstancias enumeradas en el artículo 254, las siguientes:*

*1ª. Que personalmente o agregando la de sus antecesores, ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo del derecho en que pretende ser amparado; y*

*2ª. Que se le ha tratado de turbar o molestar su posesión o que en el hecho se le ha turbado o*

molestado por medio de actos que expresará circunstanciadamente. **(Artículo 551 LPC)**"

- **Concepto y clasificación de las fuentes**

Como observa Díez-Picazo, "Es manifiesto que la palabra fuente y su plural (fuentes) pertenecen al lenguaje espontáneo u ordinario y que sólo a *posteriori* han sido recibidas en la teoría del derecho. En el lenguaje ordinario, la palabra *fuelle* designa el lugar de surgimiento de un curso de agua o el punto en que el agua mana de la tierra". Fuente es, pues, el punto de donde brotan las aguas y también el lugar al que se acude en busca de éstas

La expresión *fuentes del derecho* obedece, en consecuencia, a un uso metafórico o figurativo de la palabra *fuelle*. A través de la metáfora, se consigue darle a un término originalmente perteneciente al lenguaje natural un uso tecnicado, aplicable a un específico ámbito del quehacer humano, en este caso, el derecho. Ahora bien, ocurre que incluso dentro del lenguaje jurídico, la expresión *fuentes del derecho* aparece utilizada, por lo menos, en tres sentidos bien distintos que conviene identificar

- **Acepción histórica o documental.** En este sentido, se entiende por fuente del derecho cualquiera de los elementos que nos permiten *conocerlo*. Es este el sentido en que decimos, por ejemplo, que determinados manuscritos, inscripciones o papiros son fuentes del derecho romano.
- **Acepción normativa.** En este sentido, la expresión fuente del derecho alude a los diversos medios de creación o producción de normas jurídicas. Es este el sentido en que la legislación, la costumbre

jurídica o la jurisprudencia, se dicen fuentes del derecho, y a él se alude con la expresión técnica **fuentes formales del derecho**. Es este, además, el sentido que resulta más pertinente a los efectos del presente curso

- **Acepción sociológica.** Se trata, en este tercer caso, del conjunto de factores, de la más variada índole -política, religiosa, moral, económica, científica, etcétera- que determinan e influyen la producción de normas jurídicas. Es para aludir a este tipo de factores (incremento de un cierto tipo de delincuencia, peligro para la salud, cambios sociales, etc.) que la teoría jurídica utiliza la expresión **fuentes materiales del derecho**

- **Fuentes materiales y fuentes formales**

### **Las fuentes materiales o reales del derecho**

Son las que hacen al contenido mismo de las normas jurídicas; en otras palabras son los factores naturales, económicos, históricos, racionales, religiosos, valorativos y, específicamente, humanos que proporcionan la motivación y las bases de los contenidos de las normas jurídicas.

Por ejemplo, el proceso revolucionario cubano de 1959 a partir de ese mismo año promulgó muchísimas leyes de corte popular como la Ley Reforma Agraria, Ley de Reforma Urbana, Leyes de Nacionalización, algo parecido ocurrió el Chile a principios de la década de los 70 del pasado Siglo durante el Gobierno de la Unidad Popular, todas estas normas jurídicas fueron motivadas y sustentadas por los pujantes y masivos movimiento populares que apoyaron esos procesos.



Una ley de reforma educacional hoy en puede ser en gran medida el resultado de los amplios movimientos estudiantiles en que muchos de ustedes han participado.

La fuente material de una ley de emergencia por desastre natural, estará constituida, por ejemplo, por el propio desastre natural y los problemas sociales que ha generado el mismo.

La utilidad de la categoría de las fuentes materiales del Derecho, es hacer que el conjunto de normas jurídicas de un Estado no se torne en un cúmulo de reglas inherte que no responde a las realidad social. El análisis de una norma jurídica a la luz de la que es su fuente material, mostrará la fuerza de su vigencia o, de otro modo, delatará su incongruencia con la realidad actual, aspecto que determinará la necesidad de su abrogación para dar paso a nuevos preceptos. En otras palabras la categoría de las fuentes materiales, hace del Derecho (entendido como el conjunto de normas jurídicas vigentes en una sociedad jurídica y políticamente organizada) un elemento dinámico y adaptable a la realidad social, evitando que se transforme en una disciplina autocontemplativa alejada de la verdadera fuente de su existencia.

### **La fuente formal del derecho**

Se entiende por fuente formal del derecho todo medio de producción y de manifestación positiva de normas jurídicas. Tales medios son, en definitiva, actos o hechos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la capacidad para crear disposiciones o normas jurídicas.

El carácter dinámico del ordenamiento jurídico implica que tales fuentes formales, o medios para

la producción válida de normas jurídicas, se hallan estipulados en normas que forman a su vez parte del propio ordenamiento. De ahí que Hans Kelsen (1881-1973), quien fuera más bien crítico de la utilización de este concepto, observara en la *Teoría General del Derecho y del Estado* que:

*"La fuente del derecho no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho, dotada de una existencia independiente frente a este; por sí misma, la fuente es en todo caso derecho: una norma jurídica superior en relación con otra inferior, o sea el método de creación de una norma inferior determinado por otra, lo cual constituye un contenido específico del derecho."*

El hecho de que sea el propio ordenamiento jurídico el que estipula los métodos para la producción válida de nuevas normas jurídicas obliga a distinguir cuando menos entre dos tipos o clases de normas: por una parte, aquellas que tienen por objeto la regulación de conductas en general, prescribiendo que los seres humanos hagan u omitan ciertas cosas, lo quieran o no (normas primarias) y por otra parte, aquellas normas que estipulan las condiciones para introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, e identificar las condiciones bajo las que una norma ha de tenerse por válida (normas secundarias)

Algunos autores prescinden de la noción de fuente formal del derecho. Así por ejemplo, en nuestro medio, el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, en su curso de *Introducción al Derecho*, opta por prescindir del concepto de fuente formal, y desarrolla en su lugar una exposición de los

principales modos de producción de reglas jurídicas en el derecho chileno.

Al hacerlo, distingue, por una parte, la producción de normas jurídicas por parte del Estado (lo que incluye las potestades constituyente, legislativa, administrativa y jurisdiccional); por otro lado, la producción de normas Jurídicas por parte de los individuos, y por último, la producción de normas por parte de la comunidad (como sucede en el caso del costumbre jurídica). Deja de lado además, el profesor Bascuñán Rodríguez, el examen de ciertas nociones, como los principios jurídicos o la equidad natural, cuya inclusión en el sistema de fuentes resulta, extremadamente dudosa

### **Clasificaciones de las fuentes formales del derecho.**

La ciencia jurídica ha elaborado diversos criterios con arreglo a los cuales es posible clasificar las diversas fuentes formales del derecho. A continuación mencionaremos algunos de los más importantes:

### **Fuentes formales heterónomas y fuentes formales autónomas.**

La distinción se hace dependiendo de si existe o no una coincidencia entre el sujeto que produce las normas jurídicas y el sujeto que resulta imperado por ellas. La legislación, los actos de la administración y la jurisprudencia de los tribunales son casos de fuentes predominantemente heterónomas. Los actos jurídicos y la costumbre jurídica, en cambio, son típicos ejemplos de fuentes predominantemente autónomas.

### **Fuentes formales generales y particulares.**

Este criterio atiende al alcance de las normas jurídicas que se crean. La Constitución y la ley son las fuentes generales por excelencia, mientras que las sentencias de los tribunales y los actos jurídicos de los particulares son, por regla general, fuentes de carácter particular.

### **Fuentes formales escritas y no escritas.**

En el Derecho moderno existe un absoluto predominio de las fuentes escritas, que se agrupan bajo un concepto amplio de legislación. Junto a la costumbre jurídica, que es el caso más obvio de fuente no escrita, también pueden mencionarse los principios jurídicos, al menos cuando se los concibe como normas implícitas y sin perjuicio de las dudas que plantean los principios en cuanto a su consideración como fuente formal del derecho.

### **Fuentes formales inmediatas y mediatas.**

Este criterio atiende a si la fuente en cuestión produce directamente normas jurídicas dotadas de fuerza obligatoria (caso de la ley por ejemplo) o si, en cambio, las normas que se producen requieren de otra fuente que les otorgue fuerza obligatoria (como sucede generalmente con la costumbre jurídica).

### **Fuentes formales principales y supletorias.**

Deben tenerse por supletorias todas aquellas fuentes formales a las que el órgano jurisdiccional sólo puede recurrir en subsidio, esto es, a falta de una fuente formal de carácter principal. En Chile constituyen fuentes formales supletorias los principios generales del derecho (a los que el artículo 24 del Código Civil parece aludir bajo la denominación "*espíritu general de la legislación y la equidad natural*")

• Las fuentes formales del derecho chileno

I. LEGISLACIÓN:

1. Constitución.

*Ley en sentido estricto.* Que incluye:

2. Leyes interpretativas de la constitución,

3. Leyes orgánico-constitucionales,

4. Leyes de quórum calificado y

5. Leyes comunes u ordinarias.

6. Tratados internacionales.

7. Decretos con Fuerza de Ley (D.F.L.)

8. Decretos Leyes (D.L).

II. MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD NORMATIVA DE LA ADMINISTRACION:

1. Decretos

2. Reglamentos

3. Ordenanzas

4. Instrucciones

5. Resoluciones

III. COSTUMBRE JURÍDICA.

IV. ACTOS JURÍDICOS y ACTOS CORPORATIVOS.

V. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EQUIDAD NATURAL.

VI. LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA JURÍDICA O DERECHO CIENTÍFICO