

EL NUEVO CONCEPTO DE LEY EN LA CONSTITUCION DE 1980

Paulino Varas Alfonso

1. *Definición de Ley del Código Civil Chileno*

Artículo 1º La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

2. *Origen del artículo 1º del Código Civil Chileno*

En el Tomo XII de las Obras Completas de Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 1954 (Ministro de Educación), correspondiente al Código Civil de la República de Chile, pág. 27, se precisa el origen de dicho precepto en los siguientes términos:

Proyecto de 1853, art. 1º, redacción definitiva, sin la frase "manifestada en la forma prescrita por la Constitución".

Proyecto inédito, art. 1º, redacción definitiva, pero decía "constitucionalmente expedida que" en vez de "que manifestada en la forma prescrita por la Constitución".

NOTA DE BELLO (en Proyecto Inédito): "L. 7 D. De legibus.

3. *Digesto, Libro I, Título III, Ley 7*

Dicha Ley 7 expresa:

"MODESTINO; Reglas, libro I. La virtud de la ley es esta: mandar, vedar, permitir, castigar".

4. *El jurisconsulto romano HERENNIO MODESTINO*

La Enciclopedia Espasa en el Tomo 35, págs. 1245 y 1246, da la siguiente biografía de Modestino:

"Célebre jurisconsulto romano, que cierra la serie de los jurisconsultos clásicos y fue uno de los cinco a cuyas opiniones se concedió fuerza de ley. Dícese que n. en Dalmacia, aunque no es seguro. Fue discípulo de Ulpiano, que le llama *studiosus meus* (Frag. 58, 20, tit. 2, *De furtis*, lib. 47 del Digesto). Floreció desde los tiempos de Septimio Severo (193-211 de J.C.) hasta acaso los de Filipo el Arabe (244). Desempeñó el cargo de *Praefectus vigilum* entre los años 226 y 244, resolviendo una cuestión agitada en todo ese tiempo entre fontaneros y bataneros, por sostener éstos que tenían derecho al uso del agua gratuitamente, lo que al fin les fue reconocido. Después de la muerte de Alejandro Severo, enseñó la jurisprudencia a Maximino el Joven; y en tiempo de Graciano (quien le llama jurisconsulto de autoridad no despreciable), respondió en Derecho. Escribió numerosas obras, mencionándose como suyas: un libro de *heurematicis*, escrito después del año 204, sobre el que escribieron Schilter, Breukmann, Cujas y Merilio; *Differentiarum*, libro IX, y *Excusationum* (de la tutela) libro VI, en griego, que han sido eruditamente comentados por

Antonio Agustín; Pandectarum, libri XII, que según Merlino sólo comprendían definiciones; De poenis, libri IV; Regularum, libri X (estas cinco obras escritas después de la muerte de Caracalla); Responsorum, libri XIX; una serie de por lo menos 31 libros Ad Q. Mucium, y ocho Libri singulares sobre materias de Derecho civil, que fueron: Liber de enucleatis casibus (escrito después de subir al trono Alejandro Severo), de legatis et fideicommissis, de manumissionibus, de praescriptionibus, de ritu nuptiarum, de testamentis, de inoficioso testamento, y de differentia dotis. También se le han atribuido unos comentarios a los libros de Virgilio Maron; mas parece que no hubo tal cosa y que son de una época posterior. De las obras de MODESTINO se han tomado para las de Justiniano un número de fragmentos que oscila entre 344 y 346, según los autores (Hinojosa, dice que 246, sin duda por error de imprenta). Además de éstos ha llegado directamente hasta nosotros un fragmento de los Libri regularum, encontrado por Pithou en un manuscrito, hoy perdido, perteneciente a su padre, y otro de los Libri Differentiarum, que ha sido conservado por san Isidoro en sus Differentiae. Ambos pueden verse en Girard, Textes (3ª ed., Paris, 1903, pág. 480). MODESTINO fue el último de los grandes jurisconsultos romanos, por la penetración de su talento, la equidad y la prudencia que resplandecen en sus escritos, y aun por la corrección de su estilo, en el que, sin embargo, abundan los helenismos, aparte de la obra que escribió en griego; y él mismo dice haber explicado en esta lengua los principios del Derecho. Su autoridad fue tan grande, aun en los tiempos posteriores, que fue incluido por Teodosio II y Valentiniano III entre los jurisconsultos a cuyas opiniones dieron valor legal en la Ley de citas”.

5. Don Arturo Alessandri Rodríguez y su concepción de la ley

El profesor Alessandri en su “Curso de Derecho Civil”, Editorial Nascimento (1961), volumen I, pág. 31 y siguientes, sostiene:

“Origen y significado etimológicos. La palabra “ley” se ha tomado, según algunos, del verbo latino “legere”, en cuanto significa elegir, porque el legislador escoge, elige, entre las reglas de conducta aquellas que considera mejores al bienestar común de la sociedad y las eleva a la categoría de preceptos jurídicos. En opinión de otros, el origen del vocablo arranca también de la voz “legere”, pero en cuanto significa leer, porque así el pueblo romano tomaba conocimiento de la ley, mediante la exposición de las “tablillas”. Finalmente, hay autores que opinan que ley viene del verbo latino “ligare”, porque las leyes ligan u obligan a los hombres a hacer u omitir alguna cosa.

Acepciones de la palabra ley. En su más amplio sentido, la ley “es una regla de conducta impuesta por una autoridad a la cual debemos obediencia”. Dentro de este concepto quedan incluidas todas las órdenes que expide cualquiera autoridad: leyes propiamente dichas, decretos del Presidente de la República, reglamentos de policía general que dictan las autoridades administrativas y las municipalidades, etc.

Pero la palabra ley tiene otro sentido más estricto, que es al que nos referiremos.

Desde este punto de vista **Planiol** ha definido científicamente la ley como “una regla social obligatoria, establecida con carácter permanente por la autoridad pública, y sancionada por la fuerza”¹.

¹ PLANIOL, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, p. 68.

Supuesto necesario para la existencia de la ley. La ley es una norma social, es decir, una regla hecha para los hombres que viven en sociedad. Sin relaciones sociales, no hay ley. Un hombre que viviera absolutamente solo como Robinson en su isla, no estaría sometido a ley alguna. Tendría, es claro, ciertas normas de conducta; el instinto, el deseo de vivir, le señalarían el trabajo y la vida sobria y ordenada como medio de conservar su salud e inteligencia. Pero estas reglas no son leyes, las cuales siempre entrañan "relaciones entre varios seres humanos"; sin ellas, la ley pierde todo su valor jurídico².

Condiciones de existencia de la ley. Como sabemos, no todas las normas de conducta social son leyes. Estas se distinguen por ciertas características; requieren para existir de ciertas condiciones que precisamos a continuación.

a) *La ley es obligatoria.* Esta idea implica la existencia de una voluntad superior que manda y la de otra inferior que obedece.

El concepto de "obligación" no debe confundirse con el de la "utilidad" o "necesidad" que reportan ciertos actos que las personas ejecutan. Muchas veces se dice que estamos "obligados" a hacer algo, por ejemplo, una cortesía o muestra de urbanidad. Pero no hay aquí una obligación propiamente tal, porque si quisiéramos podríamos eludir la manifestación de urbanidad o cortesía, lo que generalmente no hacemos, considerando la necesidad de su cumplimiento o la utilidad que reporta. La verdadera obligación sólo existe para el hombre que actúa bajo la presión de una voluntad superior a la suya³.

b) *La ley es establecida por la autoridad pública.* He aquí la nota que distingue a la ley de ciertas reglas impuestas por autoridades privadas que producen más o menos los mismos efectos que la ley con respecto a aquellos que se hallan sometidos a su poder. Tales son las órdenes que el padre imparte a sus hijos, el amo a sus criados, los reglamentos que el patrón impone a sus obreros y empleados o el que los superiores fijan a los miembros de una congregación⁴.

La autoridad facultada para hacer la ley, o sea, el Poder Legislativo, varía según las Constituciones Políticas. Puede residir en una sola persona, como ocurría con los emperadores romanos o los reyes absolutos; en una o varias asambleas legislativas, como sucede actualmente en la mayor parte de los pueblos modernos; puede, en fin, que sea el mismo pueblo quien exprese su voluntad mediante el voto, como en el plebiscito romano o el referéndum suizo⁵.

c) *La ley es sancionada por la fuerza pública.* Esta es una de las principales diferencias que presenta la ley con respecto a la norma moral que, como sabemos, carece de sanción positiva, aunque la tenga de otra índole.

La sanción de la ley es a veces preventiva. Ejemplo: las medidas de policía destinadas a impedir una alteración del orden público. Pero lo más corriente es que la sanción sea represiva. Ejemplos: multas, prisión, penas de cualquiera naturaleza aplicadas a los delincuentes; y en el orden civil: la nulidad de los contratos que no se conforman a las leyes, las indemnizaciones de daños y perjuicios destinadas a reparar el perjuicio causado por un acto ilícito,

² PLANIOL, obra citada, tomo I, pág. 68.

³ PLANIOL, obra citada, tomo I, pág. 68.

⁴ PLANIOL, obra citada, tomo I, pág. 69.

⁵ PLANIOL, obra citada, tomo I, pág. 69.

los embargos y otras medidas ejecutivas empleadas contra los deudores recalcitrantes o insolventes ⁶.

d) *La ley es establecida con carácter permanente para un número indeterminado de actos o hechos.* Cualquiera decisión de la autoridad pública que sólo deba ser ejecutada una sola vez o veces determinadas, no es ley; es un acto de administración. Así, la orden de partida dada a un militar, la orden de cantar un Te Deum después de una victoria, no son leyes. En cambio, la obligación de prestar el servicio militar impuesta a los jóvenes que cumplen 20 años, deriva de una ley, porque constituye una decisión obligatoria, con carácter permanente, para un número indeterminado de casos ⁷.

En la práctica se da el nombre de ley a actos que en realidad no son tales. Cuando el Congreso autoriza un empréstito, ordena la construcción de un camino, modifica los límites de un departamento, estos actos son publicados en el "Diario Oficial" bajo el título de leyes. Aunque aprobados por el Congreso y en la misma forma que las leyes, no lo son en verdad.

Constituyen sólo actos de administración ejecutados por una autoridad diversa de aquella que ejerce ordinariamente esta clase de atribuciones. Resolver lo contrario, importaría dar preponderancia a la forma sobre el fondo ⁸.

Estos actos, que no son para casos indeterminados y que se dictan en la misma forma que las leyes propiamente tales, reciben el nombre de leyes "formales" por oposición a las últimas que son llamadas leyes "materiales".

Pero sólo la conjunción de los dos sentidos —mejor diríamos de los dos elementos: el material y el formal— determina el concepto propio de la ley como norma jurídica caracterizada en relación a las demás ⁹. La ley exclusivamente formal es sólo un acto legislativo.

Duración temporal de las leyes. No es necesario que la ley sea perpetua; con frecuencia se ve que el mismo legislador fija de antemano su duración, por ejemplo, en cinco o diez años. Leyes de esta especie, que nacen con su vida limitada, se encuentran de preferencia en materias fiscales y financieras. Tenemos, entre muchos otros casos, el de la ley N^o 5.951, publicada en el "Diario Oficial", el 26 de noviembre de 1936, que establece, durante un año, un impuesto adicional de uno por mil (1‰) sobre las propiedades de la provincia de Aconcagua cuyo avalúo sea superior a diez mil pesos.

También son leyes de duración limitada las "disposiciones transitorias" de cualquiera ley, las cuales pierden su eficacia después de cierto tiempo.

En materia penal también hallamos leyes temporales, sobre todo en épocas de guerra.

Número variable de personas regidas por la ley. Sería absurdo suponer que cualquiera ley debe aplicarse a todas las personas que forman una nación o habitan el territorio del Estado. De ordinario, para que una ley se aplique a una persona, es menester que ella se encuentre en determinadas condiciones previstas por el legislador. Por ejemplo, las leyes sobre el matrimonio, la propiedad agraria, los deberes de los funcionarios, sólo se aplican a aquellos que se casan, que tienen tierras, que ejercen una función pública. De aquí que pueda suceder que una ley se aplique a un número muy restringido de personas y aun a sólo una persona. Así, las disposiciones que determinan las atri-

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ PLANIOL, obra citada, tomo I, pág. 70.

⁹ D. DE BUEN, pág. 293.

buciones especiales del Presidente de la República no conciernen sino a una sola persona¹⁰.

Lo que caracteriza a la ley no es el mayor o menor número de personas que va a regir, sino la indeterminación de los casos para los cuales ha sido dictada. Puede que muchas personas se pongan o estén en dichos casos, entonces serán muchas las que caerán bajo el imperio de la ley; puede que sean pocas, o una, o hasta ninguna persona la que esté o se coloque en los casos que la ley debe regir, pero no por eso la ley deja de ser tal. Y así, una ley sobre matrimonio no dejaría de ser ley, aunque nadie se casara y ella no recibiera aplicación alguna.

Definición de ley del Código Civil. El artículo 1º de nuestro Código Civil define la ley como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

Crítica. La definición anterior ha sido criticada en el fondo y en la forma; “en el fondo, porque no da una idea clara del objeto de la ley”, ni de lo que es en sí misma.

Dentro de nuestro mecanismo constitucional hay actos que constituyen una declaración de la voluntad soberana y que no son leyes en el sentido científico de la palabra que hemos visto anteriormente al analizar la feliz definición de PLANIOL. Así, por ejemplo, la enajenación de los bienes del Estado o de las Municipalidades, o su arrendamiento o concesión por más de veinte años, sólo puede hacerse, dice la Constitución, en virtud de una ley (artículo 44, 3º), y lo mismo afirma en cuanto al establecimiento o modificación de la división política o administrativa del país (artículo 44, 7º); pero los actos anteriores son leyes en la forma y no en el fondo. En verdad, no pasan de ser actos legislativos dictados en forma de ley.

La definición en comento también ha sido criticada en la forma, “porque tal como está redactada parece decir que manda, prohíbe o permite, por estar manifestada en la forma prescrita, por la Constitución, no por ser la declaración de la voluntad soberana, como si pudiera haber alguna declaración de la voluntad soberana que no importara un mandato”.

Requisitos externos e internos de la ley. De la definición del Código se desprende que los requisitos de la ley son externos e internos. Los primeros, que permiten a los ciudadanos cerciorarse si la norma que se les presenta es en realidad ley o no, son dos: a) declaración de la voluntad soberana; b) manifestación de ella en la forma prescrita por la Constitución. Los requisitos internos miran al contenido de la norma: si el precepto es imperativo, prohibitivo o permisivo.

Examinaremos estos requisitos uno en pos de otro.

Declaración de la voluntad soberana. La soberanía, como es sabido, reside esencialmente en la nación, la cual delega su ejercicio, en lo que a legislar se refiere, en el Poder Legislativo, integrado, entre nosotros, por el Congreso Nacional y el Presidente de la República (Constitución, artículos 2º, 45 y 72).

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

Manifestada en la forma prescrita por la Constitución. Nuestra Carta Fundamental resume en el artículo 52 los requisitos necesarios para que esa forma se reputa existir. “Aprobado un proyecto, dice, por ambas Cámaras, será remi-

¹⁰ PLANIOL, obra citada, tomo I, pág. 70.

tido al Presidente de la República, quien, si también lo aprueba, dispondrá su promulgación como ley”.

Es de tal modo necesario que concurra la forma específica prevenida por la Constitución, que no sería ley, por ejemplo, la declaración de voluntad de todos y cada uno de los miembros del Congreso Nacional y del Presidente de la República manifestada por medio de escritura pública y con cuantos otros requisitos y formalidades quieran suponerse¹¹.

El requisito que analizamos reconoce que por encima de la ley está la Constitución, y el Poder Legislativo a ella debe subordinarse al dictar las leyes.

Manda, prohíbe o permite. Este último requisito mira al fondo de la ley, se refiere a la especie de norma que contiene.

Toda ley, por el hecho de ser tal, implica un mandato “como que es la declaración de una voluntad soberana a la cual debemos obediencia y no se concibe voluntad sin acción y voluntad soberana sin mandato”¹².

Pero las leyes contienen mandatos de diversa especie; algunos imperativos, otros prohibitivos y permisivos. Y de ahí que haya leyes imperativas, prohibitivas y permisivas.

Las primeras son las que mandan hacer algo, como las que ordenan a los ciudadanos el pago de los impuestos, prestar el servicio militar, etc.

Las leyes prohibitivas son las que mandan no hacer algo, las que prohíben o impiden hacer alguna cosa, como las leyes penales.

Las leyes permisivas son las que permiten realizar algún acto o reconocen a un sujeto determinada facultad.

La ley permisiva entraña un mandato a todas las personas en el sentido de que respeten el derecho que ella reconoce al titular.

Algunos han criticado al legislador por no haber incluido en la definición un cuarto término, “castiga”, como lo hicieron los juriconsultos romanos. Pero la objeción carece de valor, porque propiamente las leyes que tienen por sanción una pena no forman una clase particular y diversa de las tres mencionadas. Las leyes penales son: o imperativas, cuando ordenan la imposición de una pena; o prohibitivas, cuando señalan los actos que no permiten ejecutar o aquellos cuya no ejecución sancionan, es decir, cuando prescriben delitos de acción u omisión”.

6. *Don Luis Claro Solar y su concepción de la ley*

El profesor Claro Solar en su obra “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, reeditado por la Editorial Jurídica de Chile, en 1978, Volumen I, pág. 27 y 28, expresa:

“Se llama soberanía la facultad que tiene una nación de constituirse y de dictarse leyes a sí misma.

En este sentido, dice el artículo 2º de la Constitución, que era el artículo 3º de la Constitución de 1833, reside esencialmente en la nación, que delega su ejercicio en las autoridades que ese Código establece, en la imposibilidad de poderla ejercer por sí misma.

¹¹ “Explicaciones de Código Civil”, tomo I, pág. 11.

¹² L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, tomo I, pág. 29.

Confirmando estos principios de nuestro Código fundamental, el artículo 1º del Código Civil define la ley: "una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Reconoce así el Código que sobre la ley está la Constitución, que el poder legislativo no puede extralimitar las facultades que el poder constituyente le ha otorgado. Establece que sólo puede reconocerse como ley el precepto de la voluntad soberana de la nación manifestada en la forma que la Constitución prescribe¹³, tanto para las leyes como para las reformas de la misma Constitución.

La definición de nuestro Código no es, sin embargo, una definición feliz en el fondo y en la forma; en el fondo, porque no da una idea clara del objeto de la ley; y en la forma, porque tal como está escrita parece decir que manda, prohíbe o permite, por estar manifestada en la forma prescrita por la Constitución, no por ser la declaración de la voluntad soberana, como si pudiera haber alguna declaración de voluntad soberana que no importara un mandato. Seguramente por esta última causa el Código de Colombia, que es una copia casi literal del nuestro, define la ley, "una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter de la ley es mandar, prohibir, permitir y castigar".

En el proyecto publicado en 1853, Bello definía la ley: "una declaración de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite". En el proyecto inédito publicado ahora en el tomo 13 de las "Obras completas de don Andrés Bello" se definía la ley: "una declaración de voluntad soberana, constitucionalmente expedida, que manda, prohíbe o permite". De este modo se llegó a la definición del Código, en que se ha procurado dejar de manifiesto que la ley, obra de la voluntad soberana del legislador, no puede existir sino en la forma y llenándose las prescripciones constitucionales¹⁴.

En su etimología la palabra ley viene de *legere*, elegir, porque el legislador elige entre las reglas de conducta aquellas que considera mejores al bienestar común de la sociedad. Por esto habría sido preferible la definición de Portalis: "La ley es una declaración solemne de la voluntad del soberano sobre un asunto de interés común".

El artículo primero termina la definición de la ley diciendo "que manda, prohíbe o permite" —*Legis virtus habet imperare, vetare, permittere, punire*—, decía la ley 7 del Digesto, título 3, *Legibus* libro I, tomada de Modestinus.

No puede decirse con propiedad que haya leyes que permiten y no mandan. Toda ley, por el hecho de ser tal, es un precepto, un mandato, como es la declaración de una voluntad soberana a la cual debemos obediencia, y no se concibe voluntad sin acción y voluntad soberana sin mandato.

¹³ La Constitución de 1925 no se conformó a esta regla fundamental de Derecho Público; y su fuerza obligatoria sólo resulta hoy del consenso público con el hecho de la aprobación plebiscitaria de esta Carta Fundamental. Ella, evidentemente, fue un acto revolucionario.

¹⁴ La larga serie de disposiciones que desde 1924 han sido dictadas en la forma de decretos-leyes o decretos con fuerza de ley no han tenido valor; pero de hecho han sido reconocidas como válidas por los Tribunales y por el Congreso contra todo principio. Los decretos de esta última época no pueden compararse con los que en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1833 dictó el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias que le dio el Congreso de acuerdo con el texto constitucional primitivo y que no puede hoy conceder porque le está prohibido delegar sus funciones.

Pero las leyes toman a veces con preferencia la forma imperativa, otras la forma prohibitiva; y otras se limitan a declarar un derecho o permitir una cosa; por esto es común distinguir:

Las leyes imperativas que ordenan expresamente alguna cosa, como las que ordenan a los ciudadanos el pago de los impuestos, el servicio militar, etc.;

Las leyes permisivas que toleran alguna cosa o declaran algún derecho, como las que permiten, bajo ciertas condiciones, contraer matrimonio, reconocer un hijo ilegítimo, testar, etc.;

Y las leyes prohibitivas que prohíben o impiden hacer alguna cosa. Todas las leyes penales son prohibitivas y por eso el artículo primero no agrega la palabra castigar que contiene la definición del Digesto y que reproduce el Código de Colombia".

7. *Concepto de ley en la Constitución Política de 1925*

Dicha Carta no alteró el concepto de ley del artículo 1º del Código Civil. En efecto, el art. 44 se limitaba a señalar las materias de ley, sin carácter taxativo, al decir este precepto: "Sólo en virtud de una ley se puede:".

8. *Concepto de ley en la Constitución Política de 1980*

El art. 60, Nº 20, establece:

Artículo 60. Sólo son materias de ley:

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

Como lo sostiene la profesora de Derecho Político y Constitucional, Luz Bulnes Aldunate, en su excelente trabajo intitulado "Leyes de Base y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980" (XI Jornadas de Derecho Público), Boletín de Derecho Público de la Universidad de Chile, Año Nº 3, Nº 15, p. 29 y siguientes, este Nº 20 del artículo 60 carece de historia legislativa, pues fue incorporado al texto definitivo por la Junta de Gobierno.

La Constitución de 1980, sin perjuicio de las atribuciones del Presidente de la República en la formación de la ley, contempla un precepto nuevo al establecer en el artículo 42 que la Cámara de Diputados y el Senado *concurren a la formación de las leyes en conformidad a esta Constitución.*

Lo anterior significa que la Constitución de 1980 ha establecido los 2 elementos de la ley: el material y el formal, lo que hace necesario conciliar el artículo 1º del Código Civil y el artículo 60, Nº 20 de la Constitución vigente a fin de fijar un concepto de ley que se fundamente en el principio de la supremacía constitucional.

9. *Nuevo concepto material de la ley en la Constitución de 1980*

Ley es toda norma de carácter general y obligatoria que estatuye las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

10. *Concepto de ley en la Constitución de 1980 que contempla los elementos formal y material.*

Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prescrita por la Constitución que establece normas generales y obligatorias sobre las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.