

# LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL CODIGO CIVIL CHILENO Y EN EL CODIGO ESPAÑOL

EDUARDO NIÑO TEJEDA  
Universidad Católica de Valparaíso

## I. GENERALIDADES

Las fuentes del Derecho se clasifican generalmente en fuentes formales y fuentes materiales.

Fuentes materiales, según Castán Tobeñas, son todos aquellos factores o elementos que contribuyen a elaborar la norma jurídica o a fijar su contenido. Su carácter es sociológico o metajurídico y su número ilimitado. Se citan como tales la naturaleza de las cosas, la necesidad o utilidad social, la tradición, la opinión popular o convicción general, la fuerza normativa de lo real, etc.

Fuentes formales, según el mismo autor, son los modos o formas de manifestarse externamente el derecho positivo.

Para el desarrollo de nuestro trabajo, dividiremos las fuentes formales en fuentes formales primordiales y fuentes formales supletorias. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, sólo la ley es fuente formal primordial; las demás —costumbre, principios generales, analogía, equidad— son supletorias.

Puede ocurrir que la ley, con toda su primacía, no haya previsto en absoluto una cuestión, situación que sin embargo no excusa al juez de su deber de resolverla.

Cuando esto ocurre, cuando el juez —como dice Enneccerus— *tiene que encontrar por sí mismo la norma para la*

*decisión, en tanto cuando ha quedado indeterminado en la ley, se trata de una investigación integradora del Derecho.*

*El juez realiza esta integración del Derecho recurriendo a las fuentes formales supletorias contempladas en el ordenamiento jurídico, pero, como advierte Ennecerus, el magistrado se limita, en su actividad de hallar el derecho, a fijar con autoridad de cosa juzgada la relación jurídica de que se trate. La norma hallada no se convierte con eso en derecho objetivo, pues éste sólo puede establecerlo la voluntad colectiva.*

## 2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL CODIGO ESPAÑOL

El texto articulado de la Ley 3/1973 de 17 de marzo, de Bases para la modificación del título preliminar del Código Civil español, dispone:

ART. 1º 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

7. Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

ART. 3º 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

Los principios generales del derecho constituyen en el ordenamiento jurídico español una fuente formal supletoria o subsidiaria.

Aceptada o reconocida esta calidad normativa, es necesario precisar el significado o contenido de la expresión *principios generales del derecho*, toda vez que la ley no la ha definido y que, como dice Sánchez Román, *no es frase tan precisa ni de sentido tan uniforme en la variada concepción individual, que no traiga consigo algún peligro de arbitrariedad judicial, y, sobre todo, una falta de concreción predeterminada y conocida, que sea punto de partida para resolverse las partes a entablar o a resistir el litigio con el conocimiento de causa suficiente de una regla previamente establecida.* (Citado en Apéndice de *Los Principios Generales del Derecho*, de G. del Vecchio).

El Decreto 1836 de 31 de mayo de 1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, establece en su exposición de motivos: *Con el carácter de fuentes se enuncian de manera jerárquica la ley, la costumbre y los principios generales del derecho... La primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango superior. La costumbre... sólo desempeña el cometido de fuente en defecto de ley aplicable, siempre que no contradiga los módulos generales esencialmente delimitativos de la licitud constituidos por la moral y el orden público, y que resulta probada. Los principios generales del derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores; pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente de derecho, pueden tener un significado informador de la ley o de la costumbre.*

El título preliminar establece en su artículo primero, apartado séptimo, la plenitud hermética del ordenamiento jurídico español y consecuentemente, junto a las fuentes

cuyo contenido ha precisado el legislador, contempla y autoriza otra fuente cuya fórmula y contenido compete al juez precisar.

En España, Valverde (entre otros), siguiendo la tendencia filosófica o jusnaturalista, afirma acerca de la fuente en estudio que *el legislador con esa frase ha querido sin duda dar mayor alcance a los principios generales... que a los que informan y sirven de fundamento a una legislación o a una ley, pues eso equivale a interpretar la legislación por la legislación misma*, agregando que *hay principios superiores a la contingencia y variabilidad de los hechos, normas superiores, reglas aceptadas por los jurisconsultos, que constituyen verdaderos axiomas y que forman un derecho superior al legislado; y esos principios, reglas y normas son a los que se refiere nuestro legislador* (citado por Juan Ossorio Morales en el Apéndice de *Los Principios Generales del Derecho*, de G. del Vecchio).

Pero otros, adscritos a la tendencia positivista o histórica, sostienen que los principios generales del derecho son los que informan el sistema jurídico positivo de España. Así lo afirma De Diego a cuyo juicio *el legislador, al invocar los principios de Derecho, pensó en los del Derecho Español, en aquéllos que ya aprovechó al formular las reglas del Código, y que no por eso quedaron agotados*.

Una tercera posición, sustentada por De Buen, quien considera igualmente errónea la equiparación de los principios generales del derecho a los del Derecho Natural, como la concepción que pretende circunscribir el concepto a los principios del derecho positivo nacional, *como si el derecho de cada nación hubiera de vivir en su propia substancia, sin recoger en cada momento las orientaciones y los estímulos que en todas las esferas sociales ejercen tan provechosa influencia*. Por principios generales del derecho deben entenderse, *además de los inspiradores de nuestro derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del dere-*

cho, o que resulten de los imperativos de la conciencia social. (Ibídem).

En conceptos parecidos se expresa Felipe Clemente De Diego. Si la deficiencia de la ley y de la costumbre, dice este autor, autoriza a los jueces para invocar y aplicar los principios generales del derecho, y éstos son el fundamento de aquéllos, no se ve claro cómo estos principios puedan completar las lagunas de aquellas fuentes formales. Conforme en que reintegraran el texto en su total sentido, aumentarían sin duda las soluciones nuevas en las fuentes no comprendidas literalmente; pero aquellas relaciones nuevas, totalmente nuevas, que reclamen un principio distinto del comprendido en la ley; quid?

Si para esas relaciones nuevas, que bien miradas en sí mismas reclaman nuevas reglas y soluciones, volvemos los ojos a los principios del Derecho Positivo y con arreglo a ellos formulamos éstas, entonces no salimos del ámbito del Derecho Positivo, de sus cauces y límites, en lo que no sólo no hay progreso, sino que ni encontramos la regla y solución adecuadas. Si para huir del círculo vicioso invocamos otros principios, los de la ley y costumbre, entonces el peligro de la arbitrariedad subjetiva amenaza destruir la armonía del edificio formado por ese Derecho Positivo, y aún más, nos pondríamos enfrente del Art. 6º del Código Civil español que si invoca los principios de derecho es sólo en contra ellos.

Menester es, entonces, y mientras la intervención legislativa no resuelva el conflicto, recurrir al tercer estadio de aplicación de los principios, ya que agotada la fecundidad de los de la ley, ni puede dejarse de juzgar ni al juzgar puede dejarse de tener en cuenta la justicia intrínseca ínsita en las nuevas relaciones de derecho.

En definitiva, la ley tiene su soberanía y hay que acatarla en las soluciones que consagre por imperio de la ley misma, de consulta preferentemente obligatoria según el párrafo 2º del Art. 6º del Código Civil español. Mas cuan-

do la solución no esté consagrada ni prevista en la ley, otra fuente, la costumbre del lugar, nos sale al paso por imperio de la ley misma. Sólo en defecto de ésta podemos explotar los principios generales del Derecho, y es claro que han de ser los de la misma ley y costumbre, y cuando ellos no alcancen a satisfacer la necesidad del momento o a darle solución requerida, entonces, para no ponerse enfrente de la inexorabilidad del fallo proclamada en el párrafo 1º de aquel artículo 6º, hay que buscarla en la propia realidad social investigada con criterio científico, fecundizada e iluminada por los principios de razón y de justicia, y para ello goza el intérprete de más amplia libertad, pues tiene que construir la solución ex novo del fondo mismo del ambiente social que le rodea bajo la presión de los más altos principios de justicia intrínseca.

A juicio de De Castro (citado por Castán Tobeñas) la expresión principios generales del Derecho encierra todo el conjunto normativo no formulado, o, en otros términos, *las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación*. Los principios generales tienen fundamental eficacia para el derecho positivo en cada uno de sus aspectos: *constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas*.

Castán (D. Civil, p. 325) sostiene *Que si bien las exigencias de la unidad del sistema obligan a suplir los vacíos y deficiencias de una legislación con los propios principios que la informan, siempre podrían servir los principios del Derecho Natural, en primer lugar, de elemento auxiliar para indagar y esclarecer los del derecho vigente. Y, en segundo término, de elemento complementario para suplir sus lagunas cuando se agote la potencia normativa del sistema jurídico positivo*.

*Lo esencial es que los principios generales del Derecho sean concebidos y aplicados dentro del ámbito de criterios*

*objetivos, hermanando los peculiares del derecho positivo patrio con los universales y supremos del Derecho Natural. Y lo que importa también es no estrechar el campo y función de dichos principios, confundiendo los con los aforismos o reglas de derecho, o reduciéndolos a una serie mayor o menor de dogmas estereotipados que haya podido catalogar la doctrina científica o la jurisprudencia de los Tribunales.*

Como dice De Diego, *la cuestión es que el principio invocado encarne y tenga conexión lógica con la ley, que no sea un principio abstracto de moralidad o una opinión subjetiva.*

El Tribunal Supremo Español ha declarado reiteradamente que los principios de derecho, para que su infracción pueda dar lugar a un recurso de casación, han de estar reconocidos como tales en la ley o en la misma jurisprudencia, de modo que no basta alegar el principio, sino que hay que citar la ley o sentencia en que esté contenido. En otros fallos ha reconocido que *todo principio de derecho lleva consigo la necesidad de su estricta observancia, o exigido que cualquiera que sea la notoriedad de un principio de derecho invocado, se relacione con la doctrina o ley de la cual se derive.* (Ossorio).

Los principios generales del derecho, en el ordenamiento jurídico español, constituyen pues una fuente formal, supletoria o subsidiaria de la ley y de la costumbre, con las cuales presenta notables diferencias.

El contenido y la definición de la ley y de la costumbre están establecidos objetivamente, sea por el legislador directamente, sea por la práctica o usos locales. Los principios generales, en cambio, son definidos y precisados en su extensión por la actividad subjetiva del juez.

La certidumbre de los principios generales, es por consiguiente inferior a la de la ley y a la de la costumbre. Frente a ésta y a aquélla, las partes conocen de antemano, previamente, la norma jurídica a que se someten y que resolverá las controversias sobrevinientes. Frente a los principios ge-

uerales, los particulares no tienen esta certidumbre respecto del texto que no existe con antelación sino que es establecido a posteriori por el juez.

Tiene el magistrado algunas limitaciones para paliar esta falta de certeza. Desde luego no puede aplicar principios que estén en contradicción con los preceptos de una ley o de una costumbre, porque éstas son fuentes de rango superior.

Aunque el legislador español no lo dice, a mí me parece que el sentenciador debe buscar los principios generales con un criterio, en alguna medida, objetivo, es decir, basado en una doctrina uniforme o en una jurisprudencia reiterada.

No sostengo que esto último sea un requisito para la aplicación de esta fuente, ya que el mismo adjetivo *generales* que modifica al sustantivo *principios*, revela que basta cualquiera notoriedad que demuestre que se trata de principios común y fácilmente aceptados por la población y que por lo mismo sea presumible que las partes los tuvieron en vista al contratar o al ejecutar el hecho o el acto jurídico de que se trate, lo que resultará tanto más obvio en cuanto tal notoriedad conste en la doctrina y en la jurisprudencia.

### 3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO

#### I. EN LA LEGISLACION POSITIVA CHILENA NO HAY, COMO EN LA ESPAÑOLA, UN PRECEPTO QUE SEÑALE TAXATIVAMENTE NI EN OTRA FORMA LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y EL ORDEN JERARQUICO DE LAS MISMAS

Disposiciones dispersas se refieren a la *ley*, a la *costumbre*, a las *sentencias judiciales*, a los *principios de equidad*, y a los *principios jurídicos*.

El Art. 1º de nuestro Código Civil establece que “La Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”. En su Art. 2º dispone: *La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.* En el Art. 3º inciso 2º, el Código declara que *Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.*

El Art. 170 del Código de Procedimiento Civil, en su número 5º dispone que las sentencias judiciales deben contener *la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.*

El Art. 31 Nº 5º del Decreto Ley 3.648, que reemplazó al Art. 540 Nº 5º del Código del Trabajo, señala como requisito de las sentencias que se dicten en materia laboral contenciosa, *expresar los preceptos legales o, a falta de éstos, los principios de equidad en que se funda el fallo.*

Es indiscutible que en Chile la ley es la fuente formal de primer grado cuya primacía es inobjetable. Se llega a esta conclusión en base a lo que disponen los Arts. 1º y 2º del Código Civil. Sólo la ley manda, prohíbe o permite; la costumbre carece de fuerza obligatoria propia y sólo la adquiere cuando la ley expresamente se remite a ella, con lo cual queda claro que la costumbre impera por mandato de la ley y no por sí misma, de modo que no es una fuente formal autónoma.

El recurso de casación en el fondo, que regulan los artículos 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y los artículos 546 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, acentúan la primacía de la ley, pues sólo conceden este recurso por *infracción de ley* y por *aplicación errónea de la ley penal.*

Otras disposiciones revelan idéntico principio, entre ellas el artículo 1º del Código Penal que define como delito *Toda acción u omisión voluntaria penada por la ley,* lo que

excluye la creación de delitos por otra fuente formal que no sea la ley.

En el Código Civil también hay otras disposiciones que acentúan el carácter de derecho estricto que tiene nuestro ordenamiento, atendida la supremacía casi absoluta de la ley. Entre ellas, el Art. 23 según el cual: *Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*; y el Art. 11, que dice: *Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada no se dejará de aplicar la ley, aunque el acto que ella anula no haya sido fraudulento o contrario a la ley.*

La infracción de ley no da únicamente lugar al recurso de casación en el fondo, también acarrea consecuencias penales, toda vez que ella hace procedente la acusación constitucional contra las autoridades que las han atropellado o dejado sin ejecución (Const. Pol., Art. 48), y tipifica el delito de prevaricación respecto de los magistrados que *a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil* (C. Penal, Art. 223).

Esta primacía de la ley, significa por otra parte que ninguna otra fuente —aunque se la admita formalmente— puede estar en contradicción con aquélla.

La costumbre, según el texto del Art. 2º del Código Civil, aparece como fuente formal de segundo grado. Sin embargo, un examen más atento de esta disposición demuestra que no es así.

La costumbre, en Chile, no constituye fuente formal del derecho, sino cuando la ley se remite a ella. De modo que la costumbre viene a completar el enunciado de la ley, integra y perfecciona el sentido de lo que Ennecerus llama proposiciones jurídicas incompletas, es decir, preceptos que no implican mandato ni prohibición de ningún género; por sí solos carecen de significación y sólo la adquieren en unión con otras proposiciones jurídicas con las cuales forman man-

datos y concesiones; en otras palabras completan la norma jurídica. En nuestro derecho, la ley que remite a la costumbre y la costumbre remitida, en conjunto, forman o constituyen una norma jurídica completa.

Las remisiones que el Código Civil chileno hace a la costumbre pueden clasificarse en dos grupos:

- a. Cláusulas contractuales tácitas (*Los contratos obligan incluso a lo que por la costumbre pertenece a la obligación*, Art. 1546-1563, inciso 2º) como por ejemplo: época del pago de la renta (1986-1944), duración del arriendo (1951), concepto de reparaciones locativas (1940), ventas a prueba (1823, inciso 2º), precio de la confección de obra material (1997) y remuneración en el mandato (2117).
- b. Normas del trato social: como por ejemplo la que establece que los regalos de costumbre no se consideran para computar las legítimas (Art. 1198, inc. 3º), ni para la formación del acervo imaginario (Art. 1188); y la que dispone que la inhabilidad del mandatario para donar no se extiende a las ligeras gratificaciones a las personas de servicio (Art. 2139).

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

En el derecho mercantil chileno, la costumbre sí es una fuente formal supletoria o de segundo grado.

Los principios generales del derecho no están contemplados expresamente como fuente formal del ordenamiento jurídico chileno, al menos por el derecho sustantivo, ya que el Código de Procedimiento Civil y el

Código del Trabajo admiten expresamente que el juez pueda fallar según *principios de equidad*.

El Código de Procedimiento Penal también permite fundar las sentencias en los *principios jurídicos* (Art. 500 N° 6), pero esto no puede ocurrir ya que la materia criminal constituye una categórica reserva de la ley. Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, con lo cual se excluye la posibilidad de que los principios jurídicos tipifiquen delitos. Por otra parte, el Art. 19 de la Constitución Política dispone que *Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*. Hay pues una prohibición constitucional de juzgar y condenar en virtud de principios jurídicos. La ley los excluye absolutamente en este terreno. Tampoco sería posible absolver, sobreseer, ni aceptar atenuantes o eximentes consagradas en principios jurídicos, porque éstos en todo caso operan en defecto de ley, y sobre cada una de estas materias existe ley expresa y vigente que no tiene más excepciones que las que señala la misma ley. El juez no puede dejar de aplicar estos preceptos legales sin incurrir incluso en sanción penal.

En este contexto, la autorización al juez para fundar sus sentencias en los principios jurídicos no tiene otro alcance que el de señalar una forma especial de cumplir el requisito de que el fallo contenga las *citas legales*, con lo cual los *principios jurídicos*, no pueden ser otros que los contenidos inequívocamente en una ley o leyes, que no se mencionan por su número sino por el principio que contienen, siendo fácilmente identificable aquéllas por la cita de este último.

Los *principios jurídicos*, pues, no constituyen fuente formal supletoria. ¿La constituirán los *principios de equidad*?

La equidad natural está contemplada en el Art. 24 del Código Civil como elemento de interpretación de las leyes, en defecto de los otros medios o reglas de hermenéutica. En tal caso, los pasajes oscuros o contradictorios que no puedan salvarse por la analogía ni por los otros elementos, deberán superarse del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

La equidad natural como fuente supletoria, tiene distinto alcance en el derecho español y en el derecho chileno.

En España, la equidad sólo podrá servir de fundamento exclusivo de las resoluciones de los tribunales, cuando la ley expresamente lo permita.

Creo que esta frase se refiere a los casos en que la ley permite al juez fallar en conciencia, por tratándose de lagunas o vacíos, debe recurrir a la costumbre y en su defecto a los principios generales del derecho.

En Chile, en cambio, la equidad natural es un elemento para interpretar leyes oscuras o contradictorias (Art. 24, Código Civil) y también una fuente supletoria. Esto último resulta del Art. 170, Nº 5, del Código de Procedimiento Civil, que exige en las sentencias *la enunciación de las leyes y en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.*

La equidad, en su concepto aristotélico, es una corrección de lo justo legal, es decir, *una especie de justicia distinta de la contenida en la ley, y que puede utilizarse para mejorar esta última.* Esta concepción, atribuye al juez por medio de la equidad, un poder creador o modificador de la ley, distinto del que le conceden los sistemas modernos inspirados en el principio de la separación de poderes (Del Vecchio, op. cit.).

Coviello afirma que la equidad es la adaptación de la norma general abstracta al caso singular concreto,

considerando las particularidades de hecho especiales no comprendidas en la generalidad de aquélla.

Cuando el juez aplica la equidad según esta acepción, realiza lo que Ennecerus llama investigación correctiva o modificadora del derecho.

Cuando el Art. 24 de nuestro Código Civil se refiere a la equidad natural como elemento de interpretación respecto a leyes oscuras o contradictorias, la toma en el sentido señalado.

Pero cuando el art. 170 N° 5 de nuestro Código de Procedimiento Civil se refiere a los principios de equidad en un sentido inequívoco de fuente formal supletoria, no puede dársele igual acepción, puesto que el concepto aristotélico supone una norma general que debe adaptarse al caso particular, y en cambio toda fuente subsidiaria supone la falta o ausencia de esa norma general.

Aquí significa más bien el sentido natural de lo justo, el sentimiento natural de justicia del juez.

He dejado sentado que la ley es fuente formal predominante y casi exclusiva; que no lo son la costumbre ni la jurisprudencia; y que subsidiariamente, o fuente de segundo grado, lo son *los principios de equidad*.

- II. NUESTRO CODIGO ORGANICO DE TRIBUNALES DISPONE QUE "RECLAMADA LA INTERVENCION DE ESTOS EN FORMA LEGAL Y EN NEGOCIOS DE SU COMPETENCIA, NO PODRAN EXCUSARSE DE EJERCER SU AUTORIDAD NI AUN POR FALTA DE LEY QUE RESUELVA LA CONTIENDA SOMETIDA A SU DECISION

(Ver Const. Política, Art. 73, inc. 2°)

Esto significa que en el ordenamiento legal chileno impera el principio universal de la inexorabilidad del fallo.

Si el ordenamiento jurídico obliga al juez a fallar aun cuando falte la ley decisoria litis, lógica e implícitamente le

está permitiendo recurrir a una fuente formal distinta de la ley que falta.

Otros códigos, como el español, señalaron expresa y jerárquicamente esas otras fuentes supletorias, cerrando la enumeración con una fuente genérica y flexible a su desarrollo por el juez: los principios generales del derecho, y que, atendida su concepción, contiene plenamente las soluciones para toda cuestión que no la tenga en las fuentes preferentes y específicas.

El sentenciador chileno está obligado a desarrollar una investigación integradora del derecho, para llenar las lagunas o vacíos de la legislación, en defecto de ley.

Pero nuestro legislador no ha dicho cómo deben llenarse esos vacíos ni por qué medios.

El Código Civil sólo se refiere a los vacíos de las leyes, en su Art. 5º, en una disposición inoperante según la cual la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que noten en ellas. El Código Orgánico de Tribunales, en su Art. 102 N° 4º, establece el deber de consignar estas mismas circunstancias en la cuenta que anualmente debe rendir el Presidente de la Corte Suprema.

### III. PARA LLENAR LOS VACIOS, EL JUEZ CHILENO PUEDE RECURRIR A CUALQUIER MEDIO DE INTEGRACION DEL DERECHO, PORQUE LA LEY NO LE IMPONE NI LE VEDA FUENTE SUPLETORIA ALGUNA

El profesor Arturo Alessandri Rodriguez sostiene que *Cuando realmente no existe un precepto legal que resuelva el punto sometido a la decisión de los jueces, éstos deben juzgarlo del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.*

Si bien es cierto que el Art. 24 del Código Civil dicta esta regla de hermenéutica para interpretar los pasajes oscuros o contradictorios y aquí se trataría de un caso en que no habría ley, en que ésta faltaría, no lo es menos también, que, según el Art. 10, inc. 2º del Código Orgánico de Tribunales, éstos no pueden excusarse de ejercer su autoridad, una vez reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.

Si aún en tal caso deben ejercer su autoridad, es obvio que, para juzgar el caso sometido a su decisión, deberán recurrir a preceptos que reglen situaciones análogas y al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, porque si ello les está permitido cuando la ley es oscura o contradictoria con mayor razón les estará cuando no hay ley sobre el particular.

“Por lo demás, la facultad de los jueces para recurrir a la equidad cuando no hay ley que resuelva la cuestión sometida a su decisión está expresamente reconocida por el legislador en el Nº 5º del Art. 170 del Código de Procedimiento Civil que, al enumerar los requisitos que debe contener toda sentencia definitiva, dice: *la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo*. Luego, si no hay ley aplicable al caso que se falla, la decisión se fundaría en principios de equidad, que se enunciarán en la sentencia. (Comentario al fallo publicado en la R.D.J., T. 40, p. 692, sec. 1ª).

La sentencia que motivó el comentario del profesor Alessandri sostenía en su considerando 21: *Que, para resolver esta cuestión si bien no hay ningún precepto de ley que concretamente la contemple, está este Tribunal en el deber de juzgarlo del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*.

El jurista chileno, como lo demuestran la doctrina y la jurisprudencia, tiene la tendencia a buscar la solución para

toda cuestión de derecho dentro de la legislación positiva vigente que aplica extensivamente y por analogía, con lo cual se ha creado el dogma de la plenitud hermética del ordenamiento legal.

La fórmula que señala la Corte Suprema, y a la cual se adhiere Alessandri, refleja esta tendencia, pues aplican extensivamente el Art. 24 del Código Civil, estimando implícitamente que el pensamiento del legislador es más amplio que el tenor literal de este precepto.

El texto del citado Art. 24 dice: *Cuando no puedan aplicarse los principios de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros y contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.*

Se ha extendido, pues, un precepto que literalmente se refiere a la interpretación de las leyes, aplicándolo también al caso de falta de ley, de vacío o laguna legal.

Si el legislador obliga al juez a dictar sentencia incluso cuando no hay ley que resuelva el caso, sin indicarle cómo suplir el vacío, hay que admitir que el juez no tiene limitación alguna en esta investigación integradora del derecho a que está obligado. Luego, el intérprete no puede restringirle esta actividad circunscribiéndola a determinados medios: *espíritu general de la legislación, equidad natural*, o cualesquiera otros que el legislador haya señalado expresamente para este caso.

*El espíritu general de la legislación* como fuente formal supletoria merece la misma crítica que los que piensan que los principios generales del derecho son los de la legislación positiva del país. No se sale así del ámbito de la legislación positiva, del exclusivismo de la ley, y se impide el enriquecimiento del derecho positivo con soluciones que proporciona la vida misma frente a realidades y situaciones distintas y sobrevinientes a las que consagró el legislador. Esto equivale, como dice Valverde, a *interpretar la legislación*

por la legislación misma, en lo cual, como acota De Diego, no hay progreso alguno del derecho.

Si el derecho, en la vida de los hombres, es según Roscoe Pound producto de los hechos, y se excluye la evolución espontánea e imperceptible de las fuentes materiales hasta convertirse en fuentes formales, se niega el dinamismo auténtico en la elaboración del derecho y se abre la posibilidad de que aun las transformaciones o innovaciones legislativas estén divorciadas de preceptos proporcionados por la vida misma.

#### IV. CONCLUSION: EN CHILE ES PROCEDENTE LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO FUENTE SUPLETORIA, PARA LLENAR LOS VACIOS O LAGUNAS

Atendido lo establecido en el párrafo precedente, no puede discutirse, a mi juicio, la calidad de fuente supletoria a los principios generales del derecho desde que el legislador ni hizo ninguna enumeración de las fuentes, situación en que podría haberse discutido su taxatividad, y desde que tampoco señaló la forma de suplir los vacíos o lagunas.

Queda, sin embargo, para sentar definitivamente tal aserto, salvar el escollo del Art. 170 N° 5° del Código de Procedimiento Civil.

Según este precepto, *Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y los de segunda que modifiquen o revoquen en su parte definitiva la de otros tribunales, contendrán: 5° la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a las cuales se pronuncia el fallo.*

Conforme a esta disposición, si un juez, en defecto de ley, falla en conformidad a principios generales de derecho que enuncia en su sentencia, ¿habría omisión del requisito 5° del artículo N° 170 del Código de Procedimiento Civil fun-

dante de un recurso de casación en la forma para invalidar el fallo, incluso de oficio? (Arts. 768, N° 5° y 776 C.P.C.).

Desde luego hay que tener presente que el efecto de las causales de casación en cuanto a la invalidación del fallo no son absolutos, ya que según el Art. 768, inciso penúltimo del C.P.C.: *No obstante lo dispuesto en este artículo, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo.*

*En segundo lugar, este Art. 768 se refiere a aspectos formales del juzgamiento y no a materias de fondo cuya mención corresponde al derecho substantivo antes que al adjetivo.*

*La cita de las leyes se justifica porque es obligación dictar sentencia conforme a la ley, conclusión que emana del propio C.P.C. que en su Art. 767 concede el recurso de casación en el fondo contra sentencia pronunciada con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia; y también del Art. 223 del C. Pcnal, que castiga a los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y a los funcionarios que desempeñan el ministerio público, cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en materia criminal o civil; y del Art. 19 del C. Civil según el cual, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*

Podrían señalarse innumerables disposiciones que sientan el principio de legalidad cuyo enunciado señala la obligación de los jueces de dictar sus sentencias conforme a la ley.

Pero no hay, en cambio, disposición alguna substantiva que obligue al juez, en términos generales, a fallar conforme a *principios de equidad*. Los hay sí que, en casos especiales,

remiten el juzgamiento al juicio equitativo del sentenciador, como por ejemplo, el Art. 206 del C. Civil que permitiendo encomendar la división de ganancias y pérdidas sociales a ajeno arbitrio, concede reclamación judicial cuando este arbitrio fuere *manifiestamente inicuo* (siendo inicuo sinónimo de injusto), o el Art. 1544, inc. final, que encomienda: *a la prudencia del juez* la moderación de la cláusula penal en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

No dice, pues, este Art. 170, N° 5, que, a falta de ley, siempre deba recurrirse a los principios de equidad, de modo que bien puede, en caso tal, fundarse el fallo en otros principios, que se enunciarán.

Luego, en defecto de ley, el juez puede llenar este vacío con los principios generales del derecho que constituyen lo que el profesor Hernández Gil denominara un *supraderecho*, de carácter no normativo, que tiene por fines los del derecho mismo, entre los cuales ocupa el primer lugar la justicia.

Por la aproximación conceptual de los principios generales del derecho y de los principios de equidad, y considerando, además, que el legislador no ha definido estos últimos, no cabe sino concluir que si el juez cita en sus sentencias los principios generales del derecho, su fallo cumple con el requisito 5° del Art. 170 del C.P.C., lo que excluye la causal 5ª de casación en la forma que enumera el Art. 768 del mismo cuerpo legal.

A esta conclusión, de que en nuestro sistema legal son admisibles los principios generales del derecho, como fuente formal supletoria, podría oponerse la historia del Código Civil chileno.

El proyecto de 1853, en su Art. 4° establecía que *en materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para casos análogos y, a falta de éstos,*

conforme a los principios generales del derecho y de equidad natural.

Don Andrés Bello modificó substancialmente este Art. que en el proyecto definitivo, con el N° 24, substituyó la expresión principios generales del derecho por *espíritu general de la legislación, y la referencia a los principios de equidad* por "*equidad natural*", haciéndolos aplicables no al caso de "*falta de ley*", sino al de *pasajes oscuros o contradictorios*.

De esta evolución, podría tal vez pensarse que la intención del legislador fue excluir los principios generales del derecho como fuente formal subsidiaria, pero como el tenor literal es claro en cuanto a que se refiere a un caso de interpretación y no de integración del derecho, no es admisible desatender su texto expreso (Art. 19, C. Civil).

Sigue a firme, pues, la conclusión de que no hay disposición legal que en su tenor literal establezca taxativamente, ni de ningún otro modo, las fuentes supletorias de nuestro ordenamiento jurídico, ni que prohíba o excluya alguna de aquéllas.

Aceptada la procedencia de los principios generales del derecho como fuente supletoria, incumbe precisar su extensión, alcance y los requisitos o límites de su aplicación.

El primer problema debe resolverse decididamente, a mi juicio, conforme a la concepción de Del Vecchio, esto es, considerando como principios generales del derecho *las verdades supremas del derecho in genere, o sea, aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos*.

No cabe aquí el problema de interpretación que sobre este punto ha dividido a los autores españoles, en primer lugar, porque la introducción de los principios generales como fuente supletoria, según ha quedado expuesto, no es de creación legislativa sino doctrinaria; y, en segundo lugar, porque la doctrina y la jurisprudencia chilenas admiten,

también, como fuente subsidiaria el espíritu general de la legislación.

Así, coexisten como fuentes supletorias, sin preferencia alguna entre ellas, los principios generales del derecho, el espíritu general de la legislación y los principios de equidad.

Esto sin perjuicio de la mayor excelencia de los principios generales, en cuanto permite el progreso del derecho, integrándolo con soluciones nuevas, adaptadas a la problemática de la época y de la realidad presente.

Los principios constituyen un supraderecho, tienen un carácter ideal y absoluto; son conceptuales y no normativos; son originariamente fuentes materiales del derecho, elementos latentes no formulados del ordenamiento jurídico y que con autorización implícita o explícita del legislador corresponde al juez formular normativamente. Adquieren así, con tal autorización, la categoría de fuente formal, aunque supletoria, puesto que sólo puede recurrirse a ellos en defecto de ley.

En cuanto a los requisitos o limitaciones en la formulación de los principios generales como fuente supletoria, hay que sentar desde luego la exigencia de que ellos no estén en contradicción con los principios expresamente establecidos por el legislador y que constituyen las características del sistema jurídico, de modo que éste, integrado incluso con los principios generales del derecho, constituya un todo único y homogéneo.

Cuando aceptamos los principios generales del derecho como fuente supletoria, lo hacemos con la misma salvedad que la ley de Bases española, es decir, *sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*.

En este último aspecto o función, los principios generales se identifican con el espíritu general de la legislación, concebida como el reflejo o expresión, en el conjunto de las normas jurídicas positivas, de la intencionalidad, ideas o filosofía común a todas ellas.

Pero el término *principios generales* es más amplio, puesto que las normas positivas sólo los reflejan parcialmente, de modo que siempre queda una fuente susceptible de nuevas conclusiones y reflejos.

Entre estos principios generales que el legislador chileno consagró especialmente, puede señalarse el Art. 23 del C. Civil, según el cual *lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*; el Art. 75, según el cual, *la ley protege la vida del que está por nacer*; el 57 según el cual *la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código*. En este mismo sentido pueden mencionarse las garantías constitucionales.

El juez, por consiguiente, tiene esta primera limitación, no puede formular un principio general en contradicción con otro que el legislador haya formulado expresamente.

Una segunda limitación en la aplicación de los principios generales en defecto de ley, es precisamente la reserva de la ley, esto es, todas aquellas materias que el legislador ha establecido como de competencia exclusiva de la ley: la tipificación de los delitos, las atribuciones de las autoridades, la forma de indemnización al perjudicado en caso de detención injusta, la contratación de empréstitos estatales, la imposición de impuestos, etc.; caen dentro de la reserva de la ley las disposiciones de orden público, como por ejemplo las que reglamentan las nulidades, el matrimonio, la filiación, etc., y cuyo campo no podría ser ampliado ni restringido por aplicación de los principios generales.

Una tercera y última limitación tiene el juez al formular preceptos particulares decisorio litis, por aplicación de los principios generales del derecho: debe armonizar este elemento racional con los elementos empíricos y contingentes del derecho y que dan a la norma jurídica elaborada la objetividad necesaria para la certidumbre del derecho; tales

son, por ejemplo, la naturaleza positiva de las cosas, la fuerza normativa de lo real, etc.

No obstante la vigencia tan antigua del Art. 170 del C.P.C., que admite los *principios de equidad* como fuente supletoria, son escasísimos los fallos que se fundan exclusivamente en ellos. Por consiguiente, no obstante la admisibilidad, en esa misma calidad, de los principios generales, no se puede ser muy optimista en cuanto a su consagración por los tribunales.

Los principios de equidad, a que se refiere nuestro Código de Procedimiento Civil, suponen y contienen los principios generales del derecho, puesto que la función de aquéllos concebida como *adaptación de la realidad a las formas del derecho* se realiza —en defecto de ley— aplicando estos últimos a un caso determinado, con lo cual adquieren una expresión específica influida por una problemática particular.

Bajo una u otra denominación, sería, pues, aconsejable que nuestros tribunales emprendieran una decidida investigación integradora del derecho chileno, que no sólo llenara sus lagunas o vacíos, sino que contribuyera grandemente a su progreso y humanización.