

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE

Quintiliano Monsalve Jara
ABOGADO

REVISTA
DE
DERECHO

SEGUNDA EPOCA

AÑO XXXIX — Nº 155 — ENERO - ABRIL DE 1971

Director
JUAN ARELLANO ALARCON

Sub-Director (interino)
RENATO GUZMAN SERANI

Algunas observaciones sobre el proceso de creación de normas jurídicas

Pedro Neira Molina

Investigador Docente

Departamento de Ciencias Jurídicas de la
Universidad de Chile - Valparaíso

I.—INTRODUCCION

El presente trabajo pretende poner de relieve algunas deficiencias en los mecanismos y procedimientos establecidos en nuestro medio respecto de la creación de las normas jurídicas, en especial del proceso de formación de las leyes, que inciden en lo que se ha denominado la "crisis del sistema legal chileno". Asimismo pasar revista, a muy grandes rasgos, de algunas proposiciones formuladas por diversos autores para remediar la falta de atención que reciben del poder constituyente las normas de derecho privado, y proponer, más que explorar, la posibilidad de aplicar alguno de los mecanismos que se reseñan, en nuestro país.

II.—LA CRISIS DEL SISTEMA LEGAL NACIONAL

En la actualidad parece existir consenso entre los juristas respecto del proceso de desajuste o inadecuación que se ha producido entre las normas jurídicas y la realidad concreta que éstas deben regular.

El Profesor Eugenio Velasco menciona cinco causales de dicho proceso de crisis, las que se presentan íntimamente influenciadas e interrelacionadas. Así, señala en primer lugar a la dislocación interna del ordenamiento jurídico chileno, al coexistir todo un conjunto de legislación tradicional y de orientación individualista, frente a la "numerosa, complica-

da, difícil, desordenada e inorgánica legislación de los últimos 40 años", de evidente "orientación socialista, intervencionista, la masificación de la sociedad, la crisis institucional, política, económica y moral por que atraviesa el país, la crisis del hombre de derecho y de los estudios de derecho en Chile y la falta técnica, de coherencia, de sistematización, de eficiencia de la nueva legislación" (1).

Sin embargo conviene tener presente respecto de este proceso de desajuste, que el mismo no se presenta como un todo orgánico y coherente por lo que, dentro de un ámbito o rama determinada del derecho, pueden coexistir normas que ofrecen un grado de ajuste o equilibrio suficiente entre dichas normas y la realidad concreta, con otras donde resulta manifiesta la incongruencia.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, sin desconocer en absoluto la importancia que poseen las demás causas, reviste un especial interés y relevancia el análisis de la falta de técnica, de coherencia, de sistematización, de eficiencia de la nueva legislación, connotaciones que pueden englobarse bajo la denominación genérica de deficiencias de técnica legislativa.

III.—LA CREACION DE NORMAS JURIDICAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL

En nuestro ordenamiento legal, la función legislativa está radicada principalmente en el Parlamento y el Poder Ejecutivo y secundariamente en los Tribunales de Justicia, los municipios y ciertos organismos contralores, entes que deben encuadrar su acción en el respeto del principio de la supremacía constitucional, los dos primeros, y del respeto del Estado de Derecho o legalidad los restantes.

En cuanto a las formas de expresión que pueden revestir las normas jurídicas, atendiendo a una concepción técnico-jurídica y desde el punto de vista de la creación de la norma por la autoridad o fuerza

social reconocida y, siguiendo una gradación aproximada de generalidad, tendríamos la propia Constitución, las leyes, los Decretos-Leyes y Decretos con Fuerza de Ley, los Reglamentos, los Decretos Supremos, las Ordenanzas e Instrucciones, los Dictámenes de la Contraloría y las sentencias judiciales, enumeración referida al derecho escrito, y a la que cabría agregar otras formas tales como la costumbre, los tratados, los principios generales del derecho, como la buena fe, la equidad, el enriquecimiento sin causa, la analogía, los precedentes, el estado de necesidad e incluso la doctrina de los autores.

Por su significación presente, la forma más importante que adopta la norma jurídica en la actualidad es la ley, entendida tanto en su acepción formal como material, y es a esta forma jurídica a que se refiere preferentemente este trabajo.

Aún cuando no existe acuerdo entre los autores, se admite como teoría predominante en la actualidad, que debe entenderse como ley en sentido material, a toda norma jurídica de carácter general, independientemente del órgano que la dicte o haya creado y, como ley formal, la que cumple con los requisitos establecidos por la Constitución, independientemente de su contenido, el que puede referirse o contener un mandato individualizado.

Precisamente es en los mecanismos de formación y establecimiento de las leyes, en general, donde se producen las mayores deficiencias del sistema de creación de las normas jurídicas.

IV.—LAS DEFICIENCIAS DE LA FUNCION LEGISLATIVA Y EL PAPEL DE LA TECNICA LEGISLATIVA

El Profesor Jorge Tapia Valdés anota y examina exhaustivamente las fallas del sistema chileno de formación de leyes en su obra "La Técnica Legislativa", publicada en 1960, obra en que señala los vacíos existentes respecto de la iniciativa legal, la preparación de los proyectos de ley, la acción de los grupos de presión, y los conflictos de intereses, la pérdida de unidad de materias incluidas en una ley, que ge-

(1) E. Velasco L.: "El Derecho y los Cambios Sociales", EDEVAL, Valparaíso, 1967, páginas 17 y 18.

nera las "leyes misceláneas", el abuso de las urgencias, la "inflación" legislativa, la mala redacción de las leyes, la legislación por referencia, las derogaciones tácitas y generales y los problemas que plantea el Poder Ejecutivo como legislador, con especial referencia a la legislación delegada, en uso de facultades extraordinarias.

Como contrapartida a las numerosas deficiencias de que adolece la función legislativa y, que lo llevan a sostener que "nuestro legislador ha sido incapaz de encarar con éxito la solución de los problemas de una sociedad expuesta a hondas y vertiginosas transformaciones el resultado de su labor no ha podido ser otro que un conjunto heterogéneo, incoherente, mal concebido y peor realizado" (2), propone medios para mejorar la legislación sólo a través del perfeccionamiento de los métodos de trabajo parlamentario, "acogiendo los sistemas de trabajo que propicia la técnica legislativa" (3).

En la segunda parte de la obra citada expone, las medidas de técnica legislativa interna y externa que son indispensables para terminar con el "caos legislativo" actual.

Entre otras medidas propone establecer un Servicio de Información Legislativa, que complete la importante labor que desarrolla la Biblioteca del Congreso, la modernización del régimen administrativo de las Cámaras, además de la observancia estricta de las normas de técnica legislativa interna respecto de las partes, el estilo y los recursos técnico-legislativos tradicionales (definición, clasificación, presunción, ficción).

Por otra parte, cabe señalar que varias de las deficiencias detectadas en el trabajo del Parlamento en el desarrollo de la función legislativa, se repiten, también, en la parte de dicha función que lleva a cabo el Ejecutivo a través de sus diversos órganos. Sobre la materia el Profesor Tapia Valdés anota: "Pese a tener a su disposi-

ción —se refiere al Ejecutivo— todos los medios materiales e intelectuales que franquea la administración estatal, los proyectos que remite al Congreso revelan un descuido alarmante en su preparación, y las más de las veces no son sino bosquejos, que admiten toda clase de modificaciones y que no tienen mayor pretensión que obligar o inducir al Congreso a legislar sobre la materia" (4).

A pesar de la gravedad que revisten los vacíos indicados, hasta fecha muy reciente no se había advertido preocupación directa en el sentido de adoptar medidas tendientes a elevar el nivel técnico de las leyes nacionales. Recién con la última reforma constitucional (5) al agregarse nuevos incisos a los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, se sancionaron normas que pretenden terminar con las "leyes misceláneas", al modificarse el sistema de adiciones o correcciones en la tramitación de las leyes y el régimen de observaciones o vetos presidenciales, al no permitirse aquéllas o éstos que "no digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto".

Por su parte los nuevos incisos agregados al artículo 51, introducen la posibilidad, tanto de establecer Comisiones Mixtas en cualquier trámite constitucional, para el estudio de proyectos cuya complejidad o importancia requiera de un sistema excepcional de discusión o aprobación, como también un mecanismo mediante el cual se entienden aprobados los acuerdos de las Comisiones Mixtas en la respectiva Cámara, "luego de transcurridos cinco días de la fecha en que da cuenta del informe respectivo" y no soliciten discusión el Presidente de la República o miembros del Congreso, en las proporciones que se indican.

También la referida reforma constitucional remozó el texto del artículo 44, que señala las cuestiones que deben ser materia de ley, sancionando, constitucionalmente, la práctica de la concesión de facul-

(2) J. Tapia V.: "La Técnica Legislativa", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, página 35.

(3) J. Tapia V.: Obra citada, páginas 55 y 56.

(4) J. Tapia V.: Obra citada, página 53.

(5) Ley 12.284 que modifica la Constitución Política del Estado, publicada "Diario Oficial", Viernes 23 de Enero de 1970.

tades extraordinarias al Ejecutivo, "en materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes".

De todas maneras se trata de disposiciones legales constitucionales cuyo efecto está por verse, y que además estatuyen pautas respecto de futura legislación, por lo que sólo paliarán de modo indirecto los desajustes de la legislación vigente, en tanto esas nuevas normas se refieran, modifiquen o deroguen las actuales normas jurídicas.

De lo expuesto es posible inferir que ni aún la adopción de las más drásticas medidas de técnica legislativa podrá solucionar la inadecuación de las normas jurídicas con la realidad, por cuanto dichas medidas se refieren principalmente a la legislación futura, permaneciendo intocados innumerables cuerpos e instituciones legales. Por este camino lo más que puede obtenerse es la convivencia simultánea de dos órdenes, tipos o clases de legislación, separadas por la Ley 12.824, en el evento de que se produzca congruencia entre los fines perseguidos por la reforma y la aplicación del texto legal.

V.—EL "UMBRAL DEL CONOCIMIENTO LEGISLATIVO"

A las deficiencias de técnica legislativa, cabe agregar otro aspecto de fundamental importancia, que se relaciona con el tipo de materias que preocupa de preferencia a nuestros entes encargados de la creación de normas jurídicas.

Un análisis global revela que tanto el Legislativo como el Ejecutivo conceden una especial relevancia a cuestiones de carácter político, social y económico, situación que concuerda con el formidable ensanchamiento del ámbito de las funciones estatales, lo que se ha traducido en procesos de intervención y de socialización cada vez más profundos y significativos, a lo que cabe agregar la creciente complejidad y grado de tecnificación de los nuevos problemas que el avance cientí-

fico-tecnológico y los cambios sociales imponen a las sociedades contemporáneas.

Lo anterior provoca que la corriente legislativa se orienta preferentemente a cuestiones relativas al derecho público en desmedro del derecho privado, materias que si bien carecen de espectacularidad o trascendencia política, no por eso dejan de tener gran importancia para el desarrollo normal de las relaciones corrientes de los habitantes del país.

Según las conclusiones que se derivan de un estudio estadístico de las leyes dictadas entre el 31 de Diciembre de 1938 y el 24 de Noviembre de 1958, sólo 1.890 fueron realmente estudiadas por el Parlamento, vale decir 84 por año, y de ellas 248, el 13,1%, tuvieron por objeto reformar o aclarar otras leyes (6).

La producción legislativa restante, 5.031, son leyes formales, y comprenden materias de excepción, tan diversas como asuntos de gracia, empréstitos a municipalidades, liberaciones aduaneras, aportes y subvenciones, homenajes, condonaciones de impuestos, cambios de nombres de calles, etcétera.

Ahora bien, la situación reseñada sólo se refiere a las normas jurídicas de primer orden, vale decir las leyes, la situación continúa ensombreciéndose si se analiza la realidad existente respecto de otras fuentes jurídicas, tales como los Decretos con Fuerza de Ley, los Decretos-Leyes, los Reglamentos, las Ordenanzas y las Instrucciones dictadas por el Ejecutivo en uso de sus atribuciones reglamentarias, o por delegación de facultades.

Sobre la materia es interesante consignar que el Profesor Carlos Oportus Durán, en la obra patrocinada por el Instituto de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad de Chile, publicada en 1958, bajo el título "Organización y Atribuciones de los Servicios del Poder Central - Ordenación Sistemática y Analítica" (7),

(6) J. Tapia V.: Obra citada, páginas 46 a 49.

(7) C. Oportus D.: "Organización y Atribuciones del Poder Central - Ordenación Sistemática y Analítica", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958.

ocupó 167 páginas para proporcionar un esquema sobre las diversas normas que organizan y se refieren a las atribuciones de los 233 servicios dependientes de la Presidencia de la República y los 13 Ministerios existentes a la época.

De este modo, resulta que, a pesar de la importancia que se concede a los aspectos del derecho público en general, y del Derecho Administrativo en particular, se configura "un cuadro administrativo impenetrable y agobiador, que pareciera hecho para no hacer nada" (8), como señala el investigador Crescente Donoso L.

La situación actual en nuestro sistema jurídico pareciera ser, entonces, tanto respecto de la creación de la corriente normativa, como del sistema de actualización y adecuación de las normas a la realidad que ha desembocado en un proceso negativo de causación circular, en que por la complejidad y deficiencias que presentan los mecanismos legislativos, la corriente normativa resulta ineficiente, inconexa, contradictoria y heterogénea, en gran parte por la propia complejidad y deficiencias que ofrece el mismo mecanismo, incluso respecto de aquellas materias que reciben atención preferente, como es el derecho público.

En el párrafo siguiente se exponen algunas propuestas que buscan una solución al estrangulamiento anotado, dos de las cuales se originaron en países de Common Law, motivo por el cual más que constituir modelos sirven como pautas de referencia o ilustración de un fenómeno que deviene universal.

VI.—ALGUNAS PROPUESTAS PARA REFORMAR EL PROCESO DE CREACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

El juez norteamericano Benjamín N. Cardozo, el Profesor de Tubinga Philipp

(8) C. Donoso L.: "Algunas observaciones sobre la inadecuación de las formas jurídicas a la realidad actual", publicación a mimeógrafo del Centro de Planificación Económica, Universidad de Chile, Santiago, Noviembre de 1964, página 7.

Heck y el jurista australiano J. W. Eggleston, observaron que en sus respectivos sistemas jurídicos se producía un abandono notable, por parte del poder constituyente, de las cuestiones relacionadas con el derecho privado, materias que recibían una atención esporádica e insuficiente.

Al respecto es especialmente ilustrativo y revelador el Profesor Heck, quien expresa: "el aparato legislativo parlamentario es tan complicado que no puede ser puesto en movimiento más que para asuntos de especial importancia. Y los parlamentos estarán absorbidos por mucho tiempo por cuestiones de esa importancia especial. En cambio, en el terreno de las normas de derecho privado se trata por lo general de detalles en sí poco importantes, defectos particulares carentes de relevancia política, sin trascendencia si se consideran aislados, aunque capaces de obstaculizar en su conjunto considerablemente el rendimiento que la vida exige a nuestra ordenación jurídica. Sería sin duda una dilapidación de fuerzas estatales, el poner en movimiento para un trabajo de filigrana, el mismo aparato cuya acción está justificada en los asuntos políticos. Por otra parte, nuestros parlamentos no son nada adecuados para un tal trabajo jurídico de detalle" (9), párrafo que describe certeramente el umbral de conocimiento legislativo que también ocurre entre nosotros. Conviene tener presente que el Profesor Heck formuló sus observaciones en 1912 y respecto de un pequeño Estado de la Confederación Germánica.

Benjamín N. Cardozo anota que "sólo con gran esfuerzo se consigue que los legisladores presten atención a la reforma del derecho privado y cuando ceden a una prolongada y enérgica insistencia, dan la sensación de que están anhelando quedar libres cuanto antes para atender a sus tareas específicamente políticas" concluyendo que es necesario que la "organización estatal encuentre la forma de atender de manera incesante al derecho pri-

(9) P. Heck: "El problema de la creación del Derecho", versión española, prologada por el Profesor José Puig Brutau, Edición Ariel, Barcelona, 1961, páginas 23 y 24.

vado, no para provocar cambios trascendentes, sino para que sus problemas sean resueltos con auténticos criterios de política jurídica, que son los únicos dignos de prevalecer en el terreno constituyente" (10).

Por tal motivo "es preciso, dice Cardozo, que un grupo de técnicos se encargue oficialmente de la tarea de vigilar el derecho en acción, observar sus defectos y formular los proyectos que deben evitarlos" (11).

Por su parte F. W. Eggleston, partiendo de premisas similares, plantea la creación de un *legal council*, formado por jueces, juristas y funcionarios especializados, que tendría "la misión de examinar detenidamente los casos más importantes resueltos por los tribunales para comprobar si son satisfactorias las *rationi decedendi* expresadas en las sentencias. Asimismo este *legal council* debería publicar un informe anual, con la relación de las decisiones más importantes redactadas de la manera que se considere como la mejor expresión del derecho vigente. Con ello, dice, tendríamos una moderna versión del edicto del pretor porque las reglas así publicadas deberían tener fuerza de ley. Estaríamos ante un proceso que este autor califica de *codificación progresiva*" (12). Respecto de las apreciaciones del juez Cardozo y del profesor Eggleston, es interesante recordar que el sistema anglosajón, en general, es un sistema de *judge-made law*, en que existen precedentes históricos de *annual records*, con fuerza vinculante.

A su vez el Profesor Heck pretende obtener el desarrollo del derecho por la vía del decreto, como sustituto de la ley parlamentaria. Señala que su propuesta "se basa en la distinción entre problemas legislativos políticos y apolíticos", e indica que para los primeros, "en que los intereses que se enfrentan están ligados a determinadas capas de la población, el camino de la legislación parlamentaria es el apropiado y debe mantenerse sin alte-

ración alguna. Sólo para problemas apolíticos, para las tareas técnicas, el trabajo de filigrana jurídica, cuyo éxito es de igual utilidad para todas las capas de la población, debe roturarse una nueva vía de soluciones" (13).

En cuanto al servicio u órgano encargado de tan delicada tarea, el Profesor Heck estima que no puede ser otro que el Ministerio de Justicia, el que debe ejercer preferentemente, o exclusivamente, tal función, convirtiéndose en un "colector de propuestas, así como su analizador y, llegado el caso, su formulador" (14).

Las propuestas anteriores, reseñadas sólo en sus aspectos más fundamentales, abren, no cabe duda, excelentes perspectivas de fondo, pero plantean al mismo tiempo, innumerables interrogantes de orden teórico-prácticas, que por su complejidad no han sido tratadas aún en forma sistemática.

Así, de partida es posible objetar las concepciones filosóficas en que se fundamentan dichas propuestas, demoler, por ejemplo, las formulaciones y supuestos de la jurisprudencia de intereses, corriente de que es destacado exponente el Profesor Heck. Tampoco aparece de manifiesto el límite preciso que señala la separación entre aquellas cuestiones que constituyen los problemas legislativos políticos y apolíticos, ni se explicitan detalladamente las medidas prácticas que deben establecerse para resguardar debidamente las prerrogativas parlamentarias.

Por otra parte el mismo Profesor Heck plantea que su propuesta puede objetarse aduciendo que pone en peligro la estabilidad del derecho, que barrena la seguridad jurídica, "haciendo sistema la alteración permanente del derecho", contraargumenta que lo que persigue con ella no es "una codificación general, sino que una progresiva depuración del derecho; se trata de desarrollo, igual que el realizado sin cesar por la judicatura y por la ciencia aunque menos perfectamente y menos regularmente", porque "cuanto más pre-

(10) P. Heck: Obra citada, página 24.

(11) P. Heck: Obra citada, páginas 23 y 24.

(12) P. Heck: Obra citada, página 90.

(13) P. Heck: Obra citada, página 93.

(14) P. Heck: Obra citada, página 93.

ciosamente se adapta la ordenación jurídica a las necesidades vitales, tanto más evidente y clara aparece aquella" (15).

VII.—CONCLUSIONES RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE APLICAR EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO UN CONSEJO CON PODER CONSTITUYENTE

Como se ha expresado anteriormente, parece existir consenso en nuestro país sobre la gravedad que reviste el proceso de inadecuación o desajuste de las normas respecto de la realidad, como de la urgencia de revisar los diversos factores que inciden en el fenómeno, atacando el problema en sus raíces mismas, vale decir, enfrentando la reforma del proceso de creación de la corriente normativa. Así por lo menos pareciera desprenderse de trabajos realizados en la cátedra universitaria, tanto como de algunas iniciativas recientes que han tenido sanción legal y de recientes declaraciones de personeros del gobierno, encargados, precisamente de realizar un vasto programa de reformas en el ámbito jurídico.

Pues bien, contando con dicho consenso y la voluntad y capacidad de llevar a cabo los cambios y transformaciones que exige imperiosamente la realidad nacional, es indispensable instrumentar en forma adecuada tal proceso, de donde nace la importancia que tiene el perfilarlo nítida y sistemáticamente.

De este modo, es potencialmente factible el establecimiento de un Consejo, u otro ente estatal, al que pueda entregarse la tarea de actualizar las normas de dere-

cho privado, siempre que se precisen cuidadosamente las limitaciones, restricciones y formalidades por las que debe regular su acción, además de indicar en forma clara y precisa las atribuciones, facultades o competencias de que estará investido, además de su composición.

Naturalmente una iniciativa de esta naturaleza exige en su formulación una rigurosidad extrema, tanto formal como de fondo, en atención a la importancia que posee respecto de la comunidad nacional, como por la complejidad intrínseca que reviste.

No se trata de una idea descabellada, ni desconectada con la realidad nacional; por el contrario, es posible aducir en su favor numerosos precedentes obtenidos de nuestra propia historia jurídica. En efecto, casi todos nuestros mayores cuerpos legales han sido el fruto de pequeñas Comisiones Redactoras o del genio y paciencia de juristas, cuyas obras finales han recibido algo así como un "exequá-tur" parlamentario.

La comunidad jurídica nacional debe aprovechar estas experiencias históricas, que ponen de manifiesto la sabiduría que tuvieron los fundadores de nuestra organización jurídico - institucional, que al echar las bases de nuestra vida republicana entregaron a los juristas la misión de elaborar nuestros más importantes cuerpos legales.

Esta tarea, de acuerdo a las exigencias de la realidad actual, que requiere de normas en permanente transformación y desarrollo, pero no por ello elaboradas sin rigor, puede cumplirse de la manera que se ha propuesto.

(15) P. Heck: Obra citada, página 94.