

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO CIVIL COMO UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO*

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE PUBLIC ORDER IN CIVIL LAW AS AN INDETERMINATE JURIDICAL CONCEPT

*Emilio José Bécar Labraña***

RESUMEN: Este trabajo analiza la noción de orden público a la luz de la doctrina de los “conceptos jurídicos indeterminados”. Destacando en qué consisten estos últimos, sus principales características y elementos que la integran, se podrá determinar si la noción de orden público existente ante el derecho civil satisface esa caracterización.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil - Orden público - Concepto jurídico indeterminado.

ABSTRACT: The present work analyzes the notion of public order in light of the doctrine of “indeterminate legal concepts”. Highlighting what these latter consist of, their main characteristics and elements that make it up, it will be possible to determine if the notion of public order existing before the Civil Law satisfies that characterization.

KEYWORDS: Civil Law - Public Order - Indeterminate Legal Concept.

* El presente manuscrito corresponde a un trabajo presentado ante el Curso de Interpretación del Derecho, dictado en el programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Talca por el profesor Dr. Isaac Ravetlat.

** Abogado por la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Doctor (c) en Derecho por la Universidad de Talca, profesor de Derecho Civil y Derecho Concursal, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. Becario Conicyt del Programa de Doctorado Nacional 2017, Dirección postal: Larrondo 1281, Coquimbo, Chile. Correo electrónico: emilio.becar@ucn.cl.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. *Antecedentes*

La norma jurídica es el resultado de un lenguaje particular. Se basa en el empleo de algunas palabras y recursos literarios, los cuales son organizados con el propósito de organizar la orden de conducta que en la norma queda encerrada.

Este lenguaje se organiza, en el modelo clásico de la labor legislativa, en el empleo de expresiones caracterizadas por su claridad, sencillez y precisión. Con ello, se persigue en los hechos un propósito de carácter democrático, cual es que la ley pueda ser entendida por la comunidad.

A fin de completar la orden de conducta, la norma jurídica emplea ciertas expresiones, las cuales de acuerdo con los cánones de interpretación previstos por el codificador chileno, se organizan en tres niveles: las palabras definidas por el legislador, las expresiones técnicas y las palabras de sentido natural y corriente (artículos 20 y 21 del *CCCh*). En los hechos, estos tres niveles pueden simplificarse en dos: las expresiones técnicas (divididas estas últimas en las de técnica jurídica y las de otras ciencias o artes) y las de uso natural. Cada uno de estos ámbitos de expresión tiene ciertas condiciones en las cuales procede, de modo tal que las palabras no sean entendidas en un sentido distinto del que lógicamente les debiera corresponder, conforme a las características del caso.

En definitiva, el Derecho no se organiza sobre la base de un “glosario” en que el legislador trate de precisar qué significa cada término; semejante esfuerzo no solo resulta imposible, sino, también, inútil, ya que cada clase de fenómeno cultural, social, político, religioso, o de cualquiera otra especie, debería ser sujeto a una definición, con la consecuencial incorporación al texto legislativo. Tal texto se volvería desmesurado en extensión, pero con un contorno débil ante la inmensidad de términos que son generados e, incluso, modificados. Dado esto, en las más de las ocasiones las expresiones deberán ser definidas a partir de algunos parámetros básicos, ya sea de técnica jurídica, de las ciencias físicas o sociales, o sobre la base del uso popular de las expresiones.

En consecuencia, siempre existirá un margen en el derecho que presente “indeterminación”, punto en el cual la filosofía del derecho ha tenido bastante que decir, particularmente a partir de sus estudios analíticos¹.

Nuestra atención quedará centrada frente a un conjunto de esta clase de casos, los cuales son denominados por la doctrina como “conceptos

¹ Una síntesis sobre el problema puede consultarse en NÚÑEZ (2013), pp. 15-20.

jurídicos indeterminados”, punto que en el derecho chileno usualmente es omitido en su enseñanza y difusión, pero que en el derecho comparado es conocido y sistematizado.

Se trata de una noción que es usualmente revisada tanto en el derecho administrativo, como en el civil e, incluso, dentro del derecho canónico ha existido preocupación al respecto. Por lo pronto, esta materia es tratada a la hora de distinguir esta categoría de aquella denominada “discrecionalidad administrativa”, a cuyo alrededor se han ensayado incluso una serie de criterios con los cuales pueden distinguirse una de la otra. Pero fuera de esta precisión, vemos que su discusión en el ámbito del derecho civil chileno es prácticamente nula, y se trata de un punto en el cual existe un sensible vacío. Pero a esta circunstancia hay que añadir el hecho de que la propia noción de “orden público” es sujeto a tratamiento más o menos pormenorizado dentro del estudio de la parte general del derecho civil e, incluso, se han formulado en el último tiempo desarrollos importantísimos, que han decantado en la constatación de diversas “clases de orden público”, como lo vemos expresado en la noción de “orden público económico”. Como se apreciará, la doctrina no ignora la noción de orden público, y la ha desarrollado en los términos en que actualmente la conocemos –y expondremos en forma sistemática en este trabajo–, pero falta a su turno la identificación en nuestro medio de un paso adicional, que se presenta no solo para este concepto, sino, también, para otros que reúnen unas características comunes, como lo serían el de “buenas costumbres”, “moral”, “interés público”, “seguridad nacional”, “impacto ambiental”, entre otros.

Haciéndose presente la circunstancia anterior, creemos conveniente la difusión y discusión de la materia, la cual contribuye en nuestro concepto no solo a la formación de las normas jurídicas en sus más diversas manifestaciones (normas constitucionales, legales, administrativas, etc.), sino, también, a brindar un entendimiento más acotado a muchas de las nociones implementadas por la ley en las cuales existe un léxico incompleto, que debe ser integrado a partir de un adecuado proceso de interpretación de la norma.

Dentro de los conceptos que el legislador ha implementado sin una explicación respecto de su contenido, se encuentra el de “orden público”. No ha señalado en qué consiste o cómo se manifiesta para poder ser identificado. Como veremos, lo que sí ha hecho el legislador es señalar algunas consecuencias derivadas de su exigencia e, incluso, de su infracción. A su turno, vemos cómo los distintos autores han señalado que diversas instituciones tienen su fundamento en el orden público, de lo cual derivan a su turno diversas consecuencias.

Esta clase de predicamento es aplicable incluso a otras clases de conceptos que son implementados por el legislador, sin explicar en qué consisten, pero a cuyo alrededor se originan una serie de efectos relevantes ante el

derecho. Es por ello que nos interesa determinar si la noción “orden público” se ajusta a las características propias de un concepto jurídico indeterminado.

1.2. *Objetivos*

El objetivo general del presente trabajo consiste en establecer si el concepto “orden público” que ha sido consagrado y aplicado por el *Código Civil* chileno responde a las características propias de un “concepto jurídico indeterminado”, y el significado que de ello se deriva.

En el presente trabajo, desarrollaremos los siguientes objetivos específicos.

- Describir el concepto “categoría jurídica indeterminada”, en cuanto a su composición y significado.
- Identificar los criterios reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, para identificar la existencia de una categoría jurídica indeterminada.
- Recopilar las normas contenidas en el *Código Civil* chileno que hacen uso del concepto “orden público”.
- Descubrir dentro de las normas del *Código Civil* chileno las funciones que le han sido asignadas al orden público.
- Comparar críticamente las nociones doctrinarias, jurisprudenciales y normativas existentes en torno al orden público.
- Proponer criterios de solución en torno a la cuestión sobre la calificación del orden público como un concepto jurídico indeterminado.

1.3. *Hipótesis*

La hipótesis cuya efectividad comprobaremos en el presente acto, consiste de asumir que la noción “orden público” que se manifiesta en el *Código Civil* chileno es un concepto indeterminado.

Este concepto indeterminado tiene una estructura que es jurídica, no valorativa, y que surge a partir de dos mecanismos: (a) consagrando regímenes explícitamente irrenunciables y (b) organizando estatutos de carácter imperativo, en los cuales la ley determina *a priori* y en exclusividad qué se encuentra permitido y qué no.

Se descarta en forma inicial que la noción de “orden público” tenga alguna clase de connotación que no sea jurídica, como lo fuese una norma religiosa o moral.

1.4. *Metodología*

En lo que respecta a la metodología de investigación que será implementada en este trabajo, será la propia las ciencias jurídicas. Se recopilarán fuentes

doctrinarias que tratan sobre los conceptos jurídicos indeterminados, a fin de establecer en qué consisten y cómo pueden ser identificados. Al mismo tiempo, se efectuará una recopilación del concepto de orden público en materia de derecho civil, según su comprensión por la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como comparada.

Hecho lo anterior, seguiremos con un estudio, análisis crítico y sistematización que permita alcanzar los objetivos general y específico propuestos.

La presente obra comprende un estudio pormenorizado y sistematizado sobre los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, a fin de explicar en qué consisten, sus principales características y eventuales aportes a las ciencias jurídicas (II). Cubierto este primer punto, trataremos sobre la noción y composición del “orden público” en el *Código Civil* chileno, con el fin de discutir si dicha noción cumple con las exigencias previstas respecto de los conceptos jurídicos indeterminados (III).

2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

2.1. Generalidades

De acuerdo con lo que se dijo al comienzo del presente trabajo, la norma jurídica constituye una forma de expresión especial del lenguaje; a través de las palabras el legislador establece una regla de conducta, la cual pretende ser implementada en la comunidad y obedecida por esta para el cumplimiento de los fines generales que el derecho busca tutelar.

En cuanto a su estructura, se refiere a un determinado supuesto de hecho, el cual si se verifica supondrá la aplicación de las consecuencias y efectos que la misma norma se haya encargado de precisar para ese tipo de supuesto.

Precisamente la “aplicación del derecho” es entendida en esos términos. Como lo señala Ludwig Enneccerus, tal concepto “consiste en subsumir un hecho de la vida bajo la regla jurídica correspondiente, de modo que se produzca una consecuencia jurídica determinada”². El magistrado y catedrático Xavier O’Callaghan la define, citando a García Valdecasas, como “una operación que consiste en derivar de la norma general la norma individual por la cual ha de regirse aquella situación concreta”³.

² ENNECCERUS *et al.* (1947), pp. 196-197.

³ O’CALLAGHAN (1997), p. 175.

El criterio lógico seguido, y que de hecho caracteriza fundamentalmente el razonamiento jurídico propio del derecho civil continental, es la “subsunción”.

A fin de que las consecuencias y efectos jurídicos contenidos en la norma jurídica abstracta puedan encajar perfectamente en el supuesto de hecho concreto, el legislador ha hecho recurso de una serie de herramientas técnicas, las cuales asisten al intérprete y al juez en la identificación y aplicación de la regla jurídica. Algunas de ellas consisten de las definiciones, las asimilaciones, las exclusiones, las ficciones y el uso de ejemplos, entre otras.

La pretensión de estas herramientas es que la aplicación de la norma jurídica se haga de manera armónica, de modo que se entienda claramente el por qué el supuesto de hecho debe ser regido por una determinada norma jurídica y no por otra. Se supone, asimismo, que estas herramientas sean de una precisión y claridad tales que no signifiquen un cuestionamiento de este proceso.

Sin embargo, es posible observar la presencia de algunos casos especiales, en los cuales el legislador no ha generado una norma con un contenido debidamente precisado o indeterminado.

Estos son los casos de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, cuya existencia ha sido identificada por la doctrina alemana, y que ha sido con posterioridad recogida entre los autores españoles, quienes han permitido su difusión en el idioma hispano⁴.

2.2. *Concepto*

Una mirada a la doctrina que ha tratado sobre los conceptos jurídicos indeterminados, permite destacar desde ya la identificación de un núcleo sustancial común, como trataremos de exponer en este punto, en que nos trataremos de explicar sobre lo que significa un concepto jurídico de carácter indeterminado.

Como punto de partida, los autores refieren la existencia de una dualidad consistente de los “conceptos jurídicos determinados”, por oposición a los “conceptos jurídicos indeterminados”.

2.2.1. Concepto jurídico determinado

En lo que respecta a los conceptos jurídicos determinados, es señalado como aquellos que “delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca”⁵.

⁴ A modo de ejemplo, se encuentran los aportes de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), pp. 465-471.

⁵ Destacan este origen: BREWER-CARÍAS (2007), pp. 99-100 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

Bajo esta noción, constituyen manifestaciones de este tipo el de “mayoría de edad”, el cual se alcanza a una determinada edad, el “plazo” para interponer un determinado recurso procesal o la edad en que se alcanza la jubilación⁶.

Todos los casos que hemos citado a título de ejemplo, compartirían como dato común que

“están perfectamente determinados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por la Ley el modo de cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren”⁷.

A partir de esta constatación, y los casos que son enunciados por los autores, es posible identificar un patrón común.

En primer lugar, se trata de una expresión implementada por el legislador. Por tanto, el llamado al uso de un determinado concepto, es el legislador. Esta circunstancia tiene toda lógica, si pensamos en que se trata de un concepto de carácter “jurídico”.

En segundo lugar, la calificación asignada de la “determinación”, quedaría asegurado por el hecho de que el legislador no solo implementa o utiliza una determinada forma de expresión, sino, también, se encargó de disponer en qué consiste. No solo se hace este ejercicio por vía de la técnica jurídica de la “definición”, sino, también, a la hora de indicación de un parámetro tal que no genera duda respecto de su extensión y su contenido. En este sentido, el legislador civil ha definido quiénes son los infantes, los impúberes, los menores adultos e, incluso, los mayores de edad; criterios todos ellos que se basan en la fijación de una determinada edad que alcanza la persona, y cuya fijación es perfectamente distinguible, a través de los años que tiene el sujeto. En materia procesal han quedado delimitados ciertos plazos para el ejercicio de ciertos derechos, cargas procesales y obligaciones; la duración de los plazos se encuentra plenamente determinado, de modo que no cabe confusiones; no es lo mismo un plazo de tres días hábiles o tres días corridos, o no es lo mismo un plazo de tres días respecto de otro de tres meses.

En tercer lugar, el uso de los factores antes descritos arroja como resultado el que la aplicación del concepto a la realidad se haga mediante un simple ejercicio de “constatación”⁸. La constatación constituye la forma de apli-

⁶ Los ejemplos son citados por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

cación más sencilla por el intérprete, ya que simplemente debe comparar si el supuesto de hecho coincide o no con el factor que se quiera implementar.

En cuarto lugar, el concepto jurídico determinado no plantea duda alguna respecto de su aplicación⁹. Su implementación es tan sencilla que se podrá lograr la solución en forma inmediata y directa, de modo que no se requiere de mayor esfuerzo de interpretación.

2.2.2. Concepto jurídico indeterminado

En contraposición al concepto jurídico determinado, se encuentra el llamado “concepto jurídico indeterminado”, sobre el cual se dice que “la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado”¹⁰.

También se la ha definido como “el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho”¹¹, o que

“existen en todos los casos de regulaciones en las cuales el sentido concreto para la aplicación de la norma, no está resuelto ni está determinado con exactitud en la ley”¹².

Por último, se ha dicho:

“los conceptos jurídicos indeterminados son precisamente los que se consignan en los diferentes cuerpos normativos, formulados sin distinguir o fijar los parámetros de aplicación, y pueden considerarse concepciones jurídicas que tienen en algún nivel ambigüedad e imprecisión y, por tal, que pueden admitir aplicaciones diferentes, o ser perfilados de forma distinta, lo que llevará a generar incertidumbre e incluso confusión y, consecuentemente, motivos de duda a la hora de fijar su significado jurídico”¹³.

Una mirada a las definiciones que hemos invocado en este punto de nuestro trabajo, nos permite identificar los siguientes aspectos comunes.

En primer lugar, y al igual que en el caso del concepto jurídico determinado, los conceptos indeterminados se basan sobre ciertas expresiones requeridas, citadas e implementadas por el legislador a la hora de la creación de la norma jurídica.

En segundo lugar, el calificativo de ‘indeterminado’ se produce porque la ley no se encargó de precisar o explicitar los límites o contornos que de-

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

¹⁰ *Ibid.* Usa la misma definición DEI-CAS (2012), p. 83.

¹¹ MIRAS (2012), p. 346.

¹² BREWER-CARIÁS (2007), p. 100.

¹³ NÚÑEZ (2013), p. 20.

ben asignarse al concepto¹⁴. No existe una norma de conexión previa con la cual el intérprete pueda determinar el ámbito del concepto; carece de una definición, o de la fijación del plazo respectivo, o del requisito que le era exigido. El concepto ha sido implementado de una manera imprecisa en el enunciado de la norma.

En tercer lugar, el concepto jurídico indeterminado solo puede ser precisado mediante un ejercicio de interpretación. No es posible concluir el análisis de la norma mediante una constatación, ya que esta última opera sobre la base de la presencia de un parámetro explicitado por el legislador, y aquí falta dicho parámetro.

En cuarto lugar, puede apreciarse en los autores que han tratado sobre la estructura de un concepto jurídico indeterminado, han manifestado que el enunciado se concibe en carácter de tal, pero que, en definitiva, se determina al momento de practicarse su aplicación en el caso concreto¹⁵.

En cuanto a las razones por las cuales el legislador se ve en la necesidad de implementar conceptos jurídicos indeterminados, se ha sostenido que se origina en

“la imposibilidad de definir de modo exacto y en el momento de creación de la ley, un término jurídico en el que no hay consenso doctrinal, regional, jurisprudencial en todos los posibles contextos (por ejemplo, sistemas jurídicos de diferentes países) en los que es susceptible de aplicación e interpretación”¹⁶.

2.3. Características

Las referencias a los conceptos que la doctrina ha asignado a los conceptos jurídicos indeterminados nos permitirán identificar algunas características en todos los supuestos en que nos encontremos frente a ellos.

En primer lugar, se dice que el concepto jurídico indeterminado se refiere a una determinada esfera de la realidad, cuyos límites no han logrado precisarse en la norma, no obstante su pretensión de aplicarse a un supuesto de hecho concreto¹⁷.

El proceso de aplicación del derecho opera bajo el esquema de la determinación de la norma jurídica llamada a regir el caso concreto, a partir de la identificación de ciertos factores presentes en el hecho que coinciden

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

¹⁵ En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

¹⁶ NÚÑEZ (2013), p. 22. La cita corresponde a Del Real Alcalá.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

con lo establecido en la norma. En algunas situaciones, estos factores se encuentran sumamente nítidos, de modo que la implementación de la norma abstracta en el caso concreto, es fácil y no genera duda de ninguna clase, y los factores implementados en el encuadre de la norma al supuesto de hecho son determinados por el legislador. Pero en otros casos no existirá una explicitación de estos factores, y se implementan conceptos respecto de los cuales no existe ni una sola definición o una caracterización especial preliminar. El efecto de estos últimos casos conduce a la necesidad de integrar previamente estos conceptos indeterminados, y efectuada esa integración es que podrá ser implementada y ensamblada para el supuesto de hecho.

En segundo lugar, se explica que la razón por la cual no se encuentran precisados los límites que le corresponden a un concepto jurídico indeterminado, se atribuye a que se trata de casos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa¹⁸.

En tercer lugar, y no obstante la indeterminación del concepto jurídico, ello no significa que la norma quede en la completa oscuridad. La norma jurídica que incluye al concepto jurídico indeterminado admitirá una sola solución, que se estimará justa y correcta, para el caso concreto¹⁹.

En definitiva, la norma se aplica o no se aplica, y a ello se responderá de forma afirmativa o negativa; el caso quedará comprendido o no. Como se ha dicho, no existe una tercera vía (*tertium non datur*)²⁰.

En cuarto lugar, se dice que el concepto jurídico indeterminado forma parte de un proceso de aplicación de la ley²¹, en el sentido de que el objetivo que debe alcanzarse es la de obtener la subsunción del supuesto de hecho en la norma abstracta.

Por nuestra parte, esta mención supone ser complementado por medio de la interpretación previa del concepto indeterminado. Para que pueda hacerse la aplicación e implementación de la norma en el caso concreto, será necesario que previamente se determine qué es el concepto jurídico indeterminado. De hecho, la interpretación del concepto nos facilitará el proceso de aplicación de la norma jurídica.

En quinto lugar, en el proceso de aplicación del concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho, no existe una facultad discrecional

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465; NÚÑEZ (2013), p. 20.

¹⁹ BREWER-CARIÁS (2007), p. 100. DEI-CAS (2012), p. 84. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465. En la jurisprudencia comparada, se recoge esta posición en TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), III 2.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

²¹ DEI-CAS (2012), p. 83; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 467. TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), III 2.

del intérprete en lo que respecta a si prescindirá o no del uso del concepto jurídico indeterminado. El legislador se encuentra obligado a implementar la norma y el concepto contenido en ella, no quedando facultado, en este sentido, para descartar discrecionalmente de este. Los conceptos jurídicos indeterminados forman parte de casos de aplicación de la ley, de modo que el propósito que persigue el tribunal es determinar cómo el supuesto de hecho quedará comprendido dentro de la norma legal.

De hecho, esta particularidad permite a la doctrina distinguir al concepto jurídico indeterminado respecto de la denominada “potestad discrecional”, cuestión esta última que ha generado importantes debates dentro del derecho administrativo, a propósito de la noción de “discrecionalidad administrativa”²². El concepto jurídico indeterminado no constituye en forma alguna un acto arbitrario de parte del tribunal, lo cual explica que algunos autores sugieran la necesidad de brindar una motivación a la hora de la precisión del concepto; no basta la mera referencia a que el precepto legal se interprete en un determinado sentido solo porque se trate de un concepto indeterminado²³.

²² No corresponde ahondar en forma profundizada sobre la “discrecionalidad administrativa”. Los autores que se han referido a la cuestión suelen explicitar varias diferencias con el concepto jurídico indeterminado.

1) EN CUANTO A LA CANTIDAD DE SOLUCIONES QUE ADMITE: Se dice que el concepto jurídico indeterminado puede y admite aplicación solo para una solución justa. Por el contrario, la discrecionalidad admite una pluralidad de soluciones justas.

2) EN CUANTO A LOS ÁMBITOS JURÍDICOS EN QUE TIENE PROCEDENCIA: Los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran en prácticamente la generalidad de las disciplinas jurídicas; se presencian en el derecho civil, mercantil, canónico, entre otros. La discrecionalidad solo tiene procedencia respecto de la Administración del Estado.

3) EN CUANTO A SU FUENTE: Los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran dentro de determinaciones regladas. Por su parte, se dice que la discrecionalidad administrativa se encuentra dentro de ciertas “determinaciones discrecionales”.

4) EN CUANTO A SU MODO DE IMPLEMENTACIÓN: Los conceptos jurídicos indeterminados constituyen casos de aplicación de la ley. Por su parte, la discrecionalidad administrativa opera sobre la base de una libertad de elección que se produce entre varias alternativas que se estiman igualmente justas, por lo cual la decisión se basa en la implementación de criterios que no se encuentran contenidos en la ley, y que se apoyan en el juicio subjetivo de quien la aplica.

5) EN CUANTO A SU REVISIÓN: Los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles de revisión por el tribunal, debido a que constituyen el resultado de un proceso de interpretación y aplicación de la ley, de modo que importan una cuestión de derecho. Los casos de discrecionalidad administrativa no admiten control superior, siempre y cuando la decisión adoptada se encuentra dentro de la remisión que se ha hecho por la ley a la discrecionalidad.

Un análisis de estas diferencias, las cuales hemos sintetizado en este punto, se contienen en detalle en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), pp. 466-471 y DEI-CAS (2012), pp. 83-84. Para el derecho canónico se puede consultar MIRAS (2012), p. 346.

²³ MIRAS (2012), p. 347.

Por último, y no obstante la aparente indeterminación del concepto, su aplicación es susceptible de ser revisada por los tribunales de justicia²⁴, al tratarse de una cuestión de derecho. De este modo, podrá ser valorado en un sistema de doble instancia si la solución adoptada por el juez, a partir de la utilización del concepto jurídico indeterminado, era precisamente la única solución justa permitida por la ley.

2.4. Clases

Ahondando en la composición de las ideas aquí desarrolladas, la doctrina ha detectado dos tipos de conceptos jurídicos indeterminados.

Por una parte, existen aquellos que obtienen su indeterminación por la utilización de *nociones de la experiencia*²⁵.

Un ejemplo que es citado en este sentido, es respecto de aquellos casos en que se refieren a la “ruina” de un edificio (artículos 2323, 2324 del CCCh.). No se trata de normas que tengan una imprecisión en su ámbito de aplicación de carácter absoluto, ya que lo que deberá determinar el juez es si un edificio en concreto se encuentra en ruina o no, y dependiendo de la respuesta que se brinde, es que se aplicarán las consecuencias previstas en el régimen jurídico de responsabilidad extracontractual (obligación de indemnizar perjuicios, remoción de los objetos peligrosos, reparación, etcétera).

Por otro, la indeterminación la pueden alcanzar porque la norma jurídica ha incorporado *conceptos de valor*²⁶.

En ciertas materias, el derecho ha procedido al establecimiento de ciertos juicios de valor, y pueden ser de carácter técnico, político, moral e, incluso, religioso. En relación con lo dicho, debe recordarse que dentro de las reglas de interpretación de la ley, a la hora de calibrar el uso del elemento gramatical, debemos recordar que es posible que la norma legal haga utilización de palabras que provienen de una determinada ciencia o arte. Como lo explica la primera parte del artículo 21 del CCCh., “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte”. De este modo, la norma jurídica se completa a partir del uso de una expresión que proviene de disciplinas de carácter no jurídico, y mediante la precisión de este concepto es que podrán determinarse los casos a los cuales se podrá aplicar o no la norma jurídica.

²⁴ BREWER-CARÍAS (2007), p. 102.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 469.

²⁶ *Ibid.*

2.5. Estructura

Según la doctrina alemana, todo concepto jurídico puede encontrarse en alguna de tres zonas de significación.

La primera parte, se conforma de la llamada “zona de certeza positiva”, y que constituye el núcleo fijo (*begriffskern*) de la norma²⁷.

Dentro de la norma jurídica, este núcleo se declara conformado por un conjunto de aspectos que se precian de ser previos y seguros²⁸, de modo que permiten determinar qué es un determinado fenómeno o qué clases de situaciones son las que comprende o se aplica. Por estas características, deberá tratarse de un ámbito cuya certeza deberá ser absoluta, ya que por la misma se logrará la determinación del significado del concepto.

En definitiva,

“Si el operador jurídico atribuye ese significado seguro a un término de la norma que ha sido juridificado (sea explícita o implícitamente) en modo indeterminado, entonces habrá de ‘catalogar’ la realidad del caso concreto que juzga con ese significado de ese término jurídico de la norma, y aplicarle las ‘consecuencias jurídicas’ que la normativa nacional o internacional (si viene al caso) hayan previsto para cuando se presenta dicho término en el derecho”²⁹.

La segunda zona es denominada “intermedia”, “de incertidumbre” o “halo del concepto” (*begriffshof*)³⁰.

Tal y como se expresa en la descripción conceptual de esta zona, constituye la que tiene menos precisión³¹. Se supone por los autores que toda norma jurídica contiene algún grado de incertidumbre, pero que para los conceptos jurídicos indeterminados tiene un campo mucho más extenso.

“Precisamente en esta zona es donde situaremos a los conceptos jurídicos indeterminados: porque son términos del derecho que ofrecen duda sobre cuál es su contenido conceptual y cómo han de comprenderse y en qué casos aplicarse”³².

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468; NÚÑEZ (2013), p. 26; TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), IV.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468; TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), IV.

²⁹ NÚÑEZ (2013), p. 26.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468; TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), IV.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468.

³² NÚÑEZ (2013), p. 27.

La tercera zona, constituye la llamada “de certeza negativa”³³.

Esta zona, a diferencia de la positiva, tiene como propósito determinar un ámbito de exclusión del concepto³⁴. Por tanto, con esta clase de nivel es posible identificar el concepto, pero por vía de explicar a qué clase de situaciones no se está refiriendo. Por tanto, delimita las fronteras del concepto jurídico indeterminado, por la vía de consagrar los límites.

Una vez que un determinado concepto jurídico ha quedado en una zona intermedia, ¿cómo logrará determinarse su significado? La doctrina ha considerado la implementación de ciertos “mecanismos generales”, los cuales consisten de los siguientes:

a) El mecanismo usual/aplicativo: el significado que usualmente le atribuyen los operadores jurídicos al concepto cuando lo aplican (significado usual/aplicativo habitual del término). Este mecanismo consolida como uso y costumbre la aplicación de un término indeterminado en un determinado sentido (con un concreto significado), y no en otro.

b) El mecanismo doctrinal: el significado que fija la doctrina local, regional, nacional o internacional sobre dicho término jurídico (significado doctrinal).

c) El mecanismo jurisprudencial; el significado que han perfilado los tribunales locales, regionales, nacionales y/o internacionales sobre un término indeterminado situado en la zona de penumbra (significado jurisprudencial). El mecanismo jurisprudencial puede actuar por varias vías, siendo las dos principales: la ‘tesis de la única respuesta correcta’ y la ‘tesis de la discrecionalidad judicial’.

d) Una mixtura de algunos de estos mecanismos o de los tres mecanismos en conjunto”³⁵.

2.6. Aplicaciones

Los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran presentes en las más diversas disciplinas jurídicas, y atraviesan libremente la órbita de la distinción entre derecho público y derecho privado³⁶.

Es así que en el derecho administrativo se han identificado como tales las nociones de “urgencia” e “interés público”³⁷. En el derecho canónico han

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), tomo I, p. 468; NÚÑEZ (2013), p. 27; TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), IV.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ (2004), p. 468.

³⁵ NÚÑEZ (2013), p. 26.

³⁶ DEI-CAS (2012), p. 83. Es implementada en el derecho internacional privado, como ocurre con la noción de “mercaderías” que implementa la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, según afirma NÚÑEZ (2013), pp. 23-24.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 469.

sido calificadas como conceptos jurídicos indeterminados los de “bien de la Iglesia” y “necesidad o utilidad de la Iglesia”³⁸. En el derecho constitucional puede rescatarse la noción especial de “seguridad nacional”, “función social”, “probidad administrativa”, “desarrollo integral” y “justicia social”, entre otros.

Para el caso del derecho civil, se ha sostenido que la expresión “orden público”, “buena fe”, “buen padre de familia” y otras tendría la calidad de concepto jurídico indeterminado.

2.7. *Juicio de valor*

La implementación de conceptos jurídicos indeterminados presenta algunas dificultades, las cuales no logran ser un impedimento para que el legislador pueda acudir a ellas.

El primer problema que se ha identificado en el empleo de los conceptos jurídicos indeterminados, se refiere a su implementación a la hora de consagrar ciertos requisitos a los cuales debe sujetarse un acto de autoridad para ser considerado legítimo³⁹.

Esta crítica parece fundada en el ámbito del derecho administrativo, donde el principio de legalidad condiciona los supuestos de actuación de la autoridad pública, quien no podrá escapar de dichas limitaciones, y en las que, incluso, se invoca derechamente la categoría de la “discrecionalidad administrativa”. Sin embargo, no pareciera ocasionar mayores dificultades dentro del propio ámbito del derecho privado, en la cual diversos actos y hechos jurídicos han utilizado conceptos jurídicos indeterminados para decidir cuándo ellos serán válidos o no. El específico caso del orden público, como veremos más adelante, descansa sobre la base de este razonamiento.

El segundo problema eventual, podría encontrarse en aquellas disciplinas que se encuentran atravesadas por el principio de legalidad, y en las cuales se requiere especialmente que la norma legal contenga todos los elementos de juicio suficientes para aplicarse al caso concreto.

Tales son los casos del derecho penal y del derecho tributario, atendidos los imperativos constitucionales e internacionales a los cuales se encuentran sujetos.

No obstante las críticas que pudieren derivarse de la implementación de los conceptos jurídicos indeterminados, ellos llevan aparejados ciertas ventajas que no pueden ignorarse.

Es así que las normas jurídicas que las contienen ganan flexibilidad y estabilidad⁴⁰. Como no dependen de la obra innovadora del legislador,

³⁸ MIRAS (2012), vol. II, p. 346.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Destaca esta idea MIRAS (2012), p. 346.

permitirán al tribunal que pueda aplicarlas siguiendo criterios de carácter evolutivo, conforme a las exigencias que los supuestos de hecho vayan generando en el futuro. Todo ello se consigue sin necesidad de depender de una norma legal que podría requerir de sucesivas reformas⁴¹.

Como consecuencia de la idea anterior, la misma flexibilidad permitirá que la norma jurídica siga aplicándose, incluso, hacia nuevas situaciones para las cuales ni siquiera había sido concebida inicialmente. Por ejemplo, una interpretación evolutiva de un concepto jurídico indeterminado como el “acto contrario a la naturaleza” pudiera ser estimado no solo como referido a la sujeción a ciertas leyes físicas básicas, sino, también, entenderse en un concepto de carácter “medioambiental”, circunstancia para la cual el legislador de mediados del siglo XIX no manifestaba particular preocupación, pero que para la sociedad actual resulta crucial.

Con estas ideas hemos concluido la revisión general sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Solo nos resta aplicar estos lineamientos al caso del orden jurídico.

3. EL ORDEN PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO COMO UN SUPUESTO CASO DE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO⁴²

3.1. Generalidades

La noción “orden público” recibe su individualidad jurídica como tal a partir de las explicaciones atribuidas al tratadista alemán F. K. von Savigny⁴³, afirmación esta última que no se compadece con las referencias que ya a comienzos del siglo XIX se esbozaban en torno a ella, como las que emplearía Jean-Etienne-Marie Portalis, el cual señalaba que “es todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares”⁴⁴.

Por lo pronto, ya los autores han identificado las raíces de la expresión en el desarrollo de la obra del jurista francés Jean Domat, quien extraería la noción de “orden público” a partir de algunas raíces previstas en el derecho romano; en específico, de la regla *privatorum conventio iure publico non derogat*. Se explica respecto de esta regla que las expresiones “derecho público”

⁴¹ En un sentido similar: NÚÑEZ (2013), p. 23.

⁴² A fin de redactar este acápite del presente trabajo, nos hemos basado en el texto originalmente contenido en BÉCAR (2018). Se trata de una redacción que ha sido ampliada y estructurada para efectos del presente artículo.

⁴³ Este origen dogmático es destacado por ENNECCERUS *et al.* (1947), p. 277.

⁴⁴ La afirmación ha sido tomada de PESCIO (1962), pp. 307-308.

(*iure publico*) no se encontraban tomadas en el sentido moderno que tiene la expresión, sino, más bien, aludían al bien público o de la comunidad, por oposición al interés privado. De este modo, las normas se traducen en el sentido de referirse al “interés público”, antecedente precisamente de la expresión “orden público”⁴⁵.

Por lo pronto, se trata de un concepto que es sindicado como uno de una identificación difícil⁴⁶, debido a que tendría, por lo menos, dos clases de sentidos; el *vulgar* y el *jurídico*.

En cuanto a un “sentido vulgar”, se entiende al orden público como sinónimo de una “situación de tranquilidad y paz exterior” o

“la disciplina callejera o meramente policial de sosiego o tranquilidad del vecindario que se altera al infringir reglamentos municipales, ordenanzas de policía local, etc.”⁴⁷.

Por su parte, se ha concebido una “noción jurídica”, la cual se identifica a partir de la función que reviste de limitación de la libertad de contratación y del principio de autonomía de la voluntad⁴⁸, como se expondrá más adelante.

Contribuye a aportar otro margen de oscuridad, el hecho que existe una noción de orden público no solo en el ámbito del derecho civil, sino, también, dentro del derecho internacional privado.

Nuestro foco de atención se encuentra exclusivamente en el primero de ellos, destacando solo que en el derecho internacional privado constituye un concepto que resulta indispensable, ya que tiene la habilidad de figurar como un requisito para la invocación y aplicación de una norma extranjera.

A pesar de la aparente oscuridad bajo la cual se organiza el orden público, resulta que su implementación asegura alguna clase de flexibilidad a la norma jurídica, la cual le permite ajustarse a las características y exigencias de la sociedad respecto de la cual se implementa.

El origen de esta mutabilidad consiste que el concepto de orden público quedaría asociado al estado de la sociedad de una determinada época. Con ello, la noción se hace “cambiante según los países, mudable según los tiempos: ser actual, excepcional, obligatorio, territorial, etc.”⁴⁹.

⁴⁵ El relato aparece sintetizado en CLARO (1992), p. 57.

⁴⁶ En este sentido se pronuncian DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257 y PESCIO (1962), p. 307.

⁴⁷ PESCIO (1962), p. 307.

⁴⁸ En este sentido: DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257.

⁴⁹ PESCIO (1962), p. 309, siguiendo en este punto a Hémard.

3.2. Implementación del concepto “orden público” en el Código Civil chileno

La expresión “orden público” ha sido utilizada por el *Código Civil* chileno⁵⁰, cumpliendo muy destacadas funciones, las cuales trataremos de explicar en qué consisten.

Nos parece que este es el orden más apropiado para tratar la materia, debido a que la noción de orden público no ha sido objeto de definición por precepto legal alguno. Como se apreciará, todo el esfuerzo desplegado por el legislador ha sido el de instalar su procedencia para asignar ciertos límites o efectos jurídicos.

3.2.1. Identificación del régimen jurídico de orden público

Una de las expresiones en que se ha manifestado el orden público en el *Código Civil* chileno, se contiene a propósito de las *servidumbres voluntarias*. De acuerdo con lo expresado por el inciso 1.º del artículo 880 del CCCh:

“Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirir las sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes”.

La norma autoriza la libre estipulación de servidumbres tanto activas como pasivas, sujetando el contenido de las convenciones que se celebren en este sentido a ciertas limitaciones, entre las cuales refiere al orden público.

También ha sido señalada como un requisito para la conformación del *objeto* de la prestación contenida en un acto o contrato, en caso de que este consista de una prestación de hacer y también, por extensión de esta regla que ha efectuado la doctrina, se aplica a las prestaciones de no hacer.

De acuerdo con el inciso 3.º del artículo 1461 del CCCh.:

“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

Debe rescatarse de esta disposición el que se entiende aplicable solo a ciertas clases de prestaciones (hacer, y por extensión a las de no hacer), como una forma de control de la validez de la ejecución de ciertos hechos, que no signifiquen una pugna en contra de ciertos límites, entre los cuales se encuentra citado el orden público.

⁵⁰ Un listado de normas en las cuales se recopila el uso de la expresión “orden público”, en FUEYO (1953), p. 479.

Se vuelve a referir a este a propósito de los casos en que existe causa ilícita.

Conforme al inciso 2.º del artículo 1467 del *CCCh.*, “se entiende por [...] y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

Para cerrar el recuento de hipótesis para las cuales interviene el orden público, citaremos lo dispuesto en el régimen de las obligaciones condicionales de origen convencional.

Es referido como una circunstancia que determina cuándo la condición positiva puede ser “moralmente posible” (artículo 1475 inciso 1.º del *CCCh*). Respecto de esto último, menciona que la condición es “moralmente imposible” cuando “consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público” (artículo 1475 inciso 2.º del *CCCh.*).

Este recuento no puede terminar sin hacerse una importante advertencia. En todos los casos que hemos citado, vemos cómo es la ley la que formula directamente el llamado al orden público, en las formas y límites que estos preceptos legales se han encargado de expresar. Sin embargo, no puede desconocerse que en diversos ámbitos jurídicos se ha dicho que se fundan igualmente en el orden público, sin que ellos se efectúe mención alguna sobre una limitación que provenga de dicho estamento.

Por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de “orden público económico”, no obstante que la Carta Fundamental no hizo mención alguna de dicha categoría⁵¹. Otro tanto se observa en el caso del derecho de familia, donde se menciona que sus normas son de orden público y, como tales, son inderogables por la voluntad de las partes⁵².

⁵¹ El caso del “orden público económico” en el derecho chileno es paradigmático. Se reconoce que la Constitución Política contempla un catálogo de derechos fundamentales que integran lo que se conocería como orden público económico. La noción era de conocimiento de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, según se menciona en su *Anteproyecto* (COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (s/f), núm. 17, pp. 27-33), mas el texto definitivo no la señala en ninguna parte.

Existen algunas sentencias en sede constitucional, a propósito del recurso de amparo económico, que se hace discusión sobre si un determinado acto u omisión ha supuesto una vulneración del orden público económico, rechazándose no precisamente porque se refiera a una categoría jurídica inexistente, sino más bien por cuestiones de orden probatorio que impidieron dar por acreditada la afectación requerida. A título de ejemplo: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 10 de septiembre de 1996, rol de ingreso N.º 2.595-1996, C. 3.º, red. ministra Sonia Araneda, confirmada por Corte Suprema (3ª Sala), 8 de octubre de 1996, rol de ingreso n.º 3.522-1996, en: *FM*. n.º 455 (octubre 1996), sent. 7, pp. 2012-2025.

⁵² Por todos: RAMOS (2001), p. 15.

3.2.2. Observaciones

Las normas que acabamos de reproducir nos previenen de algunos aspectos que comentaremos de forma preliminar, antes de abordar las funciones que explícitamente han sido rescatadas.

Como primera apreciación, vemos que la expresión “orden público” suele ser explícitamente separada respecto de las “ley”, “moral” e, incluso, “buenas costumbres”. Siendo así, y nuevamente sin brindar una definición, el mismo legislador ha descartado que se traten de nociones sinónimas. Las distingue claramente, de modo que constituyen hipótesis separadas en cuanto a su significado, y que operan de forma independiente unas respecto de las otras; un acto que sea conforme a la ley podría serlo, sin embargo, contrario a las buenas costumbres o que un acto conforme a la moral sea contrario al orden público.

Esta autonomía conceptual debe ser tenida en cuenta, ya que cada vez que se quiera definir al orden público, debería procederse mediante un descarte inicial. Por lo pronto, no puede asimilarse al orden público como un conjunto de normas de contenido moral o basado en las buenas costumbres. Pero también debe descartarse una asimilación respecto de la ley. De este modo, la ley y el orden público son situados como elementos de carácter independiente uno respecto del otro.

Si se consulta ahora la doctrina que trata sobre estos asuntos, podemos apreciar que las diversas sistematizaciones en que organizan sus explicaciones, obedecen a la misma línea de distinción, hablando que las limitaciones al principio de autonomía de la voluntad se encuentran, unas en las leyes y otras en el orden público⁵³. Pero se trata de una distinción que en ciertos casos no suele ser rigurosa, ya que se observan quienes fusionan las causales, refiriéndose ahora al “orden público y las buenas costumbres”, como si se tratara de una limitación de carácter compuesto⁵⁴.

Otro aspecto a destacar de estas normas, es el constante llamado al orden público como un elemento condicionante de la validez de diversos hechos y actos jurídicos.

Es así que vemos que la conformidad con el orden público es requisito para la configuración de la causa lícita en un acto jurídico, como elemento para configurar la validez de ciertos hechos que son objeto de una prestación de hacer y de no hacer, y derechamente como un presupuesto de validez de ciertas convenciones.

⁵³ Siguen este criterio DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 255; DUCCI (2007), p. 27; SANTOS (2003), p. 16.

⁵⁴ En este sentido DUCCI (2007), p. 27.

Cada uno de estos puntos incide en el proceso de formación de un acto jurídico, de modo que es perfectamente posible de asumir que el orden público constituye una limitación al poder del consentimiento de las partes contratantes. Dicho de otro modo, el orden público es sindicado, indirectamente, como una limitación del principio de autonomía de la voluntad.

3.2.3. Funciones

A partir de estas referencias, se identifica al orden público cumpliendo destacadísimas funciones dentro del derecho privado.

La primera gran función que se ha logrado identificar respecto del orden público, es el de *marcar los horizontes hasta los cuales se extiende el principio de autonomía de la voluntad*⁵⁵.

Los casos que hemos estudiado hasta el momento responden claramente a esta consigna, ya que limitan el poder del consentimiento de las partes en lo que se refiere a su posibilidad de estipular libremente lo que ellas quisieran convenir.

Otra función que merece al orden público, consiste de servir como una *causal de limitación en el ejercicio de algunos derechos fundamentales*, en virtud de una categoría que la doctrina distingue claramente respecto de aquellas limitaciones impuestas por la ley.

También se menciona como una función del orden público, en algunas de las veces basadas en un texto expreso, y otras por una referencia directa de los autores, como el *fundamento de las normas prohibitivas e imperativas*.

Se dice en este sentido que las leyes imperativas y las prohibitivas

“mandan o prohíben y obedecen a motivos de orden público, a la mantención del ordenamiento de la organización social o la necesidad de proteger a ciertas personas que se encuentran en situaciones de inferioridad por razones de sexo, edad o situación”⁵⁶.

Al observarse las explicaciones, es fácil inferir que estos autores entendían que las leyes adquirirían el carácter de imperativa por el hecho de que ellas defienden el orden público⁵⁷, y que ello se producía porque, en definitiva, mediante esta clase de leyes se podía proteger el normal funcionamiento de las instituciones jurídicas y sociales; es decir, que toda norma organizada

⁵⁵ Postulan esta función, entre otros: O'CALLAGHAN (1997), p. 46.

⁵⁶ DUCCI (2007), p. 53.

⁵⁷ En este sentido se observa en la obra de O'CALLAGHAN (1997), p. 52, quien menciona a propósito del inciso 2.º del artículo 6 del CC Esp., que la referencia allí hecha al orden público no es propiamente un límite, “sino inherente al propio concepto, ya que si media interés u orden público, la ley será imperativa y, por ello, no excluible”.

sobre la base de ser una norma imperativa, automáticamente se convertía en una de orden público.

Sin embargo, se trata de una opinión que ha tenido detractores. Para el caso del derecho español, los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros afirman que existen ciertas normas que no han sido gramaticalmente pronunciadas en el carácter de imperativas, pero que indudablemente son de orden público y, asimismo, existen normas que siendo imperativas, no son de orden público, en el entendido que su instauración “afecte al orden público”⁵⁸. Sobre la base de ello, y con cita de Ferri, los autores sostienen que el orden público importa un elemento que tiene procedencia

“en el campo que las normas imperativas dejan libre, como criterios residuales de valoración que encuentran aplicación solamente si faltan aquéllas”⁵⁹.

Existen algunos autores que sostenían que *el orden público podía cumplir incluso una función supletoria de la voluntad de las partes*. Se explica que

“allí donde los artículos del Código no sancionan, en cambio, tales principios, su oficio es puramente el de ser aplicables en defecto de contraria voluntad de los particulares”⁶⁰.

Esta opinión tiene una importante particularidad. Hemos indicado al comienzo que el orden público constituía un mecanismo de limitación del principio de autonomía de la voluntad. Pues bien, esta opinión consiste en explicar que el orden público tendría la potestad de, incluso, suplir la voluntad de las partes en caso que nada hubieren estipulado sobre un determinado punto.

El orden público constituye una limitación importante a la aplicación y ejecución de la ley y sentencias judiciales dictadas en el extranjero, conforme a las pautas que brinda el derecho internacional privado⁶¹. Como se dijo, la noción de orden público existente en esta última disciplina obedece a un concepto completamente distinto del aceptado en el derecho nacional.

⁵⁸ Como ejemplos del primer tipo, citan el caso del estatuto jurídico de la patria potestad; del segundo, la redimibilidad de las prestaciones perpetuas, como el caso del artículo 1608 del CC Esp. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257). Sobre este último caso se ha generado crítica, ya que Biagio Brugi cita como norma fundamentada en el orden público “la redimibilidad de todas las prestaciones perpetuas” (BRUGI (1946), p. 15).

⁵⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257.

⁶⁰ BRUGI (1946), p. 15.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 150.

Finalmente, el orden público contribuye a la instauración de la noción de "*leyes de orden público*".

Se trata esta última de una categoría generada por la doctrina, a partir de la intervención que el orden público puede adquirir en la conformación de ciertas clases de leyes. Al igual que en el caso del orden público, según veremos, adolece de incertidumbre en cuanto a su concepción. Se ha dicho que las leyes de orden público logran ser identificadas porque ellas comprenden "todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares"⁶², y en un sentido similar se encuentra la propuesta por el profesor Domenico Barbero, al indicar que las leyes de orden público

"son aquellas que, dictadas con miras a un interés que trasciende la esfera de los particulares, no admiten ser derogadas mediante pactos privados por aquellos que, en el caso concreto, están llamados a observarlas"⁶³.

Los profesores Weill y Terré las explican en el sentido de que se tratan de aquellas reglas "indispensables para el buen funcionamiento de las instituciones necesarias de la sociedad"⁶⁴. Y en el concepto de Planiol,

"una ley de derecho privado es de orden público si está inspirada en una consideración de interés general, que se encontraría comprometida si los particulares pudieran impedir su aplicación"⁶⁵.

3.3. *Concepto*

La legislación y la doctrina que la estudia tienen claridad respecto de las funciones que le han sido asignadas al orden público. Tan solo nos resta tratar sobre el significado que deberá ser asignado a este concepto.

A fin de abordar este punto, debemos recapitular algunas ideas. La primera de ellas, consiste que se trata de una noción que es invocada por la ley cumpliendo ciertas funciones eminentemente limitativas del principio de autonomía de la voluntad, o del ejercicio de derechos fundamentales. La segunda, es que se trata de un concepto independiente de la moral, las buenas costumbres e, incluso, las leyes.

El plan a seguir consiste de identificar algunas clases de concepciones sobre el orden público, a fin de identificar algunos aspectos comunes.

⁶² DUCCI (2007), pp. 60-61.

⁶³ BARBERO (1967), p. 77.

⁶⁴ La definición de estos autores se encuentra citada en LACRUZ (2006), p. 114.

⁶⁵ DUCCI (2007), p. 61. En cuanto a las nociones seguidas en la doctrina francesa, véase PESCIO (1962), p. 308.

3.3.1. Algunas proposiciones

Una exploración de los manuales y tratados que versan sobre el orden público, y que tratan de ofrecer una definición, nos permite identificar cuatro clases de criterios.

Algunos autores definen el orden público, diciendo que este consiste “del arreglo de las personas y cosas dentro de la sociedad”⁶⁶, de modo que pasa a concebirse como “cuestiones de alta trascendencia estatal o social”. También se ha dicho que el orden público es “el conjunto de reglas esenciales para el mantenimiento de la sociedad”⁶⁷.

La particularidad de esta última definición consiste que ella procede de la obra del profesor francés Gabriel Baudry-Lacantinerie, cuyas explicaciones son relevantes porque han orientado la posición de la doctrina chilena hasta el día de hoy⁶⁸.

La misma jurisprudencia chilena ha reconocido una concepción de esta naturaleza. Así, podemos leer que se concibe al orden público como

“el justo y armónico mantenimiento de las instituciones permanentes del Estado y de las leyes que lo organizan y reglamentan con el fin de promover al mejor bien de la sociedad y de la familia”⁶⁹.

O que se diga que “es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad”⁷⁰. Del mismo modo, se la señala como

“la situación o estado de legitimidad normal y de armonía dentro del conjunto social, que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos”⁷¹.

Una definición más comprensiva de los elementos bajo los cuales se conforma, se encuentra en una sentencia pronunciada por la Íltma. Corte de Apelaciones de La Serena, donde se indicaba:

⁶⁶ Esta definición se encuentra citada en DUCCI (2007), p. 27, aunque sin señalamiento de su autoría. Nuestras aproximaciones sobre este concepto citado sin autoría, nos llevan a aproximarla a la citada por el tratadista chileno LUIS CLARO SOLAR: “Orden público quiere decir, en consecuencia, el arreglo de las personas en la sociedad, ya que las leyes se ocupan de las personas” (CLARO (1992), p. 56).

⁶⁷ DUCCI (2007), p. 60.

⁶⁸ Cfr. PESCIO (1962), p. 308 y n. 194.

⁶⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 6 de septiembre de 1941, en *RDJ*, tomo XXXIX, 2ª parte, sec. 2ª, C. 11.º, p. 27, cit. CAFFARENA (1959), pp. 245-246.

⁷⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de julio de 1946, en *GT*, de 1946, 2.º sem., C. 25.º, p. 391, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

⁷¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de agosto de 1953, en *RDJ*, tomo L, 2ª parte, sec. 4ª, C. 8.º, p. 114, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

“por tal concepto debe entenderse la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguida gracias al respeto cabal de su legislación y en especial, de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual se elimina toda perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informan dicho Estado”⁷².

Un segundo grupo de definiciones asignadas al orden público, lo refieren como sinónimo del “espíritu general de la legislación” (artículo 24 del *CCCh.*) y de los “principios generales que resultan de la moderna legislación económica”⁷³.

Esta clase de definiciones ya se pueden apreciar en el derecho español como en el italiano. En cuanto al primero, existen algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en las cuales se menciona que el orden público consiste de

“principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada”⁷⁴.

Esta clase de forma para entender el orden público se replica en el concepto del tratadista español Federico de Castro, diciendo que son “los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas”⁷⁵. Muy relacionada con la anterior, los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros sostienen que el orden público

“no viene a ser más que la expresión que se le da a la función de aquellos principios en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulneren”⁷⁶.

Bajo una misma metodología se puede apreciar en algunos autores italianos de comienzos del siglo XX. Así, Biagio Brugi entendía por “principios de orden público” aquellos “que consagran las máximas del resurgir político y civil de Italia como nación, y por ello son coactivos para todos”⁷⁷.

Como tercer gran criterio implementado para describir cuándo existe un margen de orden público, es a partir de considerar que ella versa sobre

⁷² CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 13 de marzo de 1954, voto de mayoría, en *RDJ*, tomo LI, 2ª parte, sec. 4ª, C. 9.º, p. 123, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

⁷³ DUCCI (2007), p. 27.

⁷⁴ TRIBUNAL SUPREMO (ESPAÑA), sentencias de 5.4.1966 y 31.12.1979, citadas en DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 258.

⁷⁵ Esta definición es citada en DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 258.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ BRUGI (1946), p. 15.

determinadas materias, las cuales cuando son tratadas por las leyes, significarán automáticamente que se configure un estatuto de orden público.

Siendo así, que ha dicho que existe un margen de orden público en las llamadas “leyes de derecho público” (artículo 1462 del CCCh.); en las disposiciones de derecho privado que no pueden ser renunciadas por los particulares (artículo 12 del CCCh.); en los derechos y obligaciones entre los cónyuges (artículo 1717 del CCCh.) y las que no pueden ser excluidas por la voluntad o acuerdo de las partes (artículos 1467, 1892, 2494 del CCCh.).

Frente a este criterio, existe el seguido por los tratadistas franceses Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcarde, seguido en nuestro sistema por los profesores Victorio Pescio y Carlos Ducci. Por el mismo, se declara que lo fundamental para identificar el orden público es “la naturaleza del vínculo que liga al interés de la sociedad”, de modo que una ley es de orden público cuando se refiere a la organización política, económica, social y moral del estado.

Un tercer formato que ha proliferado en la literatura jurídica, consiste simplemente de un listado directo de las materias que, en su concepto, conforman los principios de orden público. Se citan como tales

“el reconocimiento de derechos civiles de los extranjeros, en la igualdad completa de todos los individuos, en la independencia total del concepto jurídico del religioso, en la ordenación familiar sin prejuicios de líneas ni sexos, en la abolición de todas las prestaciones perpetuas, el respeto de derechos e intereses de tercero”⁷⁸.

Por último, es posible observar que algunas sentencias se han limitado a definir al orden público, sobre todo en el caso de su violación, diciendo que constituye “cualquiera clase” de infracción “al orden jurídico”⁷⁹.

3.3.2. Observaciones

En primer lugar, la inexistencia de una definición basada en textos positivos⁸⁰ dificulta la generación de un concepto unívoco. A esto se agrega la existencia

⁷⁸ BRUGI (1946), p. 15. En forma más sintética sobre las materias constitutivas de orden público en el *Código Civil* chileno, puede consultarse CLARO (1992), tomo I, núm. 102, p. 57.

⁷⁹ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 13 de marzo de 1954, voto disidente, en *RDJ*, tomo LI, 2ª parte, sec. 4ª, C. 17.º, 18.º y 19.º, p. 123, cit. CAFFARENA (1959), pp. 246-247.

⁸⁰ La propia jurisprudencia se ha encargado de indicar que la ley no ha definido en ninguna parte lo que debe entenderse por orden público. En este sentido: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de agosto de 1953, en *RDJ*, tomo L, 2ª parte, sec. 4ª, C. 8.º, p. 114, cit. CAFFARENA (1959), p. 246 y CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 13 de marzo de 1954, voto de mayoría, en *RDJ*, tomo LI, 2ª parte, sec. 4ª, C. 9.º, p. 123, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

de dos formas a través de las cuales la doctrina ha pretendido señalar cuándo existe comprometido el orden público.

A todo ello se une el que se considere orden público como un sinónimo de los principios generales del derecho. Esta clase de asimilación no parece adquirir mayor justificación, sobre todo si se consideran a los principios con funciones de distinta naturaleza de las que se asignan al orden público, y en este último caso con un carácter limitativo de la acción de las personas.

En segundo lugar, y ya avanzando hacia aspectos de carácter sustancial, vemos que la noción de orden público se erige como un atributo de que gozan ciertas leyes. Bajo las nociones más clásicas asociadas al concepto bajo análisis, existe una cercanía entre el orden público y las leyes.

Esta cercanía se encuentra dada porque el orden público surge como resultado de la conformación y materias que tratarían ciertas clases de leyes, las cuales se consideran indispensables para el normal funcionamiento de la sociedad.

Ahora bien, ¿por qué se entiende que esta clase de factor resulta indispensable para que la sociedad pueda funcionar de una manera apropiada? La clave queda determinada más bien por la clase de materias que comprendería el orden público, y las cuales inicialmente se entendían relativas a la organización política del Estado.

Sin embargo, es precisamente en este punto donde el carácter flexible del orden público es el que facilita su mutabilidad, y al día de hoy puede entenderse que existen distintos niveles dentro de la conformación de la sociedad que se consideran indispensables y, por ello, se convierten en indisponibles para las partes. Es por ello que la tendencia a la actualidad consiste de la extensión del orden público, hacia ámbitos fuera del carácter político, como lo es el económico, y que surja hoy el concepto de “orden público económico”.

Como resultado de las observaciones anteriores, vemos que el orden público queda integrado por la naturaleza que adquieren un conjunto de leyes, no una sola en particular, razón por la cual esta noción no es sinónima de la ley, a pesar de que se relaciona con ella.

Este conjunto de leyes se dedica a la tutela de ciertos intereses indispensables para la sociedad, razón por la cual puede afirmarse que no sea un concepto equivalente a la ley, pero que tampoco se trate de un criterio de carácter moral o sinónimo de las buenas costumbres. Como consecuencia de ello, se tratará, en definitiva, de un “concepto jurídico”⁸¹; no es un criterio moralista, ni mucho menos religioso.

⁸¹ Lo afirmaba ya la jurisprudencia. Cfr. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de agosto de 1953, en *RDJ*, tomo I, 2ª parte, sec. 4ª, C. 8.º, p. 114, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

3.4. El orden público como un concepto jurídico indeterminado

Resta por discutir si la noción de orden público tiene las condiciones propias de un “concepto jurídico indeterminado”.

A título preliminar, muy tempranamente los autores que estudiaron el orden público se fueron percatando que se trataba de una noción sin una definición positiva, de modo que debería ser recreada a partir de una labor de carácter interpretativo.

Este esfuerzo, como hemos tenido oportunidad de apreciar, decantó en una versión clásica de carácter tutelar de la organización política del Estado, pero que luego fue extendiéndose hasta alcanzar la organización económica del Estado. Finalmente, comprende otras clases de ámbitos, como la organización familiar de la comunidad.

En todo caso, jamás logró escapar este esfuerzo dogmático de acusarse a la concepción adoptada sobre el orden público como una noción “indeterminada”⁸².

Sin hacer implementación de la doctrina alemana, algunos autores que estudiaron las características de la norma jurídica, destacaban la presencia de ciertos casos de normas “elásticas, flexibles o de Derecho equitativo (*ius aequum*)”⁸³, en las cuales se observa una estructura no determinada en forma invariable, dado que su supuesto de hecho o la consecuencia jurídica no se encontraban determinadas absolutamente, sino más bien con conceptos amplios, o derechamente con fórmulas discrecionales⁸⁴. Y precisamente citan el caso del orden público como normas de esta naturaleza⁸⁵.

Por último, confrontaremos la noción de orden público con las tres zonas en que pueden encontrarse los conceptos jurídicos contenidos en una norma.

Es posible identificar el *núcleo fijo o zona de certeza positiva*. Se sabe de cierto cuáles son las consecuencias derivadas de infringirse el orden público, y el legislador se pregunta si un determinado acto o hecho es o no conforme al orden público. También se dice que el orden público es de aquellas nociones respecto de las cuales no se admiten una pluralidad de soluciones justas, sino una sola para el caso concreto⁸⁶.

⁸² ENNECCERUS *et al.* (1947), p. 277, n. 2.

⁸³ El origen de esta distinción es claramente germanista. En forma profundizada, puede revisarse ENNECCERUS *et al.* (1947), pp. 193-196.

⁸⁴ En este sentido: O'CALLAGHAN (1997), p. 46. Las medidas de flexibilidad adoptadas en este sentido pueden ser consultadas en ENNECCERUS *et al.* (1947), p. 195.

⁸⁵ O'CALLAGHAN (1997), p. 46. Igualmente le dan esta calificación los profesores Blas Pérez González y José Alguer, en sus notas de derecho español a ENNECCERUS *et al.* (1947), p. 196.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468.

Se encuentra la *zona intermedia o halo de concepto*. Este punto se explica precisamente por la ausencia de una noción positiva asignada preliminarmente al orden público. La doctrina se ha encargado de diseñar este concepto a partir de ciertos parámetros considerados vitales, como la organización política, económica, social y familiar del Estado.

Finalmente, disponemos de la *zona de certeza negativa*. Se sabe que el orden público no constituye sinónimo alguno de las categorías morales, de buenas costumbres, y tampoco queda asimilada a la categoría de “ley”.

Los autores que han tratado sobre los conceptos jurídicos indeterminados coinciden en que el orden público satisface los requerimientos estructurales que se han asignado a esta clase de conceptos⁸⁷.

Finalmente, podemos observar en la jurisprudencia chilena que no se ha seguido de modo alguno el modelo alemán, sino que se ha perpetuado un modelo de calificación del orden público a partir de un estándar común, cual es el uso de una definición predeterminada por la doctrina, la cual destaca el impacto que tiene la ley en el normal desenvolvimiento de la sociedad. Por lo pronto, y tras comprobar cuáles son los mecanismos de técnica jurídica para que el concepto jurídico indeterminado adquiera su determinación, en nuestro sistema se ha acudido inconscientemente a uno de esos modelos, donde la doctrina y la jurisprudencia suelen integrar estos vacíos, destacando la necesidad de proteger el normal funcionamiento de la sociedad.

Este esquema solo se observa respetado en su metodología por la jurisprudencia administrativa española y uruguaya, según hemos tenido oportunidad de referir.

4. CONCLUSIONES

- a) El derecho recurre a ciertos mecanismos carentes de una definición normativa, de configuración flexible, denominadas “conceptos jurídicos indeterminados”.
- b) Los conceptos jurídicos indeterminados se componen de una zona de certeza positiva, otra negativa y una intermedia.
- c) El orden público cabe dentro de las nociones propias de un concepto jurídico indeterminado.
- d) El orden público es identificado particularmente por las materias a las cuales se refiere, y los efectos que desencadena; estos últimos se encuentran claramente determinados por la ley.

⁸⁷ En este sentido se pronuncian BREWER-CARIAS (2007), p. 100 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468.

- e) A partir de las referencias que el propio legislador hace del orden público, este se distingue de la moral, de las buenas costumbres e, incluso, de la misma ley.
- f) En cuanto a sus materias, las normas de orden público se caracterizan por comprender los aspectos más fundamentales de la organización política, económica, social y familiar al interior del Estado.
- g) En cuanto a otros aspectos que caracterizan al orden público, es asegurar que las normas que gozan de estas características adquieran un carácter indisponible para las partes.
- h) En lo que respecta a la interrogante y solución formulada al inicio del presente trabajo, vemos que la doctrina y jurisprudencia chilena efectivamente han identificado el orden público dentro de una cierta categoría de normas que, aunque tienen la condición de ser imperativas, adquieren, más bien, ese carácter por sus consecuencias en el desarrollo de la sociedad, la cual les impide que puedan ser eliminadas como consecuencia de la voluntad de las partes. Por lo demás, el concepto se llena necesariamente a partir de la propia labor desarrollada por la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARBERO, Domenico (1967): *Sistema del Derecho Privado: Introducción. Parte preliminar. Parte general* (trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América), tomo I.
- BÉCAR LABRAÑA, Emilio José (2018): “El orden público laboral y su configuración en clave unilateral o bilateral en materia de la potestad disciplinaria del empleador. Análisis crítico del estado del debate en el Derecho Chileno”, en *Actualidad Jurídica*, año XVIII, n.º 38 (Santiago, Universidad del Desarrollo), pp. 63-86.
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2007): “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa”, en Germán Cisneros Farías, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera (coord.), *Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, pp. 97-115. Disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/11309/la-tecnica-de-los-conceptos-juridicos-indeterminados-como-mecanismo-de-control-judicial-de-la-actividad-administrativa.pdf?sequence=13&isAllowed=y>
- BRUGI, Biagio (1946): *Instituciones de Derecho Civil* (trad. de la 4ª edición italiana por Jaime Simo Bofarull, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana).
- CAFFARENA DE JILES, Elena (1959): *Diccionario de jurisprudencia chilena. Recopilación de conceptos y definiciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- CLARO SOLAR, Luis (1992): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, volumen 1 de la edición facsimilar, tomo I: De las personas).
- Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República de Chile: *Anteproyecto constitucional y sus fundamentos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DEI-CAS, Bárbara (2012): “El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad. Comentario a sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo N° 517 / 2006, de 31.7.2006”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 12, pp. 71-86. Disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Dei-Cas-El-concepto-juridico-indeterminado-como-limite-de-la-discrecionalidad.pdf> [Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2015]
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN ANTONIO BALLESTEROS (1995): *Instituciones de Derecho Civil*. (Madrid, Editorial Tecnos), volumen I.
- DUCCI CLARO, Carlos (2007): *Derecho Civil. Parte General* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF (1947): *Tratado de Derecho Civil* (trad. Blas Pérez González y José Alguer, 13ª edición), Barcelona, Editorial Bosch, Tomo I: Parte general. Introducción. Derecho Objetivo. Derechos subjetivos. Sujetos del Derecho. Objeto del Derecho (red. Ludwig Enneccerus).
- FUEYO LANERI, Fernando (1953): *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno* (Santiago, Editorial Revista de Derecho Privado), tomo II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2004): *Curso de Derecho Administrativo* (12ª edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas), tomo I.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2006): *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General* (4ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, act. Jesús Delgado Echeverría), tomo I: Introducción).
- MIRAS, Jorge (2012): “Concepto jurídico indeterminado”, en Javier Otaduy, Antonio Viana y Joaquín Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. II, pp. 346-347. Disponible en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/28150/1/CONCEPTO%20JUR%C3%8DDICO%20INDETERMINADO.pdf>
- NÚÑEZ PACHECO, Melisa (2013): *Los conceptos jurídicos indeterminados: La mercadería. Controversias y soluciones* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional).
- O'CALLAGHAN, Xavier (1997): *Compendio de derecho civil. Parte general*, tercera edición (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), tomo I.
- PESCIO VARGAS, Victorio (1962): *Manual de derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I: Título preliminar del Código Civil).
- RAMOS PAZOS, René (2001): *Derecho de familia* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

SANTOS BRIZ, J. (2003): *Tratado de derecho civil* (Barcelona, Editorial Bosch), tomo 1: Parte General. Introducción y Doctrinas Generales).

Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA: 13 de marzo de 1954, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LI, 2ª parte, sec. 4ª, C. 9.º, p. 123, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: 6 de septiembre de 1941, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIX, 2ª parte, sec. 2ª, C. 11.º, p. 27, cit. CAFFARENA (1959), pp. 245-246.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: 11 de julio de 1946, en *Gaceta de los Tribunales* de 1946, 2.º sem., C. 25.º, p. 391, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: 11 de agosto de 1953, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo L, 2ª parte, sec. 4ª, C. 8.º, p. 114, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: 10 de septiembre de 1996, rol de ingreso n.º 2.595-1996, C. 3.º, red. ministra Sonia Araneda, confirmada por CORTE SUPREMA (3ª SALA), 8 de octubre de 1996, rol de ingreso n.º 3.522-1996, en: *Fallos del Mes* n.º 455 (octubre 1996), sent. 7, pp. 2012-2025.

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006): n.º 517/2006, Zona-mérica S.A. con Estado, Ministerio de Economía y Finanzas, 31 de julio de 2006.

Normas citadas

Código Civil, DFL N.º 1 del Ministerio de Justicia, 30 de mayo de 2000.

Código Civil de España, 24 de julio de 1889.