

Crítica a la costumbre jurídica

Jaime Tijmes-Ihl*

RESUMEN

La costumbre jurídica está compuesta por dos elementos: el objetivo y el subjetivo. Especialmente el elemento subjetivo presenta dificultades, por lo que Carlos Nino propuso descartarlo y reemplazarlo para que la norma consuetudinaria forme parte del sistema jurídico, es decir, que sea reconocida por los órganos primarios del sistema. Al aplicar la propuesta de Carlos Nino para definir la costumbre jurídica, podemos observar que describe de manera acertada la práctica jurídica en Chile. Si a lo anterior agregamos las debilidades metodológicas para determinar la existencia y el contenido de las normas consuetudinarias, queda al descubierto el carácter político de esta fuente formal del Derecho. Este carácter político de la costumbre jurídica oscilará entre la opresión, la independencia y la insubordinación, lo que se ilustrará con ejemplos de la jurisprudencia (principalmente administrativa).

Derecho Consuetudinario; Fuentes del Derecho; Jurisprudencia Administrativa

Critique of customary law

Legal custom is composed of two elements: the objective and the subjective. The subjective element, in particular, presents significant theoretical difficulties, prompting Carlos Nino to propose its elimination and replacement with the requirement that the customary norm be part of the legal system—that is, that it be recognized by the system's primary organs. Applying Carlos Nino's proposal to the definition of legal custom reveals that it accurately reflects legal practice in Chile. When this is considered alongside the methodological challenges involved in determining the existence and content of customary norms, the inherently political character of this formal source of law becomes evident. This political dimension of legal custom may range from oppression to independence and insubordination, a dynamic that will be illustrated through examples drawn primarily from administrative jurisprudence.

Keywords: Customary Law; Sources of Law; Administrative Case Law

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Eberhard-Karls Universität Tübingen, Alemania. Profesor de la Universidad de La Frontera, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1317-2015>. Correo electrónico: jaime.tijmes@ufrontera.cl.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DFP22-0006 de la Universidad de La Frontera, Chile.

Artículo recibido el 31.7.2024 y aceptado para su publicación el 24.3.2025.

I. INTRODUCCIÓN

Una parte de la doctrina parece haber asumido ciertos supuestos y discursos epistémicos respecto de la costumbre jurídica, por ejemplo respecto de sus elementos constitutivos. Esto ha ocultado las ambigüedades de la costumbre jurídica como fuente formal del Derecho.

Los elementos de la costumbre jurídica son problemáticos y especialmente su elemento subjetivo adolece de indeterminación y ambigüedad. Es decir, todavía no tenemos un concepto claro de la costumbre jurídica. Esa oscuridad ha dificultado la reflexión doctrinaria y la aplicación de las normas consuetudinarias. Esto es grave debido a que las fuentes formales del Derecho tienen una dimensión política: en efecto, determinar cuáles son las fuentes formales de un ordenamiento jurídico, significa distribuir el poder político¹.

Si exageramos y simplificamos un poco, se podría apuntar que la reflexión jurídica acerca de las fuentes formales del Derecho se abocó a la ley en el siglo XIX y a los principios en el siglo XX. Sin un ánimo apologético, este artículo es una invitación a volver la mirada hacia la costumbre jurídica, esa fuente formal a veces preterida o menospreciada, y a iluminar el rincón más recóndito y vetusto del ordenamiento jurídico chileno. Para esos efectos, escudriñaremos especialmente el elemento subjetivo de la costumbre jurídica, las consecuencias metodológicas de su ambigüedad, y exploraremos sus facetas políticas.

Este artículo se concentra en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República de Chile. Para recabarla, el día 1 de marzo de 2025 se usó el buscador del sitio web de la Contraloría² con los términos “costumbre*” y “consuetudinario*”, lo que arrojó respectivamente 146 y 28 dictámenes emitidos desde el año 1974 hasta el año 2025.

II. DELIMITACIONES Y SUPUESTOS

Para el objetivo de este texto, se entenderá que el estudio de las fuentes formales del Derecho es el estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas³ o, en otras palabras, la teoría de las fuentes formales sistematiza esas normas con arreglo a su origen⁴. Las fuentes formales del Derecho constituyen una clasificación de las normas jurídicas según el órgano competente para crear esas normas. Por consiguiente, la fuente formal de una norma será la costumbre jurídica si el órgano competente es la comunidad jurídica.

¹ RÜTHERS *et al.*, 2013, p. 140.

² Disponible en <<https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia>>.

³ NINO, 1983/2013, p. 148.

⁴ RÜTHERS *et al.*, 2013, p. 139.

Trataré como sinónimos el enunciado normativo, la disposición jurídica y la norma jurídica⁵. En este artículo abarcaré la costumbre jurídica en cuanto fuente formal del Derecho. No me referiré a las normas consuetudinarias desde otras perspectivas, como la teoría de las normas jurídicas, la teoría de la interpretación, etcétera.

Asumiré una perspectiva dualista de las fuentes formales del Derecho⁶, por lo que únicamente consideraré el ordenamiento jurídico chileno. Las referencias a la costumbre jurídica internacional servirán solo para enriquecer la argumentación.

III. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA COSTUMBRE JURÍDICA

Si hay un tema jurídico frustrante, probablemente sea la costumbre jurídica. Los estudiantes de pregrado suelen aprender una explicación simplista, mientras los debates académicos suelen consistir en disquisiciones bizantinas. Los lectores podrán evaluar si en este artículo logro evitar ambos inconvenientes.

Según la definición tradicional, la costumbre jurídica es una fuente formal del Derecho que consiste en la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento colectivo ejecutado con la convicción de que se trata de una conducta obligatoria o permitida jurídicamente. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la describe como “una práctica generalmente aceptada como derecho”. Consta de dos elementos: uno objetivo y uno subjetivo. El elemento objetivo está constituido por la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento colectivo por parte de los sujetos de una cierta comunidad jurídica. El elemento subjetivo (*opinio iuris*) consiste en la convicción de que se trata de una conducta jurídicamente obligatoria o permitida⁷.

El elemento objetivo está suficientemente claro desde una perspectiva teórica. Tal vez la principal pregunta se refiera a quién debe haberla ejecutado. Pero en general las dificultades que plantea son más bien prácticas, tales como determinar cuánta práctica es necesaria (es decir, la paradoja sorites)⁸, cuál es esa práctica y su prueba.

En cambio, el elemento subjetivo no está claro en términos teóricos. Sus principales ambigüedades se refieren a su carácter contradictorio y a su fundamento. A eso se dedicará esta sección.

⁵ SQUELLA, 2011, pp. 550-551.

⁶ KELSEN, 1952/2013, pp. 315-316.

⁷ Si adoptamos un concepto del Derecho vinculado a su efectividad, el concepto del Derecho tendrá un aspecto interno que es la convicción de que es obligatorio respetarlo (Alexy, 1992/2011, pp. 33-34). Es decir, la *opinio iuris* puede estar presente respecto del ordenamiento jurídico y respecto de una norma consuetudinaria.

⁸ SCHARF, 2013, p. 220.

1. *Concepto del elemento subjetivo*

De partida, el elemento subjetivo implica una contradicción. Si uno define el elemento subjetivo de modo que los sujetos normativos tengan la convicción de que deben obedecer una norma jurídica, uno presupone la existencia anterior de esa norma⁹. La costumbre, por tanto, no puede ser un proceso de creación del Derecho. Por otra parte, si uno rechaza la concepción de un Derecho preexistente, pero simultáneamente exige que la práctica desde un inicio esté basada en la convicción de que existe una obligación o una autorización, uno asume, finalmente, que el sujeto normativo está incurriendo en un error.

Otros autores han propuesto solucionar la paradoja argumentando que la *opinio iuris* no necesariamente se refiere a una norma jurídica, sino que pudiese ser una *opinio de lege ferenda* o responder a una necesidad¹⁰. Por una parte, la *opinio de lege ferenda* podría explicar el nacimiento de una costumbre jurídica, pero no su modificación, pues colidiría con una *opinio de lege lata*¹¹. Por otra parte, la necesidad se expresa en que el nombre completo del elemento subjetivo es *opinio iuris sive necessitatis*. Es decir, la convicción puede referirse no solo a que la acción u omisión esté prescrita por el Derecho, sino también a que sea necesaria. Ese es un aspecto que casi siempre se omite¹². La necesidad es un fundamento fáctico que al parecer permitiría prescindir de la presuposición de una norma jurídica anterior. Sin embargo, se plantea la obvia pregunta del triple registro de la norma fundante: cuál es el órgano competente para calificar esa necesidad, con arreglo a cuál procedimiento y con cuáles límites de contenido¹³. Es decir, la necesidad presupone un fundamento normativo anterior a sí misma (aunque no necesariamente sea un fundamento consuetudinario, ya que una norma de otra fuente formal, por ejemplo una ley, podría otorgar esa competencia). Probablemente sea este el motivo por el que la necesidad haya tenido escasa importancia como fundamento de la costumbre jurídica, ya que no resuelve los problemas que plantea el elemento subjetivo.

2. *Fundamento del elemento subjetivo*

Una segunda ambigüedad teórica se refiere al fundamento del elemento subjetivo. Se suele sostener que el fundamento jurídico de la *opinio iuris* es consensual¹⁴. A primera

⁹ FINNIS, 1980/2015, p. 239.

¹⁰ KOLB, 2003, pp. 137-141.

¹¹ KOLB, 2003, pp. 139-141. Por eso, no es convincente la opinión de Finnis, quien plantea que la *opinio iuris* se debe descomponer en dos etapas: primero una valoración práctica en el sentido de que sería adecuado que hubiera una norma y, segundo, una valoración jurídica de que el derecho consuetudinario ha cambiado (Finnis, 1980/2015, pp. 238-245).

¹² THIRLWAY, 2014, pp. 78-79.

¹³ KELSEN, 1934/2008, pp. 73/84-89/99; KELSEN, 1960/2007, pp. 228/398-282/490.

¹⁴ GOLDSMITH y POSNER, 2005, p. 189.

vista, parece sensato. Por ejemplo, la costumbre mercantil internacional está concebida como un pacto tácito:

Artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980)¹⁵:

- 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Ahora bien, esta concepción de un pacto tácito puede tener sentido entre comerciantes o entre Estados¹⁶, pero es difícil aplicarla a la costumbre jurídica en general. Si la costumbre jurídica fuere un pacto tácito, sería una fuente formal autónoma. En cambio, los sujetos normativos deben obedecerla aun cuando disientan de la norma consuetudinaria, por lo que la costumbre jurídica es eminentemente heterónoma. Por tanto, no parece sensato que el consenso sea el fundamento de la *opinio iuris*, especialmente en una sociedad pluralista como la nuestra, en la que hay pocos consensos ampliamente compartidos.

Además, no se puede asumir que el Derecho consuetudinario derive su validez del consentimiento tácito del legislador, los tribunales o la Administración Pública, porque en los Estados modernos no se puede suponer que esos órganos hayan sabido, reflexionado y adoptado una decisión respecto de normas consuetudinarias¹⁷. Por ejemplo, la Contraloría General de la República comprende la costumbre jurídica que se aplica a los funcionarios públicos como una fuente formal heterónoma, por lo que la norma consuetudinaria es válida con prescindencia de que el funcionario haya consentido en ella¹⁸. En otras palabras, la acción del sujeto contraria a la costumbre no se interpreta como una falta de consentimiento del funcionario, sino como una infracción a la norma.

¹⁵ 1489 UNTS 3. Decreto 544 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; publicado el 3 de octubre de 1990.

¹⁶ Corte Internacional de Justicia, *Asylum (Colombia vs. Perú)*, sentencia de 20 de noviembre de 1950, p. 277-278 (“But even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include a rule concerning the qualification of the offence in matters of diplomatic asylum”); Corte Internacional de Justicia, *Fisheries (U.K. v Norway)*, sentencia de 18 de diciembre de 1951, p. 131 (“In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast”).

¹⁷ PFORDTEN, 2013, p. 38.

¹⁸ Contraloría General de la República, 6/10/2011, dictamen N° 063366N11.

A partir del carácter heterónomo de la costumbre, otra opción consiste en que el elemento subjetivo no se refiera al consenso de los individuos, sino que la comunidad jurídica comparta un consenso en el sentido de que la conducta es jurídicamente obligatoria. El sujeto normativo no necesita tener *opinio iuris*, sino que la comunidad jurídica debe tenerla, por lo que la norma consuetudinaria puede ser preexistente a la *opinio iuris* del individuo. De hecho, la Escuela Histórica del Derecho con la *opinio iuris* se refería a un inconsciente colectivo de la nación que surge del espíritu y de la historia nacional¹⁹. Ahora bien, esta propuesta no soluciona el problema, sino que solo lo posterga: el *locus* de la *opinio iuris* simplemente se desplaza desde los individuos a la sociedad. A pesar de que no soluciona el problema, esta propuesta por lo menos es congruente con el carácter de fuente formal heterónoma y por eso es mejor que la noción del pacto tácito entre individuos.

Como solución, Carlos Nino propuso descartar el elemento subjetivo y reemplazarlo para que la norma consuetudinaria forme parte del sistema jurídico, es decir, que sea reconocida por los órganos primarios del sistema²⁰, y entendía que los órganos primarios son aquellos “encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer, si es el caso, la ejecución de las medidas coactivas que tales normas prescriben (jueces en sentido amplio)”²¹. Hay dos maneras de entender esta propuesta de Carlos Nino. Si ese reconocimiento significa que son los órganos primarios quienes deben tener la *opinio iuris*, no será una propuesta satisfactoria porque solo desplazaría el *locus* de la *opinio iuris* desde el sujeto normativo o la sociedad a los órganos.

En cambio, la propuesta de Carlos Nino sí es satisfactoria si la entendemos en el sentido de que en los hechos los órganos primarios apliquen las disposiciones consuetudinarias. Es decir, en este sentido podremos definir la costumbre jurídica como la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento colectivo impuesto de manera coactiva por el Estado²². Es decir, sus elementos constitutivos serían una práctica social y la coacción estatal. La ventaja de esta definición radica en que la coercibilidad es el elemento que distingue las prácticas sociales y las costumbres jurídicas, que es el mismo criterio que se aplica usualmente para distinguir entre normas sociales y normas jurídicas. Ahora bien: ¿quién decide cuáles son las prácticas sociales impuestas de manera coactiva por el Estado? Un órgano estatal competente. ¿Cuál órgano? Cualquier órgano encargado de determinar qué normas consuetudinarias son aplicables a

¹⁹ SAVIGNY, 1840, Libro I, Capítulo I, §7 (pp. 13-16), §§12-13 (pp. 34-44).

²⁰ NINO, 1983/2013, p. 151. Es evidente el paralelo con la idea de que la validez de la regla de reconocimiento depende de que la acepten los funcionarios del sistema jurídico (Hart, 1994, 100-110).

²¹ NINO, 1983/2013, p. 108.

²² ROSS define la costumbre jurídica como “simplemente una costumbre que rige en una esfera de la vida que está (o llega a estar) sometida a regulación jurídica” (2005, p. 125, nota al pie omitida). En la medida que sea el Estado quien decida cuáles son esas esferas de la vida e imponga su decisión por medios coactivos, probablemente podríamos también aplicar la definición de Ross para los efectos de este artículo. De lo contrario, el concepto de Ross tiene una limitación: asume que la costumbre social y la jurídica tienen objetos de regulación separados, lo que ha sido objeto de crítica (PRIETO SANCHÍS, 2016, pp. 194-198, aunque el mismo autor luego adopta el concepto de Ross). Por lo anterior, prefiero el concepto de Nino.

situaciones particulares y de disponer, si es el caso, la ejecución de las medidas coactivas que tales normas prescriben; por ejemplo, serán los tribunales y la Contraloría General de la República. ¿Quién puede otorgar esa competencia? El poder constituyente o, en su defecto y para cautelar la separación de poderes del Estado, el legislador. Si una norma legal reconoce la costumbre como fuente formal del Derecho, en el fondo el legislador otorga competencia a los órganos primarios para decidir cuáles son las costumbres que el Estado impone de manera coactiva.

Por ejemplo, de acuerdo con los hechos que relata un dictamen de jurisprudencia administrativa, se dividió una parcela en Isla de Pascua entre los herederos del causante, que eran sus hijos legítimos y sus “hijos criados” según costumbre de la isla²³. De los hechos narrados en el dictamen se desprende que esto ocurrió antes de que se promulgara la Ley N° 19.253, por lo que la partición de la herencia contravino el artículo 2 del Código Civil y las disposiciones contenidas en su §3 del Título IV del Libro Tercero²⁴. De acuerdo con Carlos Nino, era una costumbre jurídica, ya que el Estado impuso su cumplimiento de manera coactiva.

Ahora bien, la propuesta de Carlos Nino lleva a la siguiente pregunta. ¿Cuál es el criterio que puede o debe aplicar el órgano primario para identificar la norma consuetudinaria que él debe imponer de manera coactiva? No habrá una respuesta abstracta, sino que dependerá de la norma legal que le otorgue esa competencia; la ley podría incluso dejarlo a discreción del órgano primario. Es decir, persiste un grado de ambigüedad y por eso esta propuesta no es plenamente satisfactoria, pero me parece mucho mejor que las anteriores.

3. *Consecuencias metodológicas*

La ambigüedad de los elementos de la costumbre jurídica en definitiva tiene como consecuencia que la metodología para determinar el contenido de las normas consuetudinarias no esté clara. No tenemos un aparato metodológico robusto que satisfaga criterios mínimos para verificar de manera empírica y objetiva la existencia de las normas consuetudinarias. Por tanto, los órganos que deciden acerca de la existencia y el contenido de esas normas, y también la doctrina, lo suelen hacer de manera instrumental para lograr objetivos extrajurídicos²⁵. Por ejemplo, se ha sostenido que la Corte Internacional de Justicia no aplica una metodología deductiva ni inductiva, sino principalmente declarativa en el sentido de que simplemente declara la existencia y el contenido de la costumbre jurídica²⁶.

²³ Contraloría General de la República, 12/3/2015, dictamen N° 019432N15.

²⁴ Aunque el dictamen no lo menciona, los legitimarios pueden haber renunciado a sus derechos hereditarios en favor de los “hijos criados” (artículos 1182 y 12 del Código Civil); aun si así hubiese sido, es pertinente preguntar si la costumbre que menciona el dictamen era social o jurídica.

²⁵ JOYNER, 2019, *passim*.

²⁶ TALMON, 2015, *passim*.

IV. LA COSTUMBRE JURÍDICA Y LOS ÓRGANOS PRIMARIOS

La costumbre jurídica, la crea el funcionario de turno.

Aforismo

La sección anterior destacó la ambigüedad conceptual de la *opinio iuris* y se refirió a sus consecuencias metodológicas.

A partir de esas dificultades, desde la teoría del Derecho se puede cuestionar si la costumbre jurídica es efectivamente una fuente formal. Por ejemplo, la sharía islámica considera que la costumbre jurídica es una fuente material del Derecho²⁷. Pero no solo eso. En los ordenamientos jurídicos nacionales modernos, la costumbre jurídica pervive casi exclusivamente por medio de la jurisprudencia judicial o administrativa. En conclusión, mediante las decisiones de los órganos primarios se determina si existe una norma de Derecho consuetudinario y su contenido concreto. Por tanto, hay una fuerte vinculación entre Derecho consuetudinario y jurisprudencia²⁸ (judicial y administrativa). En la terminología más técnica de Jorge Millas, la eficacia consecucional y la validez de la costumbre jurídica dependen de las decisiones judiciales²⁹ y administrativas. Carlo Schmitt señaló que el reconocimiento del Derecho consuetudinario surte un efecto en la organización del Estado, ya que implica siempre una restricción del legislador en favor de otras instancias, especialmente, por supuesto, del Poder Judicial³⁰. De manera coherente con lo anterior, Max Weber postuló que el Derecho consuetudinario es, en el fondo, siempre un Derecho creado por juristas, por lo que la costumbre jurídica es un concepto semimítico³¹. En sistemas jurídicos complejos, el Derecho consuetudinario solo existe en la jurisprudencia judicial y administrativa y se puede observar a través de ella³². Esa observación es coherente con la propuesta de Carlos Nino. Por eso, merece dudas que sea necesario considerar al Derecho consuetudinario como una fuente formal independiente de la jurisprudencia. Esta es también una de las razones por las que Hans Kelsen³³ fue contrario a reconocer el elemento subjetivo de la costumbre jurídica, porque según él la *opinio iuris* es una ficción que encubre la acción creadora de Derecho de los tribunales.

Por ejemplo, esto se ha podido observar en el dictamen de la Contraloría General de la República que afirmó que existía una costumbre³⁴, de acuerdo con ello,

²⁷ PIRIE, 2013, p. 190.

²⁸ RÜTHERS *et al.*, 2013, pp. 147-149.

²⁹ MILLAS, 1970/2012, pp. 281-284.

³⁰ SCHMITT, 1932/2012, pp. 19-20.

³¹ WEBER, 1922, p. 507.

³² RÜTHERS *et al.*, 2013, pp. 147-149.

³³ KELSEN, *Théorie du droit international coutumier*, 1 *Revue générale de droit international public*, pp. 253-274; citado en d'Aspremont, 2011, capítulo 7, notas 86 y 108.

³⁴ El dictamen la denomina "costumbre internacional", pero no en el sentido técnico de la fuente formal del derecho internacional, sino en el sentido coloquial de una costumbre que se aplica en muchos Estados.

“tradicionalmente las comitivas presidenciales se encuentran conformadas por Parlamentarios o altas autoridades y funcionarios de Gobierno, empresarios e invitados especiales, enmarcándose en esta última categoría los miembros de la familia del Presidente de la República, siendo una práctica asentada en nuestro país que los Jefes de Estado viajen con miembros de su familia dentro de sus comitivas, como ha sucedido tanto con el actual Primer Mandatario como con quienes lo han precedido”³⁵.

En el dictamen no consta que la Contraloría haya aplicado una metodología rigurosa. La Contraloría asevera que existe una práctica establecida, pero es lamentable que no explicita si fue probada en el expediente ni cómo fue probada. Al revisar otros dictámenes, se observa que la Contraloría usualmente no prueba el elemento objetivo, sino que declara o asume que consiste en hechos notorios³⁶.

Además, los dictámenes no se refieren a la *opinio iuris*. De acuerdo con la doctrina tradicional, esto significaría que la jurisprudencia administrativa no distingue entre costumbres sociales y jurídicas. En cambio, la perspectiva de Carlos Nino tiene sentido, ya que se omite la exigencia de una *opinio iuris* y se la reemplaza por el hecho de que la Contraloría, en cuanto órgano primario, reconozca la práctica como una costumbre jurídica. En definitiva, podemos observar la exactitud de las críticas de Max Weber, Carl Schmitt, Jorge Millas, Hans Kelsen y otros, y la precisión descriptiva de la propuesta de Carlos Nino. Asimismo, podemos colegir que la metodología para determinar la existencia y el contenido de la costumbre jurídica es declarativa.

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias de la propuesta de Carlos Nino y de la metodología declarativa? Si la clave es el reconocimiento que efectúa un órgano primario, se vuelve evidente otra crítica que se ha formulado a la costumbre jurídica: su carácter político. Lo veremos en la próxima sección.

³⁵ Contraloría General de la República, 24/5/2019, dictamen N° 013966N19.

³⁶ Por ejemplo, Contraloría General de la República, 6/10/2011, dictamen N° 063366N11; Contraloría General de la República, 30/4/2013, dictamen N° 026430N13; Contraloría General de la República, 19/1/2017, dictamen N° 001869N17. En pocas ocasiones consta en el dictamen que el elemento objetivo se haya probado por testigos: por ejemplo, Contraloría General de la República, 20/2/2003, dictamen N° 007422N03. En casos relativos a la Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, en virtud de su artículo 8 la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena emite un informe que acredita el uso consuetudinario; por ejemplo, Contraloría General de la República, 26/12/2024, dictamen N° E584307N24.

V. EL CARÁCTER POLÍTICO DE LA COSTUMBRE JURÍDICA

El Derecho consuetudinario es político en varias dimensiones.

1. *Dimensión diferenciadora entre comunidades jurídicas*

La primera dimensión se refiere a las relaciones entre las comunidades jurídicas. Desde antiguo, las sociedades con un Derecho escrito han presumido que una comunidad jurídica que se rige por un Derecho consuetudinario es barbárica. Tomás de Aquino combinó la teoría aristotélica de la esclavitud, con la convicción de que esclavos por naturaleza son sobre todo los pueblos salvajes, los que carecen de Derecho escrito, y con la teoría de la guerra lícita contra los infieles, y así suministró una poderosa justificación para las posteriores guerras coloniales³⁷. El Derecho consuetudinario es un criterio para diferenciar entre el “nosotros” civilizado y el “ellos” barbárico.

2. *Dimensión opresora dentro de una comunidad jurídica*

Me parece que entendió muy bien la fuerza de la costumbre quien forjó por primera vez el cuento de una mujer de pueblo que, por haber aprendido a acariciar y a llevar en brazos a un ternero desde su nacimiento, y continuar haciéndolo siempre así, logró merced a la costumbre llevarlo todavía siendo un gran buey. Porque la costumbre es en verdad una maestra violenta y traidora. Establece en nosotros poco a poco, a hurtadillas, el pie de su autoridad; pero, por medio de este suave y humilde inicio, una vez asentada e implantada con la ayuda del tiempo, nos descubre luego un rostro furioso y tiránico, contra el cual no nos resta siquiera la libertad de alzar los ojos.

*Michel de Montaigne*³⁸

Todos los argumentos jurídicos se reducen en definitiva a tres, y solo tres: “Esto siempre se ha hecho así”, “¿Si seguimos así, a dónde vamos a llegar?” y “¡La pobre viuda!”.

Aforismo

La segunda dimensión se refiere al potencial opresor de la costumbre jurídica en las relaciones dentro de una comunidad jurídica. Según la concepción tradicional, nadie crea la costumbre, sino que es el resultado de una acumulación espontánea de prácticas. Esa noción es criticable. Los miembros de la comunidad jurídica que tienen una posición dominante, están en una posición preferente para determinar el contenido de las normas consuetudinarias; por eso, el Derecho consuetudinario es un conjunto de ideas tradicionales transmitidas por expertos³⁹.

³⁷ WELZEL, 1951/2011, p. 84.

³⁸ MONTAIGNE, 1595/2021, libro I, capítulo XXII, p. 127.

³⁹ PIRIE, 2013, p. 20.

Es decir, la costumbre jurídica es conservadora, aristocrática y antidemocrática. Por eso, Marx destacó que, quien pueda crear una costumbre jurídica, será quien detente el poder social⁴⁰. Es decir, ella refleja las estructuras sociales de poder y no las cuestiona. De acuerdo con las normas consuetudinarias, lo que existe, debe seguir existiendo, aunque sean estructuras opresoras como la explotación económica, el patriarcado, etc., porque “esto siempre se ha hecho así”. La crítica teórica de Marx se ve ratificada por las experiencias históricas durante el colonialismo europeo: hubo personas nativas que recurrían a los tribunales del poder colonial para liberarse de la opresión que ejercían las normas consuetudinarias tribales⁴¹. La costumbre jurídica da obligatoriedad jurídica a la tradición y, por eso, solo puede mantener el *status quo*, pero no puede modificarlo.

Si bien es cierto que Gadamer argumentó que la tradición y la razón no están en oposición necesaria, y que la tradición incluye un elemento de libertad⁴², él se refería a la tradición como fuente del conocimiento; en cambio, la costumbre jurídica es una forma particular de tradición porque goza de obligatoriedad jurídica. El vínculo entre la costumbre jurídica y la tradición es relevante. Como señaló Kojève, el origen de la tradición es divino; la autoridad del pasado es venerable y tocarla es un sacrilegio. La tradición es lo que contribuye a mantener la identidad consigo mismo. Reaccionar contra la tradición y oponerse a ella es una especie de suicidio, es oponerse a la realidad social, política y cultural⁴³. Es decir, oponerse a una costumbre jurídica o abolirla es cuestionar la autoridad de la tradición. En cambio, si bien la ley también puede oprimir, una ley opresora es mucho más fácil de impugnar y de modificar que una costumbre jurídica opresora: “Las costumbres no se reforman con la misma facilidad que las leyes”⁴⁴.

Aunque Andrés Bello no lo leyera, compartía plenamente el recelo y la argumentación de Marx respecto de la costumbre jurídica. Eso puede explicar la forma en la que el §1 del Título Preliminar del Código Civil regula la materia. Bello enfatizó la dificultad de distinguir la costumbre de las corruptelas y abusos⁴⁵ y sus palabras en “Principios de Derecho Internacional” son plenamente aplicables a la costumbre jurídica nacional si reemplazamos “pueblos”, “naciones”, “potencias” y “estados” por “individuos”:

“La costumbre que lo da a conocer y le imprime el carácter de ley, no supone en realidad la libre aquiescencia de los pueblos que se gobiernan por ella. En la república de las naciones hay una aristocracia de grandes potencias, que es en la que de hecho reside exclusivamente la autoridad legislativa; el juicio de los estados débiles ni se consulta ni se respeta”⁴⁶.

⁴⁰ MARX, 1842/1976, pp. 115-116; Chimni, 2019, *passim*.

⁴¹ PIRIE, 2013, pp. 203-4.

⁴² GADAMER, 1960/2010, sección 2.II.1.b.a.

⁴³ KOJÈVE, 2004/2020, pp. 83-89, 109, 120.

⁴⁴ EDWARDS VIVES, 1928/2022, p. 264; ver también cap. XXI, XXIII, XXIV y XLII.

⁴⁵ BELLO, 1839/2010, p. 215.

⁴⁶ BELLO, 1864, p. 18, nota 1.

La costumbre jurídica consiste en revestir de obligatoriedad jurídica a las prácticas sociales que se han desarrollado en el pasado. En consecuencia, controlar y reescribir la historia es un acto político porque permite determinar el contenido del elemento objetivo de la costumbre jurídica y, de esa manera, controlar el comportamiento de la comunidad jurídica. “Who controls the past ... controls the future: who controls the present controls the past”⁴⁷. Eso efectivamente ha ocurrido y no es mera ficción:

“En [la década de 1990] abundaron los profetas, saltimbanquis, portavoces y arqueólogos del pasado indígena. En su búsqueda del origen, ellos promovieron, estimularon e hicieron prospecciones de la cultura indígena. Cuando no la encontraron, simplemente la inventaron o resignificaron, para luego cristalizarla en obras consideradas hoy seminales. Con ello, ayudaron a reimaginar la historia, las tradiciones y los símbolos indígenas, y en muchos casos a crearlos⁴⁸”.

Por cierto, el control del pasado no se refiere solo a la historia indígena, sino que a todas las comunidades jurídicas. Las sentencias judiciales y las decisiones administrativas que establecen una verdad procesal respecto de prácticas sociales históricas, tienen un marcado carácter político. En otras palabras, la jurisprudencia judicial o administrativa que aplica una norma consuetudinaria participa del proceso de reescribir la historia y controlar el futuro.

En definitiva, la función política de la costumbre jurídica tiende a ser conservadora, lo que en sí mismo podría no ser un problema para algunas personas, pero es algo que se debe por lo menos explicitar. En efecto, ¿tiene consciencia el legislador de esa función política conservadora cuando reconoce la costumbre jurídica como fuente formal del Derecho? ¿En qué medida puede el legislador reconocer la costumbre jurídica de manera que permita y acompañe el cambio social?

En concreto, existe un peligro específico que quisiera destacar: el potencial museológico de la costumbre jurídica.

Toda norma jurídica tiene un momento de creación pasado y regula el comportamiento futuro. Si representamos la temporalidad de las normas jurídicas como un vector, tienen un punto de aplicación (en términos legos, el inicio) y un sentido. Ahora bien, para distintas fuentes formales, varía la relevancia antropológica de ambos elementos. Para la costumbre jurídica tiene más relevancia el punto de aplicación; en cambio, para la ley, el sentido. En otras palabras, cuando las comunidades aplican la costumbre jurídica, miran hacia el pasado porque exigen que las personas repitan comportamientos pretéritos. A oídos contemporáneos, puede pasar inadvertida la radicalidad de esta diferencia: la sacralidad del pasado, y la necesidad de repetirlo de manera ritual, es un elemento central de las costumbres⁴⁹.

⁴⁷ ORWELL, 1949, p. 35.

⁴⁸ JACCARD RIQUELME, 2023, p. 88.

⁴⁹ FUSTEL DE COULANGES, 1864/1982, capítulo III.8.

Como excurso, la noción del tiempo depende de la cultura; por tanto, no es de extrañar que la época en la que la ley reemplazó a la costumbre jurídica como principal fuente formal del Derecho, haya coincidido con un cambio en la noción y percepción del tiempo. En efecto, la revolución industrial coincidió con la uniformización, medición e industrialización del tiempo, lo que permitió gestionar el futuro⁵⁰. El ideal decimonónico del progreso requiere adaptar el presente con la mirada puesta hacia el futuro y la ley es una fuente formal más adecuada para lograrlo que la costumbre jurídica.

Para retomar el tema, lo que justifica aplicar una norma consuetudinaria es una invocación del pasado ancestral. El Derecho consuetudinario es un Derecho recordado, al igual que los mitos y las leyendas. Como es un Derecho recordado, es atemporal porque no se puede promulgar ni derogar⁵¹. Uno de sus elementos es la práctica pasada, por lo que no puede crear derechos y obligaciones de manera prospectiva⁵². En cambio, la ley mira hacia el futuro y regula comportamientos con prescindencia del pasado. La ley, aunque tiene una pretensión de estabilidad por motivos de seguridad jurídica, es por esencia mutable, ya que deriva de la voluntad soberana. Las normas jurídicas derivadas de la voluntad son dinámicas, mientras que las normas jurídicas fundamentadas en la tradición son preferentemente estáticas.

Para explicar el potencial museológico de manera más concreta, podemos referirnos por ejemplo a cómo el ordenamiento jurídico chileno incorpora o reconoce la costumbre jurídica indígena. ¿La costumbre indígena, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y de acuerdo con la Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, corresponde exclusivamente a los usos ancestrales todavía vigentes? ¿O abarca también las prácticas consuetudinarias, pero no ancestrales, de las comunidades indígenas? Para muchas personas puede ser loable que el Estado reconozca la costumbre jurídica indígena, pero desde una perspectiva crítica también es necesario cuestionar si este reconocimiento refleja prejuicios esencialistas acerca de cómo viven o deben vivir las personas indígenas. En efecto, para ser indígena, ¿hay que vivir en comunidades tradicionales, culturalmente aisladas (o “puras”), rurales y preindustriales?⁵³ En términos polémicos: si la costumbre indígena abarcare solo los usos ancestrales, el legislador estaría reconociendo como indígenas solo a las comunidades que viven en una realidad social y económica pre-industrial. Más aun, podría incluso estarlas condenando a vivir en ella. En cambio, si la costumbre indígena abarcare también prácticas consuetudinarias de desarrollo reciente, se reconocería el dinamismo y diversidad cultural de las comunidades indígenas. Desde mi perspectiva, la segunda opción es claramente preferible.

En ese mismo sentido, algunos instrumentos internacionales enfatizan un enfoque museológico que se concentra en preservar y proteger la cultura y la identidad

⁵⁰ HARARI, 2011/2015, pp. 394-398.

⁵¹ PIRIE, 2013, p. 124.

⁵² VERESHCHETIN y DANILENKO, 1985, p. 23.

⁵³ CANIUQUEO HUIRCAPÁN, 2019.

cultural indígena para evitar que se diluya o pierda. Probablemente el instrumento más conservador en este sentido sea la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se refiere a la asimilación cultural, a la integridad cultural y a la supervivencia cultural (artículos X, XIII y XXV). Esas ideas son conceptualmente distintas de proteger un patrimonio cultural (por ejemplo, artículo 31 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y artículo XXVIII de la Declaración Americana), pues proteger un patrimonio cultural implica reconocer una riqueza cultural que hay que valorar, pero que no necesariamente es estática. En definitiva, la Declaración Americana no distingue claramente entre destruir intencionalmente una cultura y la inevitable hibridación cultural. En cambio, la Declaración de Naciones Unidas sí hace esa distinción, ya que si bien prohíbe la asimilación forzada (artículo 8), también consagra el derecho no solo a mantener las manifestaciones culturales indígenas pasadas y presentes, sino también a desarrollar las manifestaciones futuras (artículo 11).

Veamos un ejemplo del peligro museológico en un caso en el que el Poder Judicial determinó cuáles deben ser los usos consuetudinarios económicos propiamente indígenas. La comunidad indígena atacameña de Toconce pretendió regularizar aguas que había usado desde tiempos inmemoriales para cultivos y alimentación. Ahora bien, pretendió regularizarlas para usarlas en actividades turísticas, lo que, según la Corte de Apelaciones de Calama, era una “actividad nueva ... ajena a la actividad de los pueblos atacameños del pasado”⁵⁴. Por este motivo, la Corte rechazó la solicitud de regularización. La Corte Suprema acogió un recurso de casación en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones y expresó su desacuerdo con exigir “que el uso esgrimido sea el mismo que se realizará a futuro”⁵⁵. Puntualizó que la regularización del derecho de aprovechamiento de aguas utilizadas desde tiempos inmemoriales no permitía restringir el uso futuro de las aguas, que no importaba que el uso del agua hubiese mutado en el tiempo, y que no imponía “exigencia alguna al uso futuro, pues aquello implicaría limitar el derecho de dominio reconocido y protegido en el artículo 24 de la Carta Fundamental”⁵⁶. Si bien la sentencia de la Corte Suprema se puede criticar porque no aplicó una metodología robusta para probar los elementos de la costumbre jurídica, desde el punto de vista del potencial museológico estoy en total acuerdo con entender la costumbre jurídica indígena de manera dinámica. La Corte Suprema tuvo consciencia del potencial museológico y opresor del pasado y lo rechazó. Pero llama la atención que, a pesar de los mencionados argumentos antropológicos, para la Corte Suprema en este punto el fundamento jurídico no haya consistido en el deber del Estado de adoptar medidas adecuadas para respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, ni en el deber de proteger las tierras indígenas y velar por su adecuada explotación (inciso 3 del artículo 1 de la Ley Nº 19.253); en cambio, el fundamento jurídico fue de típico corte liberal, ya que se centró en no limitar el derecho de dominio. Para decirlo

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia, 5/10/2017, rol 564-2017, considerando cuarto.

⁵⁵ Corte Suprema de Chile, sentencia de casación, 2/8/2018, rol 44255-2017, considerando noveno.

⁵⁶ Corte Suprema de Chile, sentencia de reemplazo, 2/8/2018, rol 44255-2017, considerando quinto.

de manera polémica, la Corte Suprema estima que no es la legislación indígena, sino que son las normas jurídicas liberales las que evitan que las comunidades indígenas queden reducidas a un museo viviente.

3. *Dimensión liberadora dentro de una comunidad jurídica*

*Cuando el despotismo está en las leyes, la libertad se alberga en las costumbres y viceversa.
Honoré de Balzac⁵⁷*

Una tercera dimensión también se refiere a las relaciones dentro de una comunidad jurídica, pero no desde la perspectiva de la opresión, sino de la libertad. En efecto, la costumbre puede cumplir dos roles liberadores.

En primer lugar, en un Estado no democrático, la costumbre jurídica puede cuestionar y subvertir el orden político en la medida en que la comunidad jurídica cree normas consuetudinarias sin que intervenga el Estado. La prueba de fuego será si esa costumbre jurídica logra imponerse a quienes detentan el poder estatal; de lo contrario, les será indiferente y la costumbre jurídica quedará circunscrita al vulgo (de acuerdo con lo señalado en la sección anterior, otra pregunta será si la costumbre jurídica refleja relaciones de poder dentro del vulgo). En cambio, solemos entender que la costumbre jurídica que subvierte un orden político democrático no cumple un rol liberador, ya que las decisiones democráticas se adoptan por una mayoría que conforma la voluntad general. Es decir, el rol liberador de la costumbre depende del contexto político, tal como formulara Balzac.

Por otra parte, se podría sostener que, incluso en una democracia, las decisiones de la mayoría pueden oprimir a una minoría, lo que nos lleva a examinar un segundo rol liberador en los ejemplos de los pueblos indígenas y de los profesionales del Derecho. La naturaleza cultural del Derecho se expresa, entre otros, en la costumbre jurídica. La costumbre jurídica no solo regula el comportamiento de quienes integran una comunidad jurídica, sino que además puede ser una manifestación de esa comunidad y una expresión de su independencia⁵⁸. De ese modo, cuando una comunidad jurídica indígena aplica su Derecho consuetudinario, no solo regula la conducta de sus miembros, sino que también expresa su identidad y afirma su independencia frente al Estado⁵⁹. Asimismo, cuando los profesionales del Derecho aplican los autos acordados referentes a tramitación del recurso de amparo y del recurso de protección, los que son evidentemente inconstitucionales⁶⁰, podemos calificarlo como una costumbre jurídica con el que esos profesionales ejercen un poder político y normativo que es independiente del poder estatal.

⁵⁷ BALZAC, 1831/1922, p. 107.

⁵⁸ PIRIE, 2013, pp. 171, 174.

⁵⁹ TAU ANZOÁTEGUI, 2000, pp. 15-16.

⁶⁰ SALAS SALAZAR, 2011, *passim*.

La pregunta obvia se refiere a la delimitación entre independencia e insubordinación. Respecto de la costumbre indígena no se presenta el problema porque la misma legislación reconoce esa costumbre; pero sí se plantea, y con gran fuerza, respecto de los autos acordados inconstitucionales.

En definitiva, el carácter político de la costumbre jurídica oscila entre la opresión, la independencia y la insubordinación. El rol de la costumbre jurídica puede ser ambivalente: ella puede ser un instrumento de independencia o insubordinación frente al Estado y simultáneamente puede ser un instrumento de opresión intragrupal que conserva estructuras hegemónicas dentro de una comunidad jurídica.

VI. CONCLUSIONES

La costumbre jurídica como fuente formal del Derecho no es un tema pacífico, especialmente su elemento subjetivo. No están claros su concepto ni su fundamento. En este artículo se acoge la propuesta de Carlos Nino en el sentido de descartar el elemento subjetivo y reemplazarlo para que la norma consuetudinaria forme parte del sistema jurídico, es decir, que sea reconocida por los órganos primarios del sistema. Sin embargo, persisten problemas metodológicos. Al revisar jurisprudencia (especialmente administrativa), se observa que no siempre consta que se haya aplicado una metodología rigurosa respecto de los elementos de la costumbre jurídica, ya que se declara o se asume que los hechos son notorios y se omite el elemento subjetivo. Es decir, se declara la existencia y el contenido de la costumbre jurídica. En consecuencia, la propuesta de Carlos Nino es correcta desde una perspectiva descriptiva. Sin embargo, la consecuencia de esa propuesta es el carácter político de la costumbre jurídica, el que se expresa en varias dimensiones. Entre ellas destacan la opresión y la liberación dentro de una comunidad jurídica. La opresión se manifiesta en las estructuras sociales que asignan a alguien el poder para determinar el contenido de las normas consuetudinarias. Los órganos primarios pueden ejercer un rol esencial para confirmar o impugnar esas estructuras de poder, como se ha visto por ejemplo respecto del peligro museológico de la costumbre jurídica. Ahora bien, la costumbre jurídica también puede ejercer una función liberadora e incluso de insubordinación. En consecuencia, el carácter político de la costumbre jurídica es ambivalente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 1992/2011: *Begriff und Geltung des Rechts* (5ª ed.), Freiburg: Verlag Karl Alber.
- BALZAC, Honoré de, 1831/1922: *La piel de zapa* (Trad. Joaquín García Bravo), Madrid: Calpe.
- BELLO, Andrés, 1839/2010: "Legislación", en Andrés Bello, *Textos fundamentales*, pp. 211-215, Santiago: Cámara Chilena de la Construcción. Obtenido de <https://biblioteca.cchc.cl/datafiles/25544-2.pdf>
- BELLO, Andrés, 1864: *Principios de derecho internacional* (2ª ed.), París: Garnier Hermanos.

- CANIUQUEO HUIRCAPÁN, Sergio, 10 de enero de 2019: “El Mapuchómetro: Cuando la psicopolítica obstruye a la nación política”, *The Clinic*. Obtenido de <https://www.theclinic.cl/2019/01/10/el-mapuchometro-cuando-la-psicopolitica-obstruye-a-la-nacion-politica/>
- CHIMNI, B. S., 2019, “Customary International Law: A Third World Perspective”, *American Journal of International Law*, volumen 112, N° 1, pp. 1-46. doi:10.1017/ajil.2018.12
- D’ASPROMONT, Jean, 2011: *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- EDWARDS VIVES, Alberto, 1928/2022: *La fronda aristocrática en Chile* (18ª ed.), Santiago: Editorial Universitaria.
- FINNIS, John, 1980/2015: *Natural Law and Natural Rights* (2ª ed.), Oxford: Oxford University Press.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, 1864/1982: *La ciudad antigua* (Trad. Alberto Fano), Ciudad de México: Porrúa.
- GADAMER, Hans-Georg, 1960/2010: *Wahrheit und Methode* (7ª ed.), Tübingen: Mohr Siebeck.
- GOLDSMITH, Jack L. y Eric A. POSNER, 2005: *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- HARARI, Yuval Noah, 2011/2015: *Sapiens*, Londres: Vintage.
- HART, H. L. A., 1994: *The Concept of Law* (2ª ed.), Oxford: Oxford University Press.
- HOLMES, Jr., Oliver Wendell, 1881/2000: *The Common Law*, Project Gutenberg. Obtenido de <http://www.gutenberg.org/ebooks/2449>
- JACCARD RIQUELME, Danko, 2023: “Participación política mapuche: la movilización étnica, los derechos indígenas de cara a una nueva constitución y el peligro de un nacionalismo excluyente”, pp. 55-121, en Danko Jaccard Riquelme (Ed.), *Reflexiones profanas sobre la participación mapuche*, Temuco: Ediciones Universidad de La Frontera.
- JOYNER, Daniel H., 2019: “Why I Stopped Believing in Customary International Law”, *Asian Journal of International Law*, volumen 9, N° 1, pp. 31-45. doi:10.1017/S2044251318000188
- KELSEN, Hans, 1934/2008: *Reine Rechtslehre* (1ª ed.) (Editor Matthias Jestaedt), Tübingen: Mohr Siebeck.
- KELSEN, Hans, 1952/2013: *Principios de Derecho Internacional Público* (Trads. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida), Granada: Comares.
- KELSEN, Hans, 1960/2017: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.) (Editor Matthias Jestaedt), Tübingen: Mohr Siebeck.
- KOJÈVE, Alexandre, 2004/2020: *La noción de Autoridad* (Trad. Luis González Castro), Barcelona: Página Indómita.
- KOLB, Robert, 2003: “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, *Netherlands International Law Review*, volumen 50, N° 2, pp. 119-150. doi:10.1017/S0165070X03001190
- MARX, Karl, 1842/1976: “Debatten über das Holzdiebstahls-gesetz”, en Karl Marx y Friedrich Engels, *Werke* (Vol. 1), pp. 109-147, Berlín: Dietz Verlag.
- MILLAS, Jorge, 1970/2012: *Filosofía del derecho*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- MONTAIGNE, Michel de, 1595/2021: *Los ensayos* (2ª ed.) (Trad. J. Bayod Brau), Barcelona: Acantilado.
- NINO, Carlos Santiago, 1983/2013: *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- ORWELL, George, 1949: *1984*, Nueva York: Signet.
- PFORDTEN, Dietmar von der, 2013: *Rechtsphilosophie*, Múnich: C.H.Beck.
- PIRIE, Fernanda, 2013: *The anthropology of law*, Oxford: Oxford University Press.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2016: *Apuntes de teoría de Derecho* (10ª ed.), Madrid: Trotta.
- ROSS, Alf, 2005: *Sobre el derecho y la justicia* (3ª ed.) (Trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires: Eudeba.
- RÜTHERS, Bernd, FISCHER, Christian, y BIRK, Axel, 2013: *Rechtstheorie* (7ª ed.), Múnich: C.H. Beck.

- SALAS SALAZAR, Carolina, 2011: "Sobre la (In)Constitucionalidad del Auto Acordado que Regula la Tramitación y Fallo de la Acción de Protección", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, volumen 18, Nº 2, 417-427. doi:10.4067/S0718-97532011000200016
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, 1840: *System des heutigen Römischen Rechts* (Vol. 2), Berlín: Veit.
- SCHARF, Michael P., 2013: *Customary International Law in Times of Fundamental Change*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHMITT, Carl, 1932/2012: *Legalität und Legitimität* (8ª ed.), Berlín: Duncker & Humblot.
- SQUELLA, Agustín, 2011: *Introducción al Derecho*, Santiago: Editorial Jurídica.
- TALMON, Stefan, 2015: "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", *European Journal of International Law*, volumen 26, Nº 2, pp. 417-443. doi:10.1093/ejil/chv020
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, 2000: *El poder de la costumbre*, Madrid: Fundación Histórica Tavera.
- THIRLWAY, Hugh, 2014: *The Sources of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- VERESHCHETIN, V. S., y DANILENKO, Gennady M., 1985: "Custom as a Source of International Law of Outer Space", *Journal of Space Law*, volumen 13, Nº 1, pp. 22-35. Obtenido de <https://airandspacelaw.olemiss.edu/pdfs/jsl-13-1.pdf>
- WEBER, Max, 1922: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr.
- WELZEL, Hans, 1951/2011: *Derecho natural y justicia material: introducción a la filosofía del derecho* (Trad. Felipe González Vicen), Montevideo: BdeF.

Normas jurídicas

- ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, adoptado el 26 de junio de 1945, XV UNICIO 355. Decreto 838 Ratifica, por parte de Chile, la Carta de las Naciones Unidas, Suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1945, publicado el 29 de septiembre de 1945. Ley Nº 8.402 Dispone Cumplir y Llevar a Efecto como Ley de la República la Carta de las Naciones Unidas, publicada el 3 de enero de 1946.
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, adoptada el 11 de abril de 1980, 1489 UNTS 3. Decreto 554 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicado el 3 de octubre de 1990.
- DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/295 de 13 de septiembre de 2007.
- DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) de 14 de junio de 2016.
- LEY Nº 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993.
- LEY Nº 20.249, Crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, publicada el 16 de febrero de 2008.

Jurisprudencia

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen Nº 007422N03 de 20 de febrero de 2003.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen Nº 063366N11 de 6 de octubre de 2011.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen Nº 026430N13 de 30 de abril de 2013.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 019432N15 de 12 de marzo de 2015.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 001869N17 de 19 de enero de 2017.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 013966N19 de 24 de mayo de 2019.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° E584307N24 de 26 de diciembre de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, “Dirección General de Aguas II Región / Yufla”, sentencia de 5 de octubre de 2017, rol 564-2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Sociedad Química y Minera Chile, Aguas de Antofagasta”, sentencia de casación de 2 de agosto de 2018, rol 44255-2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Sociedad Química y Minera Chile, Aguas de Antofagasta”, sentencia de reemplazo de 2 de agosto de 2018, rol 44255-2017.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Asylum (Colombia v Peru)*, sentencia de 20 de noviembre de 1950, 1950 I.C.J. 266.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Fisheries (U.K. v Norway)*, sentencia de 18 de diciembre de 1951, 1951 I.C.J. 116.

