

de igualdad, aunque sea verdadero que una vez establecidas ambas, aquella por sí sola permita resguardar ésta. Esto último no obsta a la autonomía de la función de igualdad que cumple la constitucionalización de los derechos.

Pero, en todo caso, la coincidencia no se produce cuando la desigualdad opera por exceso, vale decir, porque el mismo derecho es regulado para algunos en condiciones lícitas mejores que aquellas en que se lo regula para otros. En tal caso, la garantía subjetiva permanece a salvo, y no es posible atacar como inconstitucional la situación; pero se afecta la igualdad, y es bajo tal concepto que entonces queda abierta la vía para la impugnación. De lo que se sigue que la garantía subjetiva no siempre salvaguarda la igualdad, y que ésta ofrece una autonomía como razón para la constitucionalización de los derechos.

§ 9. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO IMPULSO A LA REFORMA DEL DERECHO PRIVADO

A la función garantística, sea frente al poder público, sea frente a cualquier persona, y a aquella de extender igualitariamente los derechos a todos, puede quedar asociada o no otra, que llamaremos reformadora.

1. Esta función se proyecta a través de dos vías.

a) El catálogo de derechos constitucionales puede ser mirado como un programa de acción dirigido al poder público, bajo la forma de un deber suyo de promover el efectivo respeto y vigencia de esos derechos, y el acceso de cada vez más persona a su goce de hecho. Es tal lo que establece en general el artículo 5 inciso 2° CP.: *"Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [sc. los esenciales que emana de la naturaleza humana: véase inciso 1°], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*. Es también lo que señala el artículo 1 inciso 4 CP.: *"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*. Además, la Constitución fija deberes específicos, esto es, con relación a determinados dere-

chos. A veces los impone al legislador, como deberes de emitir leyes en determinado sentido protector. Tal ocurre, por ejemplo, en el caso del artículo 19 N° 1 inciso 2 CP. en relación con el derecho a la vida: *"La ley protege la vida del que está por nacer"*, que en realidad significa el deber asignado al legislador de emanar leyes en el sentido que indica; o en el del artículo 19 N° 3 inciso 3 CP. respecto del derecho a la defensa jurídica: *"La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurársela por sí mismos"* que merece el mismo comentario. Hay muchos otros casos. A veces el deber viene impuesto al Estado, quien ahora lo cumple sea mediante leyes, sea mediante acciones administrativas de fomento y protección. Así ocurre en el artículo 1 inciso 5 CP.: *"Es deber del Estado... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"*; en el artículo 19 N° 8 inciso 1 CP. con referencia al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación: *"Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza"*; en el artículo 19 N° 9 inciso 1 CP. con relación al derecho a la protección de la salud: *"El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de la rehabilitación del individuo"*; en el artículo 19 N° 10 inciso 3 CP. respecto al derecho de los padres a educar a sus hijos en el interior del derecho a la educación: *"Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho"*; no menos que en el artículo 19 N° 10 inciso 5 CP.: *"Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación, etcétera"*; en el artículo 19 N° 18 inciso 3 CP. con relación al derecho a la seguridad social: *"La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes..."*; etcétera.

En materia de derecho civiles, la Constitución no parece imponer deberes específicos de protección y fomento.

Ahora bien, hace parte del deber general del artículo 5 inciso 2° CP. (y también de los deberes específicos como los señalados, cuando corresponda), entre otros por supuesto⁶⁸, el desarrollo legislativo del contenido de los derechos privados definidos en el catálogo –a los cuales por fuerza tenemos que referirnos, si bien lo que aquí se dice vale para

⁶⁸ Quiero decir que los deberes establecidos por el artículo 5 inciso 2° CP. o por las normas específicas no se agotan en el efecto que se expone a continuación.

todos los derechos-, sea para abrogar figuras del derecho privado vigente que pugnan con aquellos, sea para impulsar figuras no existentes ahí que se consideran mejor adaptadas a esas definiciones. En ambos casos el resultado es la reforma del derecho privado; y es esta la primera vía por la que cobra eficacia la función constitucionalizadora de que ahora tratamos; de la cual son un buen ejemplo las recientes reformas introducidas al derecho de la familia y al sucesorio por la ley 19.585. El punto cardinal de esta ley fue la abolición de la distinción tradicional entre hijos legítimos e ilegítimos, subdividida esta última categoría entre las de los hijos naturales y simplemente ilegítimos, que se proyectaba en una desigualdad de derechos familiares y sucesorios, plenos para los legítimos, menores para los naturales y mínimos para los simplemente ilegítimos, de hecho reducida a los alimentos. La ley 19.585, aunque todavía distinguió la filiación matrimonial de la extramatrimonial, parificó en derechos a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, aunque, por la naturaleza de las cosas, tuvo que negar implícitamente todo derecho, incluso el de alimentos, a los hijos no matrimoniales cuya filiación no esté determinada. Ahora bien, esta parificación de derechos no estaba exigida expresamente por ninguna norma constitucional⁶⁹, pero fue impulsada en nombre -entre otros- de la igualdad de derechos de las personas y de la igualdad ante la ley. Dejando a un lado que la argumentación era del todo discutible, como también que desquiciadora de la familia es la reforma misma, lo importante en este momento es el hecho de haberse introducido una reforma muy profunda al derecho privado bajo el empuje de una interpretación incidente en el derecho privado vigente de normas constitucionales, que, en el sentir del legislador, lo obligaba a esa reforma.

b) La segunda vía a lo largo de la cual se despliega la función reformadora del derecho privado de la constitucionalización es más radical. Consiste en promover deliberadamente una mudanza en el actual estado jurídico-privado. La constitucionalización quiere aprovechar la especial fuerza normativo-directiva de la Constitución, introduciéndole un programa de reforma de la institucionalidad y de los principios privatísticos que rigen en un determinado momento, pero que se desea verlos reemplazados por otros en el futuro, precisamente

⁶⁹ Si, según se arguyó, por algunos tratados internacionales que obligaban a no distinguir clases de hijos.

por aquellos incluidos en el programa, o directamente para introducir nuevas instituciones y principios que ahora no existen. Ello establece la necesidad de reformar el derecho vigente, aunque no solo, para así dar cumplimiento al programa. Los intérpretes de la Constitución de 1925 denominaron "disposiciones programáticas" a las normas que se adaptaban a este esquema. Así, por ejemplo, el artículo 10 N° 14 inciso 2 de esa Constitución decía: "*El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar*". La sola redacción del texto muestra que ahí se contenía un programa de acción (por cierto obligatorio) dirigido al Estado. Este lo cumplía de varias maneras⁷⁰, pero, en lo que ahora interesa, también lo hubiera consumado mediante leyes generales de reforma del derecho privado común que de variadas maneras fomentasen la división de la propiedad común y la constitución de la propiedad familiar. Se tendrá presente que esta última figura exigía necesariamente una reforma así, porque la figura de la propiedad familiar no existía en el derecho de Chile y menester era definirla y regularla. De hecho el programa no se llevó a cabo en esos términos, pero eso no resta validez de ejemplo de función reformadora de la constitucionalización al caso⁷¹.

Todavía hay que notar que esta función puede asumir un color revolucionario, cuando la constitucionalización se lleva a cabo con el propósito de permitir una reforma jurídico-privada preconcebida para implantar la cual la actual Constitución es un obstáculo. Se remueve entonces el obstáculo merced a una reforma primero de la Constitución misma, que ahora deja expedita la reforma privatística prevista, impulsada efectivamente la cual, aparece como un desarrollo del programa constitucional previamente incrustado en el texto antiguo. Ejemplos chilenos notables de esto fueron las reformas constitucionales de las leyes 15.295 de 1963 y 16.615 de 1967, concernientes al derecho de propiedad, destinadas a habilitar la reforma agraria, de tanta incidencia en el derecho privado⁷².

⁷⁰ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963), Vol. I, p. 293 enumera diversas leyes, pero especiales, que se habrían inspirado en el programa de 1925.

⁷¹ Los intérpretes solían añadir el adjetivo de "incumplidas" a la designación de "disposiciones programáticas" que confirieron a las normas constitucionales que establecían programas de acción al Estado, cuando éstas resultaron precisamente evitadas.

⁷² Sobre la incidencia de la reforma agraria en el derecho privado: GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil en Chile*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 90 (Santiago 1993) 2, pp. 55 - 57.

2. Aunque el catálogo de derechos constitucionales pueda ser mirado, según se dijo al principio, como un programa de acción dirigido al poder público, insistimos en que ello es bajo la forma de un deber⁷³. Menester es reiterar el punto, porque, en el nuevo orden de cosas constitucionales, el mencionado "programa de acción" no debe ser mirado como algo similar a aquello que los comentaristas de la Constitución de 1925 denominaban "disposiciones programáticas"⁷⁴. Ya no se trata de orientaciones, guías y menos de consejos dirigidos al legislador o al administrador. Son precisamente deberes, para ser cumplidos por ende, y por cuyo incumplimiento hay previstas sanciones apropiadas, por ejemplo, la destitución del Presidente de la República (por infracción a la Constitución) o de los Ministros de Estado (por infracción a la misma o, especialmente, por haberla dejado sin ejecución)⁷⁵. En síntesis, pues, en la medida en que las garantías ofrecen una fuerza destinada a influir en el ulterior desenvolvimiento del derecho constitucionalizado, revisten el carácter de un programa obligatorio para que el legislador emita la legislación apropiada al efecto.

§ 10. LA INFLUENCIA EMINENTE Y DIFUSA DEL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL

Las funciones de la constitucionalización que vienen de ser descritas configuran un cuadro general del que, por sumatoria de todas ellas, apoyándose las unas a las otras y reforzándose recíprocamente, además resulta una superior influencia como eminente y difusa del derecho privado constitucional (y de todo otro derecho constitucionalizado) en el ordenamiento ordinario y en su operatividad. Vale aquí lo expresado por un autor alemán con respecto al fenómeno en su país: "Este sistema de valores [se refiere al de los derechos fundamentales] debe regir en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos. Así influye también sobre el Derecho Civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas han de ser interpretadas en su espíritu. Por tanto, también en este ámbito los derechos fundamentales son decisivos tanto para la actividad del legislador como para

⁷³ Véase supra § 7

⁷⁴ Véase n. 71.

⁷⁵ Artículo 48 N° 2 letras a) y b) CP.

la de las instancias aplicadoras del derecho. Todos ellos deben tener en cuenta tal influencia de los derechos fundamentales en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Si no cumplen con esa tarea, su decisión infringe los derechos fundamentales..."⁷⁶.

Así, pues, es ineludible que tanto la legislación y la reglamentación, y en general la normación proveniente de cualquier órgano con competencia para ella en el nivel que sea, como la interpretación⁷⁷ y aplicación de tales normas, bien la ejecutiva por los órganos de la Administración, bien la jurisdiccional por la judicatura, deban atender permanentemente al dictado de los derechos privados (y no privados) constitucionalizados, al desarrollar esas operaciones. Pero hay algo no dicho por el autor recientemente citado. Es menester que satisfagan a la Constitución no solo los órganos estatales, porque eso rige asimismo para los privados. Obligando y vinculando a todos la Constitución, y en forma directa, también los particulares cuando creen su propio derecho privado mediante la negociabilidad que les es peculiar, lo apliquen y lo interpreten, deben hacer todo eso en el marco fijado por el derecho constitucionalizado, porque de lo contrario, al producirse el conflicto de partes, sus actuaciones serán juzgadas según el canon que él tiene trazado. Todavía debe agregarse que esta eminencia de la Constitución incluso se extiende hacia las formas consuetudinarias del derecho, porque a los requisitos tradicionales que deben concurrir para que la costumbre jurídica constituya derecho en los casos en que ello es admisible, ahora hay que añadir el requisito de su constitucionalidad, en el sentido de que también la costumbre debe ser aplicada en la medida en que no llegue a transgredirse el derecho constitucionalizado.

De esta manera, pues, toda la vida del ordenamiento jurídico, en sus distintas fases y manifestaciones, aparece dominada por el derecho constitucionalizado.

⁷⁶ Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado* (1988, trad. castellana, Madrid, Civitas, 1995), p. 58.

⁷⁷ El derecho constitucionalizado debe considerarse como "contexto" permanente de cualquier ley que se trata de interpretar. En este sentido hace siempre parte del llamado elemento sistemático de interpretación (artículo 22 inciso 1 CC.). Sobre esta interpretación conforme a la Constitución, entre nosotros: DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la constitucionalización del derecho civil en Chile*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 93 (1996) 3, pp. 111 - 114.

§ 11. FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN EL FUTURO

Una visión futura del fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, aunque no renuncie a asignarle el cumplimiento de sus originales funciones garantizadora e igualadora y de la reformadora, tiene, empero, que sintetizarlas en cierta funcionalidad superior, que como tal las excede.

1. Esa visión no consiste en orientar la mentada constitucionalización hacia el establecimiento de los principios del derecho privado, tanto generales⁷⁸ como especiales.

Preferimos hablar de "principios del derecho", que es lo sustantivo, en vez de "principios generales del derecho", porque hay principios generales que en realidad son especiales. Una vez clara esa substantividad, se puede calificar de generales o especiales a los principios, según el sector que se considere, teniendo presente que la generalidad o especialidad son siempre relativas. Así, pues, hay principios generales del derecho en cuanto son de todo el derecho; principios generales del derecho privado, que son de todo el derecho privado, pero no de todo el derecho, por lo que son al mismo tiempo especiales de ese derecho; hay principios generales del derecho de familia, que son tales en cuanto pertenecen a todo ese derecho, y no a un sector suyo, pero que propiamente resultan especiales de él frente a los del derecho privado; los principios de la filiación son especiales de la filiación frente a los generales del derecho de familia, que eran especiales frente a los del derecho privado; pero esos principios de la filiación son generales frente a los de la filiación extramatrimonial, etcétera.

Los principios del derecho inspiran instituciones, figuras, soluciones, técnicas, normas, que asumen con base en ellos determinada fisonomía, frente a otra que pudieran asumir, de haberse seguido principios diferentes. Cumplido ello, el principio no se agota, pues conserva su capacidad de inspirar otra vez el sentido de nuevas instituciones, figuras, soluciones, técnicas o normas, y así indefinidamente. Esta es la razón por la cual los principios del derecho no pueden ser positivizados, lo que supone incluso que no puedan ni ser formulados. Al serlo, se transformarían en normas. Pero las normas solo se

⁷⁸ Sobre la relación entre principios generales y Constitución: ARCE Y FLÓREZ-VALDES, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional* (Madrid, Civitas, 1990).

aplican a hechos determinados, precisamente a los previstos en su hipótesis, por más que se la formule como general y por más que se amplíe ésta por la vía de la analogía. Así las cosas, el principio positivizado perdería su capacidad irradiadora hacia nuevas creaciones, por definición no previstas en la hipótesis de la norma que pretendió expresar el principio. Y si se insiste que aun así pueden seguir irradiando novedades, ello quiere decir que la formulación positiva no era el principio, el cual pese a aquella se mantuvo como principio, al margen del sistema, o mejor, por sobre él. En otras palabras, una norma puede inspirarse en un principio, pero jamás expresarlo.

Supóngase que deseándose convertir en norma el principio de buena fe, se establezca positivamente: "En sus relaciones jurídicas, las personas deben comportarse de buena fe". Aunque, como resulta evidente, una formulación así ofrece una amplísima cobertura, ésta solo cubre un aspecto del principio de buena fe, aquel que guarda relación con el comportamiento de las personas en sus relaciones con otros; pero no serviría para deducir de ella la consecuencia, por ejemplo, de que pertenecen al poseedor de buena fe los frutos percibidos por él antes de que se le notifique la demanda de reivindicación. En consecuencia, eso no sería la formulación positiva del principio de buena fe; solo sería una norma inspirada en ese principio, el cual continuaría en su ser de tal para inspirar otras instituciones y soluciones. Para poder cubrir todos los aspectos del principio de buena fe, fueran necesarias muchas formulaciones, y poco a poco se tendría un amplio articulado, que insensiblemente se iría concretando en instituciones muy perfiladas, con lo cual el original diseño de una formulación de principios se mudaría en un extenso reglamento. Por otro lado, esa misma amplia cobertura de la fórmula dada en el ejemplo, obligaría a abolir la institución de la prescripción adquisitiva extraordinaria, según la cual es posible que un poseedor de mala fe se haga dueño por el mero transcurso del tiempo, ya que fuera intolerable que el sistema jurídico obligara a todos a comportarse de buena fe y al mismo tiempo favoreciera al que se comporta de mala fe.

Los principios del derecho, en consecuencia, en sí solo pueden ser aplicados o explicados e ilustrados, y tales no son funciones que reconocamos a la norma moderna. Una vez incorporados en instituciones concretas, solo pueden ser reconocidos. El intérprete, al examinar la estructura íntima de esas instituciones, descubre el principio informador, desplazándose así de manera inversa a como se desplazó el legislador cuando las configuró fundado en el principio que previamente había escogido.

Como consecuencia de este razonamiento, una visión actual de la

constitucionalización del derecho privado erraría su camino si se enderezara hacia una formulación constitucional de los principios generales del derecho privado (o de cualquier otro derecho).

2. Cosa diversa es que aquélla se orientare hacia la formulación constitucional de unos fundamentos de la legislación de derecho privado del país de que se tratare, en este caso, de la de Chile.

La noción de fundamento pertenece estrictamente al campo del derecho positivo; por ende, se convierte en norma. No excluye ni niega la idea de principio del derecho. Al revés, puede basarse en ellos. Pero no se confunde, pues puede incluso referirse a ideas legislativas que no ostenten el rango de principios y que nada tengan que ver con ellos. Así, la idea de que las minas pertenecen al Estado y de que los particulares solo pueden tener derechos reales limitados de concesión sobre ellas, no es un principio general del derecho minero, pero es un conocido fundamento de ese derecho en Chile.

Esta nos parece la dirección correcta de la moderna constitucionalización del derecho privado: establecer fundamentos o bases. Lo cual tiene que ser ligado con lo dicho antes en orden al reemplazo de la formulación de derechos subjetivos por la de instituciones objetivas.

§ 12. ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Lo que llamamos la constitucionalización del derecho privado ha sido, en Chile al menos, un fenómeno gestado a impulso de ciertas necesidades políticas, y no ha obedecido a un diseño consciente dirigido a sentar fundamentos constitucionales del derecho privado. Si así hubiera sido, el material hubiese resultado voluminoso. Por contraste, los defectos son notorios. Baste pensar en que la Constitución no garantiza la libre contratación, la libre circulación de bienes y servicios, el libre acceso al matrimonio o la libre fijación de regímenes patrimoniales del matrimonio, no se pronuncia sobre la libre disposición de bienes por causa de muerte, y todavía entrega demasiadas facultades reglamentadoras de las libertades y derechos que garantiza al dominio de la ley, de lo cual es ejemplo notable el dejar a ella la determinación de los modos de adquirir el dominio. Por otro lado, en ocasiones la formulación del derecho es tan amplia o absoluta, que hace entrar en dudas acerca de la legitimidad constitucional de ciertas figuras de

gran e indiscutida tradición, como la prescripción, que no halla buen encaje en el artículo 19 N° 24⁷⁹. Esto revela una ausencia de reflexión sobre las posibilidades de la constitucionalización del derecho privado. El que existe, atañe insistentemente a la propiedad. Lo cual se explica, porque el tema de la propiedad ha sido uno de los recurrentes en la historia chilena de la segunda mitad del siglo XX.

Así, pues, contamos con un material escaso y algo rudimentario. Puede, empero, preverse que el futuro el asunto habrá de ser planteado sobre bases más sanas, derivadas de una cavilación científicamente fundada –y desde luego reposada– acerca de las bases del derecho privado que necesitan pertenecer a la Constitución.

§ 13. ¿UNA CONSTITUCIÓN JURÍDICA?

Aunque la vieja idea que históricamente presidió la formulación de los derechos constitucionales, consistente en servir como garantía ante el poder político y de freno a su actuación no haya perdido vigencia, por cierto, hemos visto que a ella se han agregado otras. No bien una de las cuales ofrezca la misma consistencia que la primitiva, como es la de servir de una garantía, frente a todos ahora, es decir, también delante de los particulares. La segunda estriba en impulsar la reforma del derecho privado. La tercera, en extender igualitariamente los derechos. Y a todas, se agrega una cuarta previsible para el futuro, de contener los fundamentos del derecho privado.

Ahora bien, sus funciones, las antiguas, las modernas y las futuras, derivan solo de la circunstancia de hallarse ese derecho en la Constitución, porque de aprovechar su supremacía se trata. Pero es evidente que ahora sí resulta fundada la objeción de contener la Constitución política un cuerpo extraño. Vimos antes que esa objeción se salvaba, cuando las garantías eran solo frente al poder público, como una limitación a él⁸⁰, porque entonces la Constitución seguía consistiendo en la norma de la designación y organización del poder político de una sociedad y de su gestión sobre ella, precisamente en cuanto las garantías atañían, negativamente, a la gestión de ese poder. Aun-

⁷⁹ "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad... sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación. El expropiado... tendrá siempre derecho a indemnización", en nada de lo cual la prescripción encuentra cabida.

⁸⁰ Supra § 2.

que hoy todavía se pueda decir lo mismo, ya no es con exclusividad, porque la afirmación de que las garantías constitucionales también regulan la gestión de los particulares sobre lo suyo es asimismo verdadera. Y entonces cabe preguntarse: ¿qué hacen tales normas en una Constitución política?

Si algo de constitucional tienen esas normas, entendiéndolo por "constitucional" no tanto lo concerniente a la forma constitucional, fijada por su supremacía, sino lo que es constitutivo de algo, se puede óptimamente decir que ellas constituyen al derecho privado; pero entonces no constituyen la política, a menos que se quiera dar una desmesurada extensión a esta última palabra, que le haría perder todo sentido técnico. Lo cual nos plantea el problema de si no fuera concebible tener una Constitución jurídica separada y distinta de la política⁸¹, aunque dotada con la misma supremacía, a fin de preservar las actuales funciones garantizadoras, reformadoras e igualadoras y la futura función fundamentadora. Ello permitiría tener una Constitución jurídica más desarrollada que cuanto se permite serlo a una Constitución política, o sea, más completa y más detallada.

Ejemplos de una división de la Constitución en varias no faltan. Así, en la España de Franco, diversas materias fueron tema de leyes constitucionales separadas cada una con igual rango entre sí y con supremacía respecto de las leyes ordinarias. De hecho, por ejemplo, la materia de las garantías estaba toda y únicamente contenida en el *Fuero de los Españoles*.

Es evidente, con todo, que una operación así no puede consistir en meramente separar las actuales escasas normas de derecho privado constitucional del resto de la Constitución, y tendría que consistir en la elaboración de un desarrollado cuerpo normativo de fundamentos de ese derecho.

Pero hay un inconveniente, y es que cuanto se ha dicho para el derecho privado vale lo mismo para el derecho penal, el procesal y aquel del trabajo y algunos otros. Y entonces la tesis conduciría a una multiplicación de constituciones jurídicas. Lo cual se salva si en vez de pensarse en una separada Constitución de derecho privado quedare concebida una Constitución jurídica, que contuviera los fundamentos de todas las ramas del derecho que no fueran el constitucional y el administrativo.

⁸¹ Por la negativa: SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *La Constitución jurídica*, en *Revista Chilena de Derecho* 6 (1976) 1 - 4, p. 111.

Nada más debemos avanzar sobre este tema. Por ahora, queda expuesta la sugestión de una carta suprema de derecho, diferente de la carta suprema de la política, para su debate.

§ 14. PELIGROS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN⁸²

La constitucionalización del derecho privado (en realidad de cualquier derecho), con todo, ofrece peligros. El fenómeno consiste en conferir rango constitucional a ciertos derechos privados. Pero la concerniente formulación sigue la técnica propia de la Constitución, que, en lo que ahora interesa, exige brevedad, concisión y generalidad. Los preceptos no pueden ser demasiado desarrollados ni deben descender a los detalles. Son muy generales y hasta indeterminados y abiertos. El peligro que ello ofrece es que una formulación así necesariamente resulta demasiado abarcadora, y tanto, que muchas de sus consecuencias lógicas no fueron las pensadas por el constituyente. Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 21 CP. reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Esto último, por cierto, no necesitaba ser dicho. Pero ya que lo dijo el constituyente, es el caso recordar que estas normas legales reguladoras no pueden afectar el derecho a desarrollar actividades económicas en su esencia, ni imponerle condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio de ese derecho, según lo estatuye el artículo 19 N° 24 CP. Ahora bien, considérese una actividad económica como la consistente en el comercio de seguros y reaseguros de riesgos a base de primas. A la luz de ambas disposiciones legales recientemente citadas, resulta que todas las personas tienen un derecho a desarrollarla sin condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Pero en frente de esto nos encontramos con una disposición como la del artículo 4 del decreto con fuerza de ley N° 251 de 1931, sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio, que establece: "*El comercio de asegurar y reasegurar riesgos a base de primas, solo podrá hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros, que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro y actividades que sean afines o comple-*

⁸² Para algunos aspectos específicos del tema, no tratados en lo que sigue: Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado cit.* (n. 76), pp. 59 - 67.

mentarias de éste". La norma, en primer lugar, reserva la actividad aseguradora solo a sociedades anónimas, es decir, se la impide a las personas naturales y a todas las personas jurídicas con fin de lucro que no sean sociedades anónimas. Enseguida, la reserva a las sociedades anónimas nacionales, y excluye por ende a las extranjeras. En tercer lugar, la reserva a las sociedades anónimas nacionales constituidas para el exclusivo giro de esa actividad, y la descarta para las sociedades anónimas nacionales que tengan otros giros, como los bancos por ejemplo. En fin, la impide a otros tipos de sociedades que no sean anónimas. De todo lo cual se deduce que, según el artículo 4 del decreto con fuerza de ley N° 251, falso resulta ser que "todas las personas" tengan el derecho a desarrollar la actividad económica consistente en el comercio de seguros y reaseguros de riesgos a base de primas, por lo que es evidente su inconstitucionalidad. No vale, alegar en contrario, que el artículo 19 N° 21 CP. obliga a respetar las normas legales que regulen la respectiva actividad económica, entre las cuales estaría el artículo 4 mencionado, porque esa superflua norma hay que entenderla a la luz del artículo 19 N° 26, y entonces resulta evidente que la regulación del artículo 4 del decreto con fuerza de ley N° 251 afecta a la esencia del derecho a desarrollar la actividad económica consistente en el comercio de seguros y reaseguros de riesgos a base de primas con respecto a todas las personas que no sean sociedades anónimas nacionales constituidas exclusivamente para ese giro, y le imponen condiciones y requisitos que impiden el libre ejercicio de esa actividad a los demás.

Tampoco vale alegar que el derecho en examen es para desarrollar actividades económicas que no sean contrarias al orden público o a la seguridad nacional, porque el comercio de seguros y reaseguros de riesgos a base de primas no es contrario a lo uno ni a lo otro, a diferencia, por ejemplo, de la actividad económica consistente en prestar servicio pagado de evasión de detenidos o de espionaje pagado de secretos militares. Y si se dijera que el orden público o la seguridad nacional exigen que ese comercio sea reservado a sociedades anónimas nacionales exclusivas —aparte lo discutible de la afirmación en sí— se incurriría en una petición de principios. En fin, no parece que la norma en examen resulte legitimada a la luz del inciso 2 del artículo 19 N° 22 CP.

La anterior conclusión claramente contradice, empero, las muy válidas razones técnicas de economía pública y de política nacional que seguramente tuvo el legislador ordinario para sentar la cuádruple

reserva contenida en el mentado artículo 4, y que lo justifican. Mas, por ese mismo motivo, lo expuesto es un muy buen ejemplo de la tesis que aquí se quiere demostrar, acerca de los peligros de la constitucionalización del derecho privado. El principio del libre desarrollo de toda clase de actividades económicas, originado en la teoría de la economía de mercado, al ser formulado en una Constitución, adquiere una dinámica propia, que lo independiza de su fuente primordial, que es precisamente la dicha teoría, y lo somete a las reglas del razonamiento jurídico. Reglas en que el grado de generalidad de las normas y su matización juegan un papel muy importante, no menos que el juego de las excepciones y las normas especiales.

Evitar este peligro mediante la dilatación de las normas constitucionales de contenido privatístico conduciría a la formulación de una carta muy desarrollada, lo que no es ciertamente imposible, pero que no está en la tradición chilena, pese al desarrollo excesivo que ofrecen algunas de sus normas, como aquellas concernientes al derecho de propiedad, motivado por razones provenientes de la historia política nacional. Lo cual puede salvarse con la formulación de una Constitución jurídica separada, que no tiene por qué ser breve. A ella nos hemos referido precedentemente⁸³.

También debe temerse a la contraposición entre la propiedad ofrecida por el derecho constitucionalizado de conferir derechos subjetivos que son los mismos e iguales para todos y contra todos, y la del derecho privado ordinario de repartir derechos desiguales y distintos en favor de algunos y no de otros. Así, en el conflicto, la técnica del derecho privado ordinario está orientada a la determinación de quién tiene el derecho frente a quien no lo tiene, o sea, a una discriminación, lo que no puede hacer el derecho privado constitucional en relación con los derechos que él fija. Esto puede conducir a una colisión de derechos fundamentales⁸⁴; pero, además, a una colisión entre el derecho privado ordinario y el constitucionalizado no necesariamente en

⁸³ Véase § 13.

⁸⁴ HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado* cit. (n. 76), p. 60. Sobre la colisión de los derechos fundamentales, véase especialmente IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo, *La causa de la libertad. Ética, política y derecho* (Santiago de Chile, Algarrobo, 1989), pp. 123 ss. Un intento para resolver la colisión: PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derecho*, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial 1998: *Actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público*, pp. 225 y ss.

el sentido de una inconstitucionalidad de aquél, porque mientras una parte reclama su derecho fundada en la norma privada ordinaria, la otra acaso reclama un derecho fundada en la norma constitucional, y si el de la primera no pugna con la Constitución, la pugna entre ambos ordenamientos queda planteada en términos de difícil solución. Entre otros efectos de este fenómeno⁸⁵ está la amenaza de “perderse la identidad del Derecho privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales”⁸⁶.

En Chile esta amenaza es seria y grave⁸⁷. Deriva ella del incorrecto entendimiento que la judicatura ha solido hacer del concepto de “bien incorporal”, cuya propiedad garantiza el artículo 19 N° 26 CP. En el derecho chileno, no hay otros bienes incorporales que las cosas incorporales definidas por el artículo 565 inciso 3 CC. como aquellas que “consisten en meros derechos”, divididos, a su vez, en reales y personales por el artículo 576 CC. La Constitución no ha cambiado el concepto. Así, pues, cuando ésta garantiza la propiedad de bienes (cosas) incorporales, garantiza la propiedad de derechos reales o personales, propiedad que no debe ser definida en los términos del artículo 582 CC, porque ahí se define solo una especie de propiedad, precisamente la de las cosas corporales, como dice expresamente esa disposición, sino entendida como otra especie de propiedad, así calificada, también expresamente, por el artículo 583 CC. Esta otra especie, paralela a la de las cosas corporales, hay que concebirla como una titularidad exclusiva. Lo que el artículo 19 N° 26 garantiza, pues, es la titularidad exclusiva de los derechos reales y personales, de la cual nadie puede ser privado sino por expropiación.

Ahora bien, esta clara y coherente doctrina que se desprende de la legislación ha sido subvertida cuando la noción de “bien incorporal” ha sido entendida como alusiva a cualquier situación, interés, cali-

⁸⁵ Para ellos, HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado* cit. (n. 76), p. 60 y ss.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 60 y s.

⁸⁷ Sobre lo que sigue, en sentido crítico: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales* cit. (n. 24), p. 117 - 148. También DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos de la constitucionalización del derecho civil en Chile*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 93 (1996) 3, pp. 127 - 131.

dad, etcétera que no puede ser tocado o que carece de materialidad y que no es corporal en suma. En las sentencias recaídas en recursos de protección abundan los ejemplos. Así encontramos consideradas calidades como el goce de facilidades de pago, la asignación de recorrido de taxis, de consejero de una asociación gremial, la promoción, preparación y programación de ciertos cursos⁸⁸. A veces los tribunales cuidan de revestir estas calidades con el ropaje de los derechos, y hablan del derecho al goce de facilidades de pago, de la facultadas de desempeñarse como consejero de una asociación gremial, del derecho de promover, preparar y programar los cursos. En una ocasión establecieron que un médico funcionario de hospital público tiene “un derecho para que se le reconozcan sus méritos y se le asignen tareas que guarden relación con su grado de formación” y que el prestigio profesional alcanzado “es un derecho que se incorpora al patrimonio del profesional”⁸⁹. Pero ello es nada más que lo dicho: un ropaje, porque no se trata de derechos. Para que exista un derecho debe haber una fuente⁹⁰ de que emane el derecho personal o un modo de constituir de que proceda el derecho real. Pero en los ejemplos mencionados no se encuentra ninguna fuente. En esta práctica de los tribunales, que, preciso es decirlo, marcha a impulso de los abogados litigantes interesados en obtener sentencia favorable sin preocuparse de la coherencia del sistema jurídico, influye, empero, aunque sea inconscientemente, la idea que está en la base de la concepción de los derechos subjetivos: la idea del poder, pues, como fácilmente se puede demostrar acudiendo a la historia de esa noción, sus creadores empezaron por entender que es derecho todo lo que el sujeto puede hacer⁹¹ o, lo que es

⁸⁸ Los ejemplos en CASTELLÓN, Hugo - REBOLLEDO, Laura, *Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil* (Santiago, Conosur, 1999), p. 100 - 101.

⁸⁹ Sobre esta sentencia, en sentido crítico: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Un nuevo derecho de creación judicial: el derecho al prestigio profesional*, en *Gaceta Jurídica* 191 (1996), pp. 18 y ss.

⁹⁰ En el sistema tradicional del Código Civil, pues, un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o una ley.

⁹¹ Baste citar el ejemplo de SPINOZA, Baruch (1632-1670), *Tractatus theologico-politico* (1670), cap. 16 (ed. bilingüe, Milano, Rusconi, 1999): “Por derecho e institución de la naturaleza no entiendo otra cosa que las reglas de la naturaleza de cada individuo, según las cuales concebimos que cada ser está naturalmente determinado a existir y a obrar de una cierta manera. Los peces, por ejemplo, están por naturaleza determinados a nadar y los grandes a comerse a los pequeños; en virtud de un derecho natural supremo los peces beben, pues, el agua y los grandes se comen a los pequeños. Pues es

igual, todo lo que es libre de hacer⁹². Si, pues, alguien puede, por ejemplo, promover, preparar y programar unos cursos, o tiene la libertad para ello, como de hecho puede y tiene, entonces tiene el derecho de hacerlo. Como tal, es cosa incorporal sobre la cual hay propiedad, que recibe la protección del recurso.

En otras ocasiones los tribunales ni siquiera se han cuidado de revestir la especie que quisieron proteger con el ropaje de los derechos. Una sentencia recaída en el recurso interpuesto por un estudiante sancionado por el establecimiento al que pertenecía llegó a declarar que *"tanto la calificación como las promociones consecuenciales... 'se adquieren' por el estudiante, ingresan en su patrimonio, y de modo irrevocable..."*, y que *"es más que indiscutible que se tiene un derecho de propiedad pleno y cabal sobre esas calificaciones, sobre la promoción al curso superior..."*⁹³. Se observará que en este caso el tribunal no formó primero un derecho a las calificaciones y a las promociones (porque difícil o imposible era hacerlo), sobre el cual hubiera propiedad y que tampoco vio en las calificaciones y promociones un derecho (cosa más imposible aún), mas consideró que las calificaciones y las promociones mismas (a modo de cosas incorporales) fueron directamente las adquiridas en propiedad. Mayor desperfilamiento de la dogmática y confusión de ideas es difícil concebir.

La explicación última del fenómeno radica en que el sentimiento de

cierto que la naturaleza, absolutamente considerada, tiene el máximo derecho a todo lo que puede, es decir, que el derecho de la naturaleza se extiende hasta donde llega su poder... Cada individuo tiene el máximo derecho a todo lo que puede, o el derecho de cada uno se extiende hasta donde alcanza su determinado poder" (*Per ius et institutum naturae nihil aliud intelligo, quam regulas naturae uniuscujusque individui, secundum quas unumquodque naturaliter determinatum concipimus ad certo modo existendum et operandum. Ex. gr. pisces a natura determinati sunt ad natandum, magni ad minores comedendum, adeoque pisces summo naturali jure aqua potiuntur, et magni minores comedunt. Nam certum est naturam absolute consideratam jus summum habere ad omnia quae potest, hoc est jus naturae eo usque se extendere, quo usque ejus potentia se extendit... unumquodque individuum jus summum habere ad omnia, quae potest, sive jus uniuscujusque eo usque se extendere, quo usque ejus determinata potentia se extendit*).

⁹² Sobre este tema: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los orígenes de la doctrina de los derechos innatos*, en *Cuadernos de Historia* 6 (Córdoba, 1996), pp. 121 y ss. = *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos*, en *Revista de Ciencias Sociales* 41 (Valparaíso, 1996, número dedicado al tema: *Positivismo jurídico y doctrinas del derecho natural*), pp. 245 y ss.

⁹³ En CASTELLÓN, Hugo - REBOLLEDO, Laura, *Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil* cit. (n. 88), p. 133.

la justicia y la eminencia de los derechos fundamentales impelen a los tribunales a proteger situaciones en que, sobre todo de hecho, ha habido en verdad arbitrariedades e ilicitudes, y el recurso de protección aparece como el único eficaz para deshacer el entuerto. Pero ya se ve a qué costo. Precisamente al costo de desbaratar el sistema dogmático, sin el cual la justicia racional que llevó siglos construir se convierte en decisión arbitraria de cada musulmán y cambian los fundamentos del derecho, el cual deja de estar constituido principalmente por la ley y se transforma en un uno formulado por los jueces. No es que ello no pueda tener lugar; pero si ha de tenerlo, debe ser merced a los procedimientos previstos en el ordenamiento constitucional, que suponen una decisión política previa tomada por los órganos competentes y formada de acuerdo con los cánones previstos, y no por los jueces a impulso de los abogados en los estrados. Entretanto ello no ocurra, sigue correspondiendo al legislador formular las normas que otorguen la debida protección a los diversos derechos e incluso intereses en el modo adecuado a los principios.

§ 15. EL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL: ¿ES DERECHO PÚBLICO O PRIVADO? CONSECUENCIAS

La respuesta que debemos dar al problema de si el derecho privado constitucional deriva de lo explicado en el § 1.

El derecho privado constitucional no es público en el primer sentido en que ahí fue definido este concepto, vale decir, en el de atañer a la esfera estatal⁹⁴. Esto no necesita ser discutido, pues resulta evidente. Sin embargo, es público en el segundo sentido, en tanto consiste en una regulación irrenunciable e indisponible de aquella esfera, formulada por el poder público, y que, por ende, ofrece la misma naturaleza que otras tantas regulaciones así, que no se encuentran en la Constitución, sino en los códigos y leyes ordinarios. Con la diferencia de que, al mismo tiempo, presenta un nivel jerárquico-normativo superior, porque la ley que la contiene es precisamente la Constitución, de cuya supremacía se beneficia. En suma, pues, el derecho privado constitucional pertenece a la categoría del derecho público no estatal, aunque de ambas denominaciones resulte una paradoja. Ella queda superada

⁹⁴ Ni aun cuando se lo mirara como limitación a la gestión del poder público.

cuando se observa que el adjetivo "privado" de la primera denominación alude al contenido de ese derecho, es decir, a la esfera privada, y no a la naturaleza formal de la masa de normas que la integran, a lo cual, en cambio, sí que alude su caracterización como derecho público (no estatal).

El corolario práctico que se desprende de esta caracterización, que no resulta sino de aplicar los conceptos generales que han servido de basamento a nuestra construcción, es precisamente el carácter irrenunciable e indisponible que ofrecen todas las normas de derecho privado constitucional. No constituyen un derecho supletorio de las regulaciones que los particulares quieran dar a sus relaciones de adquisición y conservación de cosas y de cambio recíproco de éstas y de servicios entre ellos, que por tanto, puedan ser removidas con entera libertad, y sustituidas por otras. El derecho privado constitucional, pues, se impone en el silencio de esas regulaciones de los particulares, y aun en contra de las mismas, y aquellos no pueden desconocerlo. De esta manera, cualquier convención dirigida a evitar la aplicación de ese derecho, por la vía de la renuncia de derechos, de su cesión, de su extinción, o de su cambio, es nula por adolecer de objeto ilícito, pues contravendría el derecho público de Chile, en los términos del artículo 1.462 CC.

Ahora bien, el derecho privado constitucional, en su actual estado al menos, es un derecho garantístico como vimos en su oportunidad⁹⁵. En consecuencia, esta indisponibilidad de que hablamos afecta a ese derecho precisamente en cuanto garantía. Pero como la Constitución garantiza derechos, de los cuales algunos son disponibles y otros no lo son, lo anterior quiere decir que la afirmada indisponibilidad general del derecho privado constitucional no lo cubre necesariamente en cuanto al derecho garantizado; el cual es disponible o no lo es, no por estar garantizado sino de acuerdo con su propia naturaleza de derecho disponible o no disponible.

Un ejemplo aclarará esta distinción entre disposición de la garantía y disposición del derecho o libertad. Considérese la norma del artículo 19 N° 23 CP. Se contiene ahí la garantía de una libertad (o derecho): la de adquirir el dominio. De acuerdo con lo expresado, la garantía de esa libertad no está a disposición de los particulares, de guisa que no podría alguien renunciar a ella, ni así directamente, ni bajo

⁹⁵ Supra § 5 a § 7.

formas indirectas como la de renunciar a tener dominio en el futuro, o a ser dueño en general; o la de obligarse a no hacer valer esa garantía, o a no tener dominio en el futuro, o a no ser dueño en general. Se observará que una renuncia general a la libertad de adquirir el dominio, aunque en apariencia verbal sea precisamente a la libertad y no a la garantía, es en realidad a ésta última. Pero nada de esto obsta a que alguien pueda abstenerse de adquirir un bien determinado, e incluso de obligarse a no adquirirlo. Con ello solo se compromete a la libertad (o derecho), mas no a la garantía.

Cuando, en cambio, el derecho garantizado mismo es indisponible, entonces a la indisponibilidad de su garantía se suma la del derecho garantizado. Así, está claro que resulta indisponible la garantía del derecho de autor sobre sus creaciones, en los términos del artículo 19 N° 25 CP.; pero, merced a lo dispuesto por el artículo 16 de la ley 17.336, el derecho de autoría, que ella denomina "moral", también es indisponible. En consecuencia, nadie puede renunciar, por ejemplo, a hacer valer la garantía del derecho moral de autor, pero tampoco al derecho moral de autor mismo.

Se comprende, entonces, que no hay contradicción entre el carácter público reconocido al derecho privado constitucional, que conduce a su indisponibilidad, y el carácter disponible que ofrecen algunos derechos privados garantizados por ese derecho, porque ambas disponibilidades se refieren a niveles distintos: al de la garantía, según aquel derecho; al del derecho subjetivo mismo, según los cánones del derecho objetivo al que ese derecho subjetivo pertenece.

§ 16. LOS DESTINATARIOS PASIVOS DEL DERECHO PRIVADO CONSTITUCIONAL⁹⁶

1. Aunque el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado haya empezado con las primeras cartas obedientes al modelo del "constitucionalismo", sus efectos se han empezado a percibir tan solo en los últimos tiempos, y en Chile desde el establecimiento de la Constitución de 1980. Ello se ha debido no tanto a un cambio en el modo de ser de la constitucionalización –salvo en cuanto a que se haya extendido a derechos civiles que antaño no estaban constitucionalmente reconocidos–, sino a un cambio en la Constitución misma, cambio

⁹⁶ Vid. supra § 6 y § 7.