

## III. CONCLUSIONES

1. En conformidad al derecho chileno vigente, a saber Constitución Política de la República, legislación municipal, legislación de urbanismo y construcciones, y de gobierno y administración regional, como asimismo jurisprudencia contralora, el Gobernador *carce* de potestades jurídicas para disponer por sí y ante sí la paralización de una obra en construcción y su demolición, en cuanto significaría una ocupación ilegal o empleo ilegítimo de un bien nacional de uso público que entrabe su uso común, y menos aún puede así

disponerlo si tal obra ha contado con los correspondientes permisos de edificación otorgados por el competente órgano municipal.

2. No es el Gobernador el órgano competente para determinar que hay una ocupación ilegal de un bien nacional de uso público y disponer las medidas que pongan fin a la pretendida ilegalidad, ya que el ordenamiento jurídico chileno atribuye expresamente potestades públicas para poner fin a otras autoridades del Estado, que las tienen conferidas de modo privativo, incluso en razón de una autonomía constitucionalmente consagrada.

## DERECHO

ASPECTOS DE LA CONSTITUCIONALIZACION  
DEL DERECHO CIVIL CHILENO

RAMON DOMINGUEZ AGUILA

Doctor en Derecho

Profesor de la Universidad de Concepción

## 1. INTRODUCCION

Anclada por una tradición casi incommovible, la enseñanza del derecho chileno repite, en diversos grados y con variados objetivos, la existencia de una *suma divitio* entre el derecho público y el derecho privado. La suerte de esta división ha sido, con todo, diversa según las épocas. Hasta hace unos veinticinco años, entre los cultores de diversas disciplinas, existía una urgencia por situarla en el ámbito del derecho público. Se trataba de tiempos en que los vientos de la historia y de la política conducían al país por senda recta y sin obstáculos previsible hacia una sociedad calificada de "socialista", adjetivo que, en aquellos tiempos, era sinónimo de "estatista", y hacemos la precisión, porque en los tiempos actuales, habiendo ahora cambiado la dirección de aquellos vientos, aun quienes defienden su calidad de socialistas, se apuran en repugnar del estatismo. Las ideas de "nacionalización", "estatización", "interés público", "propiedad comunitaria" y otras semejantes formaban parte del vocabulario asentado para los líderes políticos y estaban en boga en las aulas de las Facultades de De-

recho, desde que estaban destinadas a sustituir, con seguridad absoluta, las viejas y retrógradas de propiedad privada o de autonomía de la voluntad. La sola mención de esta última evocaba al liberalismo del siglo XIX y, por lo mismo, un pasado que ya se diluía a ojos vistas, frente a la nueva economía. Tanta era la seguridad de ese rumbo histórico que en el derecho comparado obras destinadas a explicar la decadencia de la autonomía privada hicieron famosos a sus autores. Más aún, incluso algunos cultores del derecho privado se apuraron en sostener que las instituciones clásicas de éste habían evolucionado de tal modo, que muchas habían ahora en un orden estatista bajo las nociones de contrato dirigido o impuesto, o de función social de la propiedad. Se oyó a más de algún comercialista sostener que el derecho mercantil ya no era de derecho privado, porque se refería a la empresa, noción cautelada por el Estado.

De improviso, preocupados más por nuestra ruda realidad política de los años del gobierno militar, nos vimos inmersos en lo que pareció, primero, como un modelo económico inventado e impuesto por

los sostenedores de ese régimen y no fueron muchos los que entonces, y desde Chile, pudieran darse cuenta que esas transformaciones económicas eran aires universales que llevaban ya a la caída de los socialismos reales con su consecuencia en la denominada renovación de los socialistas teóricos.

¿Cómo íbamos a imaginar, quienes estudiamos derecho en la Universidad de Concepción en los años sesenta, sede ilustre de movimientos izquierdistas latinoamericanos, que años más tarde la realidad ideológica y económica sería tan opuesta? ¿Y que tantas ideas, rechazadas como añejas, porque propias de otra época, volverían con nuevos ropajes y denominaciones, a ser las dominantes? ¿Y que los aires de la privatización se presentarían como signo de modernismo, hasta el punto de dejar para los estantes de los libros históricos aquel volumen de Konstantin Katzarov sobre *Teoría de la Nacionalización*, que con tanta dificultad, entonces, nos consiguiéramos el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, cuando aún funcionaba el Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas<sup>(1)</sup>? ¿O que las obras del

<sup>(1)</sup> K. Katzarov, *Teoría de la Nacionalización*. El Estado y la Propiedad, traducción mexicana de la edición francesa, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963. El prólogo de la edición francesa, escrito por el decano Julliot de la Morandière, de la entonces única Facultad de Derecho de París, comienza así: "El problema de las nacionalizaciones es un problema de gran actualidad. Consiste esencialmente en la transformación de empresas privadas en empresas del Estado o sometidas al control de éste. Su objetivo es el de sustraer los medios de producción y de reparto de las riquezas a la propiedad privada para ponerlos en manos de la Nación o en la de aquellos órganos que representan los intereses colectivos de la misma". Pero el insigne Decano no podía resignar de sus propias convicciones, aun prolongando una obra escrita por un socialista búlgaro, porque insistía en señalar que "Indudablemente el abismo doctrinal sigue siendo muy profundo entre los que afirman que la libertad del individuo es el objetivo y el fin de todo el derecho, así como el móvil más poderoso del progreso económico, y aquellos que proclaman, por el contrario, que los intereses colectivos deben estar por encima de los intereses individuales y que la socialización del derecho es la condición indispensable para poner fin a la lucha de cla-

ilustre decano Savatier que describían el paso del derecho privado al derecho público como una de las metamorfosis del derecho de la época, hoy han perdido vigencia, habiéndose hecho realidad la reacción que él pedía en ellas<sup>(2)</sup>?

Pero lo cierto es que, luego de la caída de los llamados socialismos reales y del imperio en todo el mundo de los afanes privatizadores, aun los sectores más socialistas de este país han asimilado como adecuados y correctos los principios en que se basó la transformación económica llevada adelante por el gobierno surgido del golpe militar de 1973. Afloran con aires renovados por nuevas denominaciones, aquella vieja autonomía privada, la propiedad individual, la libertad contractual y, como consecuencia, el derecho privado recobra su lugar.

Con todo, el renacimiento del derecho privado no se hace bajo los mismos esquemas técnicos ni doctrinarios que inspiraron al Código Civil y a la sociedad de su tiempo. No se trata de una simple restauración, como se calificara a aquellos regímenes que surgieron luego de la Revolución Francesa. Si renacen las instituciones centrales del derecho privado bajo una economía de mercado, lo hacen ahora marcadas por el internacionalismo de la economía, por la necesidad de utilizar medidas legislativas destinadas a lograr la igualdad de las partes en las convención-

ses... El liberalismo no niega los intereses colectivos, pero piensa que es por medio de un máximo de libertad dejado al individuo como ha de realizarse la coordinación".

<sup>(2)</sup> Nos referimos a dos de las obras del decano R. Savatier: *Du droit civil au droit public*, 5ª edición, París 1950 y *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* en tres volúmenes, París 1959. Allí describía la invasión de las instituciones privadas por lo estatal y el derecho público y mostraba las limitaciones a la libertad del hombre que ello significaba, pero esperando algunas reacciones antes del fin del siglo. La descripción de lo ocurrido y de la tendencia que él señalaba tiene ya, en varios aspectos, carácter histórico y su deseo se ha visto cumplido con creces con el dominio de la economía llamada de mercado y el debilitamiento de las tendencias estatistas.

ciones o para proteger la libre circulación de mercaderías, o el recto funcionamiento del mercado. Nociones como la de contratos estándares, o de cláusulas generales de los contratos, o de protección del consumidor o la aparición de formas negociales que van más allá de la idea clásica de contrato, para crear más bien la de operación, como en el leasing o franchising u otras son las que dominan.<sup>(3)</sup>

Pero además y tal vez por sobre todo, es la consideración de la persona y sus derechos, como preocupación esencial del derecho privado lo que ha renacido con más fuerza. Aquel renacimiento de las instituciones de una economía privada es más universal. Pero nos parece que en Chile ha tomado tanta o más importancia la valorización de los derechos de la persona real. Seguramente porque la dolorosa experiencia de los años del gobierno militar ha puesto en evidencia, aun para los que repugnaban de las llamadas "libertades burguesas", que la consideración de los derechos individuales es esencial para la paz social y la subsistencia de un país organizado democráticamente. Muchos tuvieron que experimentar, desgraciadamente en sus personas, lo que era la falta de esos derechos mirados antes tan en menos.

Pero no bastaría con reconocer la transformación operada, si ésta no hubiese adoptado formas jurídicas tan particulares que llaman la atención y necesitan de un examen más detenido, vista la experiencia de casi veinte años y que nos vuelva a la idea inicial: la distinción entre derecho público y privado.

En efecto, el renacimiento de las instituciones privadas no se ha dado por el mero uso del Código Civil o del Comercial o de las renovaciones de sus normas. Claro está que muchas de ellas han sido reformadas. Pero se ha producido un fenómeno más notable para nuestro medio

—conocido en otros países con experiencia anterior semejante como España— y que consiste en el uso técnico de la Constitución como ley fundamental, para amparar aquellas instituciones esenciales a la persona y en la creación de herramientas jurídicas efectivas para hacerla respetar. Este es un fenómeno que no habíamos conocido en Chile, al que con justicia se denomina "constitucionalización del Derecho Civil".

No es que antes la Constitución de 1925 no contuviera también las garantías constitucionales. Las esenciales que hoy reconocemos estaban también allí; pero la Constitución carecía de medios técnicos para imponerse efectivamente como ley suprema en la práctica, de modo que tales garantías sólo eran respetadas jurídicamente cuando leyes de rango inferior las ponían en ejercicio, pues de otro modo, permanecían como meras normas programáticas. Tan solo la libertad individual, a través del recurso de amparo contenido en el artículo 16 de aquella constitución y reglamentado por el Código de Procedimiento Penal, tenía real eficacia en los hechos, desde que otras, como la propiedad privada, habían sufrido tales limitaciones; también por norma constitucional, que sólo se conservaba el principio, porque no la práctica. El recurso a las requisiciones, fundadas en normas de rango inferior, es un mal recuerdo al respecto; pero un buen ejemplo de cómo no se conocían entonces principios como el de legalidad constitucional o de interpretación conforme a la constitución. Por ello, basta comparar la jurisprudencia anterior a 1977 o aún anterior a 1973, con la actual, para verificar el poco uso que de los textos constitucionales se hacía en la defensa de los derechos individuales bajo la Constitución de 1925, a diferencia de lo que hoy sucede bajo el amparo de la de 1980.

Se ha producido entonces un fenómeno curioso, porque para proteger los principios, derechos e instituciones propios del derecho privado, se ha utilizado el texto normativo de derecho público por excelencia, que es la Constitución y así, por medio de ésta y de los medios técnicos que ella proporciona y propios del dere-

<sup>(3)</sup> Un buen resumen de la nueva teoría del contrato se encuentra en el volumen sobre "La formación du contrat" de Jacques Ghestin, parte del *Traité de Droit Civil* que se publica bajo la dirección del mismo profesor Ghestin, 3ª edición, París, 1993.

cho público, se renueva el derecho privado hasta el punto de introducirse éste en el derecho constitucional o, más exactamente, hasta el punto que el derecho constitucional tiende a abarcar los fundamentos del derecho privado civil y comercial.

## 2. ROL JURIDICO DE LA CONSTITUCION

El derecho público tiene un medio jurídico fundamental para poner las instituciones y los derechos por sobre las variaciones de gobiernos y de ideas de paso —salvo ruptura del orden jurídico, claro está— y ese medio es la Constitución.

Clásicamente en la enseñanza del derecho público tradicional, se nos enseñó que la Constitución “es el conjunto de normas de derecho que regulan y limitan los poderes de un determinado tipo de estado”. Se trata de un claro texto de derecho público, porque su función es reglar y organizar los poderes estatales. De allí que la insistencia en esta noción determina que el estudio del derecho constitucional clásico se dedique en gran medida a los poderes del estado, a sus competencias, a su formación. Incluso en otras definiciones más comprensivas del rol de la constitución se mantiene ese principal carácter. Así, se dice que la constitución es el “conjunto de reglas supremas que fundan la autoridad estatal, organizando sus instituciones, otorgándole sus poderes y a menudo, también, imponiéndole limitaciones, en particular garantizando las libertades a los sujetos o ciudadanos”.<sup>(4)</sup> Se observará que incluso en esta definición más comprensiva, las libertades individuales aparecen en la constitución como limitaciones al poder estatal, es decir, en función a ellos.

Pero existe otro modo de examinar el rol de la constitución que podemos calificar de formal o técnico. En un estado que funciona de acuerdo a derecho, las normas jurídicas no se encuentran dispersas, sino

<sup>(4)</sup> *Vocabulaire Juridique*. Association Henri Capitant, bajo la dirección de G. Cornu, 5ª edic., Paris, 1996.

formando parte de un orden, es decir, de un todo coherente y sistematizado jerárquicamente, que es lo que queremos afirmar cuando decimos que en el país impera un estado de derecho. Este implica la subordinación de unas normas a otras según un orden de jerarquía, la que determina una serie de consecuencias prácticas y técnicas, tanto en el alcance obligatorio de las normas unas respecto a otras, como para su interpretación y su mantención en el tiempo y en el espacio, de forma que todos los efectos tradicionales asignados tradicionalmente a la ley —en su sentido amplio— están determinados por ese orden. Esta observación, hoy lugar común, es la que destaca, por ejemplo, la conocida teoría de Kelsen, tan recurrida y manoseada, pero de la que no siempre se obtienen consecuencias prácticas.

En la cúspide de ese orden, como sabemos, está la constitución y a ella han de subordinarse las demás reglas de grado inferior. Por lo mismo, situar en la constitución un derecho o facultad, implica darle una salvaguardia en contra de toda norma inferior y de toda acción de los órganos del Estado, poniéndole al amparo de las vicisitudes políticas o de los gobiernos y autoridades de turno, de interpretaciones y transgresiones reglamentarias, y le confieren una superioridad y predominio absoluto sobre cualquiera otra regla que emane del poder público. Es lo que los publicistas más recientes en Chile y que tanto han aportado a la vigencia efectiva de la constitución y su rol técnico, denominan el *principio de juridicidad*.

<sup>(5)</sup> Así lo denomina E. Soto Kloss en su reciente obra *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, t. 2, dedicado íntegramente a él y sus consecuencias en derecho público, Santiago, 1996. Para una aplicación de ese principio, vid. sentencia de C. Suprema, 16 septiembre 1992, Rev. de Der. y Jurisp. t. 89, sec. 5ª, pág. 270, que declara inaplicables los artículos 559 y 561 del Código Civil, y el comentario del mismo profesor Soto Kloss en las págs. 284 y sgts. Otra sentencia relevante en el mismo sentido, es la de la C. de Santiago, 14 septiembre 1992, Rev. de Der. y Jurisp., t. 89, sec. 5ª, p. 321, ya que dice expresamente que “Que para resolver adecuadamente el caso sub lite debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico de un país no consiste en un conjunto yuxtapuesto de normas sino que en un sis-

o de legalidad constitucional,<sup>(6)</sup> que ha de examinarse sucintamente para verificar sus consecuencias en la constitucionalización del derecho civil.

## 3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS PARA LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CIVIL

La superioridad de la Constitución como norma, determina la sumisión del resto del ordenamiento a sus prescripciones, así como también el del actuar de los órganos del estado y aun de los particulares. No es aquí el lugar para su análisis, tanto en sus fundamentos como en sus más variadas consecuencias para el derecho público, sobre lo cual nos remitimos a quienes tienen autoridad en la materia.<sup>(7)</sup> Recordemos solamente que aparece consagrado en los arts. 6º y 7º de la Constitución, en particular en el primero de ellos que manda que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” y que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (incs. 1 y 2). Curiosamente, este principio se desprende también, en cierta medida, del artículo 4º de la Constitución de 1925, y más de alguna vez, la jurisprudencia pudo aludir a la supremacía constitucional,<sup>(8)</sup> aunque

tema jerarquizado de las mismas, en el cual la validez de una de ellas depende de la subordinación a la de rango superior; con ello se consigue la armonía esencial a todo derecho, ya que el conjunto está referido a una norma fundamental: la Constitución.”

<sup>(6)</sup> Lo califican de principio de legalidad, J. Precht Pizarro, “El Principio de Legalidad”. En “Enfoque Administrativo Chileno y Comparado”, en Cuaderno de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N° 4, 1988; G. Fiamma Olivares, “Elementos Constitucionales del Principio de Legalidad en Chile”, en Gaceta Jurídica, N° 84 (1987), págs. 10 y sgts.

<sup>(7)</sup> Véanse notas 4 y 5 precedentes.  
<sup>(8)</sup> Por ejemplo, en la sentencia de la C. Suprema de 13 de septiembre de 1932, Rev. de Der. y Jur., t. 30, sec. 1ª, pág. 37.

otras veces, con un legalismo que hacía necesaria la consagración de los principios constitucionales en leyes, no le reconocía valor práctico por sí solo;<sup>(9)</sup> pero precisamente por el modo de entender la eficacia de los textos constitucionales, subordinándolos a leyes que pusieran en efecto sus reglas, nunca tal principio alcanzó la importancia que tiene en la actualidad en la jurisprudencia de los tribunales y en la defensa de los derechos individuales.

La Constitución en vigor, consagrándolo de modo más categórico y preciso permite extraer de él consecuencias efectivas para el derecho privado y los derechos de las personas. Algunas de ellas son examinadas a continuación. Pero es necesario anotar que, cuando se trata de las garantías constitucionales, el principio en cuestión está reforzado por lo que se dispone en el art. 19 N° 26, al darse a toda persona “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”, regla a la que volveremos más abajo.

3.1. *La interpretación conforme a la Constitución.* De la subordinación del resto de las normas jurídicas a la Constitución, ha de derivarse una consecuencia primera en cuanto al sistema de interpretación de las leyes y demás normas jurídicas, que implica superponer a los elementos de interpretación que disponen los artículos 19 y siguientes del Código Civil, uno más fundamental: el de *adequación a la norma constitucional*.

En efecto, si todos los órganos del Estado han de mantener sujeción a la norma fundamental, ese deber se aplica también al Poder Legislativo y, por lo mismo, a las normas que él dicta. Como conse-

<sup>(9)</sup> Por ejemplo, sosteniéndose que sin texto expreso no había nulidad de derecho público: C. Suprema, 3 de septiembre de 1964, Rev. de Der. y Jur., t. 61, sec. 4ª, pág. 308.

cuencia, ello rige para toda otra norma de jerarquía inferior. De aquí que, cuando se trata de interpretar una regla, antes de examinarla a la luz de los elementos gramaticales, históricos, lógicos o sistemáticos, habrá que confrontarla con el texto constitucional, de modo de apartar de los posibles sentidos de la regla, aquel que pudiera infringir el texto constitucional. Y este esencial elemento en la interpretación tiene además su fundamento en un elemental principio de *conservación* o utilidad de la regla jurídica. En efecto, habrá de entenderse que toda norma se dicta para recibir efectiva aplicación y para que produzca efectos regulatorios. De aquí que, al interpretarla, habrá siempre que preferir el sentido en que ella haya de producir algún efecto a aquel que no la haga producir efecto alguno, como sucedería si el que se le confiere, luego del proceso hermenéutico, se aparta de la Constitución, con lo que la dicha regla deja de tener posibilidades de aplicación válida. Si este principio de conservación aparece expícito para la interpretación contractual (artículo 1562, Código Civil), no se observa el porqué no deba regir para la interpretación de la norma general, desde que se trata de una consecuencia fundada en la lógica más elemental, de la que aquella regla no es sino una aplicación; pero no la exclusiva.

En el derecho comparado, la interpretación conforme a la Constitución es cuestión que ha sido reconocida y estudiada. De allí que algunos señalen, con certeza, que existe no sólo la interpretación de la Constitución, sino también la interpretación *desde la Constitución*<sup>(10)</sup> y "este principio de interpretación de la legislación de acuerdo con la Constitución se erige en criterio interpretativo general y fundamental en toda actividad interpretativa de carácter jurídico. Es decir, estamos ante un principio que actúa como referente normativo permanente y básico en cualquier tarea de carácter hermenéutico que se plantee en el seno de un sistema

<sup>(10)</sup> A. Aparisi. *Lecciones de Introducción al Derecho*, pág. 200.

jurídico".<sup>(11)</sup> Aplicando este principio interpretativo, el Tribunal Constitucional de España, en sentencia de 27 de julio de 1985, tiene resuelto que "incluso si existen varios sentidos posibles de una norma, es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulte ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el fundamental". Y con anterioridad, el mismo Tribunal había resuelto que "A partir de la entrada en vigor de la Constitución es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley, interpretarla conforme a aquella, esto es, elegir entre sus posibles sentidos aquel que sea más conforme con las normas constitucionales" (sentencia de mayo de 1982).

La consideración de este elemento constitucional en la interpretación, derivado del principio de legalidad, es una profunda alteración del modo en que tradicionalmente se ha venido interpretando la ley en nuestro país, porque implica entregar al juez intérprete la custodia, a través del procedimiento de hermenéutica de los derechos fundamentales, de forma de no aceptar sentidos de las leyes que importen vulneración de los mismos. Esta custodia no se da únicamente por medio de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, sino también por el de interpretación. Más aún, es posible afirmar que la inconstitucionalidad sólo podrá darse, justamente en aquellos casos en que se concluya que existe una contradicción o incompatibilidad entre la norma legal y la constitución, insalvable por medio de la interpretación, es decir, cuando el único sentido posible de la regla es precisamente uno que se aparta de la garantía constitucional y la vulnera. Claro está que ello ha de decirse de la ley, en su sentido estricto, es decir, el que man-

<sup>(11)</sup> Ramón Peralta, *La Interpretación del Ordenamiento Jurídico Conforme a la Norma Fundamental del Estado*, Madrid 1994, pág. 43. Vid. E. García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, pág. 95.

da el artículo 1º del Código Civil, porque cuando se trate de normas de rango inferior, si no hay posible sentido que haga concordarla con la Constitución, el juez deberá abstenerse de aplicarla y deberá hacer prevalecer la garantía fundamental.

Es justamente aplicando estos principios interpretativos que la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 13 de junio de 1995, justamente elogiada por un autorizado comentarista<sup>(12)</sup> y redactada por el profesor de la Facultad de Derecho de la U. de Concepción don René Ramos, ha resuelto que "Legalidad constitucional significa que se ha de observar el respeto a las normas jerárquicas superiores, de forma que el uso de esa facultad no conduzca a una solución que implique perturbar un derecho o garantía constitucional. En otros términos, debe interpretarse las normas con la debida coherencia para que la conclusión no vulnere un derecho garantizado por la Constitución. Así resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 6º y 7º y en especial el 19 Nº 26 de la Carta Fundamental. Ninguna norma puede interpretarse de tal manera que conduzca a vulnerar la Constitución".

De este modo, por ejemplo, no podrá aceptarse que una norma reglamentaria se interprete en sentido tal que atribuya a una autoridad administrativa, una facultad discrecional en materia de garantías constitucionales. En efecto, si el artículo 19 Nº 26 de la Constitución da la seguridad que las normas complementarias de los derechos fundamentales no pueden afectarlos en su esencia, no podría concluirse que una regla de grado inferior atribuya, por ejemplo, a la Di-

rección de Obras Municipales, una facultad discrecional subjetiva para conceder o denegar un permiso de construcción o aprobar o no un anteproyecto. Se trata entonces del derecho a edificar en un predio, atributo inherente al derecho de uso que conlleva la propiedad, garantizada por el artículo 19 Nº 24 de la Constitución. Luego, si la norma reglamentaria dice que "Si del estudio del anteproyecto se infiere la factibilidad y conveniencia de desarrollar el loteo propuesto, el Director de Obras Municipales concederá la autorización para desarrollar el proyecto definitivo" (artículo 3.1.3. inciso 4 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones), no podrá interpretarse el texto en el sentido de atribuir al Director la facultad de estimar de acuerdo a sus personales criterios, la conveniencia del proyecto y, por ende, negar su curso si él, conforme a sus criterios urbanísticos cree que es inconveniente, por elevadas que sean sus razones. Una facultad discrecional subjetiva en materia de garantías constitucionales, implica tanto como entregar su vigencia al criterio funcionario, lo que se aparta, evidentemente, del carácter de garantías que ellas tienen y, por tanto, del carácter objetivo y anteriores a todo poder administrativo de que están dotadas. Eso fue lo que resolvió en aquel caso la Corte de Concepción. En igual sentido, la misma Corte ha resuelto que el artículo 331 del Código del Trabajo no puede interpretarse en el sentido de atribuir a la Inspección del Trabajo facultad para resolver sobre la legalidad de un convenio colectivo al momento de pronunciarse sobre las objeciones de legalidad hechas a la respuesta dadas por el empleador a un proyecto de contrato colectivo del trabajo, porque ello significaría atribuirle el carácter de tribunal competente para resolver sobre un convenio celebrado, es decir, infringir el artículo 19 Nº 4 inciso 3 y el Nº 24 del mismo artículo. El primero en cuanto garantiza el no poder ser juzgado por comisiones especiales, y el segundo que asegura, a través del derecho de propiedad, la intangibilidad de los contratos y convenciones, cuya vali-

<sup>(12)</sup> C. Concepción, 13 de junio de 1995, confirmada por la C. Suprema en sentencia de 20 de septiembre de 1995, no publicada aún; pero resumen de ella en Informe Constitucional, Nº 1140, 23 octubre 1995. Al comentarla allí, el profesor Guillermo Bruna Contreras dice que "Pocas veces nos topamos con sentencias de tan alta calidad doctrinaria como ésta. Da gusto leerla y constar que hay jueces —en este caso preciso un abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Concepción— que manejan el recurso de protección y la propia Constitución con desenvoltura y acierto".

dez sólo puede ser objeto de un juicio tramitado ante el tribunal del orden judicial competente.<sup>(13)</sup>

3.2. *La derogación de normas contrarias o incompatibles con la Constitución.* Si hubiese de seguirse el principio de legalidad y de jerarquía constitucional, habría que concluir, necesariamente, que la dictación de la Constitución de 1980 ha significado la derogación de todas las reglas de grado inferior que resulten contrarias o inconciliables con ella. En efecto, si el principio de legalidad está fundado en la subordinación de normas inferiores a las superiores y de todas a la Constitución, la existencia de una regla constitucional ha de obligar a su obede-

<sup>(13)</sup> C. Concepción, 17 de enero de 1996, confirmada por la Corte Suprema, sentencia de 9 de abril de 1996, no publicada aún. En el mismo sentido, C. Arica, 12 de noviembre 1993, Gaceta Jurídica, N° 161, sentencia 4, pág. 124, confirmada por C. Suprema, 30 de noviembre de 1993; sentencias de la C. Santiago, 8 de julio de 1992, Fallos del Mes, 404, N° 4, pág. 462, confirmada por C. Suprema, 8 de julio de 1992. En relación con esa materia, en sentencia de 2 de mayo de 1994, Gaceta Jurídica 167, N° 3, pág. 86, la Corte Suprema, confirmando C. de Iquique, 6 de abril de 1994, resuelve que la Inspección no puede desconocer pactos vigentes y suscritos con antelación por las partes que sólo pueden ser invalidadas por mutuo consentimiento y por causa legal declarada por el órgano jurisdiccional competente, conforme lo dice el artículo 1445 del C. Civil. También en el mismo sentido, C. Suprema, 6 de mayo de 1994, Rev. de Der. y Jurisp., tomo 91, sección 5ª, pág. 95. Igual en C. Suprema, 2 de agosto de 1993, revoca C. Santiago, 18 de agosto de 1992, Rev. de Der. y Jurisp., t. 90, sección 5ª, pág. 190; y en C. Suprema, 30 de noviembre de 1993, Gaceta Jurídica 161, N° 4, pág. 124 que confirma C. Arica, 12 de noviembre de 1993. C. de Arica, 26 de enero de 1994, Gaceta Jurídica 65, N° 2, pág. 107, que la Corte Suprema el 23 de marzo de 1994 revoca; pero por razones que no afectan al fondo de la doctrina mantenida. En la de 5 de julio de 1993, Gaceta Jurídica 157, N° 8, pág. 49 de la Corte Suprema, mantiene la doctrina ya señalada, reproduciendo el voto disidente de la sentencia de C. Iquique, 28 de mayo de 1993 que había aceptado la legalidad de las facultades de la Inspección. Siempre en el mismo sentido, C. Suprema, 6 de octubre de 1992, Gaceta Jurídica 147, N° 3, pág. 116 y 10 de noviembre de 1992, Rev. de Der. y Jurisp., t. 89, sec. 5ª, pág. 296, en que alude expresamente al derecho de propiedad sobre los derechos emanados de los convenios colectivos.

cimiento porque prevalece sobre toda otra. Los principios que fundan la derogación tácita de la ley, contenidos en los artículos 52 y 53 del Código Civil, han de aplicarse al caso.

Con todo, esta cuestión no ha sido pacífica en la jurisprudencia de los últimos años y ha existido una diversidad de soluciones que se mantiene a la fecha. La cuestión ha sido también tratada por la doctrina en numerosos estudios<sup>(14)</sup> y la divergencia entre la opinión académica y las decisiones de los tribunales es notoria. Para los tribunales, hay al menos tres posibles soluciones que se han ido dando sucesivamente.<sup>(15)</sup> para algunas sentencias y algunos jueces, la existencia de una regla anterior a la constitución que entre en conflicto con las normas de ésta, ha de ser resuelta por la vía de los principios de la derogación tácita, según los cuales, la norma posterior deroga por incompatibilidad o contradicción la norma precedente, si es de la misma o de inferior jerarquía.<sup>(16)</sup> Para otras, si bien existe derogación tácita, nada impide que la diferencia

<sup>(14)</sup> Así, J. G. Verdugo, "Las Normas Constitucionales y la Vigencia de la Legislación Preexistente", Santiago, 1971; J. L. Cea E., "Notas Sobre Inaplicabilidad y Derogación de Preceptos Contrarios a la Constitución", en Rev. Chilena de Derecho, vol. 13, N° 1, enero-abril 1986, págs. 25 y sgts.; J. Precht Pizarro, "Derecho Material de Control Judicial en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: Derogación Tácita e Inaplicabilidad", en Rev. de Der. y Jurisp., t. 84 (1987), primera parte, págs. 87 y sgts. En nota a sentencia de C. Suprema, de 2 de agosto de 1994, Rev. de Der. y Jurisp., t. 91, sec. 5ª, pág. 11, el profesor Soto Kloss sostiene la derogación tácita de los artículos 559 y 561 del C. Civil por la Constitución.

<sup>(15)</sup> Sobre la jurisprudencia en la materia, véase nuestra nota en colaboración con R. Domínguez Benavente, a la sentencia de la C. Suprema de 4 de septiembre de 1992, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 191 (1992), págs. 179 y sgts.

<sup>(16)</sup> Por ejemplo, C. Suprema, 22 de octubre de 1982, Rev. de Der. y Jurisp., t. 81, sec. 5ª, pág. 215; 31 de diciembre de 1985, misma revista, t. 82, sec. 5ª, pág. 278; 31 de enero de 1986, misma revista, t. 83, sec. 5ª, pág. 7; 17 de enero de 1987, misma revista, t. 84, sec. 5ª, pág. 14; 9 de julio de 1987, misma revista, t. 84, sec. 5ª, pág. 134, entre otras y esta ha sido la opinión uniforme del anterior Fiscal de la Excm. Corte en los sucesivos informes a recursos de inaplicabilidad.

pueda también zanjarse por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.<sup>(17)</sup> Por último, sentencias más recientes sostienen que la divergencia sólo puede atacarse por la vía del recurso de inaplicabilidad y ello por dos razones: porque la Constitución no distingue al establecer el dicho recurso entre normas anteriores y posteriores, es decir, el clásico argumento *Ubi lex non distinguit* y porque, además, los artículos 52 y 53 del C. Civil suponen una colisión entre normas de idéntica jerarquía.<sup>(18)</sup>

Hubrá de reconocerse que el problema planteado no es de fácil solución y cada una de las alternativas plantea a su vez nuevas dificultades: Desde luego, aquella que sostiene que el artículo 53 del C. Civil supone normas de igual jerarquía, incurre en un error: la derogación tácita no se produce porque haya colisión entre dos normas del mismo nivel obligatorio, sino porque existe una voluntad legislativa que es inconciliable con otra precedente, sea por incompatibilidad o por contradicción, tal cual sucede con la revocación testamentaria (artículo 1215), de forma que hay una real presunción de alteración de esa voluntad. Si ello se produce entre normas de igual jerarquía, con mayor razón ha de existir la misma presunción si el conflicto se da entre una norma de menor jerarquía precedente y la posterior de superior jerarquía, porque una mínima lógica manda que lo que se dice de lo igual ha de predicarse con mayor razón de lo que es superior, ya que entra en cuestión aquí, además de la alteración de voluntad legislativa, el principio de legalidad y de jerarquía de las normas a que hemos aludido.

Pero por otra parte, ha de tenerse presente también la necesidad de seguridad jurídica que hace necesario un orden le-

gislativo cierto. Esa certeza se pierde si cualquier juez puede declarar la derogación de una norma; pero tampoco se gana en certeza y si se pierde en justicia y equidad, si el dilema entre ley anterior y norma constitucional posterior haya de resolverse únicamente por la vía de la inconstitucionalidad decretada por la Corte Suprema, como lo entienden algunas sentencias y como ha ocurrido en la práctica con la exigencia de caución de materia libertad provisional de acuerdo al artículo 44 inciso 2 de la Ley de Cheques. Bastará que en un caso no se deduzca tal recurso para que el querellado no obtenga la libertad con caución simple, frente a aquel otro que, con más recursos, pudo llegar hasta el tribunal supremo y obtener tal declaración.

En todo caso, la falta de certeza en las soluciones que el principio de legalidad ha traído en esta materia es una de las imperfecciones más notorias que el derecho chileno presenta en estos últimos veinte años, hasta el punto que, mientras en materia de cheques se ha sostenido la necesidad de recurso de inconstitucionalidad, en otra idéntica, como en la exigencia de caución del artículo 163 letra f) del Código Tributario, se ha resuelto que "aun cuando la cita del artículo 26 N° 19 de la Carta Magna podría conducir a la necesidad de pensar en la necesidad de interponer un recurso de inaplicabilidad, no puede olvidarse que la contradicción entre el texto constitucional y el texto legal es severa" y que, por ende, se produce la derogación tácita que los jueces del fondo pueden constatar por sí solos.<sup>(19)</sup> En cuanto a la doctrina, no ha faltado el recurso de derecho comparado para justificar las tesis en debate; pero por nuestra parte en-

<sup>(19)</sup> C. Suprema, 23 de diciembre de 1991, Rev. de Der., t. 88, sec. 4ª, pág. 129. El voto de minoría insiste en la inseguridad jurídica que resultaría de permitirse que cualquier juez decidiese sobre la derogación (cons. 4 voto disidente del abogado integrante Sr. Valenzuela Somarriva, quien mantuvo siempre esa tesis en los casos en que intervino). En el mismo sentido, sentencia de 5 de agosto de 1991, Rev. de Der., t. 88, sec. 4ª, p. 129 y Fallos del Mes 393, sent. 1, pág. 385.

<sup>(17)</sup> Por ejemplo, C. Suprema, 24 de agosto de 1990, Rev. de Der. y Jurisp., t. 87, sec. 4ª, pág. 64; 8 de junio de 1990, Fallos del Mes, N° 379 que acoge la inaplicabilidad del D.L. 2.695 bajo la base que no es técnicamente una norma anterior a la Constitución.

<sup>(18)</sup> Por ejemplo, C. Suprema, 4 de septiembre de 1992, Rev. de Der. Universidad de Concepción, N° 191, con nuestro comentario, ya citada.

tendemos que en esta como en ninguna otra materia, ha de tenerse cautela en uso del derecho extranjero porque las tradiciones constitucionales y jurídicas pesan aquí más que en otros aspectos y la nuestra difiere con mucho, por ejemplo, de la francesa, que siempre se ha mostrado contraria a entregar el control de constitucionalidad a los jueces, aun de la Corte de Casación, por prejuicios que vienen desde la Revolución Francesa. Otro tanto ocurre con el derecho alemán, al que algunos recurren en materias constitucionales, olvidando que sus tradiciones en ello son más que recientes. Autorizados doctrinadores mantienen la tesis tradicional de la derogación tácita a ser declarada aún por los jueces del fondo. Se ha dicho incluso que "Respecto de las leyes, se da todo el problema del control difuso de la constitucionalidad, que ha originado diversas posturas de la jurisprudencia suprema... Sépase sí, que nos parece obvio que cualquier juez de la República al conocer de un proceso ha de determinar las leyes aplicables al caso y leyes vigentes, por lo cual toca a él saber si se adecua a la Constitución, o sea, si es conforme a ella, dado que si es contraria simplemente es nula (artículos 6° y 7° de la Constitución). Pretender que sólo la Corte Suprema puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes es simplemente desconocer el principio de juridicidad y pasar de largo por el artículo 6 de la Carta Fundamental".<sup>(20)</sup>

3.3. *La integración de los Tratados Internacionales como fuente directa de derecho.* El principio de legalidad plantea otro desafío al ordenamiento jurídico tradicional y a la teoría de la ley que se sigue enseñando en Derecho Civil, en base al Título Preliminar, como si éste no hubiese sufrido los embates de la constitucionalización del derecho en los últimos veinte

<sup>(20)</sup> E. Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, t. 2, pág. 40, Santiago, 1996. En el mismo sentido, J. L. Cea Egaña, "Notas sobre Inaplicabilidad y Derogación de Preceptos Contrarios a la Constitución", citado, pág. 29, quien cita la doctrina de Sayagués Laso.

años. Este desafío viene producido por la reforma que la Ley de Reforma Constitucional 18.825 introdujo al artículo 5° de la Constitución. De acuerdo a éste "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". No comentaremos aquí el alcance práctico inmenso que se esconde en la formulación general de la primera parte del inciso. Complementada esa regla por la del artículo 19, N° 26, determina una exigencia imperativa para los jueces de subordinar toda decisión al respeto a las llamadas tradicionalmente "garantías constitucionales", aún por sobre cualquier texto normativo. No se ha llegado aún a ello en la práctica; pero la regla está allí con su poder latente para futuras innovaciones. Pero sí interesa aquí comentar lo ocurrido desde su aparición con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Los autores de la reforma constitucional quisieron introducir en la carta los mismos principios que ya han sido admitidos desde hace algún tiempo por los derechos de otros países, como es el caso de España, Francia,<sup>(21)</sup> Alemania y en nuestro continente, por ejemplo, por Argentina (artículo 75, inc. 22 de la Constitución). Ellos consisten en entender incorporados al derecho interno las prescripciones de los tratados internacionales relativos a derechos de la persona, tales como Convención Americana sobre Dere-

<sup>(21)</sup> En Francia, el artículo 55 de la Constitución ordena que los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados, tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de leyes. Sobre ello, F. Ferraud, "La Convention européenne des droits de l'homme et la cour de cassation française", en *Rev. Inter. de Droit Comparé*, 1995, págs. 691 y sgts. La Corte ha resuelto que si hay oposición, prevalece el tratado: *Cass.* 24 mayo 1975, *AJDA*, 1975, II, 567, nota Boulouis y 3 de junio de 1975, *Bull. Crim.* N° 141. Entre 1980 y 1993 en no menos de 810 sentencias se ha invocado la aplicación de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

chos Humanos, llamada Pacto de Costa Rica y otras semejantes.

Pero esa incorporación no ha dejado de suscitar arduas cuestiones con incidencia no sólo teórica, sino eminentemente prácticas y otras que pueden sugerirse; pero que hasta ahora no han sido planteadas formalmente.

Desde luego, esa incorporación plantea un problema de jerarquía de norma: si esos tratados se incorporan, ¿Qué rango toman dentro del orden jurídico chileno? ¿Tienen rango constitucional? ¿Tienen rango meramente legal? ¿Quedan situados entre la Constitución y la ley? ¿O bien, no tendrán incluso rango aún superior al de la propia Constitución? La respuesta tiene, como se comprenderá, consecuencias muy distintas: desde luego, para verificar el efecto que produce la incorporación respecto de las leyes que pudieren serles contrarias o incompatibles. Las respuestas que ha dado la doctrina y la<sup>(22)</sup> jurisprudencia al res-

pecto son variadas; pero ya se recordará lo ocurrido respecto al Pacto de Costa Rica y la libertad provisional en materia de delitos de giro de cheque sin provisión, de delitos tributarios, de apremios contenidos en diversas leyes, sobre lo cual no volveremos aquí; pero recordaremos que la cuestión es aún discutida con pareceres diversos entre las sentencias de la propia Corte Suprema y entre éstas y las de las Cortes de Apelaciones. ¡Y para qué volver sobre la misma cuestión y la ley de amnistía decretada bajo el gobierno militar! Se han producido en esta materia, situaciones que ofenden los más elementales principios de justicia y seguridad jurídica. Así, mientras la Corte Suprema ha sostenido en el último tiempo la constitucionalidad del artículo 44 de la Ley de Cheques,<sup>(23)</sup> algunas Cortes de Apelaciones, como por ejemplo la de Concepción, bajo el supuesto que dicha regla está derogada por los preceptos constitucionales y los tratados que prohí-

<sup>(22)</sup> Sobre ello, entre otros, H. Nogueira A. "Dignidad de la Persona y Derechos Humanos: Constitución, Tratados y Ley de Amnistía", XXV Jornadas de Derecho Público, t. 2, págs. 51 y sgts. y los autores citados en nota 16 a la pág. 70; Crisólogo Bustos Valderrama, "Naturaleza Jurídica de los Tratados y su Relación Jerárquica con la Ley", *Ídem.*, t. 3, pág. 195, Edeval, Valparaíso, 1994; "Los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno", Recopilación de J. Mera, F. Cristián Riego y J. E. Varas para Curso sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos para Jueces, 1990; S. Mohor A. y G. Fiamma, "La Jerarquía normativa de los tratados internacionales", en *Revista de Derecho Público*, N° 55 y 56 (1994); M. A. Fernández, "La reforma del artículo 5 de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16 (1989), págs. 809 y sgts., págs. 115 y sgts. En cuanto a la jurisprudencia, algunas sentencias han permitido fundar un recurso de protección en la infracción de un tratado, aunque es verdad que en esas situaciones las normas del mismo coinciden o se les hace coincidir con garantías constitucionales. Ejs.: C. Suprema, 19 de marzo de 1992, *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 89, sec. 5°, pág. 113. Incluso en la sentencia de la C. Suprema, 7 de septiembre de 1993. *Rev. de Der. y Jurisp.*, t. 90, sec. 1°, pág. 96, se acogió un recurso de queja con fundamentos en la Carta de la ONU y en el Pacto de Costa Rica. En sentencia 10 de julio de 1990, Fallos del Mes 380, N° 7, pág. 353, que confirma a fallo de C. Santiago, 31 de mayo de 1990, se desestima la protección porque el actuar de la administración en el caso ha sido lícito, al poner precisamente en ejecución un acuerdo internacional, con lo que

entonces no ha podido vulnerarse el derecho de propiedad. Más precisamente, el derecho es afectado; pero no hay acto ilícito, por tratarse del acatamiento a un tratado. En la sentencia de la C. Santiago de 7 de septiembre de 1994, confirmada por la de C. Suprema, de 13 de septiembre de 1994, Fallos del Mes 430, N° 11, pág. 639, se contiene un interesante voto disidente del abogado integrante profesor H. Nogueira, que compartimos plenamente y de acuerdo al cual el tratado se incorpora al derecho interno; pero no como una simple ley, sino con su particular naturaleza de acto múltiple que, por lo mismo, no puede quedar sujeto en su derogación a las normas que rigen la derogación del derecho interno, sino a los procedimientos de denuncia previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sería por lo demás absurdo que un país, luego de suscribir un tratado, pudiera derogarlo o modificarlo por el solo hecho de dictar una ley posterior. No hay en el caso ni siquiera derogación tácita, ya que si los estados son libres o no de ratificar un tratado, una vez efectuada la ratificación quedan ligados por una voluntad que es común a los estados intervinientes y que, por lo mismo, no queda entregada a la voluntad individual de cada uno, ya que lo contrario sería lo mismo que decir que los tratados no obligan seriamente.

<sup>(23)</sup> Por ejemplo, sentencias de 27 de septiembre de 1995, Fallos del Mes 442, n. 1, pág. 1271. 13 de enero de 1995, Fallos del Mes 434, n. 15, pág. 1176, 15 de diciembre de 1994, Fallos del Mes 433, n. 11, pág. 1018.

ben toda prisión por deudas, conceden comúnmente la libertad bajo caución simple conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal. Como, por otra parte ya no es posible, luego de la reforma de la Ley N° 19.374 al Código Orgánico de Tribunales, recurrir de queja por tales resoluciones, la doctrina seguida por la Corte Suprema no produce efecto alguno y sus sentencias no cumplen ningún efecto regulador de la doctrina jurisprudencial, para fijar, bien o mal, la subsistencia o derogación del citado artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Quien gira un cheque sin fondos en Florida, Octava Región, puede entonces obtener la libertad provisional con caución simple; pero quien lo haga pasado el puente Quejme, es decir, bajo el territorio de la Corte de Chillán, deberá consignar conforme al artículo 44 citado. ¿Es entonces efectivo que la ley es una sola para todo el país?

Pero si el debate se ha centrado en torno a esos conflictos muy determinados, bien pudiera pensarse en otros más complejos; pero que no podrían decidirse sino por las mismas soluciones: ¿Está subsistente el régimen de filiación chileno y la distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos? ¿Y es compatible con aquellos tratados, el régimen de sociedad conyugal en cuanto confiere sólo al marido la administración de la sociedad conyugal y separa de ella a la mujer?<sup>(24)</sup> ¿Y es posible entender que está conforme con las normas de esos tratados, buena parte de nuestro sistema procesal

<sup>(24)</sup> Parece oportuno recordar aquí que la oposición entre las normas de administración de la sociedad conyugal y el principio de la no discriminación y la igualdad, dio lugar a una interesante sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Kirchberg vs. Feenstra, 101 S. Ct. 1195 (1981); 450 US 455, 67 L. Ed. 2d. 428. En efecto, en ella se declaró contrario a la Catorceava Enmienda de la Constitución que asegura la igual protección ante la ley y la no discriminación, el antiguo artículo 2404 del Código Civil de Louisiana que otorgaba al marido, como jefe y dueño de la comunidad, el derecho exclusivo a disponer de los bienes sociales. El artículo fue modificado en el curso del juicio y hoy el artículo 2346 de aquel código confiere a ambos cón-

penal, vistas las garantías que exige el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica? ¿Y algunas normas penales sobre presunciones? Podríamos seguir, pero no basta evocar esos ejemplos, para anotar que los principios de la incorporación directa y, más aún, la obligatoriedad de los tratados para el juez, como norma interna, sin previa norma legal reglamentaria, responde a los mejores propósitos de garantía de la persona; pero provocan considerables dificultades y trastornos en la seguridad y conocimiento del orden jurídico chileno. Podrá afirmarse que el Estado realiza ya una acción de concordancia del ordenamiento interno con las exigencias de los tratados internacionales; mediante reformas que ya se han operado en el procedimiento penal y con los proyectos de reforma del Código Civil en materia de filiación. Pero para introducir esas reformas no se habría requerido de la modificación constitucional de 1989, pues desde que Chile ha ratificado ciertos tratados, ha adquirido el deber de cumplirlos, adaptando su ley interna al contenido de ellos y este deber ha existido siempre, desde que se pertenece a la comunidad internacional y se mantiene la voluntad de cumplir los compromisos internacionales. La reforma, si algún sentido tiene, ha pretendido algo más: la vigencia e incorporación directa y, por tanto, la obligatoriedad para los jueces de los tratados y no la simple declaración del deber para el Estado de modificar la ley nacional y es esto lo que determina consecuencias complejas que hemos querido

yuges el derecho de disposición. Entre nosotros, se ha sostenido la inconstitucionalidad de las normas que excluyen a la mujer de la administración de sus propios bienes en la sociedad conyugal. Así, Claudia Schmidt Hott, en Gaceta Jurídica 182, págs. 15 y sgts., esp. pág. 20. El profesor Pablo Rodríguez Grez, por su parte, sostiene la constitucionalidad de tales reglas, en *Regímenes Patrimoniales*, pág. 125, Santiago, 1996, bajo la base que tales limitaciones son libremente consentidas por los contrayentes, pero no es permitido dudar de la bondad del argumento: no es posible, según entendemos, renunciar en forma permanente a una garantía constitucional que, por otra parte, integra la noción de persona.

evocar. Si así no fuera, la reforma constitucional habría sido inútil.

Pero hay más cuestiones que señalar en este mismo orden de cosas: la incorporación de los tratados implica también alterar el sistema de interpretación de las normas, no solamente por las mismas consideraciones que hemos señalado para la Constitución, sino además porque los tratados tienen reglas propias de interpretación que no son asimilables a las del Código Civil. ¿Cómo entonces conciliar todo el sistema interpretativo actualmente existente, si por una parte hay que tomar el elemento constitucional, luego el internacional y también el legal interno? Cuestión delicada, pues ya se sabe que la interpretación de un tratado no puede hacerse sino de acuerdo a las normas del Derecho Internacional y no con la aplicación de las reglas interpretativas del derecho interno porque, de otro modo, se estaría entregando el alcance de un tratado no a la voluntad común de quienes adhirieron a él, sino a la individual de cada estado, con lo que su carácter de regla obligatoria para los suscribientes quedaría eliminada. Si el tratado es directamente obligatorio para el juez interno, lo es incluyendo el sistema y los principios de interpretación de los tratados, como por ejemplo los de buena fe o el de *pacta sunt servanda*, como lo manda el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

Entonces, más allá aún de la constitucionalización del derecho civil, se observa también un proceso de internacionalización del derecho civil que requiere de atención, porque es otro de los aspectos importantes en la evolución del derecho chileno privado de los últimos veinte años y que, a medida que se acentúa la incorporación del país a tratados comerciales, se irá acentuando y ya no sólo en aspectos propios de los derechos individuales.

#### 4. LOS MEDIOS TECNICOS DE LA CONSTITUCIONALIZACION

Poco se habría adelantado en estas cuestiones si la Carta de 1980 no hubiese

entregado a la práctica judicial medios técnicos para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales. Ya hemos recordado que, aunque con notorias imperfecciones y limitaciones, las constituciones precedentes y en especial la de 1925, contenían buena parte de las mismas garantías constitucionales que la actual y, sin embargo, nunca tuvieron ellas una traducción efectiva en la práctica, permaneciendo las más de las veces en su carácter de meras reglas programáticas. En un país de tradición profundamente estatista y formalmente legalista, era difícil si no imposible pedir a los jueces que aplicasen principios generales, normas no reglamentadas o no particularizadas en otras más elaboradas, conteniendo requisitos, definiciones y demás elementos controlables por la simple sumisión de los hechos a las leyes. Habría ocurrido lo mismo con la Constitución de 1980 si ésta no hubiese consagrado además medios técnicos para obligar a los jueces a pronunciarse directamente por la infracción a las garantías constitucionales. Y entre ellas, dos han sido fundamentales: el recurso de protección del artículo 20 y el artículo 19 N° 26, llamado con razón "la garantía de las garantías".

Es, pues, con justicia que un autorizado doctrinador, que por su parte ha puesto mucho de lo suyo en esta evolución, al referirse a ese recurso ha podido escribir que él ha significado "otra revolución silenciosa", parodiando el título de una conocida obra que alaba las transformaciones económicas de estos veinte años.<sup>(25)</sup> Nacido antes de la Constitución en el Acta Constitucional N° 3, pocos imaginaron lo que iba a significar en la transformación del derecho chileno y en especial en el derecho civil en los años posteriores. Las preocupaciones de esos años no iban justamente dirigidas a alabar una creación de un gobierno de facto. La historia podrá más tarde juzgar la curiosidad que significa que la más poderosa herramien-

<sup>(25)</sup> E. Soto Kloss, "1976-1986. Diez Años de Recurso de Protección. Una Revolución Silenciosa", en *Rev. de Derecho*, t. 83, primera parte, págs. 157 y sgts.

ta de defensa de los derechos individuales haya sido creada por un gobierno no constitucional.

No es este el lugar para hacer ni esa historia, aún demasiado reciente, ni para examinar ese recurso. Nos interesa sólo anotar como el medio por el cual, en los hechos, la constitucionalización teórica ha llegado a la práctica. Es por su intermedio que los tribunales se han visto en la necesidad de incorporar a las soluciones de los casos que se les plantean, el razonamiento constitucional, el principio de legalidad, el examen de constitucionalidad de las normas, el respeto a su orden jerárquico, la sumisión de los actos de la administración a las normas legales y constitucionales. Este examen, de algún modo imperfecto, se producía en la tradición jurisprudencial cuando se había resuelto que los jueces podían dejar de aplicar decretos ilegales; pero ahora el examen constitucional es amplísimo y sin límites y se ha de hacer ya no como único medio de subsanar la inexistencia de tribunales administrativos en la Constitución de 1925. Se trata ahora de un deber entregado a las Cortes de Apelaciones y tan general, por el alcance que la práctica ha dado a este recurso, que ha significado, por otra parte, el precisar en los hechos el contenido de las garantías constitucionales. Es gracias a él y al trabajo jurisprudencial que de él ha emanado, que hoy en día la noción de una administración pública todopoderosa que se impone al administrado, tiende a desaparecer en la cultura nacional, para ir hacia una que ha de cumplir su fin de servicio. Por otra parte, los conflictos entre particulares que alcanzan a los derechos garantizados por la Constitución, tienden a resolverse por este medio y no por las acciones tradicionales.

Pero esta revolución no ha sido sin problemas y aquí queremos retrasar algunos con trascendencia en la teoría de la ley y en los principios del derecho civil clásico.

4.1. *La dificultad de creación de una norma jurídica por medio de la jurisprudencia.* Las garantías constitucionales no están contenidas, como es natural, en re-

glas particularizadas o normadas, a las que la tradición jurídica chilena estaba acostumbrada. El juez, se nos ha enseñado desde siempre, es encargado de aplicar la ley y la jurisprudencia no es jamás fuente general de derecho. Esas son ideas que se continúan enseñando a los alumnos desde el primer año de derecho. El valor relativo de la sentencia judicial, por más que en los hechos, como haya dicho un eminente maestro, "la ley reina y la jurisprudencia gobierna" es un dogma que aparece en los códigos civiles de casi todos los derechos de tradición romanista y, evidentemente, en las obras que tratan esta cuestión. Luego, el juez requiere siempre, salvo hipótesis de laguna legal, de una ley, es decir, de una norma que le guíe y le precise la regla que ha de hacer observar. Pero cuando el juez se enfrenta a la solución de un problema de respeto a una garantía constitucional, sólo cuenta con los hechos por una parte (que pueden estar incluso integrados por normas reglamentarias y decisiones administrativas) y el correspondiente número del artículo 19 de la Constitución que sólo contiene la garantía o derecho humano precisado en sus más generales caracteres: la necesidad del "respeto a la integridad física o psíquica de la persona", la "igualdad ante la ley", "no poder ser juzgado por comisiones especiales", "respeto y protección a la vida privada y pública", etc... ¿Y cuándo ha de entenderse que se vulneran tales garantías? ¿Cuál es el contenido de cada una? ¿Qué límites tienen? ¿Qué ocurre con la colisión posible entre ellas? ¿Cuáles son los caracteres del dominio? ¿Y el alcance de los derechos económicos? Nada de ello viene reglamentado en el texto constitucional y el recurso de protección pide a jueces que están acostumbrados a un derecho plagado de definiciones, requisitos y detalles normativos, que determinen ellos si hay vulneración en el caso a una regla general en su enunciado. Por otra parte, no es posible pensar que sólo hay que atender al caso y que, por ende, no importa la falta de precisión. Las exigencias de seguridad jurídica, una garantía consti-

tucional no consagrada expresamente; pero base de todo orden, requieren de una precisión de tales derechos, de modo de saber, en el futuro, qué comportamientos están de acuerdo a ella y cuáles no. La falta de precisión podría producir graves inconvenientes, incluso en la vida económica diaria, en la programación de inversiones y de proyectos de obras.<sup>(26)</sup> Pero nuestros jueces no están acostumbrados a la creación por vía jurisprudencial de normas precisas. Y el recurso de protección exige, por sus caracteres, que el juez al resolver cada caso piense en las consecuencias que para el futuro tiene su decisión, ya que no hay otra guía en la materia que los fallos que se van produciendo. Se incorpora a una tradición legalista y romanista, exigencias propias de la tradición del *common law*, para las cuales ni nuestra enseñanza, ni nuestros usos están acostumbrados.

Habrà de recordarse que, contrariamente a una creencia común, la creación de una regla jurídica a través de la jurisprudencia es lenta, mucho más que la que se produce por los tradicionales métodos legislativos. Mientras la regla no se decanta, la incertidumbre subsiste y si los jueces no tienen presente su rol creador, las soluciones dispares para casos semejantes se multiplican creando inseguridad y, por lo mismo, obstáculos y vallas a la práctica negocial. La manera de creación de la regla por medio de la jurisprudencia ha sido preocupación doctrinaria y se destaca por insignes maestros que el juez, al fallar, no puede limitarse a resolver la situación concreta y que para hacerse una idea exacta de lo que ha de resolver, es necesario sobrepassarla y referirse a prin-

cipios generales del sistema jurídico.<sup>(27)</sup> Por otra parte, el carácter definitivo o no de una cierta solución dependerá en mucho de la adhesión o de las resistencias que le manifiesten los individuos y el cuerpo jurídico.<sup>(28)</sup>

Esta dificultad no ha dejado de sentirse en estos últimos veinte años. En algunos aspectos la regla jurisprudencial parece asentada, aunque de pronto surjan excepciones. Así, puede afirmarse que ya es regla el que los conflictos sobre la titularidad del dominio no son materia propia a dilucidarse por la vía de la protección.<sup>(29)</sup> Pero en otras, las oposiciones subsisten y con notoriedad. Un buen ejemplo lo dan las sentencias de la Corte Suprema de 14 de agosto de 1995 y de 13 de noviembre de 1989. En la primera, el Tribunal Supremo revoca una sentencia de la Corte de Puerto Montt que, fundándose precisamente en la anterior doctrina de la Corte Suprema, entendía que había infracción al derecho de dominio al quitarse a un área verde de una urbanización, su carácter de tal por decisión municipal.<sup>(30)</sup> Ahora, en la senten-

<sup>(27)</sup> En este sentido, véase V. Peter, "Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence", en Archives de Philosophie du Droit, t. 30 (1985), págs. 181 y sgts., y en particular sobre el modo gradual y evolutivo de formación de la regla jurisprudencial en pág. 197.

<sup>(28)</sup> Sobre esta cuestión, J. Maury, "Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit", en Etudes Ripert, t. 1, pág. 28 y sgts., esp. p. 42, Paris, 1950.

<sup>(29)</sup> Sobre ello, las sentencias son ya numerosas. Véase R. Domínguez A. y R. Domínguez B., comentario a sentencias de la C. Concepción de 28 de diciembre 1992 y 13 de noviembre de 1992, en Revista de Derecho U. de Concepción, N° 191, pág. 187. Esta regla se puede decir formada luego que en un comienzo la Corte Suprema había dicho que "no es óbice para la concurrencia de los antecedentes que justifican el recurso de protección el hecho de que el propietario invasor alegue a su vez derecho de dominio sobre el predio ocupado anteladamente por el reclamante". Sentencia de 7 de julio de 1980, Revista de Derecho, t. 77, sec. 1°, p. 53.

<sup>(30)</sup> En la sentencia de 13 de noviembre de 1989, Fallos del Mes 372, N° 2, pág. 679, la Corte Suprema confirma sentencia de la Corte de Concepción de 3 de octubre de 1989, en la cual se resolvió, acertadamente a nuestro juicio, que "el hecho de existir un loteo en el que se hayan previsto y aceptado áreas verdes y vinculada con éstas se hiciera:

<sup>(26)</sup> Por ejemplo, la imprecisión aún existente en torno a las normas sobre protección al medio ambiente, posibilita la acción de grupos ecologistas extremos que pueden producir efectos negativos en los propósitos de realizar inversiones productivas. Por ejemplo, en suplemento del diario *El Mercurio*, de 14 de diciembre de 1996, el presidente de la Corporación Nacional de la Madera denuncia que "presiones ambientalistas frenan la inversión". A veces esas denuncias son excesivas; pero algo de verdad hay en ellas.

cia de 1995, la Corte Suprema decide que no existe tal infracción, porque los recurrentes sólo tienen un interés legítimo de defensa del área verde, mas no un derecho de propiedad sobre un bien corporal, olvidando que antes había sostenido y pensamos que con razón, que la cercanía a un área verde constituye un atributo propio a los inmuebles afectados por su supresión.<sup>(31)</sup> Con todo, en sentencia de 20 de septiembre de 1995, la Corte vuelve a su primitiva doctrina que, según acabamos de decir, nos parece la correcta.<sup>(32)</sup> En cuanto a las atribuciones de la autoridad administrativa para pronunciarse sobre la legalidad de un convenio colectivo, la regla tiende a formarse en cuanto a que tal facultad no existe por significar atribuirse el rol de juez e infringir además el derecho de dominio que emana de los efectos de un contra-

las respectivas adquisiciones, es incuestionable que ellas constituyen un valor patrimonial para cada uno de los compradores de los sitios, como quiera que privarlos de aquellas significa disminuir ese valor y sustraer a cada lote el derecho de uso de esas áreas verdes". Agrega la sentencia que "en el concepto de atributos del dominio deben considerarse a manera de ejemplo, la condición de predio riberano, tener acceso a una casa o camino público, circunstancias que son atributos con contenido patrimonial". La doctrina nos parece absolutamente correcta, porque es evidente que el valor comercial y en la utilidad de un predio, ser ribereño a un curso de agua confiere ventajas que dan valor a la cosa y hacen que ella sea lo que es.

<sup>(31)</sup> En la sentencia de 14 de agosto de 1995, Fallos del Mes 441, N° 6, pág. 934, la Corte Suprema decide que el artículo 20 exige que "la amenaza, perturbación o privación recaiga, precisamente, en el derecho de propiedad sobre un bien corporal o incorporal, y no en un mero interés legítimo que no alcance a constituir un derecho de tal especie, como ocurre en este caso". No razona la Corte Suprema, como antes lo hizo acertadamente confirmando la sentencia de la Corte de Concepción, que la contigüidad a áreas verdes forma parte de los atributos del dominio.

<sup>(32)</sup> C. Suprema, 20 de septiembre de 1995, confirma C. Valparaíso de 2 de junio de 1995, Fallos del Mes 442, N° 11, pág. 1212 en la que se resuelve que no puede alterarse una subdivisión y loteo ya aprobados privándose a los propietarios del acceso a una calle proyectada.

to,<sup>(33)</sup> pero ello se traduce en dudas, en sentencias que contradican la regla. En otras situaciones, mientras a algunos se ha exigido que precisen en contra de quién recurren, en otras se ha resuelto que lo que interesa es el fin perseguido de hacer cesar los actos ilegales y arbitrarios, sin importar que no pueda precisarse en contra de quién se pide protección.<sup>(34)</sup> Y sólo tomamos algunos ejemplos. Recordemos también el tiempo que demoró el sentar la regla respecto al entendimiento de la frase "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad" el afectado por el hecho objeto de la protección que utiliza el artículo 20 de la Constitución y que diera lugar a sentencias contradictorias hasta sentarse la doctrina que parece correcta,<sup>(35)</sup> en cuanto a que la existencia de otros recursos procesales no cierra la vía a la protección.

La dificultad de precisar la regla aplicable cuando ello ocurre por vía jurisper-

<sup>(33)</sup> Las sentencias en ese sentido son numerosas. Por ejemplo, C. Suprema, de mayo 1994, Rev. de Der. y Jurisp., t. 91, sec. 5°, pág. 94; 2 de mayo de 1994, Gaceta Jurídica 167, N° 3, pág. 86; 30 de noviembre de 1993, Gaceta Jurídica 161, N° 4, pág. 124; 2 de agosto de 1993, Rev. de Der. y Jurisp., t. 90, sec. 5°, pág. 190; 5 de julio de 1993, Gaceta Jurídica 157, N° 8, pág. 149 y en Rev. de Der. y Jurisp., t. 90, sec. 3°, pág. 75, etc. Buen análisis de la cuestión en sentencia Corte Concepción, 17 enero 1996, confirmada por C. Suprema de 9 de abril de 1996, autos rol 152-95 y 407-96, respectivamente.

<sup>(34)</sup> En el fallo de la C. de Santiago de 16 de septiembre de 1986, Rev. de Der. y Jurisp., t. 83, sec. 5°, pág. 186, se dedujo el recurso contra quien ni siquiera había sido el autor del acto ilegal. Pero el tribunal acogió el recurso en contra del real autor, sosteniendo que lo sustancial de este medio de protección es consignar lo relativo al acto impugnado y la forma cómo se habría producido la violación a la garantía constitucional.

<sup>(35)</sup> En torno a esa cuestión ya clásica, R. Tavolaro Oliveros, "Recurso de protección: en busca del alcance perdido", en Gaceta Jurídica 54, págs. 44 y sgts.; E. Soto Kloss, "Sin perjuicio de... en el recurso de protección", en Rev. de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, vol. VI (1982), pág. 390, y sobre los diversos sentidos que ha tenido la frase en la jurisprudencia, H. Castellón y L. Rebollo, "Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil. Jurisprudencia sobre recursos de protección", Memoria, Univ. de Concepción, Fondo Publicaciones Fac. de Derecho, 1996, págs. 33 y sgts.

dencial y particularmente en materias constitucionales no es exclusiva de nuestra realidad. En un país de tanta tradición legalista y en que no existe una Corte Suprema única que tenga el control exclusivo de la constitucionalización, se han multiplicado también en los últimos años, las interpretaciones de la Constitución y poco a poco ha comenzado también a entenderse, incluso por la Corte de Casación, la vigencia directa de las normas constitucionales para el juez. Prueba de ello es una reciente sentencia de la Primera Cámara Civil de 4 de enero de 1995<sup>(36)</sup> insistiendo sobre el carácter constitucional del derecho de propiedad y que precisa que una restricción al derecho de disponer libremente de un inmueble, es un atentado a ese derecho constitucional. La sentencia innova sobre la idea comúnmente establecida en cuanto a que los tribunales ordinarios no son jueces de la constitucionalización de las leyes y trae a debate el peligro de la diversidad de jurisprudencias constitucionales; pero como bien lo hace notar un comentarista de la sentencia, "he ahí tal vez una crisis necesaria que permitirá la transición hacia un orden nuevo que integre plenamente la dimensión constitucional del derecho... Vamos más lejos. La contradicción es creadora. Lo es,<sup>(37)</sup> en general, como se sabe, entre la jurisprudencia y la doctrina. ¿Por qué no lo sería también entre varias doctrinas jurisdiccionales?"

Pero la dificultad e incertidumbre existe y debe tenerse en cuenta, en especial por los jueces, ya que la Constitución no es un texto legal como los demás: es el que confiere el carácter fundamental a las instituciones y que, como lo dijimos al inicio, otorga su poder como la máxima garantía a los derechos esenciales de

la persona. Ha de quedar al margen entonces de las soluciones sólo motivadas por las exigencias del caso, sin visión de generalidad y, como dice aquel comentarista, requiere estar protegida "en contra de los caprichos de la conciencia colectiva" y de las influencias que, de un modo u otro, son constantes en nuestra práctica judicial de los tiempos actuales y que han merecido públicas denuncias. Nuestro sistema no es el del precedente anglosajón, en el que tiende a respetarse la solución ya adoptada y, por ello, la regla sólo se decantará con el tiempo, luego de una constancia jurisprudencial, una vez que los tribunales hayan tomado ellos mismos conciencia de la regla que así han dictado.

Este rol que ha de tener la jurisprudencia frente a la constitucionalización del derecho privado, requiere entonces tomar clara conciencia de la profunda alteración que se produce en la teoría general de las fuentes formales del derecho, ya que la jurisprudencia adquiere ahora un efectivo rol creador de norma general, al precisar el alcance de las garantías constitucionales, rol que incluso, en variadas situaciones, prevalecerá incluso sobre el sentido legal. Se produce así un desplazamiento en las fuentes: de un derecho legislativo a otro pretoriano.<sup>(38)</sup>

4.2. *Hacia la desaparición de acciones clásicas.* El nacimiento de la acción constitucional de protección, con todas sus ventajas, no ha dejado de significar, sin embargo, una grave perturbación en el debate procesal diario. Su aformalismo, que resulta de la generalidad con que está consagrado en el artículo 20 de la Constitu-

<sup>(36)</sup> Sobre esta cuestión, Ph. Jestaz, "Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre", en Rev. Trim. Der. Civ., 1996, págs. 299 y sgts., en que el autor examina las oscilaciones históricas y hasta nuestros días, entre un derecho legislativo y uno jurisprudencial. Con todo, la idea que sólo de la jurisprudencia constante sea una fuente creadora de norma no es compartida por todos. Así, sobre ello, J. Vanderlinden, "Contribution en forme de mascaré à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate", misma revista, 1995, pág. 19.

<sup>(37)</sup> Civ. 1°, 4 de enero de 1995, D. 1995, somm. 328, obs. M. Grimaldi; J. C. P. 1996, edic. G.I. 3921, obs. Périnet-Marquet; Rev. Trim. Der. Civ. 1996, 932, obs. F. Zenati.

<sup>(38)</sup> F. Zenati, obs. en la Rev. Trim. Der. Civ., citada en nota precedente, pág. 935. Sobre los peligros de una multiplicación de jurisprudencias constitucionales. N. Molfessis, *Conseil constitutionnel et droit privé*, N° 684 y sgts., tesis. Paris. 1994.

ción y de las normas muy primarias que, para reglamentarlo tiene el Auto Acordado de la Excm. Corte, así como de la doctrina jurisprudencial que se ha ido creando en cuanto a las exigencias procesales,<sup>(39)</sup> ha derivado la paulatina desaparición de acciones clásicas. El recurso de protección ha reemplazado así una acción procesal instaurada con desmedro de otras de rango meramente legal; pero con una sólida tradición y exigencias conocidas y reguladas. Los litigantes prefieren, indudablemente, recurrir de protección ante hechos que, en forma, serían propios de aquellas acciones. El recurso de protección no requiere de gran imaginación de los abogados; basta señalar hechos, adecuarlos a las garantías constitucionales y la petición ha de usarse en ingenio, ya que basta pedir que se den las providencias que la Corte juzga necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, copiándose así parte del artículo 20. ¡Qué enorme facilidad: la demanda queda entregada al Tribunal, desde éste verá, finalmente, cuál es la vulneración y determinará las medidas correctivas del caso!<sup>(40)</sup>

Pero entonces recurrir a las acciones posesorias para defender un inmueble de

<sup>(39)</sup> Sobre el formalismo del recurso en la jurisprudencia, H. Castellón, N° 3.3.d, págs. 11 y sgtes., en un aviso publicitario de un cierto "Instituto" cuyo nombre no hemos retenido, se habla de la existencia de una carrera de "técnico en protección" (?).

<sup>(40)</sup> Se recordará que algunas sentencias invocarse una garantía invocarse ninguna, como en la sentencia de la Corte Suprema de 30 de mayo de 1981, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 8 de julio de 1981, N° 272, págs. 282, la regla jurisprudencial que el Tribunal puede determinar la vulneración. Vid H. Castellón y L. Rebolledo, ob.

recurso en la jurisprudencia, H. Castellón, ob. cit., N° 3.3.d, págs. 11 y sgtes., en un aviso publicitario de un cierto "Instituto" cuyo nombre no hemos retenido, se habla de la existencia de una carrera de "técnico en protección" (?).

recurso en la jurisprudencia, H. Castellón, ob. cit., N° 3.3.d, págs. 11 y sgtes., en un aviso publicitario de un cierto "Instituto" cuyo nombre no hemos retenido, se habla de la existencia de una carrera de "técnico en protección" (?).

atentados de terceros resulta absurdo. Los conceptos clásicos de posesión, de su prueba, las exigencias de calificación de la acción impuestas por la doctrina jurisprudencial son obstáculos que pueden eludirse mediante el uso de la protección. Y es cuestión de revisar las diversas revistas que publican sentencias en Chile para verificar que en los últimos veinte años las acciones posesorias han desaparecido de la práctica. El juicio que pueda tenerse sobre el punto puede ser incluso neutro,<sup>(41)</sup> pero para nosotros hay allí una consecuencia que no puede dejar de mencionarse, visto por lo demás, lo que se dirá en torno a la adecuada tutela de un justo proceso.

Del mismo modo, el abuso a la simpleza del recurso de protección, determina que en numerosas ocasiones, el incumplimiento contractual que debería ser objeto de un proceso común, se resuelva por la vía de la protección, desnaturalizándose su fin mediante una extensión indebida de su alcance y finalidades, con la ayuda de los tribunales a quienes parece, en tales casos, que su deber de hacer justicia prevalece sobre otras consideraciones, como si los fines de seguridad jurídica, de equilibrio procesal y otros principios que conducen al debido proceso, no fueran también en forma esencial, elementos de un juicio justo. No habrá de olvidarse al respecto, como nos lo enseña una larga vida de abogado de ejercicio activo, que la peor justicia es la que se hace sin formas y bajo el supuesto de "hacer justicia". Son numerosos los casos en que conflictos contractuales aún complejos y aún acciones de nulidad son objeto de recursos de protección.<sup>(42)</sup> Las más de las veces, la intervención de la Corte de Apelaciones por la vía del recurso de protección se ha justificado bajo la

<sup>(41)</sup> Sobre ello, H. Castellón y L. Rebolledo, ob. cit., N° 5.1., págs. 62 y 63.

<sup>(42)</sup> Ejemplos claros de acciones de cumplimiento contractual por la vía de la protección son las sentencias de C. de Antofagasta de 16 de septiembre de 1992, Rev. de Der. y Jurisp., t. 89, sec. 5°, pág. 350 (negativa a pagar una indemnización de seguro); C. de Santiago, 25 de mayo 1984, Rev. de Der. y Jurisp., t. 81, sec. 5°, pág. 144 (restitución de dineros a la caja social).

base de mantención del statu quo y de impedir *actos de autotutela*.<sup>(43)</sup> Más, la justificación no nos convence, pues bien miradas las cosas, todo incumplimiento contractual implica un acto de autotutela. Salvo casos en que una de las partes está impedida de cumplir, en los demás, el incumplidor no lo hace porque pretende tener alguna razón para no hacerlo: incumplimiento real o supuesto de la otra parte, vicios imputados al contrato, hechos sobrevinientes que alteran las bases contractuales iniciales y otros. Bajo tal prisma, el único caso en que un contratante no toma la justicia de su propia mano es aquel en que imperan los viejos principios de *solve et repete*, en que la acción del que tiene quejas por el actuar contrario se abre después de haber cumplido y para obtener la restitución. De aquí que la intervención del recurso de protección en materia de incumplimiento contractual nos parece un exceso que la evolución jurisprudencial habrá de corregir. Lo mismo puede decirse de aquellas sentencias que, por esta vía sumaria, han llegado incluso a condenar al pago de perjuicios, convirtiéndola en verdaderas acciones de responsabilidad civil; pero sin las garantías de un juicio realmente contradictorio y en abierto conflicto con el carácter urgente de la sentencia de protección que no significa cosa juzgada sobre los derechos que han podido discutirse.<sup>(44)</sup>

#### 4.3. Vulneración de principios procesales fundamentales. La desmedida exten-

<sup>(43)</sup> Así, por ejemplo, E. Soto Kloss, nota a sentencia de C. Santiago, 25 de mayo de 1984, Rev. de Der. y Jurisp., t. 81, sec. 5°, pág. 144.

<sup>(44)</sup> La facultad de condenar al pago de perjuicios en materia de protección ha sido defendida: así, E. Soto Kloss, *El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia*, págs. 414 y sgtes., Santiago, 1982; Ana María Díaz Muñoz, "La ilegalidad y la arbitrariedad de la administración en la jurisprudencia sobre el recurso de protección", págs. 99 y sgtes., Memoria, Concepción, 1983. La sentencia de la Corte de Chillán de 25 de abril de 1983, Gaceta Jurídica 35, pág. 86, luego de adoptar medidas en protección del derecho de propiedad, señala que ello es "sin perjuicio de la indemnización de perjuicios que por esta explotación haya sufrido la recurrente, cuya especie y monto deberán discutirse en el juicio que corresponda". En nota a esa sentencia, el profesor Soto Kloss alaba la decisión. Por nuestra parte,

sión que por las razones ya señaladas ha alcanzado el recurso de protección, implica en numerosos casos, la vulneración de principios procesales fundamentales que, incluso, atendido el amplio tenor que ha de alcanzar en una sociedad regida por un estado de derecho, la garantía del debido proceso (artículo 19, N° 3, inciso 5 de la Constitución); tienen rango constitucional. Y habrá de recordarse que esa garantía sólo cede en importancia al derecho a la vida y a la igualdad ante la ley, si hemos de aceptar que entre aquellas existe un orden de prelación, que ha de regir los casos de conflictos que pudieren producirse entre tales derechos fundamentales<sup>(45)</sup>. Sin embargo, es lo cierto que de

no compartimos tal entusiasmo. Si la sentencia en un recurso de protección deja a salvo a las partes el derecho a discutir en el juicio que corresponda, los derechos respectivos, tal cual aparece en la propia historia del establecimiento del dicho recurso, no podemos imaginar que, atendida esa naturaleza provisoria de la sentencia, puedan sin embargo establecerse en ella derechos permanentes y definitivos. Es verdad que la sentencia referida sólo se limita a señalar que existe el derecho a indemnización, conclusión que así entendida sería inoficiosa, pero agrega que lo que las partes podrán discutir más tarde es la "naturaleza y monto" de los perjuicios, con lo que da por firme el derecho a perjuicios. En otros términos, usa para el recurso de protección una fórmula semejante a la del art. 173 del C. de Proc. Civil. ¿Y que sucedería si más tarde, en juicio contradictorio, resultare desvirtuado el dominio del recurrente? Se ha ido incluso más allá: en sentencia de junio de 1996 (no publicada aún), recurso de protección Pérez contra Empresa Constructora Los Angeles Ltda., la Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Concepción de 30 de enero de 1996 (rol 194-95 Corte) y condena al pago de perjuicios. La Corte de Concepción ha entendido que, en esos términos, por vía incidental, al ordenarse el cumplimiento de la sentencia, han de fijarse los perjuicios. Se llega así a una solución que ni con una querrela posesoria, en la que hay real controversia, se habría logrado.

<sup>(45)</sup> Se recordará que la Excm. Corte ha reconocido la existencia de esa prelación y es por ella que ha resuelto, por ejemplo, la posible colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión. Vid. sentencia C. Suprema, 15 de junio de 1993, Rev. de Der. y Jurisp., t. 90, sec. 5°, pág. 164. No todos están de acuerdo, sin embargo, con esa prelación y hay quienes sostienen que siempre es posible aplicar todas las garantías con una debida interpretación.

esa garantía los cultores del derecho procesal chileno no han sabido extraer todas las posibles consecuencias que de ella han de derivarse para la validez de los procesos. Ha faltado, sin duda, a su respecto, la misma elaboración y contribución que los autores del derecho público chileno han aportado al desenvolvimiento de los principios constitucionales y, precisamente, a la constitucionalización del derecho privado a que nos hemos venido refiriendo. Tal vez, como la aplicación de esa garantía a los tribunales ordinarios, requeriría un examen crítico de la propia labor, los jueces no contribuyen a su pleno respeto cuando de los procesos que han de conocer ellos se trata, aunque si les haya servido para contener la invasión de autoridades administrativas a tareas jurisdiccionales.

Ahora bien, la garantía de un debido proceso requiere, por ejemplo, como cuestión esencial, la obligación de observarse en todo proceso, el deber de lealtad que, como lo ha escrito muy recientemente un ilustre profesor, "va a contribuir a la manifestación de la verdad en el sentido en que ella subentiende la existencia de un cierto número de disposiciones procesales que sirven para poner en obra la búsqueda de la verdad. El proceso no sería leal si no pasara por la búsqueda sincera de la verdad, lo que conduce a que las partes deban discutir sus pruebas recíprocas, y les impone previamente comunicarse voluntariamente sus elementos de prueba".<sup>(46)</sup> Sin embargo, el carácter afor- mal no sólo del recurso de protección mismo, sino aún más el de su tramitación, implica, cuando se trata de materias propias de juicios de lato conocimiento, hoy a menudo resueltos por esa vía, infringir esos deberes. No existe ni la contradic-

<sup>(46)</sup> Anne Leborgne, "L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, en Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1996, N° 3, págs. 535 y sgts. La cita está referida a la pág. 537. Véase también, sobre el carácter constitucional de la lealtad de las pruebas y más ampliamente sobre los aspectos constitucionales del proceso, G. Schmitter, *La constitutionnalisation du droit processuel*, tesis, Aix en Provence, 1993, págs. 320 y sgts.

ción de la prueba, ni su comunicabilidad a la contraria, pues las más de las veces incluso se presenta justo antes de la vista de la causa. Más aún, la práctica hace que cuestiones técnicas que requerirían de examen controversial, se resuelvan con ayuda de "oficios" que el Tribunal ordena enviar a los más variados organismos, aún sin petición de parte y, desde luego, sin posibilidad de examen contradictorio. Del mismo modo, se designan peritos, sin las formas clásicas, se admiten pruebas que, en un proceso regular no serían oídas, como declaraciones notariales, documentos elaborados para el caso, etc., y no se permiten otras, como testigos formalmente examinados, confesional, etc. Es verdad que todo ello podría justificarse en un procedimiento que, por su naturaleza, debería ser rápido y destinado, fundamentalmente, a mantener una situación de hecho, a impedir justicias por mano propia. Es decir, en un procedimiento de "urgencia". Tal es el carácter propio con que se creó el recurso de protección y sus aspectos procesales que un autorizado exponente ha destacado,<sup>(47)</sup> determinan que sea unilateral e inquisitorio, lo que implica que no se respete en él los principios procesales a que hemos aludido, claro está que entendiéndose que la sentencia que en él se dicte es eminentemente provisoria. Pero en la práctica, este carácter se

<sup>(47)</sup> Lautaro Ríos A., "El recurso de protección y sus innovaciones procesales", en Revista Chilena de Derecho, vol. 20 (1993), págs. 453 y sgts., que destaca los caracteres más relevantes: unilateralidad, inquisitorio y no contradictorio, de sentencia eminentemente provisoria. Más aún, el autor estudia con razón, varios aspectos objetables en su constitucionalidad, del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del referido recurso. Entre ellos, la circunstancia que éste confiera competencia a la Corte de Apelaciones del lugar donde se hubiera ejecutado el acto o incurrido en la omisión, con lo cual se atribuye, generalmente, competencia al tribunal del domicilio del ofensor y no necesariamente el del ofendido, además que se obliga a los afectados de provincia a recurrir en Santiago por actos propios de la administración central. Compartimos sus críticas; pero también señalamos que los caracteres indicados por él son admisibles sólo si realmente el recurso trata de situaciones de urgencia y con sentencia provisoria.

ha ido vulnerando con la amplitud alcanzada por este recurso al que los tribunales no han podido o no han querido fijar deslindes más precisos. De allí que, hoy en día, numerosos recursos de protección se hayan transformado en verdaderos juicios ordinarios sin tramitación ordenada, con centenares de páginas de tramitación y en los cuales ya, ni siquiera la Corte Suprema respeta su propio Auto Acordado que señala plazos perentorios para su fallo. Cuestiones delicadas, como las ambientales, que necesitan de un examen técnico acabado, resultan así planteadas por esta vía y se llama al tribunal a resolver, por ejemplo, si es o no posible instalar una central hidroeléctrica y si ella implica o no altera esencialmente condiciones naturales de un río, su incidencia en las aguas marinas, etc., o si un contrato es válido o nulo, si una asamblea de socios se ha efectuado de acuerdo a las normas legales, si hay o no inoponibilidad de un contrato y sólo citamos ejemplos de lo que hemos visto de acuerdo a nuestra práctica profesional. Y ello sin entender que se trata de sentencias provisorias, tanto por las conclusiones terminantes de muchas de ellas, cuanto porque de hecho, adquieren todas el carácter de definitivas.<sup>(48)</sup>

No siempre se repara en que el formalismo procesal, si bien engorroso y molesto para quienes propugnan una justicia rápida, es también garantía de real justicia y seguridad. Bien dice un maestro del derecho, con fina ironía, que "Definitivamente, el mito de una justicia a la vez expeditiva y buena es para ser guardado en el mismo compartimento que el vehículo espacioso, pero fácil para estacionar".<sup>(49)</sup> Y para insistir en este aspecto, nos remitimos a las palabras de otra autorizada exponente: "el

<sup>(48)</sup> En su obra *El recurso de protección ante el derecho comparado*, Santiago, 1990, págs. 89, el profesor E. Paillas destaca que a pesar del carácter transitorio de la sentencia, no se conocen casos en que lo resuelto en un recurso de protección haya sido discutido en juicio ordinario posterior y con resultado diverso, agregaríamos por nuestra parte.

<sup>(49)</sup> Ph. Jestaz, *El Derecho*, pág. 123, traducción de la 2ª edic. francesa, Edit. Jurídica de Chile, 1996.

debate contradictorio es la negación de toda verdad revelada y no discutida en provecho de una verdad contradicha y sólo entonces establecida".<sup>(50)</sup>

Es verdad que la obligatoriedad directa de la constitucional para los jueces ha significado, como lo hemos ya manifestado, un elemento esencial para la efectiva vigencia de las garantías constitucionales. Pero ello no ha de llevarse al extremo de significar el olvido de principios que también son fundamentales para un estado de derecho y un efectivo ordenamiento jurídico. De allí que entendida esa obligatoriedad en forma absoluta, como si la Constitución fuera la única regla existente y que ha de concebirse separada del resto de las normas, produce resultados inconvenientes para la seguridad jurídica. Si la Constitución es, según se ha visto, elemento esencial para la interpretación del resto de las normas, no es menos cierto que éstas deben ser también integradas en la interpretación y aplicación de la regla constitucional, de forma que haya coherencia en todo el sistema. Abandonar entonces el respeto a principios procesales que, por último, tienen también rango constitucional o son esenciales para la seguridad jurídica, es un exceso que habrá que corregir. Bueno es recordar que en países que han tenido una experiencia semejante a la nuestra, como España, la jurisprudencia ha vuelto sobre sus pasos en el exceso constitucional.

## 5. LA PROPIETARIZACION DEL DERECHO

Es este otro de los aspectos más novedosos ocurridos en el derecho chileno de los últimos veinte años y justamente como parte de la constitucionalización del Derecho Civil. Es uno más de los medios técnicos por los cuales esa constitucionalización se ha producido, pero sus peculiares caracteres requieren de un examen especial. Se trata ahora de un fenómeno

<sup>(50)</sup> M. Delmas-Marty, "Vers un modèle européen de procès pénal", en *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, 1992, pág. 298.

inverso al que hemos venido describiendo: mientras hasta ahora hemos señalado que la tendencia es convertir los derechos privados en garantías constitucionales para ponerlos a salvo de los atentados del resto del ordenamiento jurídico, ahora se trata de convertir los más variados derechos, situaciones y aún hechos, en propiedad o dominio para así lograr la protección que el artículo 19 N° 24 consagra a este derecho el más eminente del ámbito civil patrimonial. Si antes un autor pudo decir "todo se hace derecho público",<sup>(51)</sup> hoy podríamos decir, por el contrario: "todo se hace derecho de propiedad".

Este fenómeno, calificado de "propietarización del derecho", es denunciado por algunos como un exceso inaceptable,<sup>(52)</sup> pero defendido por otros como gran logro de la actual Constitución, incluso con acalorados argumentos.<sup>(53)</sup> Es él el causante de la desmedida extensión del recurso de protección, efecto sobre el cual tenemos un juicio a lo menos reservado.

Desde luego, como se ha dicho por quienes han analizado la cuestión, el fenómeno tiene como sustento jurídico el alcance que los tribunales han dado a la primera

<sup>(51)</sup> Fue la frase tan conocida de R. Savatier en sus...: "tout devient droit public", la que recordamos teniendo en mente a nuestro profesor de Derecho Industrial y Agrícola, don Quintiliano Monsalve Jara, que la repetía a menudo no sólo porque expresaba la tendencia del derecho en aquella época, sino además porque profesaba especial veneración por el gran Decano de la Facultad de Derecho de Poitiers y su obra ya mencionada.

<sup>(52)</sup> Así, uno de los primeros en denunciarlo como un real despropósito ha sido el profesor Alejandro Vergara Blanco, en "La Propietarización de los Derechos", en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIV, 1991, págs. 281 y sgts. y en Informe Constitucional, N° 322 y 323, 1 y 2 de junio de 1992. Para un estudio más acabado de la cuestión, vid. la reciente obra del profesor Alejandro Guzmán, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Edit. Jurídica, Santiago, 1995, en especial, págs. 99 y sgts. "La inflación de los derechos". Sobre aspectos jurisprudenciales de esta "propietarización", H. Castellón y L. Rebolledo, ob. cit., págs. 65 y sgts.

<sup>(53)</sup> Así, E. Soto Kloss, Propietarización de los derechos: no una herejía sino la esencia de lo que es derecho, Informe Constitucional, N° 329, 10 de junio de 1992.

frase del artículo 19 N° 24 de la Constitución al garantizar: "El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales" y como, por otra parte, el artículo 565 del C. Civil dice que "Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales", agregándose por el artículo 583 que "Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad", la conclusión judicial ha sido la propia de un silogismo primario: luego sobre toda cosa incorporal hay una propiedad y, por tanto, todas merecen protección constitucional, porque toda forma de propiedad está garantizada constitucionalmente. Así, el derecho del alumno para proseguir sus estudios es una propiedad de aquél, el cargo público confiere una propiedad a su servidor (y así resulta la curiosidad que un cargo destinado al "servicio público" se convierte en un derecho personal de quien está obligado a servir), el derecho de cada parte que emana del contrato es una propiedad suya, etc... Los excesos han llegado hasta el punto de entenderse, en una curiosísima sentencia, que un médico tiene un derecho de dominio sobre su propio prestigio, de forma que el hecho vulneratorio de tal prestigio es un atentado a esa propiedad,<sup>(54)</sup> que además

<sup>(54)</sup> C. Santiago, 12 de diciembre de 1994, confirmada sin más por C. Suprema, 27 de diciembre de 1994, Fallos del Mes 369, N° 13, pág. 464. El razonamiento de la sentencia no hace honor de ningún modo, al razonamiento jurídico y menos aún al cuidado que con él han de tener los sentenciadores. El prestigio de una persona forma parte, sin duda, de su derecho a la honra, en su amplio sentido, garantía protegida por el artículo 19 N° 4 y de grado preferente al derecho de propiedad. La sentencia no tenía entonces para qué aludir a la propiedad. Pero lo curioso es que la sentencia dice que "Este prestigio y calidad profesional es un derecho que se incorpora al patrimonio del profesional... Sobre este derecho inmaterial el recurrente tiene una especie de propiedad. Es esta la garantía constitucional que se ha quebrantado". No repararon los jueces, en fallo, que lo que caracteriza a los derechos de la persona es, precisamente, su indisponibilidad y no patrimonialidad. ¿Cómo entonces pueden decir que el derecho al prestigio forma parte del patrimonio? Misterios del recurso de protección. Tal vez los jueces no entendieron que en los hechos objetados había un real atentado al honor del médico en cuestión y de allí que recurrieron a la "propietarización" del prestigio.

se califica de patrimonial y en otra se ha calificado de derecho de dominio sobre una cosa incorporal al que emana de una resolución judicial, con lo cual la sentencia se transforma así en otra fuente de derechos reales.<sup>(55)</sup>

No abundaremos en mayor análisis de este fenómeno, ya que está consagrado por la práctica y parece difícil de contener. La regla está formada. Además, sus vicios jurídicos han sido analizados con cuidado por autores a que hemos aludido. Pero no podemos dejar de mencionar al menos sus graves defectos técnicos. El derecho de propiedad implica, por definición (artículo 582, C. Civil), la disponibilidad. Sin ella no hay real propiedad. Pues bien, las más de las veces, los tribunales califican de propiedad a situaciones o pretensiones subjetivas y aun a derechos de la persona, con lo cual resulta que, como todos ellos no son disponibles, he aquí una propiedad que no es realmente tal sino sólo para fines de protección constitucional por la vía del recurso en examen. Porque no se supondrá que un alumno pueda enajenar sus calificaciones, sobre las cuales, sin embargo, se ha resuelto, en un comienzo, que tiene un derecho de propiedad,<sup>(56)</sup> aunque afortunada-

<sup>(55)</sup> C. Suprema, 30 de diciembre de 1992, Rev. de Der. y Jurisp., t. 89, sec. 5°, pág. 303.

<sup>(56)</sup> En sentencia de C. de Punta Arenas, de 4 de mayo de 1985, Gaceta Jurídica 68, pág. 65, se habla de "amenaza en el legítimo ejercicio del derecho de propiedad sobre un bien incorporal, constituido por los cursos aprobados y calificaciones obtenidas en la carrera de Ejecución en Electricidad", y cosa semejante dijo la C. de Concepción en el clásico caso "Rojas Bascur con Rector U. de Concepción", confirmado por la C. Suprema, 25 de noviembre de 1980, Rev. de Der. y Jurisp., t. 77, sec. 5°, pág. 109. Más curiosa es la argumentación de la C. de Santiago, en sentencia de 18 de diciembre de 1989, Gaceta Jurídica 114, pág. 40, donde primero hace una conversión del ingreso del alumno a la Universidad en un acto administrativo que le confiere un *status*, de forma que sus calificaciones son actos administrativos que se adquieren por el estudiante y por ello ingresan de modo irrevocable a su patrimonio, con lo cual su titular tiene un derecho de propiedad sobre ellas. Nos imaginamos que esos argumentos hechos en examen, sea de derecho público administrativo, sea de derecho civil, darían lugar a otra especie de propiedad: la que recae sobre el derecho a repetir la asignatura.

damente no siempre.<sup>(57)</sup> Por otra parte, si el C. Civil señala que sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad, no habrá de olvidarse que el artículo 576 clasifica a las cosas incorporales de derechos reales o personales y que los derechos personales o de crédito (art. 578) son distintos a los derechos reales. De este modo, cuando se resuelve a veces que el arrendatario tiene un derecho de dominio sobre los efectos del contrato, se incurre en la curiosidad de calificar de real al derecho que se tiene sobre los efectos de un contrato, que son eminentemente personales, con lo cual, el derecho personal se convierte en real, incluso con respecto al arrendador, es decir, a la contraparte, con la cual sólo existe como lazo un derecho de crédito. Derecho de crédito y derecho real se hacen iguales, de forma que la distinción del artículo 576 se torna inútil. En realidad, el acreedor de un derecho personal tiene justamente eso: un derecho personal que le permite exigir prestaciones de la contraparte y en contratos como el de arrendamiento, un deber de lealtad y que se traduce en la obligación de garantía, sea contra actos de perturbación de terceros, sea contra perturbaciones del propio arrendador (artículos 1924 N° 3, 1928, 1930).

La cuestión que evocamos tiene su origen, además, en el clásico vicio de nuestros derechos romanistas que no han evolucionado en sus conceptos y que es el de tomar por realidades inmovibles, las calificaciones y categorías reconocidas clásicamente, olvidándose que ella no son sino procedimientos de abstracción de la técnica jurídica; pero no realidades del mundo exterior, cuyos límites y excesos han sido puestos en relieve por numero-

<sup>(57)</sup> Así, la sentencia de la C. de Santiago, de 30 de enero de 1981, Fallos del Mes N° 296, pág. 89, dice bien que el texto constitucional no ha llegado al extremo de concebir la propiedad de modo tan vago y que no toda manifestación inmaterial que proporcione un beneficio es una cosa incorporal susceptible de dominio, ni otorga un derecho real o personal. Para otros en el mismo sentido, H. Castellón y L. Rebolledo, ob. cit., págs. 101 y sgts.

Los autores que razonan sobre derechos de la misma familia; pero con visión más acabada y que no olvidan que "hay nociones que no se dejan integrar sin artificios en las clasificaciones o categorías más generales" y que "en derecho como en toda otra materia, hay que saber renunciar al sistema cuando el número y la importancia de las excepciones vienen a demostrar que la construcción ya no está adaptada a lo real, y que hay que buscar otra más adecuada a los supuestos del problema".<sup>(58)</sup> De este modo, la insuficiencia de nuestras clasificaciones ha dado a las categorías de bienes y de derechos el Código Civil un carácter tan absoluto, que ha llevado incluso a constitucionalizarlas por la vía que hemos indicado: al referirse la Constitución a toda forma de propiedad sobre cosa corporal o incorporal, hace atribuir carácter constitucional a los artículos del Código que contienen y desenvuelven aquella clasificación. Pero no se repara que, siendo ellas clasificaciones que nacieron en otro tiempo, se adaptan mal a nuevas consideraciones sobre los derechos. Desde luego, como acabamos de decirlo, los propios de la persona, que no son derechos reales ni personales. "El núcleo duro de la patrimonialidad —dice un autor— está, pues, constituido por todos los bienes que, aún si están provistos de un legítimo poseedor, no están unidos a este último, hasta el punto de formar parte de su ser. Es la capacidad que tiene el bien de cambiar indefinidamente de titular que le da su calidad de bien patrimonial"<sup>(59)</sup> y, por lo tanto, la distinción entre derecho real y personal, propia sólo de los derechos patrimoniales resulta inapropiada para usarla al referirse a aque-

<sup>(58)</sup> G. Marty y P. Raynaud. *Droit Civil*, t. 1, Introduction, N° 60, 2ª edic., Paris. Sobre el carácter artificial y técnico de las clasificaciones y categorías, conserva su pleno valor el análisis de F. Geny en *Science et Technique en Droit Privé Positif*, t. 3, Paris.

<sup>(59)</sup> Alain Seriaux. "La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994, N° 4, págs. 801 y sgts., esp. pág. 806.

los derechos, por esencia indisponibles.<sup>(60)</sup> Tampoco se tiene en consideración que el artículo 583 del C. Civil no puede interpretarse hasta el punto de atribuir el carácter de derecho de propiedad al que tiene sobre cualquier situación ni aun derecho subjetivo. El derecho mismo de crédito es un derecho distinto al de propiedad y es sólo un inadecuado análisis del mismo, o su insuficiencia, que permite entender que el acreedor tenga "dominio" sobre el crédito. Tiene un derecho de crédito; pero el contenido de éste va mucho más allá que la sola facultad de exigir la prestación y el derecho de prenda general, porque integra también su concepto, la facultad de disposición y su negociabilidad, tal cual lo expone acertadamente L. Diez-Picazo.<sup>(61)</sup> La insuficiencia de nuestras clasificaciones clásicas es tal que, con la argumentación de la jurisprudencia, como el deudor de una obligación tiene también facultades, como la de liberarse de su deuda, hasta el punto que el acreedor no puede impedirle el pago, bien podría afirmarse con aquel exceso, que el deudor, frente a una negativa de recepción por parte del acreedor, está habilitado a lograrlo no por el pago por consignación, sino por medio de recurso de protección, desde que tendría la "propiedad de la deuda", infringida por el acreedor al negarse a recepcionar el pago. ¡Y se habría infringido esa "propiedad", al vulnerarse el derecho a pagar!

Hay aquí un aspecto de la constitucionalización del derecho privado que requie-

<sup>(60)</sup> Más aún, incluso considerando sólo los derechos patrimoniales, la distinción es ya inapropiada. La cuestión ha sido expuesta por varios autores. Así, por ejemplo, J. Vallet de Goytisolo, "Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito; la distinción entre derechos reales y de crédito. El problema de los denominados derechos sobre derechos", en *Estudios sobre derechos de cosas*, págs. 137 y sgts., Madrid 1973.

<sup>(61)</sup> Vid. Luis Diez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. 2, Las Relaciones Obligatorias, págs. 103 y sgts. y 114 y sgts., 4ª edic., Madrid, 1993.

rirá, sin duda, un mayor examen. La forma en que ella se ha producido es un evidente desafío a los civilistas para revisar sus categorías y clasificaciones tradicionales y reducir a sus límites lógicos el derecho de propiedad, es una tarea pendiente.

#### 6. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EN EL ALCANCE DE LAS GARANTÍAS

Para concluir esta aproximación a la constitucionalización del derecho civil, necesitaríamos pasar revista a las diversas garantías constitucionales y ver en ellas la existencia de derechos clásicos privados, pero elevados al rango de normas fundamentales. Evidentemente esa tarea sobrepasa el objeto de este análisis que se limita a "aspectos" de la constitucionalización como uno de los fenómenos más relevantes ocurridos en el derecho privado de los últimos veinte años. Con todo, sin llegar a ello, nos parece importante hacer algunos esbozos de análisis de algunas de ellas, porque desbordan del límite que fija su mero tenor literal. Nos reduciremos a aquellas que presentan un particular valor práctico para cuestiones clásicas del derecho privado.

Acabamos de señalar que las garantías constitucionales no pueden tener un mero alcance literal. Tratándose de normas muy generales, de ellas han de derivarse para el beneficio del individuo consecuencias que integren su esencia, como bien lo dice el artículo 19 N° 26. Más aún, no sólo existen las garantías que textualmente resulta del texto del artículo 19, sino aquellas otras que se derivan de la coordinación entre varias de ellas o de su complementación, de forma que están implícitas. No se trata de una aseveración arbitraria. Como lo ha observado un autor tratando de esta misma materia en otro derecho, es de actualidad recordar la existencia de los principios generales a los que la ley y, desde luego el Código Civil (artículo 24) invitan a recurrir desde antiguo. Estos principios, según ha sido costumbre, se hacen derivar del derecho natural para algunos, o de la coordinación de normas legales para otros. Pero

no habrá entonces que olvidar que el derecho público y en especial el constitucional, también tienen principios generales y que si ellos están inscritos en la constitución o derivan de sus normas, tienen valor constitucional y entonces "nada se opone teóricamente, a que el juez judicial descubra así principios fundamentales con valor constitucional".<sup>(62)</sup> Las normas positivas de la Constitución, en especial las relativas a las garantías constitucionales expresan valores fundamentales que tienen variadas dimensiones, entre las cuales no es de desdeñar aquella "desde la que los valores superiores del ordenamiento jurídico cumplen la función de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos y conductas... se convierten en el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad".<sup>(63)</sup> Así, de esas normas han de derivarse los valores que la sociedad consideraba esenciales y que, por ende, no quedan limitados sólo al tenor literal de la norma.

Otro aspecto que interesa destacar es que, al constitucionalizarse los derechos fundamentales y al dotárseles por la propia constitución de medios efectivos de protección resulta que ellos no sólo pasan a ser obligatorios para los poderes públicos que no pueden ejercer sus funciones en desmedro de aquellos, por impedirlo los artículos 6, 7 y 19, N° 26, sino también son obligatorios para los demás individuos, con lo cual tienen eficacia inmediata en la relación con los particulares y ello sin necesidad de previa reglamentación legal, particularidad que fue desta-

<sup>(62)</sup> Bertrand Mathieu, "Droit constitutionnel et droit civil: des vielles outres pour un vin nouveau", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994, N° 1, págs. 59 y sgts., esp. pág. 64.

<sup>(63)</sup> R. Peralta, ob. cit., pág. 81. Sobre el rol de los valores superiores que se constitucionalizan, vid. A. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, págs. 288 y sgts., Madrid, 1986. En este sentido también, P. Varas Alfonso, "El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la constitución". En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 (1993), págs. 725 y sgts.

cada primero en Alemania por Nipperdey y es hoy doctrina común en otros países como España.<sup>(64)</sup>

Para observar la trascendencia de esos conceptos, veremos su aplicación en algunos ejemplos.

**6.1 Fundamentos constitucionales de la reparación del daño moral.** Siguiendo aquellos principios, nos parece indudable que un principio constitucional a destacar es el de la reparación del daño moral, al menos en sus especies más comunes. En efecto, tal reparación tiene asidero constitucional en el artículo 19 N° 1 que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, artículo 19 N° 4 que asegura el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, artículo 19 N° 9, que asegura el derecho a protección de la salud, entre otros.<sup>(65)</sup>

Para sostenerlos pensamos que hay que recordar algunas nociones elementales sobre el daño moral, porque no siempre son entendidas por nuestros tribunales. El daño moral no es sólo el *pretium doloris*, como a veces se cree, aunque ya ese aspecto queda comprendido por la integridad psíquica de la persona. Más generalmen-

<sup>(64)</sup> Sobre ello, Jesús Alfaro Aguila-Real, "Autonomía y Derechos Fundamentales", en Anuario de Derecho Civil, 1993, págs. 57 y sgts. En el mismo sentido, A. E. Pérez Luño, ob. cit., pág. 67.

<sup>(65)</sup> En interesante sentencia, de 24 de agosto de 1995, Rev. de Der. y Jurisp., t. 92, sec. 4°, pág. 161, la Corte de San Miguel señala que la amplia cobertura de los daños indemnizables, incluyendo al daño moral "no se agota, empero, en la legislación ordinaria, sino que halla acogida también en la normativa suprema de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 19 asegura el derecho a la integridad física y psíquica (N° 1), el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (N° 4); bienes de excelencia e ideales por naturaleza que, al amparo del reconocimiento constitucional, deben recibir de parte de órganos encargados de hacer operante el ordenamiento jurídico, que arranca su origen o validez en la Carta Fundamental, amplio resguardo y protección, incluido el resarcimiento pecuniario..." Sobre este aspecto, J. Diez Sch. *El daño extracontractual ante la jurisprudencia. Comentarios*. Memoria, Universidad de Concepción, Fondo Publicaciones Facultad de Derecho, pág. 84, Concepción, 1995.

te, es todo atentado a un interés no económico y que afecta a la persona.<sup>(66)</sup> Por tanto, a veces repercute en la psiquis de la persona natural, otras en su integridad corpórea; pero también en su esfera de intimidad, en su imagen, en su honra o prestigio. De allí que todo hecho que afecte de tal modo a la persona natural o jurídica en cuanto le sean aplicable, requiere y exige reparación como modo de restituir el interés afectado, aunque no se le reponga. Así, toda lesión que implique una disminución a la integridad física de la víctima, sea daño corporal, sea daño estético, es un acto ilícito, porque esa integridad está asegurada por la Constitución, con lo cual ésta no hace sino recoger los principios tan antiguos como los que San Pablo, para referirse al Cuerpo de la Iglesia, recordaba: "lo que sucedía con el cuerpo humano: del mismo modo que el cuerpo es uno solo, aunque tiene muchos miembros, y todos los miembros del cuerpo, con ser muchos forman un solo cuerpo" (1, Corintios, 12). Pero también, y por idéntica razón, han de ser reparados el daño biológico y la salud, ya que también se trata de aspectos de la persona asegurados y protegidos por la norma constitucional. Una contaminación de sida o de hepatitis, por transfusión sanguínea en un hospital, es por lo mismo

<sup>(66)</sup> No es este el lugar para analizar en profundidad el concepto de daño moral o no patrimonial. Adoptamos el concepto amplio que atiende al interés afectado y no al derecho, porque entre nosotros el daño patrimonial no es sólo lesión a un derecho sino a todo interés lícito y no se observa por qué debería ser diferente el concepto en el daño moral. No aceptamos que el daño moral sea sólo concebido por la repercusión psíquica que tenga en la persona, como lo entienden algunos, porque ello deja fuera de reparación a las personas jurídicas, lo que no aceptamos y porque define el daño moral subjetivamente y no objetivamente, como es lo propio si ha de considerarse el daño causado a personas naturales desprovistas de sensaciones o de aptitud mental. Sobre esta cuestión, Carmen A. Domínguez Hidalgo, *El Daño Moral Derivado de Contrato*, págs. 9 y sgts., tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 1995; R. Daniel Pizarro, *Daño Moral*, págs. 35 y sgts., Buenos Aires 1996. Además, R. Domínguez A., R. Domínguez B. y Carmen A. Domínguez H., "Comentario a la sentencia de C. Suprema", 11 de abril de 1995, en Revista de Derecho, U. de Concepción (1995), pág. 196.

un daño reparable bajo el amparo constitucional, sin perjuicio de fundamento que pueda tener, si se trata de un hospital estatal, en la responsabilidad de derecho público que emana del artículo 6° de la Constitución y de las normas que emanan de esa regla, es decir, la responsabilidad por falta de servicio.

Mención especial ha de hacerse al daño causado a la esfera de intimidad que la Constitución califica de "vida privada", porque no siempre los tribunales nacionales han comprendido ese aspecto de la persona, como se verá más abajo.

Por último, si la reparación del daño moral tiene hoy en día fundamento constitucional, la distinción entre daño moral extracontractual y daño moral proveniente de contrato deja de tener interés en cuanto dice relación con la existencia del derecho a reparación. Las normas constitucionales no distinguen entre la fuente de la lesión, sino que dan resguardo al interés mismo de la persona, sea cual sea el origen del mismo o de donde surja su lesión. Por consiguiente, cualquiera sea el alcance que en otro tiempo haya querido darse al artículo 1556 del Código Civil en cuanto a limitar la indemnización contractual al sólo daño económico; hoy en día, en presencia de las reglas constitucionales, esa interpretación no puede admitirse, porque según hemos visto, no cabe una que contrarie la Constitución.<sup>(67)</sup>

Recordaremos que la constitucionalización del daño moral, como principio general emanado de las normas de la Constitución de 1980, no es novedad en el derecho comparado. Basta señalar que el artículo 5° de la Constitución del Brasil contiene mención expresa a la reparación de ese daño en casos de vulneración a ciertos derechos de la persona.

<sup>(67)</sup> No es tampoco esta la oportunidad para examinar la reparación del daño moral contractual. Nos remitimos a nuestro comentario con R. Domínguez B. a sentencia de Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, Revista de Derecho, Univ. de Concepción, N° 196 (1994), pág. 155 y de Corte de Santiago, 8 de septiembre de 1992, Revista de Derecho, Univ. de Concepción, N° 193 (1993), pág. 159. Además, Carmen A. Domínguez Hidalgo, tesis citada.

**6.2. Fundamentos constitucionales del derecho a la intimidad y a la propia imagen.** Es con el mismo criterio que entendemos protegido constitucionalmente el derecho a la intimidad y a la propia imagen. Es verdad que el artículo 19 no menciona específicamente el derecho a la imagen; pero sí menciona el derecho a la esfera de intimidad, cuando asegura el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona (artículo 19 N° 4). Pues bien, el concepto de vida privada comprende todo cuanto dice relación a la reserva de comunicación que de la persona ha de mantenerse y que es esencial para su dignidad. Además, el honor u honra comprende también la imagen física que la persona presenta ante los demás y puede por tanto infringirse mediante la exhibición de la imagen en situaciones desmedradas. No queremos con ello sostener que el derecho a la propia imagen no haya de adquirir independencia o autonomía frente al derecho a la intimidad o al derecho al honor. Concebido cabalmente, si es autónomo y así lo han entendido autorizados tratadistas.<sup>(68)</sup> Pero lo que sí queremos expresar es que, de aquellas reglas se deriva también como valor constitucional y principio general, el respeto a todos los demás derechos de la persona y si se han expuesto en forma positiva aquellos, no ha de entenderse que no se comprenda el derecho a la propia imagen, ya que la vulneración a éste, las más de las veces, implicará un atentado a la esfera de intimidad o al honor.

No lo han entendido siempre así nuestros tribunales. La Corte Suprema, por ejemplo, en la curiosa sentencia de la C. de Santiago, de 1 de agosto de 1989, con-

<sup>(68)</sup> Por ejemplo, M. Zavala de González, "Daños a la Imagen Personal", en *La Responsabilidad*. Libro de Homenaje al profesor I. H. Goldenberg, t. 1, págs. 135 y sgts., Buenos Aires, 1990; S. Cifuentes, *Derechos Personalsimos*, págs. 502 y sgts., 2ª edic., Buenos Aires, 1995. Pero es lo cierto que, así como el derecho a la propia imagen nació como desprendimiento del de la intimidad, nunca podrán desligarse completamente. Vid. R., Domínguez Hidalgo, *El Derecho de la Persona sobre su Propia Imagen*, pág. 77, memoria, Concepción, 1991.

firmada sin un solo agregado por la C. Suprema el 16 del mismo mes,<sup>(69)</sup> resolvió que la publicación de una fotografía de una joven en bañador por un periódico, sin su consentimiento y con leyenda alusiva a sus condiciones físicas no violaba su intimidad porque "la circunstancia de que los hechos sean realizados en un lugar público está indicando que la presunta afectada no los considera privados y sobre el particular su voluntad es en este aspecto decisoria". Por su parte, el diario objetó del recurso de protección destacaba que el derecho a la imagen no aparece protegido en el artículo 19 N° 4. Claro está que una decisión como esa no entiende que es el derecho a la intimidad, ni el derecho a la propia imagen, porque de otra forma, no pudo emitirse una decisión como la transcrita. La esfera de intimidad no depende del lugar donde el acto se realice. Si fuera así, no existiría ese atributo de la personalidad fuera de la casa en que se vive y allí es precisamente donde menos puede realizarse un atentado en su contra. Y en cuanto a la imagen "constituye bien... una prolongación de la personalidad, de la que representa uno de sus atributos; al mismo título que nuestro cuerpo, nuestra voz, como la carta que se escribe o el nombre que se lleva".<sup>(70)</sup>

Pero el mismo reproche no puede hacerse a la sentencia de la misma Corte, 17 de noviembre de 1992,<sup>(71)</sup> porque en-

<sup>(69)</sup> C. Suprema, 16 agosto 1989, Fallos del Mes 369, N° 13, pág. 464, Rev. de Der. y Jurisp., t. 86, sec. 5°, pág. 126.

<sup>(70)</sup> D. Becourt, "Le droit de la personne sur son image", N° 3, pág. 3, Paris, 1969.

<sup>(71)</sup> C. Santiago, 17 noviembre de 1992, confirmada por C. Suprema, 16 de diciembre de 1992 que, sin embargo, y es de anotar, agregó las costas en contra del recurrido de las que había sido liberado por la sentencia de primera instancia. El profesor Soto Kloss, comentando la sentencia en las págs. 347 y sgts. la elogia, porque se ha protegido "la intimidad y luego también en la imagen ambos igualmente reconocidos como derechos fundamentales por la Constitución y ambos protegidos por ella a través de la acción de protección". En nota 3, en la pág. 349, critica el fallo de 16 de agosto de 1989 porque olvidó que el derecho a la propia imagen se protege en cualquier lugar, aunque sea público.

tiende que el solo hecho de no haber obtenido la debida autorización del paciente para que se filme una intervención quirúrgica que se le hace, implica una acción ilícita que contraviene su privacidad.

Con todo, habrá de señalarse que el tema aún no resuelto plenamente por nuestros tribunales, es la colisión entre el derecho a la honra y a la intimidad con otras garantías, tales como el de emitir opinión e informar sin censura previa del artículo 19 N° 12. Por ahora, la decisión ha sido que prevalece el primero por ser de mayor rango que el segundo, como se dijo en el célebre caso Martorell,<sup>(72)</sup> pero en otras situaciones, se ha preferido el segundo, como en el caso de la publicación, aunque era evidente que se hacía en un conocido diario.<sup>(73)</sup> Es evidente, sin embargo, que aquí existe una oposición severa entre dos visiones de lo que ha de ser primordial para una sociedad organizada.

**3.3. Fundamentos constitucionales de la autonomía privada en el orden contractual. Los contratos innominados.** Del artículo 19 N°s 21 y 23 se desprende la facultad del individuo para autorregular su actividad económica mediante los negocios jurídicos que estime adecuados, como tal que, por otra parte, se respeten los valores propios de la licitud. Entendemos así que la libertad contractual adquiere también rango constitucional y ella es esencial si se pretende que el modelo económico aceptado por el constituyente sea el de economía libre o de mercado, por-

<sup>(72)</sup> C. Santiago, 31 de mayo de 1993. El considerando 8 dice expresamente que "Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19". La C. Suprema la confirma el 15 de junio de 1993 insistiendo en que no es posible concebir limitación al derecho a la honra y el respeto a la vida privada. Sobre esta cuestión, véase I. Berdugo Gómez de la Torre, "Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1991, págs. 3 y sgts.

<sup>(73)</sup> C. Valparaíso, 18 de mayo de 1994, confirmada por C. Suprema, 15 de junio de 1994, Fallos del Mes 427, N° 6, pág. 334.

es a través de esa libertad contractual que puede organizarse jurídicamente el desarrollo de toda actividad económica. La libertad contractual como garantía constitucional ha sido reconocida en muchas sentencias.<sup>(74)</sup>

De esta libertad habrá de extraerse en su máximo alcance en cuanto por ella resulta también amparada no sólo la libertad de celebrar contratos, sino de redactarlos tanto en su contenido como en sus formas, salvo ley prohibitiva que sólo puede justificarse por la protección de otras garantías o a otras partes de la redacción. Es ello lo que podría justificar, por ejemplo, las normas que prohíben la discriminación o restringen el derecho a no contratar, como en el conocido caso de negativa a proporcionar el acceso a un establecimiento de baños a una persona por su "falta de fineza".<sup>(75)</sup> Pero más allá del legislador no puede ir y, por ende, ha de reconocerse que la libertad contractual permite crear figuras contractuales si son lícitas. La noción de contrato nominado o atípico adquiere también rango constitucional, puesto que no se observa por qué razón no habrían de aceptarse figuras contractuales que, aunque no reguladas, son lícitas por no atentar contra otras libertades fundamentales y valores constitucionales y, por el contrario, confieren un marco jurídico adecuado a los fines económicos que persiguen las partes. De esta manera, habrán de aceptarse ampliamente toda suerte de contratos preparatorios y zanjarse por la vía de la integración de las diversas normas la cuestión de si tales contratos son permitidos, atendido el tenor aparentemente restrictivo del artículo 1554 del C.

Civil. Esta regla no podrá interpretarse entonces, como se ha hecho a veces, en el sentido de que el único contrato preparatorio lícito es el de promesa de celebrar un contrato, impidiéndose las variadas figuras de opción u otras parecidas que se integran incluso en el leasing y otros contratos hoy admitidos comúnmente por la práctica.<sup>(76)</sup> Es la promesa la que debe cumplir los requisitos del artículo 1554; pero esa regla no puede significar limitación a la libertad de moldear contratos y convenciones al libre interés de las partes, porque no existe razón alguna que justifique una extensión del supuesto mandato imperativo envuelto en aquella regla del artículo 1554, por sobre la libertad negocial que va envuelta en la libertad económica reconocida por la Constitución, como modo técnico de llevarla jurídica a efecto. Porque si por vía legal pudiera restringirse y aún prohibirse las

<sup>(74)</sup> Es tradicional la controversia en Chile sobre si todo contrato preparatorio queda subsumido en la noción de promesa de contrato y, por ende, ha de cumplir los requisitos de ésta señalados en el artículo 1554, C. Civil, o si son admisibles como figuras autónomas a las cuales esa regla no hace obstáculo. Vid. R. Abeliuk, "El contrato de promesa", separata de *Las Obligaciones*, N° 1275 y 1283. El profesor F. Fueyo defendió desde antiguo la procedencia de la opción y de otros contratos preparatorios; pero su tesis no fue mayoritaria en la doctrina. Vid. *Derecho Civil*. La doctrina civilista en otros países no ha dejado tampoco de debatir sobre lo que llama los precontratos y en especial la opción. Por ejemplo, para el derecho español, vid. José Luis Lacruz B., Francisco de Asís Sancho Rebullida y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. 2. "Obligaciones", N° 242 y sgts., págs. 402 y sgts., 3ª edic., Barcelona, 1994; Manuel Albaladejo, *Derecho Civil*, t. 2, vol. 1. "Obligaciones", par. 75, págs. 415 y sgts., 9ª edic., Barcelona, 1994; L. Merino, *La opción de compra en el derecho español*, Santiago de Compostela, 1992; Cañizares Laso, Tanteo y opción. Frustración del interés del titular del derecho, en "Anuario de Derecho Civil", 1991, págs. 919 y sgts.; Román García, *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1982, entre otros. En el derecho francés, la opción está claramente admitida como distinta a la promesa bilateral o recíproca de contrato. Vid. J. Ghestin, *Traité de Droit Civil, La Formation du Contrat*, N° 333 y sgts., 3ª edic., Paris, 1993; F. Benac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Paris, 1983, y a ella se asimilan figuras como el contrato de reservación y de exploración contractual.

<sup>(75)</sup> Por ejemplo, resoluciones de la Comisión Reguladora de la Fiscalía Nacional Económica N° 336 del 31 de enero de 1990, de acuerdo a la cual "una cláusula prohibitiva o restrictiva de un contrato de suministro impuesta por distribuidores de comestibles de la facultad expresada vulneraría la libertad contractual consagrada en nuestra legislación como garantía constitucional e imposibilitaría la práctica la libertad de comercio", Rev. de Der. y Jurisp., t. 87, sec. 6ª, pág. 37.

<sup>(76)</sup> C. Suprema, 26 de mayo de 1989, Rev. de Derecho, t. 86, sec. 5ª, pág. 62.

formas contractuales que las partes adopten para llevar a efecto sus empresas económicas, la garantía constitucional sería meramente ilusoria, como ocurrió en el pasado reciente. Sólo cuando las libres formas contractuales infringen otras garantías o principios constitucionales de mayor entidad pasan a ser ilícitas y allí es propio que el legislador la limite o incluso la impida. Y por esos mismos principios, no se observa tampoco la razón para esmerarse, tanto en asimilar una operación crediticia tan usual hoy en día, como es el leasing, a contratos nominados, como son el arrendamiento y la promesa, y no reconocerle una naturaleza propia que emana de la libertad contractual, evitándose así enojosas consecuencias prácticas que acarrea aquella forzada naturaleza híbrida que, en razón del fin de este trabajo, no podemos abordar. Del mismo modo y para poner otro ejemplo, no se entiende cuál sería la razón de no permitir que las partes den el carácter de créditos a la orden a los que no lo son por su naturaleza.

### 7. LA NOCIÓN CONCRETA DE PERSONA FRENTE A LA ABSTRACCIÓN DEL CÓDIGO

La constitucionalización del derecho civil, es decir, la acogida de normas y principios del derecho privado por la regla constitucional, tiene como consecuencia y de las más positivas, el haber centrado la noción de persona en el individuo concreto, en la persona humana, en sus intereses, valores, atributos, en su libertad de escoger, de proyectarse, de realizar. Cuando la Constitución se refiere a la persona, no trata de aquella noción abstracta del Código Civil, desligada de su entorno y de su propia identidad, sino el hombre real, de lo que con redundancia pero con precisión, se denomina la persona humana. Y esta observación es digna de considerarse si se tiene presente que, para las codificaciones clásicas, como la civil nuestra, esa persona no aparece. Para el Código existe más bien la noción de "personalidad" que la de persona. Si el ser hu-

mano es persona en el Código no es por que su naturaleza propia le dé tal carácter, sino porque la ley le reconoce personalidad. Como lo escribía el Decano Savatier "el hombre que concibe, aun cuando se trate de un propietario de inmueble es una persona filosófica, un ser abstracto"<sup>77)</sup> y está por lo demás siempre encuadrada en instituciones jurídicas de interés general: la nacionalidad, el estado civil y las actas de estado civil, el domicilio, la familia o las incapacidades. En parte alguna se habla claramente de sus atributos y derechos en tanto persona"<sup>78)</sup>.

Uno de los efectos más importantes y útiles de la constitucionalización del derecho civil es precisamente el de permitir abandonar ese concepto abstracto y el reo de la persona para obligar a percibir al hombre, al ser humano, con sus atributos y también sus limitaciones, es decir, restituirlo como preocupación esencial del derecho privado. La persona no es sujeto de derecho, porque esté dotada de personalidad, sino porque el derecho no tendría sentido si la defensa del hombre en su integridad física y psíquica, en su intimidad, en su familia, en su honor, en su proyección económica y de trabajo no estuviese en la primacía de sus fines. La incidencia directa de la norma constitucional ante el juez y la práctica, obliga a considerar esa visión concreta de la persona y, por ende, a concebir el funcionamiento del orden jurídico en torno a ella, de forma que los atributos de la misma surgen como límites a cualquier derecho y como elemento a considerar en su interpretación.

Las observaciones precedentes son muy generales y, seguramente, están influenciadas por lo que nos ha tocado como experiencia de ejercicio profesional de abogado en la práctica diaria de los tribunales. Carecen entonces de la suficiente objetividad y ciencia que confiere un examen meramente doctrinario. Son en-

<sup>77)</sup> R. Savatier, "Les Métamorphoses", 2ª serie, pág. 11, N° 4.

<sup>78)</sup> R. Savatier, "Les Métamorphoses", 3ª serie, N° 335, pág. 6.

tonces una invitación a nuestros colegas profesores de derecho civil para hacer una profunda reflexión sobre las contribuciones del derecho público a la renovación del derecho privado clásico, ya que

no es digno de la tradición que en Chile ha tenido el derecho civil, el limitarse a observar cómo otros contribuyen al cambio, y para bien según vemos, del derecho chileno.