

DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL

Carlos Villabella Armengol
Leonardo B. Pérez Gallardo
Germán Molina Carrillo
(coordinadores)



INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA
GRUPO EDITORIAL MARIEL S. C.
UNIVERSIDAD DE LA SABANA

Primera edición: 2014

ISBN: 978-607-95589-6-3

© Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla
3 Oriente 1611
Col. Azcárate
Puebla, Pue., C.P. 72501
Tels.: (01222) 234 3916/234 5464

© Grupo Editorial Mariel S. C.
18 Sur 1812-1, Col. Jardines de San Manuel
Puebla, Pue., C.P. 72570

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL. REFLEXIONES DESDE EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO¹

HERNÁN CORRAL TALCIANI²

Sumario:

1. Una contextualización histórica: de la Glosa a la codificación. 2. Una nueva comprensión del Derecho privado. Tendencias que confluyen. 3. El Derecho civil chileno y su emergente constitucionalización. 4. ¿Cómo opera la constitucionalización del Derecho civil? a) La vía reformadora. La Constitución como motor del cambio legislativo. b) La vía hermenéutica o de aplicación indirecta. c) La vía de la aplicación directa. 5. El riesgo de la “autarquía constitucional”. 6. La “civilización” del Derecho constitucional. El Derecho común. 7. Conclusiones.

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, en particular del civil, debe ser observado en el contexto de una serie de tendencias que están imponiendo la necesidad de revisar y reformular los paradigmas del positivismo legalista heredado del siglo XIX. Dentro de las vías por las cuales opera la constitucionalización de las leyes civiles, se examinan tres: la reforma legal, la interpretación conforme con la Constitución y la aplicación directa de la norma constitucional a un caso de conflicto entre particulares a falta de ley sobre esta. El artículo se opone, sin embargo, a que se instaure una “autarquía constitucional” que prescinda de la función de Derecho común que se ha reconocido al Derecho privado y, por sobre todo, al Código Civil, sin el cual la misma Constitución resulta difícilmente comprensible. Un entusiasmo desmedido por la operatividad directa de la Constitución en el Derecho privado puede generar más problemas que soluciones. Si se ignoran las potestades legislativas

¹ El texto original fue preparado para una conferencia ofrecida por el autor en la Escuela de Derecho de la Universidad Mayor, Temuco, el 22 de octubre de 2003, y fue publicado en *Derecho Mayor*, No. 3, octubre, 2004, pp. 47-63. Se ha actualizado y modificado para formar parte de este libro colectivo, en el que se le ha gentilmente acogido.

² Profesor de Derecho Civil de la Universidad de los Andes, Chile.

y las reglas democráticas que regulan su ejercicio, las supuestas lagunas que se obtienen por el descarte de las normas civiles supletorias son colmadas, no por los preceptos constitucionales, cuya finalidad no es la de dirimir conflictos entre particulares, sino por los criterios subjetivos, más o menos plausibles, de juzgadores o intérpretes, lo cual conspira contra la deseable unidad, coherencia e inteligibilidad del ordenamiento jurídico.

1. UNA CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA: DE LA GLOSA A LA CODIFICACIÓN

El nacimiento de la ciencia jurídica se remonta al siglo XII, con el tratamiento que IRNERIO y la Escuela de los glosadores van a dar a los textos romanos conservados a través de la gran compilación de sentencias jurisprudenciales y provisiones legislativas, realizada en tiempos del emperador de Oriente, JUSTINIANO (siglo VI), y que ahora es redescubierta en un Occidente que había perdido la cultura jurídica. La metodología que se emplea para resolver las disputas y conflictos entre privados es la de comentar y relacionar textos que, por provenir de una sabiduría ancestral y del poder imperial, poseían una autoridad indiscutida e indiscutible. A semejanza del trabajo de los teólogos, se hará una labor de exégesis del texto sin controvertirlo, ni tampoco con pretensiones de ordenarlos de una manera distinta a como vienen dispuestos en los cuerpos jurídicos que se estudian.

A la labor exegética de los glosadores, y con el material ya dispuesto por ellos, vendrá, en los siglos XIV y XV, una labor de sistematización y de construcciones más generales, aunque siempre partiendo de los textos romanos. Destaca en este movimiento BARTOLO DE SASSOFERRATO, a quien se califica como el fundador de la dogmática o ciencia del Derecho privado. El nombre de 'dogmática' nuevamente nos refiere a la teología y dice relación con la autoridad indisputable que se reconoce al texto desde el cual parte el análisis jurídico.

La filosofía del humanismo y luego del iluminismo de los siglos XVI y XVII, con GROCIO a la cabeza y PUFENDORF como gran articulador, desembocará en la Escuela del Derecho Natural Racionalista o iusracionalismo. Los argumentos de la autoridad y la tradición ya no son reputados válidos para sustentar las reglas y las soluciones jurídicas y se piensa que debe buscarse su fundamentación en la naturaleza del hombre, captada por el esfuerzo especulativo de la razón, expurgada de creencias religiosas, culturales, sociales, etc. No obstante, estos juristas, para las construcciones de sus sistemas racionales, volverán a utilizar los materiales del Derecho romano, aunque ya no por ser tradicionales, sino por revelarse en ellos los mandatos de la razón natural.

El iusracionalismo está ya maduro en el siglo XVIII y dará lugar a un movimiento de reforma legislativa que tiene por objeto instaurar normativamente los grandes postulados de la filosofía iluminista, por medio de la derogación de las fuentes del Derecho antiguo, y su reunión en un instrumento escrito de reglas abstractas, despersonalizadas, en estilo sobrio y sin explicaciones, que idealmente sea claro, accesible a todos y que constituya un todo coherente y orgánico. Nace el "código" como nuevo método de exposición del Derecho. Su paradigma, con más de 200 años desde ese 21 de marzo de 1804 en el que fue promulgado, es el *Code Civil des Français*.

La dogmática del Derecho privado sufre entonces una inflexión, al reconocer como nuevo "dogma" el texto del Código Civil, que pasa a ser considerado el elemento constituyente de toda la sociedad en lo referido a familia, sucesiones, contratos, daños y propiedad. Aparece entonces una nueva Escuela de la Exégesis que hará ahora comentarios y glosas a los artículos del Código.

Pero el Código ostenta autoridad no solo por la sabiduría de sus disposiciones, sino, sobre todo, porque es una ley, que pasa a ser la fuente única de creación del Derecho. En todo el movimiento de la codificación del siglo XIX, hay no solo una aspiración de reforma jurídica, sino un concreto diseño político. La ley es la norma que proviene de la voluntad del pueblo, expresada en el Parlamento y, por tanto, con justificación democrática. La costumbre, la jurisprudencia, la doctrina no pueden prevalecer contra ella. La doctrina de la separación de los poderes pedirá a los jueces que se limiten a aplicar la ley, sin interpretarla. Solo si la ley es oscura se admitirá que el juez entre a suplir el texto legal, pero lo hará investigando cuál fue la voluntad de ese legislador omnímodo.

Aparecerá entonces en la ciencia del Derecho privado el positivismo legalista que hasta hoy mantiene su influjo en nuestro país: el Derecho es la ley, el Derecho civil es el Código.

No resulta sorprendente que haciendo del Código y de la ley la fuente máxima del Derecho privado, se excluya toda relevancia de la Constitución, la que se presenta como un cuerpo más político que jurídico, más programático que imperativo. Su misión es distribuir los poderes del Estado y reconocer algunas garantías a las personas para que no se vean avasalladas por el poder gubernativo.

2. UNA NUEVA COMPRENSIÓN DEL DERECHO PRIVADO. TENDENCIAS QUE CONFLUYEN

El positivismo legalista que impera en el siglo XIX e inicios del XX comienza a desgastarse hasta hacer crisis después de la Segunda Guerra Mundial. Confluyen varios procesos para que eclosionen una nueva visión sobre el modo de hacer

y entender el Derecho privado. En aras de ofrecer una síntesis, podemos mencionar las siguientes tendencias:

- a) Una nueva teoría hermenéutica: se advierte la falsedad de que la función del juez pueda limitarse a una mera subsunción lógica de los hechos en la norma; aplicar sin crear. No hay leyes claras *per se*, todas precisan interpretación, y la interpretación no puede ser una mera reconstrucción de la voluntad de un legislador que es un mero artificio conceptual, sino el hallazgo de un sentido que cabe atribuir a la norma para que sea operable de un modo justo en un caso concreto y actual. Esto traerá como consecuencia una desmitificación de la importancia del tenor gramatical como criterio rector de la interpretación y un descubrimiento de que el juez no solo falla teniendo en cuenta el tenor expreso, sino a través de la consideración de estándares morales más elásticos que denominamos principios jurídicos.
- b) La fragmentación del sistema de Derecho privado a través de las leyes especiales extracodiciales: la proliferación legislativa llevará a relativizar e, incluso, a cuestionar el rol del Código como eje del sistema normativo del Derecho privado. Se habla así de que hemos comenzado la edad de la descodificación (Natalino IRTI). Ya no estaríamos en presencia de un monosistema de Derecho privado, sino más bien de una especie de archipiélago, donde cada materia obedece a sus propios principios y reglas y no es reconducible a una normativa general y supletoria como la del viejo Código.
- c) La internacionalización del Derecho privado: esta tendencia se muestra en la abundancia de tratados, convenciones y declaraciones que asumen reglas y criterios para resolver relaciones entre particulares con prescindencia de, o incluso imponiéndose a, la normativa interna. Esto es particularmente relevante en lo referido a la protección de los derechos de las personas y de las minorías, en las relaciones de familia y en las de la contratación internacional (la *lex mercatoria*).
- d) El constitucionalismo social del siglo xx: las constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial, tratando de evitar los atropellos a los derechos fundamentales de los regímenes totalitarios, y acogiendo también principios de la llamada democracia social, abandonan la aproximación clásica de regular únicamente el funcionamiento del poder, y pasan a explicitar cuáles son los principios morales básicos que sustentan y hacen posible un régimen democrático, elevan a la categoría de normas constitucionales los derechos fundamentales de las personas, y, lo que es más relevante, establecen mecanismos jurisdiccionales especiales para hacer efectivos dichos derechos.

No es solo que cambie el texto de las constituciones, además hay todo un movimiento doctrinal que renueva las bases de la comprensión del Derecho público.

Por eso, este neoconstitucionalismo no solo se da en los países que promulgan nuevas Cartas Magnas, sino también en aquellos que conservan las antiguas. Los viejos textos serán sometidos a una reinterpretación bajo las nuevas ideas. En Estados Unidos, sin necesidad de reformar la Constitución, la Corte Suprema comienza a hacer interpretaciones que le permiten incursionar en el Derecho de familia y en otras materias de Derecho privado, utilizando los textos a la luz de las nuevas concepciones.

La ciencia del Derecho privado está en este momento en un proceso de cambios. Intenta mantener los ideales de igualdad, impersonalidad de las normas, coherencia y sistematización (propias de la codificación), pero integrándolos en una comprensión más profunda y real del proceso de creación e interpretación jurídica y una consideración relevante de fines y principios morales como la dignidad de la persona, la justicia contractual y los valores de la solidaridad social, que parecen insoslayables para fundamentar y dar legitimidad al sistema. No puede decirse que haya cristalizado una nueva metodología de la ciencia del Derecho privado que permita anunciar como completamente superada la perspectiva del positivismo legalista, pero está claro que todas las tendencias referidas, y entre ellas la constitucionalización del Derecho privado, están dando las pautas de lo que será esa nueva forma de hacer Derecho en el ámbito de las relaciones entre particulares en este siglo xxi.

3. EL DERECHO CIVIL CHILENO Y SU EMERGENTE CONSTITUCIONALIZACIÓN

La constitucionalización del Derecho privado es un fenómeno que comienza a conceptualizarse por primera vez en Alemania en la década de los sesenta del siglo xx. Allí se producen las primeras discusiones sobre si la Constitución puede aplicarse a las relaciones entre particulares, y se pregunta si se trata de una aplicación indirecta (sea a través de leyes que desarrollan los mandatos legislativos o por medio de las cláusulas abiertas o indeterminadas por las cuales las leyes permiten al juez recurrir a valores constitucionales), o una aplicación directa, en la cual la misma disposición constitucional asume la función de norma *decisoria litis*, con prescindencia del precepto legal.

La cuestión es planteada con fuerza en el Derecho italiano. Los iusprivatistas italianos se vieron ante el desafío de aplicar el Código Civil de 1942, promulgado por el régimen fascista, ahora bajo la Constitución democrática de 1946. La tesis de la constitucionalización del Derecho privado les permitió propiciar que, con algunas derogaciones puntuales, el Código podía seguir siendo útil, dada su reconocida calidad técnica, si se le hacía objeto de una relectura a la luz de los nuevos valores y principios políticos.

De Italia y Alemania, la idea de la constitucionalización del Derecho privado se ha extendido a toda Europa con mayor o menor fuerza. También hay un proceso análogo en el *common law* de Estados Unidos, por obra de la labor de control constitucional de los estatutos de los Estados que realiza la Corte Suprema.

En Chile, la influencia de la Constitución en el Derecho privado comienza a apreciarse con la entrada en vigor de la Constitución de 1980, que contiene una muy desarrollada parte dogmática, con el apoyo de la acción constitucional de protección, que ciertamente ha revolucionado el sistema jurídico chileno. La doctrina del Derecho civil nacional, sin embargo, se mantiene aún cauta y recelosa. Solo hay todavía incursiones doctrinales esporádicas.³

La aplicación de la Constitución a las relaciones del Derecho privado es algo que hoy por hoy no puede discutirse. Se sostiene que es posible una aplicación directa, sin necesidad de que exista una ley ordinaria que concrete o desarrolle el texto constitucional, y también una aplicación extensiva u horizontal: los derechos y principios constitucionales no son solo oponibles a los órganos estatales, sino también a los particulares, ya que estos están también obligados a cumplir las disposiciones de la Constitución. En efecto, el artículo 1, inciso 4 y el artículo 6, inciso 2, ponen de relieve que la Constitución obliga no solo al Estado, sino a todas las personas. Por su parte, la acción constitucional de protección puede interponerse frente a los actos u omisiones cometidos por particulares en lesión de los derechos constitucionales protegidos (artículo 20).

Además, muchas normas constitucionales tienen incidencia directa en la conformación del sistema de Derecho privado, en las distintas áreas en las que este suele dividirse. Así:

- **Derecho de la persona:** está pendiente toda una reformulación del Derecho de la persona, sobre la base de la dignidad esencial como valor rector y fundamento de la libertad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos esenciales que emanan de su naturaleza y que son anteriores al Estado (artículo 1). Otras materias necesitadas de adaptación a la luz de la normativa constitucional son la protección de la vida en sus diversas etapas,

y especialmente en las que parece más débil: concepción, ancianidad, enfermedad terminal (artículo 19, No. 1), el respeto a los derechos de la personalidad, como el derecho a la honra, la intimidad y la imagen (artículo 19, No. 4), y la protección de los incapaces en relación con las discapacidades físicas y psíquicas.

- **Contratos:** es muy relevante, para la fundamentación constitucional de la autonomía privada y sus límites, el derecho a la libre iniciativa en materia económica, contemplado en el artículo 19, No. 21 de la Constitución.
- **Bienes y derechos reales:** en esta sede está pendiente una armonización mejor entre la regulación de la propiedad prevista en los Nos. 24 y 25 del artículo 19 de la Constitución y su regulación en el Código Civil y en las leyes especiales. Particular relevancia puede tener para la regulación de los modos de adquirir, el dominio y la clasificación de los bienes en públicos y privados, el derecho contemplado en el artículo 19, No. 23 de la Carta Magna.
- **Responsabilidad civil:** son pocos los esfuerzos que intentan integrar los criterios de la responsabilidad por daños con las normas constitucionales. Se ha advertido ya que el principio de la reparación integral y la resarcibilidad general del daño moral puede desprenderse del derecho a la integridad psíquica sobre la cual habla el artículo 19, No. 1.
- **Sucesiones:** se trata de un terreno poco explorado aún, pero convendría estudiar el respaldo constitucional de la libertad de testar, así como la justificación de sus limitaciones por medio de las asignaciones forzosas, tomando en cuenta la función social de la propiedad, manifestada en el interés general del Estado de proteger la familia (artículo 19, No. 24, inciso 2, en relación con el artículo 1, incisos 2 y 5).
- **Familia:** toda la regulación de la familia está justificada sobre la base de la declaración constitucional de que ella es el núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1, inciso 2) y que el Estado tiene frente a ella un especial deber de protección y fortalecimiento (artículo 1, inciso 5). La discusión sobre temas tan relevantes como la imposición del modelo de matrimonio disoluble por divorcio a voluntad, la regulación de la filiación, la adopción y las llamadas técnicas de reproducción asistida, la mantención de la sociedad conyugal o su reemplazo por un régimen de separación con participación diferida en los gananciales, tienen su raíz en la forma en que se entienden los referidos preceptos constitucionales.

Es evidente, entonces, que la consideración de la Constitución puede ser altamente provechosa para una nueva forma de comprensión del Derecho privado chileno. Pero más allá de esta evidencia es necesario preguntarse por qué vías se hace operativa esta influencia en el quehacer del Derecho privado.

³ Existe un sugerente artículo de Ramón DOMÍNGUEZ, "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 93 (1996), *Derecho*, pp. 107-137, y un esfuerzo por sistematizar la jurisprudencia producida por la aplicación de la Constitución en ámbitos propios del Derecho civil de Emilio ROSECO, *El Derecho Civil y la Constitución ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996. Un libro de Alejandro GUZMÁN BRITO, *El Derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pretende ya sentar las bases, de modo sistemático, del tratamiento de la materias en las que se entrelazan el Derecho privado y la Constitución.

4. ¿CÓMO OPERA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL?

A nuestro juicio, el proceso de constitucionalización del Derecho privado en el medio nacional puede transcurrir por tres diferentes vías: la reforma de las leyes, la interpretación de las leyes, y la aplicación de la Constitución como ley.

a) La vía reformadora. La Constitución como motor del cambio legislativo

Un primer camino, aparentemente más efectivo, es el de la modificación de las leyes para alinearlas al texto constitucional o a la interpretación que predomina de él en la voluntad política mayoritaria.

Entre nosotros, el ejemplo más contundente de esta influencia es la reforma del Código Civil en materia de filiación (Ley No. 19 585 de 1998) que desde un comienzo se justificó en la necesidad de ajustar la normativa legal a las exigencias del principio de igualdad recogido en la Constitución, si bien para ello se relativizó el deber del Estado de proteger a la familia fundada en el matrimonio.

Una muestra de esta incursión del texto constitucional en el mismo Código Civil es el actual artículo 222 de dicho cuerpo jurídico, que establece que: “*La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo*” y que para ello “*procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades*”. La frase “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” está tomada directamente del artículo 5, inciso 2, de la Carta Magna.

El mismo principio constitucional de igualdad, además del principio del interés superior del niño, ha inspirado la reciente reforma a las normas del Código Civil sobre cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad que intentan promover la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado y crianza de los hijos, aunque vivan separados, siempre teniendo en cuenta lo que garantiza mejor el bienestar de los menores (Ley No. 20 680 de 21 de junio de 2013).

También en el campo del derecho de asociación se ha producido una importante reforma al estatuto legal de las personas jurídicas sin fines de lucro, que suprime la facultad del Presidente de la República de conceder o cancelar, por medio de un decreto supremo, la personalidad de corporaciones y fundaciones. Es la modificación contemplada por la Ley No. 20 500, de 16 de febrero de 2011. Debe señalarse que esta reforma puede conectarse con una sentencia de la Corte Suprema que declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad

de los artículos 559, inciso 2 y 561 del Código Civil, en el caso sobre cancelación de la personalidad jurídica de la corporación “Colonia Dignidad” (Corte Suprema, 16 de septiembre de 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 89, sección 5ª, p. 271).

b) La vía hermenéutica o de aplicación indirecta

Se trata de una vía menos invasiva que la anterior, pero quizás de mayor penetración y permanencia.

Este camino tiene dos formas, una moderada y otra radical. La moderada contempla la Constitución como el marco dentro del cual deben moverse los operadores en el Derecho Privado, a la hora de comprender los textos legales. En esta versión es posible incluir la aplicación del criterio de interpretación llamado “conforme a la Constitución”, el cual consiste en privilegiar como lectura de un texto legal aquella en que se aprecie mejor su compatibilidad con los valores y normas constitucionales. Igualmente, se aplica esta vía cuando el intérprete se encuentra con cláusulas generales o abiertas en la descripción de los supuestos de hecho de las normas. Son los llamados conceptos jurídicos indeterminados, como buenas costumbres, orden público, moral, in comerciabilidad, buena fe, buen padre de familia, etc. Todas ellas pueden concretarse o llenarse de contenido haciendo uso de los preceptos constitucionales.

También es posible sostener que cuando el juez debe aplicar los principios generales del Derecho para interpretar o integrar el orden legal, ha de preferir aquellos que poseen consagración constitucional. Cuando el artículo 24 del Código Civil habla del espíritu general de la legislación, ha de incluirse dentro de esta última la “legislación” constitucional.

En una perspectiva más novedosa es factible propiciar un recurso a los valores y principios constitucionales, a la hora de la interpretación de los contratos y convenciones entre particulares, sobre todo respecto de aquellos que imponen exigencias que podrían lesionar la dignidad o los derechos fundamentales de los contratantes o de la parte más débil de la negociación.

La vía hermenéutica tiene, sin embargo, una versión más profunda y radical, que pasa por un cambio en la perspectiva metodológica y en la comprensión del Derecho privado. Este ya no puede ser entendido como un conjunto de reglas técnicas y asépticas que sirven para distribuir los bienes entre los particulares sin que existan opciones valóricas o morales subyacentes. El Derecho civil debe ser comprendido en todas sus normas o instituciones como un conjunto de pautas, criterios y preceptos que asumen como propios los valores y principios del orden constitucional.

Dice Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE que no basta con enmarcar las instituciones civiles en la Constitución ni tampoco con una simple relectura de estas bajo el prisma de la Constitución, sino que es preciso lograr que las normas civiles sean instrumentos de actuación de los principios constitucionales: “Es decir, que la Constitución y sus principios no deben influir en el Derecho Civil, ‘desde fuera’, a la manera en que es externa la luz al libro, cuya ‘relectura’ se pretende, sino que debe penetrar en el interior mismo del sistema, y desde ahí vitalizar enteramente el Derecho civil, constituyéndose en la fuerza interna inspiradora de la aplicación e interpretación de las normas civiles”.⁴

Por su parte, hace ver Pietro PERLINGIERI que la “relectura” en clave constitucional no expresa una mera y subsidiaria actividad interpretativa de normas y principios de naturaleza ordinaria, ni se agota en la interpretación constitucional del objeto “norma”. En tal evento, solo se recurriría a la Constitución en los casos dudosos. Por el contrario: “las normas constitucionales —que dictan principios de relevancia general— son de derecho sustancial, no meramente interpretativas; el recurso a ellas, también en sede de interpretación, se justifica, lo mismo que para cualquier otra norma, como expresión de un valor al cual la interpretación no se puede sustraer”.⁵

Esta es una labor que en Chile debemos considerar pendiente.

c) La vía de la aplicación directa

La aplicación directa se produce cuando el juez es autorizado a resolver un caso de Derecho privado invocando las disposiciones constitucionales sin esperar que ellas hayan sido desarrolladas por un texto legal.

Podemos también reconocer dos versiones de esta vía. La primera la denominamos “*praeter o secundum legem*”. Tiene lugar toda vez que la Constitución debe ser aplicada porque no hay ley que resuelva el caso. Nos parece que también es procedente para invalidar un acto o contrato contrario a los valores de la Constitución, aunque normalmente en estos casos se hará uso de la vía hermenéutica, a través de las cláusulas generales de objeto o causa ilícita. Pero esta vía no solo se abre ante una laguna legal, sino también cuando, a pesar de existir ley, la Constitución quiere ofrecer una protección alternativa para los derechos de las personas. A través de la acción constitucional de protección, los particulares pueden lograr una tutela más eficaz del ejercicio legítimo de un

derecho civil también amparado por la Carta Fundamental. Frente a una duplicidad de instrumentos cautelares, el particular elige la aplicación directa de las normas constitucionales. Por ejemplo, frente a una perturbación ilegítima de la posesión de una propiedad, puede optar entre recurrir a las acciones posesorias que contempla la legislación civil o accionar de protección por afectación del derecho constitucional de propiedad.

Otra modalidad de aplicación directa de la Constitución es la de considerar la infracción de una norma constitucional como causal del recurso de casación en el fondo, para así anular una sentencia que la ha desconocido. Hay que constatar, sin embargo, que la Corte Suprema hasta ahora se ha mostrado más bien reticente a utilizar esta vía para casar sentencias de grado.⁶

Existe una segunda versión de la vía de aplicación directa que podríamos llamar “*contra legem*”. Según esta teoría, incluso cuando existe ley que resuelve el conflicto privado, esta puede ser descartada de su aplicación al caso porque el juez de instancia estima preferible aplicar directamente una norma constitucional que contiene criterios diferentes a los consagrados por el legislador.

No compartimos esta segunda versión de la aplicación directa de la Constitución. A nuestro juicio, ella no resulta legítima en nuestro sistema jurídico, que contempla un modelo de control concentrado en el Tribunal Constitucional. Tampoco parece recomendable si se tiene en cuenta la racionalidad y coherencia del orden jurídico como un todo. Por querer afirmar la supremacía constitucional, podemos correr el riesgo de incurrir en el extremo de lo que podemos llamar “autarquía constitucional”.

5. EL RIESGO DE LA “AUTARQUÍA CONSTITUCIONAL”

El riesgo de la autarquía constitucional no se corre en nuestro país sobre la base de la defensa de la aplicación directa en su versión “*contra legem*”. El legalismo impide que esta tesis tenga aún muchos partidarios.

No obstante, nos parece apreciar que el peligro se está dando a través de la fabricación *ad casum* de lagunas legales, que una vez construidas por el intérprete le dejan abierta la vía para propiciar una aplicación directa “*praeter legem*”, es decir, a falta de ley que regule la materia.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *El Derecho civil a finales del siglo xx*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 85.

⁵ PERLINGIERI, Pietro, “Normas constitucionales y relaciones de Derecho civil”, en *Scuole, tendenze e metode. Problemi di Diritto civile*, Edizione Scientifiche Italiane, Roma, 1989, p. 122.

⁶ Cfr. ROMERO SEGUEL, A.; M. AGUIRREZABAL y J. BARAONA, “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, en *Ius et Praxis* 14, 2008, 1, pp. 225-229. Así, por ejemplo, Sentencia de la Corte Suprema de 23 de julio de 2013, rol No. 2772-2012, cita WestLaw CL/JUR/1603/2013.

Se utiliza el siguiente expediente argumentativo: se procede a separar una cierta materia jurídica, aduciendo que ella no es propia de las leyes civiles; una vez descartada la competencia del Derecho privado se obtiene lo que se buscaba: la “laguna legal”, y en su presencia se sostiene la legitimidad de recurrir al texto constitucional. Pero como la Constitución no contiene propiamente un régimen jurídico que sea capaz de abordar completamente esa materia, entonces, se siente libre el intérprete para establecer como reglas propias de ese régimen aquellas que, según él, deben deducirse del silencio del constituyente. Es lo que más o menos sucede con algunas versiones de la teoría de la “nulidad de derecho público” o de la “responsabilidad del Estado”, en las que se parte por renegar en forma absoluta de la competencia de las reglas de Derecho privado y en especial de las del Código Civil, incluso como Derecho común aplicable de modo supletorio a falta de disposiciones legales especiales. Se llega así, por ejemplo, a la conclusión de que las acciones “previstas” por la Constitución para declarar la nulidad o la responsabilidad del Estado serían imprescriptibles por el lapso del tiempo, aserto que se pretende fundar en que el constituyente no estableció un plazo de prescripción para ellas. Esta conclusión es sorprendente porque difícilmente podría el constituyente resolver una cuestión de prescripción, cuando ni siquiera consideraba estar regulando un régimen jurídico de nulidad o de responsabilidad, y más bien remitía su reglamentación a la ley (artículos 6 y 7 *in fine*, Const.).

No nos parecen técnicamente aceptables estas “expropiaciones” de materias reguladas por la ley civil para efectos de sortear las disconformidades que el intérprete tenga respecto de sus soluciones. La Constitución necesita de las leyes y de las demás fuentes del Derecho. Ello queda patente de su propio texto. Son múltiples las ocasiones en las que el texto constitucional se remite a la ley; incluso, contempla que ciertas materias son propias de leyes que tengan la estructura de códigos y que traten de materias de Derecho privado: se dice que son materias de ley las que “*son objeto de codificación civil, comercial*” (artículo 63, No. 3, Const.). Es la misma Constitución la que se declara incompetente para establecer normas que son propias, de acuerdo con la tradición y la ciencia jurídica, de los Códigos de Derecho privado.

Las posibles contradicciones que puedan darse entre las previsiones de la ley civil y el texto constitucional pueden superarse por la vía interpretativa: si hay varias lecturas de un texto y alguna es inconstitucional y otra no, hay que preferir mantener la vigencia del texto mediante la elección de su sentido constitucional.

En los casos en los que ello no sea posible, habrá que esperar que se activen los mecanismos que la misma Constitución estableció para eliminar las normas legales que la contraríen: el requerimiento de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional (artículo 93, No. 6 y 7, Const.). Debe destacarse que, por la reforma constitucional realizada por la Ley No. 20 050 de

26 de agosto de 2005, se estableció que la cuestión de constitucionalidad en la aplicación de un precepto legal puede ser planteada por el juez que conoce del asunto. Esto permite al juez que estima que una ley contraría la Constitución pedir que el órgano competente se pronuncie al respecto.

El Tribunal Constitucional, en el ejercicio de esta labor, ha emitido importantes sentencias, entre las que destacan las que declaran la inconstitucionalidad del artículo 2 331 del Código Civil, en tanto impide reclamar indemnización por el daño moral causado por lesiones a la honra cometidas por particulares,⁷ y del artículo 206 del mismo Código, en cuanto prohíbe, salvo ciertos casos excepcionales, la reclamación de la paternidad si el demandado (el presunto padre) ha fallecido, aunque en esta última materia ha variado de criterio en el último tiempo.⁸

En todo caso, pensamos que es menester ser prudente a la hora de proclamar la inconstitucionalidad de las leyes civiles, sobre todo de aquellas que mantienen una vigencia secular y que son avaladas por siglos de experiencia. En este sentido, parece sensata la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil que define al matrimonio como contrato solemne entre un hombre y una mujer.⁹

Por otro lado, así como la ley debe interpretarse según la Constitución, en ocasiones será el texto constitucional el que deba entenderse de un modo que resulte congruente con algunas de estas instituciones fundamentales, que con seguridad no pudieron los constituyentes querer derogar o modificar. Es lo que sucede, a modo de ejemplo, con la prescripción adquisitiva, que no está expresamente contemplada como una forma legítima de pérdida de la propiedad si

⁷ Ver Tribunal Constitucional 10 de junio de 2008, rol No. 943-2007; 16 de abril de 2009, rol No. 1185-2008; 9 de marzo de 2010, rol No. 1569-2009; 23 de septiembre de 2010, rol No. 1463-2009; 9 de noviembre de 2010, rol No. 1419-2009; 15 de marzo de 2011, rol No. 1679-2010; 15 de marzo de 2011, rol No. 1741-2010; 29 de marzo de 2011, rol No. 1798-2010 y 29 de enero de 2013, rol No. 2255-2012. No obstante, en un procedimiento iniciado de oficio, el citado Tribunal no alcanzó el quórum de cuatro quintos de sus miembros necesario para derogarlo por inconstitucionalidad general, según dispone el artículo 93.6 de la Constitución (Tribunal Constitucional 24 de mayo de 2011, rol No. 1723-2010).

⁸ Los primeros fallos, por mayoría, declararon la inconstitucionalidad del precepto: Tribunal Constitucional, 29 de septiembre de 2009, rol No. 1340; 1 de septiembre de 2011, rol No. 1656; 1 de septiembre de 2011, rol No. 1537; 30 de agosto de 2011, rol No. 1563. Pero este criterio ha variado, de modo que se han dictado sentencias que, también por mayoría, declaran que el precepto es constitucional: 4 de septiembre de 2012, rol No. 2105, y otras en las que se rechaza el requerimiento por no lograrse mayoría suficiente para declararlo inaplicable: sentencias de 30 de mayo de 2013, rol No. 2215; 18 de junio de 2013, rol No. 2195 y 18 de junio de 2013, rol No. 2200.

⁹ Tribunal Constitucional, 3 de noviembre de 2012, rol No. 1881.

nos atenemos a la mera letra del artículo 19, No. 24, pero nadie pensaría que la Constitución pretendió derogar este modo de adquirir el dominio.

En general, debe decirse que así como los actos jurídicos se presumen válidos hasta que se demuestre lo contrario, las leyes han de considerarse constitucionales salvo que pugnen de manera manifiesta e insalvable con normas o principios contenidos en la Carta Fundamental. Si, incluso, respecto de las nuevas leyes que se aprueban se estima que el Tribunal Constitucional debe regirse por el principio de deferencia hacia el legislador, respetando un margen de apreciación importante para concretizar de diversas formas las exigencias constitucionales, con mayor razón se ha de propiciar dicha deferencia respecto de preceptos que tienen una raigambre histórica, social y cultural tan alta y profunda como aquellos contenidos en el Código Civil.

6. LA “CIVILIZACIÓN” DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. EL DERECHO COMÚN

Los profesores de Derecho civil —medio en broma, medio en serio— suelen vengarse de quienes hablan de la constitucionalización del derecho civil, retrucando que lo que en verdad ha sucedido es una civilización del Derecho constitucional.

Es el mismo fenómeno pero observado desde el ángulo inverso: materias que eran y son propias de Derecho privado, ahora las encontramos en la Constitución, al menos en sus elementos básicos. Así, la disposición que contempla que “*la ley protege la vida del que está por nacer*” ha pasado del Código (artículo 75) a la Constitución (artículo 19, No. 1), y lo propio sucede con clasificación de las cosas en corporales o incorporales (artículo 565 del Código Civil, artículo 19, No. 24, de la Constitución). Estas disposiciones no cambian su pertenencia o adscripción al Derecho privado por el solo hecho de recogerse en la Constitución o por contar con una adicional tutela jurisdiccional de fuente constitucional.

La diferencia de visión no nos parece relevante, a menos que se esté indicando una forma distinta de método para comprender y aplicar esas normas. Es claro que el Derecho civil no puede pretender mantener el método lógico-exegético a la hora de tratar dichas reglas, ahora insertas en el texto constitucional, como si fueran preceptos del Código. Será necesaria la interpretación teleológica o según principios, que es la que más conviene al texto constitucional.

En todo caso, debe considerarse que la unidad del ordenamiento y su coherencia necesitan de un sector del Derecho que funcione como un gran “centro de abastecimientos” al cual pueda recurrirse en subsidio de pautas o criterios específicos. Es la categoría jurídica que llamamos Derecho común. Nos parece

que, a pesar de todas las vicisitudes, el Derecho civil, y su Código como fuente de autoridad y no solo de poder, sigue manteniendo el rol de proporcionar criterios, pautas y reglas que puedan regir a falta de previsiones particulares, y es conveniente que lo conserve. La Constitución misma no podría ser aplicada si se ignorara o se arrinconara el Derecho civil a regir solo a las relaciones privadas prototípicas. Términos como familia, persona, persona jurídica, responsabilidad, indemnización, nulidad, propiedad, bienes incorporales, cauciones, contratos, obligaciones solidarias, mencionados por el texto constitucional, carecerían de sentido si no fuera por la existencia de un Derecho común —y de un Código— donde todos esos términos están especialmente definidos y caracterizados.¹⁰

No es correcto considerar que la constitucionalización del Derecho privado exija que el Derecho civil abdique de su secular función de Derecho común y nuclear respecto no solo del Derecho privado, sino de todo el orden jurídico. La Constitución, por su misma situación de estar en el vértice superior de la pirámide, y por la necesaria concisión y tono declamativo y abierto de sus normas, no puede suplantar al Derecho civil en la necesaria función nutricia capaz de alimentar y dar consistencia y unidad al ordenamiento jurídico en su conjunto.

7. CONCLUSIONES

Estas reflexiones se han alargado quizás demasiado; conviene terminarlas haciendo un elenco de lo que, nos parece, son las principales ideas que hemos querido plasmar en ellas:

1. La constitucionalización del Derecho privado no es un proceso único, sino que una es de las varias tendencias en las que se aprecia un cambio metodológico de la ciencia del Derecho privado (dogmática jurídico-privada), iniciado en la segunda mitad del siglo xx.
2. En Chile se trata de un proceso que tiene avance en la jurisprudencia, pero que aún no ha sido captado plenamente por la doctrina y los profesionales del Derecho.

¹⁰ Critica esta posición Alejandro VERGARA BLANCO, *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho común”*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 53 y ss., para quien el Derecho civil puede ser derecho común y supletorio para las relaciones privadas, pero no a relaciones de derecho público como lo serían las del Derecho administrativo. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que desde el mismo ámbito del Derecho administrativo, se ha hecho ver que hay buenas razones para romper la dicotomía estricta entre derecho privado y público y recurrir al Código Civil para integrar normativamente el Derecho administrativo: así, BERMÚDEZ Soto, Jorge, *Las relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2012, pp. 62 y ss.

3. La constitucionalización puede operar de tres formas: a) por la vía reformadora; b) por la vía hermenéutica o de la aplicación indirecta y c) por la vía de la aplicación directa.
4. Un exagerado entusiasmo por la constitucionalización puede conducir a sobrevalorar la Constitución y a incurrir en un régimen de "autarquía" más que de supremacía constitucional.
5. Uno de los peligros de esta especie de "autarquía constitucional" se presentaría si se reconociera la constitucionalización por vía de aplicación directa, contra disposición expresa de ley que no ha sido declarada inconstitucional. También debe evitarse la tentación de fabricar vacíos legales artificiales, negando la función subsidiaria de las leyes civiles para atribuir la regulación de completos regímenes jurídicos a la preceptiva constitucional.
6. La constitucionalización también puede ser mirada como una elevación a rango constitucional de normas y principios propios del Derecho civil o privado, de modo que es posible hablar de una civilización o privatización del Derecho constitucional.
7. La constitucionalización, rectamente entendida y practicada, no debiera desconocer ni desvirtuar el rol de Derecho nuclear y común del Derecho civil, respecto del Derecho privado y en general de todo el orden jurídico.

En suma, superado ya el apogeo de "*Sola lex*", del legalismo positivista, debemos guardarnos de caer en el extremo opuesto de "*Sola constitutio*". Un Derecho privado más consciente de su misión podrá ser construido y comprendido mejor, si el juez y el intérprete proceden "con la ley y con la Constitución", extrayendo de cada una, en estrecha colaboración, los criterios de la justa solución de los casos que demandan su intervención.