

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL. EFICACIA HORIZONTAL Y RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Miguel Angel Fernández González**

I. INTRODUCCION

Aceptando la convocatoria que nos ha formulado la Universidad Gabriela Mistral para participar en estas **Jornadas de Derecho Civil en Homenaje al Código Civil Francés** quisiera continuar reflexionando en torno de la constitucionalización del Derecho, sobre la base del principio, ya indiscutido, consistente en la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, especialmente de frente a la posibilidad de renunciarlos, conforme a lo preceptuado en el artículo 12° del Código Civil.

He venido desarrollando este tema desde que, el 4 de septiembre de 2003, tuviera oportunidad de exponer, en la **Tercera Versión del Seminario sobre Temas Constitucionales de Actualidad en Chile**, organizado por los Programas de Magíster y Postítulo en Derecho Constitucional que imparte la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, repitiendo aquella conferencia en la Sala del Senado, para sus funcionarios, el 25 de noviembre. Asimismo y en la misma línea de investigación, el 2 de diciembre de 2003 presenté el tema, durante la realización del **VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, celebrado en Sevilla, España.

* El autor es abogado; Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica de Chile, en la Universidad de Chile, en la Universidad de los Andes y en la Universidad Alberto Hurtado. Es miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

II. CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO

El artículo 6º inciso 2º de la Constitución Chilena dispone que **sus preceptos obligan** tanto a los titulares o integrantes de los órganos estatales como a toda persona, institución o grupo, consagrándose, en el Derecho Positivo, la **fuerza normativa** de la Carta Fundamental, tendiente a lograr que efectivamente impere el **Principio de Supremacía Constitucional**.

Ello significa que los preceptos contenidos en la Constitución son obligatorios y no constituyen programas, proyectos, idearios o planes, poseyendo energía normativa propia¹, por lo que no requieren mediación normativa alguna para aplicarse a las situaciones jurídicas concretas regidas por ellos, cuya consecuencia más radical es que todos los Tribunales deben preterir cualquier norma infraconstitucional, que sea contraria a la Carta Fundamental, porque:

“...si los jueces dan valor a una norma contraria a la Constitución es indubitado que están obrando fuera de su competencia, pues el arco de atribuciones que les confiere la Carta Fundamental y las leyes no les permite aplicar disposiciones contrarias a aquélla, sino que -antes y al contrario- les ha ordenado dar aplicación a la Constitución, pretiriendo las disposiciones legales o infralegales que la vulneran. De esta forma cumplen, entonces, lo dispuesto en el artículo 7º incisos 1º y 2º de la Constitución...”

Por ende, **cualquier Tribunal puede y, repito, debe- dejar de considerar**, para su pronunciamiento **el precepto legal que**, incidiendo en él, **sea**, sin embargo, **contrario a la Constitución**. De otra forma, **la vinculación directa preconizada por el Poder Constituyente operaría en todos los casos y respecto de todos los entes**,

¹ Bulnes Aldunate, L.: “La Fuerza Normativa de la Constitución” en *Revista Chilena de Derecho* (Número Especial, Facultad de Derecho de la Universidad Católica, 1998) p. 137. Véase el considerando 10º de la sentencia pronunciada por el **Tribunal Constitucional** el 27 de octubre de 1983 (Rol N° 19); y Cea Egaña, J. L.: *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999) p. 180; y del mismo autor: *El Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, ediciones Universidad Católica de Chile, 2002) pp. 237 - 238 y 244 - 246.

públicos y privados, **con excepción de los jueces...**².

Con todo y por su directa incidencia en el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y, de allí, en su renunciabilidad, amparada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, una de las más trascendentales **consecuencias de la fuerza normativa** de la Constitución, es, precisamente, la **Constitucionalización del Derecho**, vale decir, el deber impuesto a los órganos estatales y a todas las personas en orden a interpretar y aplicar los preceptos y cláusulas jurídicas conforme a los principios y normas contenidos en la Carta Fundamental, o sea, visualizando el Sistema Jurídico **desde y hacia** ella.

En efecto, si en virtud **del principio de supremacía constitucional**, tanto los órganos públicos como cualquier persona, institución o grupo deben actuar con sujeción, formal y sustantiva, **a la Constitución; la fuerza normativa exige respetarla** en el desenvolvimiento concreto de aquellas actuaciones, de **manera que** las conductas estatales y particulares **no sólo respeten la Carta Fundamental en la secuencia dispuesta para su generación y cuando se las confronta, sustantivamente y en abstracto**, con la preceptiva fundamental, **sino que también cuando esas actuaciones se lleven a la práctica**, aunque no se hayan planteado dudas de constitucionalidad, en sede preventiva o a posteriori, o no obstante que ellas hayan sido desechadas.

Ello, porque el acto, proveniente del Estado o de particulares, **considerado tanto en su proceso formativo como desde el ángulo material**, si bien **puede reputarse ajustado** a la Carta Fundamental, aún cuando haya sido sometido a control de constitucionalidad, **al ejecutarlo también tiene que ser respetuoso** de los principios y normas contenidas en la Constitución:

“El fenómeno de la constitucionalización del Derecho en general ya no es nuevo en otros países y en especial en Europa. El razonamiento jurídico a partir de la Constitución es, en nuestros tiempos, tarea común en aquellos derechos que conocen el fenómeno desde hace ya tiempo y, por lo

² Fernández González, M. A.: “La Fuerza Normativa de la Constitución” en *Revista de Derecho Público* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2001) pp. 97 y 98; y Lovera Parmo, D.: “El Imperio del Derecho ¿Sólo leyes?”, en *La Semana Jurídica* N° 115 (27 de octubre al 2 de noviembre de 2003), p. 16.

mismo, han podido elaborar una doctrina al respecto. **Cuestiones como la interpretación “desde” o “según” la norma fundamental** del Estado, la existencia de principios constitucionales, que se imponen al juez y al doctrinador y que vean más allá de la mera inteligencia literal de las garantías constitucionales, **la obligación del juez de aplicar directamente la Constitución**, sin esperar la dictación de leyes especiales **que pongan en acción los principios de la Constitución**, no son ya novedad, incluso en *países tan reacios a conceder al juez común facultades para inmiscuirse en principios constitucionales como Francia*³.

Sin embargo, debe comprenderse bien que la constitucionalización, sobre la base de la fuerza normativa vinculante del Código Político, **no** supone el desaparecimiento de las categorías y reglas hermenéuticas de cada una de las ramas del Derecho, entre las cuales se destaca el Derecho Común, contenido en el Código Civil, y menos su reemplazo por las que contempla la Carta Fundamental, para desentrañar el sentido y alcance de los preceptos *infraconstitucionales*. **Se trata, antes y al contrario, de aplicar aquellas categorías y reglas a partir de la Constitución y dentro de los parámetros que ella fija**, aun en aquellas materias reguladas por el Derecho Privado⁴.

Por ello, no procede excluir o siquiera mitigar el alcance y extensión de las normas hermenéuticas que imperan en la interpretación y aplicación de los distintos preceptos inferiores a la Carta Fundamental, sea que se trate de la ley, de actos administrativos, de sentencias y resoluciones judiciales o aún de actos jurídicos unilaterales y de cláusulas contractuales, cada uno de los cuales tiene principios y reglas propias, **sino que aquella interpretación y aplicación debe ahora y siempre hacerse**, como se ha dicho, **desde y hacia la Constitución**, lo cual implica, por una parte, mantener incólume la distribución de potestades y competencias

³ Domínguez Águila, R. prologando el libro de Hugo A. Castellón Venegas y Laura E. Rebolledo Contreras: *Aspectos Sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Santiago, Ed. Conosur, 1999) pp. 1-2; y véase, asimismo, la obra de la Universidad Austral de Valdivia: *La Constitucionalización del Derecho Chileno* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2003).

⁴ Riosco Enríquez, E.: *El Derecho Civil y la Constitución ante la Jurisprudencia* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) p. 9.

entre los órganos estatales dispuesta por el Código Político y, superlativamente, **el respeto y promoción de los derechos fundamentales.**

En otras palabras, sin dobleces ni complejos, **el plexo de valores que se encuentra normativizado en la Constitución**, comenzando por la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, primero ante el Estado, pero también en las relaciones entre particulares, **invade, inunda y se despliega** a lo largo y ancho de todo el Sistema Jurídico:

“Al empezar a participar en los seminarios **en el curso 1959/1960** en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich..., la impresión que se obtenía era muy clara: **El gran tema eran los derechos fundamentales...**

Uno de los protagonistas fue un discípulo de Theodor Maunz, el profesor Leisner... Precisamente, **en 1960** publica su gran trabajo de habilitación universitaria con el título *Grundrechte und Privatrecht*, con **la decidida tesis de extender los derechos fundamentales al orden jurídico privado, de una forma directa**”⁵.

Por ende, reducir las normas contenidas en la Carta Fundamental a la regulación del Poder, entendiendo por tal los órganos del Estado, no sólo constituye una visión ya superada en el sistema político y constitucional democrático y humanista que nos impera, sino que contraría, sin más, la posición que ha ido adquiriendo el Derecho de la Constitución en Sistemas Jurídicos respetuosos de los principios y valores cardinales sobre los cuales se sitúa y construye la sociedad.

No cabe colegir de estos planteamientos, en consecuencia, una *visión totalitaria del Derecho Constitucional* y menos una argumentación que permita a los jueces eludir la aplicación de las demás fuentes del Derecho, lo cual sólo debe hacerse cuando se trata de disposiciones inconstitucionales⁶:

⁵ Gallego Anabitarte, A.: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Madrid, Ed. Civitas, 1994) pp. 23-24.

⁶ Cfr. Rodríguez Grez, P.: “Aplicación de la Ley” en *La Semana Jurídica* N° 146 (25 al 31 de agosto de 2003) p. 15.

“...Basta con decir lo siguiente: **esta concepción señala el abandono consumado del positivismo legalista** en el pensamiento político y jurídico..., **la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal...** Desde luego, **la existencia y el carácter preceptivo de un orden de valores anterior al Derecho...**

...naturalmente, **la defensa y protección de la Constitución** y de su sistema de valores **constituye la labor y el deber más nobles de todos los órganos estatales** y, sobre todo, del legislador. **Pero, en caso de duda, es el juez el que tiene de hecho la última palabra...**”⁷.

Como he tenido oportunidad de explicarlo⁸, **jueces independientes⁹ deben ser los garantes** de la Constitución, **especialmente** del respeto por los órganos del Estado y por los particulares **de los derechos fundamentales**:

“¡la relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente!...

⁷ Bachof, O.: *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1985) pp. 45-47.

En el mismo sentido, Cappelletti, M.: “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional” en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984) quien da **cinco argumentos** en favor de la legitimidad creadora de los jueces, pp. 622-633; y Tomás y Valiente, F.: *Constitución: Escritos de Introducción Histórica* (Madrid, Marcial Pons, 1996) pp. 25-26.

Cfr. Lord Devlin: “Judges and Lawmakers” en *Modern Law Review* N^o 39 (1976) quien señala que **“atribuir a la magistratura un papel de élite que se desvía del camino demasiado frecuentado del proceso democrático resulta muy tentador. Sólo sería un desvío aparente. En realidad, sería un camino que jamás aboca a la carretera principal, sino que conduciría, por muy larga y sinuosa que fuera la vía, al Estado totalitario”** (p. 2); y Ely, J. H.: “Democracy and Distrust” en *A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980), ambos citados por Cappelletti, pp. 620-621. Asimismo, cfr. Nino, C. S.: “Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad” en *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991) pp. 98 ff.

⁸ Fernández González, M. A.: *Principio Constitucional de Igualdad Ante la Ley* (Santiago, Ed. Conosur, 2000) pp. 173 - 177.

⁹ Tomás y Valiente, F.: *A Orillas del Estado* (Madrid, Ed. Taurus, 1996), pp. 121 y 134.

Para esto (la noción de Montesquieu respecto de la función judicial) había que partir de **un supuesto doble**: por un lado, **la ley era... la ratio convertida en norma...** En segundo lugar, se consideraba que **las mejores garantías** para que la justicia de las leyes quedara protegida **radicaban en la entrega de la función legislativa** al Parlamento, **a los elegidos...**

Ambos supuestos han desaparecido hoy en gran parte...¹⁰ ...

En suma, la Constitucionalización del Derecho obliga a reconocer la fuerza normativa de la Carta Fundamental, *sin que resulte admisible sostener que existen preceptos constitucionales dotados de aquel vigor y otros que requieren de mediación jurídica posterior para adquirirla*¹¹; se trata, en el **contexto desafiante** que de ella se desprende, reconocer **la eficacia horizontal de los derechos fundamentales**, para averiguar **si las personas pueden**, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, **renunciar a los derechos que la Constitución les asegura.**

III. EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El análisis y alcance de la fuerza normativa suele situarse de frente a las actuaciones y omisiones de los órganos estatales, especialmente en defensa de los derechos de las personas. Empero, la ponencia que hoy expongo tiene que ubicarse también y preferentemente en torno del deber que la Constitución impone **a toda persona, institución o grupo**, en cuanto ellos deben ser, en sus relaciones particulares y aun cuando no haya injerencia estatal, respetuosos de los preceptos contenidos en la Carta Fundamental, superlativamente, tratándose de los derechos que ella asegura en su artículo 19° y en los tratados internacionales ratificados por nuestro país y vigentes en

¹⁰ Bachof citado en *supra* nota 7, p. 50.

¹¹ García de Enterría, E.: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Ed. Civitas, 1994) pp. 64 y 68.

él. **Surge aquí**, en consecuencia, **el principio de eficacia horizontal** de los derechos fundamentales¹².

1. Origen

Útil resulta, para visualizar **la envergadura** que posee dotar de eficacia entre particulares a los derechos fundamentales, examinar cómo aquel principio se ha construido por la doctrina especialmente cuando, a diferencia de la disposición expresa contenida en el artículo 6º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental, aquella eficacia horizontal no aparece explícitamente consagrada en el texto constitucional, sino que resulta menester elaborarla dogmáticamente:

“Un problema teórico que se ha planteado en el ámbito de la teoría jurídica de los derechos fundamentales... es el de **la extensión de la validez de los derechos a las relaciones jurídicas entre particulares...**

Sin embargo, **esta equiparación no es ni mucho menos evidente, se ha discutido y se ha rechazado**, afirmándose por el contrario que los derechos fundamentales son límites al poder...

...Así **por influencia de la cultura jurídica alemana, se habla de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros** (*‘Drittwirkung der Grundrechte’*). Sin embargo, **la extensión de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho Privado, no es un problema de eficacia, sino de validez...** No se debe hablar tanto de eficacia frente a terceros, lo que no es correcto, sino de ámbito de validez de los derechos fundamentales extendido a todas las relaciones jurídicas...¹³.

¹² Alexy, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) pp. 507, 510 - 514, 517 - 518 y 520 a 523.

¹³ Peces-Barba Martínez, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (Madrid, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1995) pp. 617 - 625.

Explicando, con mayor detención el tema, el mismo autor reflexiona en torno de su **origen y cómo la eficacia horizontal se inserta** en el Estado de Derecho contemporáneo:

“Si partimos del origen contractualista... los derechos naturales, son siempre derechos en relaciones entre privados, puesto que en el Estado de naturaleza, no existe poder... Igualmente los primeros textos jurídicos de la revolución liberal, que materializan estas concepciones pactistas recogen los derechos naturales como derechos de todos y en situaciones donde no se excluye el ámbito de las relaciones privadas... Es revelador a estos efectos el siguiente párrafo de la Declaración de Independencia de Estados Unidos, de 4 de julio de 1776: ‘Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son nacidos iguales, que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad’...

Sin embargo, **en la cultural jurídica de la modernidad, podemos encontrar otras raíces... que podrían explicar la tesis liberal,** nacida en el siglo XIX, en el ámbito de la Escuela del Derecho Público alemán, **de que el ámbito de validez de las normas sobre los derechos fundamentales, se circunscribe a las relaciones de los ciudadanos con el poder político.**

...la idea de que el Derecho Privado es el Derecho Natural, que regula las relaciones estables y permanentes del hombre, mientras que el Derecho Público expresa las cambiantes relaciones de poder, que no existían en el Estado de Naturaleza y que es arbitrario y mudable... Desde ese punto de vista **el Derecho Privado, no necesitaba de controles ni de barreras** porque no existían poderes excesivos, sino un plano de igualdad, regulado por la autonomía de la voluntad. Es en el campo del Derecho, la misma mentalidad que surge en economía con Adam Smith de la

autorregulación del mercado y de la mano invisible...

La obra de Domat será significativa en este sentido... 'Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel', aparece en Paris entre 1689 y 1694; la segunda 'Le Droit Public suite des Loix Civiles dans Leur Ordre Naturel', aparecerá en 1697... **la distinción de Domat entre 'loix inmuebles', leyes inmutables y 'loix arbitraires', leyes arbitrarias.** Las primeras coinciden con el Derecho Privado y las segundas con el Derecho Público. Las leyes inmutables 'se llaman así porque son naturales y tan justas siempre y en toda su extensión, que ninguna autoridad puede cambiarlas ni abolirlas'. Por su parte, las leyes arbitrarias 'son las que una autoridad legítima puede cambiar y abolir según sea necesario'...

Esta tendencia se consolidará definitivamente con la construcción jurídica de los derechos que será obra, en el siglo XIX, de la Escuela del Derecho Público alemán, situada en el marco del formalismo y del positivismo jurídico...

El Derecho Privado será un sistema de facultades jurídicas que se apoyan sobre la autonomía de la voluntad, mientras que el Derecho Público establecerá un sistema de facultades, que revestirán la forma de derechos subjetivos, procedentes de los antiguos derechos naturales, para limitar el núcleo del Derecho Público que es el poder del Estado...

Baste para justificar esta afirmación una obra actual, 'Derecho Político' de E. Stein, '**los derechos fundamentales resuelven conflictos entre los intereses particulares y los intereses estatales... Se dirigen, por tanto contra el Estado**'. Completará su planteamiento sosteniendo que 'no pueden dirigirse contra otros particulares... no puede atribírseles ninguna eficacia inmediata frente a terceros...'

Esta posición **se reflejará también en la Constitución Alemana...** 'Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial'...

Por eso han necesitado construir la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, es decir, la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros..."¹⁴.

2. Aplicación

Efectivamente, el asunto ha sido, como todos sabemos, latamente debatido en la **doctrina y jurisprudencia alemana**:

"El Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta del 'efecto de irradiación' de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con **la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo**. Para citar al Tribunal: 'De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, **las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que**, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, **vale para todos los ámbitos** del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia'...

Actualmente **se acepta**, en general, **que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano...** Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de cómo las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano / ciudadano, se trata de un problema de construcción... (ya que) **la relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En**

¹⁴ Id., pp. 617 - 625.

cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales.

Es posible distinguir **tres teorías** de la construcción: La del **efecto mediato** en terceros, la del **efecto inmediato** y la del **efecto producido a través de derechos frente al Estado.**

De acuerdo con **la teoría del efecto mediato**, cuyos representantes principales son Düring y el Tribunal Constitucional Federal, **los derechos** fundamentales en tanto 'Decisiones valorativas' 'normas objetivas' o 'valores iusfundamentales', es decir, **en tanto principios objetivos** en el sentido que se acaba de presentar, **influyen en la interpretación del Derecho Privado.** Esta influencia se llevaría a cabo, sobre todo, en la concreción de las cláusulas generales del Derecho Privado pero, puede, además, estar presente en toda interpretación de una norma de Derecho Privado y, en casos especiales, se extendería hasta la justificación de decisiones en contra del texto de la ley... **Para la posición del juez,** el efecto de irradiación **debería fundamentar el deber de tener en cuenta en su interpretación la influencia iusfundamental en las normas de Derecho Privado.**

También la **teoría del efecto inmediato** en terceros, cuyos principales representantes son Nipperdey y la Cámara Primera del Tribunal Federal del Trabajo... **Al igual que en el caso de la teoría de la influencia mediata** en terceros, **la influencia de las normas de derecho fundamental en el Derecho Privado habría de resultar de 'su propiedad como derecho constitucional objetivo vinculante'.** La diferencia consiste en que los principios objetivos **no habrían de afectar la relación ciudadano/ciudadano** influyendo en la interpretación de las normas de Derecho Privado, **sino** en el sentido de que **de ellos**

'fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo'...

De acuerdo con la **tercera teoría**, los efectos en la relación ciudadano/ciudadano son **consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos...**

Es fácil reconocer que el alcance de las tres construcciones es diferente. Mientras que la del efecto mediato en terceros apunta al juez, la construcción de efectos en terceros a través de los derechos frente al Estado, abarca tanto al legislador como al juez...

En tanto construcciones referidas a la actividad judicial, **las tres son equivalentes en sus resultados...**

...Así, en el fallo Lüth se dice: **'Si (el juez civil, R.A.) no respeta estas pautas y su fallo se basa en no haber tenido en cuenta esta influencia jurídico-constitucional en las normas de Derecho Civil, viola no sólo el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental (como norma objetiva), sino que más bien, en tanto titular del poder público, lesiona con su fallo el derecho fundamental a cuyo respeto, también por parte del Poder Judicial, el ciudadano tiene un derecho constitucional'**¹⁵.

No puede, en consecuencia, ser desconocido el **valor y vigencia de los derechos fundamentales entre particulares**. Menos cuando ello se encuentra, fuera de toda duda, expresamente establecido en el artículo 6° inciso 2° de la Constitución, ello por cuanto:

"1) El poder político no es el único capaz de dañar a las personas...

2) ...la consideración exclusiva de los derechos como límites al poder estatal, es propia de un momento de predominio del positivismo estatalista en la cultura jurídica,

¹⁵ Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) pp. 507, 510 - 514, 517 - 518 y 520 a 523.

situación que hoy ha cambiado profundamente...

3) El Derecho Privado no es ya expresión de un número reducido de normas generales y estables...

4) ...los derechos fundamentales cumplen dos funciones centrales en el Ordenamiento. Son susceptibles de atribución individual, como derechos subjetivos..., pero también otra objetiva, como parte de la norma básica material de identificación de normas. En esta segunda función son guía para la producción e interpretación de las restantes normas del Ordenamiento"¹⁶.

En consecuencia, no admite duda alguna, especialmente de frente al nítido tenor del artículo 6º inciso 2º de la Constitución, **que los derechos fundamentales** -y, en verdad, todo precepto contenido en la Carta Fundamental- imperan también **en las relaciones entre particulares** y no quedan reducidos a oponerse nada más que de frente a las actuaciones u omisiones de los órganos estatales.

La tesis que viene siendo expuesta confirma que la Base de la Institucionalidad, contenida en el artículo 6º inciso 2º de la Constitución, despliega sus secuelas más allá de lo estatal o de las relaciones entre el Estado y las personas, aun cuando dicho precepto **no vincula de la misma manera a los integrantes de los órganos estatales que a los particulares** ni a éstos de igual modo en sus relaciones con el Estado que cuando se trata de relaciones entre ellos¹⁷.

Por ello, debe dársele valor al viejo aforismo según el cual en Derecho Público sólo cabe realizar lo que está expresamente permitido, mientras que en Derecho Privado puede hacerse todo, salvo lo que se encuentre expresamente prohibido, lo cual queda cabalmente contenido en el artículo 12º del Código Civil:

"Refiriéndonos sólo al derecho patrimonial y específicamente al contrato, que es el acto jurídico más frecuente y en el que el principio de la autonomía de la voluntad juega su

¹⁶ Peces-Barba Martínez, citado en supra nota 13, pp. 617 - 625.

¹⁷ Cea Egaña, J.L.: *I Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002), p. 239 y 243.

verdadero rol, **las limitaciones tienen también el mismo fundamento: Resguardar los intereses superiores de la colectividad.**

Pero **como no se trata ya de una manifestación de voluntad que vaya a alterar o modificar instituciones fundamentales**, como las ya nombradas, **sino que se refiere generalmente al intercambio de bienes y servicios, las limitaciones que se les imponen son excepcionales y domina sin mayor contrapeso la voluntad de los particulares.**

Por eso puede decirse que la autonomía de **la voluntad existe real y efectivamente en materia contractual...**¹⁸.

No se trata aquí de indagar, por cierto, en torno de la primera parte de aquel brocardo jurídico, sino que de abundar en torno de la segunda y, a raíz de ello, penetrar en el sentido y alcance, desde la perspectiva constitucional, del **principio de autonomía de la voluntad.**

IV. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

3. Doctrina

Se ha sostenido que dicho principio encuentra **anclaje constitucional en los derechos fundamentales**, particularmente en aquellos que son de contenido económico¹⁹. Sin embargo, resulta indudable que, considerando la capacidad de las personas para actuar en la vida del Derecho y, particularmente, en sus relaciones con otros y aún en la adopción de decisiones unilaterales, el fundamento constitucional tiene que situarse en disposiciones todavía más esenciales, como las contenidas en el **artículo 1° inciso 1°** y en

¹⁸ León Hurtado, A.: *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1990) p. 59.

¹⁹ Considerandos 5° y 6° del pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central que fue objeto de reclamación ante la Comisión Resolutiva, la cual pronunció la Resolución N° 336 el 31 de enero de 1990.

el artículo 19° N° 1° inciso 1° y N° 6° inciso 1° de la Carta Fundamental.

Ahora bien y no obstante el nítido sustento constitucional de la autonomía de la voluntad, ella ha sido analizada en Chile, casi exclusivamente desde el ángulo del Derecho Civil desde el cual ya se ha advertido que dicha autonomía, **no constituye una capacidad ilimitada o de carácter absoluto**. Así, bajo el imperio de la Constitución de 1925, la cual carecía de fuerza normativa, se explicaba que:

“Por autonomía privada o de la voluntad se entiende el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o, como prefieren decir otros, sus relaciones jurídicas con los demás sujetos...

...Las partes, siempre que respeten las leyes, el orden público y las buenas costumbres, pueden establecer las cláusulas que les plazca en sus actos o contratos...

El poder de los particulares de regular por sí los propios intereses o las relaciones jurídicas que entablan con otras personas tiene sus naturales limitaciones que, en términos generales, están constituidas por las buenas costumbres y las leyes imperativas, o sea, aquellas que en sus comportamientos o relaciones necesariamente deben cumplir; no pueden descartarlas, modificarlas ni sustituirlas por otras.

Las leyes imperativas que marcan límites al ejercicio de la autonomía privada o de la voluntad tiene por objeto evitar que los intereses de los particulares se contrapongan a los de la sociedad toda; que terceros puedan ser perjudicados y aun miran la conveniencia de los propios

autores de un acto jurídico para que expresen una voluntad sana, libre y meditada...”²⁰.

Un distinguido profesor, que reflexiona ya situado bajo la vigencia de la Constitución de 1980, explica, a propósito de las **limitaciones a la autonomía de la voluntad**, que ella está limitada **por el orden público y por las buenas costumbres**²¹ y **doctrina todavía más reciente** inicia un nexo entre la autonomía de la voluntad, desde el ámbito del Derecho Civil con la Constitución, aunque enfoca el asunto a partir del valor que la autonomía tiene de frente a las actuaciones estatales y no en las relaciones entre particulares²².

De lo expuesto, entonces, tiene que colegirse, por una parte, **el alcance que posee la autonomía de la voluntad**, en cuanto ella confiere a las personas capacidad para actuar y regular sus actuaciones; pero, de otra, surge también la necesidad de tener en consideración el **carácter limitado** de aquella autonomía, reconocido desde siempre por el Derecho Civil sobre la base de conceptos jurídicos abiertos o indeterminados, como el orden público o las buenas costumbres:

“Después de ordenar las finanzas francesas, Napoleón volvió la mirada hacia el derecho y la justicia. En vista de la antigua relación de su familia con la profesión de abogado, Napoleón sentía mucho interés por el tema. Pero aquí el problema era demasiado fundamental para resolverlo mediante la designación de funcionarios o apelando al esfuerzo personal. En realidad, no existía nada que pudiera denominarse el derechos francés; sólo muchos códigos regionales y centenares de tribunales autónomos; por ejemplo, en París, el Almirantazgo, los Condestables Montados, la Montería y la Halconería, la Bailía de la artillería, los Almacenes de la Sal, y así muchos más. Los casos iban y venían entre los tribunales, y los únicos beneficiados eran

²⁰ Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M. y Vodanovic, A.: *II Derecho Civil Parte Preliminar y Parte General* (Santiago de Chile, Ed. Conosur, 1991) pp. 155 - 156.

²¹ Vial del Río, V.: *Teoría General del Acto* (Santiago, Ediciones Universidad Católica, 1991) pp. 53 - 54.

²² Alcalde Rodríguez, E.: *Los Principios Generales del Derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003) pp. 194 - 195 y 199.

los abogados. Desde 1789 la justicia se había complicado aún más con 14.400 decretos, muchos de los cuales contradecían leyes anteriores. Con sobrada razón Napoleón había escrito a Talleyrand dos años antes de ocupar el cargo de primer cónsul: 'somos una nación con 300 códigos de leyes pero sin leyes'.

Napoleón deseaba combinar los derechos del hombre con los mejores elementos del antiguo derecho francés; éste correspondía a dos vertientes distintas: la ley consuetudinaria, aplicada en el norte, y el derecho romano en el sur. Cuando necesitó expertos que realizaran el trabajo pesado, Napoleón eligió dos de cada región: Tronchet y Bigot de Préameneu del norte, y Portalis y Malleville del sur. Tronchet y Portalis **habían alcanzado renombre defendiendo a los perseguidos;** el primero, a Luis XVI, en cuyo proceso le iba la vida; el segundo, a los sacerdotes que rehusaban jurar la Constitución. Como sabía que los abogados trabajaban lentamente, y Tronchet tenía setenta y cuatro años, Napoleón dijo: 'Os concedo seis meses para darme un Código Civil', es decir un borrador. Después, el proyecto fue discutido punto por punto por el Consejo de Estado, bajo la presidencia de Napoleón en cincuenta y siete sesiones, es decir más de la mitad"²³.

Sin embargo, para confirmar el recto y completo sentido con que debe comprenderse la autonomía de la voluntad, **situándolo** más claramente **en el contexto del Derecho Público**, resulta de interés acudir a lo que expresan Planiol y Ripert, pues ellos aportan nítida explicación del **contenido que cabe atribuir a las limitaciones que describe el Código Civil** de frente a la autonomía de la voluntad en el ámbito mencionado:

"En primer lugar, existe **una regla de Derecho**, no consagrada expresamente, pero cuya existencia es indudable: **Todo lo que la ley no prohíbe está permitido**. La libertad

²³ Cronin, Vincent: *Napoleón Bonaparte* (Barcelona, Vergara Editores, 2003) pp. 225 - 226.

constituye la regla; la voluntad privada es autónoma, **salvo los límites fijados por la ley**. Por tanto, bastará indicar estos límites legales...

El artículo 6° dice "Las leyes relativas al **orden público y a las buenas costumbres** no pueden ser derogadas por convenios privados"...

¿Qué es una disposición de orden público?
En primer lugar, y necesariamente, todas las leyes de Derecho Público, es decir, aquellas que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, **así como las obligaciones y los derechos de los particulares** en materia política, electoral, **de impuestos**, servicio militar etc. **Todas estas leyes**, que constituyen el régimen político del país, **son superiores a las voluntades privadas...**

Además, una ley puede pertenecer al Derecho Privado y, sin embargo, ser de orden público. Acontece esto siempre que la ley esté motivada por un interés general, que se comprometería si los particulares pudiesen impedir la aplicación de aquella...

Las leyes de Derecho Privado que presentan este carácter pueden reducirse a cuatro categorías principales: 1°. Las que reglamentan el estado y capacidad de las personas; 2°. **Las que organizan la propiedad**, y especialmente la propiedad inmueble; 3°. Las que imponen a las partes prohibiciones o medidas dictadas en interés de terceros; 4°. Las que tienden a la protección de uno de los contratantes frente al otro"²⁴.

Por ello, **el artículo 12° del Código Civil**, al tenor del cual "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia" tiene que ser **interpretado y aplicado conforme a su**

²⁴ Planiol, M. y Ripert, G.: *Tratado Elemental de Derecho Civil* (México, Cárdenas Editor, 1991) pp. 147 - 148.

genuino espíritu, expresado en su predecesor, **el artículo 15° del Proyecto de 1853**²⁵.

En consecuencia, no cabe duda que, aún desde la óptica netamente civil y sobre la base del correcto y completo sentido y alcance del artículo 12° mencionado, **la autonomía de la voluntad reconoce como limitación el respeto de los derechos fundamentales:**

"Embudo Irujo defendería el **influjo directo de las normas constitucionales sobre** (aquellos) **derechos en el mundo jurídico privado, influencia que había de traducirse**, entre otros aspectos, **en los dos siguientes:**

a) Una acción indirecta sobre el ámbito contractual privado, considerando **nulos**, por contrarios al orden público, **todo tipo de pactos celebrados en contra de las prescripciones constitucionales**, previa acción, claro es, de una parte interesada, y

b) Una acción de irradiación sobre cualquier tipo de **relaciones privadas** (incluso no contractuales) que **deben sujetarse en su constitución y efectos a las 'decisiones de valor' implícitas en los derechos fundamentales** y en la misma Constitución

Quiere todo ello decir que las **relaciones inter privados**, si bien con ciertas matizaciones, **no quedan excluidas del ámbito de aplicación de los derechos** a que venimos refiriéndonos, **debiendo**, pues, **la autonomía de las partes respetar esos derechos.**

En su sentencia 177/1988, de 10 de octubre (Fj 4.º), el juez de la Constitución ha precisado que **la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de**

²⁵ "Los individuos no pueden estipular cosas contrarias a las buenas costumbres, ni a las leyes que regulan la organización política y judicial de Chile, ni a las prohibiciones de las leyes.

Pero podrán renunciar cualquier derecho que les confieran las leyes, siempre que mire solamente a su interés o conveniencia individual y que no esté prohibida su renuncia.

No puede renunciarse ningún derecho establecido a favor de las buenas costumbres o del orden público".

no discriminación como aquellas de rango constitucional u ordinario de las que se derive la necesidad de igualdad de trato²⁶.

Viniendo ahora a la **doctrina chilena**, tiene que insertarse la afirmación categórica del profesor Cea Egaña para sentar la **plena aplicación del principio** también en Chile²⁷:

“...Quien es titular de un derecho público subjetivo, por ende, **obliga al prójimo, sin excepción**, a respetarlo”²⁸.

4. Fundamento Constitucional

Volviendo al nivel constitucional, complementando por cuanto acaba de expresarse, me he referido, concretamente, **a la autonomía de la voluntad desde esa perspectiva** para sostener que:

“Por lo expuesto, entonces, los contratantes pueden, en uso y aplicación de la autonomía de la voluntad, **pactar cuanto estimen pertinente**, pero **respetando siempre los principios y normas constitucionales**, pues, a mayor abundamiento, aquélla autonomía encuentra su origen en los valores fundamentales que la misma Constitución reconoce y asegura respecto de todas las personas²⁹...”

...la autonomía de la voluntad no sólo arranca de la Constitución, sino que debe ser ejercida conforme a ella, es acertado sostener que **la regla matriz que rige el obrar de los particulares**, especialmente en sus relaciones entre sí, **es que pueden hacer y pactar**

²⁶ Fernández Segado, F.: “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 13 N° 39 (septiembre - diciembre, 1993) pp. 208 - 209 y 220 - 223.

²⁷ Torres del Moral, A.: “Naturaleza de los Derechos Constitucionales” en *Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público*, contenidas en *XVIII Revista de Derecho* (Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1997) p. 153.

²⁸ Cea Egaña citado en *supra* nota 1, p. 87.

²⁹ López Santa María, J.: *Los Contratos* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998) p. 233.

cuanto no se encuentre expresamente prohibido, a diferencia de lo que ocurre con el accionar estatal, pues allí sólo compete a los órganos públicos hacer lo que expresa y previamente se les permite³⁰...³¹.

El vasto alcance de la autonomía de la voluntad se manifiesta tanto para concurrir a la celebración del acto o contrato, incluyendo las fases precontractuales, cuanto para regular lo contractualmente pactado y desenvolver, en la realidad, la secuencia completa de lo convencionalmente pactado o lo decidido mediante la manifestación unilateral de la voluntad³². Pero **la amplitud máxima** con que se ha dotado a los particulares, en despliegue de la autonomía de su voluntad, no supone, como se ha explicado, un obrar desmedido o exento de limitaciones, siendo necesario referirse aquí **a aquéllas que devienen de la Carta Fundamental**, y, más concretamente, a la eficacia horizontal de los derechos que ella contempla o, en términos diversos que expresan la misma idea, por la fuerza normativa del Código Político para y entre los particulares. En esta perspectiva, resulta útil acudir a ***Basta Riquelme con Sociedad Minera Celite*** para advertir **cómo tiene que avanzarse siempre en una hermenéutica que privilegie la autonomía de la voluntad**:

“Que, establecida la controversia en los términos referidos, ha de resolverse, entonces, en torno al denominado **“principio de la autonomía de la voluntad”**, cuya aplicación práctica, sabido es, se traduce en que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido por la Constitución Política de la República o las leyes; **es decir, los límites están**, en este sentido, **determinados por el orden público, la moral y las buenas costumbres**.”

³⁰ Considerando 3º de la sentencia N° 101, pronunciada por el Tribunal Constitucional de España el 18 de noviembre de 1983, reproducida en Portero Molina, J. A.: *Constitución y jurisprudencia constitucional* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1994) p. 46.

³¹ Fernández González, M. A.: “Fundamentos Constitucionales del Derecho de los Contratos: Intangibilidad, Autonomía de la Voluntad y Buena Fe” en la obra colectiva *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 6 (Santiago, Universidad de Los Andes, 2002), p. 38.

³² Domínguez Aguila citado en **supra** nota 3.

Que, realizada la precisión que antecede y **teniendo a la vista el objeto del acuerdo de voluntades**, celebrado entre el que fuera dueño del predio superficial y el entonces manifestante de una pertenencia minera, esto es, ocupar los terrenos para establecer canchas de depósito de minerales y relaves, ocuparlo con los desmontes de Kieselguhr, libre acceso por todos los caminos, movimiento de vehículos y maquinaria pesada por todo el predio, soportar la postación eléctrica, de comunicaciones y de todos los servicios de suministros, instalaciones de plantas de beneficio e instalaciones en general, **no se divisa en él contravención alguna al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, de manera que sólo cabe concluir que los particulares en cuestión actuaron dentro de las facultades que les otorgaban sus respectivos derechos de dominio, sobre un predio y sobre una manifestación minera**³³.

La jurisprudencia transcrita demuestra cómo **la pugna entre lo contractualmente pactado**, sobre la base de la autonomía de la voluntad, **y los principios y normas de la Constitución, es un asunto que debe resolverse**, prácticamente, **caso a caso**, pues cualquier ejemplo que pueda construirse en abstracto admitirá, enfrentado a su posible ocurrencia en la realidad, reconocer matices a partir de circunstancias específicas, pudiendo variar lo que se exprese con el rasgo de regla general³⁴.

Sin embargo, he mencionado algunos ejemplos que pueden ilustrar **el encuadramiento constitucional en que siempre debe situarse el ejercicio de la autonomía de la voluntad**, v.gr., no se ajusta a la Carta Fundamental pretender pactar contractualmente que se reputa penalmente ilícita una conducta que no ha sido descrita así por el Legislador; o imponer en el contrato formas jurídicas de resolución de conflictos inconciliables con el debido proceso o lesivas de la división de funciones en referencia precisa a la competencia de los tribunales

³³ Considerandos 5° y 6° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 22 de marzo de 2000, reproducida en XCVII **Revista de Derecho y Jurisprudencia** N° 1 (2000).

³⁴ Peces-Barba Martínez citado en **supra** nota 13, p. 634.

establecidos por la ley, conforme al artículo 73° de la Carta Fundamental; o prohibir indefinidamente el ejercicio de su trabajo a una persona, esto es, acordar que no podrá desempeñar su actividad en forma permanente; o limitar el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes³⁵, más allá de lo que, bajo las circunstancias concretas, resulte razonable y respetuoso de la preceptiva constitucional; o, en fin, contemplar o dispensar beneficios o cargas odiosas o discriminatorias en contratos análogos a agentes distintos, esto es, ventajas o gravámenes sin que exista justificación para ello.

Y pueden añadirse otros ejemplos:

“...Así no se podrá argumentar la libertad de expresión para anular una cláusula que impida a un periodista trabajar, al mismo tiempo, colaborando en otra empresa periodística, ni el derecho a la igualdad frente a las mejoras testamentarias, ni la libertad religiosa para solicitar un día de descanso distinto del previamente pactado en un contrato, ni el derecho a la igualdad para exigir de un acreedor un trato igual al que concede a otro deudor, ni este principio para sostener que las diferencias salariales pactadas en la negociación colectiva sean, per se, contrarias al principio de igualdad.

No existe **tampoco violación de la libertad de expresión por embargo de la cabecera de un periódico**, por deudas probadas en una sentencia civil en que se condena con ese fallo al propietario del periódico.

Sí puede ser una violación de un derecho fundamental impedir u obstaculizar a un sindicato a sus miembros participar en el proceso electoral.

Sí puede ser una violación de un derecho fundamental cuando **se intenta forzar el deber de buena fe** con el que debe ser cumplido cualquier contrato, **para impedir el ejercicio de la libertad de expresión que**

³⁵ Véase sobre contratos de distribución exclusiva Montt D., L. (coordinador): VII *Ley Antimonopolios* (Santiago, Ed. Conosur, 1996) p. 124.

denuncie las anomalías que se producen en un organismo o en una empresa que, por ejemplo, desempeña un servicio público, y que requieren su reparación, su corrección y su conocimiento por la opinión pública.

Como se ve, por estos ejemplos, **el principio general de la validez de las normas de derechos fundamentales en las relaciones privadas**, si es indubitado, **debe ser analizado en el caso concreto, ponderando las circunstancias, los bienes y principios propios del Derecho Privado, con el derecho fundamental concernido**^{36,37}.

Llegase así al **punto medular** de esta comunicación, donde procede confrontar cuanto ha sido expresado con la **posibilidad de renunciar a los derechos fundamentales**, especialmente los de contenido económico, que son usualmente, aquellos que se transan o negocian entre particulares.

Se trata de verificar, por ende, si el artículo 6º inciso 2º de la Constitución que expresa el deber de las personas de respetar sus preceptos y, a partir de ello, la eficacia horizontal de aquellos derechos, alcanza a la autonomía de la voluntad cuando ésta se ejerce para renunciar los referidos derechos.

V. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 12º DEL CÓDIGO CIVIL CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

En el contexto del denominado Orden Público Económico o de la Constitución Económica³⁸ el eje central corresponde a los derechos que la Carta Fundamental asegura a todas las personas en dicho ámbito, especialmente la libre iniciativa en materia económica, la no discriminación en el trato económico, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y el derecho de propiedad,

³⁶ Peces-Barba Martínez citado en **supra** nota 13, pp. 634 - 635.

³⁷ Fernández González citado en **supra** nota 27, pp. 38 - 43.

³⁸ Fermandois Vöhringer, A.: *Derecho Constitucional Económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2001).

asegurados en su artículo 19° numerales 21°, 22°, 23° y 24°³⁹, en estrecha vinculación con el derecho a la seguridad jurídica que contempla su N° 26°.

Sitúo, en consecuencia, las reflexiones siguientes en los derechos aludidos, pues ellos son el reducto natural donde cabe aplicar el **principio básico** -ya referido- que se encuentra consagrado en el **artículo 12° del Código Civil**, en virtud del cual sólo pueden renunciarse los derechos que miren al interés individual del renunciante y siempre que ello no esté prohibido.

Aquel precepto legal, ciertamente, **configura una regla de aplicación general en nuestro Sistema Jurídico**, sin importar la jerarquía o nivel de la norma en que se encuentra contenido⁴⁰. Por ello, condición **sine qua non de la renuncia es que el derecho que se renuncia mire sólo al interés** de su titular, lo cual, expresado en términos constitucionales, no es más que el respeto de lo preceptuado en el artículo 19° N° 24° inciso 3° de la Carta Fundamental, en cuanto a que **nadie puede, en caso alguno, ser privado de lo suyo**, salvo que opere el procedimiento expropiatorio con sus estrictos requisitos, particularmente la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

Por ende, si bien es cierto que la renunciabilidad de los derechos de contenido económico tiene que abordarse desde la ley, ello resulta insuficiente, por lo que se torna imperativo situarse, nuevamente, **en el máximo nivel** del ordenamiento jurídico interno, **indagando cuándo, entonces, la renuncia será ajustada a la Constitución.**

5. Naturaleza

La **renuncia** al ejercicio de un derecho fundamental constituye, **en lenguaje constitucional** y ya no considerando solamente la óptica legal, la **aceptación voluntaria**, en aplicación de la autonomía de la voluntad, **de que dicho ejercicio sea objeto de limitaciones u obligaciones.**

³⁹ Ferrada Bórquez, J. C.: "La Constitución Económica de 1980" en XI **Revista de Derecho** (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 2000) pp. 51 - 52.

⁴⁰ Léase el sentido y alcance de aquella disposición en el I *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) pp. 93 a 103.

Precisando el sentido y alcance de las dos expresiones referidas en conexión con otras, he señalado:

“...Así, mientras **limitar** significa **restringir o comprimir el ejercicio** normal de un derecho, imponer **obligaciones** implica que el titular del derecho de propiedad se hallará **en el deber de ejecutar o abstenerse** de realizar una determinada conducta.

En este sentido, ya no admite discusión o duda, que los derechos, aún los fundamentales, no son absolutos o ilimitados en su contenido y ejercicio, sino que su desenvolvimiento legítimo exige el respeto del ordenamiento jurídico y de los demás derechos reconocidos por el Derecho Objetivo, para lo cual **la Carta Fundamental ha autorizado sólo al Legislador, cuando se trata de los derechos fundamentales, para limitar su ejercicio**, por ejemplo, en relación con el derecho de propiedad, sobre la base de las causales que comprende la función social del dominio.

Distinta, cualitativa y cuantitativamente, pero sobre **constitucionalmente**, de las limitaciones y obligaciones son las **regulaciones**. En virtud de estas últimas **no se comprime o reduce el ejercicio** del derecho fundamental ni, necesariamente, se imponen obligaciones a su titular, sino que **se dispone la manera como debe ejercerse el derecho** para que ello se realice **ordenadamente** a la par que **con libertad**. Asimismo y tan relevante como la comparación recién expuesta es la que surge de **distinguir** las limitaciones, obligaciones y regulaciones de **las prohibiciones**, pues en estas últimas **se impide**, total o parcialmente, **el ejercicio** de un derecho, sea **por un período de tiempo** determinado, en cuyo caso se estará de frente a una **suspensión** o de manera **permanente o indefinida**.

Finalmente y para terminar de configurar adecuadamente la potestad legislativa

derivada de la función social, tiene que distinguirse las limitaciones, obligaciones, regulaciones y prohibiciones de la **privación**, conforme a la cual es **sustraído o extraído del patrimonio** el derecho del que se es titular, una o varias de sus facultades o atributos esenciales o el bien sobre el cual recae.

En suma, la competencia conferida por el Poder Constituyente al Legislador **ha sido precisada**, en cada caso, **conforme a las diferentes potestades que le pueden haber sido entregadas**. Así, la Constitución puede haber autorizado al Legislador para **regular** el ejercicio de un derecho fundamental, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a desarrollar actividades económicas; lo puede haber autorizado para establecer **limitaciones y obligaciones**, v . gr., en relación con el *derecho de propiedad* porque derivan de su función social o cuando expresamente lo ha facultado, según lo dispone el artículo 19° N° 26° del Código Político. Asimismo, el Poder Constituyente puede haber dispuesto que el Legislador, a su vez, pueda autorizar la **privación** de un derecho, de sus facultades o atributos esenciales o del bien sobre el cual recae aquel derecho, conforme al artículo 19° N° 24° inciso 3° de la Constitución. Pero **jamás** el Poder Constituyente faculta al Legislador **para suspender** el ejercicio de un derecho, cuestión que sólo puede ocurrir durante los estados de excepción constitucional y porque la Carta Fundamental directamente autoriza al Presidente de la República, **y menos para prohibir su ejercicio**⁴¹.

En consecuencia, lo que sucede cuando una persona renuncia al ejercicio de un derecho constitucional de contenido económico, es que está aceptando, sobre la base de la voluntad autónoma, que su

⁴¹ Fernández González, M. A.: "Aspectos constitucionales de la nueva Ley de OPAS" en XXIX *Revista Chilena de Derecho* N° 3 (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002) pp. 695 - 696.

derecho no se desenvuelva en toda la magnitud o extensión que naturalmente posee.

Por ello, para que la renuncia sea respetuosa de la Carta Fundamental, **tiene que sujetarse a lo que ella dispone en nexo con las limitaciones** que es posible imponer al ejercicio de los derechos conforme a lo asegurado a todas las personas, con motivo del derecho a la seguridad o certeza jurídica, en su artículo 19°.

6. La renuncia debe respetar el artículo 19° N° 26°

Lo que se viene señalando, más claramente expresado, es que **las limitaciones** que se impongan al ejercicio de los derechos de contenido económico, esto es, la renuncia que se haga de ellos, **deben adoptarse con respeto de lo preceptuado en el artículo 19° N° 26°** de la Constitución, donde, a propósito del **derecho a la seguridad o certeza jurídica**, la Carta Fundamental regula precisamente la imposición de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Cierto es que **la norma** aludida **tiene por destinatario expreso al Legislador**, pero ello fuerza a reconocer que lo prohibido a la ley con mayor razón es vedado a disposiciones jurídicas infralegislativas, como las que emanan de la potestad reglamentaria del Presidente de la República o de las cláusulas contractuales convenidas por los particulares. Así y dicho sin ambigüedades, **las cláusulas contractuales tienen que respetar el derecho asegurado en el artículo 19° N° 26°** de la Constitución, en cuanto a que: **Las limitaciones** de que sea objeto el ejercicio de un derecho, como los de contenido económico, **es materia de reserva legal**; y que, al imponerse aquellas restricciones por la ley, **no pueden afectarse los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio**⁴².

Llevada la doble regla recién expresada **al ámbito de la renuncia** del ejercicio de un derecho constitucional de contenido económico, tiene que admitirse: **Primero, que aquella renuncia constituye una limitación** al ejercicio del derecho fundamental; **segundo**, que ella debe sustentarse en un precepto legal que la haya autorizado previamente, dotando de legitimidad constitucional y dando **cobertura** al acto jurídico particular, sea sobre la base del precepto

⁴² Considerando 14° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 6 de abril de 1993 (Rol N° 167).

general contenido en el artículo 12° del Código Civil o en otras disposiciones legislativas que, para casos específicos, habiliten aquella renuncia; y, **tercero**, que **el acto jurídico particular no afecte el derecho en su esencia ni impida su libre ejercicio**:

De esta manera, siendo susceptible de imponerse limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de contenido económico, bajo la figura civil de la renuncia, resulta menester advertir que **ello sólo puede convenirse cuando la ley**, previamente, la admite, como lo hace el artículo 12°, y sin que la decisión concreta que adopten los particulares llegue a afectar el derecho en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que hagan imposible su ejercicio. Esto es lo que se expresa, aunque a propósito de un derecho que puede reputarse que no es de contenido económico, en **Cooperativa de Servicios Protección Médica Promepart**.

“Que, resulta evidente en consecuencia el que las normas legales citadas consagran un amplísimo derecho en favor de los afiliados en términos de brindarles una cobertura en los beneficios que no admite la interpretación restrictiva que postula la reclamante, y de ahí entonces que **no se justifica sustraer a los nuevos beneficiarios de la posibilidad de acceder a los derechos relativos a la medicina preventiva so pretexto que tal exclusión encontraría su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad**. Es indudable que **el principio invocado por la recurrente debe conciliarse necesariamente con la garantía constitucional consagrada en el artículo 19° N° 9° de la Carta Fundamental**, que ‘protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo’”⁴³.

De allí que resulte **constitucionalmente admisible** que las partes puedan **renunciar** al ejercicio de sus derechos de contenido económico, pero de tal manera que **el acto jurídico celebrado por particulares sea respetuoso del derecho a la seguridad o certeza**

⁴³ Considerando 6° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 13 de abril de 1992, reproducida en LXXXIX **Revista de Derecho y Jurisprudencia** (1992) N° 1 (enero - abril) S. 2ª.

jurídica que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19° N° 26°.

Esto fue lo que estableció la Comisión Resolutiva, acertadamente, aunque sin mirar el asunto desde esta perspectiva, en la causa **Hipódromo Chile con Club Hípico**. En dicho proceso, la sociedad anónima Club Hípico de Santiago planteó que el convenio suscrito entre ambas entidades, el 3 de septiembre de 1966, en virtud del cual habían acordado una **distribución de los días de carreras** de caballos entre ésta y la Sociedad Hipódromo Chile S.A., que asignaba el día sábado al uso y disposición exclusivo de esta última, **no impedía el juego de la libre competencia en el ejercicio de una actividad económica lícita**⁴⁴.

La Comisión Resolutiva, en la causa aludida, decidió:

“Que, además, la ley en materia de hipódromos ha reglamentado esta actividad en diferentes ocasiones, por medio de leyes que se han señalado en la parte expositiva de esta sentencia, **prevaleciendo el criterio de que dos hipódromos no podrán efectuar sus reuniones en el mismo día de la semana;**

Que por otro lado, **el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.995**, de 1966, **estableció**, en su artículo 24°, inciso 1°, **que las partes podrían convenir en que uno de ellos funcionara permanentemente los sábados y otro el domingo**, o en forma alternada;

Que **el convenio suscrito por las partes fue celebrado con fecha 3 de octubre de 1966, es decir, al mes siguiente de la dictación de la antes citada ley, entendiendo las partes que así cumplían con la normativa legal** sobre la materia, convenio que se conforma, además, con la legislación posterior citada, y que examinado por esta Comisión y, concordando con el informe emitido por el Sr. Fiscal Nacional Económico, estima que se encuentra ajustado a derecho y que **no existe causal legal para invalidarlo o dejarlo sin**

⁴⁴ Visto 1° de la Resolución N° 605, pronunciada el 14 de junio de 2001, reproducida en **XCVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia** (2001) N° 2.

efecto, por lo que éste deberá prevalecer, pues no atenta contra la libre competencia, pues se trata de una actividad regulada por la ley que autoriza este tipo de convenio⁴⁵.

En el caso transcrito, el convenio en virtud del cual las partes acordaron limitar su derecho a desarrollar la actividad económica lícita que les asiste como sociedades hípicas, en el sentido de distribuirse los días para organizar carreras de caballos, tiene cobertura legal, la cual data de 1966, y la abdicación que ellas han hecho no afecta el derecho en su esencia ni impide su libre ejercicio, por lo que el convenio aludido resulta perfectamente conciliable y respetuoso de lo preceptuado en el artículo 19° N° 26° de la Constitución.

Por ello, **no resulta admisible la renuncia total y a perpetuidad de un derecho fundamental** de contenido económico, ya que ello implica no sólo desconocer la naturaleza inherente al ser humano de aquellos derechos, asumiendo una concepción puramente positivista del Derecho, la cual resulta **incompatible con el texto, contexto y espíritu de la Constitución**, especialmente en su artículo 1° inciso 1° y en el artículo 5° inciso 2°, atribuyéndole al Estado la potestad de conferir los derechos a su amaño, sino que afecta en su médula e impide el libre ejercicio del derecho fundamental:

*“Se ha observado con razón varias veces que **las declaraciones de derechos son originalmente pactos entre los reyes y sus súbditos**, disminuciones de la prerrogativa real a favor de fueros, reservas de derechos que no se abandonan al príncipe. Es evidente, por lo anterior, que, **de acuerdo con su significado primitivo, no tienen aplicación en el caso de las Constituciones**, las cuales se fundan por hipótesis en el poder del pueblo y se cumplen por sus representantes y servidores inmediatos. **Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada** en este caso, y como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular”⁴⁶.*

⁴⁵ Considerando 5° de la Resolución N° 605, pronunciada el 14 de junio de 2001, reproducida en XCVIII **Revista de Derecho y Jurisprudencia** (2001) N° 2.

⁴⁶ Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J.: *El Federalista* (México, Fondo de Cultura Económica, 1994) pp. 367 - 368.

Como enseña, Alejandro Silva Bascañán, tiene que sostenerse la **irrenunciabilidad** como una de las más evidentes **características de los derechos fundamentales**:

“Se trata de derechos naturales, es decir, que **proviene directa e inmediatamente de la realidad racional deducidos lógicamente de los imperativos de la dignidad y de la vocación individual**, tanto cuando puedan calificarse de **innatos o congénitos, inseparables** de toda existencia humana sin relación con su estado en la sociedad y que pueden ejercerse incluso por quien esté aislado de los demás, tales los derechos a la personalidad, a la vida, a la libertad, a la creencia, etc., como aquellos que se califican de *adquiridos* porque se precisan como resultado de la convivencia colectiva, al estilo de los de petición, reunión, propiedad, etc.”⁴⁷.

En consecuencia, no resulta posible conforme a los principios y valores que inspiran el Constitucionalismo Moderno ni es coherente con lo preceptuado en el artículo 19° N° 26° de la Carta Fundamental, **que una persona renuncie a ser titular de uno, varios o todos los derechos fundamentales, y tampoco es admisible que abdique, en forma total y completa, de su ejercicio**. Ello, aún cuando fuera fácticamente posible, constituiría una decisión que situaría a esa persona fuera del Sistema Político y, más aún, del Sistema Social, **constituyéndose, realmente, en un absurdo jurídico**⁴⁸.

Por ende, sólo resulta constitucionalmente admisible que, en el ámbito de las relaciones entre particulares, se renuncie a un derecho fundamental de frente a **un ámbito preciso o acotado**, pues **no resulta posible que la renuncia, en caso de ser total, pueda convenirse en términos erga omnes, perpetuos e irrevocables**, ya que entonces se estaría, en forma encubierta, abdicando de la titularidad del derecho fundamental, como acaba de ser señalado, contraviniendo el derecho a la seguridad o certeza jurídica.

Por ello, **la renuncia al ejercicio del derecho debe plantearse en términos de un acto, acuerdo, convenio, pacto o contrato**, en virtud del cual **una o todas las partes se obligan a no ejercer**,

⁴⁷ Silva Bascañán, A.: *II Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) pp. 139 - 140.

⁴⁸ Aristóteles: *La Política* (Bogotá, Ed. Panamericana, 2000) p. 39.

parcialmente, un derecho que les asegura la Constitución, esto es, en un **ámbito acotado**, por ejemplo, conforme a términos definidos en el tiempo, en el espacio o en relación con sujetos u objetos determinados, como cuando las partes acuerdan la imposición de servidumbres o se conceden usufructos o fideicomisos; o pactan la cláusula de no enajenar; o acuerdan que una de ellas no adquirirá ni ofrecerá productos de la competencia de sus proveedores; o se imponen la obligación de conceder a la contraria mejorar la oferta de un tercero; o establecen cualquier cláusula que implique no ejercer, total o parcialmente, el derecho a desarrollar actividades económicas que son lícitas, la libre apropiabilidad de bienes o, lisa y llanamente, el derecho de propiedad, sus facultades y atributos esenciales.

Por ende y ya avanzando la conclusión, la cuestión que habrá de resolverse, para dirimir la constitucionalidad y legalidad de una renuncia parcial al ejercicio de un derecho fundamental de contenido económico, estriba, **en primer lugar**, en verificar **que la renuncia cumpla con las exigencias, condiciones, requisitos o limitaciones contenidos en la habilitación legal**, sea la del artículo 12° del Código Civil u otra específica que haya dispuesto el legislador; y, **en segundo lugar**, **si la modalidad concreta que adopta la renuncia respeta la esencia del derecho y su libre ejercicio**:

“Que, efectivamente, **la actuación de la administradora requerida, constituye una conducta que atenta contra la libre competencia** por las razones indicadas en la sentencia de la H. Comisión Resolutiva, *consideraciones tercera y cuarta y sexta a novena*, que esta Corte comparte y hace suyas, dándolas por expresamente reproducidas. La administradora incurre en tal conducta, **de una doble manera**. Por un lado, **impide que los actuales locatarios de Plaza Vespucio puedan, paralelamente, mantener locales en lugares aledaños a aquellos en los que actualmente funcionan, lo que impide que puedan ampliar su campo operativo, lo que en forma evidente coarta de manera significativa su posibilidad de extender sus actividades económicas** a otros centro comerciales o incluso a otros barrios determinados. Pero también la referida actitud, que se configura en lo que se

denomina cláusula radial que encubre una práctica contraria a la libre competencia protegida por la ley, constituye un atentado para otros centros comerciales instalados o que se puedan instalar en el sector circundante a la Administradora cuestionada. En efecto, con esa conducta impiden que estos puedan contar con tiendas que expendan determinados productos que puedan resultar atractivos para su clientela, respecto de los cuales los consumidores, para poder adquirirlos, deberán concurrir necesariamente a los locales que mantiene la recurrida. Deberán hacerlo, no porque deban acudir a consideraciones económicas que puedan ser aceptables e inscribirse en el marco de una sana competencia como, por ejemplo, diferencias de precios-, sino sencillamente por la inexistencia de lugares en que los expendan, debido a la presencia de tal cláusula..;

Que, según se advierte, **la conducta de la Administradora recurrida, al introducir a los contratos de arriendo celebrados con sus arrendatarios la denominada cláusula radial**, que los obliga a permanecer vinculados a dicha entidad, **sin que tengan la posibilidad de instalarse en forma paralela en una extensa área circundante, es**, además de **claramente gravosa**, evidentemente violatoria de las normas anteriormente señaladas, habida cuenta de que tal cláusula fue introducida ante la inminente entrada al mercado de otro centro comercial de los que se denominan mall, que no son otra cosa que grandes edificios que albergan a un gran número de pequeños negocios o establecimientos comerciales de los más diversos rubros;

Que, siendo entonces la señalada cláusula abiertamente contraria a la ley y merecedora del calificativo de **violatoria de las normas de la libre competencia**, no se advierte la razón por la que ella haya sido dejada sin efecto tan sólo en una pequeña parte y no lo sea en su

totalidad, como en verdad corresponde que se haga. Es así que **lo que resulta atentatorio contra la libre competencia es la propia existencia de la cláusula, en su integridad**, y no solamente la sección de ella que se refiere a las cláusulas penales por incumplimiento de lo pactado, pues aún excluyendo éstas, como lo ha hecho la resolución reclamada, **la prohibición ilegalmente introducida se mantiene, violentando con ello el denominado Orden Público Económico**, situación que esta Corte Suprema debe necesariamente remediar a través del presente arbitrio, haciendo lugar a la reclamación interpuesta⁴⁹.

A diferencia del caso en que fueron parte las sociedades hípicas, en este, relativo a cláusulas radiales, **el acuerdo de voluntades implica una renuncia al ejercicio de derechos fundamentales de contenido económico**, en virtud del cual **se prohíbe**, a quienes se encuentren operando en un centro comercial, **instalarse en otro centro comercial** próximo o vecino. Hállase aquí **una limitación excesiva** y, por ende, lesiva de la Constitución, en base a la eficacia horizontal de los derechos que ella asegura a todas las personas, pues **afecta en su esencia o impide ejercer el derecho a desarrollar actividades económicas que son lícitas** o, usando las expresiones de la sentencia, es una limitación contractual que, **de manera significativa**, coarta el ejercicio del derecho a la libre iniciativa o que resulta una cláusula **claramente gravosa**.

En términos directos y muy concretos, entonces, concluyo sosteniendo:

Primero, que **es constitucionalmente admisible renunciar al ejercicio de los derechos fundamentales de contenido económico**;

Segundo, que aquella renuncia, desde la perspectiva y para la Constitución, **configura una limitación** al ejercicio de aquellos derechos; y

Tercero y atendido lo anterior, para que la renuncia sea respetuosa de la Carta Fundamental se requiere, por una parte, **que ella se**

⁴⁹ Considerandos 6º, 8º y 9º de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 19 de agosto de 2003, en causa Rol N° 1.197 - 2003.

ajuste a la disposición legal en la que se funda, sea lo previsto en el artículo 12° del Código Civil -en cuyo caso requerirá que sólo mire al interés individual del renunciante y que la abdicación no esté prohibida- o lo que dispongan leyes especiales; y, de otra, **que no afecte en su esencia el derecho fundamental ni impida su libre ejercicio**. Por esto último, **no resulta constitucionalmente admisible la renuncia total**, en términos **que sea perpetua o absoluta**, al ejercicio del derecho fundamental.