

Derecho

66

Recensiones

RECENSIONES

REC

Francisco Cumplido Cereceda

*Rector de la Universidad Miguel de Cervantes. Profesor de Derecho Constitucional**

La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho. Una Perspectiva Procesal.

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición 2004, 149 páginas.

El Autor

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Actualmente es profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes. Es autor de las obras: "La acumulación inicial de acciones en el derecho procesal español"; "La acumulación inicial de acciones" (en el derecho chileno); "La cosa juzgada en el proceso civil chileno". Es un académico versado en la materia, que con legitimidad, pulcritud y elegancia pudo escribir la obra que tengo el honor de presentar.

Sed

La expresa el autor en los agradecimientos: "Este trabajo no tiene más pretensión que invitar a una reflexión que contribuya a superar la actitud de desdén que muchas veces se tiene sobre el valor de la jurisprudencia". "Nadie podría cuestionar que el correcto funcionamiento de esta fuente del derecho es esencial para el mejor desempeño de la función jurisdiccional". Lo primero es una clara demostración de la humildad del autor, pero no hay que olvidar que, como me enseñaba mi Maestro don Gabriel Amunátegui, la humildad es una hermosa flor que ocultan las demás flores del jardín. Lo segundo, está plenamente probado por el autor en su libro.

Estructura y Contenido

El libro consta de un sentido agradecimiento, de una introducción muy ilustrativa, cinco capítulos, y una bibliografía actual y pertinente. Se inicia con definiciones generales, para a continuación estudiar la jurisprudencia judicial en el sistema de la legalidad; la casación como instrumento para encauzar la jurisprudencia hacia su unificación; la casación para la unificación de la doctrina jurisprudencial, y las razones para el estudio de la jurisprudencia.

* Este texto corresponde a la presentación del libro por el profesor Francisco Cumplido Cereceda, junio 2004.

Destinatarios

La obra está destinada principalmente a la cultura jurídica y política.

Afirmaciones y Proposiciones

- 1.- Desde el punto de vista constitucional, la extensión del principio de igualdad ha obligado a perfeccionar los instrumentos jurídicos para garantizar, de un modo efectivo, la regla de elemental justicia que exige tratar de igual forma a las situaciones análogas, prohibiendo la discriminación.
- 2.- El prestigio de la actividad jurisdiccional depende del correcto tratamiento procesal de la jurisprudencia. No resulta saludable para la función judicial que sus decisiones aparezcan como esencialmente variables, contradictorias, impredecibles; en suma, poco atendibles.
- 3.- Es innegable que constituiría un tremendo avance aceptar como principio rector de la actividad jurisdiccional que un caso similar debe ser resuelto del mismo modo. Lo anterior es sin perjuicio de las necesarias adaptaciones y cambios que se puedan ir produciendo en la aplicación del derecho, pero que el sentenciador debería justificar cuando entra en contradicción con una doctrina que ya ha sentado jurisprudencia.
- 4.- Siguiendo a Calvo Vidal, el autor afirma que para conectar el derecho con la realidad, no hay escuela que mejor forme, ni técnica que mejor enseñe que la jurisprudencia... ella sintoniza con la vida y evoluciona a su compás.
- 5.- Compartiendo la opinión de Andrés Ollero afirma que la decisión juiciosa que la sentencia encierra no es el resultado de un aséptico proceso científico, implica la indisimulable apuesta por una determinada opción ética. El proceso tiene como función hacerla razonable, obligando a argumentarla. El juez no es un ciudadano con patente de corso para imponer sus propias convicciones. La suya ha de ser una opción ética, en lo posible democrática; como debió serlo la ley que le sirva ahora de fundamento. En todo caso, se tratará de una opción vigilada, sometida al control de sucesivas instancias.
- 6.- La preocupación por el estudio de la jurisprudencia no implica ni un desprecio por las normas legales, ni menos una proclama para caer en la metodología de la jurisprudencia libre o de un uso alternativo del derecho, que fundado en criterios ideológicos alienta y justifica cualquier interpretación de las normas.
- 7.- No parece exacta la tesis que valiéndose del efecto relativo de la sentencia, ha negado sistemáticamente valor a la jurisprudencia de nuestro ordenamiento. La revisión de esta propuesta clásica surge de considerar que el valor de la jurisprudencia es un tema diverso del efecto de la cosa juzgada. En rigor se trata de una temática vinculada con una opción política, que implica tomar

partido sobre la misión que se debe atribuir a las decisiones de la Corte Suprema, especialmente cuando conoce del recurso de casación en el fondo y del recurso de nulidad del Código Procesal Penal.

- 8.- Sólo con la reforma de la Ley N° 19.374, de 18 de febrero de 1995, se ha puesto término a uno de los períodos más nefastos que ha tenido el tratamiento de la jurisprudencia en nuestro sistema (iniciado en 1937); no es aventurado sostener que la reforma aludida ha refundado la Corte Suprema, dotándola de una estructura que, por primera vez en su historia, le permitiría alcanzar la anhelada unidad de la jurisprudencia.
- 9.- Hoy, nuestro sistema procesal cuenta con los mecanismos técnicos que, correctamente utilizados, pueden dar vigencia al principio de justicia formal que asegure dar un trato igual a lo semejante, evitando la arbitrariedad en las decisiones judiciales.
- 10.- Después de estudiar las consecuencias de la reforma, la publicidad y fundamentación de las sentencias, el comentario de jurisprudencia, la casación para la unificación de la doctrina jurisprudencial, los efectos del precedente que unifica doctrina jurisprudencial, el autor señala las razones para el estudio de la jurisprudencia: muestra el derecho en forma aplicada, tiene capacidad de innovar, tiene poder normativo, suple las omisiones del legislador y morigerar los efectos de la ley.

Evaluación

Es una obra que refleja una exhaustiva investigación, que presenta en forma objetiva las distintas posiciones sobre los diversos asuntos controvertidos que analiza, toma partido razonado respecto de ellos, a veces con una justificada pasión, y, evidentemente, constituye un aporte a la literatura jurídica chilena. Felicitaciones al autor y a la Editorial Jurídica de Chile. En un mundo globalizado, en que confluyen diversas culturas jurídicas, de origen latino, anglosajonas, orientales, como China, Japón, Corea, hacen necesario revisar el valor de los precedentes, pues hoy, como ayer, se nos exige seguridad jurídica, tanto para nuestros nacionales, como los que se relacionan jurídicamente con ellos. Si no modificamos nuestra justicia seremos arrastrados, cada vez más, a tribunales internacionales.

José Luis Cea Egaña*

Profesor Titular P. Universidad Católica de Chile, Universidad de Chile, Ministro del Tribunal Constitucional. Presentación del libro La Constitucionalización del Derecho Chileno, coordinado por el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, don Juan Carlos Ferrada Bórquez, el lunes 31 de mayo de 2004 en la sede del Tribunal Constitucional en Santiago.

La Constitucionalización del Derecho Chileno

Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición 2003, 298 páginas.

Agradezco al Sr. Presidente de este E. Tribunal y al Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile el honor de dirigirles la palabra para presentar el libro *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, coordinado por el profesor y buen amigo Juan Carlos Ferrada Bórquez, que con el sello de la Editorial Jurídica de Chile ha entrado recientemente en circulación.

Permítaseme, desde luego, manifestarles que la obra es el fruto maduro del esfuerzo de nueve académicos, todos juristas jóvenes y dedicados al cultivo de variadas disciplinas.

El texto se halla lógicamente organizado, abordando los tópicos más relevantes, con énfasis en los de índole procesal. Se lee fácilmente y no adolece de erratas. Apreciamos la prontitud con que fue entregado a la lectura del público.

I. Raíz Foránea con Reelaboración Chilena

De igual manera que con otros fenómenos jurídicos, la Constitucionalización del Derecho nos llegó del extranjero, esta vez de Francia a través de una conferencia inolvidable que pronunció, en abril de 1994 durante su primera visita a Chile, el amigo ilustre Louis Joseph Favoreu. En el número monográfico de la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral correspondiente al año 2001, Uds. pueden consultar una traducción de ese aporte señero.

Meses después, yo mismo sentí la obligación de contribuir a la clarificación y perfilamiento del tema, enfocándolo desde el ángulo del Derecho chileno. Me parece que fue la primera publicación nacional al respecto¹. Desde entonces supe de otras investigaciones, di-

1 Véase "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho Público* N° 59 (1996) pp. 50 ss. De relevancia es también Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux: *La Constitutionalization Des Branches Du Droit* (París, Económica, 1998).

fundidas como libros, monografías y memorias de licenciado². Me produjo alegría saberlo, porque era evidente que el interés había prendido y que, tanto de catedráticos afanados como de docentes jóvenes, cabía aguardar avances valiosos en el tema.

Esa era la situación cuando supe del seminario celebrado en la Universidad Austral dos años atrás y, ahora, de la obra que presento. La he leído tres veces, anotando comentarios al margen de sus páginas o en las hojas que he traído. Son reflexiones suscitadas por su lectura. Admito que tantas evocaciones, juicios y comentarios me obligan a resumir sólo algunas de tales vivencias. Sin embargo, es un mérito del volumen, Uds. comprenderán, provocar ideas, sea para compartirlas, o con el ánimo de complementarias o, en algunas situaciones, a los efectos de pensar en rectificaciones, precisiones o nuevos criterios que puedan enriquecer el debate sobre ellas.

II. Marco de Referencia

La persona humana, uno mismo, va evolucionando, aunque en lo que somos hoy se halle la impronta de lo forjado en los años de formación intelectual y moral. Por lo mismo, creo, estimados amigos, que el cambio es un rasgo inherente al individuo y que en él debe hallarse no un afán de acomodamiento a las circunstancias sino que de asimilación a los signos de los tiempos.

Afirmo lo anterior porque Uds. y yo hemos seguido leyendo, escribiendo y discutiendo acerca de la Constitucionalización del Derecho. Está lejos de ser un asunto cerrado, diáfano y sin aristas desconcertantes. Por eso, tampoco puedo hoy conformarme con los enunciados, vacilantes y escuetos, que redacté en 1995. Mucho de lo que expondré a continuación es una revisión de mi postura en el tema, a veces reiterada y en otras reemplazada o contradicha. Son las nueve monografías reunidas en esta obra valiosa las que me han llevado a repensar qué es aquel fenómeno, dónde yacen sus limitaciones y potencialidades, por qué causa reticencias y cuál es su aporte a la democracia y al constitucionalismo de nuestra época.

Permítaseme, para explicar lo que digo, situar el análisis en un marco histórico y teórico de referencia, con la ayuda del cual espero que seamos capaces de responder las preguntas planteadas, descubrir el significado de este libro y su aporte al Derecho chileno.

Tiendo a seguir, al efecto, la filosofía de Thomas Kuhn en su concepción de los paradigmas de las revoluciones científicas³. En términos breves y simplificados, creo que, en lo con-

2 Me refiero a los estudios del profesor Ramón Domínguez Águila: "La Constitucionalización del Derecho Civil", incluida en *Veinte Años de la Constitución de 1980* (Santiago, Ed. Universidad Finis Terrae, 2001) pp. 200 ss.; Hugo Castellón y Laura Rebolledo: *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Concepción, Universidad de Concepción, 1996); Louis Joseph Favoreu: "La Constitucionalización del Derecho Penal", *XXIII Revista Chilena de Derecho* (1998) pp. 112 ss.; y Alejandro Guzmán Brito: *El Derecho Privado Constitucional* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001).

3 *The Structure of the Scientific Revolutions* (New York, Russell Foundation, 1974) pp. 12 ss. Útil es añadir que la conceptualización de Kuhn coincide con el sentido de ejemplo o ejemplar que el sustantivo *paradigma* tiene en su acepción natural y obvia. Revítese al respecto Real Academia Española: *II Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 2001) p. 1675.

cerniente a nuestro tema, en los cuatro últimos siglos de la civilización occidental tanto los europeos como, desde su independencia política, los pueblos latinoamericanos herederos de aquellos, hemos vivido dos grandes paradigmas, o sea, modelos que se imponen para el desarrollo de la ciencia o de la técnica y que significan dejar una época con la esperanza que sea para avanzar, progresando, a otra época mejor.

1. Estado Legislador

El primero de esos paradigmas fue el del Estado, fundado en la doctrina del pacto político-social, con Thomas Hobbes, en mi convicción, como el padre indiscutido de su origen y postulados esenciales⁴.

Pues bien, aquella estructura política se caracterizaba por una serie de rasgos capitales, muchos de los cuales no se explican o se dan por sabidos y aceptados, sin evaluarlos. Útil es reseñar algunos de tales rasgos para captar el calado del cambio que va dejando el neoconstitucionalismo⁵.

Por ejemplo, me refiero a que el Estado nació como depositario único de la dominación humana en general y no sólo política; que ejerciendo ese poder o soberanía incontrarrestable asumió la capacidad, exclusiva y excluyente, de hacer y nunca recibir la ley, como lo quiso Jean Bodin⁶; que tal especie o categoría de norma jurídica se hallaba identificada con la justicia, porque, como afirmó Hobbes, antes del Estado y de la ley no se conocía la diferencia entre lo justo y lo injusto; en fin, que en el pacto social enajenamos todos los derechos para que el Estado, a través de la dominación legal, nos garantizara la igualdad y libertad en el ejercicio, cierto o seguro, de ellos.

Despréndense varias consecuencias de tales premisas. Efectivamente, las primeras Constituciones europeas y de nuestra América fueron, en realidad, nada más que Instrumentos de Gobierno; los jueces se limitaban al rol que les fijó Montesquieu⁷, es decir, conformarse como seres inanimados que modulaban las palabras de la ley; el control de los gobernantes quedaba radicado en las asambleas parlamentarias; el legislador establecía la casación para que los tribunales supremos custodiaran la interpretación y aplicación, tasada o segura, de los mandatos legislativos; y los ciudadanos carecían de garantías, sobre todo para ejercerlas en contra del legislador y de los funcionarios administrativos.

Pues bien, mientras el pacto social, la soberanía y la ley tuvieron forma y sustancia democráticas, el paradigma abrió el surco a progresos ostensibles en el gobierno racional de las comunidades políticas. Por desgracia, a raíz de múltiples hechos históricamente establecidos, ocurrió el vaciamiento de la democracia representativa y de la ley, ésta como producto

4 Consúltese *De Cive o El Ciudadano* (1642) (Madrid, Alianza Editorial, 1994) y (1650) *El Leviatán* (Madrid, Ed. Sarpe, 1999).

5 Véase, en general, Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

6 (1578) *Los Seis Libros de la República* (Madrid, Ed. Aguilar, 1963). Véase Jean-Jacques Chevallier: *Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a Nuestros Días* (Madrid, Ed. Aguilar, 1965) pp. 45 ss.

7 (1748) *El Espíritu de las Leyes* (México D.F., Ed. Porrúa, 1971).

de los órganos gubernativos. Y llenando el lugar de ambas se elevó la soberanía al punto de erigirse en concepto matriz del Estado, de la democracia y del sistema jurídico.

Desde entonces, sobrevinieron décadas o, al menos largos años, de dictaduras y totalitarismos, siempre vanamente apuntalados en la legalidad formal resultante de esa concepción legiferante y positivista del Estado y del Derecho. Todos eran, se ha dicho sin que pueda ser rebatido, Estados de Derecho desde tan reducido y pobre punto de vista. Las tragedias se multiplicaron, fueron resonantes por su oprobio, pero muchos callaron las causas y secuelas, ostensibles en el siglo XX, que en ellas tuvo la construcción sólo estatalista del ordenamiento normativo.

Por eso, queridos amigos, pienso que no descubre, entiende ni asimila los signos de los tiempos jurídicos quien sigue anclado a la visión del Estado, de la soberanía y de la ley que he descrito. Gustavo Zagrebelsky, hoy Presidente de la Corte Constitucional de Italia, ha acuñado la expresión *pulverización* para denominar la situación en que se halla el cúmulo de supuestos, enseñados aún en ciertas Facultades de Derecho, seguidos a menudo en la Judicatura y la abogacía, que habían convertido a la ley, y sobremanera a los códigos, en una construcción intocable, inobjetable, cuasi divina en su perfección.⁸

Para confirmar lo escrito basta rememorar a otro contractualista de fuste, Jean Jacques Rousseau, quien, en el epítome del entusiasmo con que caracterizó a esa elaboración racionalista, llegó a calificarla de expresión de la voluntad general, por ende siempre democrática, y con cualidades de infalible, absoluta, indelegable e inalienable⁹. El ciudadano y los grupos quedaban así entregados a la voluntad de los órganos públicos, superlativamente del legislador. Se aguardaba de la heterotutela todo cuanto se rechazaba de la autotutela como modelo jurídico.

2. Estado Constitucional de Derecho

Prescindiendo de otros elementos dignos de comentario¹⁰, permítaseme avanzar al segundo de los paradigmas que deseo bosquejar para comprender el fenómeno analizado en este libro. Me refiero a la irrupción de la dignidad de la persona y de los derechos inalienables que fluyen de ella. La densidad del cambio que involucra el nuevo paradigma puede ser sintetizada afirmando que, si por siglos se padeció la impronta del legalismo formal, en los últimos decenios se ha ido imponiendo el paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Imperativo es observar que este nuevo parámetro de legitimidad no se limita a rectificar el paradigma precedente, porque humaniza la letra, hasta entonces inerte, del ordenamiento jurídico, llenándola de valores y principios, de los cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe.

8 Véase *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2003).

9 (1754) *El Contrato Social* (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1965) pp. 64 ss.

10 Véase mi *Transformación del Derecho por el Constitucionalismo* (Tribunal Constitucional de Chile, 2004). Un panorama, nítido y completo, de este complejo asunto se halla en Luis Prieto Sanchis: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Ed. Trotta, 2003) pp. 21 ss.

En nuestra época, llamada *postmodernidad*¹¹, se ha planteado, como lugar común, la crisis del Estado, de la soberanía y de la ley con el carácter de rasgos matrices del proceso que vivimos. Este es el momento propicio para declarar mi coincidencia con esa aseveración, adhesión que no significa, sin embargo, propugnar la supresión de tal forma política, ni de la soberanía, como tampoco de la legislación en cuanto instrumento de configuración de la convivencia legítima.

Pues bien ¿cuáles son las características matrices del nuevo paradigma?

Consciente que estamos aún en curso de alumbramiento, sobre todo en Chile que tardíamente se incorporó al proceso, pienso que, entre esas características, se halla, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables.

Agrego que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, el ejercicio del Gobierno con sujeción a la Constitución, cuya Parte Dogmática, abarcando las garantías jurisdiccionales, es anterior y superior al Instrumento de Gobierno.

Característica del nuevo paradigma es también la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad¹². Por consiguiente, ya no se requiere la intermediación, previa o ulterior, de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida. La Constitución, evocando a Herman Heller, vive hoy porque es vivida, en el sentido que se aplica, realmente y en los más variados asuntos de la convivencia, sometándose a ella los gobernantes igual que los gobernados.¹³

Me detengo, con énfasis, en la subordinación de la ley a la Constitución, de manera que la primera vale sólo en la medida que respeta a la segunda, y de ésta es núcleo esencial, lo repito, su Parte Dogmática. Con palabras elocuentes, Herbert Krügger¹⁴ lo plantea en la aseveración siguiente: si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida que lo permitía la ley, o la ley vale en la medida que respeta a los derechos esenciales.

Pero esa supremacía exige control para que sea efectiva. Por ende, sin suprimir ni disminuir la vigilancia del Parlamento, se enriquece el régimen de frenos y contrapesos con la revisión que ha de ser hecha, especialmente, por los Tribunales Constitucionales. Esta es una Magistratura diferente de la Judicatura ordinaria; máxima o sin superior en su misión de guardián del Código Político; y resueltamente configurada

11 Consúltese Klaus Von Beyme: *Teoría Política de la Postmodernidad* (Madrid, Alianza Editorial, 1997).

12 Louis Joseph Favoreu y Francisco Rubio Llorente: *El Bloque de Constitucionalidad* (Madrid, Ed. Civitas, 1996).

13 *Teoría del Estado* (México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1967) pp. 243 ss.

14 Citado por Otto Bachof: *Jueces y Constitución* (Madrid, Ed. Civitas, 1994) p. 43.

por el Poder Constituyente para proteger los derechos fundamentales, v. gr., de las minorías ante actuaciones o amenazas de las mayorías¹⁵.

Por supuesto, el garantismo resulta ser clave en el paradigma que describo. Así es, pues poco o nada vale, en los hechos, lo asegurado por la Constitución si la persona y los grupos carecen de acceso, fácil y expedito, a las acciones y recursos, deducibles ante tribunales independientes e imparciales, que les permitan prevenir o rectificar los atentados en contra de la dignidad humana y del ejercicio legítimo de los derechos que tal cualidad única lleva consigo¹⁶.

En fin, es rasgo esencial del nuevo paradigma el rol protagónico, activo o dinámico, de todos los jueces en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución. Aunque orientados e impulsados por la jurisprudencia irradiante del Tribunal encargado de defender a la Carta Fundamental, los jueces, sin excepción, tienen que pensar y decidir con tal mentalidad garantista, encuadrándose, como es obvio, en los parámetros configurados por las sentencias de esa Magistratura.¹⁷

III. Constitucionalización del Nuevo Paradigma

Tal Constitucionalización se halla bien descrita por el profesor Ferrada en la introducción del libro en comentario. De allí leo las frases siguientes:

“(…) a partir de una afirmación rotunda de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento jurídico, derivado del nuevo carácter normativo de ésta (...), se establece una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema (...), irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas.”¹⁸

A raíz del gobierno militar, es claro que a ese proceso nos incorporamos casi con dos décadas de atraso, pero hemos avanzado rápido en la consecución de sus objetivos.

Ahora bien, creo que la Constitucionalización del Derecho es uno de los efectos o resultados, con certeza de los más importantes, del nuevo paradigma que vivimos. Pero tal Constitucionalización no es sinónimo de aquel paradigma, pues tampoco lo abarca plenamente o en la variada gama de asuntos que comprende.

15 Louis Joseph Favoreu: “Los Tribunales Constitucionales”, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Ed. Kykinson, 1997) pp. 103 ss. Recuérdese, además, que Hans Kelsen se percató de esta finalidad en 1928, siendo hoy posible leer tan premonitoria advertencia en sus *Escritos sobre La Democracia y el Socialismo* (Madrid, Ed. Debate, 1988) pp. 152 ss.

16 Véase Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* (Madrid, Ed. Trotta, 1999).

17 Rainer Wahl y Joachim Wieland: “La Jurisdicción Constitucional como Bien Escaso. El Acceso al *Bunderverfassungsgericht*”, XVII *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº51 (1997) pp. 15 ss.

18 *La Constitucionalización del Derecho*, cit., p. 7.

Rectamente entendido, el Estado Constitucional de Derecho equivale a una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes, de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la Sociedad Civil en democracia y otros vectores de semejante importancia. En pocas palabras, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal, que no coincide sólo con la legitimidad legal o racional que elaboró Max Weber.¹⁹

De ese nuevo paradigma es elemento esencial la mayor independencia del Derecho con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Esta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también, no cabe duda, en el ámbito internacional. Así entendido, el Estado Constitucional de Derecho supone la aproximación máxima a que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental, este es, el gobierno por medio del Derecho y que se impone a la pura voluntad, es decir, la institucionalización del mando en la sociedad política.²⁰

Bien se razona, entonces, cuando se asume tan densa trama y se dispone el jurista a compartir sus consecuencias. Perseverar en el paradigma estatalista, como lo hace todavía más de un jurisconsulto distinguido²¹ equivale, por ende y sin más, a continuar insistiendo en concepciones casi por completo superadas, ojalá que irreversiblemente por el costo enorme que la humanidad sufrió bajo tal designio, incluyendo la destrucción de la democracia o el sufrimiento para recuperarla.

IV. Contribuciones Realzables

Demos ahora una mirada al contenido del libro que presento.

El profesor de la Universidad Católica de Valparaíso don Eduardo Aldunate Lizana se refiere al efecto de irradiación u horizontal de la Constitucionalización del Derecho. En una concisa y lúcida síntesis, el lector queda interiorizado de tan importante secuela, por vez primera examinada en nuestra doctrina.

Continúa el profesor Kamel Cazor Aliste analizando ciertos rasgos del nuevo paradigma, concluyendo que presenciamos el ocaso del positivismo y que nunca fue cierta o segura la aplicación del Derecho en el paradigma estatista.

19 Véase I *Economía y Sociedad* (México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1967) pp. 60, 145 y 433.

20 Georges Burdeau: IV *Tratado de Ciencia Política* (México D.F., UNAM, 1975) pp. 240 ss.

21 Revisese Eduardo García de Enterría: "El Principio de Protección de la Confianza Legítima como Supuesto Título Justificativo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid, 2003) N°33 pp. 138 ss. Cf. la profunda y trascendental discusión epistolar, ocurrida entre García de Enterría, de una parte, y Pablo Lucas Verdú, de otra, a propósito del tópico enunciado, en el T. IV del *Curso de Derecho Político*, del segundo de los autores nombrados (Madrid, Ed. Tecnos, 1984) pp. 97 ss. En la doctrina chilena puede revisarse José Antonio Ramírez Arayás: *Disposiciones de Principio Constitucional y Actividad Social y Económica del Estado* (Santiago, Ed. Universidad Central de Chile, 1993) pp. 17 ss.

Prosigue el profesor Ferrada refiriéndose a la incisión de tal proceso en el Derecho Administrativo, declarando reiteradamente su adhesión a la tesis, que hago mía sin reticencias, en el sentido que el proceso justo se aplica, en plenitud, al Derecho Administrativo tanto Disciplinario como Sancionador.

Eduardo Court Murasso, docente de la Universidad Adolfo Ibáñez, dedica su estudio al impacto del fenómeno en el Derecho de daños, aclarando la terminología, tras lo cual efectúa una revisión, somera pero acertada, de la jurisprudencia chilena sobre la reparación de los perjuicios morales, más correctamente llamados *extrapatrimoniales* y *personales*.

Declaro que disfruté especialmente leyendo la contribución de Susan Turner Saelzer. En particular, le agradezco dilucidar tantos conceptos, llegando más allá de los límites de su monografía para demostrar que la Constitucionalización del Derecho debe ser efectuada con el Derecho Civil y no prescindiendo de éste o en contra de sus elaboraciones dogmáticas. En otro rasgo encomiable del libro, advertirá el lector que la profesora Turner complementa lo expuesto por el profesor Aldunate a propósito del efecto de irradiación o reflejo, pues ilustra sobre la ponderación como método que el juez constitucional debe utilizar para lograr decisiones, balanceadas o de equilibrio justo, entre derechos esenciales en conflicto muchas veces sólo aparente y no real.

Análogamente interesante es el capítulo en que Juan Andrés Varas Braun demuestra la coherencia que existe entre la esencia de dominio, sus limitaciones y obligaciones a la luz del Derecho Civil, por un lado, y el enunciado de esos conceptos en la Constitución, más la función social de la propiedad, de otro. Culmina demostrando la armonía y complementación de tales disciplinas y cómo la tesis correcta consiste en conjuugarlas unificadas por los criterios matrices que hoy se encuentran articulados en el Código Fundamental.

Humberto Nogueira Alcalá, Alex Carocca y Andrés Bordalí Salamanca se refieren, desde ángulos distintos pero confluyentes, al proceso justo en la Constitución, los tratados internacionales y su incisión en los códigos de enjuiciamiento vigentes en Chile. La sistematización del profesor Nogueira ya es conocida y ha encontrado acogida en sentencias, incluso una muy reciente de la Corte de Alzada de Santiago²². Firme pero elevado en la crítica es el Sr. Carocca cuando analiza el texto escueto de los principios que la Carta Fundamental contiene en la materia. Andrés Bordalí, por último, deja de manifiesto que la Constitucionalización comentada no ha logrado aún penetrar en otros ámbitos legales del proceso debido, siendo notable la inconstitucionalidad por omisión en lo pertinente a la instauración de tribunales para conocer y decidir, con independencia, en el contencioso tributario.

22. Consúltese *Gaceta Jurídica* N°286 (2004) y *IX Jus et Praxis* N°2 (2003).

V. Investigación Abierta

La lectura del libro que presento me llevó a plantearme diversas inquietudes, algunas de las cuales aparecen bosquejadas en sus páginas y otras escritas con el carácter de proposiciones, en sentido lógico, de los autores respectivos. Permítaseme resumir algunas sugerencias al respecto, las que entrego con el ánimo de incentivar estudios rigurosos adicionales en el tema del libro.

3. Constitución de Valores

Así llama Antonio Baldassarre a la Carta Fundamental típica de nuestra época²³. Ella, que corresponde a los grandes Códigos Políticos de Italia, Alemania, Francia, España y a los que siguen su huella, no puede ser entendida, interpretada ni aplicada valiéndose de los cánones hermenéuticos que la dogmática de la ley estructuró como claves en la codificación del Derecho positivo. Por el contrario, es en la argumentación, persuasiva por los motivos que invoca, ponderada en el análisis balanceado de ellos y acuciosa en su justificación que, como escribe Alfonso García Figueroa²⁴, profesor en la Universidad de Castilla-La Mancha, se halla el método característico de la interpretación constitucional contemporánea.

Con base en tal argumentación se ha remozado la Ciencia del Derecho y se desenvuelve un nuevo raciocinio jurídico. En este, el intérprete de la Constitución se halla más libre para desplegar la búsqueda de armonía entre derechos fundamentales en conflicto, conjugándolos con sujeción a la finalidad presente en todo valor, principio o precepto jurídico de índole fundamental.

No se trata de eliminar de la hermenéutica constitucional las reglas que, como la exégesis, la subsunción y la resolución de antinomias, siguen siendo útiles en la interpretación de la legislación. Tampoco puede prescindirse de la lógica, los anales fidedignos y la comparación. Si, en cambio, la misión del jurista constitucional supone reconocer y obedecer a cuanto fluye de los valores, principios y normas articulados en la Carta Fundamental. Razonando en la línea de la argumentación ya descrita, ese jurista tiene que juzgar lo que es exclusivo de cada caso, de acuerdo a lo que debe ser según la Constitución y que ésta exige respetar.

En la más de dos veces milenaria y hermosa Teoría de la Argumentación, originada en la Retórica de Aristóteles y explicada y defendida en la década de 1960 por Theodor Viehweg, Joseph Esser, Stephen Toulmin y Chaim Perelman, encontramos, por ende, la clave de la tarea que la Constitución exige cumplir por el juez constitucional. En esa

23 "Parlamento y Justicia Constitucional", en Francesc Pau i Vall (coordinador): *Parlamento y Justicia Constitucional* (Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997) pp. 183 ss.

24 "La Teoría del Derecho en Tiempos del Constitucionalismo", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s) cit.*, pp. 264 ss. En semejante sentido consultar Luis Prieto Sanchís: "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial", en la obra colectiva recién citada, pp. 142 ss.

argumentación queda incluida la ponderación o razonabilidad, con prioridad a las reglas hermenéuticas típicas de la codificación y en reemplazo de la subsunción positivista. Repito: no se trata de eliminar ni olvidar las reglas clásicas de la interpretación jurídica, pero sí de comprender que ellas son insuficientes o inadecuadas, sin más, para la hermenéutica constitucional.²⁵

4. *Derecho Irradiante y Derecho Irradiado*

En el Estado Constitucional de Derecho, el constitucionalismo humanista se extiende horizontal y verticalmente, penetrando en las más variadas disciplinas del ordenamiento jurídico, debiendo impregnar todas las actuaciones estatales y, no cabe duda, también las conductas de los particulares sin excepción. Este es el fenómeno de irradiación o efecto reflejo que surge de la Constitucionalización del Derecho.

A la jurisprudencia alemana se debe el hallazgo descrito, pleno de posibilidades promisorias²⁶. Debe sin embargo, cuidarse no caer en la hegemonía del constitucionalismo, con perjuicio para las demás especialidades normativas. Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, merece ser citado donde escribe que²⁷:

“Los principios objetivos supremos son flexibles y de general aplicación, aunque imprecisos (...). Influyen en la interpretación del Derecho privado, sobre todo en la concreción de las cláusulas generales y, en casos especiales, como justificación para apartarse del texto de la ley. Pero las normas del Derecho privado siguen aplicándose (...). El juez debe examinar el Derecho privado para determinar si está influido por el Derecho Constitucional y desprender las consecuencias (...). No se olvide que la autonomía de la voluntad privada es también objeto de garantías constitucionales.”

Pero la precaución hecha para no incurrir en aquella hegemonía tampoco admite desconocer los cambios que ha experimentado el Derecho por virtud del constitucionalismo humanista. Me identifico con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, al sentenciar lo que leo enseguida:

“Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado. Sin embargo, en las disposiciones de la Constitución sobre tales derechos se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho.”²⁸

25 Véase Fernando Quintana Bravo: “Discurso Político, Argumentación Jurídica y Justificación”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N°9 (1991) pp. 143 ss.

26 Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal, dictada el 15 de enero de 1958, reproducida en Jürgen Schwabe (compilador): *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Montevideo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003) p. 132.

27 *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997) pp. 512, 516, 519, 520.

28 *Id.* nota 26.

5. Derecho Constitucional Procesal

En esta nueva disciplina²⁹ estimo apremiante preocuparse de la sentencia constitucional, desde múltiples puntos de vista pero, con urgencia, en punto al efecto de irradiación u horizontal que lleva consigo.

En realidad, tales sentencias son de alcance necesariamente *erga omnes*, rasgo que obliga a evaluar la aplicación al ámbito de los derechos esenciales, de la concepción clásica plasmada en el artículo 3 del Código Civil. De éste, recuérdese, es característica medular la relatividad del casuismo decidido por fallos de la Judicatura común.

¿Cuán lejos o cercanos al precedente nos hallamos, entonces, con el efecto de irradiación de tales sentencias? ¿No es cierto, acaso, que el neoconstitucionalismo expresa una aproximación ostensible del constitucionalismo continental europeo y latinoamericano al homónimo norteamericano?³⁰ ¿Responde nuestra inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales al viejo paradigma *pro legalista*? ¿Es presagio alentador, en cambio, de la entronización del nuevo paradigma la reforma, aún en el Senado, que lleva consigo la derogación de la ley después que el Tribunal Constitucional la declare, en tres casos, sustantiva o formalmente insostenible ante el Código Político?

Mas, como he dicho, la sentencia constitucional justifica investigaciones adicionales. Una de ellas estriba en que tal pronunciamiento no es más, ni principalmente, la obra de un legislador negativo, como la tipificó Hans Kelsen³¹. Antes y por el contrario, la defensa de la Constitución se realiza de diversas maneras y no sólo para eliminar preceptos, sean legales o reglamentarios, a raíz de resultar inconciliables con el Código Político.³²

6. Deferencia Razonada

Pertinente es subrayar, en la prosecución de tal orden de ideas, la deferencia razonada, la autocontención o la prudencia que debe demostrar el Tribunal Constitucional ante la competencia ejercida por los demás órganos fundamentales en el Estado democrático.³³

Por consiguiente, sólo cuando el análisis del caso lleva, inexorablemente, a una conclusión reprobatoria de la ley o del acto administrativo controlado, entonces procede que sea declarado el vicio, que culmina en la nulidad de los preceptos respectivos. Pero

29 Consúltense Domingo García Belaúnde: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (Lima, Ed. Jurídica Grijley, 2003). Del mismo autor, *Derecho Procesal Constitucional* (Bogotá, Ed. Ternis, 2001); y Juan Colombo Campbell: "Funciones del Derecho Procesal Constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, pp. 137 ss.

30 Suscita optimismo y satisfacción constatar que la filosofía de John Locke en sus *Dos Tratados del Gobierno Civil* (1690) (Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1963) pp. 153 ss., tan influyente en el constitucionalismo norteamericano, ha comenzado a reemplazar la doctrina de Hobbes, Rousseau y Hegel, entre otros.

31 "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", *cit.*, pp. 130 ss.

32 Helmut Simon: "La Jurisdicción Constitucional", en Ernest Benda *et al.*: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996) pp. 834 ss.; y Horst Schönböhm: "La Corte Constitucional Federal y la Protección Jurídica que Otorga el Sistema Judicial", *Ius et Praxis* N°1 (1998) pp. 11 ss.

33 Véase Patricio Zapata Larraín: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Biblioteca Americana de la Universidad Andrés Bello, 2002) pp. 69 ss.

el Tribunal tiene que razonar sobre la base, para mí opuesta a la desarrollada por Ronald Dworkin, de que nunca un caso es idéntico a otro y que, por lo mismo, tampoco existen las respuestas universales y únicas, excluyentes y exclusivas.³⁴

7. Realce de la Magistratura

Cabe reforzar el rol de los jueces en el nuevo paradigma, doblegando los recelos que, con frecuencia, se levantan en contra de un hipotético activismo judicial. No es tampoco, reconozcámoslo, la certeza legítima el bien jurídico ganado por el formulismo legalista.

Planteo, en consecuencia, ayudar a la Magistratura explicándole su rol en el Estado Constitucional de Derecho y capacitándola en la argumentación, ponderada y razonada, de cada asunto o gestión que involucre la promoción y defensa de los derechos esenciales. Más todavía: resulta menester demostrarle que el Derecho puede adentrarse más en la consecución del ideal de un sistema normativo coherente cuando los valores y principios constitucionales se irradian hacia todos los confines del régimen preceptivo.

En la sociedad pluralista de nuestro tiempo, es en ese plexo de valores, superiores y objetivos, que se halla la unidad o el consenso requeridos para preservar la integridad del sistema. En los jueces, superlativamente los magistrados constitucionales, recae la difícil misión de forjar la cohesión social en el ambiente de tolerancia y respeto referido.

El cambio es de gran envergadura y a las Facultades de Derecho incumbe darle impulso y canalización. Entre otros beneficios, ese esfuerzo redundará en el incremento de la seguridad jurídica.

8. Renovación de la Ley

Idénticamente importante es puntualizar la actitud con que debe obrar el legislador de frente a la Constitucionalización del Derecho. En él, sus órganos de control internos están llamados a ser los primeros vigilantes de la supremacía, precaviendo qué proyectos o iniciativas inconstitucionales puedan prosperar, o confiándose en que el Tribunal Constitucional sea quien las suprima, como legislador negativo.

Más allá del respeto de la supremacía surge, sin embargo, la necesidad de revisar la naturaleza y funciones de la ley en la democracia contemporánea. Tal especie de norma jurídica sigue y continuará siendo indispensable para implementar los grandes parámetros constitucionales. A dicha conclusión evidente se agrega otra, cuyo significado me parece más problemático. Me refiero a que en la democracia actual la ley debe servir a la Sociedad Civil, a la persona y al Estado, no únicamente a este último, en la concreción de los derechos sociales o de la segunda generación. El principio de subsidiariedad, entonces, ha de ser paralelamente implementado y promovido con el principio de solidaridad social.

³⁴ *Las Derechos en Serio* (Barcelona, Ed. Ariel, 1989) pp. 209 ss.

9. *Democracia Continua*

Termino realizando un mérito, pocas veces mencionado, de la Constitucionalización del Derecho. Me refiero a que, en dicho proceso, ha sido decisiva la Judicatura Constitucional, la cual, impulsándolo, ha fortalecido la democracia.

Dominique Rousseau se percató de eso, denominando al fenómeno como *la democracia continua*³⁵, es decir, que aumenta la participación de la ciudadanía en el control diario de nuestros representantes y que lo hace a través del Derecho, esto es, pacíficamente.

Acudiendo a consideraciones sustantivas, se culmina así en lo que la sentencia siempre debe ser, o sea, que las partes y la comunidad, sin excepción, la hacen suya por ser irrefragable la legitimidad tanto del proceso que lleva a ella como del contenido de lo decidido³⁶. Alcanzar tan elevado y noble objetivo es también corroborar cuanto hemos realizado de la argumentación en la interpretación constitucional.

Epílogo

Señor Presidente, y queridos amigos:

¡Ya es hora de terminar y despedirme!

¡Lo hago felicitando a la Universidad Austral de Chile y a su Facultad de Ciencias Jurídicas por la publicación del libro que he comentado!

Sólo espero que, después de oír mis reflexiones quede en todos Uds. la convicción de que se trata de una obra valiosa, fruto maduro de la institución que la generó y de la cual, como es natural, confiamos que sigan resultando nuevos aportes, tan meritorios como este, para el despliegue del Estado Constitucional de Derecho en la Décima Región y en toda nuestra Patria.

35 *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) p. 107.

36 Véase Paul Ricoeur: *Lo Justo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997) pp. 161 ss.

Ana María García Barzelatto

Profesora de Derecho Político y Constitucional, Universidad de Chile.

Acusaciones Constitucionales.

Análisis de un Caso

Una Visión Parlamentaria

GUTENBERG MARTÍNEZ O. y RENÉE RIVERO H., *Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición 2004,*
460 páginas.

Este libro puede estimarse la continuación de otro anterior publicado por el mismo autor, Gutenberg Martínez, titulado "Fiscalización Parlamentaria y Comisiones Investigadoras". Esa obra fue publicada por Editorial Jurídica de Chile en 1998, y se refirió al control que corresponde ejercer a la Cámara de Diputados respecto de los actos de gobierno, entidad que el autor conoció en profundidad en su calidad de diputado por tres períodos consecutivos y Presidente de esa Corporación en dos de ellos.

En la obra "*Acusaciones Constitucionales, Análisis de un caso. Una visión parlamentaria*" la experiencia política del autor, como actor de una acusación, se enriquece con la visión académica e investigadora de su coautora, Renée Rivero.

Consta de cuatro capítulos. Los dos primeros desarrollan el marco teórico y doctrinario del tema. El tercero, entra de lleno al análisis teórico-empírico de la causal "notable abandono de deberes", fundándose en casos concretos. Y, el cuarto, se destina a las conclusiones de los autores y sus proposiciones de reforma. Finaliza con un *Anexo* que contiene trece documentos e informes que acompañan la investigación realizada por los autores.

Resulta interesante rescatar el análisis fundado que se hace en la obra respecto del alcance de la acusación constitucional según sea el tipo de gobierno en cuestión. Este punto es de relevancia porque en más de algún encuentro o jornada de derecho constitucional aún hemos podido observar ciertas imprecisiones. Tal vez la confusión provenga de que durante largo tiempo se ha usado el término "juicio político", tomado del modelo inglés de "impeachment", como sinónimo de la expresión "acusación constitucional".

Al respecto, con razón enfatizan los autores que la acusación constitucional, como forma de control político, actúa en forma diferente según se trate de un gobierno presidencial o parlamentario. En este último, lo que se persigue con la acusación es hacer efectiva una responsabilidad política institucional consistente en la posibilidad que la Cámara repruebe la manera como el Ejecutivo u otro órgano desarrolla sus funciones y, como consecuencia, éste se vea obligado a cesar en su cargo o dimitir. La

dimisión es consecuencia de la pérdida de confianza de parte de la asamblea ante la cual el órgano es responsable. En cambio, en el régimen presidencial, la acusación constitucional tiene un alcance muy diferente dado que tanto el Ejecutivo como el órgano legislativo emanan directamente del electorado ante el cual son autónomamente responsables. El Ejecutivo no necesita de la confianza del Legislativo para permanecer en funciones y no corresponde que mediante la acusación se haga un juicio de mérito o reproche al Ejecutivo. Como señalan los autores “para que sea posible que el Congreso destituya a una alta autoridad del país, no basta con que la persona haya perdido la confianza del Parlamento, o con que a éste no le guste una determinada conducta o la forma como ha desempeñado su cargo, sino que es necesario que se produzca una infracción a la Constitución y que se configure alguna de las causales que ella misma contempla.” (página 39). En definitiva, no cabe duda alguna que la acusación constitucional en Chile no implica un juicio de confianza, es un asunto de responsabilidad jurídica y no de responsabilidad política, y que el término correcto, a la luz de nuestra doctrina y antecedentes de la historia fidedigna, es “acusación constitucional” y no “juicio político”.

A mayor abundamiento, al comparar la regulación contenida en la Constitución de 1925 con la actual Constitución las innovaciones que ésta introdujo permiten concluir que en realidad lo más acertado es sostener que la acusación constitucional es un juicio constitucional de naturaleza jurídico-política, cuyo proceso comprende aspectos jurídicos y también aspectos de orden político superior, sea en relación con el orden constitucional, sea respecto de la conducción superior del Estado.

Frente a este dilema y la importancia de dilucidarlo por los efectos eventuales que pueden producirse, los autores llegan a la conclusión, a la luz de lo investigado, que lo más acertado es estimar que la responsabilidad que se persigue no es ni política, ni penal, ni administrativa, sino que es una responsabilidad de tipo constitucional en la cual confluyen tanto elementos de carácter político, en cuanto a la apreciación de las causales, como elementos que si bien no son penales, es posible identificar con la figura de los ilícitos constitucionales”. En definitiva, la acusación constitucional no tiene por objetivo hacer efectiva la responsabilidad penal del funcionario declarado culpable, sino que una responsabilidad constitucional con motivo de haber incurrido el acusado en un ilícito constitucional señalado expresamente en la Carta Fundamental. En consecuencia la responsabilidad constitucional es distinta e independiente de la eventual responsabilidad penal que por los mismos hechos pudiera caberle al funcionario declarado culpable. Tal es la postura a la cual parece haber llegado gran parte de la doctrina nacional.

Nos ha parecido de sumo interés destacar el aspecto referente a la responsabilidad no sólo porque los autores lo examinan minuciosamente en el libro, sino porque han existido al respecto distintos criterios entre los especialistas, y las consecuencias que de allí derivan son de vital importancia para la adecuada resolución del eventual conflicto.

De esta aseveración es posible extraer numerosas e interesantes conclusiones, cuyas consecuencias fueron aplicadas en los casos concretos de acusación constitucional que se examinan en el capítulo tercero de la obra, a propósito de las acusaciones constitucionales presentadas en contra de varios ministros de los tribunales superiores de justicia*.

En tales casos la causal invocada fue el “notable abandono de deberes”, causal que constituye un ilícito constitucional que ha sido objeto de diversos tipos de interpretaciones, en el sentido de darle a la expresión un alcance más amplio o más restringido. El sentido y alcance de ella es expuesto y analizado a la luz de la doctrina, de los informes de las comisiones, de los informes en derecho y de los debates en las cámaras.

Este libro aborda un tema relevante, controvertido e insuficientemente estudiado. En él es posible encontrar una interesante recopilación de antecedentes de primera fuente, imposible de encontrar en un solo texto. Es un estudio crítico que aporta antecedentes inéditos de fundamental interés para la adecuada comprensión e interpretación de las acusaciones constitucionales.

Finalmente, cabe destacar que el capítulo destinado a las conclusiones constituye un verdadero llamado al legislador y a las cámaras legislativas, para completar los vacíos legales y reglamentarios existentes. En efecto, en conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política y en los tratados internacionales, especialmente en el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y demás convenciones vigentes en Chile, toda acusación jurídica que se formule en contra de una persona requiere de un procedimiento que se ajuste a las garantías de un debido proceso. La existencia de un procedimiento racional y justo es un derecho inherente a toda persona humana. Respecto de esta institución se examinan numerosas omisiones y vacíos, y se formulan interesantes propuestas para mejorar el sistema.

Coincidimos en que urge una reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional para que establezca el procedimiento adecuado y regule la tramitación para que se ajuste a normas que proporcionen certeza y seguridad jurídica. De igual forma, se precisa con urgencia una modificación al Reglamento de la Cámara de Diputados para completar la normativa existente especialmente en lo que atañe a la regulación de la labor de las comisiones investigadoras, cuya labor hoy cae muchas veces en la inoperancia por la ausencia de normas que la reglamenten.

Es una obra muy meritoria, de gran interés jurídico y que enriquece la disciplina y el estudio del Derecho Constitucional.

* Hernán Cereceda Bravo 1992, Servando Jordán López, Lionel Beraud Poblete, Germán Valenzuela Erazo y el Auditor General del Ejército don Fernando Torres Silva).

Emilio Pfeffer Urquiaga

Profesor de Derecho Político y Constitucional

Tratado de Derecho Constitucional.

Tomo X

ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN: Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición actualizada 2004, 292 páginas.

El profesor don Alejandro Silva Bascuñán, con la fiel colaboración de María Pía Silva, sigue adelante, incansablemente, con la publicación de su Tratado de Derecho Constitucional. Un ejemplo notable para el medio jurídico nacional no acostumbrado a recibir una obra de la entidad de la que ya en gran parte conocemos. En esta oportunidad nos presenta el tomo X en el que examina los Estados de Excepción Constitucional, los capítulos XIII y XIV de la Constitución de 1980 referidos al Gobierno y Administración Interior del Estado y a la Reforma Constitucional, respectivamente.

Si el Tratado de Derecho Constitucional publicado en tres tomos por la Editorial Jurídica de Chile en 1963 marcó un hito en el estudio del Derecho Público en Chile y trascendió nuestras fronteras, sirviendo de referente obligado al mundo político y jurídico, a abogados, especialistas y estudiantes de Derecho, la actualización de esta obra de tan destacado catedrático es recibida con beneplácito por todos quienes directa o indirectamente están llamados a aplicar la preceptiva constitucional y su legislación complementaria.

La extensa e ininterrumpida trayectoria académica, unida a la larga experiencia acumulada por el autor, protagonista, además, como actor relevante de los principales cambios constitucionales recepcionados en nuestra Carta Fundamental, hacen de esta obra una consulta obligada para todos quienes se aproximen al Derecho Constitucional.

El análisis de la doctrina y jurisprudencia, junto a los antecedentes históricos del establecimiento de las normas, y la calificada opinión del autor, van dando sustancia a una exposición profunda, crítica en algunos casos, pero a la vez propositiva, en relación a cada una de las materias que en ella se desarrollan.

La sola revisión de la bibliografía revela la entidad de la obra, cuya característica más singular la determina la claridad y el orden —propios de un connotado académico— que en este tomo se expone la temática antes referida.

En relación a los Estados de Excepción Constitucional, en un primer acápite, el autor se ocupa de la génesis de la normativa, de la gestación de los preceptos que sobre esta materia se contienen en la actual Constitución, puntualizando que sólo la Carta Fundamental puede establecerlos, lo que analiza en concordancia con la preceptiva de la ley orgánica constitucional que precisa tal regulación.

Luego, en lo que atañe a los estados de asamblea, de sitio, de emergencia y de catástrofe, discurre en torno a la situación de excepción que habilita declararlos, indicando, en cada caso, las exigencias que los órganos competentes deberán cumplir para ponerlos en vigencia, su plazo y el ámbito territorial en que habrán de regir, destacando el carácter transitorio de los mismos, y la aplicación excepcional de la facultades que por ellos se atribuyen a las autoridades en cuanto se las habilita para suspender y restringir determinados derechos constitucionales en los términos que el Código Político autoriza, formulando un juicio crítico al débil control jurisdiccional de las medidas que en afectación de las garantías constitucionales podrán adoptarse durante su vigencia.

El autor formula diversas observaciones al proyecto de reforma constitucional que actualmente cumple su primer trámite en el Senado, y que de aprobarse sustituirá íntegramente el párrafo que contenido en el capítulo IV "Gobierno" establece la actual regulación de los Estados de Excepción Constitucional. Entre ellas nos parece interesante poner de relieve, por su trascendencia, al menos las siguientes: a) Advirtiendo un defecto en la técnica legislativa, señala que no se distinguen en la regulación de esta materia las normas generales aplicables a todas las instituciones que se establecen de las que particularmente recaen en cada una de ellas; b) Destaca la supresión de la concurrencia del Consejo de Seguridad Nacional para prestar su acuerdo al Presidente de la República a fin de declarar algunos estados de excepción constitucional; c) Se fija con mayor precisión la competencia de los tribunales a quienes, por excepción, se faculta para que aprecien si las situaciones que dan lugar a la respectiva declaración "afectan gravemente al normal desenvolvimiento del Estado"; d) Se amplía el encargo confiado a la ley orgánica constitucional, apartándose del criterio hoy vigente, en que por tratarse de una normativa que atañe a las situaciones en que pueden suspenderse o restringirse derechos y garantías constitucionales, tal materia debe encontrarse regulada, en lo esencial, en el texto mismo de la Constitución Política; y e) Se suprime la facultad del Presidente de la República de ejercer no solo por sí sino por otras autoridades sus propias atribuciones, de tanta importancia y fuente de responsabilidad, lo que explica que debe asumir directamente.

El capítulo "Gobierno y Administración Interior del Estado" lo inicia el autor dando cuenta de cuál ha sido la evolución histórica de la división territorial en Chile. Se detiene luego en el análisis de la distinción que hacía la Carta de 1925 entre "gobierno interior" y "administración interior".

En apartado especial explica la tendencia a la regionalización, que señala se observa "en el estatuto de los Estados modernos—incluso en el de aquellos que se ajustan a la fórmula unitaria".

Recuerda el ensayo federalista de 1826 y el sentido que tenían en el diseño constitucional de 1828 las Asambleas Provinciales.

Prosigue su análisis con la forma jurídica de Estado configurada por la Constitución de 1833 y, particularmente, por la Carta de 1925, respecto de la que se detiene para dar cuenta de la propuesta que el Presidente Arturo Alessandri Palma hizo en la Subcomisión de Reformas Constitucionales para avanzar en el proceso de descentralización administrativa.

Explica luego la regionalización impulsada por el Gobierno Militar, sus objetivos y los criterios en que se sustenta, y el alcance y sentido de la reforma constitucional de 12 de noviembre de 1991 cuya finalidad principal se orienta al cumplimiento de dos propósitos: profundizar el proceso descentralizador, y democratizar la participación ciudadana a nivel regional y comunal.

A continuación expone los antecedentes en que se origina la normativa contenida en el capítulo XIII.

En acápite sucesivos, después de precisar el régimen de creación y modificación de regiones, provincias y comunas, explica, siempre con referencia a la legislación complementaria que desarrolla la preceptiva constitucional, la institucionalidad que rige el Gobierno y Administración de las regiones.

Al intendente lo califica como gobernante, destacando la naturaleza de las funciones esenciales que le son propias.

En relación al Gobierno Regional precisa las funciones y atribuciones que le son asignadas y explica la trascendencia de la personalidad jurídica y patrimonio de que goza.

El autor se refiere luego al rol del intendente en la administración de la región y a las funciones y atribuciones del Consejo Regional en cuanto órgano normativo, resolutivo, fiscalizador y consultivo, a su integración y generación.

El principio del desarrollo territorial armónico y equitativo de las regiones, la facultad del Gobierno Regional de celebrar convenios de programación de inversión y de formar asociaciones que contribuyan al desarrollo regional, como así también, la de celebrar convenios internacionales, son materias que se analizan y evalúan positivamente en el marco de un proceso gradual que tiende a profundizar la regionalización.

En cuanto la descentralización y desconcentración de la función administrativa, el autor reitera que la imperativa voluntad del constituyente es que de inmediato y “no paulatinamente” se dé cumplimiento al objetivo descentralizador.

Respecto del Gobierno y Administración Provincial, luego de precisar que en cada provincia existirá una Gobernación, el autor analiza las funciones y atribuciones del gobernador, el rol del Consejo Económico y Social Provincial, su integración y generación.

Concluye este acápite con la exposición de un proyecto de reforma constitucional que el Presidente Ricardo Lagos ingresó a la Cámara de Diputados el 11 de diciembre de 2003, respecto del cual observa que deberá analizarse particularmente la potestad reglamentaria propia de que se dotaría a los intendentes, la transferencia por el Jefe de Estado de determinadas competencias del aparato central a los gobiernos regionales y la conformación de una administración especial para las áreas metropolitanas.

En relación a las materias indicadas señala que “al ser introducidas en el curso de una experiencia todavía muy breve y débil de la actual normativa, que se está aplicando durante poco más de un decenio, si no están muy bien diseñadas, en la preceptiva de reforma de la Carta que las concrete, pudieran, a la inversa, generar nuevos obstáculos para hacer más efectiva y fecunda la descentralización administrativa que el país requiere y propenda al proceso de globalización, que se extiende e impulsa en el seno de los Estados por exigencias del desarrollo técnico”.

Extenso es el análisis de la preceptiva constitucional y legal referida a la Administración Comunal. Su primer apartado trata la evolución del régimen municipal y analiza al municipio bajo la Carta de 1925 y durante el Gobierno Militar.

En cuanto al estatuto jurídico municipal, expone la normativa vigente, el ámbito de la jurisdicción municipal, la autonomía de los municipios, el patrimonio municipal y su manejo, en relación a lo cual se destaca el rol de la Contraloría, la finalidad del municipio en cuanto está llamado a satisfacer las necesidades de la comunidad local, precisando las funciones y atribuciones de las municipalidades.

El estudio de la organización municipal lo inicia exponiendo que la municipalidad está constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo.

La forma de elección del alcalde, la eventual remoción de éste por notable abandono de deberes, y el estudio de sus atribuciones son algunos de los tópicos que también desarrolla.

En cuanto al concejo municipal, alude a su generación y atribuciones, en ambos casos con permanente remisión a la preceptiva legal que complementa los mandatos constitucionales en la materia.

El autor pone de relieve la participación de la comunidad local en los asuntos relativos a la administración municipal. Señala que la Constitución expresa reiteradamente su voluntad de asegurar la participación de la comunidad en la administración de la comuna, inspirada en el propósito de “asegurar el derecho de las personas de participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, para lo cual analiza las distintas y variadas vías que se han previsto a tales fines por la Constitución y la ley.

El acápite “Administración Comunal” concluye con el análisis de dos materias de gran importancia para la defensa de los derechos de los administrados: una breve referencia al reclamo de ilegalidad municipal que otorga el artículo 140 de la Ley Orgánica

Constitucional de Municipalidades para alzarse en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de las municipalidades, y la mención al principio que fluye del artículo 141 del referido cuerpo legal que establece que las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.

El capítulo "Gobierno y Administración Interior del Estado" finaliza con una referencia a las disposiciones generales relativas al fuero de intendentes y gobernadores, y al régimen de las cuestiones de competencia.

La "Reforma Constitucional" es la última materia que se trata en este tomo X.

Se inicia recordándose la distinción que se formula entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o instituido.

Prosigue el análisis dándose cuenta de la evolución del constitucionalismo chileno, mencionando los diversos documentos que lo fueron consagrando hasta la plena vigencia de la actual Carta.

Se detiene luego el autor en el análisis del sistema de reforma contenido en el texto primitivo de la Constitución de 1833 que califica de rígida, puesto que imponía, para alterarla, un mecanismo no sólo complejo, sino imperfecto e ilógico, lo que motivó su enmienda el 12 de junio de 1882. También desarrolla un estudio pormenorizado de las normas que sobre la materia se contenían en el texto de la Constitución de 1925, incluidos los cambios introducidos por la reforma de 1970.

Prosigue el estudio dejándose constancia de las sesiones en que se trató el mecanismo de reforma constitucional en la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado. Se enuncian, además, las 17 enmiendas y sus contenidos introducidas hasta la fecha a la actual Carta, y se pone de relieve la especialidad que presenta la tramitación de un proyecto de reforma constitucional.

Después de relacionar los preceptos constitucionales y legales que integran el sistema de reforma, el autor entra de lleno en las explicaciones relativas al procedimiento de reforma constitucional: la iniciativa para patrocinar un proyecto de enmienda a la Carta Fundamental, las restricciones aplicables a dichos proyectos, los quórum de aprobación exigidos, la precisión de lo que debe entenderse a tales fines por "diputados y senadores en ejercicio", el alcance de la expresión voto "conforme" que concluye que de parte de los parlamentarios debe manifestarse una "decisión expresa positiva y concordante, no supuesta o implícita", y la procedencia o no de constituir comisiones mixtas en relación a un proyecto de reforma constitucional, son algunas de las materias que analiza el autor.

Luego se estudia el rol del Congreso Pleno en referencia a la fundamentación y críticas de su intervención. La convocatoria, oportunidad, presidencia y lugar de la sesión, el quórum que se le exige para aprobar la reforma, la división de la votación, son otros de los tópicos que se tratan en esta sección.

Las observaciones al proyecto de reforma constitucional que puede formular el Presidente de la República y los casos en que será procedente la consulta plebiscitaria integran el siguiente apartado.

La oportunidad en que debe promulgarse una reforma constitucional y los efectos que de ella se derivan también son analizados pormenorizadamente.

Finaliza su exposición el autor, dejando constancia de las cuestiones de constitucionalidad que pueden presentarse durante la tramitación de una reforma constitucional y la intervención que le cabe al Tribunal Constitucional, oportunidad que aprovecha para formular un planteamiento del todo pertinente: el poder constituyente derivado o instituido tiene límites y, por consiguiente, una reforma constitucional no podrá transgredirlos, lo que corresponderá declarar, si fuere del caso, al Tribunal Constitucional.

Público y privado ante la dogmática y la teoría del derecho. En especial, las disciplinas de bienes públicos, minas y aguas.

A propósito del libro “El Derecho Privado Constitucional de Chile” de Alejandro Guzmán Brito, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1ª edición 2001, 302 páginas.

Alejandro Guzmán Brito es un jurista relevante del panorama jurídico chileno contemporáneo; ha dedicado la mayor parte de su vasta obra al derecho romano, seguramente su ciencia de base y de mayor desarrollo¹; además, ha dedicado su obra científica, en no poca medida, a temas relativos a la historia de la fijación y codificación del “derecho legal”²; a la historia del pensamiento jurídico o de las ideas jurídicas³; en menor medida, a temas relativos a la metodología de la ciencia del derecho, o teoría del derecho⁴.

a. Ahora, nos ofrece una novedad en su desarrollo científico⁵: esta obra, que motiva nuestro comentario, en que el autor, con ambición sistematizadora, se introduce en el análisis dogmático, esto es, del derecho vigente, público y privado, contenido en la Constitución Política, acompañando sus análisis, en algunos capítulos, con gran fundamento histórico-jurídico.

Al respecto, me propongo realizar una reseña crítica de algunos aspectos de este nuevo libro de Alejandro GUZMÁN, desde la doble perspectiva que estimo propia del análisis científico del derecho vigente: por una parte, desde la Teoría del Derecho (o

1 A propósito del libro de Alejandro GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso [de la Universidad Católica de Valparaíso], 2001) 302 pp.

2 Vid. su: *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996) 2 tomos.

3 Vid. sus: *La fijación del derecho* (Valparaíso, 1977); *Andrés Bello Codificador: historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Editorial Universitaria, 1982); y su reciente: *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

4 Vid. sus: *Ratio scripta* (Frankfurt am Main, 1981); *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* (Santiago, 2000); y ahora último sus excelentes trabajos: “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 24, 2002, pp. 151-247 e “Historia de la denominación del derecho-facultad como ‘subjetivo’”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 25, 2003, pp. 407-443.

5 Vid. su trabajo de juventud: “Del derecho romano a la teoría general del derecho”, en: *Revista de ciencias jurídicas*, N° 2, 1971, pp. 85-106; y, últimamente, su trabajo “Aporías, paradojas, antinomias y dilemas en el derecho”, en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 45, 2000, pp. 501-548.

6 Si bien antes ha publicado trabajos dogmáticos en revistas, son relativos a temas de derecho privado, más específicos.

“Metodología de la Ciencia del Derecho”); y, por otro, desde la “dogmática” o desde la especialidad jurídica que cultivo, el derecho público (más estrechamente, del Derecho Administrativo, y del Derecho Administrativo Económico, de donde surgen o se desgajan: el Derecho de los bienes públicos, el Derecho minero y el Derecho de aguas).

Dada la anterior limitación de mis especialidades, será ésta una recensión necesariamente parcial, en que, salvo los aspectos teóricos, fijo mi atención sólo en aquellos aspectos en que el autor se refiere a las disciplinas señaladas, o a sus temas más conexos.

Desde ya aclaro, como quedará en evidencia, que esta perspectiva teórica que asumo no es la de la “teoría general del derecho” que nuestro autor ofreció en un escrito de 1971, pleno de idealismo y romanticismo: “Del derecho romano a la teoría general del derecho”⁷, siguiendo ese sucedáneo del positivismo, con algunas adecuaciones que él postulaba; todo eso que nuestro autor acogía es distinto de la moderna “Teoría del derecho”, que es una meta-teoría de todas y cada una de las disciplinas especializadas que, de manera atomizada, ha desarrollado culturalmente la Ciencia dogmática del derecho, disciplinas que operan de modo práctico ante la realidad del derecho legal o vigente⁸.

b. El libro de Alejandro GUZMÁN penetra de lleno en el binomio “público-privado”, *summa divisio* que hoy no opera respecto de las leyes, o del “orden interno” (en terminología teórica, estrictamente), sino del fenómeno jurídico dogmático. Esta rancia clasificación ha sido muy persistente en la historia del pensamiento jurídico, y hoy no sólo es materia de análisis jurídico, sino desde variadas perspectivas. En efecto, hoy el estudio de la realidad jurídica no sólo aporta a otras ciencias, sino que además se ha beneficiado de modernos análisis desde perspectivas filosóficas, sociológicas e históricas⁹. De ello surge la necesidad de considerar los aportes sobre la idea de lo público y privado, como flujo y reflujo, no sólo desde la perspectiva puramente jurídica, sino también desde las ciencias señaladas.

En efecto, nuestro autor ha aceptado el desafío de la realidad presente que enfrenta al jurista a la necesidad de analizar la actual posición de esta persistente clasificación histórica en el sistema jurídico (ya podré definir a qué “sistema” jurídico me refiero, esto es, o sólo al “legal” o, mejor, al “abstracto-conceptual”, elaborado por los juristas). En el derecho chileno hay variados aportes relativos al problema público/privado ante el derecho vigente, cobrando especial relevancia los análisis posteriores a la Constitución Política de 1980 (CP), en donde es muy persistente la diferencia entre lo público y un fenómeno conexo, pero distinguible necesariamente: lo estatal. Al res-

7 Cit. en n. 5.

8 Un panorama amplio y de gran difusión, véase en: LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (4. Auflage, Vierte, 1979), trad. castellano: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid, Ariel, 1994) especialmente, p. 180; ahora editado como: LARENZ-CANARIS, *Methodenlehre...* (Berlín, Springer, 1995), 323 pp.

9 Sobre lo cual sólo señalo, como ejemplo, el camino de investigación iniciado por: HABERMAS, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962 [traducc.: *Historia y crítica de la opinión pública*, Madrid, 1982; traducc. francesa: *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1978], y una amplísima bibliografía histórica, principalmente. En materia jurídica, sigue esa línea: CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia* (Madrid, 1991).

pecto, conectado con los temas de este libro, yo mismo he analizado esta perspectiva, últimamente, en varios trabajos¹⁰, los que cito sólo para evitar en este sitio la repetición de argumentos contenidos ahí.

Pero la preocupación de Alejandro GUZMÁN por la materia específica de su libro no es nueva, sino que se remonta, en la línea matriz que sigue en la parte general (la partición público/privado), a un trabajo de algunos años atrás, de 1976 (anterior, por tanto, a la CP de 1980), que constituyó un discurso académico de recepción a los *iuspublicistas* en su tradicional reunión anual¹¹, el que ahora transcribe en parte y modifica en algunos aspectos al inicio de su libro.

No obstante la restricción de temas a que reduciré mi comentario, ofrezco una noticia general del contenido del libro, destacando especialmente los aspectos que serán analizados críticamente en esta recensión (I); en seguida, me referiré a su concepto de derecho privado y público, a la clasificación del “derecho” que propone el autor en la Introducción de su libro, en que incorporo alguna perspectiva de teoría jurídica (II); en cuanto a temas dogmáticos especiales, me refiero críticamente a algunos aspectos terminológicos (III), y a sus análisis de las categorías y disciplinas de los bienes públicos; de las minas y de las aguas (IV). Dado lo anterior, no podré ofrecer una evaluación global del libro, sino sólo en los aspectos señalados.

I. Noticia general del libro

Formalmente, el libro está dividido en una breve Introducción, y tres partes principales, todas de desigual extensión. La introducción ofrece conceptos de derecho privado y público. La primera parte está destinada a analizar el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado”; la segunda, está destinada a analizar la regulación constitucional de los derechos; y la tercera parte, la más amplia, ofrece el desarrollo del “derecho privado en la Constitución”.

A. La Introducción, a pesar de su título (“un concepto de derecho privado”) ofrece una clasificación tanto del derecho público como del privado, texto que más bien es una nueva formulación de las ideas del citado escrito del autor, de 1976, titulado en esa ocasión “[n]otas de derecho público” (y ahora muda su título a “concepto de derecho privado”). En este comentario sólo nos referiremos a su última formulación, y no indagaremos los posibles cambios en el pensamiento del autor.

10 Vid.: “Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma”, en: EMBID IRUJO, Antonio (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio* (Madrid, Civitas, 2002), tomo II, pp. 179-213, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (2002), en prensa; “La *nemina divisio* de los bienes y recursos naturales ante la Constitución de 1980”, en *20 años de la Constitución chilena 1981-2001* (Santiago, Ediar-Conosur, 2001) pp. 369-390, en: *Ius Publicum* N° 12 (2004), en prensa; y en mi recensión al libro de D’ORS, Alvaro, *La posesión del espacio*, publicada en: *Revista Chilena de Derecho* (2003), 2, pp. 415-418.

11 Publicado como: “Notas sobre el derecho público”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 19-20, 1976, pp. 385-393, “Discurso del Decano...”, en: *Actas de las VII Jornadas de Derecho público*, Valparaíso, 1976, pp. 15-24.

Inicia su obra el autor explicando su objetivo: un primer intento por estudiar con “constancia, generalidad y organicidad” el fenómeno de la constitucionalización del derecho, que sirva de “impulso a nuevos estudios que perfilen con más precisión” el tema (p. 11).

a. El autor despacha en breves líneas (con las solas citas del conocido pasaje de Ulpiano, de un pasaje de Cicerón y de alguna bibliografía) la exposición de la dicotomía “derecho privado/derecho público”, en el primer párrafo del libro, y aclara que se limita a “resumir (sus) propios conceptos” (p. 16). En tal tema, inevitablemente, parte precisando el adjetivo “público”, vinculándolo al *populus*: hoy, la comunidad; que lo contrapone a *privatus*, vinculado al *privus*, al particular. Enseguida, no olvida señalar que el “Estado”, surgido en el S. XVI, “va ciertamente incluido en lo público”, pues tal organización estaría destinada, a su juicio, “de manera primigenia” a regir al *populus* y no a los particulares *uti singuli*.

Agrega, sin explicar, la siguiente idea: “pero lo estatal no se confunde con lo público ni lo agota; menos aún lo excede” (p. 17). Continúa su análisis el autor, entonces, de manera directa, y sin estimar necesaria la confirmación de fuentes vigentes (en especial, de la Constitución Política) analizando la dicotomía público/privado, incluyendo todo lo estatal “en lo público” (p. 17).

b. Así, el autor reconoce ante el derecho dos esferas: “la pública, cuyo sujeto es (...) el *populus*; y la privada, cuyo sujeto es el *privus*, el particular” (p. 17). Ya veremos qué es lo que entiende el autor por “sujeto”, como base de esta clasificación.

Hasta antes de este párrafo (§1.2, p. 17) construye el autor la dicotomía público/privado en consideración a la “concerniencia” (a “lo” que “atañe a”); para, enseguida (§1.3, p. 17), introducir una novedad: considera como “sujetos” tanto al *populus* como al *privus*, el particular. Según nuestro autor, cada uno de tales “sujetos”, al conformar sus respectivas esferas, pública o privada, “exige la regulación proveniente de un cierto derecho”; llegando a señalar, como característica de cada esfera (lo que la diferencia): “la específica capacidad de cada sujeto para dar a su respectiva esfera, de modo autónomo y suficiente, la regulación que le corresponde” (p. 17).

Conecta el autor lo anterior con la dicotomía romana *lex publica/lex privata*.

c. Aunque él adelanta que lo anterior es “una primera acepción” (p. 18), a partir de tal presupuesto (*lex privata/lex publica*) intenta el autor definir los conceptos de derecho público y privado. Así, distingue las “leyes” según su “autor” (si el autor es el Estado, son públicas; si son los particulares, son “leyes” privadas); su materia (si es “organización de la sociedad o del poder, son leyes públicas; si atañe a cosas o asuntos privados, son “leyes” privadas); su fuente (si es la ley, que es un acto del Estado, es derecho público; si es un negocio particular [desapareciendo la “ley”], es derecho privado); por la publicidad (como todos pueden enterarse del contenido de las leyes, éstas son derecho público; como “el *populus* no tiene por qué enterarse de los [negocios particulares]”, y no se tiene conocimiento de ellos, estos originan el derecho privado).

d. Se dedica enseguida el autor a definir el derecho privado (§1.4), como el derecho a la “libre adquisición y conservación de las cosas y del libre cambio recíproco de éstas y de servicios entre individuos” (p. 19).

e. Luego avanza su tesis (§1.5) de la intervención legislativa, señalando que “el objeto normal” de la intervención legal es la esfera “pública” y sólo “a veces” el ámbito público interviene en la esfera particular. Esto es, a través de “mandatos y prohibiciones”, o “regulaciones obligatorias” contenidas en la “ley pública”, las que aunque afecten a la esfera privada “también constituyen un derecho público”, la que consistiría en la “segunda acepción” del mismo, privando a los particulares de su “libertad para actuar como quieran”. En esto consistiría para el autor la “progresiva intervención del poder público en lo privado”, como fenómeno histórico progresivo, citando al efecto el caso del derecho del trabajo (pp. 19–20).

Lo anterior lo lleva a plantear la existencia de un doble concepto de derecho público: uno, el propio de la esfera pública, que nuestro autor denomina “estatal”; y otro, que llama “no estatal”, por regular con mandatos o prohibiciones la esfera privada, “que normalmente no lo (sic) competiría regular”, que es tal no por su objeto sino por su origen.

f. Clasifica el autor al “derecho interno”, distinguiendo: el derecho público, que puede ser estatal o no estatal; y, el derecho privado, señalando que “ambos derechos se contienen ordinariamente en leyes” (p. 21, §1.6).

Luego desarrolla:

- 1º El derecho público estatal está representado por la Constitución Política en su parte llamada usualmente orgánica, el derecho administrativo en toda su extensión y especialidades (aduanero, sanitario, económico orgánico), el derecho militar, el derecho penal, el derecho orgánico de tribunales, el derecho tributario y el derecho procesal penal y civil;
- 2º El derecho público no estatal, se configura “casi plenamente” por el derecho de las personas y de la familia, el del trabajo, de la seguridad social, y “muy parcialmente” por el derecho civil, el derecho comercial, el derecho de aguas y el derecho de minas; y,
- 3º El derecho privado, se perfila “casi plenamente” en el derecho civil, el derecho comercial, el derecho de aguas y el derecho de minas; y “parcialmente” por el derecho de las personas y de la familia, del trabajo y de la seguridad social¹².

Luego señala que el derecho internacional privado es sólo un “ordenamiento de las fuentes del derecho” y que éste es un “presupuesto de todo el sistema, que no integra ninguna de sus partes” (p. 22).

12. Nótese la doble militancia del derecho de aguas y del minero: mitad “público no estatal”, mitad “privado”, en la clasificación y terminología de nuestro autor.

Reconoce al autor, en todo caso, que la ilustración anterior es “muy gruesa”, porque se refiere a “masas o ramas del derecho”. A su juicio, en varias ramas “se entremezclan normas de diversa naturaleza”, por lo que a su juicio estas distinciones “no constituyen ramas del derecho sino categorías o *posiciones* (...), según las cuales se debe juzgar cada norma singular y concreta, pertenezca tradicionalmente a la rama que sea” (p. 22).

g. Se refiere, en fin, el autor a la noción de “normas irrenunciables” (§1.7), que sería el distintivo del “derecho público no estatal”, en su terminología; lo que lo contrapone a las “normas” de derecho privado, que son supletorias y “pueden ser renunciadas y cambiadas por ellos” (p. 22). Agrega que la renunciabilidad/supletoriedad sólo tienen sentido respecto del “derecho público no estatal”, o sea, aquél cuyo tema está constituido por el derecho privado, pero que es del mismo “autor” que el derecho público (el “Estado”, a secas, se señala en el texto: p. 18, §1.3).

A analizar críticamente este breve texto introductorio relativo a la dicotomía público/privado, de 9 páginas, que el autor estimó “suficiente” (p. 23), dedico, más adelante, el primer apartado de este comentario.

B. La primera parte del libro está dedicada a la “constitucionalización del derecho privado”.

a. El autor describe el fenómeno, haciéndolo consistir en la “presencia de normas sobre derechos privados en el cuerpo mismo de la Constitución” (p. 28); “derecho privado puesto en la constitución” (p. 29), constatando que se produce también en relación a “otras ramas del derecho” (*idem*). En cuanto a los derechos que “declara” la Constitución, y a su naturaleza real o personal, señala que esta distinción “desciende de una forma general del pensamiento, que estriba en describir la experiencia desde el punto de vista del sujeto o del objeto” (p. 32), por lo que a su juicio los derechos constitucionales “o son reales o son personales” (*ibidem*); y que en el caso de los derechos humanos, éstos serían personales, pues consisten en facultades de exigir “no hacer y a veces hacer algo a otro”; y correlativamente, imponen obligaciones de “no hacer y a veces de hacer”.

b. Analiza enseguida la supremacía constitucional, mencionando las técnicas normativas de la derogación y “subrogación”, la inconstitucionalidad, que, a su juicio, implica invalidez¹³ (p. 37).

Interesantes páginas se dedican a la constitucionalización como garantía de los derechos de frente al poder “público” (pp. 38 y ss.), en la que bordea correctamente el fenómeno de la creación primigenia del orden interno, refiriéndose a la Nación, en quien reside esencialmente la soberanía y a los ejercitantes de la soberanía, “vale decir, al pueblo en plebiscito y en elecciones periódicas” (p. 42).

13 La expresión “invalidez” no es utilizada por el autor en la perspectiva filosófico-jurídica, sobre la validez del derecho positivo de frente a las reglas morales, por ejemplo; parece referirse el autor a la eficacia, más bien.

c. Luego el autor señala cómo este fenómeno de la “constitucionalización” puede ser un impulso a la “reforma” del derecho privado (pp. 60 y ss.).

Al tratar la función de la “constitucionalización”, se refiere de un modo breve y singular a los “principios generales de derecho”, que contraponen nuestro autor a la idea de “fundamento” o “bases”, que estarían en las normas¹⁴; agregando que aquéllos no pueden “jamás” ser “expresados” en las normas (p. 67), sino que –según el autor– las inspiran (p. 66).

En conexión con lo anterior, postula el autor en pp. 70–71, una “Constitución jurídica que contuviera los fundamentos de todas las ramas del derecho que no fueran el constitucional y el administrativo” (p. 70, *in fine*); esta sería “una carta suprema de derecho, diferente de la carta suprema de la política” (p. 71).

d. Se refiere el autor a algunos de los que llama “peligros” de la constitucionalización, entre los que menciona, por ejemplo, que los preceptos no pueden ser demasiado desarrollados ni deben “descender a los detalles” (p. 71)¹⁵.

Destaca, además, “el incorrecto entendimiento que la judicatura ha solido hacer del concepto de ‘bien incorporeal’” (p. 74).

e. Aborda enseguida el tema de los destinatarios pasivos y activos y las fuentes del llamado “derecho privado constitucional” (pp. 79ss), que se ven influidas por el desarrollo inicial de la Introducción.

C. La segunda parte del trabajo, trata brevemente de los derechos y de las declaraciones que los han consagrado, con antecedentes histórico–normativos y de doctrina (pp. 129–164). Desarrollo de gran calidad, que no analizo en estas páginas.

D. La tercera parte contiene la médula del aporte del libro de nuestro autor, en que trata: la libertad (pp. 167–186); la igualdad (pp. 187–222); las libertades que llama “nominadas” (pp. 223–262); las libertades que llama “innominadas” (pp. 263–268); los fundamentos constitucionales de la propiedad (pp. 269–281) y los fundamentos constitucionales del derecho de familia (pp. 283–285). Dentro de las páginas anteriores expone nuestro autor sus conceptos personales sobre la que llama libertad “nominada” a “adquirir el dominio de cosas”, conectada con los bienes públicos; y lo relativo a las minas y las aguas, ofreciendo una visión muy particular que analizo críticamente más adelante.

El libro cierra con un listado bibliográfico de libros y artículos.

14 Ofrece el autor, además, un ejemplo de Derecho minero, según el cual, la idea de que “las minas pertenecen al Estado” y de que “los particulares solo (sic) pueden tener derechos reales limitados de concesión sobre ellas”, no es un principio general de derecho minero, sino un “fundamento” de ese derecho. (p. 68)

15 Permitaseme un divertimento: ya que nuestro autor utiliza esta expresión coloquial de “descender a los detalles”, véase el poema, más bien el epigrama, del profesor de Derecho Minero, e ilustre poeta Armando Uribe, en su: *No hay lugar (Santiago, Editorial Universitaria, 1970)*, p. 47: “La sabiduría es difícil, / difícil la ignorancia. / ¿Descender al detalle? / Ascender al detalle.”

II. Público y privado de las leyes y disciplinas. Aspectos de teoría del derecho

1. *Su concepto del derecho privado y público.* El autor incluye, sin distinciones, todo lo estatal en el ámbito de lo público (p. 17). Esto no es posible compartirlo y, en realidad, como análisis dogmático, podría producir una simplificación que cabe matizar, pues:

a) Lo público, del pueblo, no cabe ser confundido con lo estatal, a secas; pues existen misiones del poder político [los fenómenos que llamamos Estado/Administración; Estado/regulador (legislador); Estado/Jurisdicción] que se vinculan con el *populus*, como tal, y con los *privus, uti singuli*.

Es necesario no perder la perspectiva pretendidamente dogmática del estudio de nuestro autor, y de este mismo comentario: que nos conecta ineludiblemente con el real y efectivo derecho interno de un país. En un análisis dogmático como éste no es posible traer a colación la personalidad jurídica del Estado que, como ente político, podemos visualizar ante las Relaciones Internacionales. Una vez despejado esto, cabe señalar que el fenómeno de lo público/privado ante el derecho interno es de una complejidad tal que admite análisis mucho más detallados. El “Estado”, por un lado, que ante el derecho interno no puede ser jurídicamente comprendido con una mera alusión “a lo estatal”; el “Estado”, a secas, no es una persona jurídica ante el derecho interno (sí es posible estudiar esa perspectiva en las Relaciones Internacionales). En el derecho interno lo que existen son organizaciones políticas, que ejercen poderes específicos, a los que la CP se refiere como “órganos del Estado”: poder de administrar (el Estado/Administración); poder de legislar o regular (el Estado/Legislador); poder de juzgar (el Estado/Jurisdicción). Esto es algo efectivamente “público”, dada su pertenencia al interés común, del pueblo.

b) En cuanto a lo patrimonial, cabe recordar que no todo lo estatal es “público”, necesariamente; hay aspectos estatales, con régimen jurídico privado. En efecto, variados aspectos de lo estatal pueden ser regulados (por las normas) y analizados (por el jurista) a través del estatuto privado (todo lo fiscal, en especial, en materia de bienes raíces); es el caso de la propiedad fiscal, por ejemplo, en que la persona jurídica/fisco, actúa según el mismo régimen de base de las propiedades de un particular y se rige en su relación real con los bienes raíces por el derecho privado: Pero esto no le hace perder su calidad de actuación estatal; sería una actuación no potestativa, sino patrimonial, de derecho privado.

El sustento patrimonial del ejercicio práctico de estos poderes, no obstante, origina una persona jurídica: el fisco (el Estado/fisco), y tal persona jurídica, a pesar de su conexión con todos los órganos potestativos, actúa en tal esfera (la patrimonial) bajo el mismo régimen de base de un particular: su vínculo con el dinero y los bienes es idéntico al de un particular; lo cual no debe confundirse con la “finalidad” de su utilización; o de las “capacidades” para disponer de ellos; o de la “responsabilidad” de sus agentes, por tratarse de dinero o patrimonios de una persona jurídica (el fisco) manejados por otras perso-

nas [los funcionarios fiscales, llamados funcionarios “públicos”, pero más bien administrativos]; aspectos estos últimos que pueden tener régimen público.

El fenómeno ante los bienes (en que no cabe confundir los bienes fiscales [de estatuto privado: el Estado/fisco puede ser propietario] con los bienes públicos [de estatuto público: en que el Estado/Legislator o el Estado/Administración actúan potestativamente, sin poder llegar a ser “propietarios”]) es idéntico, y nos encontramos con lo estatal, tanto en el área pública como en la privada.

En suma, el análisis del esquema dual anterior, resulta así insuficiente, según lo dicho, si no se distingue claramente: lo “fiscal”, que sólo dice relación con los aspectos patrimoniales y es regulado en base a normas y principios de derecho privado; de lo Estatal/potestativo, que es regulado por el derecho público. Esto es, ante la realidad jurídica vigente, lo estatal se nos aparece, con distintas regulaciones, en ambos sectores del Derecho.

2. *Regulaciones llamadas “públicas” y regulaciones llamadas “privadas”*. Como se dijo, el autor, para explicar hoy la dicotomía público/privado, la conecta con la dicotomía romana *lex publica/lex privata* (p. 17). Al respecto, cabe destacar que este es un concepto pre-estatal, el que al menos desde el S. XVI, y hoy en nuestro orden interno, con la Constitución Política de 1980, requiere mayores matizaciones que las vislumbradas en este libro. A menos que se desee expresar (lo que no lo aclara el autor) que se tratarían, la *lex privata* y la *lex publica*, de distintas fuentes del derecho, en un sentido amplio, y no una pareja de conceptos jurídicos, enfrentados, de un mismo género, como se suelen hacer las clasificaciones jurídicas.

Sin esa aclaración, para el lector, estos párrafos parecieran sufrir un viraje lógico, que lleva a derroteros inesperados: una cosa es referirse a lo público o privado, como análisis de la realidad jurídica, o como clasificación de bloques de disciplinas; pero otra cosa es plantear que, ante un derecho interno (pues es esta una obra de dogmática jurídica: que presupone la aceptación de un ordenamiento jurídico –leyes– como parte del fenómeno jurídico) existirían leyes de origen público y leyes de origen privado. En efecto, nuestro autor propone un supuesto origen diverso de la “regulación”, esto es, de las normas jurídicas obligatorias de convivencia. En verdad, a menos que no se esté refiriendo al fenómeno normativo, resulta poco convincente su intento de hacer una separación entre la regulación de naturaleza pública y la privada, a partir de que sus autores serían distintos, como si el “sujeto” denominado *populus* configurara autónomamente su esfera regulatoria: lo público; y, paralelamente, el “sujeto” denominado particular, *privus*, por su parte, construyera autónomamente su esfera regulatoria. Pues, según el autor, el *populus* dicta la *lex pública*; y, los particulares la *lex privata*. O, en sus palabras: el pueblo es el “autor/sujeto” (legislador) del derecho público; y los privados (particulares, más bien) es el “autor/sujeto” (¿legislador?) del derecho privado.

Pero la verdad es que no existe ante el derecho interno una supuesta autorregulación por “sujetos” públicos o privados, de la cual pueda originarse la clasificación público/privada. En nuestra vigente realidad regulatoria, por un dato primigenio, que no esca-

pa al propio autor (p. 42), es el *populus* reunido en plebiscito el que dicta la Constitución Política, y tal cuerpo normativo (de origen o de “autor” público, en la lógica del autor) contiene regulaciones que podemos calificar de públicas y privadas.

Lo que el autor podría llegar a llamar hoy *lex privata*, no es en realidad una fuente de derecho/legal, sino aquellos actos o acuerdos que los particulares realizan en virtud de la autonomía y espontaneidad. Estos actos o acuerdos de particulares no cabe llamarles “leyes privadas” o darles el mismo rango que el orden interno. Estos actos privados forman parte de la legítima praxis con la que los particulares llevan adelante sus relaciones (como sería lo contenido en sus convenciones, mientras no lo impida algún mandato regulatorio), si bien forman parte indudablemente del fenómeno jurídico, es parte del ejercicio real y material del principio de la autonomía, pero en ningún caso, en el lenguaje de la teoría del derecho y de la dogmática, a esos actos privados puede ponerse los al mismo nivel que las leyes, como parte del orden normativo interno.

El problema lógico de esta clasificación que ofrece el autor es que nos ofrece como conceptos dicotómicos a dos realidades del fenómeno jurídico que cabe distinguir, pero no emparejar, como dos especies de un mismo género: por un lado el orden interno (lo que él llama “lex publica”) y por otro lado, los actos materiales de los particulares, en uso de su autonomía, para acordar o decidir lo que dicho orden interno les permite, sin quebrantarlo (lo que él llama “lex privata”).

En otras palabras, esta clasificación que ofrece Guzmán a partir de supuestos “autores” distinguibles de la regulación normativa, pública y privada (que fenomenológicamente no se produce, en realidad, según lo dicho), no es la vía de construir la dicotomía público/privado del orden interno, ni de las disciplinas que le otorgan tal naturaleza a las normas, pues el *populus* (a través de sus formas políticas: plebiscito o Congreso) dicta toda la regulación, ya sea la que la ciencia jurídica, en sus análisis y sistematización de las normas, denominen o clasifiquen como atinentes a las esferas pública o privada. Lo que las personas privadas, incluidas las personas jurídicas, acuerdan o dictan, dentro de su esfera de acción autónoma, no son normas de orden interno, sino precisamente lo que la dogmática civilística denomina actos o contratos. ¿Para qué alterar las denominaciones dogmáticas, e intentar llamarlos del mismo modo que los actos regulatorios normativos? Ese uso terminológico sólo confunde.

En suma, esta rancia clasificación, a estos efectos no debiera ser sino un dato histórico-jurídico de Roma, no aplicable hoy; pues, además de lo señalado, se confunde en esto dos aspectos distinguibles: la ley, *lex*, por un lado; y las disciplinas jurídicas, *ius*, por otro, a lo que me refiero enseguida.

3. *La lex privata romana es hoy la autonomía o espontaneidad permitida.* La comprobación de esta crítica surge, enseguida, al aplicar el autor esta clasificación *lex privata/lex publica* para definir el “derecho público” como “aquel generado por los órganos públicos”; y al “derecho privado” como “el que formulan los particulares”; pues cabe reiterar que este último fenómeno (la supuesta “formulación” de derecho/legal por los

particulares) no podría ser considerado una fuente del orden interno, sino que ello constituye la praxis autónoma, que podría ser estudiada por la sociología jurídica, como parte del fenómeno no normativo del Derecho, pues no parece adecuado considerar que son los propios particulares los que se autoimponen una regulación; sin que sea posible olvidar que el derecho/legal es la regulación de “conductas que la sociedad impone a sus integrantes”, definición básica y general. Todo lo anterior salvo, lo que no es claro, que nuestro autor simplemente haya ocupado una terminología ambigua.

Como quedó dicho, lo que el autor intenta describir como *lex privata*, en la fenomenología jurídica no es sino precisamente el desarrollo de la autonomía o espontánea actividad particular; en que los particulares actúan o contratan, decidiendo sus actuaciones individuales o conjuntas (decisiones éstas a las que nuestro autor desea llamar “lex”); pues el Derecho/legal llega hasta la formulación misma del concepto de autonomía, dentro de la cual no hay “conductas impuestas”, y fuera de la señalada autonomía comienza el fenómeno jurídico regulatorio.

Entonces, esta clasificación no es aplicable ante el orden interno, en que sólo cabe considerar fuentes de derecho/legal a las normas aprobadas por el Congreso o el Constituyente (los aspectos que el autor llama “lex pública”; pues lo que él llama “lex privada”, sería una alusión a lo que dogmáticamente cabe sindicar como actos o contratos que los particulares realizan en uso de la autonomía.

4. *Definición de lo público y de lo privado.* No es posible compartir los conceptos de derecho público y de derecho privado que ofrece el autor. Las leyes, según Guzmán Brito, en el caso en que el “autor” es el “Estado”, son públicas; y, en el caso en que el “autor” son los particulares, son “leyes” privadas. Es entonces una clasificación de las leyes en privadas y públicas, según el “autor” que les dé origen, como si los privados (en su función de contratantes) pudiesen crear normas de una naturaleza regulatoria paralela a aquellas que crea el pueblo en plebiscito (sólo que unas serían “privadas” y otras “públicas”).

Para rebatir tal tesis, debemos recordar, primariamente, que la principal “ley” del orden interno o del derecho/legal (al que obviamente se está refiriendo el autor en su texto dogmático: referido a un orden interno; pues este no es un libro de política jurídica, esto es, un intento por alterar el actual orden interno, sino de analizarlo) es la Constitución Política, la que es un acto del *populus* en plebiscito, y regula todo tipo de relaciones sociales, regulaciones éstas que (en un análisis ulterior) las disciplinas científicas podrán calificar como públicas o privadas. El “autor” de estas regulaciones no es el Estado, a secas, como contrapuesto a particulares (ya hemos visto antes, que en el orden interno no cabe postular la existencia de esta supuesta “persona jurídica” Estado, sino varios entes potestativos). En todo caso, si se quisiese buscar el origen de las regulaciones legales, podría llamarsele “autor” de la legislación a la organización estatal especial que tiene tal misión, en especial: el Estado/legislador (que no puede simplificarse pensando sólo en el “Congreso”, pues algún “departamento de la Administración”, en la gruesa termi-

nología del autor, podría no sólo ser iniciador de una ley, sino dictarla él mismo a través de un Decreto con Fuerza de Ley (DFL), dictado por el Presidente de la República (“Poder Ejecutivo”), o aun más, un cuerpo con fuerza de ley efectiva puede ser dictado por el propio “Poder Judicial”: los auto acordados).

Entonces, el sistema jurídico normativo es más complejo de lo que prefigura el autor, y queda requerido de clasificaciones inevitables.

De lo anterior surge que los *privus* nunca son autores de un derecho/legal, esto es, de regulaciones; y solo lo son: el *populus*, en vía plebiscitaria (Constitución Política), o el Estado/legislador (el “Congreso” casi siempre: leyes; el Presidente de la República: DFL; la Corte Suprema: auto acordados). Todos estos ejemplos constituyen el origen de las “regulaciones” de nuestro sistema jurídico. Un contrato o un testamento no son leyes, no constituyen fuentes del derecho/legal, ni se pueden considerar “regulaciones” en ninguna acepción por laxa que sea, sino que son simplemente actos privados, unilaterales o bilaterales, según la clásica clasificación, fruto del principio de la autonomía de la voluntad; y un jurista actual no puede tomar en serio la mera metáfora del art. 1545 del Código Civil, en cuanto se refiere a que el contrato es una “ley” para los contratantes.

Se conecta con lo anterior lo siguiente: suelen considerarse como sendas características de tal clasificación público/privado los dos siguientes brocardos jurídicos, según los cuales: “en derecho público sólo es posible hacer aquello expresamente permitido” y “en derecho privado es posible hacer todo salvo lo expresamente prohibido”, los cuales en realidad no es posible encontrarlos formulados en ninguna fuente, en esos términos; en verdad, son tales arcaísmos unas fórmulas doctrinarias, a través de las cuales debemos entender que se intentó tradicionalmente, con un lenguaje que produce confusiones, describir lo que hoy describimos, con mayor precisión, a través de los dos siguientes fenómenos/principios generales de derecho, respectivamente: de la juridicidad (o legalidad), para el derecho público; y, de la autonomía [“privada”], para el derecho privado, pero en ambos casos, o en ambas esferas, pública y privada, existen regulaciones, ya sea “prohibiendo”, ya sea “permitiendo”, respectivamente.

5. *La clasificación público/privado es relativa al contenido de las disciplinas jurídicas; no a una supuesta dualidad de “autores”.* El problema es que el autor lleva demasiado lejos esta rancia clasificación de *lex privata/lex publica*, pues a la distancia de más de dos mil años de su primera formulación hay demasiados matices que realizar, y desear aplicarla a la actual realidad normativa o de fuentes del orden interno tiene sus riesgos y produce incoherencias.

En efecto, además del fenómeno estatal que cruza lo público y privado de esa vieja clasificación, según lo dicho, es necesario considerar el objetivo de tal clasificación: ¿se desea clasificar a las leyes, dándoles “naturaleza jurídica” pública o privada?, o ¿se desea clasificar las disciplinas jurídicas, las ramas del derecho, que de tal clasificación anterior surgen?

Son sólo las disciplinas del derecho las que, en primer término, son claramente clasificables en privado/público, conformando los dos brazos del Derecho, como ciencia; por una simple convención académica; pero eso hoy es sólo posible considerarlo una clasificación, que no tiene su origen en una distinción de unos supuestos “autores” “privados” o “públicos” de las regulaciones, como sostiene Guzmán (en p. 18), al definir “derecho público” y “derecho privado” (todo lo cual surge pues no deja claro si se refiere al derecho/disciplina como clasificación científica o al derecho/legal, como simple norma). Tal clasificación disciplinaria debe atender a la naturaleza de las materias, pero no a unos supuestos “autores” diferentes de las normas, pues en nuestro sistema jurídico hay un “autor” establecido de la primera fuente jurídica (las normas): el Constituyente y el Congreso, cuya obra es la que conforma el derecho legal. No darle estatuto de derecho/legal a las convenciones privadas no implica pensar que en tales normas podemos dar por finalizado el fenómeno jurídico; pues esta tesis de quedarse en las meras normas para explicarse la naturaleza del fenómeno jurídico, es reduccionista (sólo la norma importa), y positivista, desde el punto de vista de la Filosofía del derecho, lo que no comparto.

Entonces, una forma más coherente de hacer comprensible el fenómeno de lo privado/público, es, antes que nada, reducirlo a la clasificación que realizan los científicos del derecho a dos grandes agrupaciones de disciplinas jurídicas, según su contenido, cuyas sendas características, podrían ser, la juridicidad, en el derecho público; y la autonomía en el derecho privado. Pero ello es algo que cabe desarrollar más ampliamente, y aquí sólo se enuncia, para demostrar que se trata de categorías dogmáticas, y no de categorías de teoría del derecho, las que explican los actos y contratos privados.

Por lo tanto, todas las ramas o disciplinas del Derecho, esto es, las ciencias especializadas del derecho, es posible clasificarlas en tales dos esferas: el derecho público y el derecho privado. Ahora, el derecho/legal, esto es, la legislación o las regulaciones, en verdad, sólo puede ser clasificado o sistematizado “desde” tales disciplinas. Esto es, el científico del derecho, observando la normativa y la realidad de la vida social, puede llegar a diseñar, separar, disgregar, diseccionar, como quiera llamársele, las concentraciones regulatorias o de normas (de cualquier jerarquía: constitucional o legal), y verificará y asignará la naturaleza de tales normas (*lex*), considerándolas a partir de tal análisis como “fuente” de la disciplina respectiva. Y esta no es una posición personal nuestra, sino que es algo que forma toda una teorización de la disciplina de la teoría del derecho: es el llamado sistema externo¹⁶. Además, como he dicho, en el análisis normativo, del derecho/legal, no se acaba el fenómeno jurídico (salvo para una mentalidad positivista), sino que es aquí donde parte el trabajo del jurista, realizando agregados valorativos, por la vía de las técnicas y teorías propias del llamado “sistema jurídico externo”, en especial por la vía de los principios generales del derecho, cuya elaboración es la tarea más propia de todo jurista.

16 Vid. Lorenz, cit., parte II, capítulo VI, *in totum*.

Entonces, aun cuando, en general, la doctrina siga manejando la clasificación público/privado, ella no dice relación con un supuesto origen binario de autores distinguibles (como lo propugna nuestro autor: p. 18), sino que dice relación con el contenido sustantivo de las normas, todas ellas originadas del modo políticamente aceptado (plebiscito o Congreso), respecto de las cuales se produce el trabajo de disección del jurista: naturaleza jurídica, principios, instituciones, etc., y todo el aparataje técnico propio de la Ciencia del derecho. Además, lo que realmente importa en cuanto a naturaleza jurídica, es la esencia de cada disciplina jurídica, y cada disciplina tiene su propio núcleo, sus principios y características esenciales, a partir de lo cual surge su autonomía disciplinaria; así, existe el derecho penal (de las penas); laboral (de la relación subordinada); de aguas (del aprovechamiento de las aguas), etc. Todo lo anterior sin perjuicio de los parentescos o grandes familias, como lo es la gran clasificación en público/privado. Esta es la manera de comprender y analizar el fenómeno del derecho; en especial, las conexiones entre las normas (*lex*) y la ciencia del Derecho (*ius*), y la manera en que ésta construye las ramas de su división. Esta es la epistemología de las disciplinas jurídicas.

Pero es distinto el nivel normativo, pues el legislador (o el constituyente) regula la vida social de acuerdo a imperativos políticos, sin ánimo clasificador; es inimaginable un legislador con conciencia clasificatoria en público/privado. Simplemente se dictan normas. Y es una operación posterior, del jurista, clasificarlas, según su materia, y de ahí su naturaleza pública o privada; y enseguida, su pertenencia a alguna rama del derecho. Por lo tanto, la ciencia jurídica clasificará cada norma del derecho legal, una vez surgido, en públicas o privadas, según su materia (y no según un "autor" privado o público, como propugna Guzmán).

Incluso, un mismo cuerpo normativo (y, por lo tanto, de un mismo "autor", en la lógica de Guzmán) puede llegar a incluir normas de distinta naturaleza, ya públicas o privadas (lo cual quiebra la coherencia del planteamiento de Guzmán). Lo que importa a la ciencia del derecho, para efectos clasificatorios, es la sustancia del contenido; el continente (la norma específica; el derecho/legal, desprendiéndolo de esa supuesta bipolaridad de "autores") importa a efectos de validez o jerarquía normativa¹⁷. Ninguna disciplina jurídica forma parte de los brazos público o privado del derecho según si el "autor" de las normas son los privados o el público, según el planteamiento de nuestro autor. El origen del derecho/legal es uno sólo; y la naturaleza del derecho legal puede ser binaria, pero como una constatación posterior, obra del jurista, y no del "autor" de tal normativa.

Puedo dar un ejemplo de conformación de una disciplina jurídica, por tanto autónoma: el derecho eléctrico. En el sector eléctrico chileno, desde la perspectiva jurídica, existen al menos tres aspectos esenciales, que conforman su contenido: y ellos son,

17 Vid. prólogo del autor de esta reseña a un libro anterior de Alejandro GUZMÁN, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), pp. 9-15.

entonces, los que constituyen lo que llamo “núcleo dogmático”¹⁸ de la disciplina, pues en tal núcleo debe ser posible descubrir los institutos jurídicos centrales de cada disciplina autónoma; en el caso del derecho eléctrico, a mi juicio, son tres: (i) la *publicatio* eléctrica parcial y su condición de actividad de servicio público o de interés general; (ii) la concesión eléctrica o habilitaciones administrativas, y sus derivados (privilegios de ocupación del suelo); y (iii) los especiales derechos y obligaciones de explotación que se crean (en especial, del sub-sector distribución por su condición de actividad de servicio público; y generación y transporte como actividades de interés público; coordinación, como necesidad de operación de los sistemas eléctricos). De estos tres aspectos centrales, diseccionados de su regulación (*lex*), surgen las instituciones nucleares de la disciplina y los principios generales del derecho (*iuris*), que permiten una respuesta de ciencia jurídica, con todos sus agregados valoricos, y no de mero legalismo, a los problemas sociales¹⁹.

6. *El derecho privado*. Las tesis del autor respecto del derecho privado, y su conexión con lo público (pp. 19–20), dejan la sensación de que sólo en el derecho privado existiese lo “libre” (como valor jurídicamente protegido). Señala nuestro autor: “el derecho privado está regido por el principio de libertad” (p. 19); y, cuando existen regulaciones obligatorias por el poder público, y que afectan a la esfera privada, se constituye el derecho público (*idem*); como si en esta parcela del derecho desapareciera tal “libertad”.

Más bien, a mi juicio lo que caracteriza a algunas disciplinas que se clasifican en el derecho privado es la “autonomía y espontaneidad” en la adquisición de bienes y prestación de servicios. El enunciado “principio de libertad” como exclusivo de lo privado (p. 19) es ambiguo, pues se confunde con la garantía de la libertad, y deja la impresión de que en el ámbito del derecho público no hubiese libertad.

Señala el autor que “merced a una discutible tradición” (p. 19) pertenecen al derecho privado el derecho de las personas y de la familia, “en su aspecto no patrimonial” (*idem*). No profundiza el autor en esta afirmación. Al respecto, sólo diré que es un tema conectado con la denominada disciplina del “derecho civil”, denominación que es un arrastre

18 La técnica metodológica de lo que llamo «núcleo dogmático» de una disciplina, en verdad, ha sido un subproducto (que se transformó en pieza esencial) de las dificultades para construir una sistematización de las disciplinas jurídicas especializadas, como el caso del derecho de aguas y de minas. Respecto del derecho de aguas, véase una aplicación de la técnica en: VERGARA BLANCO, Alejandro: «Reconocimiento *ipso jure* y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras», en: *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999: Actas IV Jornadas de Derecho de Minería), pp. 145 y ss., en especial nota 51 de p. 176, sobre el tema metodológico. Respecto del derecho minero, véase una aplicación de la técnica de los núcleos dogmáticos en: VERGARA BLANCO, Alejandro, «La *publicatio* minera: estructura básica del derecho minero», en: *Actas III Jornadas de Derecho de Minería* (Antofagasta, 2000), pp. 21 y ss. Lo que aquí transcribo respecto del derecho eléctrico forma parte del esfuerzo contenido en mi: *Derecho Eléctrico* (en prensa, Santiago, Editorial de la Universidad Católica de Chile, 2003).

19 Vid., sobre el concepto de «sistema» jurídico: LARENZ, Karl, *Metodología ...*, cit., pp. 437 y ss.; y en especial el precioso e influyente trabajo de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Berlín, 1983), traducción al castellano: *El sistema en la jurisprudencia* [Ciencia del Derecho] (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998), 186 pp.

histórico, la que ya no cubre todo el derecho privado; ni todo lo que suele incluirse en el derecho civil, sería derecho privado (como son los ejemplos que da el autor).

Señala el autor que si lo no imperativo o prohibitivo del Código Civil o de Comercio desapareciesen, se acudiría a la doctrina, pues los otros aspectos normativos están para *“la comodidad de los litigantes”* (p. 20 n. 7 y p. 21). Esto es una interesante conclusión histórica quizás, pero inadmisibile en nuestro sistema de derecho/legal, en el que todas las normas son eficaces en sí mismas, y pueden llegar a operar incluso supletoriamente a la voluntad de las partes cuando éstas no hacen uso espontáneo de su autonomía. La ausencia de derecho/legal para regir las relaciones de los privados, como lo vislumbra el autor, como hipótesis teórica, cabe referirla a las lagunas legales, y ante tales lagunas (o *“ausencia”* de normas, para nuestro autor) opera la estructura subsiguiente del fenómeno jurídico: el juez, o el jurista, ante los hechos jurídicos, de todos modos encontrará una solución, a través de algún principio jurídico recogido en el sistema, que podría ser aplicado (la igualdad, la autonomía, la garantía patrimonial, etc.); entonces, ante el fenómeno de las lagunas legales, algún principio cabrá aplicar en la solución del problema. En otras palabras, una laguna legal (fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad) no es origen de unas supuestas *“regulaciones privadas”*. Además, no cabe confundir lo anterior con la técnica normativa de las leyes supletorias, las que presuponen igualmente un orden interno de origen usual: plebiscito o Congreso, según lo ya dicho.

Aquí nuevamente nuestro autor no aclara si se está refiriendo o no al derecho/legal; pues si se refiere a este último, no cabe pensar que se legisla *“para comodidad de los litigantes”*, como si los cuales, en el sector del derecho privado, pudiesen decidir, según su *“comodidad”*, si aplicar o no el derecho/legal a sus asuntos; cual regalo del legislador, sujeto a la facultad de los *“litigantes”*.

7. Intervención legislativa y el derecho público. Expone el autor, además, y en conexión con lo anterior, una curiosa tesis respecto de la intervención legislativa, según la cual, *“el objeto normal”* de tal intervención legal es la esfera *“pública”* y sólo *“a veces”* los poderes públicos intervienen en la esfera particular (pp. 19–20). Esta noción de nuestro autor (de que, en buenas cuentas, la intervención legislativa sólo es normal en la esfera pública, y no así en la esfera privada –p. 19–, pues en esta última esfera la regulación *“sería propia de los particulares”*) es irreal o al menos necesitada de una *“fantasía”* inicial, que, parafraseando e interpretando libremente el texto de nuestro autor, formulo así: *“al comienzo de todo, hubo una época de mayores regulaciones privadas, pero un cambio histórico en el estado de las cosas implicó la disminución de la autorregulación de los privados y la irrupción interventora de la “lex pública” en lo privado”*. La verdad es que la intervención legislativa no distingue entre ámbitos públicos o privados, como se ha señalado, sino que se produce ante necesidades regulatorias que sólo una vez vigentes los juristas clasifican según su naturaleza pública o privada.

Quizás desde una perspectiva puramente histórica o sociológica, un análisis como este es concordante. Pero una noción útil para la aplicación de un orden interno, como la

que busca el autor al comienzo de su libro (pues declara que su trabajo intenta ser un aporte a la dogmática), que será la base de los planteamientos dogmáticos posteriores (esto es, a partir del derecho vigente, de sus fuentes vigentes), no concuerda con lo que hoy debemos entender por ley o derecho público o privado, como ha quedado señalado.

8. *El "derecho interno", y lo público y privado.* La clasificación del orden interno ("derecho interno", como él lo llama) que realiza Guzmán (p. 21), dado que es únicamente legalista, origina, desde el punto de vista teórico, un problema: esta división se realiza con una perspectiva que no es posible compartir: parte al revés. Según lo ya dicho, las clasificaciones que realiza la Ciencia jurídica en público/privado, y enseguida en otras que retorna la legislación, como el derecho civil (cuya contraposición hoy no es lo público), o en las ramas especiales: tributario, forestal, procesal, administrativo, financiero, medio ambiente, etc., están dirigidas a construir disciplinas de estudio, configurando principios jurídicos a partir de los cuales ofrecer modelos de solución; para ello la Ciencia del Derecho "sistematiza" leyes vigentes en un momento determinado, y efectúa el agregado de valores propio de su oficio. A tales leyes la Ciencia del Derecho les otorga una naturaleza jurídica, y sea donde sea que estén recopiladas, o la denominación que el legislador (o el constituyente) les haya dado; y, enseguida, la Ciencia del Derecho las sistematiza en una disciplina determinada.

Así, por ejemplo, si la Ciencia del derecho describe la disciplina del medio ambiente, sus normas estarán seguramente dispersas en la Constitución Política, en la ley 19.300, especial, y en múltiples otros cuerpos legales: el Código Sanitario, etc.

Además, lo que hace que una disciplina sea del derecho público o privado es la clasificación doctrinaria. Las normas en sí mismas siempre tienen una naturaleza; pero esta naturaleza surge no de su pertenencia a un cuerpo legal con una denominación más o menos afortunada, sino de la clasificación que realiza el jurista, según sea que forme parte del núcleo de una disciplina; de su contenido esencial.

Por lo tanto, de acuerdo a lo anterior, no es posible compartir el intento de Guzmán de clasificar el derecho/legal en público y privado, según su "autor" privado a público ("por su origen y por su objeto", dice él, pero en realidad su postulado es únicamente por su origen) (§1.6). Como he reiterado antes, el origen del "derecho interno" legislado está hoy únicamente afincado o en el pueblo (ciudadanía) constituyente o en los órganos estatales con potestad legislativa, y no existe hoy otro origen para la ley imperativa. Esa distinción entre ley pública y privada que desea el autor, en cuanto a las reales y actuales fuentes del derecho, es hoy sencillamente un anacronismo. Y a esa ley no cabe designarla, "por su origen", pública o privada, dado que el monopolio de origen (el constituyente o el legislador) es hoy un paradigma ineludible. Decir en estos tiempos de plena vigencia de monopolio legislativo que existiría un "derecho privado" no necesitado de regulación ["a la esfera privada normalmente no lo (sic) competería regular (al Estado", p. 20, §6.1], es plantear precisamente una autorregulación. Quizás un estado de situación de alguna época anterior de la humanidad, pero no la

vigente; pues no debe olvidarse que el trabajo del autor es sobre dogmática: sobre la base de un derecho vigente, y no sobre uno histórico ya derogado o uno futuro deseado. Todo lo anterior, en todo caso, puede ser el resultado de la ambigüedad terminológica de nuestro autor, pues su texto explícitamente se está refiriendo al derecho legal, y los privados no son “autores” de derecho legal; de lo que son “autores” es de actos y contratos, que no cabe conceptualizarlos de “ley” ni de “derecho/legal”, ni por lo tanto de fuentes del derecho, sino como tales actos y contratos. De ahí viene esta confusión que causa en el lector esta clasificación ofrecida por Guzmán.

9. *La paradoja de un derecho privado y público a la vez.* Todo este desarrollo inicial de la Introducción del libro de Guzmán dará lugar a una curiosa paradoja, que el mismo autor percibe. En efecto, se pregunta nuestro autor si lo que él llama “derecho privado constitucional”: “¿es derecho público o privado?” (p. 77), para llegar a concluir que “el derecho privado constitucional pertenece a la categoría del derecho público no estatal”, paradoja que a su juicio queda superada, dado que el adjetivo “privado” alude al “contenido del derecho” y no a la “naturaleza formal de la masa de normas que la integran” (pp. 77 y 78). Esto es, debemos entender que el derecho privado es público y privado a la vez, dependiendo de un fenómeno que el autor vislumbra, pero no aclara suficientemente: la diferencia entre *lex* y *ius*. Y aquí está el *quid* de la confusión terminológica del propio título de su libro, pues referirse a un “derecho privado constitucional”, sin más, es confuso, pues, por una parte, “privado” es un concepto clasificatorio de un grupo de disciplinas o ramas del derecho, es una clasificación científica, como he señalado; y, por otra parte, “constitucional” no puede sino referirse en este caso a la norma fundamental, y sería absurdo que se estuviese refiriendo con ese concepto a la disciplina del derecho político, llamado “constitucional”. De tal modo que no podríamos pensar que el derecho privado es parte de la disciplina del derecho llamado “constitucional”; por lo que, una vez analizado el contenido del libro, debemos entender que con el título del libro se ha querido analizar: “la norma constitucional como fuente de derecho privado”. En realidad, dado que no existe un “derecho privado constitucional”, como disciplina, alude este libro entonces al “derecho privado” (que es una clasificación de varias disciplinas) en la Constitución, como *lex*, y no podría aludir a un derecho privado (como agrupación de disciplinas) que sea al mismo tiempo “derecho constitucional” (como disciplina), de lo que surge la ambigüedad de este título.

En efecto, el “derecho privado constitucional” como fórmula jurídica no resulta coherente ni siquiera en la lógica del autor, pues si las materias a que se refiere (las relaciones entre privados) han sido reguladas por el derecho interno (la Constitución, en este caso), según la propia definición que él da (§1.6), el “derecho privado constitucional”, en realidad, sería “público”. ¿Entonces, qué ha querido decir nuestro autor con el título de su libro? Si es que existen relaciones jurídicas privadas reguladas en la Constitución, ello es concordante con el origen unitario del derecho legal (pero es contradictorio con sus propias definiciones, según las cuales la Constitución, al ser de “autor” público no sería sino derecho público, por lo tanto, siguiendo su lógica, el llama-

do por el derecho privado constitucional, en realidad sería derecho público constitucional). Sin una explicación terminológica, que no ofrece nuestro autor, tal denominación sería el paralelo de una búsqueda de regulaciones de derecho público en el Código Civil: ¿a eso le tendríamos que llamar "Derecho público civil"? Pero ello resultaría tan confuso como este título que el autor le da a su libro. Si entendemos lo público/privado como clasificación disciplinaria y constitucional/civil como cuerpos legales, ello tiene lógica. Pero si entendemos, como Guzmán, lo público/privado como clasificación de las fuentes del derecho/legal, según su "autor", ello pierde toda lógica, incluso con el propio pensamiento del autor, que en el título mismo de su libro se referiría, entonces, a lo "privado" como clasificación disciplinaria; y en el contenido de su libro, se referiría a lo "privado" como el conjunto de "leyes" de origen o "autor" privado: los *privus*.

Lo anterior no significa desconocer la calidad ni lo interesante del análisis que se aborda, de "la regulación por la norma constitucional de aspectos e instituciones de disciplinas del derecho privado", pero en un libro que su autor ha intitulado de un modo que nos resulta ambiguo. No parece ser ésta una terminología acuñada ni normalizada en el derecho comparado ni entre nosotros; y aunque ello fuese así, no se pueden descartar las confusiones que produce. El tema de fondo es el siguiente, y lo recalco: en realidad, la norma constitucional, en todos sus apartados en que regule temas de derecho privado (por ejemplo, art. 19 n° 24 incs. 1° a 5° CP: la propiedad), "es" precisamente una norma que desde el punto de vista del análisis dogmático debemos calificar de naturaleza privada; y, a contrario, en cuanto regula temas de derecho público (por ejemplo, art. 32 CP: potestades presidenciales), "es" una norma de naturaleza pública, desde el mismo punto de vista. De lo que cabe concluir que la clasificación de las normas en públicas y privadas, surge de la constatación dogmática ulterior, y no de un supuesto distinto "autor", como se señala en esta obra.

III. Crítica terminológica a algunos aspectos de teoría del derecho y dogmática jurídica

Menciono brevemente algunos aspectos contenidos en la primera parte del libro, sobre los cuales tengo una visión crítica.

1. A juicio del autor los derechos constitucionales "o son reales o son personales" (p. 32), agregando que "este planteamiento es ineludible", pues descendería de una "forma general del pensamiento", proveniente desde la Edad Media. No es convincente, ni da demasiados argumentos, pues no es posible visualizar ni el origen ni la utilidad dogmática ni las consecuencias de la aplicación de esta clasificación a las garantías constitucionales, transportada simplemente desde las relaciones *inter privato* a una cuestión iuspublicística, que origina habitualmente potestades a los órganos del Estado, cuyo "hacer o no hacer" no tiene el contenido de esa clasificación de fenómenos privados.

2. El autor señala que son “órganos del Estado” los siguientes: la Nación, el pueblo y las autoridades (p. 43). A partir de esa afirmación, bastante gruesa, que no está contenida de ese modo en nuestro vigente derecho/legal, surge la necesidad de aclarar algunos aspectos, como ser:

(i) que los conceptos mismos de Nación y soberanía, escapan a la dogmática, y que se afincan más bien en la Ciencia política, quedando como lenguaje jurídico lo que destaco: el “plebiscito”, que origina la fuente de derecho vigente suprema, la Constitución; y las elecciones periódicas, que originan representantes que pueden ejercer los poderes públicos, con potestades legislativas, jurisdiccionales, tributarias, etc., constituyendo éstos ese fenómeno que de modo global se suele llamar “Estado”;

(ii) no parece coherente desde la perspectiva dogmática (que es la declarada visión de este libro), incluso una curiosidad intelectual, considerar que “órganos del Estado” es una expresión que “incluye a la Nación, al pueblo y a las autoridades establecidas por la Constitución” (p. 43), dado que frecuentemente es necesario separar, como lo hace el propio autor, lo público (del pueblo), de lo estatal (de los órganos potestativos para administrar, juzgar y regular/legislar). No puede olvidarse que la Nación es un concepto con un contenido más bien pre-jurídico: incluso, sociológico-político, sin perjuicio de que su principal acción soberana: plebiscitar la Constitución, o legitimar a los órganos que regulan la convivencia pública, da origen a ese fenómeno mayor que denominamos “orden jurídico interno” (de cada Nación/país); esto es, el “derecho nacional” vigente. En estas páginas pareciera no ser completamente analizado lo señalado, sino sólo mencionado de pasada; las que enseguida se destinan a mencionar sólo, de un modo somero, por ejemplo, el “efecto directo de la Constitución” (p. 50), obviando aludir a páginas de doctrina hoy ineludibles en este tema²⁰.

Al respecto, sobre un tema terminológico conexas, es notorio también en p. 98, con relación al concepto de Nación, el uso extraño de conceptos centrales de derecho público (a pesar de lo cual nuestro autor intenta realizar, en la Introducción de su libro, una profunda revisión del estatuto completo de este brazo del derecho), pues considera a la Nación como “persona de derecho público”; al citar al “fisco”, señala que es: “el Estado, diríamos hoy”; señala que son también personas de derecho público “los establecimientos que se costean con fondos del erario”; y el botón final: que “el Estado mismo (...) goza de personalidad jurídica propia”. En suma, son igualmente personas jurídicas para el autor: la Nación, el Fisco, el Estado y las Municipalidades, todas las cuales son “entidades”. Sólo lo expongo sin analizarlo, aclarando que la Nación o el Estado, así, a secas, no ostentan esa calidad jurídica; sí el fisco, o, mejor

20 Me refiero a los trabajos de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (por ejemplo, su: *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1ra. ed. 1981, y varias posteriores, que es un hito bibliográfico y una referencia obligada, no sólo por la profunda polémica a que dio origen sino por las consecuencias de sus planteamientos principales en toda la doctrina dogmática y jurisprudencial, de España, con eco en muchos países, entre ellos Chile: su cita se repite incesante en constitucionalistas y administrativistas chilenos). Es como tratar de la codificación chilena e hispanoamericana, y no referirse a los trabajos de nuestro autor...

“Estado/fisco” y la Municipalidades, para lo cual nos remitimos a manuales de las disciplinas atinentes.

3. Las páginas dedicadas en este libro a la “constitucionalización” (pp. 60 y ss.), vistas en conjunto con un interesante trabajo anterior de Alejandro GUZMÁN²¹, demuestran el claro “sabor legalista” de su análisis, lo que origina una aparente ambigüedad en esta exposición del pensamiento del autor, pues sus lectores no pueden reconocer si al analizar el “derecho”, se refiere al derecho/legal o al concepto científico de derecho/disciplina especializada (entendiendo por científico aquel que fluye de la dogmática); esto es, en palabras de LARENZ, CANARIS y toda la pléyade de teóricos del derecho de las últimas décadas: nuestro autor no nos permite percibir si estamos de frente a un análisis del sistema externo o del sistema interno del fenómeno jurídico²². En efecto, el autor insiste en una idea contenida en la Introducción, en cuanto a que los particulares pueden “crear su propio derecho privado mediante la negocionalidad” (p. 65), que he comentado *supra*, al analizar la Introducción.

4. Existe poca claridad en el desarrollo que se realiza a los principios jurídicos, pues, según el autor, si bien ellos “inspiran” a las normas; a la vez, afirma que estas no los “expresan”. Si ese algo (lo principios) inspiraron a las normas, ¿cómo no van a ser expresados por éstas, en la misma lógica del autor? ¿Desaparece, entonces, en algún Cielo jurídico tal inspiración? Pues si los principios “inspiran” a las normas, ¿no será esa inspiración descubierta por el juez o el jurista sino a partir de lo que “expresan” tales normas? (pp. 66–68). No queda claro lo anterior. Incluso el autor enfatiza que los principios “jamás” pueden “expresarse” a través de las normas, pero sí las pueden “inspirar”, ¿significa que no es posible convertir un principio en una norma (es decir, agotar su significado prescriptivo mediante la técnica de la elaboración de preceptos legales)?

5. Parece confundir nuestro autor el trabajo de sistematización de la ciencia jurídica con el fijador de las leyes, al postular en pp. 70–71, una “Constitución jurídica [como si la Constitución vigente no lo fuese!] que contuviera los fundamentos de todas las ramas del derecho que no fueran el constitucional y el administrativo” (p. 70, *in fine*); esta sería “una carta suprema de derecho, diferente de la carta suprema de la política” (p. 71). Su propuesta (que ya no es un análisis dogmático, sino una posición de política jurídica; legítima, por lo demás) de una pluralidad de textos constitucionales no nos parece plausible. En primer lugar, porque el uso de los términos “jurídica/política” no es feliz, porque podría dar a entender que la Carta Política no es parte del fenómeno jurídico. Además, más allá de una nomenclatura, si la cuestión de fondo que se plantea es la posibilidad y conveniencia de que existan dos constituciones (según Guzmán): una para el derecho constitucional y administrativo; y otra para “todas las ramas del derecho que

21 Me refiero a su: “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 90, 1993, I, pp. 39–61.

22 Vid. el reciente análisis de: LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto. II: Il Novecento*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 1 y ss. y 261 y ss., sobre la concepción de CANARIS.

no fueran el constitucional y administrativo” (p. 70), esta no es tarea del legislador o constituyente; es tarea del jurista reordenar el panorama disciplinario a partir de los textos que, en cualquier orden, ofrezca el ordenamiento positivo vigente.

Hay aquí una probable confusión entre el trabajo legislativo (que produce cuerpos legales, más o menos sistemáticos) con la tarea de las ciencias especializadas del derecho (la dogmática), que es la que conforma las disciplinas jurídicas o “ramas del derecho”, como las llama el autor. Quizás, estas ideas provienen de ese romanticismo que producen las codificaciones del siglo XIX, en que se suele confundir las “ramas” del derecho (por ejemplo, el derecho civil) con las “normas jurídicas (por ejemplo, el código civil). No puede olvidarse que no es lo mismo la ciencia o *ius* que las normas o *lex*; sin perjuicio de lo admirable que pueda considerarse una obra codificadora o fijadora, pues eso no la convierte ni transforma en *ius*, por sí sola, sino a partir del trabajo interpretativo de la jurisprudencia y de los juristas.

6. No comento, por ahora, el tema de la “propiedad sobre los bienes incorporeales”, mencionado sólo de paso por el autor (p. 74)²³.

IV. “Trazos capitales” que dedica el autor a tres disciplinas especializadas: Bienes públicos, Minas y Aguas

El autor analiza materias relativas al régimen jurídico de los bienes públicos (pp. 256–262), de las minas (pp. 273–276) y de las aguas (pp. 276–277).

Al respecto, es notorio que si la perspectiva del autor hubiese abordado el aspecto metodológico relativo a las disciplinas jurídicas, separando adecuadamente *lex* y *ius*, según lo dicho, sería más notorio su aporte a la comprensión de las normas constitucionales no sólo en aquellos aspectos en que es fuente de instituciones y principios de disciplinas de derecho privado, sino también de otras disciplinas alejadas de su espe-

23 El tema de la propiedad sobre los bienes incorporeales (esto es, los derechos) es mencionado brevemente por nuestro autor. Sobre este fenómeno, y que yo he preferido llamar “propietarización de los derechos”, surge a partir de la CP de 1980, en especial de la redacción del art. 19 n°24 inc.1° *in fine*, no abundo pues me he ocupado de él por primera vez en 1989, en: “Los derechos reales administrativos: un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile (con especial referencia a los derechos mineros)”, trabajo presentado a las XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso, 26 y 27 de octubre de 1989, publicado en: *Actas de las _* (Valparaíso, Edeval, 1990) 2, pp. 491-497, tema que retomo después en mi trabajo de 1992: “La propietarización de los derechos”, en: *Revista de Derecho* (Valparaíso) 14 (1992), pp. 281-293. Nuestro autor se refirió al tema del “dominio sobre el derecho subjetivo”, sin análisis dogmático, exponiendo una perspectiva histórica en un trabajo de 1976 (y por lo tanto anterior a la CP de 1980): “Para la historia del derecho subjetivo”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 2 (1975) p. 57-58; con posterioridad, ha enfocado el tema, con perspectiva histórico-jurídica, incluso haciendo aportes desde la dogmática, en su: *Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), en que postula que esta vinculación indirecta de la propiedad sólo tiene por objeto definir la “titularidad”. Vid. comentario a este libro en: CORRAL TALCIANI, Hernán, “Propiedad y cosas incorporeales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 (1996) pp. 13-18. También se ha ocupado del tema: DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 93,3 (1996) I, pp. 107-137, quien cita convenientemente toda la bibliografía atinente.

cialidad. En todo caso, es notorio que su aporte es mayor en las disciplinas estrictamente de derecho privado, y que en cuanto aborda aspectos de disciplinas de derecho público, como las disciplinas del derecho de bienes públicos, de minas y de aguas, todas desgajadas del derecho administrativo, su desarrollo se resiente, según se dirá más adelante; además que al hacerlo asume un modo meramente literalista (el “sabor legalista” que el autor reconoce en un trabajo anterior²⁴), muy hijo de la exégesis estricta de las normas, sin considerar la realidad del sector disciplinario, ni sus instituciones y principios más característicos: en suma, no basta un ingenioso ejercicio exegético de algunas de las normas más a mano, o atinentes, para dar por sentado que se puede ofrecer los “trazos capitales” (vid. p. 276) de una disciplina, sin asumir la carga científica de observar la doctrina especializada (actitud doctrinal que él mismo critica en su libro, p. 111), que no se cita y que notoriamente no se ha revisado.

1. *En cuanto a la disciplina de los bienes públicos.* Es notorio que el autor no tuvo la intención de abarcar la materia de los bienes públicos, ni siquiera dando “trazos capitales”, pues su intención y concreción fue analizar la garantía de la libertad para adquirir toda clase de bienes [privados], que él denomina “libertad para adquirir el dominio de las cosas”, consagrada en el art. 19 n°23 CP. Pero como, de pasada, menciona la “titularidad” de la Nación respecto de algunos bienes (p. 259), cabe percibir que su análisis de tal regulación constitucional es no sólo incompleto, sino en buena parte alejado de una correcta interpretación.

Nuestro autor asume el estudio de esta garantía, entonces, desde la perspectiva de la “adquisición” de las cosas o bienes [privados]; que si bien es correcta, es incompleta, pues no percibe que además de lo anterior se encuentra en esta disposición constitucional la *summa divisio* de los bienes ante el derecho vigente; esto es, la dicotomía público/privado ante los bienes, de lo que resultan dos estatutos bien diferenciados: el de los bienes públicos (regulados por el derecho público), y el de los bienes privados (regulados por el derecho privado)²⁵.

Su mirada siempre es desde la perspectiva de la adquisición, sin percibir tal clasificación, que es una verdadera matriz del derecho de bienes, en que es necesario utilizar tal fórmula (“adquisición”) sólo para la parcela de los bienes privados; pues en eso consiste en buena parte la regulación constitucional de la garantía: en que la regulación legal no puede limitar tal “adquisición”, salvo que tales bienes sean “comunes a todos los hombres” o “deban pertenecer a la Nación toda”, esto es, sean declarados “bienes públicos” o “bienes nacionales de uso público”, en la terminología usual en nuestro orden interno, desde el siglo XIX (art. 589 CC). Por lo tanto, si una masa o categoría completa de bienes es declarada pública (las aguas, por ejemplo, como es el caso: art. 5 Código de Aguas), no es que únicamente la Nación “puede adquirirlos” (como lo dice nuestro autor, en p. 259), sino que precisamente esos bienes quedan en

24 Vid. su: “Codificación y descodificación” (1993), cit., p. 41

25 Para evitar repeticiones, vid. mi trabajo: “La *summa divisio*...”, cit.

un estatuto de “no adquisición” (por las vías usuales del derecho privado); salvo la posibilidad de que los particulares puedan aprovecharlos, por la vía de las concesiones (por ejemplo, sobre sectores de una plaza o veredas, para un quiosco; o para aprovechar limitadamente algunas aguas de río), pero no puede considerarse ni al vínculo de la Nación ni al de los particulares concesionarios una forma de “adquirir” la cosa, dado que se trata de vínculos distintos, definidos por el derecho público (que no es del caso detallar aquí). En otras palabras, la terminología “libertad de adquirir” es relativa a los bienes privados; no a los públicos, directamente.

No obstante, si esta libertad contenida en el art. 19 n°23 CP se entiende también como una libertad para adquirir los derechos (esto es “el dominio de las cosas incorporales”, como lo entiende el autor, en p. 259, siguiendo al Código Civil), puede llegar a plantearse que tal “libertad para adquirir” también está garantizada para las hipótesis en que los particulares deseen llegar a ser titulares de derechos concesionales; esto es, ser concesionarios. No obstante, esto es discutible, pues esta disposición constitucional sólo regula bienes con sustancia corporal; en efecto, las categorías de bienes comunes y nacionales o públicos que menciona nunca abarcan “derechos” (bienes incorporeales) sino sólo bienes corporales: recursos naturales o espacios públicos. Por lo tanto, no parece que el art. 19 n°23 CP establezca, al menos expresa y directamente (salvo analogía), una garantía para llegar a ser titular de todo derecho, pues la garantía es regulada respecto de aquellos derechos que significan una titularidad sobre bienes corporales. Sólo aplicando la analogía podría llegar a postularse que esta garantía también se aplica a la titularidad sobre los derechos desvinculados de bienes corporales²⁶.

Además, no es posible compartir lo que dice Alejandro GUZMÁN en p. 260, al señalar que la libertad para adquirir (y para enajenar) rige también para los bienes nacionales, dado que según él, el “Estado”, a secas, y las Municipalidades tendrían la posibilidad de “enajenar” tales bienes públicos, imaginando “procedimientos administrativos de rigor”, llegando a postular que alguien incluso pueda “adquirirlos”. En verdad, si hay alguna característica esencial, nuclear de los bienes públicos es su inalienabilidad (pues están fuera del comercio, en terminología civilística), por lo que no hay ninguna hipótesis posible de enajenación de bienes públicos, salvo en el caso de la desafectación previa de una categoría completa de bienes o de algún bien en particular, acto por el cual tales bienes, precisamente, dejan de ser públicos, y pasan a ser privados. Quizás el autor ha querido referirse a los bienes fiscales, los que sí son enajenables, precisamente por pertenecer al ámbito de los bienes privados, pero cuyo titular no es un particular, sino una persona jurídica de derecho público: el fisco. (vid. Decreto Ley N° 1.939, de 1977)

26 En mi trabajo “Régimen jurídico de la energía eléctrica. Aspectos generales y problemas actuales”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n° 1 (1999), p. 157, yo había llegado a una conclusión similar que Guzmán, postulando la aplicación de esta garantía al “derecho a llegar a ser titular de una concesión eléctrica”, utilizando la denominación anciana: *ius ad rem*: derecho a la cosa, tesis que cabe rectificar; a esta nueva conclusión he podido llegar con un análisis más profundo del art. 19 n°23 CP como el que ofrezco en el trabajo de 2002: “La *summa divisio*...”, cit.. La hipótesis de obtención de derechos concesionales tiene otro ámbito de acción dentro del derecho administrativo: el principio de juridicidad, y sólo la analogía nos permitiría una aplicación del art. 19 n°23 CP.

Nuestro autor comprende parcialmente la virtualidad de esta disposición constitucional, pues sólo la mira desde esa perspectiva civilística de la “adquisición” de titularidad; pero no la observa desde la perspectiva de la posibilidad legislativa de establecer nuevas categorías completas de bienes públicos, impidiendo así, por cierto, la adquisición *in integrum*, por los particulares. Según el autor, la regla constitucional, al referirse a que sólo respecto de “algunos bienes” se puede limitar la adquisición, cree ver que está dirigida a impedir que las limitaciones que establezca una ley se refieran a bienes “indeterminados”, como contrapuestos a determinados; o a “generalidades de bienes”, o a “todos los bienes”, “etcétera” (p. 261). La verdad es que la cláusula constitucional al referirse a que la limitación sólo puede establecer a “algunos bienes”, lo que ha consagrado es la regla general de la libertad de adquisición; y la regla excepcional, respecto de algunas categorías o masas de bienes, que hace posible la declaración de publicación; esto es, declararlos públicos, y no privados, impidiendo así su posibilidad de ser “adquiridos”²⁷.

En fin, este art. 19 n°23 CP, que viene a consagrar la vigente *summa divisio* de los bienes públicos y privados (y, dentro de los privados, los fiscales, esto es, los de titularidad del Estado/fisco, bajo el mismo estatuto de los particulares), tiene una virtualidad no vislumbrada por GUZMÁN: rompe la clasificación del art. 589 CC, el que debe entenderse hoy derogado tácitamente en cuanto contradice al art. 19 n°23 CP. En efecto, tal art. 589 CC establecía una *summa divisio* entre bienes nacionales/privados; y, enseguida, a los bienes nacionales los clasificaba entre: bienes nacionales de uso público o bienes públicos y fiscales, incluyendo a estos últimos en el género de los “nacionales”, como si estuviesen fuera del régimen de los demás bienes privados. Esta clasificación está caduca, es un arcaísmo, que sólo un romántico del respetable Código Civil podría invocar hoy; pero sin discernir que la CP de 1980 la arrumbó en el baúl del derecho histórico. Nuestro autor, por cierto no invoca esta clasificación ya arcaica, aunque, en pp. 274 y 277, da por válida la categoría “más general” de los bienes nacionales, hoy claramente extemporánea.

2. *En cuanto a la disciplina del derecho minero.* Parte su análisis de un modo sólo literalista, peligroso método en general, y en especial en esta materia, dando por cierto y coherente, el sólo texto constitucional (como si en la mera norma terminara el fenómeno jurídico) en cuanto declara que las minas son del “dominio del Estado” (art. 19 n°24 CP); y, a partir de ello, dando por cierto y coherente que se trataría de un “dominio”, como el privado, nuestro autor integra a las minas en la categoría de “bienes del Estado” (del art. 589 inc. 3° CC: esto es, los bienes fiscales), subclase de la categoría “bienes nacionales” (del artículo 589 inc. 1° CC). Estas consideraciones, a nuestro juicio, no guardan coherencia con lo señalado en el art. 19 n°23 CP, recién analizado.

27 Vid el desarrollo de esta argumentación en mi: “La *summa divisio*...”, cit., de donde, además, surge que ya no existe la posibilidad de que el Estado/fisco sea titular de masas o categorías o clases completas de bienes, quedando sólo como parte de la historia jurídica las ya arcaicas “reservas estatales”.

Esta declaración de las minas como del “dominio” del Estado por la CP es una situación excepcional al art. 19 nº23, como lo anuncia el inc. 1º *in fine* de esa disposición, pero que establece una hipótesis que en los hechos es idéntica a los bienes públicos²⁸; lo cual implica, entonces, que respecto de las minas en realidad no hay un verdadero “dominio” estatal ni de nadie, a pesar de ese texto constitucional, sino que lo que se ha querido decir, mediante el uso abusivo y equívoco de esta palabra “dominio”, es que existe una potestad regulatoria y en seguida administrativa respecto de la extracción de los minerales. Desde la perspectiva metodológica, este es un típico caso en que el dato meramente normativo, analizado dogmáticamente, no muestra un primer resultado coherente, sino tal resultado se logra a través de la aplicación de un análisis más complejo de los hechos jurídicos, e interpretando el sistema jurídico en su conjunto, en búsqueda de una unidad y coherencia que no es posible percibir por un solo salto de la vista a una partícula aislada del derecho legal: como es el caso de la mirada aislada a ese solo texto que dice “dominio”, donde con mayor iluminación podremos descubrir que eso de dominio no tiene nada, salvo el nombre abusivo.

De ahí que la conclusión a que llega nuestro autor de que “sobre las minas no hay, pues, libertad de adquisición para otro que no sea el Estado” (p. 274) no es sino la utilización del vocabulario del derecho privado a un fenómeno público, de lo que se deriva, en seguida, una incoherencia en nuestro esquema dogmático, pues respecto de las minas, o de la riqueza mineral, no existe una “adquisición” por parte del Estado, sino que una *publicatio*: esto es, una declaración en virtud de la cual las minas son sustraídas precisamente de toda posibilidad de adquisición como tales, quedando sujetas a un estatuto de aprovechamiento por los particulares (o por el Estado/fisco, que debe actuar como un particular para estos efectos), por la vía de los derechos que estos pueden obtener en virtud de los actos concesionales. Nuevamente, la perspectiva civilística con que se desea observar una realidad publicística origina incoherencias; es que no es posible explicarse la fenomenología jurídica de lo público a través del instrumental técnico o teórico del derecho privado. Tampoco podemos pensar en la existencia de un *jus universalis*, con categorías que crucen todo el derecho, sin las matizaciones que corresponda. Es como si un administrativista quisiera explicarse la realidad de la contratación entre privados con el instrumental técnico o teórico del derecho público; eso es alterar la naturaleza de las cosas, mediante una perspectiva de observación equivocada.

Y tal equívoco es tan real en el pensamiento de nuestro autor que llega a postular que si bien “la explotación y gestión económica de las minas pudo haber sido tema exclusivo de un derecho público estatal”, la CP optó por permitir que algunas minas “fuesen objeto en parte de un derecho privado”. Así, remata el tema con la idea siguiente: que a la “conjunción” de aspectos que él cree visualizar en la materia minera (la distinción entre sustancias concesibles e inconcesibles; la negocialidad privada de los derechos mineros, entre otras), “lo denominamos ‘derecho de minería’, [y] que por el

28 Vid. nuestro “La *summa divisio*...”, cit.

predominio que en él tiene el privado, lo consideramos sin más como tal” (p. 274); esto es, el derecho de minería, íntegramente, como disciplina, para Guzmán Brito, es ¡derecho privado! Estas afirmaciones son equivocadas, pues el aprovechamiento de los minerales, en cuanto está regulado en especial y es objeto de una disciplina especializada y autónoma, el derecho de minería, forma parte de la agrupación de disciplinas del derecho público, como he podido demostrar con anterioridad, lo cual no ha convencido ciertamente a nuestro autor, aunque no analiza nuestras ideas ni las de otros autores al respecto²⁹.

En verdad, el objeto (“núcleo dogmático”, en nuestra terminología) del derecho de minería está constituido por instituciones plenamente publicísticas: la *publicatio* de la riqueza minera; el sistema concesional de naturaleza administrativa; y, el régimen jurídico a que está sometido el ejercicio investigativo o extractivo de los derechos mineros. El mero hecho de que el Código de Minería (*lex*) regule las materias que no forman parte del núcleo disciplinario del derecho minero, los contratos y las servidumbres (materias obviamente privadas) ha llevado a que nuestro autor opere de un modo reduccionista, realizando una suerte de transposición, que no resulta convincente. Es como si se viniese a decir, por ejemplo, que la institución de la propiedad forma parte del contenido del derecho público por el hecho de existir una disposición constitucional o por ser objeto de una garantía constitucional; lo que sería claramente rechazado por el mismo autor, aunque siguiese su lógica.

Quizás la confusión de nuestro autor proviene de un hecho de “sabor legalista”: que la letra del Código de Minería incluye temas de derecho civil, como la regulación de los contratos y las servidumbres mineras (materias que como he dicho no forman parte del núcleo dogmático de la disciplina del derecho minero). Pero, debemos recordar que “la letra mata y el espíritu vivifica”, y no debemos confundir la *lex* con el *ius*: aunque la *lex* minera incorpore a su articulado aspectos de derecho privado en su regulación de la minería (la regulación de los contratos mineros, en el Código de Minería, por ejemplo), ello no puede hacer olvidar al jurista que la construcción de las disciplinas jurídicas se realiza sin perjuicio del orden o sistematización de las leyes, sino con relación a las materias.

Una apostilla: el autor en p. 275 afirma que los derechos mineros “se constituyen” mediante una resolución judicial (lo que es correcto); pero agrega que, además, se constituyen “por prescripción” (lo que es incorrecto). En verdad, la prescripción opera sólo como modo traslativo (y no constitutivo) “de adquisición”, en terminología civil, a partir de un título que se ha poseído, pero que es previamente existente, esto es, ya constituido por el único modo de constitución de títulos mineros: la concesión minera, otorgada por resolución judicial.

29 Vid., por todas, mis: *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), *in totum*; y, ahora: “La *publicatio* minera, cit.

3. *En cuanto a la disciplina del derecho de aguas.* Igualmente, la perspectiva del autor lo lleva a señalar que el inciso 7 (sic) [11] del art. 19 n°24 que la Constitución dedica a las aguas es “superfluo” (p. 276). En realidad, nuevamente nuestro autor, basado en la mera literalidad de algunas normas, mediante interpretaciones discutibles, realiza una serie de afirmaciones que no nos resultan convincentes.

En efecto, la clasificación que incorpora la CP respecto de los derechos de aguas, en realidad, no es nada de superflua, pues tiene el mérito de incorporar las dos categorías de derechos o titularidades de aguas que, a través de un largo arrastre histórico, propio de esta disciplina, han llegado a abarcar toda la realidad del aprovechamiento de las aguas: por una parte, los derechos “constituidos”, esto es, originados en concesiones o mercedes; y, por otra parte, los derechos “reconocidos”, originados en usos o costumbres ancestrales, informales o regularizables de las aguas, sin lo cual la seguridad de sus titulares habría quedado muy disminuida. Nada de superflua, además, pues esta clasificación no está consagrada con esta claridad en ninguna otra fuente de derecho interno, por lo que su ausencia en este texto constitucional podría haber significado una dispersión normativa, y una dificultad muy grande para la construcción dogmática y jurisprudencial de instituciones y principios de la disciplina³⁰.

4. *Comentario adicional.* En fin, una posible explicación a algunas ideas del autor, en cuanto a que disciplinas como los bienes públicos, las aguas y las minas, puedan llegar a considerarse formando parte del derecho privado, puede ser la siguiente: si bien cabe reconocer la usual y constante utilización de categorías dogmáticas del derecho privado (específicamente del civil) para la construcción científica (incluso para la regulación) del derecho administrativo (y de las disciplinas mencionadas: bienes públicos, minas y aguas)³¹, ello no puede, a los ojos del jurista, alterar su estatuto epistemológico: el derecho de los bienes públicos, el derecho de minas y el derecho de aguas deben seguir siendo consideradas disciplinas del derecho público (y, más precisamente, desgajadas del derecho administrativo), a pesar del uso de técnicas civilísticas por la legislación (como la “propiedad” de las minas, que en realidad no es tal; como los derechos “reales”, que en realidad no son tales, y así), por un dato primario, básico: su contenido esencial, nuclear, según lo señalado, no se basa en la autonomía de la voluntad propio de las disciplinas privadas, sino en la intervención de potestades públicas, regidas por el principio de la juridicidad.

30 Vid. mi: *Derecho de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), t. II, pp. 329 y ss.

31 Véase, en España, el célebre libro de: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones* (1ª. ed. de 1960, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla; 2ª. ed., Madrid, Civitas, 1996), 249 pp. En Francia: DUBOIS DE CARRATIER, Laurent, “L’influence de la culture privatiste sur la doctrine administrative au XIXe siècle”, en: *Droit Écrit. Revue de la Faculté de droit de Toulouse*, N° 1 (2001), pp. 3-26; y, en especial, la excelente tesis doctoral de: PLESSIX, Benoît, *L’utilisation du droit civil dans l’élaboration du droit administratif* (Paris, Editions Panthéon-Assas/L.G.D.J. Diffuseur, 2003) 878 pp.

Valoración final del libro

1. Como se dijo, señala el autor que el suyo es un primer intento por estudiar con “constancia, generalidad y organicidad” el fenómeno de la constitucionalización del derecho (p. 11). Al respecto, cabe señalar de inmediato:

1º La generalidad del estudio implica la intervención de todos los especialistas en sus respectivas áreas, por lo que en este caso ha de entenderse (dada la usual perspectiva privatística de todo romanista, de lo cual se deriva una marcada especialidad del autor), que su esfuerzo está dedicado, o al menos desplegado, “desde” el derecho “privado”, con el instrumental científico de ese sector del derecho. Si el autor lo logra en cuanto a ese sector, es algo que no me corresponde pronunciarme, dada mi posibilidad de referirme sólo a las disciplinas del derecho público, y aun más estrictamente a las del derecho administrativo; pero, en todo caso, podré percibir si abarca sectores del derecho que podría ser cuestionable considerar “privados” (en la dicotomía privado/público) [sin eliminar a priori una posible tricotomía: privado/público/estatal, que el autor postula, pero sin desarrollar el punto].

Por lo tanto, si de generalidad ha de hablarse, difícilmente cabe esperarla en esta obra, dedicada sólo a su vertiente privada. No obstante que el autor intenta realizar aportes a la “parte general” del fenómeno: a la teoría general del fenómeno.

2º En cuanto a la organicidad, entendida como sistemática, es este un esfuerzo notable, pero —ya hemos visto— aplicable sólo al sector del derecho privado.

3º La constancia dependerá de los resultados doctrinarios futuros, tanto del autor mismo como de la doctrina jurídica chilena. Podremos concluir, entonces, que este libro es un “primer intento” para toda la doctrina, incluido el autor, para perfilar “con más precisión” este fenómeno.

2. Endilga nuestro autor algunas inectivas a otros autores por él criticados. Por ejemplo, su lamento, al tratar el tema de los bienes incorpóreos: “[m]ayor desperfilamiento de la dogmática y confusión de ideas es difícil concebir” (p. 76). O su reclamo a que algunos “autores se hayan desentendido de la carga científica de tener que demostrar sus lecturas, porque en sus mentes el tenor literal de la disposición sería manifiesto sin mayor discusión” (p. 111). O que una afirmación que realiza la doctrina (relativa a la distinción entre derechos y tratados), “es una ilusión, (...) directamente un error” (p. 112). En fin, su queja de que en alguna oportunidad “autores tan acreditados no hayan tratado el punto (...), revela que ellos, mas también el estamento de juristas al que pertenecen y al cual se dirijan, no entendieron...” (p. 114).

No obstante, Alejandro GUZMÁN si bien incurre en estas expresiones, al lado de ellas manifiesta su desacuerdo usualmente fundando sus opiniones, con los argumentos que correspondan, y eso es algo que tales autores sólo podrán agradecer. No obstante, en algunas ocasiones, nuestro autor considera demasiado rápidamente como “suficiente” un desarrollo (por ejemplo, p. 23), en que notoriamente se echa de menos la

erudición a la que él mismo nos tiene acostumbrados (en sus análisis históricos o romanísticos); o en otros sitios, es contradictorio y abandona el tema iniciado, sin más, utilizando términos retóricos que por sí mismos no prueban nada: señala en p. 93 que “la noción de derechos sin sujeto (...) de hecho (...) es [un absurdo]”; pero luego en p. 94 señala que “la idea de ‘derechos’ sin sujeto nada tiene de absurdo, aunque no sea este el lugar para entrar en el tema...”. En fin, en alguna ocasión él mismo no asume la carga científica de argumentar; dice: “[e]sto no necesita ser discutido, pues resulta evidente” (p. 77), pero resulta que puede ser muy discutible, como lo realizo en este comentario, a propósito de lo que nuestro autor considera “evidente”.

3. Por cierto, que también, a raíz de las críticas que he señalado, creo que este libro a pesar de su gran contenido, no disipa todas las dudas que creo surgen de su lectura. Es evidente, además, que el impacto que pudo haber ocasionado en la cultura jurídica chilena ha quedado aplazado en varios de los temas abordados (en especial, en los que crítico en esta recensión) pues la falta de un mejor tratamiento, de una mínima consideración de la doctrina de los demás autores, seguramente ha impedido (o ha desincentivado) su comentario por una gama mayor de autores, dado que el tema tiene tan amplias ramificaciones, que me ha dejado perplejo la actitud tan silenciosa de la doctrina chilena ante este admirable esfuerzo sistematizador de Alejandro GUZMÁN. En todo caso, si hay algo de lo que el autor de este comentario no podrá recibir quejas del autor del libro es en cuanto al interés que ha despertado su trabajo, y de la seguridad de que estas observaciones tienen el ánimo constructivo y de colaboración para la obra, en todo caso admirable, que nuestro autor ha realizado y que seguramente continuará y profundizará en estos temas.