

El contrato y los derechos fundamentales

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1. El tema de “los contratos y los derechos fundamentales” es un capítulo de uno mayor que solemos denominar “constitucionalización del derecho”, civil esta vez¹, porque ese fenómeno también puede ser visto con respecto a las demás ramas del derecho privado y público.

Él se manifiesta bajo tres dimensiones: ÿ) la incorporación en la Constitución, generalmente bajo la rúbrica general de “derechos fundamentales”, “garantías constitucionales” y aun “derecho humanos”, de normas propias de la rama del derecho de que se trate y que tradicionalmente no hicieron parte del texto

¹ Sobre el fenómeno cito la siguiente literatura, limitada a la de autores chilenos o extranjeros publicada en Chile con interés nacional y tendencialmente circunscrita al derecho privado: CEA EGAÑA, José Luis, “La constitucionalización del derecho”, en *Revista de Derecho Público*, 59 (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, junio de 1996), pp. 11-22; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La constitucionalización del derecho civil”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 93 (1996) 3, 1ª parte, pp. 107-137; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La constitucionalización del derecho”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *Veinte años de la Constitución chilena. 1981-2001*, Santiago, Conosur, 2001, pp. 37-55; CASTELLÓN, Hugo - REBOLLEDO, Laura, *Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil*, Santiago, Conosur, 1999; AA. VV. (de la Clínica jurídica de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú), “Discriminación en discotecas: libertad de contratación y derechos del consumidor”, en *Cuaderno de Análisis Jurídico*, Serie Publicaciones especiales, 9: “Defensa jurídica del interés público”, Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1999, pp. 263-268; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001; FAVOREAU, Louis-Joseph, “La constitucionalización del derecho”, en *Revista de Derecho*, 12 (Universidad Austral, agosto de 2001), pp. 31-43; FERRADA, Juan Carlos (coordinador), *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile - Universidad Austral de Chile, 2003; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los derechos fundamentales”, en *Temas de Derecho*, 19 (Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, enero-diciembre de 2004) 1-2, Edición especial: “Jornadas de Derecho Civil en homenaje al bicentenario del Código Civil francés”, pp. 207-243; VARGAS SÁEZ, Luis, “Recepción jurisprudencial de la constitucionalización del Derecho Civil en nuestro sistema”, en *Gaceta Jurídica*, 286 (2004), pp. 7-24; CORRAL TALCIANI, Hernán, “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado”, en *Derecho Mayor*, 3 (Universidad Mayor, octubre de 2004), pp. 47-63; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “La Constitucionalización del Derecho a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Derecho Mayor*, 3 (Universidad Mayor, octubre de 2004), pp. 97-122; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “El Tribunal Constitucional y su aporte a la constitucionalización del derecho”, en *Derecho Mayor*, 3 (Universidad Mayor, octubre de 2004), pp. 65-96; CUEVAS FARREN, Gustavo, “Constitucionalización del derecho: una aproximación al proceso y sus causas”, en *Derecho Mayor*, 3 (Universidad Mayor, octubre de 2004), pp. 13-46; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Constitucionalización del derecho civil. La propiedad sobre bienes incorporeales en la jurisprudencia”, en MARTINIC, María Dora - TAPIA, Mauricio (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 517-531; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “Constitucionalización del derecho”, en *Actualidad Jurídica* (año 11), 22 (Universidad del Desarrollo, julio de 2010), pp. 9-20.

constitucional, para aprovechar la supremacía de ese texto y su fuerza normativa; ii) la aplicación de las garantías constitucionales de variado contenido, a la negocialidad o actuación jurídica de que se trate, como es, por ejemplo, el juzgamiento de un contrato según el prisma de la igualdad antes la ley o de la prohibición de discriminar en materia económica dirigida al Estado; iii) la recepción de las llamadas “bases generales” de una determinada rama en la Constitución; así, por ejemplo, las “bases generales de la administración de justicia”, que no son otra cosa que el establecimiento unas reglas sobre la organización de los tribunales y los procedimientos judiciales en la Constitución, que por su generalidad y amplitud no bastarían para regularlos y necesitan del complemento de las leyes ordinarias, las cuales, empero, deben respetar dichas reglas; de ahí que se diga que éstas tienen sus “bases” en la Constitución.

El fenómeno en sí mismo es antiguo, pues ya en las primeras declaraciones de derechos (las de las colonias inglesas de América del Norte una vez independizadas de su metrópolis, y francesa de 1789) cuando las elevemos a rango constitutivo, o sea, constitucional², contenían declaraciones sobre diversas ramas del derecho, como la garantía de la propiedad o de la libertad personal, etcétera. Por lo mismo, la idea de una “constitucionalización del derecho” tiene algo de pretenciosa, porque, dada la existencia de una “parte dogmática” en la Constitución, y atendido que muchos de los enunciados de esa parte atañen a diversas ramas del derecho, no es que haya una “constitucionalización” donde antes no la había, sino que la Constitución no pudo dejar de contener tales enunciados; al menos la Constitución tal cual se la entiende ahora (pero desde hace muchos decenios) en el Occidente y aun en el resto del mundo, que han imitado sus estilos jurídico-políticos.

Ahora bien, con independencia de que la relación entre el contrato y los derechos fundamentales sea o no una manifestación de la llamada “constitucionalización del derecho”, nuestra exposición se limitará a lo que expresan las palabras del título: el contrato y los derechos fundamentales.

2. La primera y acaso sorprendente observación es que en la *Constitución* chilena no existe establecida una general “libertad de contratación”, que pueda ser puesta en paralelo con tantas otras libertades dispuestas en su texto. La libertad de contratación deriva negativamente de que, para que dos personas puedan obligarse (uni o bilateralmente), el *Código Civil* solo exige una capacidad, un consentimiento, un objeto lícito y una causa lícita (artículo 1445 CC.). De hecho, para determinados contratos se exigen algunas cosas más; pero, en principio, basta lo dicho para que pueda haber un contrato válido. Así que

² Porque al principio se las diferenció de la Constitución propiamente tal; de ahí la distinción que aun hoy hacen los constitucionalistas entre una “parte dogmática” y una “parte orgánica” de la Constitución.

la libertad de contratar, como todas las libertades, tiene algunas limitaciones generales, que pueden reducirse a la ilicitud. Dos personas, que en principio pueden contratar lo que quieran, no pueden, empero, contratar sobre lo ilícito.

Pero, ¿en qué consiste esa libertad? Abarca varios aspectos: i) La libertad de contratar o de no contratar: así como se puede contratar sobre lo que se quiera, también se puede escoger no contratar en manera alguna. Limitan esta libertad de elegir entre contratar o no contratar los llamados contratos forzosos o impuestos, sobre todo los que un autor denomina “heterodoxos”, y los contratos dirigidos³; ii) La libertad de celebrar personalmente un contrato o de hacerse sustituir por otro para celebrarlo, generalmente bajo la forma de la representación; iii) La libertad de la forma contractual: es suficiente que dos partes consientan para que se perfeccione un contrato, sin tener que sujetarse a formalidades o solemnidades forzosas. Este aspecto involucra al consensualismo como manera general de concluir contratos. Pero hay dos grupos de excepciones: el de los contratos reales, que exigen la tradición o la entrega de una cosa para que se perfeccione el contrato⁴, como el mutuo o el comodato; y el de los solemnes, que solo se perfeccionan desde que se haya ejecutado una solemnidad prescrita y descrita por la ley, como la promesa de contrato o la compraventa de inmuebles; iv) la libertad de insertar los elementos accidentales que se quieran en un contrato; v) la libertad de suprimir elementos naturales de un contrato; o vi) la libertad de escoger la ley nacional o extranjera por la cual haya de regirse el contrato que se celebra⁵.

Estos o casi todos estos aspectos suelen ser resumidos con la expresión “autonomía de la voluntad” aplicadas al contrato⁶; así que, con respecto a éste, “libertad contractual” y “autonomía de la voluntad” vienen a ser locuciones sinónimas⁷.

³ Sobre estas materias se puede ver: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (5ª edición, Santiago, Abeledo Perrot - LegalPublishing, 2010), cap. 3º, núms. 32 y 33, pp. 137-147. Digo que estas categorías “limitaban” la libertad de escoger entre contratar o no y no digo que la suprimen, porque generalmente queda subsistente la facultad del sujeto de situarse o no en la posición o situación de tener que contratar; así que indirectamente aquél conserva algo de su libertad.

⁴ La regla del realismo que acabamos de sintetizar está siendo dejada de lado en todas aquellas legislaciones que han optado por convertir en consensuales los contratos reales tradicionales, a cuyo respecto véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La consensualización de los contratos reales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29 (Valparaíso, 2º semestre de 2007), pp. 35-60 = en *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda* (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009), II, pp. 131-156.

⁵ Sobre esta materia especialmente para Chile, véase: VIAL UNDURRAGA, María Ignacia, “La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado”, en *Revista Chilena de Derecho*, 40 (2013) 3, pp. 891-927.

⁶ La autonomía de la voluntad en materia contractual, o sea, la libertad contractual, nada tiene que ver con la fuerza obligante de los contratos (artículo 1545 CC.). Ésta se aplica incluso a aquellos contratos en que no hubo libertad para celebrarlos, o la hubo escasa, como los forzosos.

⁷ La autonomía de la voluntad es referida, por ejemplo, al testamento y en general a cualquier otro acto unilateral y desde luego a las convenciones no contractuales. Por consiguiente, en su generalidad, ella no es sinónima de “libertad contractual”, más que cuando se la aplica a los contratos.

La historia de la expresión “autonomía de la voluntad”, de evidentes conexiones kantianas, está, empero, por hacerse. Parece que su empleo comenzó en el ámbito del derecho internacional privado, para designar la libertad de las partes de un contrato en orden a escoger la legislación por la cual habría de regirse ese contrato, de donde se la extrapolaron al resto del derecho⁸. Semánticamente, “autonomía de la voluntad” significa que la voluntad no tiene otra ley (*nómos*) que la que se dé ella a sí misma (*autó*); y alude, pues, a la idea de que en materia negocial, el autor o las partes de un acto jurídico pueden crear sus propias normas privadas con las cuales regirlo. Así dicho, eso es falso, porque tradicionalmente los particulares deben respetar varias heteronormas (cfr., para empezar, el artículo 1445 CC.) y el tiempo ha estrechado severamente su ámbito de acción⁹; y porque de un hecho, como es la voluntad, no pueden nacer normas. Sea como fuere, haríamos bien en seguir el consejo de Savigny y proscribir el uso de esta expresión en el derecho¹⁰.

Queda reiterado que la libertad de contratar, cuyos extremos han sido descritos, no se encuentra establecida en la *Constitución*. Y tal vez resulte mejor que así sea, porque, como se ha visto, esa libertad admite tantas excepciones, que su establecimiento en el texto constitucional, sin los adecuados matices, tornarían en demasiado rígido el sistema contractual. Por ahora, al menos, es suficiente el artículo 1445 CC.

3. De paso observemos que la ausencia de la libertad contractual en la *Constitución* corre parejas con otras libertades de derecho privado, cuya omisión es también notoria. Así nada se dice ahí sobre la libertad matrimonial, o sea, para contraer matrimonio o no contraerlo y, en el caso de querer contraerlo, para hacerlo con quien del sexo opuesto se quiera¹¹; o sobre la libertad de testar

⁸ LÉVY, Jean-Philippe - CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, núm. 542, pp. 793-794. Ahora bien, en su *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1849, VIII, § 360, p. 112, Savigny recuerda que “*die neueren Schriftsteller*” (“los modernos escritores”) designan “*diese sehr allgemeine Einwirkung des freien Willens als Autonomie*” (“este muy general efecto de la voluntad libre como autonomía”), con referencia a la libertad de escoger la legislación por la cual regir un acto. Pero el autor se cree en el deber de contradecir “este uso lingüístico”: “[...] *so mu ich doch Widerspruch einlegen gegen einen Sprachgebrauch, der hierin neuerlich gelten gemacht worden ist*” (“[...] yo debo ciertamente presentar objeciones contra un uso lingüístico que recientemente se ha hecho valer en esta materia”). Nuestro autor hace ver que la palabra “autonomía” era usada en el interior del derecho alemán para designar la prerrogativa de la nobleza y algunas corporaciones de regular sus operaciones con una especie de legislación interna (ibíd., pp. 112-113). De este modo, resulta claro que Savigny tomó distancia frente a la expresión “autonomía” y tanto, que incluso aconseja evitar su uso (ibíd., p. 113). De hecho, el lugar citado del tomo VIII del *System* es el único en que ella comparece. Según LÉVY, J.-Ph. - CASTALDO, A., *Histoire*, cit. aquí mismo, pp. 193-194, en Francia, el uso de “autonomía” fue introducida por Jean-Jacques Foelix (1791-1853), en 1853. Solo en 1886, en su *Traité élémentaire de droit international privé*, André Weiss (1858-1928) empleó la expresión definitiva “autonomía de la voluntad”, que hizo fortuna en los autores posteriores de todas las ramas y, especialmente, de derecho civil. Originalmente se hablaba de autonomía de las partes, del individuo, del ciudadano, del testador.

⁹ Véase LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, cit. (n. 3), cap. 3°: “”, núms. 44-44bis, pp. 215-221

¹⁰ Suele reemplazársela por “autonomía privada”; por todos: DíEZ-PICAZO - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 12ª edición, Madrid, Tecnos, 2012, reimpresión 2013, I, núm. 24, pp. 367-374.

¹¹ Que no haya matrimonio entre personas del mismo sexo, no viola la libertad matrimonial porque

acerca del patrimonio que habrá de quedar al fallecer el testador; la cual, por otro lado, en Chile no existe más que en las hipótesis de ausencia de “legitimarios”. Sí, en cambio, encontramos establecida una “libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes” (artículo 19 N° 23 CPol., con excepciones que no interesan ahora); e, indirectamente, una libertad de enajenación de los bienes propios, derivada de la general garantía del “derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales” (artículo 19 N° 24 CPol.)¹², porque la garantía de la propiedad incluye la garantía de la facultad de enajenar y abandonar las cosas de que se es dueño y de renunciar los derechos de que se es titular, o sea, de enajenar (y de no enajenar) la propiedad de cosas corporales e incorporales, que es un aspecto básico de la que podemos denominar “libertad en la circulación de los bienes”. Ahora bien, la libertad constitucional de enajenación añade un argumento más al clásicamente debatido problema de la validez del pacto o cláusula de no enajenar, en el cual, naturalmente, no habremos de reentrar ahora.

la unión de tales personas no es matrimonio; éste, pues, por definición, es entre personas de distinto sexo. Por cierto, si se autoriza una unión entre sujetos del mismo sexo, a eso hay que imponer otro nombre y aunque se lo denomine “matrimonio” no lo es; de modo que la palabra entonces empieza a tener dos significados distintos: uno, el de la unión heterosexual o verdadero matrimonio, y otro, el de la unión homosexual, solo nominalmente un matrimonio. Pretender que la ausencia de matrimonio entre sujetos del mismo sexo constituya una violación de la libertad matrimonial, es lo mismo que alegar ausencia de libertad de locomoción por no poder volar como hacen las aves, es decir, no por medio de máquinas, sino merced a órganos propios.

¹² El primer segmento del inciso 2° del artículo 19 N° 24 añade: “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad”. Esta disposición se puede interpretar en dos sentidos: i) que la ley puede establecer libremente el modo de adquirir que quiera; y por ejemplo, abolir el modo llamado sucesión por causa de muerte; o ii) que los particulares no pueden establecer ellos mismos unos modos de adquirir la propiedad, pues tal compete a la ley, de modo que la norma instaura la tipicidad legal de tales modos. La norma fue discutida en la sesión 149ª de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, celebrada el 2 de septiembre de 1975 (en *Actas*, V), y en la forma en que fue propuesta por la Subcomisión del Derecho de Propiedad decía: “Solo la ley puede, y sin afectar al derecho en su esencia, establecer los modos de adquirir, [...]”. Con posterioridad, la Comisión advirtió que la limitación propuesta, de no poder el legislador afectar el derecho de propiedad en su esencia valía para todos los derechos constitucionales, y fue así como terminó por ser generalizada como se ve en el actual artículo 19 N° 26 CPol. Aunque el preciso punto de si el legislador es libre para establecer los modos de adquirir que quiera no fue objeto de debate directo en la Comisión, a lo largo de su debate quedó claro que al regular la propiedad como se lo autorizan los términos del primer segmento del inciso 2° del artículo 19 N° 24 CPol., el legislador no goza de absoluta libertad, de donde deducimos que tampoco es libre para suprimir los modos de adquirir establecidos en el *Código Civil*, porque, una vez establecidos, como lo fueron desde el derecho romano en adelante y finalmente en dicho *Código*, su eliminación atacaría la esencia de la propiedad y su libre ejercicio. Especialmente vale ello para el impedimento de abolir la sucesión, porque ello implicaría abolir la propiedad privada en un plazo determinado, ya que al morir las personas lo que dejaran tendría que pasar al Estado, y al cabo del tiempo éste sería dueño de todo sin margen para el dominio de los particulares. En realidad, pues, el sentido del primer segmento del inciso 2° es establecer la tipicidad legal de los modos de adquirir y negar competencia a los propietarios para establecer los ellos mismos. De esta forma, por ejemplo, unas partes no podrían acordar que la compraventa que celebran transfiriera el dominio de la cosa vendida al comprador, antes de ejecutada su tradición. En otro lenguaje, la disposición en examen constituye un caso de reserva legal, que está para defender a los ciudadanos y no para afectar sus libertades. Véanse: FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”, en *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2001) 2, pp. 287-298; y ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derecho fundamentales*, Santiago, LegalPublishing, 2008, § 64, 1: “La reserva legal”, pp. 257-261.

De esta forma verificamos que algunas de las libertades fundamentales del derecho privado, como la matrimonial, de contratar y de testar, no se encuentran establecidas como tales en la *Constitución*.

4. Es cierto que la declaración general del artículo 1° inciso 1° CPol.: “*Las personas nacen libres [...]*”¹³, si no pasa de ser una mera declaración retórica, también incluye, entre otras, a la libertad de contratación. Si las personas se vieran impedidas de celebrar contratos, eso querría decir que no son libres.

Ahora bien, junto con la inexistencia de una expresa garantía general de contratación –que es la que nos interesa ahora– encontramos algunos eslabones básicos que permiten construirla.

5. Desde luego, hallamos establecidas algunas declaraciones de libertad para figuras singulares, de gran proyección y trascendencia empero.

a) El inciso 1° del artículo 19 N° 15° CPol. garantiza “*El derecho de asociarse sin permiso previo*”; y su inciso 3° declara que “*Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación*”. Concuerdan, en parte, con esta disposición: i) el artículo 20 N° 1 y N° 2 de la *Declaración universal de los derechos del hombre* (1948): “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de [...] asociación [...].* 2. *Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación*”; ii) el artículo 22 de la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948): “*Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras personas para promover, ejercer y proteger sus intereses de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden*”; iii) el artículo 22 N° 1 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966): “*Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras [...]*”; y iv) el artículo 16 N° 1 de la *Convención americana sobre derechos humanos* (1969): “*Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole*”.

La importancia que estas reglas sobre derecho o libertad de asociación tienen para nuestro tema es que ellas cubren y comprenden la libertad de celebrar el contrato de sociedad civil, comercial o de cualquier otro género; sin perjuicio de abarcar, por supuesto, a una multitud de otras posibilidades asociativas que ahora no nos interesan. Esta libertad incluye i) la de celebrar cualquier tipo o clase de contrato de sociedad; ii) la de no celebrarlo (por expreso mandato del artículo 19 N° 15° inciso 3° CPol.); iii) la de escoger a las personas con quienes se quiere celebrar el contrato, aunque el criterio declarado de elección de unas

¹³ La redacción del precepto es extraña; lo que quiere decir es que las personas deben ser libres, desde que nacen hasta que mueren y no solo que nacen libres; sobre estos puntos véase: GUZMÁN BRITO, A., *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, pp. 170-171. Sobre su carácter normativo, *ibíd.*, pp. 174-175.

y rechazo de otras implique discriminación¹⁴; iv) la de abandonar una sociedad ya formada, o sea, la de renunciar a ser asociado a ella; y otras¹⁵.

Pero no están garantizadas las libertades (o derechos) de ingresar en una sociedad preexistente, ni de permanecer en ella. Las hipótesis contrarias vulnerarían la libertad sí garantizada: cuando se forzara el ingreso de alguien sin el consentimiento de los socios, y cuando se prohibiera el egreso de alguien a quien los socios quieren expulsar se obligaría a los demás a asociarse o a no asociarse¹⁶.

¹⁴ Así, por ejemplo, si alguien se niega a celebrar sociedad con un individuo de determinada raza, no puede ser perseguido de conformidad con la Ley N° 20.609: *Establece medidas contra la discriminación* (D.O. de 24 de julio de 2012), porque su artículo 2 inciso 3° ordena considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso 1° del artículo 2, como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo del derecho fundamental referido, entre otros, en el N° 15 del artículo 19 CPol. Lo cual es lógico, porque la libertad de no celebrar asociación tiene rango constitucional, mientras que la no discriminación por particulares es una figura de rango solo legal. El *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (vigente en Chile merced al Decreto supremo N° 778 [D.O. de 29 de abril de 1989, que solo tiene valor de ley ordinaria y no podría modificar la *Constitución*]) carece de una norma que prohíba en general discriminar. Su artículo 24 N° 1 establece, pero en favor de los niños, un derecho a tener medidas de protección que requiere su condición de menor "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento". El artículo 26 declara: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; y queda claro que el primer segmento atañe solo a la igual protección de la ley sin discriminación; y el segundo prohíbe toda discriminación, pero únicamente "a este respecto", vale decir, al respecto de la igual protección. El *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (vigente con valor de ley ordinaria en Chile en virtud del Decreto supremo N° 336 [D.O. de 27 de mayo de 1989]) también carece de una prohibición general de discriminar. Su artículo 2 N° 2 obliga a las partes del Pacto "a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; pero, como se ve, la disposición solo atañe a una garantía indiscriminada del ejercicio de los derechos establecidos en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (vigente con valor de ley ordinaria en Chile en virtud del Decreto supremo N° 336 [D.O. de 27 de mayo de 1989]) también carece de una prohibición general de discriminar. Su artículo 2 N° 2 obliga a las partes del Pacto "a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; pero, como se ve, la disposición solo atañe a una garantía indiscriminada del ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto mismo. DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, "La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42 (2014) 1, pp. 149-186, opina que de diversas disposiciones constitucionales se puede extraer fundamentos para prohibir discriminar entre particulares; pero sus conclusiones son muy forzadas; en todo caso, no queda claro si el autor solo opina que debería prohibirse tal discriminación o cree que ella ya existe con base en los fundamentos que defiende, haciendo abstracción de que su trabajo no trata de la Ley N° 20.609 de 2012. De todas maneras, véase en el cap. IV, pp. 161-170, su examen de los muchos casos en que la prohibición de discriminar encuentra obstáculo en algún derecho constitucional.

¹⁵ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, cit. (n. 13), pp. 236-237. En especial cabe recordar que la libertad del artículo 19 N° 15 CPol. cubre a las comunidades o copropiedades convencionales (no a las incidentales) (ibíd., p. 239-240)

¹⁶ Ibíd., p. 238.

Por cierto, la libertad de celebrar sociedad está sometida a los límites que el artículo 19 N° 15° CPol. sanciona con respecto a la general libertad de asociación, ocuparnos de los cuales extendería demasiado este trabajo¹⁷.

b) El artículo 19 N° 21 CPol. garantiza “*El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica [...] respetando las normas legales que la regulan*”. El centro de gravedad del precepto está en la palabra “actividad”. No hay fundamento que autorice circunscribir este vocablo a un “conjunto de actos” o a una “sucesión de actos”. La palabra “actividad” viene del sust. *activitas* y ésta del adj. *activus*, que proviene, a su vez, del sust. *actio* = “acción”. “Activo” es, pues, el adjetivo de “acción” y “actividad” es el sustantivo abstracto de lo que “acciona”; poco importa que se trate de una acción, o de un conjunto y menos de una secuencia prolongada. Del volcán que haya tenido una única erupción se dice haber estado en “actividad”, sin que se eche de menos un conjunto o una secuencia dilatada de erupciones; y también se dice haber de tener “una actividad” alguien, aunque se trate de una actuación aislada y no difundida, extendida o repetida. En tales circunstancias, el “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica” no se limita a un desarrollo prolongado de actividades plurales, e igual se tiene derecho a ejecutar una actuación aislada de contenido económico.

El punto que nos interesa destacar es que hay muchos contratos que por sí mismos implican, envuelven, suponen o involucran una actividad económica¹⁸. Tal acaee, desde luego, en los contratos de sociedad, ya tratados, pero también en la compraventa, en la permuta, en el arrendamiento, en el mutuo, en los contratos de transporte de cosas y personas y en una infinidad de otros especialmente de carácter comercial, como todos los actos de comercio de naturaleza contractual (no solo, pero eso ahora no nos interesa). Esto nos permite formular la siguiente regla: todo contrato que envuelva un acto u operación o, en el lenguaje de la *Constitución*, una actividad de carácter económico, está protegido por el artículo 19 N° 21 CPol., no por ser contrato, sino por contener una actividad así. Se tendrá presente, empero, que no toda actividad económica implica un contrato, así como que no todo contrato implica una actividad económica. Ejemplo del primer extremo de esta afirmación es la recolección de objetos desechados en los basureros o en los vertederos, aunque sea con la finalidad de después vender tales objetos. En esta actividad hay imbricado un acto jurídico como es la ocupación de *res derelictae*, pero no un contrato. Ejemplo del segundo extremos es la donación, atendido su carácter gratuito y la necesidad de que empobrezca al donante.

c) El artículo 19 N° 23 CPol. garantiza “*La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes [...]*”. Antes mencionamos esta norma, en cuanto admite

¹⁷ Pero véase *ibíd.*, pp. 241-242.

¹⁸ Sobre esto, que no limita la garantía al ámbito meramente económico y empresarial, y la extiende a toda actividad jurídico-económica, véase: GUZMÁN BRITO, A., *El derecho privado constitucional*, cit. (n. 13), pp. 254-256.

ser vista como manifestación de una de las libertades fundamentales del derecho privado, cual es precisamente la libertad de adquirir bienes. Ahora la invocamos porque también ofrece una proyección en el ámbito de la libertad de contratación, en cuanto atañe a todo contrato en que vaya envuelta o involucrada una adquisición del dominio. Tal acontece en los modos de adquirir que suponen un título contractual de adquirir, como en la tradición, que exige un título traslativo de dominio (artículo 675 inciso 1° CC.), como compraventa, permuta, donación, crédito, pago, aporte en sociedad, etcétera¹⁹. La protección del título contractual se funda en este razonamiento: Si hay un consecuente que depende de cierto antecedente, negado éste se niega el consecuente. De esta manera si, por ejemplo, se prohíbe la donación, queda prohibida la tradición por causa o título de donación; pero la tradición es un modo de adquirir, impidiendo la cual se vulnera la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes, garantizada por el artículo 19 N° 23 CPol.; por ende, la donación no puede ser prohibida. Lo propio acaece con la prescripción adquisitiva ordinaria fundada en un título contractual.

El razonamiento vale lo mismo si ahora partimos de la garantía del derecho de propiedad establecida en el artículo 19 N° 24 CPol., en cuanto de ella, como ya hicimos ver²⁰, se puede deducir una libertad de enajenación de bienes. Ahora bien, tal libertad cubre todas las enajenaciones que se funden en un antecedente o título contractual, los cuales no pueden ser impedidos, a riesgo de vulnerar la libertad de enajenación.

d) El artículo 19 N° 25 CPol., en cuanto garantiza la libertad de crear y difundir las artes (expresión ésta que no debemos entender limitada al sentido de las “bellas artes”) cubre al contrato de arrendamiento para la confección de una obra material (lib. IV, tít. 26°, § 8 CC.). No se podría impedir u obstaculizar o limitar esencialmente este contrato, en efecto, sin menoscabar la libertad de creación artística garantida por la citada disposición.

e) El artículo 19 N° 16 CPol., que garantiza “La libertad de trabajo y su protección”, no solo se refiere al trabajo asalariado bajo vínculo de subordinación o dependencia, que es objeto del moderno contrato de trabajo regido por el Código del ramo, sino a cualquier trabajo, remunerado o no, libre o dependiente, permanente u ocasional; teniendo presente que “trabajo” es cualquier acción o efecto de trabajar, vale decir, de ocuparse en la actividad física o intelectual que sea. Por consiguiente, cualquier contrato que implique o envuelva un trabajo en los términos dichos, queda alcanzado por la garantía citada. Tal acaece en

¹⁹ Sobre lo cual, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El justo título traslativo del dominio de la tradición en el pago y en las operaciones crediticias”, en CORRAL TALCIANI, Hernán - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil, II: Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2007), pp. 695-719.

²⁰ Véase más arriba el número 3.

el arrendamiento para la confección de una obra material, pero, además, en el arrendamiento de servicios inmateriales (lib. IV, tít. 26°, § 9 CC.), en el mandato, en la sociedad a la que se puede aportar precisamente trabajo o industria (artículo 2055 inciso 1° CC.)²¹.

6. En conclusión, pese a la inexistencia de una declaración general expresa sobre libertad contractual en la *Constitución*, hay en ella diversos elementos que permiten configurar una protección difusa y dispersa de tal libertad.

²¹ Sobre esta materia: GUZMÁN BRITO, A., *El derecho privado constitucional*, cit. (n. 13), pp. 249-253