

**Universidad de Chile  
Facultad de Derecho**

**DERECHO CIVIL I  
TERCERA PARTE**

-----  
**RELACIÓN JURÍDICA Y  
DERECHOS SUBJETIVOS**  
-----

**Profesor Enrique Barros**

**Estos materiales han sido preparados por el profesor para fines docentes sobre la base de sus apuntes de clases. El autor agradece cualesquiera comentarios que puedan contribuir a perfeccionar versiones posteriores.**



# **CAPITULO PRIMERO**

## **RELACIÓN JURÍDICA**

### **I. RELACIONES DE LA VIDA SOCIAL Y RELACIONES JURÍDICAS**

1. El derecho se ocupa de relaciones interpersonales. Por eso, aunque en el derecho moderno tiende a ocupar un lugar preponderante el derecho subjetivo (tanto en el derecho privado como en el constitucional), el concepto más elemental de todo ordenamiento es la relación jurídica<sup>1</sup>. La relación jurídica atiende precisamente a que el sustrato esencial del derecho no es el individuo aislado, sino en su situación relacional con otras personas.

A pesar de su importancia para comprender el derecho, la relación jurídica no es un concepto técnico, que sea empleado por la ley. Es un concepto doctrinario, cuyo valor es, por un lado, acentuar el carácter social del derecho y, por otro, mostrar que sólo ciertas relaciones sociales son jurídicamente relevantes.

En efecto, aunque el derecho tiene necesariamente su sede en la sociedad, no todas las relaciones sociales son también relaciones jurídicas. Las relaciones de amistad, de cortesía, de afecto, de respeto recíproco por lo general no le son relevantes. Y si lo resultan, la relevancia jurídica de la relación está a menudo reducida a ciertos elementos fundamentales. Al derecho no le resultan por lo general relevantes los afectos o los grados de satisfacción que se producen en una relación entre arrendador y arrendatario, o incluso entre padres e hijos. Así, sólo le resultan pertinentes las obligaciones del arrendador y del arrendatario y las facultades, derechos y deberes de los padres respecto de los hijos. El grado de satisfacción del arrendatario con la cosa arrendada sólo es relevante en la medida que se relacione con las obligaciones asumidas por el arrendador; y el grado de ternura o de confianza que exista entre padres e hijos sólo resulta relevante para el derecho en casos extremos, como, por ejemplo, al decidir el juez acerca de lo que más conviene al hijo menor a efectos de otorgar la tuición en caso de separación de los padres.

2. La eficacia del derecho está dada en importante medida porque se limita a normar aspectos o secciones específicas de la realidad. Por eso, es característica del experto en

---

<sup>1</sup> La palabra derecho se usa indistintamente en sentido objetivo (de ordenamiento jurídico) y subjetivo (de potestad para obrar en satisfacción de los propios intereses). La manera más precisa de referirse a uno y otro es adjetivando el concepto de derecho como derecho objetivo y subjetivo, respectivamente. Sin embargo, en el lenguaje corriente usamos por lo general sólo la palabra derecho y del contexto suele resultar inequívoco si nos referimos a uno y otro. Por tal razón se usará en lo sucesivo la palabra derecho en ambos sentidos, salvo que se estime necesaria la calificación.

derecho su destreza para seleccionar los hechos a efectos de dar por establecida una relación jurídica y definir su alcance.

La relación jurídica supone una abstracción respecto de la realidad. Del conjunto de relaciones sociales el derecho califica sólo algunas como relevantes: Y, aún más específicamente, aquellas relaciones sociales que el derecho norma, no son consideradas en toda su complejidad vital concreta, sino en razón de algunos de sus elementos. En otras palabras, del continuo de las relaciones de la vida, sólo una parte es calificada como pertinente por el derecho.

3. En consecuencia, la relación jurídica comprende dos elementos: uno relacional, que se expresa en un vínculo entre personas que acaece en la realidad social; otro propiamente jurídico, que está dado por una norma de derecho, que puede provenir de la ley, de un contrato u otro acto jurídico, o de otra fuente reconocida por el derecho, y que establece como relevantes ciertos aspectos de ese vínculo social.

El concepto de relación jurídica muestra que el ámbito de lo social que resulta jurídicamente relevante es variable, pero siempre limitado. Por un lado, ello es consistente con la naturaleza de la justicia, la virtud o bien jurídico por excelencia. La justicia es la menos exigente de las virtudes; no exige particular heroísmo en el cumplimiento del deber, ni amor hacia el prójimo (como la caridad), sino le basta con atribuir a cada uno lo suyo (esto es, lo que le corresponde como derecho). Por otro lado, en las sociedades constituidas bajo los principios del constitucionalismo democrático, el derecho es reticente a interferir en el ámbito crecientemente privado de las convicciones religiosas o de las diversas formas de vida que coexisten en una sociedad pluralista; ello, en contraste, ha dado lugar a nuevos institutos de protección jurídica de la individualidad, como se muestra en los derechos de la personalidad.

## **II. SENTIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICA**

4. La relación jurídica comprende un vínculo entre personas, en virtud del cual surgen, por lo general, uno o más derechos subjetivos y uno o más deberes jurídicos correlativos.

La doctrina jurídica contemporánea ha tendido a concebir el derecho privado y crecientemente el derecho público, desde la perspectiva de los derechos subjetivos. Ello se explica por razones éticas (porque el derecho subjetivo es el instrumento jurídico de la libertad), como por razones lógicas (porque la gran generalidad de las normas jurídicas puede ser concebida a la luz de un sujeto titular de un derecho amparado por el orden jurídico). Sin embargo, la noción de relación jurídica posee la ventaja de poner en evidencia la estructura interpersonal que subyace al derecho, incluido el derecho privado.

El derecho privado atiende a las relaciones que se tienen por una persona con otras personas determinadas (como ocurre en las relaciones de familia o con las que emanan de un contrato de arrendamiento), o las que surgen entre el titular del derecho y el resto de la comunidad como efecto del señorío reconocido respecto de ciertos bienes, y que

puede ser hecho valer respecto de los demás (como ocurre con el derecho a la vida privada o con el derecho de propiedad). En el primer caso la relación jurídica es relativa, pues están determinados tanto el titular del derecho, como quien soporta el deber jurídico. En el segundo caso es absoluto, pues el vínculo queda establecido entre el sujeto a quien el derecho reconoce el derecho subjetivo y el resto de la comunidad, que tiene un deber de tolerancia y respeto. La distinción será analizada en mayor detalle al tratar los derechos absolutos y relativos.

5. La relación jurídica usualmente es compleja, pues comprende un conjunto de relaciones específicas que están relacionadas entre sí. El contrato de compraventa, por ejemplo, es una institución que crea entre comprador y vendedor un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, interdependientes entre sí: el comprador tiene, entre otros, el derecho a que le sea transferida la cosa vendida, a que el vendedor le garantice la posesión si un tercero reclama derecho preexistente sobre ella, a que la cosa sirva para su uso convenido o natural; el vendedor, por su parte, tiene el derecho principal a recibir el precio y otros derechos conexos. Por otra parte, los derechos y deberes del comprador y del vendedor están internamente conexos entre sí, de modo que se influyen mutuamente; así si el comprador no paga el precio, el vendedor puede suspender la tradición de la cosa (art. 1552) o pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios (art. 1489 y 1826 II).

Algo parecido rige respecto de los derechos absolutos. Así, por ejemplo, los derechos de la personalidad suelen encontrar su límite en la libertad de información, de modo que la relación jurídica que tenemos con los demás respecto de nuestra honra o privacidad está sustancialmente configurada también por la posición que el derecho reconoce a los demás para informar al público sobre asuntos de interés general (Constitución, art. 19 números 4° y 12°). Lo mismo se muestra en el derecho absoluto patrimonial por excelencia, el de propiedad, cuya definición legal contiene en sí dos extremos: por un lado, la propiedad asegura el derecho a usar, gozar y disponer arbitrariamente de una cosa, pero, por el otro, se establece que tales atributos deben ejercerse dentro de los límites de la ley (en el sentido genérico de derecho objetivo con que frecuentemente es usado el término ley en el derecho civil) y el derecho subjetivo ajeno (art. 582).

En atención a la complejidad que suele presentar, la relación jurídica ha sido concebida metafóricamente como un organismo o estructura que comprende un conjunto de relaciones específicas definidas por el derecho (Larenz/Wolf). La ventaja de poner énfasis en la relación jurídica como elemento estructural del derecho privado radica en que la atención se pone en la función relacional que el derecho necesariamente posee. Ese vínculo interpersonal se expresa en derechos y en deberes, que suelen estar interrelacionados entre sí. Ello no significa discutir la función técnica primordial que tiene el derecho subjetivo en el derecho moderno. Sólo que a la luz de la relación jurídica, los derechos subjetivos resultan discernibles como atribuciones que la ley confiere a las personas en sus relaciones con los demás; que es el enfoque clásico de la doctrina de la justicia.

### III. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO

#### (a) Sujetos

6. La relación jurídica de derecho privado es un vínculo entre personas privadas. Pertenece al ámbito que los pensadores políticos han definido como sociedad civil. Ello no impide que el poder público participe en la creación y control de la observancia de reglas aplicables a relaciones privadas (como lo hace efectivamente en ámbitos tan diferentes como la familia y el mercado de valores). Significa más bien que en la relación jurídica ninguno de los sujetos actúa como portador de una autoridad pública respecto de los otros.

Por eso, aunque en una relación jurídica de derecho privado participen personas jurídicas de derecho público, ello no altera su naturaleza, pues el ente público no puede invocar una prerrogativa especial frente a las otras personas que participan del vínculo. En las relaciones jurídicas de derecho privado participan sujetos que pueden tener diferentes conocimientos, destrezas o fortunas, pero que carecen de potestad para normar el comportamiento de los demás. El derecho privado tiende más bien a corregir ciertos desequilibrios, estableciendo reglas que limitan posiciones de poder (como el ordenamiento sobre libre competencia y los estatutos protectores de incapaces, trabajadores, inversionistas o consumidores. por ejemplo).

#### (b) Derecho subjetivo, acción civil y acción procesal

7. En su forma más usual las relaciones jurídicas privadas dan lugar a uno o más derechos subjetivos. El derecho subjetivo privado se muestra en el reconocimiento por la ley de una acción civil o pretensión que se puede hacer valer por medio de un tribunal. Así, el propietario tiene el derecho a gozar privativamente de la cosa; y si ese derecho es perturbado porque un tercero actuando con negligencia destruye la cosa, el propietario tiene el derecho conexo a ser indemnizado por quien causó el daño. Esta pretensión que el derecho reconoce al titular del derecho subjetivo infringido puede tener por objeto que sea restituido en el derecho (como cuando el propietario reclama restitución de la cosa que está bajo posesión de un tercero) o puede tener un objeto diferente (como ocurre en el caso de la indemnización del perjuicio causado por la destrucción de la cosa).

Desde un punto de vista técnico, el elemento esencial del derecho subjetivo reside en el reconocimiento de la acción o pretensión que se puede hacer valer coactivamente por intermedio de los tribunales. La relación jurídica, que expresa un vínculo normativo entre dos o más personas sólo es reconocible como específicamente jurídica si existe una norma que establece una pretensión (algo que se puede pedir que se haga efectivo coactivamente si el derecho es infringido). Por mucho que se pueda objetar la tesis positivista de que el único elemento estructural del derecho reside en la sanción que el derecho establece, no puede desconocerse que una diferencia esencial del derecho respecto de otras instituciones normativas (la religión, la moral, las costumbres) radica en que su eficacia está garantizada porque se reconocen acciones.

La acción civil es el instrumento que pone el derecho subjetivo en pie de guerra: es la pretensión que se puede hacer valer coactivamente. Para hacer valer la pretensión, a su vez, se hace valer un tercer derecho, el de reclamar la intervención de un tribunal. Se trata de una forma particularmente eficaz del derecho de petición, cual es la de provocar que se trabé una relación jurídica procesal con el demandado y con el tribunal competente. Este derecho a solicitar la intervención judicial también recibe el nombre de derecho a la acción. Sin embargo, este derecho procesal a la acción, es diferente de la pretensión o acción civil. La acción en sentido procesal es un derecho potestativo (ver infra pár. 44), que se posee y ejerce aunque en definitiva el juez declare que el demandante no tenía la pretensión o acción civil que reclamaba. En tal evento la acción en sentido procesal (derecho a exigir la intervención de la justicia) ha sido ejercida exitosamente (porque el tribunal se ha pronunciado sobre el asunto) aunque haya denegado la existencia legal de la pretensión (por ejemplo, por falta de prueba o porque estaba prescrita). En ello se muestra que hay una diferencia entre la acción civil o pretensión y la acción procesal. La doctrina romana extendió el nombre de acción (*actio*) a ambos derechos, de modo que en el lenguaje jurídico marcado por la tradición romanista, se habla de acción indistintamente en el sentido procesal y material (civil o constitucional, por ejemplo). Aunque la palabra 'pretensión' expresa correctamente el sentido de la acción civil, de modo que puede usarse indistintamente con ésta, no resulta sencillo para la dogmática civil abandonar el término acción (reservándolo al derecho procesal). En efecto, el Código Civil y la doctrina civil hablan de acción en sentido de pretensión, y no resulta necesario sustituir ese uso. Como ocurre con la palabra 'derecho', del contexto casi siempre resulta inequívoco si el término es usado en un sentido sustantivo o procesal. En lo sucesivo se hará referencia indistinta a los conceptos de acción o pretensión para referirse a la acción en sentido sustantivo (civil o constitucional).

(c) Deber jurídico

8. En su sentido más elemental el derecho es normativo porque establece deberes de conducta. El deber cautelado por medio de una sanción coactiva es la definición más simple que se ha dado del derecho positivo. Por elemental que sea el deber (como ocurre con los deberes de tolerancia que son el correlato de los derechos absolutos), en general el derecho subjetivo se soporta en un deber de conducta que el derecho establece respecto de otros. Ello se muestra especialmente cuando al derecho subjetivo sigue la acción civil. Aquello que desde el punto de vista activo, del titular del derecho subjetivo, aparece como acción (reinvindicación, indemnización, resolución), desde el punto de vista de quien ha infringido el deber aparece como sanción (tener que restituir la cosa que poseía; pagar indemnización; soportar la ineficacia de un contrato).

Aunque lo usual en el derecho privado es que la observancia de los deberes está cautelada por quienes son titulares de derechos subjetivos correlativos (al comprador corresponde exigir que el vendedor entregue la cosa vendida), es usual en el caso de las regulaciones legales y administrativas que no den lugar a derechos subjetivos privados. Es el caso, por ejemplo, de las reglas del tránsito o de las que regulan las emisiones industriales, que dan lugar a sanciones penales o administrativas, pero que sólo excepcionalmente dan lugar a una acción civil indemnizatoria. El mero incumplimiento de la regla no da lugar a acción privada; sólo quien sufre un daño a consecuencias del

incumplimiento de un deber de cuidado tiene una acción civil para perseguir que cese el daño y se le indemnicen los perjuicios. De ahí que los derechos subjetivos privados no sean el correlato necesario de los deberes jurídicos. Por cierto que ello no significa que el cumplimiento del deber no esté protegido por una acción; sólo que ésta pertenece a la autoridad pública que asume el interés de la comunidad (como ocurre con las infracciones a la ley del tránsito que no den lugar a accidentes).

A la inversa, también existen derechos que no tienen como contrapartida un deber de otra persona. Es el caso de los derechos que el orden jurídico otorga para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas privadas. Así, por ejemplo, el mandatario tiene derecho a renunciar al encargo y el titular de un derecho de opción tiene la potestad de configurar el contrato que la otra parte le ha prometido celebrar. En estos casos se habla de derechos en el sentido de potestades para producir efectos jurídicos por medio de actos jurídicos (unilaterales o bilaterales). Alguna distinguida doctrina niega que en estos casos pueda hablarse propiamente de 'derechos', reservando este concepto para los derechos que tienen por correlato un deber ajeno (Coviello). Sin embargo, en el lenguaje jurídico se habla usualmente de 'derechos' para referirse a estas potestades, que la doctrina denomina 'derechos potestativos' (infra, pág. 44). Lo peculiar de estos derechos es que tienen su antecedente en una regla contractual o legal que confiere la respectiva competencia<sup>2</sup>.

9. El deber jurídico puede aparecer relegado a un segundo plano en ciertas relaciones jurídicas privadas, como ocurre en el caso de la propiedad, de los derechos de la personalidad y, en general, de los derechos absolutos. En otros casos, por el contrario, el deber tiene una significación esencial, como ocurre en las relaciones de familia o en las que tienen su origen en un contrato. El lenguaje que emplea el derecho civil es sintomático de la diferencia: la propiedad es tratada como uno de los 'derechos reales'; los derechos de crédito, por el contrario, forman parte del 'derecho de obligaciones'. En un caso, lo determinante es la relación del titular de derecho con el bien y resalta el aspecto activo del derecho (como define el art. 577 I el derecho real); en el otro, resulta esencial la conducta del obligado (véanse ilustrativamente los arts. 578 I, 1438, 2314). Por eso, aunque desde un punto de vista lógico se puede afirmar que toda relación jurídica tiene idéntica estructura, lo cierto es que, como las relaciones de la vida, el deber jurídico tiene una dimensión variable en la relación jurídica: hay prerrogativas que podemos hacer valer respecto de cualesquiera otros (donde el deber es difuso y secundario), y derechos a que alguien se comporte de una cierta manera (donde el deber es preciso y determinante del contenido del derecho). Ello se muestra si se compara la relación jurídica existente en razón de un contrato entre un técnico que presta un servicio a una empresa y el derecho de propiedad. Mientras en el último caso lo determinante es definir atributos o potestades que el derecho reconoce al titular sobre la cosa, en el

---

<sup>2</sup> Técnicamente estos derechos potestativos no tienen su origen en normas que prescriben una conducta (reglas normativas o simplemente normas), sino en reglas que confieren potestades o competencias normativas (llamadas por H.L.A. Hart reglas secundarias o de reconocimiento).

segundo, el derecho de la empresa sólo resulta discernible a la luz de los deberes de conducta que soporta el técnico. En ambos casos la relación podrá tener los mismos elementos lógicos, pero el tipo de vínculo es diferente. Así se explica que la más importante clasificación del derecho patrimonial sea en derechos reales (Código Civil, libro II) y obligaciones (Código Civil, libro IV).

#### IV. NACIMIENTO, VIGENCIA Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA

10. Las relaciones jurídicas tienen vigencia en un horizonte temporal definido; el vínculo interpersonal que ellas expresan nace, perdura y se extingue. El derecho señala cuales hechos tienen precisamente el efecto creador, modificadorio o extintivo de las relaciones jurídicas. Por eso, para dar por establecida una relación jurídica (y, por tanto, los derechos subjetivos que ella expresa), resulta necesario acreditar los hechos que la ley califica como condicionantes para su nacimiento, modificación o extinción. Genéricamente, esos hechos que tienen efectos jurídicos son denominados hechos jurídicos.

En este plano también se plantea la relevancia de las cuestiones de hecho en la vida práctica del derecho. Para hacer valer judicialmente una pretensión, el actor debe probar los hechos que sirven de antecedente a la relación jurídica respectiva: si se reclama reivindicación, habrá de probarse la propiedad, lo que a su vez supone probar los hechos que dan lugar a los modos de adquirir la propiedad; si se reclaman perjuicios emanados de un hecho ilícito que ha causado daño, deberán probarse todos los hechos que la ley señala como requisitos para que haya lugar a la acción indemnizatoria (daño, hecho culpable, causalidad entre el hecho y el daño): si se reclaman alimentos, deberá ser probada la relación de familia que da lugar a ese derecho. En cada caso la ley fija las condiciones o requisitos de hecho concurrentes para que la pretensión sea reconocida. Por eso, la vida del derecho supone atender a los hechos a la luz del derecho, lo que se muestra en el lugar decisivo que tiene la prueba de los hechos en el proceso judicial.

11. Los más elementales hechos jurídicos son el nacimiento y la muerte. Las relaciones jurídicas de mayor entidad se originan por el hecho del nacimiento y vinculan a la persona que nace con el resto de la comunidad y con su familia (derechos de la personalidad y de familia). Incluso antes del nacimiento, ya la gestión da lugar a relaciones jurídicas de protección (Constitución, art. 19 N°1 II, Código Civil, arts. 74 II y 75 y las normas penales que sancionan el aborto). A su vez, la muerte es otro hecho natural que produce tanto la extinción, como el nacimiento de relaciones jurídicas: extingue los derechos de quien muere y, al mismo tiempo, da origen a una nueva relación jurídica respecto de los bienes transmisibles del causante, que son adquiridos en razón de un modo de adquirir que tiene por hecho condicionante precisamente la muerte (sucesión por causa de muerte).
12. Además de los hechos naturales que el derecho califica de jurídicos, como el nacimiento y la muerte, parte esencial del derecho privado está constituido por hechos del hombre voluntarios que tienen efectos generadores, modificadorios o extintivos de relaciones jurídicas.

El más genérico de los hechos voluntarios que poseen ese efecto es el acto jurídico. El acto jurídico tiene su fundamento en una atribución de competencia que el derecho otorga

a las personas para intervenir autónoma y descentralizadamente en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas. Por eso, el acto jurídico ha sido definido como un hecho jurídico voluntario realizado con intención de producir efectos jurídicos. A la definición usual habría que agregar que tales efectos son reconocidos por el derecho en razón de una regla que otorga el respectivo derecho potestativo. El acto jurídico es expresión del principio de la autonomía privada, en virtud del cual, dentro de los límites que establecen la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts- 1461 u 1467), los sujetos privados pueden regular sus propias relaciones.

El más característico de los actos jurídicos es el contrato, caracterizado como el acto jurídico bilateral o convención que tiene por efecto crear obligaciones y, por consiguiente, los derechos personales correlativos). Pero también otros actos jurídicos, diferentes del contrato, poseen efectos en derecho privado (como el testamento, el reconocimiento de hijo natural o la convención que modifica el plazo de una obligación preexistente). Las finalidades pueden ser múltiples y en su perfeccionamiento pueden participar una o más partes (actos jurídicos unilaterales o bilaterales). Su tipificación completa no es posible, porque el principio de autonomía privada comprende la facultad de realizar actos jurídicos que no están previstos por la ley.

Finalmente, la ley atribuye efectos jurídicos a otros hechos del hombre que no son realizados en ejercicio de una potestad creadora, modificatoria o extintiva de relaciones jurídicas. Es el caso de los hechos que causan daño a un tercero que bajo ciertas circunstancias dan a éste un derecho a ser indemnizado (usualmente cuando han sido realizados con dolo o culpa) o de otros hechos voluntarios que dan lugar a obligaciones restitutorias como ocurre cuando se ha pagado lo que no se debía y, en general, en las hipótesis de enriquecimiento sin causa (véanse arts. 1437, 2284, 2314).

13. En definitiva, el derecho atribuye a ciertos hechos jurídicos efectos que se materializan en el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Estos hechos corresponden a aquellas secciones de la realidad social, e incluso natural, que resultan relevantes a efectos del derecho. Del conjunto inaprensible de acontecimientos que afectan la vida de relación, el derecho selecciona algunos como relevantes y les atribuye efectos jurídicos. Esa es la conexión más elemental que existe entre las normas del derecho y la realidad.
14. Así, la estructura lógica esencial de la relación jurídica muestra lo característico del derecho: sólo algunos hechos de la realidad son calificados como relevantes. Esta tipificación de lo jurídicamente relevante puede ocurrir con distinta precisión, pero usualmente se exigirá de la técnica legislativa o contractual que el hecho que condiciona el nacimiento, modificación o extinción de la relación jurídica sea definido con tanta inequívocidad como resulte posible atendido el fin de la norma.

La importancia del hecho condicionante que da origen a la relación jurídica se muestra en el derecho privado en la diferencia entre derecho subjetivo y meras expectativas. Sólo una vez cumplido el hecho condicionante del nacimiento de la relación jurídica, la mera expectativa, no protegida por el derecho objetivo, deviene en un derecho subjetivo, que sí

es objeto de protección civil y constitucional.

## **CAPITULO SEGUNDO** **DERECHO SUBJETIVO**

### **I. FUNCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO PRIVADO**

15. La relación jurídica permite comprender el derecho como un vínculo normativo entre personas, acentuando el aspecto relacional del ordenamiento. Sin embargo, la noción de relación jurídica tiene un rol técnico secundario en el derecho privado, en comparación con la de derecho subjetivo. El derecho subjetivo se relaciona con el predominio de la persona en la tradición jurídica moderna. El derecho subjetivo es la forma como el derecho concibe la autonomía que el derecho reconoce a las personas para desarrollar su vida y su actividad del modo más libre que resulte compatible con la libertad de los demás y con los intereses colectivos o difusos de la sociedad. En tal sentido, la construcción dogmática del derecho privado en torno a la idea de derecho subjetivo no es moralmente neutra (es ideológica, señala Kelsen). Sin embargo, como lo ha expresado un jurista contemporáneo, “la idea del derecho subjetivo mantiene viva la concepción de que el derecho privado y la protección jurídica que le es característica, finalmente sirven a la conservación de la libertad del individuo en la sociedad, que la libertad personal es una de las ideas fundamentales del derecho, para cuyo efecto existe un derecho privado; pues el derecho privado es el derecho de los miembros de una comunidad que actúan con independencia recíproca y según sus propias decisiones” (H. Coing).

A este individualismo ético, que constituye el trasfondo valórico de la construcción moderna del derecho privado a partir de la noción de derechos subjetivos, se agrega la versatilidad técnica del concepto. El derecho como se ha señalado, no se limita a reconocer posiciones respecto de los demás, sino agrega el elemento de la pretensión (acción en sentido civil) y de la acción procesal para reclamar la intervención de la justicia. Por lo general, la pretensión puede ser hecha valer exclusivamente por el titular del derecho subjetivo. En otras palabras, el orden jurídico otorga a cada persona los instrumentos para que haga valer sus derechos. El comprador tiene el derecho a que el vendedor le haga tradición de la cosa vendida. Si el vendedor no satisface su derecho, la ley define las pretensiones que puede hacer valer el comprador (ejecución forzada, resolución del contrato, indemnización por el retardo) y le abre la posibilidad de demandar al tribunal competente un pronunciamiento (en ejercicio de la acción procesal). La comunidad pone a disposición los medios, pero es el propio titular del derecho quien debe hacerlo valer. Por eso, el aspecto personal del derecho subjetivo no sólo se muestra conceptualmente como atributo de libertad, sino constituye una característica técnica del derecho privado y, esencialmente, también del constitucional: la observancia del derecho privado es tarea de los interesados, a quienes el derecho otorga las acciones civil y procesal.

16. Desde un punto de vista filosófico e histórico, se ha criticado que la noción de derecho subjetivo se apoya en una concepción individualista de la persona, que asume que la sociedad puede ser entendida como una yuxtaposición de personas dotadas de prerrogativas que recíprocamente pueden hacer valer en su propio interés (individualismo metódico). Así, el derecho quedaría despojado del aspecto relacional que le resulta

constitutivo. Por mucho que el derecho subjetivo, en el derecho privado y en el constitucional, haya sido el instrumento conceptual y técnico para ampliar la libertad personal, tendría por efecto ignorar el papel que tiene en el derecho la noción de justicia, que atiende a un orden armonioso que atribuye bienes en una perspectiva relacional (M. Villey); o tiene el efecto de limitar la deliberación pública acerca de lo que es correcto desde el punto de vista del derecho, que la retórica de los derechos subjetivos tiende a ocultar (M.A. Glendon).

El concepto de derecho subjetivo también ha sido atacado desde la perspectiva opuesta del positivismo. La noción de derechos subjetivos resulta sospechosa para un concepto positivista de derecho construido a partir de la identificación de derecho y estado. Lo característico del derecho es su forma de validación y la coactividad asociada a sus sanciones. El rol del derecho es dirigir la conducta bajo amenaza de sanciones. Sólo indirectamente puede hablarse de derechos, en consecuencia, porque éstos sólo serían el reflejo de normas orientadas a regular el comportamiento: el derecho subjetivo sería un elemento secundario de una norma cuyo sentido esencial estaría dado por la sanción a una cierta conducta (H. Kelsen).

A pesar de estas reservas, el concepto de derecho subjetivo ha conservado un rol predominante en la construcción legal y doctrinaria del moderno derecho privado. Las críticas, con todo, han obligado plantear problemas cruciales que la doctrina radicalmente individualista que culminó en el s. XIX había ignorado. Ejemplos de esta evolución son el recurso a conceptos normativos generales como los de buena fe (art. 1546), orden público y buenas costumbres (art. 1461) para establecer un límite interno y externo al ejercicio legítimo de los derechos (infra, cap. VIII).

## **II. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO**

### **(1) El derecho subjetivo como poder**

17. Concebido el derecho subjetivo como instrumento técnico para garantizar esferas de libertad y autodeterminación a las personas, el núcleo de su definición jurídica resulta ser la atribución al titular de un poder de actuación cautelado por el derecho. El derecho subjetivo comprende un “poder hacer” y un “poder excluir” del goce de los bienes sobre los que recae.

No debe extrañar que el concepto de derecho subjetivo se remonte a la temprana modernidad, especialmente a la escolástica española del s. XVI, que lo definió precisamente como facultad o potestad que se reconoce por el derecho a su titular. El concepto fue desarrollado a propósito de la propiedad y sirvió para expresar la libertad de que gozaba el propietario para usar, gozar y disponer de la cosa, en oposición a las vinculaciones típicas del ordenamiento medievo (Luis de Molina).

Esta idea es refirmada por los juristas de la escuela moderna del derecho natural y recibe su consagración en el código francés de 1804. A ello se agrega, en el s.XIX, la influencia del individualismo ético de Kant, quien había definido el derecho como “el conjunto de

condiciones, bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser conjugado con el arbitrio del otro bajo una ley general de libertad”. El derecho positivo aparece como forma externa de la libertad; su papel es reconocer un ámbito de libertad a la persona, lo que supone ampliar el ámbito de decisiones que queden entregadas a su propia voluntad. Por mucho que el derecho subjetivo sólo aparezca en la relación jurídica (esto es, en la relación entre persona y persona, determinada por una regla de derecho), el concepto es abstraído de esa relación jurídica y deviene en un poder que se reconoce a la voluntad del titular, sea que lo ejerza personalmente o por medio de sus representantes legales (como ocurre con los incapaces).

18. El concepto de derecho subjetivo como poder que el derecho reconoce al titular es puramente formal. El derecho subjetivo otorga una prerrogativa que el titular ejerce a discreción. Así, el propietario respecto de la cosa, toda persona respecto de su vida privada, el acreedor respecto de la prestación del deudor tienen derechos cuyo ejercicio está entregado a su propio arbitrio. El titular del derecho no tiene por qué justificar sus actos u omisiones en la medida que actúe en el marco de su derecho.

Por otra parte, el concepto de derecho subjetivo como poder muestra la forma de actuación del derecho subjetivo. Si éste es afectado, se ha visto que es al propio titular a quien está entregada la defensa, para cuyo efecto el derecho objetivo proporciona los medios sustantivos (pretensión, esto es, lo que se puede pedir o acción en sentido civil) y procesales (el derecho a exigir una decisión judicial o acción en sentido procesal).

## **(2) El derecho subjetivo como interés cautelado por el derecho**

19. Bajo influencia utilitarista, el derecho positivo ha sido concebido, en contraste con el enfoque del individualismo ético, como un medio para aumentar el bienestar. El elemento central del derecho pasan a ser los fines que persiguen satisfacer sus normas. Desde esta perspectiva, los más diversos intereses humanos pueden ser cautelados por medios jurídicos. El derecho subjetivo es definido, en consecuencia, como un interés jurídicamente protegido (Jhering).

La definición del derecho como interés se ha mostrado fértil para explicar el sentido y alcance del derecho subjetivo. En efecto, concebido como poder jurídico el contenido del derecho queda entregado exclusivamente a las normas del derecho positivo que definen sus atributos. Pero tal definición formal del alcance del derecho no resulta suficiente cuando se trata de discernir su contenido y sus límites (infra, cap. VIII).

20. Cuando se hace referencia al interés como elemento esencial del derecho subjetivo no se alude al interés concreto de los sujetos de una relación jurídica. Desde la perspectiva del bienestar o del bien general resulta necesario que el derecho ordene la vida en común, lo cual exige generalidad. Por eso, al derecho privado le preocupan las instituciones del contrato, de la propiedad. En consecuencia, el interés relevante para determinar el alcance y límites del derecho subjetivo no es el interés concreto del titular, sino el genérico de todos los que se encuentran en las situaciones de comprador, de propietario o de hijo. En otras palabras, del mismo modo como no puede haber un lenguaje privado de cada cual, tampoco pueden haber instituciones jurídicas que atiendan

a las peculiaridades específicas de los intereses en juego en cada relación jurídica. Los intereses relevantes a efectos del derecho subjetivo tienen necesariamente un carácter general y abstracto: son los cautelados por la respectiva institución jurídica.

### (3) Evaluación

21. Carece de sentido el intento de descubrir cual es la esencia del instituto jurídico del derecho subjetivo, porque se trata de un concepto instrumental del derecho, especialmente en el derecho privado y constitucional. Con todo, pareciera que la noción de derecho subjetivo no puede prescindir de la idea de poder jurídico reconocido al titular. El derecho privado actúa sobre la base de entregar a cada cual el ejercicio y cautela de sus derechos. Por eso, a pesar de las reservas que plantea la doctrina del interés, no se ha debilitado la concepción de los derechos como el reconocimiento de un poder para controlar un deber (Raz). Incluso las doctrinas que niegan la categoría de derecho subjetivo finalmente deben recurrir a conceptos análogos (como el de 'situación jurídica subjetiva', que usa parte de la doctrina italiana contemporánea), al momento de analizar el sistema del derecho privado. En consecuencia, los intereses o bienes cautelados son relevantes al momento de determinar el contenido y límites del derecho subjetivo, pero no afecta el carácter esencialmente atributivo de un "poder hacer" o "poder impedir" que caracteriza a todo derecho subjetivo.

Sin embargo, la definición de un concepto fundamental, como el de derecho subjetivo, supone un discernimiento diferenciado de las funciones del derecho: "cualquiera libertad, concebida como derecho altera la distribución de poderes: confirma o confiere poder a algunas personas restringiendo los poderes de otras" (Weinreb). De este modo, por mucho que la libertad contenga un elemento moral de autodeterminación, también supone consecuencias para los demás. Por eso, la definición del derecho subjetivo como poder necesariamente debe ser moderada por la finalidad del derecho de contribuir al bienestar general (o al bien común, según la clásica denominación del derecho natural).

Así, no debe extrañar que la doctrina tienda a aceptar la unión de los contrarios, con la consecuencia de que el derecho subjetivo es concebido como un poder jurídico que el derecho reconoce a la persona con el fin de que disfrute de un bien o satisfaga sus propios intereses. En este concepto mixto la incondicionalidad formal del poder aparece moderada por la idea de fin: el poder es reconocido sólo para la satisfacción de intereses legítimos.

### III. CONTENIDO DEL DERECHO SUBJETIVO

22. De la explicación precedente se concluye que todo derecho subjetivo comprende un poder jurídico reconocido al titular para realizar muy diversos intereses o bienes humanos. Así, el derecho privado reconoce derechos subjetivos tan distintos como la propiedad sobre cosas corporales, el derecho de autor, el crédito que emana de un contrato de préstamo de dinero, o el que se tiene sobre la honra y la privacidad.

En cada caso, el derecho subjetivo se expresa en la atribución de facultades al sujeto titular del derecho subjetivo. En la medida que el contenido de esa atribución puede ser

en extremo diferente según el tipo de derecho subjetivo, los deberes correlativos que genera la relación jurídica recíprocamente también pueden ser muy diversos: deberes de mero respeto (como la propiedad o la privacidad), de realizar una cierta conducta en favor del titular (como en la prestación de servicios) y, en general, cualquier conducta orientada a satisfacer el bien o interés protegido por el derecho.

Como se ha expresado, también existen derechos que no corresponden a una norma de conducta que debe ser observada por un tercero, sino constituyen potestades que la ley o el contrato atribuyen al titular para crear, modificar o extinguir mediante acto jurídico una relación jurídica (infra párr. 44).

23. El grado de determinación del derecho subjetivo es una dimensión variable. Los derechos constitucionales están, por ejemplo, expresados en el texto de la Constitución de una manera muy general, de modo que su alcance, límites y la forma como concurren recíprocamente está esencialmente entregado al desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Por su analogía constitucional lo mismo ocurre con el aspecto privado de los derechos de la personalidad, cuyas fronteras son difusas, porque aún no se establece una doctrina comúnmente aceptada respecto de su alcance y sus límites.

Con todo, la tendencia de todo sistema de derecho evolucionado es a definir con cierta precisión las atribuciones que comprenden los derechos, lo que suele ocurrir por vía legal o contractual. Lo característico del derecho subjetivo es la exclusividad que se reconoce al titular, lo que exige al menos un núcleo relativamente inequívoco acerca del bien o interés cautelado. Con todo, a menudo, especialmente en el derecho constitucional, tal núcleo es muy abstracto y no contiene las condiciones específicas de ejercicio del derecho. La mayor ventaja relativa del derecho privado, que es asimismo condición de su eficacia como ordenamiento jurídico básico de la actividad económica, es la relativa precisión del contenido atributivo de los derechos subjetivos que confiere: los derechos del propietario, del acreedor, del heredero están definidos con la suficiente precisión como para que exista certeza acerca de su alcance y, por consiguiente, de su valor económico.

#### **IV. LA PROTECCIÓN MATERIAL DEL DERECHO SUBJETIVO: LA ACCIÓN CIVIL O PRETENSIÓN.**

##### **(1) Derecho subjetivo y pretensión**

24. Se ha visto que el contenido de un derecho subjetivo no necesariamente coincide con la pretensión que el derecho reconoce a su titular para hacerlo valer coactivamente ante terceros. La acción civil o pretensión constituye un derecho conexo al derecho subjetivo: así, por ejemplo, si un tercero interviene ilícitamente causando daño en la propiedad ajena, el propietario tiene el derecho conexo al de propiedad de ser indemnizado de los perjuicios. Este derecho conexo no es idéntico al derecho de propiedad, pero le es instrumental.

En nuestra tradición jurídica generalmente se reconoce al titular de un derecho patrimonial una acción en naturaleza para obtener la satisfacción directa del interés

cautelado por el derecho: así, el titular de un derecho de crédito tiene la acción de ejecución forzada de la obligación y el titular real goza de la acción reivindicatoria para recuperar su posesión. La acción constitucional de protección ha completado el sistema de acciones civiles en naturaleza, extendiéndolas a derechos extrapatrimoniales. Por cierto que a veces la acción en naturaleza no resulta posible (como cuando se ha causado un daño irreparable a una cosa ajena), caso en el cual el titular dispone de una acción en equivalencia (la indemnización de perjuicios).

Aunque el derecho principal sea absoluto -esto es, sea de aquéllos que se pueden hacer valer contra cualquiera persona (infra, párr. 50), la pretensión siempre es un derecho relativo, que se hace valer contra una o más personas específicas (como se muestra en el ejemplo de la indemnización que se hace valer respecto de quien ha causado el daño y de la reivindicación que se hace valer contra el actual poseedor).

La acción civil o pretensión representa aquello que tiene derecho a pedir judicialmente el titular de un derecho subjetivo. El vehículo de que se sirve la pretensión es la acción en sentido procesal, que se materializa en la demanda judicial. Por eso, el Código de Procedimiento Civil al designar el contenido de la demanda civil señala que ésta debe contener “La enunciación clara y precisa, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del tribunal” (art. 254 N°5), esto es, de las acciones civiles o pretensiones que se hacen valer por medio de la acción procesal (demanda).

25. La pretensión constituye en verdad un elemento esencial del derecho subjetivo. De la naturaleza de la pretensión se puede inferir el alcance de un derecho. En efecto, un derecho sin pretensión, sin algo que resulte exigible a la siga de su infracción, carece de sentido en el terreno del derecho (a diferencia de la moral). Por eso, se ha dicho que el derecho, una vez lesionado, soporta una especie de metamorfosis y deviene en una pretensión.

El derecho reconoce la existencia de deberes jurídicos que no resultan exigibles (como ocurre en materia civil con las obligaciones naturales; ver art. 1470). Por lo mismo, a tales deberes no corresponden derechos subjetivos: sólo si el deudor cumple voluntariamente tales obligaciones, se muestra que la obligación existía, porque no existe pago de lo no debido y, por consiguiente, quien recibe no tiene el deber de restituir.

26. La esencialidad de la acción civil en relación con el derecho subjetivo se muestra ejemplarmente a propósito de la extinción por prescripción. Las acciones se pierden por prescripción extintiva (esto es, por no haberse ejercido durante un lapso de tiempo) o por prescripción adquisitiva del mismo derecho por un tercero (véanse arts. 2492, 2514 y 2498). La prescripción extintiva opera respecto de los derechos personales y la adquisitiva, respecto de los reales. Lo relevante en el caso de la prescripción extintiva es que el derecho subjetivo no se extingue por vía principal, sino consecencial: porque prescribe extintivamente la acción civil, el derecho subjetivo amparado por ésta pierde su sustento. La satisfacción del derecho subjetivo queda entregada a la voluntad del deudor, como en el caso de los deberes morales: la obligación civil que tenía el deudor deviene en una obligación puramente natural que carece de acción (art. 1470 N°2).

## (2) Tipos de acciones

27. Cada rama del derecho reconoce acciones para hacer valer las normas del respectivo ordenamiento: así, la acción penal persigue la responsabilidad por delitos penales; las acciones constitucionales de amparo, protección e inaplicabilidad persiguen la cautela de las garantías constitucionales y asegurar la supremacía de la Constitución. El más complejo sistema de acciones corresponde al derecho privado, lo que es explicable atendida la amplia sección de la vida social que es objeto de sus normas. La pretensión que tiene su fundamento en el derecho privado es la acción civil.
28. Cada tipo de derechos subjetivos privados, se caracteriza por un conjunto de acciones civiles que los protegen. De este modo, la clasificación de las acciones civiles corresponde esencialmente a los tipos de derechos. Así, en materia patrimonial el código habla de acciones reales para referirse a las pretensiones que hacen de derecho reales (art. 577 II) y de acciones personales para referirse a los que nacen de derechos personales (art. 578).
29. Las acciones patrimoniales pueden, además, ser muebles o inmuebles, según sea la cosa que se debe (art. 580). El propio Código señala los ejemplos: “Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble” (art. 580 in fine). Asimismo son muebles las acciones que persiguen la ejecución de un hecho, toda vez que según la ley, “los hechos que se deben se reputan muebles” (art. 581). La clasificación de las acciones en muebles e inmuebles tiene importancia a efectos de determinar el tribunal que será competente para conocer del conflicto: si la acción es inmueble, será por lo general el del lugar donde éste se halle; si es mueble, por lo general será el del domicilio del demandado (Código Orgánico de Tribunales, arts. 134 ss.).

## (3) Pluralidad de acciones

30. Es frecuente que el incumplimiento de la conducta debida de lugar a diversas acciones. Un ejemplo legal es el conjunto de acciones que surgen para el acreedor si el deudor incumple una obligación de hacer (como la de construir un camino). El art. 1553 entrega al acreedor tres acciones diferentes: que se apremie al deudor, con arrestos o multas a efectos de que cumpla su obligación (Código de Procedimiento Civil, art. 543); que se transforme de obligación en una de pagar una suma de dinero necesario para encargar la realización de la obra o servicio a un tercero; o que se paguen derechamente los perjuicios sufridos en razón del incumplimiento. Otro ejemplo de pluralidad de acciones se presenta con ocasión del incumplimiento de una de las obligaciones que nacen de un contrato bilateral, esto es, de aquéllos en que las partes se obligan recíprocamente (art. 1489); la parte cumplidora posee respecto de la incumplidora dos acciones alternativas, además de una copulativa: que se haga efectivo el cumplimiento forzado de la obligación, o bien que se declare resuelto el contrato, además de la indemnización de perjuicios en uno y otro caso.

El ejemplo también muestra que las acciones plurales pueden ser incompatibles (como ocurre con las de resolución y cumplimiento forzado, en caso de incumplimiento de

obligaciones emanadas de un contrato bilateral) o pueden ser compatibles y, consecuentemente, acumulables (como ocurre con la de indemnización de perjuicios, en el mismo ejemplo).

31. Un problema se presenta cuando el hecho que precede a la acción puede ser calificado de diversas maneras. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las lesiones causadas a un paciente por un médico negligente: el hecho puede ser calificado como incumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales, que se rige por las normas de la responsabilidad contractual; o también puede ser calificado como un atentado contra el derecho a la integridad corporal, que se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual. ¿Puede la víctima elegir la acción que habrá de ejercer, según cuál sea la de su mayor ventaja?, ¿o bien debe predominar una calificación sobre la otra, de modo que la víctima sólo tenga la acción que emana de la calificación que resulta correcta? Si la ley no resuelve la cuestión, se plantea un problema interpretativo que, por lo general, sólo se puede resolver atendiendo a la relevancia relativa de las instituciones en juego. En el ejemplo hay razones para afirmar que sólo procede la acción contractual en razón de la supremacía del acuerdo contractual (que haría prevalecer el principio de que las relaciones privadas se rigen preferentemente por el acuerdo de las partes, si lo hay). Pero también se puede invocar que el interés de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual es proteger a la víctima (lo que haría prevalecer la función reparadora de la indemnización). La doctrina más reflexiva se resiste a dar una respuesta puramente conceptual a la materia, lo cual muestra que incluso en problemas de apariencia puramente técnica, como es el concurso de acciones, la solución de vacíos legales o de concurrencia de soluciones interpretativas supone recurrir a fines y principios orientadores que no usualmente están formulados en la ley.

#### (4) Excepciones del demandado

32. Se ha mostrado la diferencia entre la pretensión o acción civil (aquello que el titular del derecho subjetivo tiene derecho a exigir en caso que le sea infringido) y la acción procesal (la petición que se plantea a un tribunal para que conozca y resuelva acerca de la pretensión que plantea el demandante o actor en sentido procesal). La acción procesal es el medio o vehículo para hacer valer la pretensión o acción civil (supra, párr. 24). Una diferencia análoga, se puede plantear desde el punto de vista pasivo. Tanto la acción civil o pretensión, como la acción procesal, pueden ser impugnadas por el demandado. El derecho de defensa del demandado está reconocido constitucionalmente (art. 19 N°3 II) y constituye un derecho potestativo que no está sujeto a otros límites que los propios de todo derecho subjetivo (infra, párr. VIII 3b v).
33. El demandado puede defenderse por dos vía alternativas: puede simplemente negar la pretensión que hace valer el demandante, caso en el cual se habla de alegaciones o defensas; o bien puede alegar hechos o circunstancias que persiguen atacar la acción procesal o la pretensión o acción civil, en cuyo caso interpone excepciones.

La interposición de alegaciones o defensas produce esencialmente un efecto probatorio en el juicio. El actor se verá en la necesidad de probar los hechos jurídicos que han dado lugar a la relación jurídica que invoca como fundamento de su pretensión (art. 1698).

34. La acción procesal no es en principio neutralizable, pues sólo excepcionalmente los tribunales tienen la competencia para declararla inadmisibile. Sin embargo, el demandado dispone de las llamadas excepciones dilatorias, cuyo fin es corregir vicios de procedimiento (Código de Procedimiento Civil, art. 303). Su efecto es postergar el inicio del juicio (de ahí su denominación). Son, por ejemplo, excepciones dilatorias la incompetencia del tribunal ante el cual ha sido presentada la demanda (de modo que la demanda debe ser presentada ante otro tribunal) y la falta de un requisito formal en la interposición de la demanda (como, por ejemplo, que la demanda no contenga pretensiones concretas). Una vez corregidos los vicios o rechazadas las excepciones dilatorias, el demandado no puede evitar ser llevado a juicio.
35. Las excepciones que tienen por fin neutralizar la acción civil o pretensión se denominan excepciones perentorias, y son interpuestas, por lo general, en la contestación de la demanda. Las excepciones perentorias, a diferencia de las alegaciones o defensas, se basan en hechos jurídicos cuyo efecto es impedir el nacimiento, destruir o suspender la pretensión del actor.

La más típica de las excepciones perentorias que impiden el nacimiento del derecho invocado, es la nulidad del acto o contrato que el actor señala como fundamento de su pretensión. La nulidad produce el efecto de que las partes son restituidas al estado en que se hallarían si no se hubiese celebrado el acto o contrato nulo (art. 1.687 I). Aunque también puede ser objeto de acción, la nulidad es la más fuerte de las excepciones: se impugna que el derecho subjetivo haya alguna vez existido, porque se priva de eficacia jurídica al acto que le sirve de antecedente.

Una excepción perentoria que tiene por objeto destruir la pretensión es la prescripción. No se discute la existencia del derecho subjetivo, sino la extinción de la acción civil para hacerlo efectivo, sea porque otra persona adquirió la propiedad sobre la cosa (prescripción adquisitiva, que es la forma como consecuentemente se pierden los derechos reales) o porque ha prescrito extintivamente por no haberse ejercido la acción en el plazo que la ley concede (prescripción extintiva, que es la forma como se extinguen los derechos personales). Genéricamente, son excepciones de este tipo las que no tienen por objeto negar la existencia del derecho, sino alegar su extinción. Es, por ejemplo, el caso del pago de lo que se debía y, en general, los modos de extinguir las obligaciones (ver art. 1567).

Las excepciones perentorias pueden también referirse a que el deber no resulta exigible, aunque sea reconocido. La finalidad de la excepción en estos casos es suspender el ejercicio de la acción. Presentan una cierta analogía con las excepciones dilatorias, pero no pretenden corregir procedimiento (defectos de la acción procesal), sino postergar la exigibilidad del derecho invocado por el actor. Son excepciones de este tipo la existencia de un plazo aún pendiente (art. 1496, primera frase) y la que tiene cada parte en un contrato bilateral a no cumplir con su propia obligación mientras la otra no cumpla, o no se allene a hacerlo en la forma y tiempo debidos (art. 1552).

36. Las excepciones se fundan en hechos jurídicos que les sirven de fundamento (por

ejemplo, un vicio de nulidad, el plazo de prescripción o el pago). Es un principio jurídico que quien invoca hechos en su favor debe probarlos. El principio está establecido por el código en materia de derecho de obligaciones (art. 1698), pero es de aplicación general en el derecho privado. En consecuencia, quien plantea una excepción tiene la carga de probar aquellos hechos que la justifican. Distinto es el caso si se plantea una mera alegación o defensa: en la medida que el demandado se limita a desconocer el derecho invocado por el demandante, corresponde a éste probar los hechos que sirven de antecedente a ese derecho (idem).

## V. SUJETO TITULAR DEL DERECHO SUBJETIVO.

37. Una doctrina jurídica asentada afirma que no hay derecho subjetivo sin sujeto que sea su titular. Recíprocamente, el lugar central del derecho subjetivo en la construcción moderna del derecho privado se asienta precisamente en la autonomía que se reconoce a la persona para hacer valer bienes o intereses que le son reconocidos.
38. Cualquier sujeto de derecho es titular de derechos subjetivos. Ello se expresa en la capacidad de goce, el más elemental de los atributos de la personalidad, y que se expresa precisamente en la aptitud jurídica para ser titular de derechos.

Las personas naturales son titulares de derechos en una mayor extensión que las jurídicas, porque disponen, además de los derechos privados, los públicos de participación política y en toda su extensión los derechos de la personalidad. Sin embargo, en cuanto resulten compatibles con su propia naturaleza, tales derechos también se extienden a las personas jurídicas. Así, se ha llegado a discutir si disponen de un derecho a la honra y otros derechos de la personalidad. En general, la tendencia expansiva del derecho subjetivo a todas las formas de personalidad es un reflejo del lugar central que posee ese concepto en el derecho contemporáneo: un interés legítimo o un bien que una persona jurídica pretenda, requiere revestir la forma de un derecho para que obtenga cautela civil o constitucional.

39. Del mismo modo como los grupos de personas organizados en la forma de personas jurídicas son titulares de derechos, también lo es la comunidad en general, representada por el Estado, a nivel central, y por las municipalidades a nivel local. De este modo, los intereses de la comunidad son cautelados por personas jurídicas de derecho público a las que la Constitución confiere esa función. En este aspecto reside, desde la perspectiva de los derechos subjetivos, la *summa divisio* del derecho en público y privado: los intereses públicos son cautelados por órganos de la administración del Estado y por las municipalidades, que son los entes territoriales por excelencia en un régimen político unitario, como es el chileno; las relaciones privadas, incluso aquéllas en que participan entes públicos (como cuando el Estado contrata servicios o adquiere una cosa), dan lugar a derechos subjetivos privados regidos por el derecho privado.

Desde luego que también el derecho privado cumple funciones de interés general. De hecho, las instituciones jurídicas de la propiedad, el contrato, la responsabilidad civil y la familia poseen funciones esenciales para el bienestar de la comunidad. Con todo existe una diferencia esencial si se atiende al interés cautelado: el derecho privado no autoriza a

los sujetos privados para actuar en representación de intereses o bienes colectivos, por lo general indivisibles (como la seguridad pública), sino radica en cada persona la responsabilidad para hacer valer sus derechos (en tal sentido, a pesar de su sede constitucional, el recurso de protección participa esencialmente de las características del derecho privado).

40. La distinción entre intereses colectivos, que deben ser hechos valer por entes públicos (órganos de la administración del estado y municipales) y la atribución a los sujetos privados de derechos y acciones civiles o constitucionales para ejercer sus propios derechos tiende a diluirse en el caso de los llamados intereses difusos. Es típico de los intereses difusos que pertenecen separadamente a diversas personas (a título de intereses privados de esa persona), pero que, sin embargo, tienen una cierta dimensión colectiva o supraindividual. Lo determinante en el interés difuso es que, a diferencia del interés colectivo, es discernible un interés concreto de diversos individuos, a diferencia de aquél que hace referencia a un interés general indivisible (como el interés en la defensa nacional, por ejemplo).

Son típicamente intereses difusos los referidos en las antiguas acciones civiles populares, entregadas a cualquier sujeto para prevenir ciertos riesgos que amenazan a muchos: la acción civil para solicitar el cuidado o destrucción de obras que amenazan a los que transitan por caminos, plazas u otros lugares de uso público (art. 948), y para solicitar que cese el riesgo de daño que por imprudencia o negligencia ajena amenace a personas indeterminadas (art. 2.333). En ambos casos podría decirse que quien acciona participa de un riesgo, que, sin embargo, en virtud de su agregación al riesgo que afecta a muchos otros, adquiere una entidad colectiva, que justifica la acción popular y, especialmente el premio que se otorga a quien la ejerce judicialmente (arts. 948 II y 2.334).

41. Técnicamente, en el caso de intereses difusos validados por el derecho positivo existe un derecho individual a la acción civil, en la medida del daño o del riesgo que sufre cada persona en particular. Sin embargo, ocurre a menudo que este interés individual es de una intensidad tan débil que difícilmente podrá ser configurado como derecho subjetivo. Es lo que usualmente ocurre en materias de medio ambiente o de patrimonio cultural o natural, por ejemplo.

Surge en el derecho moderno la pregunta acerca de los medios más eficaces para hacerse cargo de estos bienes. En general, el derecho es reticente a admitir que personas o grupos diferentes a las municipalidades o los órganos de la administración del Estado asuman la representación de intereses generales. Por eso, la tendencia es que la acción pertenezca personalmente sólo a aquéllos cuyos derechos hayan sido personalmente afectados. En tal sentido, las acciones populares reconocidas por el Código Civil son excepcionales y de derecho estricto (esto es, su alcance se limita a los precisas situaciones referidas por la ley).

Un camino para evitar que las personas privadas se arroguen la representación de intereses generales y para que, sin embargo, los intereses difusos tengan suficiente protección es la creación de órganos administrativos especializados (como el Servicio Nacional del Consumidor o la Fiscalía Nacional Económica), que eventualmente pueden

ejercer una cautela administrativa o actuar judicialmente. Más cercanas a las técnicas propias del derecho privado son las acciones civiles colectivas (class actions) provenientes del derecho norteamericano, que autorizan, mediante procedimientos sencillos, la adhesión de un número indeterminado de titulares de una pretensión para actuar conjuntamente (por ejemplo, en casos de productos defectuosos que causan daño a amplios sectores de la población); el procedimiento de las acciones colectivas supone que cada cual ejerce su derecho; sin embargo al distribuirse los costos y riesgos de no tener éxito en la acción procesal se hace económicamente viable la acción civil que pertenece a muchos.

## VI TIPOS DE DERECHOS SUBJETIVOS

42. Atendida la generalidad que posee el concepto de derecho subjetivo, resulta inevitable que los diversos tipos de derechos presenten características diferentes entre sí. Las distinciones que a continuación son analizadas no tienen un interés puramente clasificatorio, sino corresponden a tipos de derechos que participan de una estructura distintiva, que se muestra en sus características y en las pretensiones conexas que se reconocen al titular.

### (1) Derechos públicos y derechos privados

43. Los derechos subjetivos públicos y los privados corresponden a la principal división del derecho objetivo. Por consiguiente el derecho subjetivo será público o privado según pertenezca al derecho público o al privado la norma que da lugar a la relación jurídica. En este lugar sólo se hará una referencia general a los derechos subjetivos públicos.

Hay derechos subjetivos públicos que se reconocen a las personas. Algunos son derechos políticos de participación ciudadana, especialmente el derecho a sufragio y el de postulación a cargos públicos. Otro conjunto es el de los derechos fundamentales consagrados por la constitución y por tratados internacionales, cuya peculiaridad es que no sólo se pueden ejercer contra órganos del estado, sino también directamente respecto de otras personas privadas (especialmente en el caso de los derechos cautelados por el recurso de protección). En cuanto rigen las relaciones entre personas privadas, y a pesar de su fundamento constitucional, pertenecen típicamente al ámbito interpersonal del derecho privado. Algunos derechos fundamentales se materializan en el derecho privado en los llamados derechos de la personalidad (infra, párr. 81).

Pero también existen derechos públicos que son el instrumento que el Estado y las municipalidades poseen respecto de las personas en ejercicio de la potestad pública (como el derecho a la percepción de impuestos). Recíprocamente, las personas privadas tienen derechos respecto del Estado en cuanto al funcionamiento de los servicios públicos en la forma establecida por la ley.

El ámbito de los derechos que se pueden hacer valer contra el Estado (en tanto existe el deber legal de alguno de sus órganos de satisfacer un interés o un bien) depende de la extensión del llamado estado social; son típicamente derechos sociales, como la educación y la salud. La extensión de los derechos sociales es esencialmente tarea de la

ley, pues su satisfacción supone atribuir recursos públicos<sup>3</sup>.

También existen los derechos funcionarios, que expresan el estatuto laboral y funcional de la administración del Estado, en cuanto establece derechos patrimoniales y estrictamente funcionarios a quienes participan en la gestión pública.

De esta tipificación no exhaustiva se puede comprobar que los derechos públicos son de índoles muy diversas. Su estudio detallado pertenece al derecho constitucional y al administrativo.

## (2) Derechos potestativos y derechos a la conducta ajena

44. En general, según una distinción que se remonta a la filosofía analítica (Wittgenstein, J.L. Austin, Searle) y que ha sido recogida por la teoría del derecho (Hart), se pueden distinguir dos tipos de reglas: unas prescriben conductas estableciendo deberes y derechos subjetivos correlativos; otras establecen una autorización o competencia para crear nuevas reglas o modificar reglas vigentes. Las primeras son propiamente normas de conducta; las segundas confieren potestades para conformar relaciones jurídicas nuevas o para modificar las existentes.

En un orden jurídico complejo las potestades normativas están distribuidas entre diversos órganos. Típica del derecho privado, sin embargo, es la potestad de las personas para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas por medio de actos jurídicos privados. El acto jurídico resulta eficaz en virtud de la atribución a las personas de ordenar por sí mismas las relaciones en que participan. El principio jurídico que expresa esta potestad se denomina autonomía privada (llamada libertad contractual en cuanto habilita para celebrar contratos que resulten jurídicamente obligaciones).

45. La autonomía privada tiene usualmente como límite que nadie puede imponer deberes a otro sin su propio consentimiento. Por eso, el acto jurídico más general es el contrato, un acto jurídico bilateral (convención), en virtud del cual dos partes convienen en ciertas

---

<sup>3</sup> Es sintomático de ello que los derechos sociales consagrados por la Constitución no den usualmente acción para exigir su satisfacción. En general, los derechos que significan una prestación positiva del Estado (educación, salud) sólo pueden ser satisfechos mediante la atribución de recursos públicos, materia que corresponde esencialmente decidir al legislador (Constitución, art. 64). Por eso, resulta explicable que los derechos a la educación y a la salud no están amparados por la acción constitucional de protección (las garantías del art. 19 números 9 y 10 están excluidas de la enumeración que hace el art. 20 de la Constitución). Con todo, hay casos en que se ha reconocido por vía de protección el derecho a recibir prestaciones públicas de salud con fundamento en el derecho a la vida reconocido en el art. 19 N°1 de la Constitución (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXII (1985) N°3, secc. 5a., pág. 277 ss.).

obligaciones. El derecho otorga plena fuerza obligatoria a los contratos que se celebran en el marco autorizado por la ley (art. 1.545). Esa es la más amplia regla potestativa que conoce el derecho privado.

Las personas privadas también pueden tener facultades para modificar o extinguir relaciones ya existentes: pueden convenir en que un contrato quede sin efecto (resciliación), en el pago de una obligación (en que una parte da a la otra lo debido y ésta acepta lo pagado), en conceder un plazo para el cumplimiento, en transferir una a la otra la propiedad sobre una cosa (tradición) y sobre cualesquiera otras materias lícitas. En congruencia con el principio de autonomía privada, las normas legales del derecho privado tienen un carácter supletorio, esto es, rigen a menos que las partes de la respectiva convención no acuerden lo contrario.

46. Más excepcionalmente, estos derechos potestativos también pueden ejercerse en la forma de actos jurídicos unilaterales que dan lugar a nuevas relaciones jurídicas.

Los típicos derechos potestativos unilaterales que dan lugar a nuevas relaciones jurídicas son el derecho a testar y el derecho a la acción procesal. Mediante el testamento el testador establece relaciones jurídicas relativas a su patrimonio que tendrán efecto después de su muerte (alterando, dentro de los límites que la ley establece, el destino que la ley fija supletoriamente a ese patrimonio en ausencia de testamento). Mediante la acción procesal, quien asegura tener una pretensión fundada en un derecho subjetivo puede provocar unilateralmente la creación de una relación jurídica procesal.

El acto unilateral más concreto que configura relaciones jurídicas es la ocupación, mediante la cual se adquiere por un acto voluntario de apropiación el dominio sobre una cosa que no pertenece a nadie, a condición de que su adquisición esté tolerada por el derecho (art. 606). Quien ocupa una cosa carente de propietario (*res nullius*) configura un derecho de propiedad por el mero acto jurídico unilateral de la ocupación (la aprensión de la cosa con ánimo de hacerse dueño).

El derecho a configurar unilateral una relación jurídica puede tener su fuente también en un contrato. Es típicamente el caso del contrato de opción, en cuya virtud una parte se obliga para con otra a venderle o comprarle un bien a un cierto precio si ésta ejerce unilateralmente la opción en un plazo futuro. A pesar de su importancia en el comercio contemporáneo la opción no está regulada por el Código Civil, de modo que debe regirse por las normas del contrato de promesa de celebrar un contrato (art. 1.554).

En circunstancias que es típico de los actos jurídicos que sólo producen efectos relativos a quienes participan en él, la creación unilateral de relaciones jurídicas es de derecho estricto, esto es, sólo procede cuando existe una autorización legal o contractual expresa.

47. Pero también puede ocurrir que una persona tenga el derecho potestativo a actuar unilateralmente sobre relaciones jurídicas ya existentes. Es el caso, por ejemplo, del derecho a poner término a una relación mediante declaración de terminación del contrato de trabajo (Código del Trabajo, art. 155 ss.); de desahucio del arrendamiento (art. 1.951); de renuncia del socio a la sociedad (art. 2.108); de renuncia del mandatario al encargo recibido (art. 2.167) o de revocación por el mandante del encargo conferido al mandatario

(art. 2.165). En general, se concede un derecho unilateral de terminación en los contratos que producen efectos permanentes en el tiempo (llamados de tracto sucesivo) y que no tienen plazo convenido.

En estos casos, como en aquéllos en que una persona está autorizada para crear unilateralmente relaciones jurídicas, se hace excepción a la regla de que una relación jurídica personal sólo puede ser extinguida o modificada en razón del consentimiento de todas las partes. Por eso, la potestad unilateral debe estar establecida por la ley o en el contrato. La ley establece a menudo, sin embargo, limitaciones a este acto unilateral como medida de protección al otro contratante (como típicamente ocurre con los contratos de trabajo y arrendamiento de inmuebles), sea exigiendo fundamento o razón, como en el contrato de trabajo (Código del Trabajo, art. 160 s.), sea estableciendo plazos para que se haga efectiva la terminación como en el arrendamiento de bienes urbanos (ley N°18.101).

48. Los derechos potestativos se ejercen mediante acto jurídico. Tienen la característica, anticipada al comenzar esta sección, de que no dan derecho respecto de la conducta ajena, de modo que no tienen como contrapartida un deber jurídico. Corresponden a competencias o potestades que el orden jurídico confiere a las personas para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas privadas. Su estudio pertenece a la doctrina del acto jurídico y del contrato. En lo sucesivo, salvo que se haga referencia expresa a los derechos potestativos, cuando se hable de derechos se tendrán en consideración aquéllos que tienen como contrapartida un deber jurídico.

### (3) Tipos de derechos subjetivos según sus efectos; derechos absolutos y relativos

49. El aspecto técnico del derecho subjetivo se muestra en esta clasificación: el derecho subjetivo puede tener correlato pasivo el deber de todas las otras personas, caso en el cual es **absoluto**; o el deber de conducta de una o más personas determinadas, caso en el cual es **relativo**. La clasificación atiende a la estructura de la relación jurídica existente entre el titular del derecho y quienes soportan el deber.
50. (i) Los derechos absolutos tienen como contrapartida el deber universal de respetar el goce exclusivo de un bien por parte del titular. Los derechos de la personalidad, en el ámbito extrapatrimonial, y los reales, en el patrimonial, son los tipos de derechos absolutos que se distinguen en el derecho privado.

Lo característico de los derechos absolutos es que conceden al titular un ámbito de libertad o señorío respecto de bienes patrimoniales de las creaciones del espíritu y de calidades esenciales de su personalidad. Por lo mismo el derecho absoluto comprende la facultad de excluir a terceros del bien que el derecho atribuye en exclusividad al titular: el propietario tiene derecho a excluir a terceros de la cosa (a menos que estos terceros tengan un derecho concurrente) y toda persona tiene derecho a que su intimidad, imagen, honra y los demás bienes de la personalidad no le sean turbados o privados (salvo que intervenga su aceptación).

La cautela de los derechos absolutos se produce por vía de la acción constitucional denominada de protección, que persigue prevenir o poner término a la turbación o privación del derecho (en la medida que sea reconducible a una garantía constitucional amparada con la protección según el art. 20 de la Constitución) y mediante las acciones civiles que corresponden (acción reivindicatoria, acción de omisión o cesación de una turbación, acción indemnizatoria). Aunque el derecho sea absoluto, la acción civil o constitucional se tiene respecto de aquélla persona concreta que ha desconocido o afectado el goce del derecho.

51. (ii) Los derechos relativos tienen por objeto la conducta de personas determinadas que están obligadas a hacer o no hacer algo. El derecho es relativo porque sólo se refiere a una o más personas. Son típicamente derechos relativos en el orden patrimonial, los derechos personales o de crédito que tiene el acreedor respecto del deudor en una relación obligatoria (por ejemplo, la que emana de un contrato de compraventa). En el orden extrapatrimonial los principales derechos relativos se producen en el ámbito de la familia y de las corporaciones (asociaciones profesionales, por ejemplo).

Las acciones civiles que surgen de los derechos personales son de muy diversa índole desde la ejecución forzada de la obligación o indemnización de perjuicios en el orden patrimonial, hasta la acción para reclamar la paternidad que el hijo (representado legalmente si es menor) puede entablar en contra del padre que no lo ha reconocido voluntariamente. La acción personal se dirige contra el sujeto pasivo de la respectiva relación jurídica.

#### **(4) Tipos de derechos subjetivos según su objeto**

52. Los derechos extrapatrimoniales tienen por objeto un bien jurídico no susceptible de evaluación pecuniaria, como la vida, la honra, la libertad, la intimidad privada o la relación de cuidado al interior de la familia.

Sin embargo, la infracción de un derecho extrapatrimonial puede tener efectos patrimoniales. Ante todo, porque la lesión de un bien extrapatrimonial suele causar un daño moral consistente en un perjuicio corporal o espiritual (lesiones físicas; dolor afectivo por la muerte de un hijo u otra persona particularmente cercana; pérdida de la honra o la privacidad, por ejemplo). El daño moral no es reparable en naturaleza; sin embargo, es comúnmente aceptado en el derecho moderno que deba ser retribuido a la víctima en la forma de una indemnización en dinero.

Por otra parte, de la lesión de un derecho extrapatrimonial se pueden seguir, además del daño moral, perjuicios patrimoniales. Así, de un accidente causado negligentemente, que lesiona la integridad física (esto es, un derecho de la personalidad, de naturaleza extrapatrimonial) se pueden seguir perjuicios patrimoniales, en razón de la incapacidad temporal para trabajar (lucro cesante) o de los gastos de atención médica (daño emergente).

De este modo, los derechos extrapatrimoniales suelen tener un aspecto patrimonial latente que se muestra en la pretensión indemnizatoria que usualmente sigue a su lesión.

Los principales derechos privados extrapatrimoniales son los derechos de la personalidad y los derechos de familia.

53. (iii) Los derechos patrimoniales son susceptibles de evaluación pecuniaria. Tienen por objeto directo una ventaja económica apreciable en dinero. Los derechos patrimoniales constituyen el instrumento jurídico de la economía privada. Se clasifican en reales (el más amplio de los cuales es la propiedad) y personales (como los que surgen de un contrato).
54. En los párrafos siguientes se analizarán los principales tipos de derechos subjetivos. Primeramente serán analizados los derechos patrimoniales, luego los de familia y finalmente los de la personalidad.

**(5) Derechos patrimoniales**

**(a) Derechos reales**

**(i) Concepto:**

55. El artículo 577 del Código Civil define los derechos reales como "aquellos que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona".

Esta definición responde a la concepción clásica, que concibe al derecho real como una relación directa entre el sujeto titular del derecho y una cosa. El derecho real expresa una relación inmediata y excluyente de señorío de una persona sobre una cosa, de modo que el aspecto pasivo se manifiesta esencialmente cuando el derecho es infringido. Por cierto que el derecho real tiene por correlato un sujeto pasivo universal: todos tenemos el deber de respetar el derecho del titular sobre la cosa. Pero se trata de un deber de mera tolerancia y respeto, característica típica de los derechos absolutos.

El más amplio derecho real es el de dominio o propiedad que confiere al titular facultades de usar, gozar y disponer de una cosa según su arbitrio dentro de los límites de la ley y del derecho ajeno (art. 582). El dominio establece un poder sobre la cosa que el titular ejerce discrecionalmente dentro de lo que según el derecho positivo resulta admisible.

**(ii) Objeto de los derechos reales:**

56. Con la sola excepción de la herencia (que recae sobre una universalidad jurídica), los derechos reales recaen sobre cosas determinadas. Cosa en sentido jurídico es el objeto susceptible de apropiación, y que posee, por lo tanto, valor económico. A su vez, las cosas pueden ser corporales, incorporales e inmateriales.

Las cosas corporales "son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos" (art. 565), como, por ejemplo, un terreno o un automóvil; y las cosas incorporales "son las que consisten en meros derechos (arts. 565; 576 y siguientes).

La calificación de los derechos como cosas facilita la actuación del derecho como instrumento de una economía basada en intercambios: no sólo las cosas corporales

pueden ser objeto de derechos (y por consiguiente, transferibles), sino también los derechos. Así, el crédito que tiene el comprador para que el vendedor le entregue la cosa comprada es un derecho y, como tal, una cosa incorporal. Sobre estas cosas incorporales señala el artículo 583 existe una especie de propiedad. Es decir, la ley admite que seamos titulares de derechos sobre derechos: así, se puede transferir o gravar un crédito; se puede ceder un usufructo (para que el usufructuario se apropie de los intereses) y, en general, actuar sobre los derechos como propietario. Sólo el derecho de propiedad se confunde con la cosa sobre cual recae (porque carece de sentido una propiedad sobre la propiedad). En consecuencia, los derechos son cosas y como tales objetos de apropiación, de modo que pueden transferirse y transmitirse. En el ejemplo de la compraventa, el comprador tiene propiedad sobre su crédito contra el vendedor y éste tiene propiedad sobre su crédito por el precio, con la consecuencia de que uno y otro pueden ser heredados, en caso de muerte del titular, o transferidos a un tercero, por acto entre vivos.

A pesar de las reservas de la doctrina (A. Guzmán), la jurisprudencia ha tendido a extender en cierto sentido descontroladamente el derecho de propiedad sobre derechos (así, por ejemplo, se ha afirmado que hay propiedad sobre la matrícula universitaria). Esta expansión del derecho de propiedad ha tenido su sede especialmente en el recurso de protección. En circunstancias que la protección es una pretensión que sólo puede hacerse valer respecto de los derechos constitucionales expresamente enumerados en el art. 20 de la Constitución, la jurisprudencia ha tendido en ocasiones a extender el concepto de "propiedad sobre derechos" a la titularidad sobre derechos que sólo remotamente podrían ser calificado siquiera de patrimoniales. No existe una evolución análoga en el ámbito estrictamente civil.

Excepcionalmente, existen derechos personalísimos, que no pueden ser transferidos ni gravados: son cosas intransferibles (artículo 1464 N°2), ligadas exclusivamente a satisfacer una necesidad del titular (derecho de alimentos, art. 304; derechos de uso y habitación, art. 819).

57. Finalmente, el derecho conoce las cosas inmateriales, que comprenden las creaciones del espíritu, esto es, "las producciones del talento o del ingenio" (art. 584). Son cosas sobre las cuales se tiene una especie de propiedad protegida por la ley (leyes sobre propiedad intelectual N°17.336 que regula el derecho de autor, y sobre propiedad industrial N°19.039, que regula marcas, patentes, modelos y otras invenciones). Sobre las creaciones del espíritu se tiene un derecho moral a ser identificado como autor (ley N°17.336, art. 14) y además se tiene un derecho patrimonial, que la ley asimila a la propiedad (art. 584). Así, el autor de una obra o de un programa de computación puede autorizar contractualmente su edición o su utilización por tercero y el dueño de una marca o de una patente industrial puede transferirla a un tercero<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> El derecho de autor que consagra la ley sobre propiedad intelectual tiene un doble carácter, patrimonial y extrapatrimonial. Al derecho patrimonial que se tiene sobre la creación objetivada (que permite, por ejemplo, al escritor ceder los derechos a una empresa editorial), se suma el derecho moral que el autor tiene sobre la identidad y sobre la integridad de su obra (ley N°17.336, art. 14).

(iii) Los tipos de derechos reales están establecidos por la ley.

58. El artículo 577 II del Código Civil señala que son derechos reales: el derecho de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso y habitación, las servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. También son reales, en parte, el derecho de censo<sup>5</sup>, y el derecho de aprovechamiento de aguas (Código de Aguas, art. 6°).

La única fuente de derechos reales es la ley. No hay otros derechos reales que los expresamente establecidos. A diferencia de los derechos personales, que quedan entregados a la creatividad espontánea, se ha entendido que los tipos de derechos reales son establecidos por normas de orden público. Su carácter absoluto hace que su efecto universal resulte demasiado extenso como para que quede entregado a la voluntad privada de creación de otros tipos de derechos reales.

(iv) Tipos de derechos reales:

59. Si bien, el titular de un derecho real tiene un poder inmediato sobre la cosa, este poder puede ser pleno o limitado. El más amplio de los derechos reales es el de propiedad. Sin embargo, el derecho de propiedad puede estar limitado por la existencia de otros derechos reales concurrentes sobre la misma cosa. Estos derechos reales constituyen, por consiguiente, derechos reales limitados a ciertas facultades del dominio (usufructo, uso y habitación y servidumbre) o cumplen funciones de garantía de cumplimiento de obligaciones (prenda e hipoteca). Características especiales tiene el derecho de herencia, que recae sobre todo el patrimonio del causante (esto es, no sólo comprende derechos, sino también obligaciones).
60. Propiedad: La propiedad es el derecho más amplio que se puede tener sobre una cosa. El Código Civil lo define como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (art. 582).

La propiedad es el derecho real más extenso tanto en atención a su objeto, como en cuanto a las propiedades o facultades que confiere. Así, pueden ser objeto de propiedad cualquier tipo de cosas, ya sea corporales (art. 582), incorporales (art. 583) o inmateriales (art. 584).

---

<sup>5</sup> El censo es una institución legal que dejó de ser aplicada luego que el Código Civil le introdujera severas modificaciones. En el censo se conviene una renta (derecho personal) que queda garantizada por una propiedad censuada (derecho real). De ahí la norma del art. 579. Hace algunos años fue utilizada como medio de evadir las obligaciones para con los acreedores (sustrayendo un bien de la persecución de los acreedores hipotecarios); sin embargo, los tribunales no dieron lugar a las excepciones en razón del fraude.

Igualmente es el más extenso en cuanto a las facultades que otorga, ya que confiere el derecho a usar, a gozar y disponer de la cosa. La facultad de **usar** la cosa consiste en aprovecharse de ella sin alterar su naturaleza, esto es, de servirse de la cosa (como habitar una casa o conducir un automóvil). La facultad de **gozar** la cosa agrega al uso un elemento adicional: el aprovecharse de los frutos y productos de la cosa<sup>6</sup>. La facultad de **disponer** de la cosa comprende dos prerrogativas distintas entre sí: la facultad de disponer materialmente de la cosa (como, por ejemplo, consumiéndola o transformándola) y la facultad de disponer jurídicamente de ella (como, por ejemplo, transfiriéndola o gravándola con prenda o hipoteca).

Si el propietario está privado del uso o del goce porque se ha constituido algún derecho real de usufructo, uso o habitación sobre el bien, se dice que es **nudo propietario**: conserva la propiedad, pero carece de sus atributos principales. Con todo, siempre está latente que la propiedad se vuelva a consolidar porque en el derecho moderno las desmembraciones del dominio son esencialmente temporales. Solo las servidumbres suelen ser perpetuas (pero se pueden extinguir por prescripción si no son ejercidas).

61. Herencia: Si bien la herencia se asimila a la propiedad en cuanto a la extensión de las facultades que confiere a su titular, se diferencia porque no recae sobre cosas singulares, sino sobre un patrimonio (universalidad jurídica). Por eso, la herencia no sólo comprende derechos, sino también todas las obligaciones transmisibles del difunto (art. 1097). El derecho de herencia puede ser transferido a un tercero como universalidad jurídica (cesión del derecho de herencia).
62. Derechos reales que constituyen desmembramientos del dominio: Los derechos reales de usufructo, uso y habitación y servidumbre que otorgan al titular uno o más de los atributos del dominio reciben en conjunto el nombre de desmembraciones del dominio. El desmembramiento no extingue el derecho del propietario, sino que lo grava con una limitación, el propietario está privado del todo o parte del uso y goce del bien sobre el que recae.

Los **derechos de uso y habitación** confieren a su titular el derecho de **usar** una cosa y de **habitar** una casa, respectivamente, esto es, se limitan naturalmente a la facultad de uso. Sólo excepcionalmente se puede reconocer al titular la facultad de gozar de una parte limitada de sus utilidades y productos. En consecuencia, es un usufructo limitado a la facultad de uso (y excepcional y limitadamente al goce). Es un derecho personalísimo, de modo que es intransferible e intransferible (art. 811 inc. 1°). La fuente más frecuente en la práctica de derechos de uso y habitación es el testamento.

---

<sup>6</sup> Son frutos aquellas cosas que provienen de otra cosa principal en forma periódica y renovable. Pueden ser naturales (como, por ejemplo, los frutos de un árbol) o civiles (como los intereses de un mutuo de dinero o la renta de arrendamiento) (art. 644 y 647 Código Civil). Los productos, en cambio, se caracterizan por ser no renovables y agotables (como, por ejemplo, el mineral que se extrae de una mina).

El derecho de usufructo comprende las facultades de **usar** y **gozar** de una cosa, con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla o de devolverla en igual cantidad y calidad. En tal sentido, el usufructuario tiene amplias facultades sobre la cosa, pero, por lo general, no puede disponer materialmente de ella. Puede constituirse un usufructo tanto sobre cosas corporales como incorporeales, tales como acciones o créditos de dinero (donde los frutos son respectivamente los dividendos y los intereses). Como en el caso de los derechos de uso y habitación, la constitución del usufructo es una práctica usual en el derecho sucesorio, como cuando el causante quiere asegurar testamentariamente el goce de una cosa a un heredero en particular.

Las servidumbres constituyen una limitación o gravamen impuesto sobre un predio en beneficio de otro predio de distinto dueño (art. 820). Se caracterizan por ser un gravamen que soporta la propiedad, pero que no afecta genéricamente el uso o goce de la cosa (como los derechos de uso, habitación y usufructo), sino consisten en una carga específica que se impone a un inmueble en beneficio de otro. La servidumbre tiene la peculiaridad de ser un derecho doblemente real: quien soporta el gravamen es el predio sirviente, quienquiera sea a lo largo del tiempo el dueño de ese predio, y es titular del derecho el propietario de otro predio (predio dominante), también con independencia de quien sea ese dueño. Una típica servidumbre es la de tránsito: en favor de un predio (predio dominante) que carece de acceso a un camino público, la ley establece el derecho de gravar otro predio (predio sirviente), con la carga de tener que soportar el paso hacia el predio dominante, beneficiado con la servidumbre (art. 847). Es frecuente que la ley establezca servidumbres con el objeto de favorecer el desarrollo de actividades económicas: las de tránsito y de acueducto provienen del derecho romano y tienen por finalidad favorecer la explotación económica de la tierra; hoy se han establecido otras servidumbres legales en favor de empresas que prestan servicios públicos, como la transmisión eléctrica (DFL 1, 1982, Ley General de Servicios Eléctricos). La servidumbre legal grava la propiedad, de modo que la ley debe reconocer indemnización al propietario (Constitución, art. 19 N°s. 21 y 26). Así lo establecen el Código Civil (art. 848) y las leyes especiales que las conceden para la prestación de servicios públicos (así, por ejemplo, Ley General de Servicios Eléctricos, art. 51).

Las servidumbres también pueden ser convenidas entre los respectivos propietarios. Así, nada impide que el propietario de un predio lo grave con la servidumbre voluntaria de no edificar a más de una cierta altura, en beneficio del propietario de otro predio, interesado en conservar la vista; la servidumbre, en tal evento, será vendida y transferida al propietario del predio dominante por el propietario del predio que queda gravado (arts. 1810, 1801 II y 698).

63. Derechos reales de garantía: También se pueden constituir sobre una cosa derechos reales de garantía: la prenda y la hipoteca. Se establecen con el objeto de caucionar el cumplimiento de una obligación. La prenda y la hipoteca afectan el valor del bien gravado al cumplimiento de una obligación propia o ajena. La hipoteca recae sobre un inmueble (art. 2407) y la prenda sobre un bien mueble (art. 2384 y diversas leyes especiales).

Los derechos de garantía operan sobre la base de que un crédito queda garantizado con el valor de una cosa que se da en prenda o en hipoteca. El acreedor tendrá así el derecho

de venta que consiste en pedir que se enajene la cosa (en remate ordenado por el juez) para pagarse de su crédito con el precio de dicha venta forzada. Además de este derecho de venta, el titular de un derecho real de garantía tiene dos derechos poderosos que fortalecen la garantía de pagarse del crédito caucionado con el dinero que se obtenga de esa venta: los derechos de persecución y preferencia.

Cualquier derecho personal se puede hacer valer sobre todo el patrimonio del deudor. En definitiva, los bienes entran y salen de ese patrimonio, de modo que sólo al momento de la ejecución se sabrá sobre qué bienes se habrá de ejercer el derecho. Por el contrario, quien garantiza su crédito personal con una prenda o una hipoteca, tendrá el derecho a perseguir la cosa, esto es, a hacer efectivo el derecho a la venta con independencia de quienquiera sea el actual propietario de la cosa. Como derechos reales, la prenda y la hipoteca recaen sobre la cosa, y se hacen valer contra quien sea su propietario al momento de ejercerse la acción.

Igualmente, en caso de ser necesario proceder a la enajenación forzada de los bienes del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, el titular del derecho real de prenda o hipoteca tendrá un derecho de preferencia. La garantía real constituida sobre un bien permite el pago preferente del crédito garantizado con el producto de la venta. Se altera así el principio en razón de las garantías reales el principio de la igualdad de los acreedores, que dispone que si existen varios acreedores sobre un patrimonio que resulta insuficiente para dar cumplimiento a todas las obligaciones, se procede a pagar a prorrata, esto es, en forma proporcional a los créditos, prescindiendo de las fechas en que se contrajeron dichas obligaciones (arts. 2469, 2474 N°3 y 2477).

(v) Acciones constitucionales y civiles para cautelar los derechos reales:

64. Los titulares de derechos reales tienen, esencialmente, la acción real que persigue hacer efectivos los atributos que comprende el derecho respectivo. Además, pueden disponer de acciones penales, de la acción constitucional de protección y de una acción civil indemnizatoria.

Desde un punto de vista civil, de todo derecho real nace una acción real que lo cautela (art. 577, inc. 2°). Esta acción civil confiere a su titular la facultad de perseguir la cosa con miras a recuperarla de quien la posea. La acción real por excelencia es la reivindicatoria. Su titular por antonomasia es el propietario de una cosa singular que ha perdido la posesión de la cosa y tiene por objeto que su poseedor sea condenado a restituírsela (art. 889). Del mismo modo, pueden ser reivindicados los otros derechos reales, excepto la herencia (art. 891). El heredero, por su parte, está protegido por la acción real de petición de herencia, que tiene por objeto que se le adjudique la herencia que está siendo ocupada por otra persona (art. 1264 y siguientes).

65. De gran eficacia para el amparo de derechos patrimoniales es la acción constitucional de protección (llamada recurso de protección). La Constitución Política garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales (artículo 19 N°24). Esta garantía constitucional está cautelada con la acción

de protección, que persigue poner término, mediante un procedimiento muy expedito y ante la Corte de Apelaciones respectiva, un tribunal a la privación, perturbación o amenaza del derecho de propiedad (artículo 20). En la medida que sobre los derechos reales y personales se tiene un derecho de propiedad, la protección alcanza también a estos derechos. La protección es una acción de urgencia que persigue poner pronto término a interferencias en el derecho constitucional amagado. En la práctica, cumple respecto de otros derechos constitucionales, la función que tiene el recurso de amparo (*habeas corpus*) respecto de la libertad personal.

66. El recurso de protección tiene una analogía funcional estrecha con las acciones posesorias que conoce el derecho civil. Estas acciones se reconocen al poseedor (sea o no propietario) y tienen por objeto se restituya la cosa o cesen las turbaciones que afectan la posesión sobre un inmueble. En la práctica, en los recursos de protección se satisface la necesidad de una solución de urgencia similar. Una acción constitucional ha venido en verdad a llenar un vacío en el sistema de acciones civiles de urgencia (las acciones posesorias sólo se refieren a la posesión de inmuebles). La Corte no está a menudo en condiciones de pronunciarse definitivamente sobre quien tiene el derecho, pero ordena las medidas de protección que estime urgentes o razonables, sin perjuicio de que el asunto sea luego discutido en un juicio civil ordinario. Como en las acciones posesorias, la acción de protección tiene a menudo por objeto que se mantenga el *statu quo*, evitándose la autotutela.

Funcionalmente equivalente a la acción constitucional de protección es la acción civil para que se cese un acto que afecta un derecho o, para impedir que se produzca o para remover los efectos dañinos (Alessandri). Sin embargo, ante la ausencia práctica de medios procesales eficaces para hacer valer esta acción civil con la urgencia debida, el recurso de protección ha devenido en la solución más socorrida para poner término a turbaciones de hecho a los derechos enumerados en el art. 20 de la Constitución.

67. Además, si la acción u omisión de un tercero daña la cosa o afecta el derecho de que se es propietario, el titular tiene la acción civil indemnizatoria. Es una acción personal, que es independiente de la reivindicatoria cuyo objeto es hacer efectiva la responsabilidad civil de quien causa a otro un daño ajeno. La acción indemnizatoria surge de los delitos o cuasidelitos civiles y de las hipótesis legales de responsabilidad estricta u objetiva (infra, párr. 70).

Esta acción civil indemnizatoria es sin perjuicio de las acciones penales que proceden en caso que el hecho sea además constitutivo de delito contra la propiedad (robo, hurto, apropiación indebida, por ejemplo).

## II. Derechos personales

### (i) Concepto y naturaleza jurídica

68. Los derechos personales o créditos son aquéllos que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las

obligaciones correlativas (art. 576).

El derecho personal expresa un vínculo patrimonial relativo, en virtud del cual una parte (deudor) debe realizar una prestación en provecho de la otra (acreedor). Supone, por tanto, la existencia de tres elementos que individualizan la relación jurídica: deudor, acreedor y prestación.

69. La relación jurídica que da lugar a derechos personales es relativa: el derecho personal se tiene respecto de una o más personas determinadas que están obligadas a realizar una cierta prestación, que también es determinada. Atendida esta determinación del sujeto pasivo y la circunstancia de que el derecho no recae sobre una cosa, sino sobre una conducta del deudor, el derecho personal usualmente es denominado desde la perspectiva pasiva de la obligación (así, en el sistema de derecho civil se habla del 'derecho de las obligaciones' y no del 'derecho de créditos').

A diferencia del derecho real, en que el sujeto pasivo sólo se individualiza al momento en que a la infracción del derecho principal sigue una pretensión en contra de alguien determinado, el núcleo original del derecho personal está constituido por la prestación exigible de un deudor previamente individualizado. Así, el objeto del derecho personal (y recíprocamente de la obligación) es la prestación debida por el deudor. El derecho no recae sobre la cosa misma, como en la propiedad, sino en la conducta que se puede exigir del deudor. Así, en virtud de la compraventa, por ejemplo, el comprador no adquiere derecho sobre la cosa vendida, sino el derecho personal a que el vendedor se la entregue y transfiera. El comprador tiene un derecho personal que se refiere a la conducta del vendedor y no un derecho real sobre la cosa, que pueda hacerse valer frente a cualquier tercero. De esta forma, los derechos reales son más fuertes que los derechos personales, en cuanto se pueden hacer valer en contra de cualquier persona indistintamente (*erga omnes*), mientras que los personales sólo dan acción en contra de quien se encuentra obligado a dar, hacer o no hacer una cosa en beneficio del acreedor.

Por lo mismo, el deber de tolerancia que impone el derecho real no constituye una deuda que forme parte del pasivo del patrimonio de quienes debemos respetarlo, mientras que la obligación sí constituye una carga patrimonial negativa, que debe ser descontada del valor total de los derechos (activos) a efectos de determinar el valor del patrimonio de la persona.

(ii) Fuentes de las obligaciones (esto es, de los derechos personales)

70. La relación jurídica que da lugar a derechos personales puede tener como antecedente hechos muy diversos. Los diferentes tipos de hechos jurídicos que dan lugar a derechos personales son denominados en el derecho civil **fuentes de las obligaciones**. El código, siguiendo la clasificación de las fuentes romanas tardías, distingue como fuentes de las obligaciones el contrato; los delitos y cuasidelitos, el cuasicontrato y la ley (art. 1437).

El **contrato** es una convención que genera obligaciones: como se ha visto al tratar los derechos potestativos, el derecho privado atribuye la potestad a las personas de generar relaciones jurídicas obligatorias en virtud de su mutuo consentimiento (arts. 1438 y 1545).

El contrato es el instrumento jurídico de los intercambios. Por eso, desde el punto de vista del derecho, el mercado se materializa en innumerables contratos.

El **cuasicontrato** es una de las instituciones más oscuras del derecho privado. En el fondo, es un resumidero de figuras legales que den lugar a obligaciones restitutorias. La definición legal es tan abstracta como vacía: el cuasicontrato tiene su origen en un hecho voluntario y lícito al cual el derecho atribuye el efecto de generar ciertas obligaciones (arts. 2284 I y II y 1437). Los principales cuasicontratos se asocian al principio del enriquecimiento sin causa. Es el principio que subyace a los cuasicontratos de pago de lo no debido y, más remotamente, de agencia officiosa, que da lugar a una acción restitutoria en favor de quien sin mandato cuida espontáneamente de intereses ajenos. Aunque no está designado expresamente como fuente genérica de las obligaciones, el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho que constituye, junto a los cuasicontratos expresamente regulados, una fuente de obligaciones restitutorias (obligaciones cuyo objeto es reparar los gastos en que otro ha incurrido en beneficio de un tercero o restituir lo que injustamente se ha recibido).

Los **delitos y cuasidelitos** consisten en hechos ilícitos, que lesionan un derecho o interés legítimo de un tercero, cometidos con dolo o culpa (art. 2284, 2314 ñy 2329). Aunque la regla general siga siendo que sólo se responde por daños causados por hechos culpables o dolosos, en el derecho moderno existen hipótesis especiales de **responsabilidad estricta u objetiva** la responsabilidad se produce por el solo hecho de causarse el daño, sin que sea necesario que concorra dolo o negligencia del autor del daño. Esta forma de responsabilidad no emana, entonces, de un delito (dolo) o cuasidelito (culpa) civiles, sino se trata de una responsabilidad estricta u objetiva, en que la ley atribuye responsabilidad por el solo hecho material de haber causado el daño<sup>7</sup>. Técnicamente se trata de obligaciones legales, pero se acostumbra por razones sistemáticas tratarlas conjuntamente con los delitos y cuasidelitos civiles porque unas y otras tienen por objeto indemnizar daños causados a bienes de terceros (responsabilidad extracontractual).

La **ley**, por último, establece obligaciones tanto en el ámbito del derecho público (obligaciones tributarias, por ejemplo), como del privado (obligaciones de pagar alimentos del art. 321, por ejemplo).

A la regulación jurídica de los derechos personales o de crédito se encuentra dedicado el libro IV del Código Civil, titulado "De las obligaciones en general y de los contratos". Esta materia, que comprende algo menos de la mitad de las disposiciones del Código Civil,

---

<sup>7</sup>

Se suele poner como ejemplo de responsabilidad estricta u objetiva la que soporta el propietario de un vehículo motorizado por los daños causados por la culpa o dolo del conductor (ley N°18.290, Ley de Tránsito, art. 174). Se trata, en verdad, de una responsabilidad estricta del propietario (quien responde por el solo hecho de haber facilitado o tolerado el uso del vehículo por un tercero), que, sin embargo, tiene por antecedente la culpa o dolo del conductor. Existe, por el contrario, responsabilidad estricta propiamente tal en el caso de accidentes provocados por aeronaves (Código Aeronáutico, arts. 162 ss.) y en otras hipótesis legales específicas. Los ámbitos más amplios de responsabilidad estricta en el derecho comparado, como son la responsabilidad ambiental y por productos defectuosos, está sujeta en Chile al régimen general de responsabilidad por culpa o dolo.

será objeto de un estudio profundizado en el transcurso del curso sobre derecho de obligaciones.

(iii) Tipos de prestaciones a que se puede estar obligado respecto del acreedor de un derecho personal

71. La prestación a que está obligado el deudor, y que constituye el objeto sobre el cual recae el derecho personal, puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa.

El concepto de **dar** una cosa tiene en el derecho un significado diferente al lenguaje corriente: no consiste en la mera entrega de la cosa (que proporciona una situación jurídica de mera tenencia, que se diferencia del derecho real recaído sobre la cosa misma), sino en la obligación de hacer **tradición** de la cosa<sup>8</sup>. Así, el vendedor tiene una obligación de dar, porque la prestación no consiste en una simple entrega, sino que tiene por objeto, además, hacer al comprador poseedor pacífico de la cosa o de algún derecho real sobre ella. Por el contrario, la obligación del arrendador no consiste en crear derecho real alguno en favor del arrendatario, de modo que su obligación es de simple **entrega**, lo que técnicamente constituye una obligación de hacer. El arrendatario tiene materialmente la cosa, pero lo hace reconociendo el derecho del propietario: es mero tenedor y no poseedor (arts. 700 y 714). En otras palabras, la obligación de dar incluye la obligación de entregar (art. 1548), pero la excede, en tanto la entrega debe constituir al que recibe en poseedor de la cosa o de un derecho real sobre ella<sup>9</sup>.

La obligación de **hacer** consiste en cualquiera conducta positiva, que no sea la de transferir la propiedad u otro derecho real. Así, es una obligación de hacer la del mandatario de cumplir el encargo; la del contratista de una obra material, de construirla; del arrendador, de entregar la cosa arrendada. La obligación de hacer puede también recaer en actos jurídicos, como la que emana del contrato de promesa de celebrar un contrato (art. 1554), en que la prestación consiste en celebrar otro contrato (una compraventa, por ejemplo).

---

<sup>8</sup> Se expresa aquí el concepto de tradición en un sentido técnico: la tradición es un modo de adquirir la propiedad y los otros derechos reales (art. 670). A veces el código usa la palabra tradición en un sentido genérico, asimilándola a la entrega (así, por ejemplo, en la definición del contrato de comodato o préstamo de consumo; art. 2174). En la doctrina jurídica se ha asentado el uso técnico de la palabra 'tradición' sólo para referirse al acto de transferencia y no a la mera entrega material.

<sup>9</sup> No es el momento de distinguir entre posesión y derecho real. La posesión es una situación de hecho que usualmente acompaña al derecho de propiedad: el poseedor es presumido dueño de la cosa o del derecho sobre la cosa (un usufructo, por ejemplo) y goza de una apariencia de derecho que está protegida por las acciones posesorias (art. 916) y que puede llevarle a adquirir la cosa por prescripción (arts. 2492 y 2498).

La obligación de **no hacer** tiene por objeto una abstención. Esta puede consistir en que no se realice un acto material (como la de no construir en un cierto terreno), como también en la omisión de actos jurídicos (como la prohibición de gravar y enajenar, que es frecuente cuando en contratos de compraventa ha quedado un saldo de precio pendiente de pago). Se diferencia del deber de tolerancia y abstención que es contrapartida del derecho real, en que la obligación está doblemente determinada: en cuanto al objeto (el deudor está obligado a no hacer algo específico) y en cuanto a los obligados (que son necesariamente una o más personas determinadas).

(iv) Acciones que nacen de los derechos personales

72. El derecho personal conlleva la expectativa cautelada por el derecho de que el deudor cumplirá la obligación. Esta cautela se expresa en las acciones personales que el acreedor puede ejercer en contra del deudor en caso de incumplimiento. Estas acciones persiguen el cumplimiento de la obligación, ya sea en naturaleza o en equivalencia: en naturaleza, si se persigue el pago de la obligación, esto es, que ésta se cumpla en la forma debida (ejecución forzada); se persigue el cumplimiento en equivalencia si el objeto de la pretensión es el pago de una cantidad de dinero que reemplace el beneficio que habría significado el cumplimiento completo y oportuno de la obligación (indemnización de perjuicio)<sup>10</sup>.
73. La distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer tiene importancia desde el punto de vista de las acciones civiles que puede ejercer el acreedor en caso de incumplimiento. En otras palabras, lo que puede pedir el acreedor en caso de incumplimiento de una obligación depende, ante todo, del tipo de la prestación debida, como se verá en el curso de obligaciones.
74. Los derechos personales están cubiertos por una garantía general, que comprende todos los bienes del deudor. Si bien, el deudor que contrae una obligación no pierde la facultad de administrar sus bienes, sí adscribe su patrimonio al cumplimiento de la obligación que contrae. En consecuencia, la acción personal se hace valer contra todo el patrimonio del deudor, esto es, contra los bienes presentes y futuros (derecho de prenda general, art. 2465). Pero, el patrimonio, como universalidad jurídica, está formado por un conjunto de bienes que está en constante movimiento: nuevos bienes son adquiridos y otros son enajenados. La acción civil personal se dirige en contra de los bienes que forman el patrimonio del deudor al tiempo de ejercerse la acción. En definitiva, el acreedor asume el riesgo de que el valor que tenía el patrimonio al tiempo de originarse la obligación haya disminuído al momento de hacerla efectiva (o no haya aumentado en la forma esperada

---

<sup>10</sup> A ello se agregan otras acciones personales específicas: así, la acción resolutoria, en contra de la parte incumplidora en un contrato bilateral, es una acción personal que persigue la ineficacia del contrato (art. 1489); también lo es la acción pauliana o revocatoria, que persigue dejar sin efecto los contratos celebrados por un deudor para disminuir su patrimonio, en fraude de sus acreedores (art. 2468).

por el acreedor).

Como se ha expresado al tratar los derechos reales de garantía (supra, párr. \_\_), el principio básico que opera en caso de existir varios acreedores que hacen valer sus créditos en un patrimonio insuficiente, es el de igualdad: los acreedores concurren en el patrimonio del deudor a prorrata de sus créditos, esto es, se pagan proporcionalmente al monto de sus respectivos derechos. Sólo excepcionalmente la ley establece preferencias en favor de ciertos acreedores. Es el caso, por ejemplo, de ciertos créditos laborales en caso de insolvencia de una empresa (art. 2472 N°8) o de los créditos garantizados con derechos reales, prenda o hipoteca (art. 2474 N°3 y 2477).

### III Resumen de diferencias entre derechos reales y personales

75.	<u>DERECHO REAL</u>	<u>DERECHO PERSONAL</u>
	a) Absoluto	a) Relativo
	b) Recae sobre una cosa y tiene como contrapartida un deber general de respeto y tolerancia	b) Objeto: recae en una prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer (acción personal contra el patrimonio).
	c) Otorga derecho de persecución: acción real que se dirige contra la cosa, quienquiera la tenga.	c) No se pueden perseguir los bienes que salen del patrimonio: acción personal sobre los bienes que comprenda el patrimonio al momento de su ejercicio.
	d) El titular no requiere mediación de tercero para gozar de su derecho: se ejerce directamente sobre la cosa (ejemplo, usufructuario).	d) El titular obtiene satisfacción de su derecho por medio de una prestación del deudor (ejemplo, arrendatario).
	e) Los deberes correlativos no forman parte pasiva del patrimonio.	e) Las obligaciones forman parte pasiva del patrimonio del deudor.

#### (6) Derechos de familia

76. De las relaciones de familia surgen deberes y derechos: entre padres e hijos (sean matrimoniales o extramatrimoniales) y entre cónyuges. Jurisprudencialmente se han reconocidos efectos patrimoniales a las uniones de hecho.

Es característica de los derechos de familia su inalienabilidad (no son susceptibles de enajenación por acto entre vivos) y su intransmisibilidad (no se sucede en ellos por causa de muerte): son inherentes a las relaciones personales existentes al interior de la familia.

77. En el terreno extrapatrimonial, resulta en extremo discutible concebir las relaciones de familia a la luz de los derechos subjetivos. Originariamente los derechos de familia fueron concebidos en la perspectiva de los derechos de señorío: del marido sobre la persona de

la mujer<sup>11</sup> y de los padres (especialmente del padre) sobre la persona de los hijos<sup>12</sup>. En circunstancias que las relaciones personales de familia han pasado a ser concebidas desde la perspectiva del deber, y no de la potestad sobre la persona de la mujer y los hijos, ha cambiado sustancialmente el principio que inspira las normas. Los derechos de familia son concebidos esencialmente como un estatuto que beneficia a la persona respecto de quien se ejercen, especialmente el menor. Se definen, en consecuencia, a la luz del fin protector que satisfacen. Son derechos-función que no pueden ser concebidos como poder.

Así, la ley de filiación que ha introducido esenciales modificaciones al Código Civil, concibe las relaciones personales entre padres e hijos a la luz del mejor interés del niño (art. 224). El cuidado del niño, cuando los padres viven separados, ha dejado así de ser un derecho de la madre, del cual podría ser privada sólo por depravación (antiguo art. 223), sino deberá ser discernido de acuerdo con el interés de que el niño crezca en un ambiente afectivo y social que facilite su pleno desarrollo.

78. Las relaciones de familia también poseen una dimensión patrimonial. El más esencial de los derechos patrimoniales de familia es el derecho de alimentos que se tiene por un miembro de la familia respecto de los demás en caso de carecer aquél de bienes para la subsistencia (art. 321 ss.). La relación matrimonial da lugar también a relaciones económicas entre los cónyuges que se expresan en el régimen de bienes del matrimonio. La ley chilena establece como régimen supletorio o normal la llamada sociedad conyugal, pero también autoriza pactar separación de bienes o participación en los gananciales (arts. 135, 1715 y 1723). Los derechos patrimoniales de familia participan de los caracteres de derechos personalísimos: son irrenunciables, inalienables e intransmisibles.
79. Los derechos de familia dan lugar a **acciones civiles expatrimoniales** orientadas a reclamar la filiación que no esté legalmente determinada (como la pretensión que pertenece al hijo contra el padre que no le ha reconocido) o a impugnar la filiación que aparece determinada (como la acción que dirige el padre para que se deje sin efecto el estatuto filiativo que hace que su hijo aparezca legalmente como hijo de un tercero). La acción de determinación de filiación puede tener efectos patrimoniales subsecuentes (establecida la paternidad mediante la acción de filiación, nace la acción para reclamar alimentos). Otra importante acción expatrimonial de familia es la acción de tuición, en virtud de la cual el padre o madre solicita judicialmente que se le atribuya el cuidado personal del hijo menor.

---

<sup>11</sup> El art. 132 del Código Civil definía la potestad marital como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y los bienes de la mujer”.

<sup>12</sup> El art. 219 del Código Civil disponía que “los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre i su madre; pero estarán especialmente sometidos al padre”.

En el terreno de las **acciones patrimoniales**, las relaciones de familia dan lugar a la acción civil de alimentos que tiene por objeto que se reconozca una pensión en dinero en la forma y cuantía que determine el juez (art. 333).

A su vez, las acciones civiles que surgen del régimen de bienes del matrimonio dependen del régimen convenido. Las acciones que tienen recíprocamente quienes han mantenido una unión de hecho no están tipificadas por el derecho. La unión de hecho no da lugar *per se* a relaciones patrimoniales entre los convivientes; sin embargo, la jurisprudencia ha recurrido a instituciones civiles del derecho patrimonial para corregir los efectos injustos. Así, se ha estimado que entre los convivientes existiría una especie de comunidad de bienes o que cabría aplicar el principio de enriquecimiento sin causa si durante la convivencia uno de ellos ha generado ingresos y acumulado ahorros y el otro se ha dedicado a labores domésticas.

## (7) Derechos de la personalidad

### (i) Concepto y alcance

80. Se entiende que los **derechos de la personalidad** son inherentes a la persona. En tal sentido son atributos de la personalidad que el derecho moderno atribuye a toda persona. Por eso, se caracterizan por ser originarios, porque nacen con ella; absolutos, porque pueden ejercerse contra todos; intransferibles e intransmisibles, pues la persona no puede desprenderse de ellos y además, imprescriptibles, porque no se ganan ni se pierden por su goce o su desuso.

Estos derechos miran tanto a la integridad física y moral de la persona. En el primer sentido tienen por objeto asegurar la propia vida del ser humano y luego su integridad corporal, su salud y su aptitud física. La integridad moral es cautelada protegiendo ámbitos de autonomía y respeto: la honra, la privacidad, la autoría de las creaciones del espíritu, la titularidad sobre el nombre, la imagen, la voz, la libertad de emprendimiento económico.

Los derechos de la personalidad están expresados en la Constitución de una manera general. Las normas del artículo 19 señalan un ámbito de protección, sin definir los límites de los derechos. Por eso, su concreción en reglas más precisas es tarea legal o jurisprudencial. En parte ha comenzado también su regulación legal (así, por ejemplo, la reciente ley N°19.638, sobre protección de datos personales).

Como los demás derechos subjetivos absolutos, los derechos de la personalidad generan deberes de respeto correlativo que recaen en todas las personas.

### (ii) Acciones para cautelar los derechos extrapatrimoniales

81. Los principales derechos de la personalidad que tienen reconocimiento en sede **constitucional** están cautelados por el recurso de amparo, para reclamar la libertad personal (Constitución, art. 19 N°7) y por el recurso de protección, para obtener restitución o garantía frente a la privación, perturbación y amenaza de la vida, la honra y

la intimidad, la inviolabilidad del hogar y la correspondencia y los demás derechos de la personalidad que la constitución cautela con esa acción (Constitución Política, art. 20).

Desde el punto de vista **civil** los derechos de la personalidad están cautelados por las acciones indemnizatorias antes reseñadas, por el daño moral y (eventualmente) el daño patrimonial conexo. Nada impide, desde el punto de vista de las acciones civiles, que se reconozca una acción civil de omisión cuando se ve afectado un derecho de la personalidad. Según se ha expresado, sin embargo, la ausencia de instrumentos procesales idóneos (al menos reconocidos por la práctica procesal) hace que la cautela en naturaleza del derecho quede entregada en la práctica a la acción constitucional de protección.

A la protección constitucional y civil de los derechos de la personalidad, se agrega eventualmente la acción **penal** por los delitos tipificados por la ley (homicidio, lesiones, injuria y calumnias, por ejemplo).

## VII ADQUISICIÓN, TRANSFERENCIA Y PERDIDA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

### (1) .Adquisición de los derechos

82. La adquisición de un derecho subjetivo remite al hecho jurídico que determina su radicación en la persona del titular. Si la relación jurídica tiene su origen por el solo nacimiento de la persona, se dice que el derecho subjetivo es innato; si, por el contrario, ese hecho ocurre durante la vida natural o jurídica del sujeto, se dice que el derecho es adquirido. Son típicamente derechos innatos los derechos de la personalidad.
83. A su vez, los derechos adquiridos pueden serlo por vía originaria y por vía derivativa, según el derecho tenga su origen en el sujeto titular, o bien haya sido adquirido de otra persona.

Se produce la adquisición originaria de derechos patrimoniales en el caso de la ocupación (Art. 606), de la accesión (Art. 643) y de la prescripción adquisitiva (Art. 2498). Así, el poseedor de una cosa que no le pertenecía (por ejemplo, porque la adquirió de quien no era su dueño), adquiere originariamente su dominio por prescripción; lo mismo vale en los diversos tipos de accesión, como ocurre, por ejemplo, con los frutos de la cosa sobre la cual se tiene propiedad o usufructo.

La adquisición derivativa significa que proviene de otra persona, que antecedió en el derecho al actual titular. La adquisición derivativa puede tener lugar por acto entre vivos de transferencia (que ocurre mediante la tradición, también llamada cesión del derecho) o por transmisión (esto es, por sucesión por causa de muerte).

La distinción entre adquisición originaria y derivativa es determinante a efectos de definir el alcance del derecho. La adquisición originaria comprende la totalidad de los atributos del derecho. La adquisición derivativa se produce con todas las calidades y vicios que caracterizaban la titularidad del antecesor. Así, por ejemplo, si el tradente del derecho no es dueño de la cosa que transfiere sólo se adquieren los derechos transferibles del mismo tradente sobre la cosa (art. 682 I)<sup>13</sup>. Con todo, cumplido el plazo de prescripción adquisitiva y los demás requisitos legales para prescribir, ocurre el saneamiento del derecho por vía originaria, con la consecuencia de que los vicios de la titularidad del tradente no gravan al nuevo titular, quien puede invocar un dominio sobre la cosa que en él se inicia.

### (2) Transferencia y transmisión de derechos

---

<sup>13</sup> El art. 682 I habla de “derechos transmisibles” para referirse a lo que la doctrina civil contemporánea denomina “transferibles”. Los conceptos de transmisión y transmisibilidad son usados en referencia a la sucesión por causa de muerte.

84. La adquisición derivativa de un derecho, se ha visto, puede ser por acto de transferencia o por sucesión por causa de muerte.

Es un principio del derecho privado que la transferencia se produce individualmente respecto de cada derecho. En virtud de este principio de la especialidad no resulta jurídicamente posible transferir el patrimonio como universalidad. Una persona puede enajenar todos sus bienes, pero necesariamente cada derecho será objeto de un acto de tradición<sup>14</sup>.

85. Por el contrario, la transmisión por causa de muerte puede ser individual o universal. Se sucede universalmente como heredero, quien, según la ley, representa a la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 1.097 I). En otras palabras, en razón de la herencia se produce una continuidad de la persona del causante en el heredero, quien asume la titularidad de todos los derechos y obligaciones transmisibles, de modo que la sucesión es universal.

Pero también es posible que el causante transmita derechos por medio de legados (testamentariamente se lega, por ejemplo, el dominio o usufructo sobre una cosa). Los legatarios no representan al causante (esto es, no son continuadores de su personalidad patrimonial). Su derecho es adquirido a título singular, como en el caso de la transferencia entre vivos.

86. Por regla general los derechos patrimoniales son transferibles y transmisibles y los extrapatrimoniales no lo son. Con todo, existen derechos de naturaleza patrimonial que la ley califica de personalísimos, de modo que no pueden ser objeto de adquisición derivativa por terceros (alimentos; uso y habitación; usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo menor).

87. A diferencia de los derechos subjetivos, los deberes jurídicos no son cedibles pasivamente. Respecto de los derechos absolutos, ello resulta imposible, porque todos resultan obligados. Respecto de los derechos relativos, resulta inadmisibile, porque es característico del derecho subjetivo el vínculo con un deudor determinado; así al titular del derecho personal o de crédito no le resulta indiferente si su deudor es una u otra persona.

---

<sup>14</sup> En el derecho de sociedades anónimas pareciera haber una excepción al principio de especialidad de las transferencias, porque se señala que la junta de accionistas puede aprobar con una mayoría calificada la enajenación del activo y pasivo de la sociedad (Ley N°18.9046, sobre sociedades anónimas, art. 67 II N°9). Con todo, esa norma sólo establece un requisito relativo al órgano que debe adoptar la decisión y no constituye una excepción a la manera concreta como se efectúa la transferencia de los derechos que componen el activo. Algo parecido ocurre en el caso de fusión de dos sociedades, caso en el cual se acuerda confundir los patrimonios, lo que supone el deber aportar todos los derechos; la transferencia de derechos que conlleva la fusión se produce, sin embargo, individualmente.

Por eso, el deudor que conviene con un tercero que este último asuma su obligación requiere consentimiento expreso del acreedor; y, aún entonces, ya no será la misma obligación en la que se sucede, sino la antigua se extinguirá y surgirá una nueva (novación por cambio de deudor, arts. 1628 y 1635).

### (3) Pérdida de los derechos subjetivos

88. El derecho que ha sido transferido o transmitido subsiste bajo un nuevo titular. Una de las características esenciales de la adquisición derivativa es la permanencia de la relación jurídica, en iguales términos, bajo un nuevo titular del derecho. El derecho subsiste, entonces, con todos sus atributos y preferencias (así, si se trataba de un crédito caucionado con hipoteca, la garantía perdura en favor del nuevo acreedor) y con sus cargas y vicios (si el acto que servía de antecedente al derecho tenía un vicio de nulidad, también se podrá interponer la acción en contra del nuevo titular). En otras palabras, la transferencia o transmisión de un derecho lo deja subsistente en iguales términos bajo un nuevo titular.
89. No es posible en este lugar hacer una enumeración de los innumerables tipos de hechos jurídicos que acarrear la extinción de un derecho subjetivo. Así, la muerte extingue los derechos intransmisibles; el pago, el derecho de crédito; la mayoría de edad, el derecho de usufructo que el padre o madre tienen sobre los bienes del hijo; la destrucción de la cosa, la propiedad que se tenía sobre ella. Sólo en materia de obligaciones la ley trata sistemáticamente los modos de extinguirlas y, consecuentemente, la extinción de los derechos personales correlativos (art. 1567 ss.). En este lugar sólo se hará referencia a la pérdida de derechos por el transcurso del tiempo (prescripción y caducidad) y por hechos del titular del derecho que tienen por efecto su extinción (preclusión y renuncia)

#### (a) Prescripción

90. El código se refiere a la prescripción extintiva como un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492). A pesar de que la definición legal se refiere a acciones y derechos, la prescripción extintiva afecta propiamente la acción. El derecho subsiste, de modo que si el deudor paga una obligación prescrita, el acreedor recibe lo que se le debe y no tiene lugar un enriquecimiento sin causa (obligación natural del art. 1470 III N°2). Por otro lado, la prescripción tampoco afecta de pleno derecho (*ipso iure*) la vigencia de la acción, sino la hace vulnerable a una excepción perentoria que, una vez interpuesta, tiene el efecto de destruirla (supra, párr. 35).

La prescripción adquisitiva (*usucapio* romana) también tiene efectos extintivos, pero por vía consecutiva: el derecho se extingue para su titular porque un tercero lo adquirió para sí. Por eso, en la prescripción adquisitiva no basta la mera inactividad del titular del derecho, sino es necesario, además, que un tercero haya poseído la cosa por un lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492). Como en la extintiva, la

prescripción adquisitiva sólo puede ser renunciada una vez cumplida y debe ser alegada (arts. 2494 y 2493), de modo que tampoco opera de pleno derecho.

La prescripción extintiva es un modo de extinguir acciones personales; por eso, el código la trata entre los modos de extinguir las obligaciones al finalizar el Libro IV y su estudio pertenece a la parte general del derecho de obligaciones. La prescripción adquisitiva es una institución propia del dominio y los demás derechos reales, de modo que será tratada como forma de adquirir en el curso sobre derecho de bienes.

91. Largas discusiones ha habido acerca de la justicia de la institución de la prescripción. Los bienes jurídicos prevalentes son la seguridad jurídica y la paz social. La prescripción responde a la tendencia a transformarse en derecho que tienen las situaciones de hecho consolidadas por el paso del tiempo. En tal sentido, la prescripción satisface un interés general, de modo que las normas que la establecen son de órdenes público, con la consecuencia de que no se puede renunciar anticipadamente (art. 2494 I) y sus plazos no pueden ser convencionalmente alargados.

Con todo, la prescripción desde la perspectiva del titular del derecho, es también una sanción; para el acreedor de un derecho personal que no ejerce su acción, a pesar de que el deudor no ha cumplido con su obligación; y para el propietario o el titular de otro derecho real, que tolera que un tercero posea la cosa sin hacer valer su derecho.

El interés general envuelto en la prescripción lleva a entender sus normas rigurosamente (según una tradición que se remonta a la época del derecho común). Sin embargo, el carácter sancionatorio obliga a interpretar restrictivamente las disposiciones legales en los casos en que la inacción del titular del derecho no resulta imputable a su negligencia<sup>15</sup>.

(b) Caducidad

92. La caducidad extingue los derechos por el sólo transcurso del tiempo, si tales derechos no han sido ejercidos en el plazo que establece la ley o el contrato. Se trata de plazos que determinan el límite temporal en que un derecho puede ser eficazmente ejercido. Transcurrido el plazo se extingue *ipso iure* el derecho. Por eso, la caducidad, a diferencia de la prescripción, afecta al derecho propiamente tal, (no sólo la acción) y lo extingue inexorablemente.

---

<sup>15</sup> Un ejemplo en este sentido es la interpretación de la norma del art. 2332, que declara prescrita la acción indemnizatoria por un daño extracontractual en cuatro años contados “desde la perpetración del hecho”. La jurisprudencia ha declarado, sin embargo, que si el daño se manifiesta con posterioridad al acto negligente doloso, sólo entonces comienza a correr el plazo de prescripción extintiva; de lo contrario la víctima estaría expuesta a que cuando el daño se manifieste (como, por ejemplo, por un sismo que destruya un edificio con defectos de construcción) la acción ya estuviese prescrita.

93. El concepto de caducidad, en el sentido extintivo de derechos que aquí se analiza, no es tratado sistemáticamente en el código. Sin embargo, la institución resulta conformada a partir de diversas disposiciones.

Ante todo, la caducidad es la típica consecuencia del cumplimiento de un plazo fatal. Los derechos que no son ejercidos dentro de un plazo fatal caducan por el sólo cumplimiento del plazo. El artículo 49 del Código Civil señala que “cuando se dice que un acto debe ejercerse en o dentro de cierto plazo” se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo (art. 49). De esta forma, cada vez que la ley señala que una actuación debe ejercerse dentro o en un determinado plazo, dicho plazo adquiere el carácter de fatal y el vencimiento del plazo, sin que el acto se haya realizado produce la caducidad del derecho a realizar el acto (el acto extemporáneo no vale).

En materia procesal la regla es más estricta, pues la ley dispone que todos los plazos establecidos por el código respectivo son fatales, cualquiera sea la forma en que se expresen, salvo aquéllos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal (Código de Procedimiento Civil, art. 64 I). La misma disposición expresa luego con nitidez el efecto de la caducidad: “En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho a la oportunidad para ejecutar un acto se extingue al vencimiento del plazo”.

94. La extinción por caducidad es típica de los derechos potestativos, esto es, de aquéllos que autorizan a su titular para crear, modificar o extinguir una relación jurídica. Así, está sujeto a caducidad el derecho del comprador para pagar el precio e impedir la resolución de la compraventa en el caso del art. 1879. A menudo es un problema de interpretación si el plazo establecido para el ejercicio de un derecho es de prescripción extintiva o de caducidad<sup>16</sup>.

En el derecho procesal civil se entiende, como se ha visto, que todos los derechos potestativos que se reconocen a las partes están sujetos a plazos de caducidad (Código de Procedimiento Civil, art. 64).

La caducidad también puede tener origen contractual. Así, por ejemplo, son frecuentes en contratos de arrendamiento o sociedad las cláusulas que conceden a las partes un derecho potestativo para ponerles término al finalizar el período de duración convenido, señalándose que si ninguna parte ejerce ese derecho dentro de cierto plazo, se entiende el contrato renovado por otro período de tiempo. Se trata de un derecho a poner término al contrato, sujeto a caducidad si no se ejerce en el plazo convenido.

(c) Preclusión

95. Se dice que un derecho precluye cuando se extingue por realizar el titular un acto distinto a ejercer ese derecho. El ejercicio del derecho con posterioridad es extemporáneo; el

---

<sup>16</sup> En atención a la naturaleza de los derechos se puede entender que están sujetos a plazos de caducidad el derecho del vendedor a recuperar la cosa en razón de un pacto de retroventa (art. 1885), la acción pauliana o revocatoria, que persigue la ineficacia de los actos fraudulentos del deudor insolvente (art. 2.468) y las acciones de reclamación e impugnación en materia de filiación.

derecho se ha extinguido precisamente por no haber sido ejercido **y** porque se realizó otro acto diferente. Como se verá al tratar el límite de los derechos subjetivos (infra, cap. VIII) la preclusión es un caso de aplicación de los actos propios. Es la conducta del titular la que tiene el efecto de producir la extinción.

96. El ámbito de aplicación de la preclusión ha pasado a ser preferentemente el derecho procesal. Si una persona no ha sido debidamente notificada, por ejemplo, tiene derecho a reclamar al juez de ese defecto. Pero si luego de conocer ese vicio, realiza otras actuaciones, distintas de plantear el incidente de nulidad de tal notificación, la ley entiende que no podrá hacerlo después. Resulta obvia la relación entre la preclusión y la buena fe: se priva al litigante del derecho a plantear después el incidente a efectos de evitar maniobras dilatorias (véase el art. 85 del Código de Procedimiento Civil).
97. Atendidos sus drásticos efectos, la preclusión es de derecho estricto. En consecuencia, el efecto debe estar señalado expresamente por la ley o por el contrato. Con todo, en la jurisprudencia comparada se conocen casos de preclusión de *lege ferenda*, como ocurre, por ejemplo, con el arrendador que invoca como causal de término del contrato a plazo fijo una mala conducta del arrendatario ocurrida con un año de anticipación y que no se ha repetido enseguida. El derecho habría precluido por el no ejercicio oportuno de la acción. Sin embargo, resulta preferible tratar estos casos como de abuso de derecho. La preclusión es un efecto demasiado radical para que pueda ser el resultado de una mera interpretación de la voluntad. Como se verá en el capítulo siguiente, la institución del abuso de derecho otorga cautela suficiente a la buena fe en el ejercicio de los derechos.

## VIII LIMITES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS<sup>17</sup>

### (a) Sentido y límites de los derechos subjetivos

98. Las instituciones jurídicas que se expresan en derechos subjetivos tienen un fundamento moral que supone una opción fundamental por la constitución autónomamente responsable de la persona en su ámbito de vida más inmediato. Incluso los derechos que suponen un deber de protección positiva hacia la persona, como ocurre con los derechos sociales, sólo son jurídicamente relevantes cuando el derecho objetivo otorga una acción al titular para hacerlos valer frente a un órgano de la administración del Estado (o, eventualmente, frente a otros sujetos privados, como ocurre con los servicios sociales que son objeto de concesión).

En el núcleo del derecho subjetivo está, a lo menos, la potestad que el derecho concede al titular para hacer efectiva una cierta pretensión. En virtud de la técnica de los derechos subjetivos, el control de la observancia del derecho queda entregada al respectivo titular. Ya en sus orígenes, en el derecho natural de la escolástica española tardía, el concepto de derecho subjetivo expresa que corresponde al propio sujeto la defensa de los intereses que le resguarda el derecho. En contraste, cada vez que el derecho ha sido concebido desde la perspectiva del derecho administrativo, como una técnica heterónoma de regulación de la conducta (como en Kelsen), o desde una perspectiva colectivista, que hace decaer la posición relativa de la persona en relación a los intereses del Estado o de la comunidad (Duguit, Pasukanis), el derecho subjetivo ha sido sustituido por otros conceptos para explicar la estructura y el contenido del ordenamiento jurídico.

99. Por cierto que el reconocimiento de un derecho subjetivo supone usualmente que se limiten o afecten intereses ajenos: un empresario exitoso tiene, además del derecho que la Constitución le reconoce para realizar su actividad económica, la propiedad sobre marcas conocidas o sobre patentes industriales eficaces, sobre terrenos e instalaciones en lugares estratégicos, es titular de derechos contractuales con proveedores confiables y posee muchos otros derechos que afectan los intereses de sus competidores. El derecho que se tiene para ingresar a una buena universidad, excluye a otros interesados en ocupar ese lugar. Algo análogo se puede decir de la generalidad de los derechos subjetivos privados y de las garantías constitucionales. Lo característico del derecho subjetivo es el poder que el orden jurídico reconoce al titular para inclinar en su favor el respectivo conflicto de intereses. Aún así, sin embargo, todo derecho subjetivo tiene límites. Los más obvios son los que emanan del contenido del derecho (párr. b); mayores dificultades doctrinarias plantean las hipótesis de abuso de derecho (párr. c).

---

<sup>17</sup> Este capítulo aparecerá publicado, con ligeras modificaciones, en la revista Derecho y Humanidades N°7 (1999) y constituye una ampliación del texto original que formaba parte de este texto de estudio. En la recopilación bibliográfica he contado con la valiosa colaboración del ayudante alumno Rodrigo Gill.

**(b) Límites a los derechos derivados de su contenido**

100. El contenido del derecho subjetivo se define por sus atributos, esto es, por las facultades que confiere al titular. Cada tipo de derecho encuentra sus límites en esos atributos. La evolución contemporánea del derecho privado se caracteriza por una atención renovada en los límites a los derechos subjetivos que emanan de derechos ajenos y de los intereses de la comunidad. El problema de los límites que el interés social y de los terceros impone a los derechos, también se plantea en un orden jurídico sustentado en el principio de autonomía privada. Típica resulta, en este sentido, la evolución de algunas de las instituciones más características de la economía de mercado. Así, en el derecho de sociedades la ley limita el derecho de los accionistas mayoritarios a gobernar una sociedad anónima, con el fin de proteger los intereses de la propia sociedad y de sus accionistas minoritarios; la legislación sobre contratos masivos con consumidores limita la potestad del productor o comerciante de ofrecer un bien o servicio por medio de condiciones generales de contratación, con el fin a proteger al consumidor confiado o inexperto; la legislación sobre libre competencia limita la libertad de contratar, a efectos de impedir la formación de monopolios. En fin, también un ordenamiento jurídico de la economía basado en una amplia vigencia del principio de autonomía privada establece límites a los derechos para prevenir el abuso de posiciones de poder privado (orden público económico). En último término, ello es una exigencia del principio kantiano de que la libertad de unos debe resultar compatible con la libertad de los demás según una regla general.
101. Una rápida revisión de los principales tipos de derechos subjetivos civiles muestra que el límite del derecho está definido por su propio contenido. Así, la propiedad, el más extenso de los derechos patrimoniales, incluye por definición los dos caracteres constitutivos de todo derecho subjetivo: por un lado, concede al titular las facultades de usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, de modo que su ejercicio concreto está definido precisamente como la atribución de una potestad discrecional; pero también se dispone que el ejercicio del derecho está sujeto a la ley y al derecho ajeno (art. 582). La Constitución, a su vez, incluso autoriza a la autoridad pública para privar al titular de su propiedad por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por la ley, cumpliéndose los requisitos de autorización legal y de plena indemnización (Constitución, art. 19 N°24). Derechos de terceros sobre la misma cosa (como los derechos reales que limitan el goce de la cosa) o sobre otros bienes (como las cargas recíprocas entre propietarios emanadas de la vecindad) constituyen límites permanentes al ejercicio del derecho. A su vez, el interés general justifica limitaciones a la propiedad establecidas por la ley para fines urbanísticos, ambientales, de salud pública, y muchos otros.

Los derechos personales o de crédito se hacen valer sólo contra el deudor y se refieren a una prestación específica, cuyo alcance está definido por la ley o por el contrato. Sus límites están dados, entonces, por la prestación debida y por el sujeto específico de quien ella puede ser exigida. Pero más allá de ese ámbito de eficacia restringido, que resulta de su naturaleza de derechos relativos, los derechos de crédito están sujetos a precisas reglas que definen las condiciones de su ejercicio, y que dan lugar al millar de normas del Libro IV, el más extenso del Código Civil. Ello es sin perjuicio de las limitaciones que se

convienen contractualmente.

Con mayor intensidad se plantea el problema de los límites respecto de los derechos que más bien establecen un ámbito de protección, de modo que sus fronteras son difusas y suelen estar en colisión con otros derechos. Es lo que ocurre, por lo general, con los derechos de la personalidad. La crítica que se realiza por medios de difusión a personas o empresas puede afectar su prestigio, sin que por ello se atente contra su derecho constitucional a la honra. El límite entre la libertad de información y la honra (Constitución, art. 19 N°s. 12° y 4°), por consiguiente, es crucial para determinar la extensión de uno y otro derecho. El contenido preciso de los derechos que reconocen un ámbito de protección no está fijado con precisión por la norma que los establece. Es usual que estos derechos aún no hayan sido concretizados por la ley, por la jurisprudencia, ni por la doctrina, de modo que su contenido sólo se expresa en enunciados constitucionales muy generales. Por eso, resulta inevitable que el conflicto con otros derechos exija comparar los bienes e intereses en conflicto, recurriendo a los principios jurídicos reconocidos y al valor abstracto y concreto de los bienes en juego (que justifican el reconocimiento de los derechos en colisión).

Finalmente hay derechos cuyos límites derivan de que no están establecidos en beneficio del titular sino de otra persona. Es el caso de los derechos función, caracterizados porque atribuyen al titular una potestad cuyo fin es proteger los intereses de un incapaz (como el derecho de tuición que el padre, la madre o el tutor tienen sobre el menor) o gestionar un patrimonio ajeno (como los que tienen los administradores de una persona jurídica). Son derechos potestativos, porque confieren competencias para realizar ciertos actos jurídicos. Sin embargo, su fundamento no reside en el reconocimiento de una autonomía al titular para discernir sobre los propios intereses, sino están establecidos en el beneficio de terceros. En la medida que la función forma parte del contenido del derecho, si el titular desvía su ejercicio hacia su propio beneficio se infringe el contenido atributivo del derecho. De este modo, análogamente a lo que ocurre con las potestades en el derecho público, el fin forma parte inmediata del contenido del derecho y define materialmente el ámbito legítimo de su ejercicio.

102. En definitiva, cada tipo de derechos subjetivos tiene sus propios límites que están definidos por los derechos ajenos o por las normas del derecho objetivo, esto es, por las reglas legales o contractuales que resultan aplicables y por los principios de la respectiva institución. La definición de estos límites externos resulta de un acto de interpretación de las normas legales o de las disposiciones contractuales que reconocen los respectivos derechos. En otras palabras, cada tipo de derechos tiene sus límites en las facultades que el orden jurídico reconoce a su titular; quien actúa fuera de esos límites no lo hace en ejercicio del derecho.

**(c) El ejercicio abusivo de un derecho como límite**

103. El derecho subjetivo, según lo analizado en el capítulo anterior, reconoce al titular un poder de actuación que queda circunscrito por el ordenamiento normativo, legal o contractual, que configura la respectiva relación jurídica. Cabe entonces preguntarse si el ejercicio del derecho subjetivo puede estar sujeto a límites adicionales a los que

establece ese ordenamiento. La doctrina del abuso de derecho sostiene que el ejercicio de un derecho puede ser ilícito aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo.

Demás está decir que la doctrina del abuso de derecho no tiene un carácter puramente técnico. En verdad, supone una definición acerca de la tarea que corresponde al derecho civil como ordenamiento de las relaciones privadas. La discusión en torno a los límites internos al ejercicio de los derechos expresa, en esencia, la disyuntiva de si el derecho privado es concebido, análogamente al derecho administrativo, como una técnica de regulación, como una especie de ingeniería social orientada a lograr ciertos fines socialmente beneficiosos (que es el concepto que subyace a la doctrina más extensa del abuso de derecho), o si es concebido como un ordenamiento que garantiza facultades de actuación regidas internamente por el principio de libertad (que es el concepto que subyace a la doctrina que niega o restringe severamente la institución del abuso de derecho).

En los siguientes párrafos serán examinados (i) la doctrina que califica el abuso de derecho como una construcción lógicamente inconsistente; (ii) la doctrina que extrema el control del ejercicio del derecho, al exigir que en cada acto de ejercicio de un derecho sean consistentes los motivos concretos del titular con los fines que persigue la norma que lo reconoce; (iii) la doctrina prevaleciente en la dogmática civil contemporánea, que ve el abuso de derecho como un correctivo excepcional, con fundamento en la moral y las costumbres, al ejercicio legítimo de los derechos; y (iv) finalmente, los principales tipos de abuso de derecho reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia comparadas.

(i) **El contenido del derecho como único límite: negación de la doctrina del abuso de derecho.**

104. Según se ha visto, la pregunta por el límite de los derechos subjetivos se responde esencialmente por el ordenamiento normativo que los reconoce y define. Por cierto que no siempre las normas legales o las disposiciones contractuales fijan exactamente los atributos que el derecho subjetivo confiere. Es lo que ocurre, como se ha visto, con los derechos que la ley se limita a identificar genéricamente, como es el caso de los derechos de la personalidad. Pero también puede ocurrir en un contrato, cuando la ley y el acuerdo de las partes callan o no definen inequívocamente el contenido de las obligaciones. Todo ello forma parte del acto de interpretación y de integración del ordenamiento normativo que sirve de sustento al respectivo derecho subjetivo. Una vez definido el contenido del derecho subjetivo, queda también determinado el ámbito de las facultades conferidas a su titular.

Desde esta perspectiva, resulta lógicamente inconsistente una doctrina del abuso de derecho que plantee nuevos límites, que restringen el poder de actuación del titular más allá de las facultades que le pertenecen precisamente en razón del derecho subjetivo. Hablar de abuso de derecho sería un contrasentido porque “el derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber un uso abusivo de un derecho cualquiera por la irrefutable razón de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho” (Planiol). En otras palabras, lo característico de tener un derecho

consiste precisamente en que el titular, dentro del ámbito de facultades que le son reconocidas por la ley o el contrato, pueda actuar discrecionalmente. El sentido final de la idea de derecho subjetivo radica en el otorgamiento de una potestad para que el titular pueda legítimamente actuar según su propio y exclusivo arbitrio. Así, quien actúa fuera de esa potestades ya no puede invocar el derecho; pero, quien actúa dentro de ellas, jamás podrá hacerlo abusivamente.

Esta doctrina asume los supuestos individualistas del concepto de derecho subjetivo gestado en la modernidad. La doctrina del abuso de derecho, particularmente en el ámbito patrimonial, debilita el principio ético-jurídico de la autonomía privada. El abuso de derecho puede ser un instrumento para la erosión del principio, sobre el cual se ha construido el orden jurídico liberal, de la discrecionalidad e inmunidad en el ejercicio de los derechos subjetivos.

(ii) **El abuso como ejercicio contrario a los fines del derecho subjetivo**

105. La más extensa doctrina del abuso de derecho asume que los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses colectivos, de modo que su ejercicio concreto debe ser consistente con esos fines. Desde esta perspectiva, el derecho subjetivo no debe ser concebido como un poder de actuación, que garantiza al titular un ámbito de autonomía y discreción para el desarrollo de su personalidad y de su actividad económica. A las personas se les reconocen derechos como un medio para satisfacer la función social que corresponde al derecho objetivo. En consecuencia, su ejercicio debe responder a los intereses generales que el respectivo ordenamiento legal propende a satisfacer. El reconocimiento de derechos, desde esta perspectiva, es un instrumento que la sociedad utiliza para defender el interés general: “cada uno de los derechos tiene su propia misión que cumplir, lo que equivale a decir que cada derecho debe realizarse conforme a los fines de la institución” (Josserand). En consecuencia, se incurriría en abuso del derecho subjetivo si los motivos concretos del titular no están conformes al fin o a la función que el derecho subjetivo posee según el ordenamiento que lo establece. El abuso de derecho, según esta doctrina, radicaría en el ejercicio concreto de un derecho que resulta extraño al fin socialmente valioso para el cual ha sido atribuido o contrario a su función. Mientras las normas que establecen el derecho fijan su límite externo, la institución del abuso de derecho fija su límite interno. Así, el ejercicio que respeta al contenido del derecho subjetivo puede resultar ilícito si no resulta conciliable en concreto con el fin o función social para la cual fue establecido.
106. Algunos ejemplos pueden ilustrar acerca de las dificultades prácticas de una teoría tan extensa del abuso de derecho en el ámbito del derecho privado. El derecho a la vida privada otorga un ámbito de protección de la intimidad que queda excluido de la intromisión y del conocimiento ajeno: ¿cuáles son los fines legítimos que justifican su invocación frente a terceros?; ¿cuál es el criterio para discriminar en concreto entre aspectos de la vida privada que merecen y no merecen cautela a la luz de la función que ese derecho cumple el derecho para el bien general? En un ámbito por completo diferente, el propietario, dentro de los límites externos que establecen la ley y los derechos ajenos, tiene un poder sobre la cosa que se manifiesta en la facultad para excluir de su goce a terceros: ¿deben tener los jueces la facultad de revisar en concreto

la manera como el propietario ejerce el derecho, a efectos de juzgar si el uso y goce que hace de la cosa resultan conforme a la función social de la institución? El comprador tiene derecho a exigir al vendedor el cumplimiento de la obligación de dar la cosa: ¿cuáles son los motivos que hacen lícita o ilícita la pretensión de exigir la entrega de la cosa?; ¿podría el vendedor negarse a entregarla argumentando que, a pesar de haberla vendido, necesita la cosa con más intensidad que el comprador?

Un control en concreto del ejercicio de los derechos parece incompatible, en cada uno de los casos reseñados, con el fin más general que cumple la institución del derecho subjetivo. En verdad, la aceptación de una doctrina del abuso de derecho tan extensa como la formulada por Josserand, que supone controlar en concreto como se concilian los motivos de la conducta con las exigencias del bien común, parece más bien consistente con “un estado total de policía, que niega el libre desarrollo de la personalidad” (Medicus). En la práctica, la indagación de los motivos del titular abre un campo exorbitante de discrecionalidad judicial, que priva al derecho subjetivo de su función de certeza. Ante todo, porque las normas de derecho, especialmente las regulaciones administrativas que limitan externamente el contenido de los derechos, usualmente responden a fines diversos que no es tarea sencilla desentrañar; además, porque juzgar el ejercicio concreto del derecho a la luz de los motivos supone una capacidad de discernir, a partir de hechos externos y demostrables, los fines concretos de una acción; esto es, penetrar en el inconmensurable mundo de la subjetividad ajena; finalmente, porque el fin de una norma usualmente se logra mediante reglas generales que no atienden a situaciones concretas, sino a los efectos que se siguen de la respectiva institución.

Por eso, un ámbito garantizado de discreción concedido al titular parece esencial a la noción de derecho subjetivo, en el derecho privado y constitucional. Ello no sólo tiene un significado moral, sino también funcional: el derecho subjetivo, en la justificación más débil que se puede hacer de la institución, es un instrumento técnico que el derecho objetivo establece para cumplir su fin ordenador de la convivencia social. La institución del derecho subjetivo descentraliza la cautela de las normas de derecho en “incontables voces de alarma, listas a desencadenarse a la menor trasgresión”, de modo que “pese a su individualismo, resulta ser muy sociológico: para que el derecho objetivo esté intensamente presente en la sociedad, nada mejor que encarnarlo, esto es, subjetivarlo” (Carbonnier). De ello se sigue que una doctrina del abuso de derecho que pretenda juzgar cada acción humana, incluso la amparada por un derecho, a la luz del interés general, no sólo resulta ser contraria a los supuestos de un orden que asume como valiosa la libertad, sino, además, contribuye a debilitar la eficacia del derecho<sup>18</sup>. Por eso, por atrayente que pueda aparecer bajo una mirada superficial, tal doctrina del abuso de derecho, surgida en el primer tercio del S. XX, época de florecimiento de los colectivismos de distintos signos, no ha logrado apoyo relevante entre los juristas, ni en la práctica jurisprudencial.

---

<sup>18</sup> En el mismo contexto que antes ha sido citado, el jurista y sociólogo J. Carbonnier se pregunta: “¿Por qué, en toda época las propiedades colectivas han sido tan mal respetadas, a tal extremo que en los países socialistas su protección devino un problema jurídico mayor, y que hizo necesario para defenderla, un derecho penal particularmente riguroso? Ocurre que la propiedad colectiva se presenta como una estructura de puro derecho objetivo, bajo la cual no hay derechos subjetivos donde palpitar el corazón” (op.cit., pág. 163 [nota 15]).

(iii) **El abuso de derecho como correctivo del ejercicio excesivo o anormal del derecho**

107. Por mucho que el ordenamiento normativo que lo reconoce defina el contenido del derecho subjetivo, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, que debe ser limitado por el derecho objetivo (Trabucchi). Este es genéricamente el fundamento más aceptado para la doctrina del abuso de derecho. El derecho, en estas hipótesis, es ejercido dentro de los límites externos que señala formalmente el ordenamiento legal o contractual que lo establece; sin embargo, ese ejercicio puede resultar excesivo o anormal; sea por la inequívoca intención de dañar que inspira al titular (abuso de derecho en sentido subjetivo), sea atendiendo a la valoración de las circunstancias objetivas de ese ejercicio, según estándares mínimos de sociabilidad y de lealtad (abuso de derecho en sentido objetivo). Desde esta perspectiva, la doctrina del abuso de derecho expresa la existencia de un límite moral implícito al ejercicio de los derechos, que se muestra en una conducta del titular que resulta contraria a los estándares normativos mínimos de respeto a la comunidad y a los demás que deben observarse aunque la conducta corresponda formalmente al ámbito de discrecionalidad que el derecho confiere a su titular.
108. Por otra parte, el grado de discrecionalidad de que está dotado el titular de un derecho depende esencialmente del contenido de tal derecho. Una mayor discrecionalidad tiende a restringir proporcionalmente las hipótesis de abuso de derecho. Tradicionalmente se ha acostumbrado en el derecho civil chileno enumerar algunos derechos cuyo ejercicio es *per se* discrecional, de modo que jamás darían lugar a abuso de derecho; se señalan el derecho a testar (art. 999), el derecho del ascendiente para oponerse al matrimonio del hijo menor (art. 105) y el derecho a pedir la división de una comunidad (art. 1317). Tratándose de derechos potestativos que necesariamente se ejercen respecto de terceros no parece necesario excluir *a priori* la posibilidad de que estos últimos puedan ser ejercidos abusivamente. Por el contrario, pareciera que el derecho a disponer libremente de los bienes por testamento, dentro de los límites impuestos por las asignaciones forzosas ordenadas por la ley, es un derecho discrecional que no puede resultar abusivo respecto de nadie.
109. En todo caso, la doctrina que concibe el abuso de un derecho como su ejercicio excesivo o anormal tiene una función correctiva excepcional, en atención a los riesgos de un intervencionismo judicial excesivo, que mine la certeza del derecho que rige las relaciones privadas. Por eso, la doctrina del abuso de derecho sólo resulta invocable cuando el comportamiento del titular atenta contra estándares mínimos de conducta, que no es posible expresar en modelos de conducta que establezcan las condiciones precisas de su aplicación. Por eso, resulta inevitable una referencia a ideas normativas compartidas que la ley sólo puede expresar en la forma de cláusulas generales.

En los límites del derecho privado se encuentra una invocación a las costumbres y a la razón compartida espontáneamente por la comunidad. Así, el principio de la autonomía privada encuentra su límite no sólo en la ley y en el orden público que establece el

derecho legislado, sino también en las 'buenas costumbres' (arts. 1461 y 1467); y, los contratos deben cumplirse de "buena fe", esto es, no sólo obligan a lo expresado por las partes o por la ley, sino también a aquello que emana de la 'costumbre' o de la 'naturaleza de la obligación' (art. 1546). Gracias a su generalidad, estos conceptos constituyen directivas que se aplican a un número indefinido de situaciones. Aunque tienen filiación romana, el contenido normativo de estos conceptos ha variado con el tiempo. Expresan valoraciones que resultan de una normatividad social que no se expresa en reglas precisas, pero cuya vigencia se muestra usualmente con naturalidad cuando el estándar es infringido. No se trata de una delegación a la libre apreciación del juez, sino de una invocación de percepciones compartidas acerca de lo que es correcto y de lo que es inaceptable.

Se puede entender por buenas costumbres las exigencias de sociabilidad mínimas que se imponen al sujeto en cautela del bien de la sociedad o de personas indeterminadas. En el derecho privado contemporáneo las buenas costumbres han tendido a desplazarse desde el ámbito de la moral sexual y familiar (que, en general, queda cubierto por el principio de privacidad), hacia los deberes generales de decencia en las relaciones con la comunidad en general. Así, resulta contrario a las buenas costumbres que un empresario incorpore subrepticamente en las condiciones generales de contratación aplicables a sus contratos con consumidores una cláusula que altera sustancialmente la economía natural del contrato. No es casual que se diga, en ese caso, que la cláusula es 'abusiva': es una conducta incorrecta, contraria a las exigencias mínimas de sociabilidad que el derecho comparte la moral social.

La buena fe se refiere a deberes que surgen en razón de una especial relación que tiene el titular del derecho con la persona que soporta su ejercicio. Se aplica especialmente a las relaciones contractuales, pero también a cualquiera otra situación en que se planteen deberes recíprocos de cuidado (como entre vecinos, por ejemplo). La buena fe invoca aquello que objetivamente se debe entender que forma parte de la relación en atención a su naturaleza. La buena fe es el más potente principio moral que opera supletoriamente respecto de la ley y el contrato en el derecho patrimonial (especialmente de obligaciones). Se expresa en materia contractual en el art. 1546, donde su función es completar el contenido del contrato, más allá de lo expresamente pactado o previsto por la ley, con el contenido normativo que se entiende pertenecerle atendida la naturaleza de la obligación o lo que establece la costumbre. El principio de buena fe tiene aplicación como correctivo al formalismo en la definición de las obligaciones que nacen de un contrato. Elevada a principio general, puede ser concebida como el conjunto de directivas, que no han sido expresamente formuladas, pero que con naturalidad son aceptadas en la comunidad, relativas a la lealtad, la confianza y la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente esperar del titular del derecho.

Las buenas costumbres se refieren esencialmente a las relaciones con la comunidad, y la buena fe, a una relación especial entre quien ejerce el derecho y quien soporta ese ejercicio. Ambos conceptos están referidos en el código chileno a propósito del derecho de los contratos: como límite en la autonomía privada, las buenas costumbres (art. 1461 y 1467); y como elemento de integración del contrato con aquellos elementos que se le entienden pertenecer en razón de la naturaleza de la relación, la buena fe (art. 1546, en

relación con art. 1.444). Sin embargo, cualquiera sea su denominación, estos principios tienen alcance general en el derecho privado, pues expresan la forma como los usos normativos vigentes en la sociedad, aquello que forma implícitamente parte de las reglas sociales del juego, complementan el derecho que está positivado en ley o el contrato y limitan el ámbito de lo jurídicamente lícito. Es en este último sentido que resultan relevantes en la institución del abuso de derecho.

110. Con todo, las buenas costumbres y la buena fe son cláusulas generales cuyas condiciones de aplicación son imprecisas e indeterminadas. Contienen una alusión genérica a ideas normativas compartidas espontáneamente en la comunidad acerca de lo que es correcto, pero carecen de una suficiente densidad conceptual, que permita definir las condiciones de su aplicación práctica. En materia de abuso de derecho tienen la ventaja de evocar aquello que resulta socialmente intolerable, de modo que circunscriben el abuso de derecho a casos límites y excepcionales. Pero su vaguedad arriesga comprometer la seguridad en el tráfico en una huida hacia conceptos generales, carentes de referencia a las circunstancias que justifican su aplicación.

A pesar de esta reserva, el derecho privado contemporáneo opta por negar legitimidad al ejercicio del derecho que resulta por completo desproporcionado o impropio. Y aceptado ese principio, resulta inevitable recurrir a conceptos normativos generales. Sólo así se pueden cubrir situaciones que no han sido previstas o que no pueden ser cubiertas por una regla precisa, pero que resultan intolerables a la sensibilidad jurídica. Por eso, los códigos más recientes y la doctrina contemporánea tienden a aludir a estos conceptos normativos y generales (especialmente el de buena fe) al momento de señalar un criterio que indique el límite interno de los derechos.

111. Antes se ha mostrado que la pregunta acerca de si el ejercicio de un derecho resulta abusivo supone que hayan sido precisadas las facultades que el derecho comprende. El problema del abuso sólo se plantea cuando la persona ha actuado conforme a las facultades que le confiere el respectivo ordenamiento legal o contractual. Esta secuencia lógica impide que sean tratados como casos de abuso de derecho preguntas que más bien se refieren a las facultades que definen el alcance (límite externo) del derecho respectivo. Así es improbable, en principio, que se plantee como abuso de derecho la situación de conflicto entre dos derechos en colisión. La tarea de delimitar el ámbito de los derechos es usualmente un problema de interpretación de las normas que los reconocen y de integración de un eventual vacío normativo, tareas que inevitablemente suponen un sopesamiento de los bienes jurídicos en juego. Cada derecho tiene, dicho metafóricamente, la vocación de transformarse en incondicionado. Sin embargo, el derecho ajeno lo determina y limita externamente. El problema del abuso, por el contrario, se plantea respecto de derechos cuyo ámbito de facultades y límites externos ha sido definido, y en circunstancias que el titular actúa dentro del ámbito formal de facultades que el derecho le confiere. La confusión de los planos puede llevar a extender sin necesidad la institución del abuso de derecho<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Esa crítica podría efectuarse a una sentencia reciente, recaída en un recurso de protección, en que el asunto fue resuelto con referencia al abuso de derecho, en circunstancias que pudo resolverse del mismo modo por la vía de dirimir interpretativamente el concurso de derechos (y, más precisamente, de normas legales de la ley N°18.401 sobre saneamiento de bancos e instituciones financieras). Los supuestos normativos del caso son

112. Sin embargo, la calificación de un caso como uno de abuso o de concurrencia de derechos no siempre resulta inequívoca. Es, por ejemplo, lo que ocurre con frecuencia en los casos de vecindad. Así, se ha fallado que resulta abusivo el uso que hace de un terreno un club de tiro al vuelo, cuyo funcionamiento provoca ruidos y causa otros riesgos a los propietarios vecinos. La Corte de Pedro Aguirre Cerda, para dar lugar al recurso, argumentó que en virtud del “principio inconcuso del abuso de derecho ..., una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta en forma grave el derecho legítimo de un tercero”<sup>20</sup>. En verdad, es usual que los casos de vecindad puedan ser resueltos tanto por vía de abuso (si se atiende a la anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho) como de conflicto de derechos (si se sopesan en abstracto y en concreto los bienes e intereses cautelados por la propiedad de cada vecino). Se comprueba en estos casos límites que la regla de calificación de un caso como uno de abuso de derecho o de conflicto de derechos tiene necesariamente una zona imprecisa, por nítida que aparezca a primera vista. Por lo demás, entre los tópicos relevantes para determinar el alcance recíproco de los derechos en conflicto figuran precisamente aquellas circunstancias que permiten inferir si es abusivo el ejercicio de alguno de tales derechos (como ocurrió en el caso del club de tiro).

**(iv) Situaciones típicas de ejercicio abusivo de un derecho**

113. Atendida la generalidad de las cláusulas generales que le sirven de referencia legal y de los principios jurídicos en que se apoya, la doctrina del abuso de derecho tiende a concretarse en grupos de casos típicos. La pregunta por los criterios de concreción del abuso de derecho tiene precisamente la relevancia práctica de circunscribir el ámbito de aplicación de una institución excepcional, que, sin embargo, no puede ser expresada en reglas concretas. La cuestión se plantea análogamente en órdenes jurídicos donde no hay una norma legal general sobre el abuso de derecho (como en el derecho chileno), que donde la ley expresamente consagra la institución; como se ha visto, la formulación

---

complejos, de modo que no pueden ser relatados en detalle. En esencia, se trataba de la concurrencia, por un lado, del derecho del Banco Central de Chile de que los bancos que recibieron apoyo financiero de esa institución con ocasión de la crisis financiera de 1983 destinaran parte de sus utilidades a pagar las obligaciones resultantes y, por otro, del derecho de los accionistas a capitalizar las utilidades y postergar, en consecuencia, el pago de aquella obligación. El fallo de la Corte de Santiago (confirmado, con dos disidencias por la Corte Suprema) acepta la demanda del Banco Central sobre la base de que el banco demandado habría incurrido en abuso de derecho al capitalizar las utilidades del respectivo ejercicio, postergando de ese modo la deuda subordinada que el banco recurrido mantenía con el Banco Central.

<sup>20</sup> Gaceta Jurídica N°55, pág. 73 ss., considerando 15° (pág.76).

legal del principio de que la ley no protege el ejercicio abusivo de los derechos es necesariamente general; así las normas legales, donde han sido introducidas, se han limitado a dar sustento positivo a un principio jurídico que ya ha sido desarrollado de *lege ferenda* por la doctrina y la jurisprudencia. En la exposición que sigue de los principales tipos de abuso de derecho se intentará hacer referencia preferente a situaciones reguladas por la legislación chilena, que contribuyen a construir por analogía, a la luz de un criterio más general, una regla en la materia.

**(I) El ejercicio de un derecho con el sólo propósito de causar daño a otra persona.**

114. Según la hipótesis de abuso de derecho más comúnmente aceptada, el ejercicio del derecho subjetivo es ilícito cuando el único fin que persigue el autor es causar daño a un tercero: el ejercicio del derecho no reporta al titular utilidad alguna, que no sea satisfacer el interés de dañar a otro. Representa un caso extremo de un acto contrario a las buenas costumbres, de modo que la legislación comparada del último siglo y la doctrina están en acuerdo unánime acerca de su ilicitud. Con todo, se trata de una hipótesis extrañísima en la práctica. No tanto porque sea extraño que el propietario, por ejemplo, quiera sólo molestar al vecino con quien está enemistado, sino porque la experiencia muestra que es en extremo difícil probar el propósito exclusivo de causar daño a otro.

Un antiguo caso holandés muestra las limitaciones de esta forma de abuso de derecho. Jan cubrió con un gran lienzo la hermosa vista que desde su casa tenía su vecino Piet. El juez sancionó a Jan por abuso de derecho, porque el lienzo no tenía otro fin que impedirle la vista al vecino. Entonces, Jan construyó un molino que impedía la vista. El juez ahora ordenó retirar el molino, porque éste no estaba conectado a la fuente de agua, de modo que era por completo inútil para el propietario. Jan, sin embargo, conectó el molino a la fuente de agua. Ahora la acción de supresión del daño fue rechazada: el uso del molino excluye la hipótesis de abuso de derecho, aunque éste haya podido ser construido en otro lugar de la propiedad. El caso muestra que la exigencia de que el único propósito del ejercicio del derecho sea dañar a un tercero presenta usualmente problemas probatorios insuperables y puede ser fácilmente eludida mostrando que la acción persigue algún fin cualquiera que sea atribuible al provecho personal del titular. Desde un punto de vista estrictamente normativo, sin embargo, esta forma extrema de abuso de derecho es una concreción de la *exceptio doli generalis* proveniente del derecho romano tardío y parece constituir el punto de encuentro más elemental entre la moral y el derecho.

**(II) Extrema desproporción entre el interés del titular y el efecto negativo que produce en otra persona el ejercicio del derecho.**

115. Un interesante ejemplo legal de este tipo de abuso de derecho se encuentra en el antiguo art. 945, actualmente, art. 56 del Código de Aguas, que dispone que “cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportara utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo”. También en este caso la desproporción es indicio de un abuso. Análogo principio se expresa en la regla del art. 941.

El fundamento de las normas anteriores, esencialmente provenientes del derecho romano, es la buena fe. El mismo deber de lealtad puede inferirse respecto de cualesquiera derechos cuyo ejercicio genera deberes de consideración respecto de quienes deben soportarlo. Aunque el principio se aplica preferentemente a relaciones personales, también puede surgir de derechos de propiedad, especialmente en relaciones de vecindad.

116. Aplicaciones prácticas del abuso de derecho en razón de la desproporción entre el interés del titular y el efecto que produce el ejercicio del derecho pueden invocarse, por ejemplo, a propósito de dos efectos característicos de los contratos bilaterales: la excepción de contrato no cumplido (art. 1.552) y la resolución por incumplimiento (art. 1489). En ambos casos, el incumplimiento de una parte otorga a la otra parte una poderosa excepción (no cumplir por su parte lo debido, en el caso del art. 1552) y una pretensión de ineficacia del acto (la resolución del contrato, en el caso del art. 1489). Resulta, sin embargo, contrario a la buena fe (y, por tanto, es abusivo) que una parte se resista a cumplir con su parte en el contrato o demande su resolución en razón de un pequeño incumplimiento que resulta accidental en el contexto general de la operación. En tal evento, tendrá el acreedor acciones indemnizatorias (que se traducen económicamente en un efecto análogo a la rebaja de precio en el caso de los vicios redhibitorios), pero no podrá invocar aquellos derechos, que pueden resultar desproporcionados, y que más bien expresan un pretexto para poner término a la relación contractual.

Pero también puede haber situaciones de ejercicio desproporcionado de un derecho en otros ámbitos, distintos de la vecindad y de las relaciones obligatorias, como lo ilustran ejemplos provenientes del derecho comparado. Un interesante caso de abuso de derecho por desproporción entre el derecho invocado y el daño producido a un tercero se presentó en España a consecuencias de una concesión que la autoridad otorgó a una empresa para utilizar las arenas de una playa; el titular de la concesión explotó de tal modo las arenas, que dejó indefensa ante las marejadas a una instalación industrial próxima. El fallo sancionatorio del concesionario consideró que el daño era inmoral o antisocial en forma objetiva, porque proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Otro caso muy conocido se produjo en Alemania a poco de entrar en vigencia el Código Civil. El propietario de un antiguo castillo estaba enemistado con su hijo, a quien negaba la entrada a la propiedad; el hijo reclamó ante el tribunal que la negativa de acceso de su padre era abusiva, porque le impedía visitar la tumba de su madre, enterrada en el lugar. La defensa del padre argumentó que no había abuso de derecho, según el art. 226 del código alemán, porque la negativa no tenía por interés dañar al hijo, sino evitar al padre anciano el malestar de encontrarse con éste. El tribunal estimó que se trataba de un ejercicio excesivo o anormal del derecho de propiedad, porque nada impedía que el hijo fuese autorizado en ciertas fechas conocidas para entrar a la propiedad, conservando el padre la posibilidad de evitar el encuentro que no deseaba. En otras palabras, la negativa absoluta no estaba justificada atendido el interés legítimo (no el derecho) que tenía el hijo por visitar la tumba de su madre.

La idea de completa desproporción en el ejercicio de un derecho, que hace de éste un acto inmoral o antisocial, subyace a muchos casos en que la jurisprudencia comparada

da lugar intuitivamente a la pretensión de abuso de derecho, sin articular razones. Así, la corte de casación francesa estimó abusivo que el propietario de un terreno se negara a que su vecino entrara a efectos de hacer reparaciones en su propio inmueble. No había en el caso puro interés de dañar, de modo que la hipótesis más nítida de abuso de derecho estaba descartada; más bien era un caso en que la conducta resulta objetivamente contraria a los deberes mínimos de sociabilidad que hace suyos el derecho objetivo. En definitiva, las hipótesis de desproporción en el ejercicio de un derecho suponen un ejercicio desleal o de mala fe (como cuando se invocan incumplimientos insustanciales para sustraerse a la aplicación de un contrato) o bien una extrema mezquindad, que se expresa en que el ejercicio del derecho se hace con desconsideración grave de los daños que se causan al tercero.

### (III) Actos propios.

117. La más típica aplicación del principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos se refiere a los llamados actos propios. Según un antiguo proverbio no es lícito *venire contra factum proprium*, esto es, actuar de una manera que resulte contradictoria con la confianza que había generado en un tercero una conducta anterior del titular del derecho. Bajo diversas formulaciones, este principio muestra un análogo desarrollo jurisprudencial en el derecho privado de distintos sistemas jurídicos.

El bien jurídico cautelado por la doctrina de los actos propios es la confianza; el ejercicio del derecho resulta contrario a la buena fe porque no se condice con las expectativas ciertas que el titular había generado en un tercero con su propio comportamiento. Quien hace valer el acto propio del titular del derecho subjetivo no tiene por su parte un derecho a que éste se comporte de cierta manera, de modo que no se trata de un conflicto entre derechos. Por eso, la aplicación del principio está sujeta a los criterios de excepcionalidad que caracterizan al abuso de derecho. Para que se configure el abuso de derecho basado en actos propios no basta que se haya insatisfecho una expectativa ajena creada por la conducta precedente del titular, sino se exige, además, un juicio normativo acerca de la deslealtad de la conducta del titular, por atentar contra los deberes recíprocos de respeto que surgen implícitamente de las relaciones personales. Por eso, en general, es una institución típica del derecho de obligaciones.

118. Un ejemplo de contradicción con los actos propios es la excepción de prescripción interpuesta por quien hasta la víspera del cumplimiento del plazo ha negociado con el acreedor. Sería el caso del vendedor a quien le es reclamado por el comprador un vicio redhibitorio de la cosa, ante cuya evidencia inicia una negociación para determinar si procede reparar el vicio o sustituir la cosa; luego, una vez cumplido el breve plazo del art. 1866, el vendedor interrumpe la negociación, invocando la prescripción. En la especie el vendedor podría alegar que no ha habido propiamente interrupción de la prescripción, porque no se ha reconocido la obligación que surge del vicio (interrupción natural del art. 2518 II). Con todo, resulta abusivo y desleal negociar, generando la confianza de que el acuerdo sólo depende de una cuestión de hecho (por ejemplo, si se puede reparar el vicio de la cosa, o si, por el contrario, es necesario sustituirla), para luego suspender la negociación cuando se cumple el plazo que hace nacer la excepción de prescripción. El acto propio anterior hace abusivo el ejercicio del derecho potestativo a interponer esa

excepción en razón del abuso que se hace de la confianza generada en la otra parte.

El abuso de derecho por actos propios se extiende al ejercicio de la acción (o excepción) de nulidad por un vicio formal, por quien conoció en su momento el vicio y exigió, antes de ejercer la acción de nulidad, el cumplimiento de la obligación que le reportaba el contrato (la situación es análoga pero no idéntica a la que plantea el art. 1682, que será analizado en infra pár. 29).

Del mismo modo, quien por sus propios actos ha creado la apariencia de que cierta persona es su representante, con poderes suficientes para realizar ciertos contratos, no puede luego pretender que no le obliga un contrato que le ha devenido desventajoso, con el argumento de que el empleado que lo convino en su nombre carecía de poder de representación (art. 2160 I). Si con anterioridad tal empleado había celebrado contratos semejantes, que fueron reconocidos como válidos por el empresario, suele existir la apariencia de un poder suficiente, que ha sido creada por un acto propio del empresario, de modo que resulta contrario a la buena fe contradecir la confianza creada en la contraparte.

119. En suma, se puede comprobar que la doctrina de los actos propios es un importante correctivo de justicia material al formalismo jurídico. Sin embargo, es conveniente reiterar que no toda contradicción con el actuar previo resulta abusiva *per se*. El titular de un derecho puede cambiar de opinión acerca de si lo ejercerá o no, o acerca de la forma de ejercerlo, de modo que nadie puede exigir que en el futuro se deba comportar del mismo modo que lo haya hecho con anterioridad. A menos que con su conducta haya creado la legítima confianza de que en el futuro actuará de un cierto modo, en términos que resulte desleal no hacerlo, como se ha visto en los casos de la oferta, de la negociación sobre los vicios redhibitorios, de la nulidad por vicios formales alegada luego de haber gozado de los beneficios del contrato o de los poderes aparentes. A la expectativa creada en el otro por la propia conducta, se agrega como requisito que resulta incorrecto o contrario a la decencia, atendidas las circunstancias, defraudar la confianza creada.

#### **(IV) Ejercicio de un derecho adquirido de mala fe.**

120. En este grupo de casos también está comprometida la propia conducta de quien luego ejerce abusivamente el derecho. El acto propio consiste en un ilícito en que se incurre concientemente al momento de adquirir el derecho.

En nuestro derecho civil existen algunas importantes aplicaciones de este tipo de abuso de derecho. El art. 1683, que regula la nulidad absoluta, priva de la acción de nulidad al contratante que celebró el acto o contrato “sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”. El contratante no puede hacer valer en su favor su mala fe inicial, ejerciendo la acción de nulidad, si luego llega a tener interés en que el contrato resulte ineficaz. A un principio análogo responde la norma del art. 1481 II: si una obligación en favor de un tercero depende de que se cumpla una condición, ésta se entenderá cumplida si quien debe ejecutar la prestación interviene por medios ilícitos para que la condición no se cumpla, o para que la otra persona de cuya voluntad dependa, no coopere al cumplimiento.

Se puede estimar que estas reglas legales responden a un principio más general: quien actúa de mala fe no puede aprovecharse de su propio ilícito. Así, por ejemplo, si en un contrato se otorga a una de las partes el derecho potestativo a ponerle término hasta una cierta fecha, la otra parte no puede argumentar la caducidad de ese derecho si ella misma hizo imposible recibir oportunamente la comunicación en la forma prevista en el contrato (bloqueando el receptor de facsímiles o impidiendo el acceso de correspondencia, por ejemplo). En definitiva, si alguien por medio de un acto ilícito obtiene un derecho o una excepción contra otra persona, ésta puede oponerse al ejercicio de este derecho. Se trata de un caso de aplicación de la *exceptio doli*, en cuya virtud el derecho otorga defensa frente a acciones cuyo origen está contaminado por la mala fe.

#### **(V) Desviación del fin de un derecho potestativo.**

121. El derecho privado otorga potestades jurídicas que no constituyen derechos a la conducta ajena, sino facultades para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La principal regla que otorga derechos potestativos, o competencias jurídicas, es la del art. 1545, que consagra la facultad de regular mediante contratos las relaciones privadas patrimoniales. Sin embargo, la ley o el contrato establecen otros derechos potestativos, muchos de los cuales se materializan en actos jurídicos unilaterales. Así, también son derechos potestativos los que la ley confiere para revocar un mandato (art. 2165) o para desahuciar el contrato de arrendamiento (art. 1951 I). Es en el ámbito de estos derechos potestativos donde se produce una cierta analogía del derecho privado con el administrativo: el derecho objetivo concede competencias para producir efectos jurídicos mediante contratos u otros actos jurídicos. Por eso, no es extraño que respecto de estas facultades se planteen en el derecho privado situaciones de abuso de derecho que presentan analogías con la “desviación de poder” que es típica del abuso de derecho en el derecho administrativo: una facultad que ha sido concedida con una cierta finalidad (por la ley o por el contrato) es desviada de ese fin con el propósito de satisfacer un interés que no está cautelado por la norma.

En este tipo de situaciones resulta pertinente la doctrina del abuso de derecho que atiende a los fines de la norma que atribuye un derecho y a los propósitos perseguidos por el titular en el ejercicio concreto de ese derecho. Con todo, también en este caso el abuso de derecho es una institución excepcional: las facultades que la ley o el contrato confieren no están sujetas en principio a escrutinio judicial, pues es inherente a la autonomía privada que sean ejercidas según el arbitrio prudencial del titular del derecho. Con esa reserva de excepcionalidad, en principio, todo derecho potestativo puede ser ejercido abusivamente, como ocurre cuando se hace con el solo fin de dañar a un tercero. En los párrafos siguientes se hará referencia a los principales grupos de casos de abuso por desviación del fin para el que es reconocido un derecho potestativo en el derecho privado.

122. Los casos más claros en que procede el abuso de derecho por desviación del fin se refieren a los derechos-función, esto es, aquéllos que son reconocidos al titular a efectos de que cumpla un deber de cuidado respecto de otra persona o de un patrimonio ajeno. La función configura en estos casos el contenido del derecho y también actúa como límite

a su ejercicio abusivo.

Uno de los desarrollos contemporáneos más importantes del derecho privado reside en identificar estos derechos-función, con el efecto radical de que se cambia el acento desde la mera potestad formal hacia el fin. Es el caso de la autoridad paterna, que según el nuevo ordenamiento de la filiación debe ser ejercida en atención al mejor interés del niño (art.242 II); y de la administración de las sociedades anónimas, que los directores deben emprender en el solo interés de la sociedad y no del interés particular de ellos mismos o de los accionistas que los hayan elegido (ley N°18.046, arts. 39 ss.).

123. En cierto sentido pueden ser asimiladas a las situaciones de desviación de poder los abusos cometidos al redactarse por una parte las condiciones generales de contratación bajo las cuales se ofrecen bienes o servicios al público. Atendida la diferente posición de información que tiene el consumidor acerca de los bienes ofrecidos y, particularmente, acerca del contenido efectivo de las cláusulas propuestas, puede ocurrir que éstas alteren abusivamente la economía del contrato en beneficio del empresario que las propone. La facultad de proponer las condiciones del contrato es un derecho potestativo que se funda en el principio de la autonomía privada. Nada impide que las partes se alejen del contenido natural de los contratos, establecido por la ley y por la costumbre (los usos normativos), con el solo límite del orden público y las buenas costumbres (arts. 1545 y 1461). Por lo mismo, nada impide tampoco que una parte proponga a otra un contrato que se aleja de la estructura natural prevista por la ley. Sin embargo, puede ocurrir que las condiciones generales propuestas subrepticamente, o sin que el consumidor tenga razonable posibilidad de informarse atendidas sus circunstancias, alteren la economía básica del contrato en favor del proponente (quien, por ejemplo, no se hace responsable de los vicios redhibitorios mediante una simple referencia en la “letra chica” del contrato a que no se aplicará al contrato el art. 1857). En tales casos se puede configurar una situación de abuso de derecho por desviación de la potestad que el derecho confiere para configurar en la oferta las condiciones del contrato. Atenta contra la decencia exigida en la conducta para con los demás (buenas costumbres) y contra la lealtad que se debe a la contraparte de un contrato (buena fe), quien abusa de la inexperiencia ajena en la materia del contrato o de su confianza en que las condiciones de venta responden a lo que naturalmente se entiende pertenecer a una relación contractual.

La jurisprudencia comparada construyó por esta vía caminos de control de las condiciones generales de contratación (o contratos de adhesión, según la denominación francesa), aún antes de que leyes especiales regularan la materia. En todo caso, la doctrina del abuso de derecho, por desviación de un derecho potestativo, subsiste como principio correctivo de orden general, especialmente cuando la legislación es incompleta, como en el caso chileno.

124. Particular atención requiere también el abuso del derecho potestativo a provocar la terminación unilateral de contratos de larga duración (tracto sucesivo). En los contratos de arrendamiento, mandato, sociedad, trabajo, suministro, y demás de larga duración, es de la naturaleza que, a falta de plazo convenido, se les pueda poner término unilateralmente. Con todo, resulta evidente que una relación de larga duración supone especiales deberes recíprocos de lealtad al momento de ponerle término.

Así, por ejemplo, el propio código señala que no vale la renuncia de un socio que se hace intespestivamente o de mala fe, sin consideración a los intereses de los demás socios o con el fin de apropiarse de una ganancia de la sociedad (arts. 2110 y 2111). El mandatario, por su parte, también puede renunciar al encargo, pero debe continuar ocupándose de los asuntos encomendados por el mandante por un tiempo razonable para que éste pueda proveer a los negocios encomendados (art. 2.167). En el derecho del trabajo, un capítulo importantísimo es precisamente la terminación unilateral de la relación laboral por desahucio del empleador (Código del Trabajo, arts. 155 ss.). Pero, más allá de las disposiciones legales especiales, rige el principio general de que no se puede abusar del derecho potestativo a poner término a una relación jurídica de larga duración. Así, el principio se aplica, por ejemplo, a la relación continua de suministro de un insumo esencial por un proveedor a un empresario industrial. El derecho potestativo a poner término a una relación de larga duración tiene por fin cautelar la libertad futura de las partes (lo cual resulta congruente con la garantía constitucional de la libertad personal, al menos en casos extremos). Sin embargo, el derecho potestativo a poner término a una relación contractual indefinida es desviado de su función si es utilizado de una manera desleal, con negligente o dolosa desconsideración de la confianza de la contraparte. El aviso razonablemente anticipado, como la ley exige en la sociedad o el mandato, resulta ser una condición necesaria que debe cumplir en tales casos el acto potestativo de terminación.

#### **(VI) Abuso de formas o instituciones jurídicas.**

125. El abuso de las formas o instituciones jurídicas se relaciona con una comprensión estructural de los fines que cumplen las instituciones del derecho privado, que es típica del desarrollo doctrinario ocurrido en las últimas décadas. Hace un siglo, se estimaba que la libertad contractual comprendía la facultad de celebrar contratos que tuviesen por objeto la distribución de mercados para evitar la competencia; también se consideraba que la habilidad técnica de los abogados era siempre eficaz para eludir la aplicación de normas legales obligatorias, si al negocio prohibido por la ley se le daba una forma contractual que no quedara formalmente cubierta por la norma legal respectiva. Se tendía a entender el concepto de orden público formalmente, de modo que el ejercicio de las potestades en un sentido contrario a la institución respectiva resultaba lícito, con la sola condición de que no se infringiera una norma legal específica. Por el contrario, la doctrina del abuso de las formas e instituciones jurídicas se caracteriza porque somete a control el ejercicio de derechos potestativos en un sentido que resulta contrario a los supuestos normativos del respectivo ordenamiento. En tal sentido, se trata de una especie de abuso de derecho por desviación del fin que justifica el reconocimiento de una potestad.
126. Ello vale especialmente en el marco del orden público económico, que está configurado por las instituciones jurídicas, funcionalmente vinculadas entre sí, del contrato, la autonomía privada y la libre competencia. Así, existe abuso del derecho potestativo a convenir un contrato si la oferta es manipulada en términos que resulten contrarios al cabal discernimiento de la otra parte (como ocurre con las cláusulas abusivas propuestas como condiciones generales de contratación); y existe abuso de la autonomía privada cuando dos o más empresas que dominan un mercado se distribuyen áreas de influencia

a efectos de no competir entre ellas.

127. También existe un abuso de la institución de la autonomía privada cuando para evitar la aplicación de una norma de orden público (que no está a disposición de las partes) se realizan uno o más actos jurídicos que formalmente son lícitos, pero que conducen al efecto económico que la ley pretende impedir. Es el caso del fraude a la ley, un tipo de desviación del fin en el ejercicio de una potestad.

El alcance de la institución del fraude a la ley es extremadamente difícil de precisar. Por eso, no es tarea fácil definir las fronteras entre la habilidad lícita y el fraude a la ley. En esencia, parecen haber dos criterios principales para configurar el fraude a la ley. Ante todo, hay fraude a la ley si se emplea una figura contractual para sustraerse a deberes que se tienen respecto de terceros. Este es el ámbito estrictamente privatista de la institución del fraude a una norma contractual o legal obligatoria. La acción pauliana (art. 2.468), que tiene por objeto hacer inoponibles al acreedor los actos fraudulentos de disposición efectuados por el deudor es un ejemplo legal de este aspecto privado del principio del fraude a la ley. Al mismo principio responde la regla que protege a los terceros frente a separaciones de bienes que efectúen cónyuges que estaban casados bajo sociedad conyugal (art. 1723 II): la liquidación de la sociedad no puede ser un instrumento para que los terceros vean afectadas las acciones personales que tenían contra el marido. En general, puede inferirse el principio de que los actos que una persona realice cuyo efecto sea sustraerse a la observancia de un deber (generalmente una obligación) que se tiene para con otra, son ineficaces respecto de ésta (inoponibles). El principio que subyace a estos casos es el de buena fe, porque se trata de actos que resultan contradictorios con los deberes de lealtad que se tienen respecto de determinadas personas (de los acreedores, principalmente).

En una segunda dimensión, más específicamente pública, el fraude a la ley persigue el efecto de sustraerse a una prohibición legal de desarrollar una actividad o da una norma imperativa de orden público que prescribe una conducta. En este ámbito, el interés general limita el ejercicio de los derechos potestativos privados. Por mucho que las leyes se propongan definir con precisión situaciones de hecho que son objeto de prohibición legal, la imaginación de los abogados y la flexibilidad de formas jurídicas que permite el principio de autonomía privada conducen a que se puedan descubrir resquicios para obtener por medios aparentemente lícitos el fin que la ley pretende evitar. Como se ha expresado, la primera y más difícil tarea del intérprete es definir si la norma legal debe ser entendida en sentido estricto (esto es, aplicable sólo a las situaciones de hecho expresamente previstas) o finalista. Sólo en este último caso el fraude a la ley reviste importancia práctica. Con todo, la distinción entre ambos tipos de reglas legales dista de ser clara. Aunque existen ámbitos en que las reglas son entendidas como subsuntivas (las normas tributarias, por ejemplo) y otros en que son esencialmente finalistas (las que regulan garantías constitucionales, por ejemplo), existe un amplio universo de casos en que la calificación es una cuestión prudencial. Así, parece inevitable “una cierta flexibilidad en la noción de fraude, gracias a la cual los individuos conservan su libertad de acción, sin que el ejercicio de ésta les permita usar ardidés al punto de mofarse de la ley”.

128. En suma, como en todas las áreas del abuso de derecho, el control de la desviación de poder y del abuso de formas o instituciones jurídicas supone una valoración judicial en concreto. En este caso, sin embargo, resulta inevitable definir, ante todo, si la norma legal debe ser interpretada en un sentido formal o estricto, o si resulta razonable atender a su finalidad normativa. Si es este el caso, es necesario un juicio de valor acerca de los fines de la norma que concede la facultad. Sólo en consideración a esos fines puede el juez discernir en concreto si esos fines son violentados por el ejercicio de la respectiva potestad, a pesar de que formalmente no existe infracción alguna. En este último caso, se dará por establecido el fraude a la ley, ese correctivo excepcional al abuso de los derechos potestativos que el derecho privado confiere a las personas para configurar libremente las relaciones jurídicas.

(v) **Efectos del abuso de derecho**

129. Quien abusa de un derecho no puede invocarlo como justificación de su conducta. Aunque se cumplan formalmente las condiciones para su ejercicio, éste no está amparado por el derecho objetivo. De ello se siguen los principales efectos jurídicos del abuso de derecho, que suscintamente son referidos a continuación.

130. Si el abuso recae en el ejercicio de una acción civil, el titular queda privado de la pretensión respectiva. Así, por ejemplo, aunque el vendedor haya incurrido en el incumplimiento de alguna obligación conexa pactada en el contrato de compraventa, puede ocurrir que el comprador carezca de la acción resolutoria (que formalmente le corresponde según el art. 1489), si atendidas las circunstancias del contrato, tal incumplimiento resulta proporcionalmente insignificante (supra, párr. 19). En general, el abuso de derecho priva de las prerrogativas que éste confiere al titular; entre ellas, priva desde luego de la pretensión o acción civil derivada de ese derecho.

131. Si el abuso ha recaído en el ejercicio de un derecho potestativo (esto es, de una competencia conferida para configurar o modificar relaciones jurídicas), el efecto será la ineficacia del acto. La ineficacia será de nulidad o inoponibilidad, según resulte de las reglas técnicas que resulten aplicables. Así, el acto realizado en fraude a terceros será inoponible, porque ningún vicio de nulidad afecta el acto con efectos generales de ineficacia (véanse ejemplarmente arts. 2468 y 1753 II). Por el contrario, si el acto tiene por fin eludir la aplicación de una norma de orden público, la sanción será la nulidad, pues en tal caso estará normalmente afectado de los vicios de objeto o causa ilícitos. La superación del límite que las buenas costumbres y el orden público imponen al ejercicio del derecho potestativo a convenir libremente cualesquiera contratos tiene como sanción precisa ese efecto de nulidad (arts. 1461 y 1467 en relación con 1682 I).

132. Si los efectos del acto abusivo se prolongan en el tiempo, corresponde interponer una acción civil orientada a evitar o terminar el daño provocado. La acción estará destinada a obtener que quien ejerce abusivamente el derecho (o amenaza hacerlo) omita la conducta y suprima los efectos dañinos ya producidos. El objeto de la acción es impedir un acto o provocar la restitución del estado de cosas afectado por el acto ya realizado. Si bien esta acción que cautela el derecho en naturaleza encuentra fundamento en el Código Civil (arts. 932, 2328 II y 2.333) y en la doctrina, tiende a ser ineficaz, porque en el

derecho chileno no existen acciones civiles de urgencia consagradas por la ley o por la práctica judicial. Por eso, el medio idóneo para obtener la interrupción o prevención de los efectos dañinos es usualmente el recurso de protección, aunque ello suponga invocar en contra de quien actúa abusivamente una garantía constitucional de las enumeradas en el art. 20 de la Constitución. En contraste con el expedito procedimiento de la protección, la acción civil para hacer cesar el daño está sujeta a procedimiento ordinario, de larga tramitación, y a lo más, al procedimiento sumario.

133. Finalmente, una conducta calificable como abusiva usualmente será también culpable o dolosa en los términos exigidos por la ley para que proceda la responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros. En la hipótesis de ejercicio abusivo de un derecho porque se tiene la sola intención de dañar, la responsabilidad por abuso requiere prueba del dolo. Por el contrario, en las hipótesis de abuso que consisten en actos contrarios a las exigencias morales mínimas que plantea la sociabilidad (buenas costumbres) o contrarios a la lealtad debida en las relaciones recíprocas (buena fe), no resulta necesaria la intención de dañar para que el abuso quede configurado: el hecho de actuar de un modo contrario a la moral o a la buena fe configura infracción objetiva a los deberes de conducta inexcusables que una persona razonable tiene que observar en sus relaciones con los demás. Y ocurre que la culpa en materia civil tiene precisamente este carácter objetivo de inobservancia de la conducta debida en las circunstancias que el daño fue causado. De este modo, por la sola aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual (arts. 2314 ss.) resulta obligado a indemnizar quien daña a otro en un ejercicio abusivo de su derecho, sea que haya actuado con dolo, sea que simplemente haya incurrido en infracción de un deber de cuidado, esto es, con negligencia.