

Curso 2019 Final

CURSO DE DERECHO CIVIL

Tercera parte: Relación jurídica y derechos subjetivos

Enrique Barros Bourie

Apuntes de Clase
Segundo Semestre 2019

TABLA DE CONTENIDO

I.	RELACIONES DE LA VIDA SOCIAL Y RELACIONES JURÍDICAS	2
II.	SENTIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICA	3
III.	ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO.....	4
IV.	NACIMIENTO, VIGENCIA Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA.....	7
I.	CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO PRIVADO.....	10
II.	CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.....	11
III.	CONTENIDO DEL DERECHO SUBJETIVO	13
IV.	PROTECCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO: LA ACCIÓN CIVIL O PRETENSIÓN Y LA ACCIÓN PROCESAL.....	14
V.	TIPOS DE DERECHOS SUBJETIVOS PATRIMONIALES	20
VI.	DERECHOS REALES	24
VII.	OBLIGACIONES.....	32
VIII.	DERECHOS DE FAMILIA	36
IX.	DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	37
X.	ADQUISICIÓN, TRANSFERENCIA Y PÉRDIDA DE DERECHOS SUBJETIVOS	38
XI.	LÍMITES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS.....	44

CAPITULO PRIMERO RELACIÓN JURÍDICA

I. RELACIONES DE LA VIDA SOCIAL Y RELACIONES JURÍDICAS

1. El derecho privado se ocupa de relaciones interpersonales. Por eso, aunque en el derecho privado tiende a ocupar un lugar preponderante el derecho subjetivo, el concepto más elemental es la *relación jurídica*. 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.

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.

2. A pesar de su importancia para comprender el derecho, la relación jurídica no es un concepto técnico-legal, porque no es empleado por la ley. Es un concepto doctrinario, cuyo valor es, por un lado, acentuar el carácter relacional del derecho privado y, por otro, mostrar que solo algunas de nuestras muchas relaciones sociales son jurídicamente relevantes.

En efecto, aunque el derecho privado tiene necesariamente su sede en la sociedad civil, 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. Solo 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 solo es relevante en la medida que se relacione con las obligaciones contractuales asumidas por el arrendador; y el grado de ternura o de confianza que exista entre padres e hijos solo 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 su cuidado personal en caso de separación de los padres.

3. La eficacia del derecho está dada, en importante medida, porque se limita a normar ciertos aspectos o secciones específicas de nuestra realidad interpersonal. Por eso, es característica del experto en 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 solo 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, solo una parte es calificada como pertinente por el derecho.

4. 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, 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 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

5. 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 *absoluta*, 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.

6. La relación jurídica usualmente es *compleja*, pues comprende un conjunto de relaciones vinculadas entre sí. El contrato de compraventa, por ejemplo, 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 determinan recíprocamente; 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).

Similar complejidad suele haber en relaciones jurídicas que dan lugar a *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 relativizar la función técnica primordial que tiene el derecho subjetivo en el derecho privado. Solo 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; así, por lo demás, es el enfoque clásico de la doctrina de la justicia.

III. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO

a) *Sujetos*

7. La relación jurídica de derecho privado es un vínculo entre *personas*. Perteneció al ámbito de lo que los filósofos políticos y sociólogos han definido como sociedad civil. Ello se complementa con que el poder público participa en la creación de normas legales y en el control de la observancia de reglas aplicables a relaciones privadas (v.g. 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 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 y el orden de consumidores, por ejemplo).

Existe una frontera más difusa en contratos en que el Estado actúa delegando el ejercicio de una función pública. Las compraventas de medicamentos que hace el Estado son contratos por completo regido por el derecho privado. Distinto es

el caso en que el Estado contrata con un concesionario la construcción o explotación comercial de una carretera, donde el concesionario celebra un contrato sujeto a un régimen de derecho administrativo (aunque a los contratos administrativos se les aplican las reglas civiles a falta de reglas legales especiales).

b) 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 aspecto pasivo de la relación jurídica. Por rudimentario que sea el deber (como ocurre con los deberes de tolerancia que son el correlato de los derechos absolutos), el derecho subjetivo se soporta en un deber de conducta que el derecho establece respecto de otros (HOHFELD). Esta estructura se muestra especialmente cuando al derecho subjetivo sigue la acción civil: el incumplimiento del deber aparece desde la perspectiva del titular del derecho como una acción (reivindicación, indemnización, resolución), y desde el punto de vista de quien ha infringido el deber como una sanción (tener que restituir la cosa que poseía; pagar indemnización; soportar la ineficacia de un contrato).

9. El deber jurídico aparece relegado a un segundo plano en las relaciones jurídicas privadas que dan lugar a derechos absolutos, como ocurre con propiedad y con los derechos de la personalidad. 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 patrimonial 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).

10. 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 según sea el tipo de 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 que da lugar a un derecho propiedad y la existente por un contrato entre un técnico que presta un servicio a una empresa. Mientras en el primer caso lo determinante es definir atributos o potestades que el derecho reconoce al titular sobre la cosa, en el 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).

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, una persona que necesita que un experto maneje sus asuntos tiene la facultad de convenir un contrato de mandato; y el titular de un derecho de opción de celebrar un contrato tiene la potestad de configurar el contrato que la otra parte le ha prometido celebrar.

Estos derechos no se refieren a la conducta ajena. Son derecho en el sentido muy diverso de potestades para producir efectos jurídicos por medio de actos jurídicos. 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). Y tienen toda la razón porque son prerrogativas muy diferentes a las que se refieren a la conducta ajena. Sin

embargo, en el lenguaje jurídico se habla usualmente de ‘derechos’ para referirse a estas facultades, que la doctrina denomina ‘derechos potestativos’. Lo peculiar de estos derechos es que tienen su antecedente en una regla contractual o legal que confieren la respectiva competencia (en términos de Hart, en una regla secundaria que permite dar valor jurídico a un cierto acto). 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 reglas secundarias de reconocimiento). En el derecho privado estas potestades de configuración de relaciones jurídicas son constitutivas de la autonomía privada.

c) Derecho subjetivo, acción civil y acción procesal

11. 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).

12. 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, lo cierto es 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 trabe una relación jurídica procesal con el demandado y con el tribunal competente.

13. 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, 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 esta, 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).

IV. NACIMIENTO, VIGENCIA Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA

a) *Hechos jurídicos como concepto central de la norma de derecho privado*

14. Las relaciones jurídicas tienen vigencia en un horizonte temporal definido; el vínculo interpersonal que ellas expresan nace, perdura y se extingue. La ley señala cuales hechos tienen precisamente el efecto creador, modificador 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*.

Los hechos jurídicos se corresponden con los *supuestos de hecho* de una norma legal o contractual. El juicio jurídico es hipotético, porque solo regula ciertos hechos de la realidad, a los cuales la norma atribuye normativamente ciertos efectos jurídicos, como son el nacimiento, la modificación, o la extinción de una relación jurídica.

15. 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 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 los supuestos 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.

Se llama *carga de la prueba* la regla que orienta a las partes acerca de los hechos que deben probar en juicio para obtener un fallo a su favor. En el derecho privado de obligaciones la más importante norma sobre carga de la prueba establece que quien alega una obligación debe probar su existencia; y probada esa obligación, corresponde al deudor probar los hechos que determinan su extinción (art. 1691). Sin embargo el derecho civil también conoce presunciones legales, que invierten la carga de la prueba (v.g. art. 700 II); la presunción legal altera la carga de la prueba porque no es el actor quien debe probar los hechos en que funda su acción (sobre el concepto jurídico de *carga*).

16. 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 gestación da lugar a deberes de protección (Constitución, art. 19 N°1 II, Código Civil, arts. 74 II y 75 y las normas penales que sancionan el aborto no autorizado por la ley). 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).

17. 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, modificatorios o extintivos de relaciones jurídicas.

18. Una primera hipótesis son los efectos jurídicos que la ley atribuye a hechos voluntarios del hombre que son realizados *sin intención de que se produzcan tales efectos*. Es el caso de los *hechos que causan daño* a un tercero que dan a este un derecho a ser indemnizado si han sido realizados con dolo o culpa; el acto es voluntario, incluso puede perseguir un fin doloso, pero por cierto el autor no persigue que su acción le genere responsabilidad. Otros *hechos voluntarios dan lugar a obligaciones restitutorias* como ocurre en las hipótesis de enriquecimiento sin causa: el que recibe o se aprovecha de algo ajeno sin justificación debe restituir el beneficio injustificado (véanse arts. 1437, 2284, 2314).

19. El más genérico de los hechos voluntarios que poseen efectos jurídicos 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, 1467), los sujetos privados pueden regular sus propias relaciones.

20. 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 (art. 1438). 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, respectivamente). 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.

21. En definitiva, el derecho atribuye a ciertos hechos jurídicos efectos consistentes 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.

22. 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 claridad 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. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO PRIVADO

23. 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 gran jurista contemporáneo perspectiva histórica, “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).

24. A este personalismo 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. 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 (v.g. 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 para hacer valer ese derecho, 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 un atributo de libertad, sino constituye una característica técnica del derecho privado: la observancia del derecho privado es tarea de los interesados, a quienes el derecho otorga las acciones civil y procesal.

25. Desde el punto de vista más general, los tres componentes del derecho subjetivo (derecho a la conducta ajena, sanciones o remedios que puede reclamar en justicia y la acción ante el tribunal civil) contribuyen a que la custodia del derecho privado sea también descentralizada. El Estado entrega los instrumentos (normas legales, reglas de procedimiento para ejercer la acción procesal), pero el cuidado del orden de derecho privado queda entregado a los titulares de derechos.

26. 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, con referencia a los derechos constitucionales).

27. 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. Solo indirectamente puede hablarse de derechos, en consecuencia, porque estos 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).

28. 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 había ignorado la doctrina radicalmente individualista de la época de las codificaciones del S. XIX. Esta evolución se ha manifestado en cambios interpretativos y en una creciente relevancia de 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.

II. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

a) *El derecho subjetivo como poder*

29. 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 medioeval (Guillermo de OCKAM; Luis de MOLINA).

Esta idea es desarrollada 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 solo 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.

30. 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 tiene respecto de la prestación del deudor 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 al titular 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).

Un problema del concepto de derecho subjetivo como poder es que no logra explicar los derechos de quienes no pueden expresar su voluntad, como son los incapaces absolutos (art. 1447). El concepto también tiene dificultades para explicar la atribución de derechos irrenunciables, como son, por ejemplo, algunos derechos constitucionales, los derechos de los trabajadores (Código del Trabajo, art. 5 II), y los derechos de los consumidores (Ley de consumidores, art. 4).

b) El derecho subjetivo como interés cautelado por el derecho

31. En una perspectiva utilitarista, el derecho subjetivo ha sido entendido, en contraste con el enfoque del individualismo ético, como un medio para aumentar el bienestar. Los fines que persiguen satisfacer sus normas son tenidos por el elemento central del derecho. Los más diversos intereses humanos pueden ser cautelados por medios jurídicos. El derecho subjetivo es definido, en consecuencia, como un *interés jurídicamente protegido* (JHERING), que constituye una razón suficiente para asignar a otra persona un deber jurídico (RAZ).

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 definido formalmente como una potestad (véase en art. 582, la definición de propiedad). Pero tal definición formal del alcance del derecho no resulta suficiente cuando se trata de discernir su contenido y sus límites.

32. 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 puede haber instituciones jurídicas que atiendan a los intereses concretos de quienes tienen relaciones jurídicas. Por eso, los intereses relevantes son los cautelados por la respectiva institución jurídica.

c) Evaluación

33. Carece de sentido el intento de descubrir cual es la esencia del derecho subjetivo. Es un *concepto instrumental*, especialmente en el derecho privado y constitucional. 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 los aspectos persuasivos de la doctrina del interés, no se ha debilitado la concepción de los derechos como el reconocimiento de un poder para controlar un deber. Incluso las doctrinas que niegan la categoría de derecho subjetivo, al momento de analizar el sistema del derecho privado finalmente deben recurrir a conceptos análogos (como el de ‘situación jurídica subjetiva’, que usa alguna doctrina italiana). En definitiva, los intereses o bienes cautelados son relevantes al momento de determinar el contenido y límites del derecho subjetivo, pero no explican el carácter esencialmente atributivo de un ‘poder hacer’ o ‘poder impedir’ que caracteriza a todo derecho subjetivo.

34. Sin embargo, la definición de un concepto fundamental, como el de derecho subjetivo, supone un discernimiento diferenciado de sus funciones: “cualquiera libertad concebida como derecho altera la distribución de poderes: confirma o confiere poder a algunas personas restringiendo los poderes de otras” (WEINRIB). Esa inclusión de los otros en nuestras decisiones morales es explícita en la moral más personalista, en la medida que la libertad no solo supone autonomía, sino también incluir a los demás en nuestras decisiones (KANT). Por eso, la definición de derecho subjetivo como poder necesariamente debe ser moderada por la finalidad del derecho de contribuir al bien general (o al bien común, según la clásica denominación del derecho natural).

35. Así, no debe extrañar que la doctrina tienda a aceptar la unión de las dos concepciones, entendiendo al derecho subjetivo como un *poder jurídico que el derecho reconoce a la persona para proteger un interés legítimo*. 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

36. De la explicación precedente se concluye que todo derecho subjetivo comprende un poder jurídico reconocido al titular para procurar 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.

37. En la misma medida que el contenido del derecho puede ser en extremo diferente, los *deberes correlativos que genera la relación jurídica también pueden ser muy diversos*: v.g. 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), o de actuar diligentemente para evitar daños a terceros.

No se analiza aquí la naturaleza jurídica de los derechos que no proceden de una norma de conducta, que no establece deberes sino otorga la potestad de crear, modificar o extinguir mediante acto jurídico una relación jurídica.

38. La precisión del derecho puede ser condición para su eficacia. Es lo que ocurre, por ejemplo, tanto con los derechos del propietario (derecho absoluto) y de comprador (derecho relativo). Lo

característico del derecho subjetivo es la exclusividad que se reconoce al titular, lo que exige un núcleo relativamente inequívoco acerca del bien o interés cautelado.

A menudo, especialmente en el derecho constitucional, tal núcleo de los derechos suele ser 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. PROTECCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO: LA ACCIÓN CIVIL O PRETENSIÓN Y LA ACCIÓN PROCESAL

a) *Derecho subjetivo y pretensión*

39. 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 en juicio*. 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 o secundario no es idéntico al derecho de propiedad, pero es instrumental a su protección. Se trata de un derecho secundario que puede estimarse como la *segunda mejor opción* de satisfacer el interés reconocido al titular mediante el derecho primario (GARDNER).

40. 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 reparatoria* (la indemnización de perjuicios).

Aunque el derecho principal sea absoluto -esto es, sea de aquéllos que se pueden hacer valer contra cualquier persona, 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 o acción en sentido civil es la acción en sentido procesal*, que se materializa en la demanda judicial. El juez debe decidir acerca de la pretensión que se ha hecho valer en juicio. Por eso, el Código de Procedimiento Civil al designar el contenido de la demanda civil señala que ésta debe contener “[l]a enunciación clara y precisa, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del tribunal” (art. 254 N°5). La acción en sentido procesal nos permite activar el sistema judicial para que se pronuncie sobre las

pretensiones del actor (demandante); esto es, las acciones civiles o pretensiones se hacen valer por medio de la acción procesal (demanda).

Los romanos no distinguieron ambos conceptos; la distinción surgió de la doctrina alemana del S.XIX que puso de relieve la diferencia de sentido entre la acción en sentido civil, que llamó pretensión (*Anspruch*), y la acción en sentido procesal. Sin embargo, en la práctica no surgen dificultades en razón del doble sentido del concepto de acción. Cuando el Código se refiere a la acción reivindicatoria lo está haciendo a la pretensión que puede interponer el propietario (art. 889). Cuando se dice que accionó en juicio es obvio que se refiere a la acción en sentido procesal. El contexto siempre permite descubrir el sentido en se utiliza la palabra 'acción'.

41. La pretensión constituye en verdad un elemento esencial del derecho subjetivo: *de la naturaleza de la pretensión se puede inferir la existencia y alcance de un derecho*. En efecto, un derecho sin pretensión, sin algo que resulte exigible a consecuencia de su infracción, carece de sentido. En eso se diferencia esencialmente el derecho de la moral. Por eso, se ha dicho que el derecho, una vez lesionado, soporta una especie de metamorfosis y deviene en una o más pretensiones.

La ley reconoce la existencia de deberes jurídicos que no resultan exigibles. Es lo que ocurre en materia civil con las obligaciones naturales (art. 1470). Por lo mismo, a tales deberes no corresponden pretensiones ni acciones: solo si el deudor cumple voluntariamente tales obligaciones, se muestra que la obligación existía, porque no existe un pago de lo que no se debe y, por consiguiente, quien recibe no tiene el deber de restituir.

42. La *esencialidad de la acción civil en relación con el derecho subjetivo se muestra ejemplarmente a propósito de la extinción de un derecho personal o de crédito por prescripción*. Las acciones personales se pierden por prescripción extintiva, esto es, por no haberse ejercido durante un lapso (arts. 2492, 2514). La prescripción extintiva opera respecto de los derechos personales y produce la extinción de la obligación correlativa. 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 esta pierde su sustento coactivo. 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).

En el derecho del *common law* se suele hablar de *remedios* para referirse a los tipos de protección de un derecho subjetivo. El concepto de remedio es más amplio que el de acción civil, porque esta es hecha valer siempre judicialmente, mientras el concepto de remedio se extiende a pretensiones que pueden ejercerse por el propio titular del derecho sin recurso al juez; por ejemplo, dejar de pagar el precio si el vendedor no ha entregado la cosa (art. 1552); o ponerle término al contrato por mera declaración en caso de incumplimiento. En razón de esta mayor extensión del concepto 'remedio', se ha comenzado a usarlo en situaciones en que al titular del derecho se le abren mecanismos distintos a la acción judicial para proteger sus derechos (autotutela excepcionalmente admitida).

b) Tipos de acciones

43. 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*.

44. 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).

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.).

c) *Pluralidad de acciones*

45. Es posible que el *incumplimiento de la conducta debida de lugar a diversas acciones*. Se habla entonces de *concurso de acciones*, que puede ser *alternativo*, si el deudor debe elegir cuál de ellas interpone, o *conjuntivo*, si dos o más acciones se pueden hacer valer conjuntamente.

Un ejemplo legal de concurso alternativo son las pretensiones 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 el deudor pague una suma de dinero para que el acreedor encargue 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. 1439); la parte cumplidora posee respecto de la incumplidora acciones *alternativas* (pretensiones de cumplimiento o resolución), además de una *copulativa*, que se agrega a cualquiera de las anteriores, de indemnización de perjuicios (art.1489). En este caso, las pretensiones de ejecución forzada y de resolución del contrato son incompatibles entre sí (como ocurre con las de resolución y cumplimiento forzado) mientras la de indemnización de perjuicios es compatibles con cualquiera de aquéllas.

46. Los casos anteriores tienen la particularidad de que el concurso de acciones se produce dentro de un mismo estatuto de responsabilidad. Un problema se presenta cuando *el hecho jurídico que es supuesto de la pretensión puede ser calificado bajo distintos estatutos legales*. 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 optar por la acción que estime más conveniente o debe predominar una calificación sobre la otra, de modo que la víctima sólo tenga una acción que es excluyente de la otra?

Si la ley no resuelve la cuestión, se plantea un problema interpretativo que, por lo general, solo se puede resolver atendiendo en concreto a los supuestos y fines 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 hace prevalecer la convención respecto de la responsabilidad general por daños. Pero ocurre que el interés de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual es proteger a la víctima. 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.

d) Alegaciones y excepciones del demandado

47. 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 el derecho 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. 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 y al debido proceso* del demandado está reconocido constitucionalmente (art. 19 N°3). Constituye un derecho potestativo que no está sujeto a otros límites que el excepcionalísimo abuso de derecho.

En el derecho romano quien quería demandar tenía que recurrir a una *actio* que hubiese reconocido el pretor. Si no había *actio* preexistente, se podía solicitar que se otorgara una nueva. El demandado disponía de *exceptiones* (el término es romano) que el pretor también había autorizado; así si se ha ejercido la acción de reivindicación alegando dominio sobre una cosa, el demandado estaba autorizado oponer, por ejemplo, la *exceptio rei venditae et traditae*, fundada en que la cosa que se reivindicaba le había sido vendida y transferida. Cada acción y excepción pertenecía a un tipo autorizado por el pretor; solo excepcionalmente el *iudex* podía aplicar directamente excepciones no expresamente otorgadas, como la *exceptio doli* o la *iudicia bonae fidei* (MEDICUS).

48. El demandado puede defenderse por dos vías alternativas: puede simplemente negar los hechos en que se basa la pretensión del demandante, caso en el cual se habla de *alegaciones* o *defensas*; o bien puede alegar hechos o circunstancias que persiguen atacar la pretensión o acción civil, en cuyo caso interpone *excepciones*.

49. 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.

50. Las excepciones que tienen por fin neutralizar la acción civil o pretensión se denominan *excepciones perentorias*, y son interpuestas en la contestación de la demanda (Código de Procedimiento Civil, art. 309 N°3). 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.

Son perentorias las excepciones que *impiden el nacimiento del derecho invocado*, v.g., la *nulidad del*

acto que el demandante señala como fundamento de su pretensión. La nulidad produce el efecto de extinguir los derechos y obligaciones creados por el acto nulo (art. 1687 I). Aunque también puede ser objeto de acción, la nulidad es opuesta generalmente como excepción y su efecto es privar de eficacia jurídica al acto que sirve de fundamento al derecho invocado, de modo que se entiende que el derecho no ha existido.

Un ejemplo de excepción perentoria que tiene por objeto *la extinción de 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. Por eso, también pertenece a este tipo de excepciones el 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 aun no resulta exigible. La finalidad de la excepción en estos casos es *suspender el ejercicio de la acción*. Son excepciones de este tipo la existencia de un plazo aun pendiente (art. 1496, primera frase) o de una *condición* aun no cumplida (art. 1473); y la que tiene cada parte en un contrato bilateral a suspender el cumplimiento de su propia obligación mientras la otra no cumpla, o no se allene a hacerlo en la forma y tiempo debidos (excepción de contrato no cumplido, art. 1552).

51. 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*).

La *carga* se diferencia de un deber jurídico porque no tiene por objeto la conducta ajena, sino la del titular del derecho. El que demanda tiene la carga de probar porque si no presenta prueba suficiente su acción será rechazada precisamente porque el juez no puede tener por acreditados los hechos que en el caso concreto satisfacen el supuesto de hecho de la norma contractual o legal invocada.

V. TITULAR DEL DERECHO SUBJETIVO Y DE LA ACCIÓN

52. *Todo derecho subjetivo tiene un titular*. 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.

53. Las personas naturales son titulares de derechos en una mayor extensión que las jurídicas, no solo porque disponen de derechos públicos de participación política, sino porque gozan en toda su extensión de los derechos de la personalidad. Sin embargo, en cuanto resulten compatibles con su propia naturaleza, también las personas jurídicas pueden gozar de derechos extrapatrimoniales.

Se ha fallado que las personas jurídicas disponen también de derechos de la personalidad. La extensión resulta natural respecto de atributos como el nombre, que no puede ser usado por otro. Pero más difícilmente se explica alguna jurisprudencia que afirma que las sociedades tienen honra y se les pueda indemnizar por su afectación. Tal vez vale la pena recordar en esta materia que las personas jurídicas son creadas por ley, que su entidad es puramente normativa; hay que reconocer algo de verdad en la doctrina que afirma que son *ficciones* jurídicas. La extensión mecánica de los derechos de la personalidad a sociedades comerciales debe mirarse con escepticismo. Es posible imaginar que una asociación sufre daño moral, porque su buen nombre puede ser decisivo para cumplir sus fines. Por el contrario, una ofensa injusta al prestigio de una sociedad comercial puede causar un daño patrimonial, pero difícilmente moral.

54. También la *comunidad* en general tiene intereses legalmente reconocidos. En este punto se muestra, desde la perspectiva de los derechos subjetivos, la *summa divisio* del derecho en público y privado: *los intereses generales son cautelados por órganos de la administración del Estado y por las municipalidades*, que son los entes territoriales por excelencia. Se trata de intereses difusos de la comunidad, que no pueden ser asignados individualmente a ciertas personas (v.g. seguridad pública, protección del medio ambiente).

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, salvo norma legal que autorice actuar en protección de esos derechos difusos, la acción o pretensión pertenece personalmente solo a aquellos 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 las precisas situaciones referidas por la ley). Solo por mandato legal expreso puede una asociación de derecho privado actuar en cautela de esos intereses difusos (como ocurre en otros ordenamientos con asociaciones debidamente autorizadas para representar intereses ambientales de una comunidad).

El derecho privado también 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 entrega a los titulares de derechos la capacidad para accionar en juicio haciendo valer sus pretensiones personales. Por el contrario no existe autorización para que sujetos privados actúen en representación de *intereses o bienes generales* que por lo general son indivisibles (como la seguridad pública), sino radica esa potestad en las autoridades que señale la ley.

55. El principio es que solo por excepción una persona natural o asociación sea autorizada por la ley para perseguir judicialmente derechos difusos que pertenecen a la sociedad en general. Son típicamente intereses difusos los referidos en las antiguas acciones civiles populares, entregadas a cualquier sujeto para prevenir ciertos riesgos que amenazan a muchos; v.g. 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 I), 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 afecta a muchos otros; el peligro es difuso y la ley autoriza la acción popular; recíprocamente, se otorga un premio a quien la ejerce judicialmente en beneficio de todos (arts. 948 II y 2334).

56. Conviene tener clara la distinción entre *intereses difusos y colectivos*. Los *intereses difusos son indivisibles*, no pertenecen a cada persona en particular sino afectan a una comunidad. Por su naturaleza, solo pueden ser hechos valer por entes públicos (y excepcionalmente por personas naturales o asociaciones autorizadas por la ley). Los *intereses colectivos son divisibles*, pues

pertenecen de igual manera a diversas personas. Lo característico de los intereses colectivos, a diferencia de los intereses difusos, es su pertenencia individual a muchas personas (por eso son divisibles).

Lo peculiar es la autorización legal para hacerlos valer en conjunto, mediante una *acción colectiva*. En el interés colectivo, que es la suma de derechos subjetivos de muchos, es discernible un interés concreto de diversos individuos, a diferencia de aquel que hace referencia a un interés general indivisible (v.g. la defensa nacional).

57. Las razones para el reconocimiento de acciones colectivas son tanto privadas como públicas. Desde el punto de vista privado, ocurre que a menudo que el daño o riesgo que sufre cada persona no justifica los esfuerzos y costos de una acción judicial; por el contrario, la acción colectiva que puede reunir a millones de interesados justifica plenamente esos esfuerzos. Además, si no se ejercen las acciones, el infractor de las normas sobre libre competencia o autor de un engaño masivo a los consumidores no recibe sanción alguna; las acciones privadas colectivas corrigen ese error y someten al infractor a durísimas consecuencias económicas de efecto disuasivo.

El derecho chileno reconoce el derecho a ejercer acciones colectivas en cautela de derechos de los consumidores. Pueden ejercerse por asociaciones de consumidores, por el órgano administrativo (Sernac) o por un grupo de no menos de 50 personas (Ley 19.496, art. 51 ss.).

V. TIPOS DE DERECHOS SUBJETIVOS PATRIMONIALES

a) *Derechos potestativos en el derecho privado*

(i) Actos potestativos bilaterales: la convención

58. En un orden jurídico complejo las potestades normativas públicas están distribuidas entre diversos órganos (v.g., Congreso para aprobar leyes; Presidente de la República tienen la potestad para dictar decretos reglamentarios, diversas superintendencias dictan reglas a quienes están bajo su jurisdicción administrativa). Típica del derecho privado, a su vez 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 en derecho privado se denomina *autonomía privada*. La potestad más fuerte es la autorización para convenir contratos con efecto de ley para las partes.

En el S. XIX se acostumbró a llamar esta potestad *autonomía de la voluntad*. El concepto se puede remontar a KANT, quien lo introdujo para explicar el imperativo categórico, el deber moral incondicionado, *a priori*, que exige a todos los seres racionales actuar de modo que su acto de voluntad pueda ser tenido por ley universal. De hecho, el contrato puede ser entendido en un sentido kantiano como una promesa que obliga jurídicamente precisamente porque no puede ser un principio moral universal no respetar lo prometido (FRIED). Pero el concepto de autonomía de la voluntad es moral y no jurídico, aunque contribuya a explicar o justificar una institución jurídica como es el contrato (FRIED, WEINRIB). El derecho según KANT es el orden de la conducta externa, de modo que el cumplimiento del deber puede deberse a puro autointerés. Por eso, es impropio hablar en el derecho privado de *principio de la autonomía de la voluntad*, que expresa el deber moral incondicional de auto legislarnos como sujetos racionales que tenemos en mente a los demás. Correcto es el concepto de *autonomía privada*, porque refiere las potestades y libertades que el derecho reconoce a las personas.

Se suele ignorar en la doctrina privatista la influencia latente del empirismo de HUME y A. SMITH en el derecho de obligaciones contemporáneo. La virtud moral reside en sentimientos que temenos respecto de los demás que se muestran en que nuestras acciones puedan ser juzgadas con agrado por un observador imparcial. La ley moral expresa un sentimiento de sociabilidad muy básico de *simpatía recíproca*. El tipo de la persona razonable, que es muy importante en el derecho contemporáneo de los contratos, responde a la idea de un sentido común de lo leal y correcto que puede ser considerado tal por un observador imparcial. El principio de *buena fe*, muy importante en el derecho de obligaciones, se puede concretizar provechosamente desde esa perspectiva.

59. La autonomía privada no nos autoriza para imponer deberes a otro sin su propia voluntad. Por eso, el acto jurídico más general es el *contrato*, un acto jurídico bilateral (convención), en virtud del cual dos partes consienten en ciertas obligaciones (art. 1438). El derecho otorga plena fuerza obligatoria a esa convención, en la medida que se ajuste a la ley (art. 1545). Esta es la más amplia regla potestativa que conoce el derecho privado.

60. En congruencia con el principio de autonomía privada, las reglas legales sobre contratos tienen generalmente un carácter supletorio, esto es, rigen la relación contractual solo si las partes del contrato no han convenido algo diferente. Así, aunque la ley dispone que en un contrato de construcción el mandante soporta el riesgo de pérdida de materiales que haya puesto disposición del constructor (art. 2000), es usual que en los contratos de construcción se convenga que ese es un riesgo que soporta constructor.

61. Las personas privadas también están facultadas *para modificar o extinguir mediante convenciones relaciones jurídicas* ya existentes: pueden convenir en dejar un contrato 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.

(ii) Derechos de configuración de relaciones jurídicas mediante actos unilaterales

62. Más excepcionalmente, los derechos potestativos pueden ejercerse en la forma de *actos jurídicos unilaterales que dan lugar, extinguen o modifican relaciones jurídicas*. Son potestades unilaterales de configuración de relaciones jurídicas, como son el derecho a testar y el derecho a la acción procesal. 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 la atribución de 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.

63. El acto unilateral más elemental que configura relaciones jurídicas es la ocupación, en cuya virtud 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).

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

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. 1951); de renuncia del socio a la sociedad (art. 2108); de renuncia del mandatario al encargo recibido (art. 2167) o de revocación por el mandante del encargo conferido al mandatario (art. 2165). En general, se concede un derecho unilateral de terminación en los contratos que producen efectos permanentes en el tiempo (*contratos de tracto sucesivo*) y que no tienen plazo convenido, porque es un principio aceptado que nadie puede quedar obligado a una relación jurídica de por vida (salvo en relaciones de familia).

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 (obligatoria) 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 de orden público 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).

De particular importancia es el principio jurídico, aceptado por la jurisprudencia, de que las relaciones de tracto sucesivo – es decir, aquellas relaciones en que las obligaciones van naciendo y extinguiéndose sucesiva y periódicamente, como son los contratos de suministro, los arrendamientos y los mandatos de administración– el derecho potestativo de terminación de cada una de las partes se entiende incorporado implícitamente en la relación contractual, a menos que las partes hayan definido un plazo para su terminación. De esta manera, los contratos de tracto sucesivo de duración indefinida –como, por ejemplo, el contrato de suministro celebrado entre un restaurante y un proveedor de verduras, por tiempo indefinido– pueden terminar por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes. La formulación más simple del principio es que las relaciones obligatorias (que establecen derechos personales o de crédito) no pueden ser perpetuas, de modo que los contratos de tracto sucesivo que no tienen plazo de terminación convenido, pueden ser terminados por cualquiera de las partes, observando deberes que impone la buena fe (v.g. dando un tiempo razonable a la contraparte para adecuarse a los efectos de la terminación).

65. *Los derechos potestativos se ejercen mediante acto jurídico*, en tanto son 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 solo se tendrán en consideración aquéllos que tienen como contrapartida un deber jurídico.

b) Tipos de derechos subjetivos según sus efectos; derechos absolutos y relativos

66. El amplio ámbito de los derechos subjetivos se muestra en la distinción entre derechos absolutos y relativos: si tiene por correlato pasivo el deber de todas las otras personas, el derecho es *absoluto*; si el deber de conducta solo recae en una o más personas determinadas, el derecho es *relativo*. La clasificación atiende a la estructura de la relación jurídica existente entre el titular del derecho y quienes soportan el deber.

67. *Los derechos absolutos* tienen como contrapartida el deber universal de respetar el goce exclusivo de un bien por el titular. Los derechos de la personalidad, en el ámbito extrapatrimonial, y los derechos reales, en el patrimonial, son los tipos de derechos absolutos.

Es característico de los derechos absolutos que concedan al titular un ámbito de dominio y libertad sobre bienes patrimoniales, creaciones del espíritu (v.g. creaciones literarias o científicas) y de calidades esenciales de su personalidad (v.g. privacidad, honra). Por lo mismo el derecho absoluto comprende la *facultad de excluir a terceros* del goce 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 (v.g. un derecho de usufructo) 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 mediante las acciones civiles que se dirigen contra quien ha intervenido en la esfera de autonomía que el derecho garantiza (v.g. acción reivindicatoria, acción de omisión o cesación de una turbación, acción indemnizatoria). También puede ejercerse la acción constitucional de protección, dirigida a prevenir o poner término a la turbación o privación del derecho, en la medida que sea reconducible a una garantía constitucional amparada con esa acción por el art. 20 de la Constitución.

Así se muestra, entonces, que el derecho es absoluto, pero que la acción civil o de protección se dirige nominativamente contra quienes lo afectan o perturban, afectando su goce exclusivo.

68. Los *derechos relativos* tienen por objeto la conducta de personas determinadas que están obligadas a dar, hacer o no hacer algo en beneficio del titular del derecho. El derecho es relativo porque sólo se tiene respecto de 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 (v.g. la obligación de entrega del vendedor de una cosa). En el orden extrapatrimonial los principales derechos relativos se producen en el ámbito de la familia y de las asociaciones (v.g. asociaciones profesionales).

Las acciones civiles que protegen los derechos personales son de muy diversa índole. En el orden patrimonial, pueden reconocerse, por ejemplo, la ejecución forzada de la obligación, la indemnización de perjuicios, la resolución del contrato. Para los derechos extrapatrimoniales la situación también varía según la naturaleza del derecho; por ejemplo, la acción para reclamar la paternidad que el hijo interpone, representado legalmente si es menor, puede ser entablada contra el padre que no lo ha reconocido voluntariamente. La acción personal, sea patrimonial o de familia, se dirige contra el sujeto pasivo de la respectiva relación jurídica.

En atención a la relevancia del *deudor* en las relaciones jurídicas relativas patrimoniales, se pone la mirada en la *obligación* más que en crédito. Siguiendo una antigua tradición (*Institutus* de Justiniano) se habla de *derecho de obligaciones* y no de derechos personales o de crédito. Así se denomina el Libro IV del Código Civil.

c) *Tipos de derechos subjetivos según su objeto: derechos patrimoniales y extrapatrimoniales*

69. 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 también se pueden seguir perjuicios patrimoniales*. Así, de un accidente causado negligentemente, que lesiona la integridad física (esto es, un derecho de la personalidad), se pueden seguir además 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.

70. 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).

71. 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.

VI. DERECHOS REALES

a) *Derecho sobre una cosa sin respecto a determinada persona*

72. 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 de señorío de una persona sobre una cosa. Por eso, en la vida ordinaria el aspecto pasivo del derecho se manifiesta esencialmente cuando es infringido. El derecho real es absoluto y tiene por correlato un sujeto pasivo universal, y no una persona determinada. Este es el sentido en que debe entenderse la expresión “sin respecto a determinada persona” indicada en la parte final de la definición de derecho real del Código Civil. Todos tenemos el deber de respetar el derecho del titular sobre la cosa. Se trata de un deber de mera tolerancia y respeto, característica típica de los derechos absolutos.

73. El más amplio derecho real es el *dominio* o *propiedad* que confiere al titular facultades de usar, gozar y disponer de una cosa según arbitrio de su titular, 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. Los demás derechos son limitaciones o desmembraciones del dominio.

b) Objeto de los derechos reales

74. Con la sola excepción de la herencia (que recae sobre una universalidad jurídica, como es la sucesión hereditaria), los derechos reales recaen sobre *cosas determinadas* (se es dueño de *este* auto y no de *un* auto).

75. 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.

76. 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 ss).

77. La calificación de los derechos como cosas incorporales facilita la actuación del derecho como instrumento de una economía basada en intercambios: no sólo las cosas corporales pueden ser objeto de propiedad u otros derechos reales (y por consiguiente, transferibles), sino también los derechos. Así, el crédito del comprador a que el vendedor le entregue la cosa comprada es una cosa incorporal. Sobre estas cosas incorporales existe una especie de propiedad (art. 583). Es decir, la ley admite que seamos titulares de derechos sobre derechos. Este principio vale para los derechos de crédito y reales; así, se es dueño y se puede transferir o gravar el crédito que el vendedor tiene contra el comprador de pago del precio; y se puede transferir un derecho real de usufructo sobre ese mismo crédito (para que el usufructuario se apropie de los intereses).

Solo el derecho de propiedad se confunde con la cosa sobre cual recae (porque carece de sentido la propiedad sobre la propiedad). Los demás derechos son cosas que pueden transferirse y transmitirse. En el ejemplo de la compraventa, el comprador tiene propiedad sobre su crédito contra el vendedor y este 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 advertencias 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 desarticulada del derecho de propiedad se ha producido especialmente en sede de recurso de protección. En circunstancias que la protección solo 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 (art. 1464 N°2), ligadas exclusivamente a satisfacer una necesidad del titular (derecho de alimentos, art. 304; derechos de uso y habitación, art. 819).

78. Finalmente, el derecho reconoce 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 N°17.336, sobre propiedad intelectual, que regula el derecho de autor, y N°19.039, sobre propiedad industrial, 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 novela 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.

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).

c) Los tipos de derechos reales son establecidos por la ley

79. Son derechos reales el dominio o propiedad, la herencia, el usufructo, uso y habitación, las servidumbres activas, la prenda y la hipoteca (art. 577 II).

80. *La única fuente de derechos reales es la ley.* No hay otros derechos reales que los legalmente establecidos. A diferencia de los derechos personales, que quedan entregados a la creatividad espontánea del tráfico, los tipos de derechos reales son establecidos por normas de orden público. Su carácter absoluto de efectos universales resulta demasiado extenso como para que quede entregado a la voluntad privada la creación de otros tipos de derechos reales.

81. 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).

También es derecho real el *censo*, que participa de las calidades de derecho real y personal (art.599); se trata de una institución arcaica que ocasionalmente ha sido usada con fines de elusión de responsabilidad civil que no han sido reconocidas como eficaces por los tribunales. Leyes especiales ha establecido otros derechos reales, como ocurre con los derechos de aprovechamiento de aguas (Código de Aguas, art. 6°).

(i) Propiedad

82. La propiedad es el derecho más amplio que se puede tener sobre una cosa. La ley la 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 en atención a su *objeto*. Pueden ser objeto de propiedad cualquier tipo de cosas, sean corporales (art. 582), incorporales (art. 583) o inmateriales (art. 584). Igualmente es el más extenso en cuanto a las *facultades* que otorga, en tanto confiere el derecho a usar, gozar y disponer de la cosa.

83. 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, como es apropiarse de los frutos y productos de la cosa.

Son frutos aquellas cosas que provienen de otra cosa principal en forma periódica y renovable. Pueden ser naturales, como los frutos de un árbol; o civiles, como los intereses de un mutuo de dinero o la renta de arrendamiento (arts. 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). Atendido que el aprovechamiento de los productos de una cosa afecta su integridad, alguna doctrina ha entendido que corresponde a la facultad de disposición.

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).

84. 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 del atributo de goce. Con todo, siempre está latente que la propiedad se vuelva a consolidar, porque en el derecho moderno las desmembraciones del dominio son esencialmente temporales (véase respecto del usufructo, arts. 769 y 770). Solo las servidumbres suelen ser perpetuas (pero se pueden extinguir por prescripción si no son ejercidas).

85. La propiedad entrega al titular amplias facultades sobre la cosa, dejando al arbitrio del titular la decisión de cómo usar, gozar y disponer de la cosa. Sin embargo esas *facultades del propietario están limitadas por la ley y por derecho ajeno* (art.582).

Las *limitaciones en razón de derecho ajeno* son típicamente materia del derecho privado. Los más fundamentales privados a la propiedad son los *derechos reales* que otros pueden tener sobre el bien: usufructo, uso, habitación, servidumbres. Además, la propiedad plantea límites derivados de *relaciones de vecindad*, que son típicos de la necesidad de congeniar derechos. Es cierto, como expresó un juez inglés, que el derecho no exige amar al vecino, pero sí exige respetarlo.

Las *limitaciones por la ley* al derecho de propiedad están justificadas en razón del bien general. Hay razones privadas y públicas que justifican que la propiedad tenga reconocimiento en todos los órdenes democrático-constitucionales. Pero, también es común a esos ordenamientos que la propiedad pueda estar sujeta a las limitaciones y cargas que emanan de la función social que normativamente se le atribuye (en el derecho chileno, Constitución, art. 19 N° 24 I). Los límites a la propiedad por regulaciones de interés general son objeto de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, pero en general es amplio el ámbito de apreciación que se reconoce al legislador. En consecuencia, el orden constitucional reconoce y cautela el derecho de propiedad, pero lo sujeta a regulaciones legislativas justificadas por su función social. La frontera tras la cual el derecho es afectado de manera inaceptable, aunque se invoquen razones de interés general, debiere ser desarrollada por una jurisprudencia constitucional particularmente reflexiva y razonable.

Por otra parte, el interés general exigido impide que las limitaciones regulatorias a la propiedad favorezcan a un sujeto privado. Solo el sistema de derecho reales distintos al dominio permite obtener en beneficio privado cargas que lo limitan de uno o más de sus atributos.

Los principales tipos de límites constitucionales y legales al derecho de propiedad, así como las relaciones de vecindad, serán analizados en el curso de derecho de bienes.

(ii) Herencia

86. 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 el patrimonio de un difunto (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, art. 1909).

(iii) Derechos reales que constituyen desmembramientos o limitaciones del dominio

87. Los *derechos reales de usufructo y uso y habitación otorgan al titular uno o más de los atributos del dominio*. De ahí que se les llame desmembraciones del dominio. El desmembramiento no extingue el derecho del propietario, sino separa en un derecho real segregado los atributos del uso o goce del bien sobre el que recae. Como se ha adelantado, estos derechos son esencialmente temporales y una vez extinguidos las facultades del dominio que comprendían se consolidan en el titular del derecho de dominio.

88. 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 (art. 764). En tal sentido, el usufructuario tiene amplias facultades sobre la cosa, pero no puede disponer materialmente de ella (v.g. destruyéndola).

Puede constituirse usufructo tanto sobre cosas corporales como incorporales, tales como acciones o créditos de dinero (donde los frutos son respectivamente los dividendos y los intereses).

89. La constitución gratuita del usufructo es una práctica usual en el derecho sucesorio, como cuando el causante quiere asegurar testamentariamente el goce de por vida de una cosa a una persona en particular. El usufructo puede ser también objeto de una donación entre vivos.

Pero también puede ser constituido por acto oneroso. Así, se puede comprar el usufructo de un establecimiento de comercio, para que el usufructuario desarrolle su giro durante un período de tiempo (art. 1810). Sin embargo, mucho más eficiente que el usufructo oneroso es el arrendamiento, esto es, un contrato en que el goce se entrega a título de derecho personal. Pero en uno y otro caso no pueden ser perpetuos: en el caso del usufructo por reglas expresas (arts. 764, 769, 770); y en el del arrendamiento, en razón del derecho potestativo a terminar las relaciones jurídicas de tracto sucesivo indefinidas (arts. 1950 N° 2, 1951).

90. Los *derechos de uso y habitación* confieren a su titular el derecho de *usar* una cosa o de *habitar* una casa, respectivamente, esto es, se limitan naturalmente a la facultad de uso. Solo excepcionalmente se puede reconocer al titular la facultad de gozar de una parte limitada de sus utilidades y productos (v.g. si se otorga derecho de habitación de una casa de campo, se puede reconocer el derecho a cultivar la huerta). En consecuencia, es un usufructo limitado a la facultad de uso –y, excepcional y limitadamente, al goce).

Los de uso y habitación son derechos esencialmente personalísimos y gratuitos, de modo que son intransferibles e intransferibles (art. 811 I).

(iv) Las servidumbres: derecho real que limita el dominio

91. Las servidumbres pueden ser legales o voluntarias. Las primeras pueden ser impuestas como un '*gravamen a un predio en beneficio de distinto dueño*', lo que explica el código se refiera a la '*servidumbre predial* o simplemente *servidumbre*' (art. 820). Las voluntarias se convienen por voluntad de los dueños de los predios y pueden subsistir como derecho real de servidumbre aunque los predios se enajenen. Mientras los tipos de servidumbres legales se encuentran definidos por la ley, no existe para las convencionales otra limitación que la observancia del orden público y de las regulaciones legales.

92. Las *servidumbres legales* no privan al propietario de algún atributo específico del dominio, sino lo limitan o gravan con un preciso gravamen para beneficio de otro predio de distinto dueño (art. 820). Son limitaciones legales del derecho del propietario de un predio que se justifican económicamente en tanto suponen un sacrificio menor en comparación a la utilidad que logra obtener el predio vecino. En consecuencia, no afectan genéricamente el uso o goce de la cosa (como los derechos de uso, habitación y usufructo), sino son cargas específicas que la ley impone a un inmueble en beneficio de otro.

La función y naturaleza jurídica de las servidumbres se muestra muy característicamente en la de *tránsito*. El dueño de un predio que ha quedado sin acceso a un camino público, (i.e. en virtud de sucesivas particiones), puede exigir al predio vecino que le constituya una servidumbre que le permita entrar y salir y transportar sus productos; a su vez, la pérdida de valor y los demás daños sufridos por el dueño del predio sirviente son de cargo de quien pretende constituirla (art. 847).

93. La servidumbre tiene la peculiaridad de ser un derecho doblemente real: quien soporta el gravamen es el predio sirviente, quienquiera sea el dueño de ese predio a lo largo del tiempo; y es titular del derecho, quien sea propietario del predio dominante, también con independencia de que cambie en el tiempo.

94. 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 (Ley General de Servicios Eléctricos).

95. La servidumbre legal grava la propiedad, de modo que la ley debe reconocer indemnización al propietario (Constitución, art. 19 N^{os} 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. 63).

96. Las servidumbres voluntarias 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).

(v) Derechos reales de garantía: prenda e hipoteca

97. Sobre una cosa también se pueden constituir derechos reales de garantía: la prenda y la hipoteca. Se establecen con el objeto de *caucionar* el cumplimiento de una obligación, esto es, de asegurar su cumplimiento (art. 46). La prenda y la hipoteca aseguran el cumplimiento de una obligación mediante la afectación de un bien. La *hipoteca* recae sobre un inmueble (art. 2407) y la *prenda* sobre un bien mueble (art. 2384).

98. El acreedor de una obligación caucionada con hipoteca o prenda tiene el *derecho de venta*, que es una acción que se hace valer judicialmente para que se enajene la cosa (en remate ordenado por el juez), quedando el precio de venta atribuido al pago del crédito garantizado.

99. Además de este derecho de venta, el titular de un derecho real de prenda o hipoteca tiene dos derechos poderosos que fortalecen la garantía de que habrá de pagarse del crédito caucionado con el dinero que se obtenga de esa venta: los *derechos de persecución y preferencia*.

Cualquier derecho de crédito se puede hacer valer sobre todos los bienes que conforman el activo del patrimonio del deudor. Sin embargo, los bienes entran y salen de ese patrimonio, de modo que solo al momento de la ejecución se sabrá sobre qué bienes se podrá ejercer el derecho. Por el contrario, quien garantiza su crédito 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.

El segundo beneficio de las cauciones reales es el *derecho preferencia*. En caso de insolvencia del deudor, todos sus bienes quedan afectos al cumplimiento de sus obligaciones, con la sola excepción de los inembargables (arts. 2465 y 1618). Los acreedores de obligaciones incumplidas pueden pedir al juez a enajenación forzada de todos esos bienes del deudor. Si la enajenación no logra cubrir el valor de los créditos contra el deudor insolvente, la regla es que la suma total que se obtenga de ese procedimiento de liquidación de bienes se distribuya entre ellos a prorrata de sus créditos (art. 2469). Sin embargo, el dinero proveniente de la venta forzada de un bien hipotecado o prendado se aplica con preferencia para pagar a los titulares de esos derechos reales de garantía.

100. En suma, los acreedores tienen derecho que se decrete la liquidación forzada de los bienes del deudor que no ha cumplido sus obligaciones. La garantía real hipotecaria o prendaria constituida sobre un bien permite al acreedor hacer valer su crédito sobre el bien dado en garantía real, aunque este haya salido del patrimonio del deudor y, además, tiene derecho a pagarse preferentemente con el producto de la venta respecto de otros acreedores. Las garantías reales alteran así el principio de igualdad de los acreedores, en cuya virtud 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 (arts. 2469, 2474 N°3 y 2477).

Las garantías reales, sobre todo las hipotecarias, son esenciales para la obtención de créditos, especialmente cuando quien recibe el préstamo de dinero no dispone de otros bienes suficientes. Así, los créditos hipotecarios han sido por generaciones un instrumento para financiar la adquisición de bienes durables de las familias, como es típicamente una

casa.

d) Acciones para cautelar los derechos reales

101. Los titulares de derechos reales tienen, esencialmente, la *acción real* que persigue el reconocimiento del derecho frente a quienquiera lo afecte o lo discuta. (art. 577 II). Esta acción o pretensión 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 *acción reivindicatoria*. Su titular es el propietario de una cosa singular que ha perdido su posesión 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 es funcionalmente equivalente a la acción reivindicatoria porque tiene por objeto que se le adjudique la herencia que está siendo ocupada por otra persona (arts. 1264 y siguientes).

102. El código reconoce también acciones para proteger la *posesión sobre bienes inmuebles*. Estas acciones posesorias, provenientes del derecho romano, tienen por fin cautelar el *statu quo* posesorio (art. 916). El juicio posesorio no tiene por fin un reconocimiento de la propiedad, que es el objeto de la acción reivindicatoria (art. 923), sino cautelar la situación de hecho que supone la posesión, que incluso puede llevar a adquirir el dominio por prescripción adquisitiva (art. 2498). Sus principales pretensiones son la restitución o el cese de turbación de la posesión (arts. 916). Las acciones posesorias no solo deben entenderse como medios de protección de quien posee un inmueble, sino cumplen la función esencial de cautela de la paz social, evitando las vías de hecho como medio de alterar el *statu quo* posesorio. La ley procesal establece, por las mismas razones, un procedimiento simplificado para su tramitación (Código de Procedimiento Civil, arts. 569 y siguientes).

103. Para el amparo de turbaciones a derechos patrimoniales es también relevante la *acción constitucional de protección* (usualmente llamada ‘recurso de protección’). La Constitución garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre bienes corporales e incorporales (artículo 19 N°24). Esta garantía constitucional está cautelada con la acción de protección, que persigue poner término a la privación, perturbación o amenaza del derecho de propiedad, mediante un procedimiento expedito ante la Corte de Apelaciones respectiva (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. Atendida su naturaleza de procedimiento de urgencia, la acción de protección no está dirigida a reconocer un derecho, i.e. no es sustitutiva de la reivindicación, sino cumple una función análoga a las acciones posesorias. Como en las acciones posesorias, la acción de protección tiene a menudo por objeto que se mantenga el *statu quo*, evitándose la autotutela.

104. 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. Esta acción civil indemnizatoria es sin

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

VII. OBLIGACIONES

a) *Derechos de crédito y obligaciones*

105. Los derechos personales o créditos son aquéllos que solo 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.

106. La relación jurídica que da lugar a derechos personales es relativa: el derecho de crédito se tiene respecto de una o más personas determinadas que están obligadas a realizar una cierta prestación en favor del acreedor. Atendidas esta determinación del sujeto pasivo y la circunstancia de que el derecho no recae sobre una cosa corporal, sino sobre una prestación del deudor, el derecho personal o de crédito es denominado en el sistema de derecho civil 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’. Y en el sistema del Código Civil, el libro IV no se denomina desde el punto de vista activo del crédito, sino del pasivo de las ‘obligaciones’.

El concepto de crédito tiene orígenes romanos y se asocia al *creditum* que tiene el acreedor respecto del deudor. Es significativo que el concepto de crédito remita etimológicamente a la confianza (crédito) que el acreedor tiene personalmente respecto al deudor.

107. A diferencia del derecho real, en que el sujeto pasivo solo se individualiza al momento de la infracción por alguna persona del derecho principal, lo que da lugar a una pretensión en contra de alguien solo entonces determinado, el núcleo original del derecho personal está constituido por la prestación exigible de un deudor *ab initio* 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 con un sujeto pasivo universal (como en la propiedad), sino de una relación personal entre el acreedor y el 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 *prestación* 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 extensos que los derechos personales, en cuanto se pueden hacer valer en contra de cualquier persona indistintamente (*erga omnes*), mientras que los personales solo 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 en 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.

b) Fuentes de las obligaciones

108. Las obligaciones pueden 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).

109. 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 en una sociedad en que la división del trabajo es cada vez más intensa. Por eso, desde el punto de vista del derecho, el mercado se materializa en innumerables contratos. De hecho, el código le dedica la mayor parte de las normas del libro IV.

110. El *cuasicontrato* es una de las instituciones más oscuras del derecho privado. En el espíritu sistemático de los juristas de la época de Justiniano, la categoría de cuasicontrato fue un resumidero de figuras legales que dan lugar a obligaciones. La definición legal es tan abstracta como vacía: el cuasicontrato tiene su origen en un hecho voluntario y *licito* 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 (arts. 2295 y siguientes) y de agencia oficiosa, que da lugar a una acción restitutoria en favor de quien sin mandato cuida espontáneamente de intereses ajenos (arts. 2286 y siguientes). 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).

111. Los *delitos y cuasidelitos*, en cambio, consisten en hechos ilícitos, que lesionan un derecho o interés legítimo de un tercero, cometidos con dolo o culpa (arts. 2284, 2314 y 2329). Aunque la regla general siga siendo que solo se responde por daños causados por hechos culpables o dolosos, en el derecho moderno existen hipótesis especiales de *responsabilidad estricta u objetiva*, en que la responsabilidad se produce por el solo hecho de causar un daño, sin que sea necesario que concurra 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, en que la ley atribuye responsabilidad por el solo hecho material de haber causado el daño. Con todo, la *responsabilidad estricta* siempre está limitada a daños que se producen en la realización de actividades específicas que resultan particularmente riesgosas, por ejemplo, la tenencia de animales fieros (art. 2327) o los daños provenientes del uso de instalaciones nucleares (ley sobre seguridad nuclear).

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.

112. La *ley*, por último, establece obligaciones tanto en el ámbito del derecho público (obligaciones tributarias, por ejemplo), como del privado, como son las obligaciones de pagar alimentos a personas cercanas que no pueden sustentarse por sí mismas (art. 321).

113. 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, será objeto de un estudio profundizado en los cursos dedicados al derecho de obligaciones.

c) Obligaciones de dar, hacer y no hacer

114. La *prestación* a que está obligado el deudor constituye el objeto sobre el cual recae el derecho personal, y puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa (ver para los contratos, art. 1460).

115. 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. Así, el vendedor tiene una obligación de dar, porque la prestación no consiste en una simple entrega, sino tiene por objeto, *además*, hacer al comprador dueño de la cosa o de algún derecho real sobre ella.

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). El uso técnico de la palabra ‘tradición’ sólo se refiere al acto de transferencia y no a la mera entrega material.

No es el momento de distinguir más finamente 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). Volviendo al ejemplo de la compraventa, puede ocurrir que el vendedor no sea dueño de la cosa objeto de tradición. En tal caso el vendedor no transfiere la propiedad, porque solo puede transferir los derechos que tenga sobre la cosa, pero la compraventa le sirve de título para adquirir el dominio, y la tradición le transforman en *poseedor*, que puede llevarlo a adquirir el dominio por prescripción.

116. 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 de administrar los bienes que le encomienda el mandante; la del contratista de una obra material, de construirla; la 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 (v.g. celebrar la compraventa prometida).

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). Por el contrario, la obligación de dar del vendedor incluye la obligación de entregar (art. 1548), pero la excede, en tanto la entrega constituye

al que recibe en poseedor de la cosa o de un derecho real sobre ella.

117. 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 a más de una altura 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). La obligación de no hacer se diferencia del deber de tolerancia y abstención que impone un 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 que han contraído la obligación).

d) Acciones que nacen de los derechos personales o de crédito

118. El derecho personal expresa la expectativa normativa de que el deudor cumplirá la obligación. Esta cautela se expresa en las *acciones o pretensiones personales* que el acreedor puede ejercer en contra del deudor en caso de incumplimiento. Estas pretensiones pueden perseguir el cumplimiento de la obligación, la resolución del contrato, la indemnización de los perjuicios sufridos a causa del incumplimiento, la rebaja de precio si la cosa es defectuosa y las demás que reconozca la ley o el contrato.

La distinción entre obligaciones tiene importancia desde el punto de vista de las pretensiones que puede hacer valer 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.

119. Los derechos de crédito están cubiertos por una *garantía general*, que comprende todos los bienes del deudor. Aunque 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, como se ha visto, el patrimonio es una universalidad jurídica formada por un conjunto de derechos y obligaciones que está en constante movimiento: nuevos bienes son adquiridos y otros son enajenados; antiguas obligaciones son extinguidas y se contraen otras nuevas. 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 disminuido al momento de hacerla efectiva (o no haya aumentado en la forma esperada por el acreedor).

Como se ha expresado al tratar los derechos reales de garantía, 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).

e) Resumen de diferencias entre derechos reales y personales

120. Las diferencias entre los derechos reales y personales se pueden sintetizar en las siguientes categorías:

	Derecho real	Derecho personal
Sujeto pasivo	Todos (es absoluto)	Deudor (es relativo)
Objeto	Una cosa	Una prestación del deudor
Deber correlativo	No interferir	Dar, hacer o no hacer
Pretensión	Recuperar la posesión	Pretensiones reconocidas por la ley o el contrato
Persecución	Si	No (ejecución sobre los bienes que comprenda el patrimonio del deudor)

VIII. DERECHOS DE FAMILIA

121. De las relaciones de familia surgen deberes y derechos: entre padres e hijos, entre cónyuges, entre personas que han celebrado un pacto de unión civil. Jurisprudencialmente, también se han reconocidos efectos, especialmente 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 formalizada o no en matrimonio o en pacto de unión civil.

122. 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 (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”); y de los padres (especialmente del padre) sobre la persona de los hijos. 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”.

123. 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 el ordenamiento de la familia. Los derechos de familia son concebidos esencialmente como un estatuto protector de 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.

124. Las relaciones de familia también poseen una dimensión *patrimonial*. El más esencial de los derechos personales 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). Estos derechos patrimoniales de familia participan de los caracteres de derechos personalísimos: son irrenunciables, inalienables e intransmisibles.

125. Los derechos de familia dan lugar a *acciones civiles extrapatrimoniales* 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 extrapatrimonial de familia es *acción de cuidado personal*, en virtud de la cual el padre o madre solicita judicialmente que se le atribuya el cuidado personal del hijo menor.

126. 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 que se haya adoptado; la sociedad conyugal es el supletorio, pero se puede pactar separación de bienes o participación en los gananciales (arts. 135 y siguientes).

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 acumulados ahorros y el otro se ha dedicado a labores domésticas.

IX. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

a) *Concepto y alcance*

127. Los *derechos de la personalidad* son inherentes a la persona. Expresan la protección de su libertad personal, honra, privacidad, nombre y, en general, los bienes que protegen su identidad. Se diferencian de los derechos sociales en que no suponen prestaciones públicas sino cautelan el ámbito más íntimo de la persona. Por eso, son objeto de protección civil y constitucional.

Se caracterizan por ser originarios, porque nacen con ella; absolutos, porque todos debemos respetarlos; intransferibles e intransmisibles, pues la persona no puede desprenderse de ellos, e 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 y psíquica. 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 dentro de los límites de la ley.

128. 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 sus límites. Por eso, su concreción en reglas más precisas es tarea legal o jurisprudencial, tanto en el ámbito civil como constitucional. Su regulación más precisa es legal. Así, por ejemplo, la ley N°19.638, sobre protección de datos personales.

b) Acciones para cautelar los derechos de la personalidad

129. Los principales derechos de la personalidad 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 o acción 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).

X. ADQUISICIÓN, TRANSFERENCIA Y PÉRDIDA DE DERECHOS SUBJETIVOS

a) Adquisición de los derechos

130. La adquisición de un derecho subjetivo supone la ocurrencia del hecho jurídico que determina su nacimiento y radicación en la persona del titular. Si el derecho es *innato*, tiene su origen en el solo nacimiento de la persona; 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, que se adquieren precisamente en razón de la personalidad que el derecho reconoce al recién nacido.

131. Los *derechos adquiridos pueden serlo por vía originaria o por vía derivativa*, según el derecho tenga su origen en el propio sujeto titular, o bien haya sido adquirido de otra persona.

Se produce la *adquisición originaria* 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 luego de una posesión de esa cosa por un cierto lapso de tiempo; su dominio no proviene del antiguo propietario, sino nace en el poseedor originariamente. 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 (arts. 644 ss.).

En la *adquisición derivativa* el derecho proviene de otra persona, que antecedió en el derecho al actual titular. La adquisición derivativa puede tener lugar por acto entre vivos de *transferencia* del derecho o por *transmisión* por causa de muerte (esto es, por sucesión por causa de muerte). Los modos de adquirir respectivamente son la *tradición* (art. 670) y la *sucesión por causa de muerte* (art. 651).

132. 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. En virtud de la adquisición derivativa se sucede en el derecho 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).

El art. 682 I habla de “derechos transmisibles” para referirse a lo que la doctrina civil denomina *transferibles*. Los conceptos de *transmisión* y *transmisibilidad* son referidos exclusivamente a la sucesión por causa de muerte.

La técnica jurídica permite, sin embargo, purificar el derecho de las limitaciones al dominio con que fue adquirido. En efecto, una vez cumplido el plazo de prescripción adquisitiva y los demás requisitos legales para prescribir, ocurre el saneamiento del derecho en virtud de la prescripción adquisitiva (esto es, por vía originaria), con la consecuencia de que los vicios en la titularidad del tradente no gravan al adquirente, porque la tradición de la cosa y la posesión por un lapso de tiempo ha seguido la prescripción adquisitiva del derecho. En virtud de la prescripción adquisitiva (*usucapion* en el derecho romano) el adquirente puede invocar un título de dominio originario, que en él se inicia.

b) Transferencia y transmisión de derechos

133. La adquisición derivativa de un derecho, se ha visto, puede ser por tradición o por sucesión por causa de muerte.

134. Es un principio del derecho privado que la transferencia se produce específicamente respecto de cada derecho. En virtud de este principio de la especialidad no resulta jurídicamente posible transferir el patrimonio como universalidad jurídica. Una persona puede enajenar todos sus bienes, pero necesariamente cada derecho debe ser objeto determinado de tradición.

135. Por el contrario, la transmisión por causa de muerte puede ser individual o universal. 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*. Por testamento se puede legar, 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.

136. 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 *derechos personalísimos*, que no pueden ser transferidos ni legados a terceros. Los principales derechos personalísimos son los de alimentos (art. 334); uso y habitación (art. 819); el usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo menor (art. 252).

137. A diferencia de los derechos subjetivos, los *deberes jurídicos no son cedibles* a otra persona. Respecto de los derechos absolutos, ello resulta imposible, porque todos tenemos el deber de respetarlos. Respecto de los derechos relativos, resulta inadmisibles, porque es característico de tales derechos el vínculo del titular con un deudor determinado. Hay una razón poderosa que justifica esta restricción: al titular del derecho personal o de crédito no le resulta indiferente si su deudor es la persona con quien contrató u otra persona.

Pero ambas las partes de una relación obligatoria pueden convenir en una sustitución de deudor, por medio de una convención que tiene efecto extintivo de la obligación del primitivo deudor y de un contrato, que tiene un efecto creativo de una nueva obligación contraída por el nuevo deudor. El acto jurídico complejo que produce la extinción de una obligación y la creación de una nueva requiere consentimiento expreso del acreedor es la *novación por cambio de deudor* (arts. 1628, 1631 N° 3 y 1635).

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°18.946, 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 forma de transferencia de los bienes que componen el activo, que es siempre específica. 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; sin embargo, la transferencia de bienes que supone la fusión se produce individualmente, especificándolos.

c) Pérdida o extinción de los derechos subjetivos

138. La transferencia y transmisión de derechos los deja subsistentes bajo un nuevo titular. Una de las características esenciales de la adquisición derivativa es la subsistencia del derecho en iguales términos, con todos sus atributos y garantías (v.g. si se trataba de un crédito caucionado con hipoteca, la garantía perdura en favor del nuevo acreedor) y con sus cargas y vicios (v.g. si el acto que servía de antecedente al derecho tenía un vicio de nulidad, una vez decretada la nulidad se podrá interponer acción reivindicatoria contra del nuevo titular). En otras palabras, la transferencia o transmisión de un derecho lo deja subsistente en iguales términos bajo un nuevo titular.

139. Sin embargo, los *derechos subjetivos pueden estar sujetos a límites temporales*. Este límite puede estar establecido por el acto jurídico o por la ley que la ha creado. Así el usufructo sobre una cosa, que es un derecho real de goce de una cierta cosa, es esencialmente un derecho temporal; se extingue con la llegada del plazo por el cual fue otorgado o a más tardar por la muerte del usufructuario o de treinta años si el beneficiario es una corporación (art. 770). Todos los contratos de

tracto sucesivo (i.e. que otorgan un derecho continuo, como el préstamo de uso) pueden tener un plazo o pueden ser terminados por cualquiera de las partes si no tuvieran plazo (art. 2180).

El derecho a oponer excepciones puede también extinguirse. Por ejemplo, así ocurre con la excepción de nulidad que en general se extingue en diez para la absoluta (art. 1683 *in fine*) y en cuatro años para la nulidad relativa (art. 1691).

140. Los plazos, condiciones y circunstancias que producen la extinción de derechos subjetivos son muy diferentes y pueden estar establecidos por el acto jurídico que los constituye o por la ley.

Por eso, no es posible hacer en este lugar una enumeración de los *innumerables tipos de hechos jurídicos que acarrear la extinción de un derecho subjetivo*. Algunos ejemplos muy disímiles: la muerte extingue los derechos intransmisibles; el pago, extingue el derecho de crédito; la mayoría de edad pone fin al derecho de usufructo que el padre o madre tienen sobre los bienes del hijo; la destrucción de la cosa extingue la propiedad que se tenía sobre ella. Solo en materia de obligaciones la ley trata sistemáticamente los modos de extinguirlas y, consecuentemente, la extinción de los derechos personales correlativos (art. 1567 y siguientes).

141. En los párrafos siguientes sólo se hará referencia a modos de extinguir un derecho que presentan ciertas especiales calificaciones jurídicas: por el transcurso del tiempo sin que se haga acto eficaz para hacer valer el derecho (prescripción y caducidad) y por hechos del titular del derecho que tienen efecto extintivo (preclusión y renuncia).

(i) Prescripción extintiva

142. En el lenguaje moderno se habla de prescripción para referirse a dos instituciones que tienen en común la pérdida o adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo: la *prescripción extintiva* de derechos de crédito que produce la extinción de la obligación civil correlativa; y la *prescripción adquisitiva* (que mejor se expresa en el término romano *usucapio*), que permite adquirir el dominio de una cosa a quien la ha poseído sin vicios por un cierto lapso de tiempo. En el Código Civil están tratadas en un mismo título, que expresivamente lo cierra (antes del artículo final sobre vigencia del código).

La ley establece algunas *reglas comunes para ambos tipos de prescripción*: son resultado del *transcurso del tiempo* para que el derecho se gane o se extinga (art. 1492); el juez no las puede declarar de oficio, sino deben ser alegadas como pretensión o excepción (art. 2493); son de *orden público* de modo que no se pueden renunciar anticipadamente, sino solo una vez cumplido el plazo de adquisición o extinción (art. 2494); las reglas se aplican en favor y en contra del Estado (art. 2497).

En lo esencial, ambos tipos de prescripción difieren en sus funciones: la adquisitiva es una institución propia de los derechos reales, porque transforma una situación de hecho, la posesión, en un derecho, la propiedad; la prescripción extintiva se refiere a derechos personales que no se hacen valer por un cierto tiempo, luego del cual se extingue la pretensión.

Que la prescripción extingue la pretensión (la acción civil) y no el derecho subjetivo (v.g. que se le devuelva una suma que dio en préstamo) se muestra en la institución de las obligaciones naturales: si alguien paga una obligación prescrita

no paga lo que no debe, sino cumple una obligación natural, que tiene por contrapartida un derecho, aunque carezca de una acción civil (art. 1470).

143. El código define 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). La prescripción extintiva afecta propiamente la acción civil o pretensión; el derecho subsiste, porque 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 enervarla.

144. La *prescripción adquisitiva* –o *usucapión* romana– también tiene efectos extintivos, pero por vía consecencial. La posesión pacífica de un bien durante un cierto lapso tiempo permite al poseedor adquirir el dominio sobre la cosa; correlativamente, se extingue consecencialmente el derecho de dominio del antiguo propietario.

En la prescripción extintiva, lo determinante es la *inacción* de titular del derecho de crédito, que produce la extinción de la obligación correlativa. La pretensión o acción civil se extingue para su titular porque no la ejerció dentro de un lapso de tiempo, en general de un tercero lo adquirió para sí. Por el contrario, en la prescripción adquisitiva no basta la mera inactividad del titular del derecho, sino es necesario, además, que otro haya tenido la posesión de la cosa por un lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492). Como en la extintiva, la prescripción adquisitiva debe ser alegada, de modo que tampoco opera de pleno derecho (arts. 2494 y 2493).

145. También difiere el *ámbito de aplicación* de ambos tipos de prescripción. La *prescripción extintiva es un modo de extinguir acciones personales y las obligaciones correlativas*; 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 o propiedad* y de los demás derechos reales, de modo que será tratada como una de las formas de adquirir el dominio en el curso sobre derecho de bienes.

146. Largas discusiones ha habido acerca de la justicia de la institución de la prescripción, porque en ambos casos ella tiene por efecto que se pierde un derecho personal (por prescripción extintiva) o de un derecho de propiedad u otro derecho real (por prescripción adquisitiva o usucapión). La justificación es latente al origen romano de estas instituciones: los bienes jurídicos prevalentes son la *seguridad jurídica y la paz social*. La prescripción transforma en derecho situaciones de hecho consolidadas por el paso del tiempo. Especialmente en el caso de la prescripción adquisitiva, el tiempo permite consolidar situaciones de apariencia jurídica: el comprador de una cosa ajena puede adquirir el dominio de esa cosa si el propietario no ejerce acción real contra él para recuperarla. En tal sentido, la prescripción también satisface un interés general, lo que explica que las normas que la establecen sean de órdenes público, con la consecuencia de que no se puede renunciar anticipadamente (art. 2494 I) y sus plazos no pueden ser convencionalmente alargados. Estas últimas reglas muestran la decisiva importancia que tiene la prescripción para el interés general.

Además, la prescripción es una *sanción* para el titular del derecho que permanece inactivo; para el acreedor de un derecho personal que no ejerce su acción por incumplimiento; y para el propietario o

el titular de otro derecho real que se ha desatendido de la cosa poseída por otro, tolera que un tercero posea la cosa sin hacer valer su derecho.

147. 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 teleológicamente (i.e. atendiendo al fin de la norma) las normas legales en los casos en que la inacción del titular del derecho no resulta imputable a su descuido.

Un ejemplo en este último 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 o doloso, sólo comienza a correr el plazo de prescripción extintiva desde el momento en que el daño se manifiesta; de lo contrario la víctima estaría expuesta a que cuando toma conocimiento del daño la acción civil ya estaría extinguida por prescripción (como, por ejemplo, por un sismo que destruya un edificio con defectos de construcción que solo se develan más de cuatro años después de la construcción).

(ii) Caducidad

148. La caducidad extingue los derechos por el solo 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.

La caducidad no es tratada sistemáticamente en el código, pero se puede construir a partir de diversas disposiciones que responden a un patrón común.

149. 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 solo cumplimiento del término. El código establece 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). Así, cada vez que la ley señala que un acto debe ejercerse *en o dentro* de un cierto término, dicho plazo se entiende fatal y su vencimiento, sin que el acto se haya realizado, produce la caducidad del derecho (el acto extemporáneo es ineficaz).

En el *derecho procesal civil* 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 aquellos 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”.

150. 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. Por ejemplo, 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. 2468) y el derecho del comprador para pagar el precio e impedir la resolución de la compraventa en el caso del art. 1879.

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).

151. *La caducidad también puede tener origen contractual.* Así, en contratos de arrendamiento o sociedad son frecuentes 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.

(iii) Preclusión

152. 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 porque el 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, 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.

153. El ámbito de aplicación de la *preclusión es ante todo procesal.* Por ejemplo, si una persona no ha sido debidamente notificada de una acción en su contra, 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 la notificación, la ley entiende que no podrá hacerlo después. Del ejemplo resulta clara la *relación entre la preclusión y la buena fe*: se priva al litigante del derecho a plantear después el incidente contrario a sus actos propios. De este modo, la preclusión evita maniobras dilatorias (véase el art. 85 del Código de Procedimiento Civil).

154. Atendidos sus drásticos efectos, se ha entendido que la preclusión es de *derecho estricto*. En consecuencia, el efecto extintivo de realizar un acto diferente a hacer valer un derecho debería estar señalado expresamente por la ley o por el contrato. La mejor forma de entender los casos en que una conducta anterior hace precluir un derecho es bajo los exigentes requisitos del *abuso de derecho*.

XI. LÍMITES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS

a) *Sentido y límites de los derechos subjetivos*

155. Las instituciones jurídicas que se expresan en derechos subjetivos envuelven una opción fundamental por la constitución autónomamente responsable de la persona en su ámbito más inmediato de vida. Incluso los derechos que suponen un deber de protección positiva hacia la persona, como ocurre con los derechos sociales, solo 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.

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 eventual conflicto de intereses. Aun así, 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).

b) Límites a los derechos derivados de su contenido

156. 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 cautelados por la ley. En el caso del empresario autorizado para desarrollar una actividad económica, sus derechos tienen un *límite externo* que está determinado por la ley: v.g. no puede realizar actividades contrarias a la libre competencia; y en el derecho de sociedades la ley limita el derecho de los accionistas mayoritarios a gobernar una sociedad anónima en su propio beneficio, 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 de proteger al consumidor confiado o inexperto; la legislación sobre libre competencia limita la libertad de contratar, a efectos de impedir colusiones con efectos monopólicos. En fin, también un ordenamiento jurídico de la economía basado en un principio de autonomía privada establece límites a los derechos para prevenir el abuso de posiciones de poder privado (v.g. legislación sobre libre competencia, sobre contratos con consumidores) y para asegurar bienes públicos (v.g. legislación ambiental, sobre bancos e instituciones financieras, servicios de salud). En último término, los límites a los derechos pueden inferirse del principio kantiano de que la libertad de unos debe resultar compatible con la libertad de los demás según una regla general.

157. Una rápida revisión de los principales tipos de derechos subjetivos civiles muestra que el límite del derecho está definido por su propio contenido. A ese efecto conviene volver sobre 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.

158. 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. Ello es sin perjuicio de las limitaciones que se convienen contractualmente.

159. 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. La libertad de información y el respeto a la honra (Constitución, art. 19 N°s 12° y 4°) son típicamente *derechos marco*, cuyos ámbitos de protección solo se pueden determinar sobre la base de una *ponderación de bienes en juego*. En conflictos entre derechos se debe valorar los bienes e intereses en conflicto, recurriendo al valor relativo de los bienes en juego (que justifican el reconocimiento de derechos que pueden estar en colisión).

160. 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.

161. En definitiva, cada tipo de derechos subjetivos tiene sus propios *límites externos* 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, quien actúa fuera de esos límites no lo hace en ejercicio del derecho.

c) El ejercicio abusivo de un derecho como límite

162. El derecho subjetivo, según lo analizado, 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, desde la perspectiva del derecho privado, 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 buena fe y las buenas 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

163. La pregunta por el límite de los derechos subjetivos se responde esencialmente por el ordenamiento normativo contractual o legal en que se plantean. Por cierto que no siempre las normas legales o las disposiciones contractuales fijan exactamente los atributos que confiere el derecho subjetivo. Es el caso, como se ha visto, 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.

164. Desde esta perspectiva, resulta lógicamente inconsistente una doctrina del abuso de derecho que plantee nuevos límites, que restrinjan el poder de actuación del titular más allá del propio contenido del derecho subjetivo. Los límites se infieren a partir de las facultades que el derecho

confiere. 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 potestad 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, amenaza intervenir el ámbito ético-jurídico de la autonomía privada. El abuso de derecho puede ser un instrumento para la erosión del principio de la discrecionalidad e inmunidad en el ejercicio de los derechos subjetivos.

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

165. La más expansiva doctrina del abuso de derecho asume que los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses generales, de modo que el ejercicio concreto de todo derecho debe ser consistente con esos intereses que lo justifican. Se afirma que a las personas se les reconocen derechos como un medio para satisfacer una función social determinada por el 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” (JOSSELAND).

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.

166. 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 la deja protegida 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, en cada uno de los casos reseñados, se contradice con el fin más general que cumple la institución del derecho subjetivo. En verdad, la aceptación de una doctrina tan extensa del abuso de derecho, 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.

167. 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, 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 de un interés general difuso, no sólo resulta ser contraria a los supuestos de un orden que asume la libertad como valiosa; además, contribuye a debilitar la eficacia del derecho. 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 colectivismos identitarios de distintos signos, no ha logrado apoyo relevante entre los juristas, ni en la práctica jurisprudencial.

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

168. 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, aunque formalmente en el marco del derecho subjetivo, resulte *contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas* (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 resulta excesivo o anormal; sea por la inequívoca intención de dañar que inspira al titular (aplicación extrema del principio de que el dolo todo lo corrompe), sea atendiendo a la valoración de las circunstancias objetivas de ese ejercicio. 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.

169. Por otra parte, el *grado de discrecionalidad del titular de un derecho* depende del contenido de tal derecho. Una mayor discrecionalidad inherente al derecho 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: 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 se puede excluir *a priori* que puedan ser ejercidos abusivamente, pero hay derechos en que la discrecionalidad es esencial al sentido del derecho. Así, 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.

170. En todo caso, la *doctrina que concibe el abuso de un derecho como su ejercicio excesivo o anormal tiene una función correctiva excepcional*. Hay pocos terrenos en que presente más riesgos un intervencionismo judicial excesivo, que mine la certeza de derechos, en circunstancias que éstos dejan de cumplir su función si se les debe someter a un control de en concreto de licitud. Por eso, la doctrina del abuso de derecho sólo resulta invocable cuando *el comportamiento del titular atenta contra estándares mínimos de conducta*. Estos estándares mínimos de sociabilidad que limitan el ejercicio del derecho no pueden ser expresados mediante reglas precisas. Por eso, resulta inevitable una referencia a ideas normativas compartidas acerca de lo que se tiene por indecente, que la ley expresa en la forma de conceptos normativos o cláusulas generales.

171. En los límites del derecho privado se encuentra una invocación a las *buenas costumbres* y a las mínimas consideraciones de lealtad que expresa el concepto normativo de *buena fe*. Así, el principio de la autonomía privada encuentra su límite no sólo 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). Estos conceptos normativos constituyen directivas en todo el derecho privado, más allá del derecho de contratos, donde están formulados por la ley.

Aunque tienen filiación romana, el contenido normativo de estos conceptos ha variado con el tiempo. Lo esencial es que su concreción no envuelve una delegación a la libre apreciación del juez, sino de una referencia a percepciones razonables acerca de lo que moral y jurídicamente es inaceptable.

172. Se puede entender que las *buenas costumbres se refieren a 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 en una licitación pública los proponentes se coludan para evitar la competencia que lleva implícita la licitación.

En la legislación chilena aparecen las buenas costumbres en dos lugares: en los referidos arts. 1461 y 1467, como criterio de ilicitud de lo que se contrata, y como criterio de valoración de las malas prácticas, abusivas de un competidor respecto de otros competidores (ley N° 20.196 de competencia desleal, art. 5°). El concepto ha adquirido contornos más precisos en el derecho alemán. En otros ordenamientos las buenas costumbres han sido subsumidas en el concepto de buena fe (así en reforma francesa de derecho de contratos de 2016 y en los Principios de Derecho Europeo de Contratos). Incluso en Alemania, en la calificación del abuso de derecho se prefiere recurrir a criterio de la buena fe (MEDICUS). En el ejemplo de las cláusulas abusivas en derechos de consumidores la norma de clausura de la ley chilena hace referencia precisamente a la buena fe (Ley de protección de consumidores, art. 16 g). Sobre los conceptos de ‘buenas costumbres’ y

de ‘buena fe’ en el derecho privado, véase SCHOPF 2016 y SCHOPF 2018, respectivamente.

173. *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 otras situaciones 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 jurídica en atención a su naturaleza. La buena fe es el más potente principio normativo 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. En su origen, el principio de buena fe es un correctivo al formalismo en la determinación de las obligaciones que nacen de un contrato. Elevada a principio general, puede ser concebida como el conjunto de directivas que con naturalidad son aceptadas en la comunidad, relativas a la lealtad, la honestidad y la mínima consideración que se puede razonablemente esperar del titular del derecho.

174. Ambos conceptos 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 positivado en la 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.

175. La debilidad de *las buenas costumbres y la buena fe es su naturaleza de cláusulas generales cuyas condiciones de aplicación son imprecisas e indeterminadas.* 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 fuga jurisprudencial que no sea suficientemente reflexiva de las condiciones de aplicación y de su significado en el caso concreto.

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 esos conceptos normativos generales. Sólo así se pueden cubrir situaciones de iniquidad 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.

Es interesante como el derecho contemporáneo reconoce que el ejercicio de los derechos tiene un límite en lo *razonable.* Es sintomático que los Principios de Derecho Europeo de Contratos, el documento doctrinal más respetado sobre derecho de contratos, use más de cincuenta veces el concepto razonable, en los contextos más diferentes. Ese es un reconocimiento a que el derecho privado no puede ser correctamente entendido como un sistema de reglas subsuntivas. El mismo texto entiende como ‘razonable’ lo que entendería una persona de ‘buena fe’ (art. 1: 302).

176. 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 formalmente 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 el *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 una ponderación 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 puede ser 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.

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 Apelaciones argumentó para dar lugar al recurso 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”. 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

177. 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 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.

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

178. 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.

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

179. Un interesante ejemplo legal de abuso de derecho por su ejercicio desproporcionado e impropio 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 se reportara utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo”. Análogo principio se expresa en la antigua regla del art. 941, sobre relaciones de vecindad

El fundamento de esas normas, esencialmente provenientes del derecho romano, es la buena fe. El mismo deber de lealtad puede inferirse respecto de cualesquiera derechos cuyo ejercicio exige una cierta 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.

180. 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 su prestación contractual o demande la resolución en razón de un pequeño incumplimiento que resulta accidental en el contexto general de la operación. En tal evento, el acreedor podrá tener acciones indemnizatorias o de rebaja de precio, pero no podrá invocar aquellas pretensiones que se justifican por un incumplimiento ‘relevante’; el remedio resulta desproporcionado y puede asumirse que el incumplimiento alegado es un pretexto de mala fe 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.

181. La idea de completa desproporción en el ejercicio de un derecho, que hace de éste un acto contrario a la buena fe, subyace a muchos casos en que la jurisprudencia comparada da lugar 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.

(3) *Preclusión de un derecho por conducta contraria a los actos propios*

182. 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 efecto es producir una forma de *preclusión* no reglada por la ley.

Porque el efecto es gravísimo, como es la pérdida del derecho a interponer una acción o excepción. El punto de partida es que el titular del derecho no queda ligado por sus conductas anteriores, del mismo modo que quien tiene una huerta en su casa no queda obligado a plantar flores solo porque siempre lo ha hecho, aunque ello causaba un particular agrado al vecino.

183. *El bien jurídico cautelado por la doctrina de los actos propios es un grado calificado de confianza*: el derecho se extingue porque resulta gravemente contrario a la buena fe contradecir las

expectativas ciertas y razonables creadas en un tercero con su propio comportamiento, y *la conducta del otro ha estado efectivamente influida por esa confianza*.

En el derecho alemán, donde la institución de actuación contra los actos propios ha sido más extensamente desarrollada, se dice que la persona que ha perdido el derecho por preclusión, debe haber confiado en los actos de la contraparte y que haya 'invertido' en esa confianza, esto es, que esa confianza legítima, atendidas las circunstancias, fue precisamente lo que lo llevó a no ejercer el derecho. En el derecho del *common law* la institución del *stoppel*, aunque de orígenes muy diferentes, cumple una función análoga.

184. 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 los términos del pago y la *contraparte ha actuado en esa confianza*. 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 se conviene 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 alegaría que no ha habido propiamente interrupción de la prescripción, porque solo se ha negociado, pero no se ha reconocido la obligación que surge del vicio (interrupción natural del art. 2518 II). Aun a falta de norma legal, 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. Todo ello lleva a inferir que la contraparte no ejerció su derecho precisamente en la confianza de que había un reconocimiento del vicio de la cosa por el vendedor. El efecto es que esa actuación de mala fe del vendedor hace precluir el derecho a oponerla después.

El abuso de derecho por actos propios se extiende al ejercicio de la acción o de la 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 a la especialmente normada por el código (la situación es análoga pero no idéntica a la del art. 1683, que será analizado en infra pár. 186).

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 mandatario que lo convino en su nombre carecía de suficiente 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 mandante, de modo que resulta contrario a la buena fe contradecir la confianza creada en la contraparte.

185. En suma, se puede comprobar que *la doctrina de los actos propios es un importante pero limitado correctivo al formalismo jurídico*. Ante todo, 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.

Sólo habrá preclusión del derecho a entablar una acción o excepción por conducta contraria los actos propios si (i) la conducta anterior ha creado la legítima confianza de que en el futuro se actuará de un

cierto modo, (ii) la otra parte ha actuado en esa confianza y (iii) que es defraudada ejerciendo una acción u oponiendo una excepción contradictoria con esa conducta anterior.

(4) *Ejercicio de un derecho adquirido de mala fe*

186. En este grupo de casos también está comprometida la propia conducta de quien luego ejerce abusivamente el derecho. El acto abusivo es un ilícito en que se incurre conscientemente 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 (v.g. bloqueando el receptor de correos electrónicos o impidiendo el acceso de correspondencia). En definitiva, si alguien por medio de un acto ilícito obtiene una pretensión 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 o excepciones cuyo origen está contaminado por la mala fe.

(5) *Desviación del fin de un derecho potestativo*.

187. Conviene dar una nueva mirada a las potestades jurídicas que otorga el derecho privado 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: no es extraño que respecto de estas facultades se planteen en el derecho privado situaciones de “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*.

188. En este tipo de situaciones resulta pertinente la doctrina del abuso de derecho que atiende a los *finés 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.

189. 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.).

190. Pueden ser asimilados a 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. El consumidor está en una diferente posición de información acerca de los bienes ofrecidos. Además, nuestra conducta como consumidores no está regida por una extrema racionalidad, sino por la expectativa de que los términos del contrato son razonables. En tales circunstancias, puede ocurrir que las condiciones generales de contratación nos hagan víctimas de una alteración abusiva de la economía del contrato, en beneficio del empresario que las redacta y 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 de las reglas legales que se alejan de las normas dispositivas del derecho de contratos, provenientes de la ley y de la costumbre, con el solo límite del orden público y las buenas costumbres (arts. 1545 y 1461). 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 (v.g. el proveedor no se hace responsable de los vicios de la cosa vendida o agrega cobros por comisiones u otros conceptos que no están justificados por la economía del contrato). Técnicamente es posible convenir que el vendedor no responde por vicios de la cosa, pero una cosa distinta es que un derecho tan importante para el vendedor quede excluido mediante una simple referencia en la “letra chica” (v.g. que las condiciones generales expresen que “no se aplicará al contrato el art. 1857”).

En tales casos se actúa en contra de la buena fe porque subrepticamente se afectan las razonables expectativas de la otra parte acerca de lo que el contrato *debe* incluir como obligaciones el proveedor. En el extremo, la cláusula puede ser tenida por abusiva 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 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 en la segunda parte del siglo pasado 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.

La Ley de protección de consumidores ha corregido la legislación precedente incorporando una regla que declara sin efecto las cláusulas o estipulaciones que “en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo a este respecto a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato” (Ley 19.496, art. 16 letra g).

191. 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 intempestivamente 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. 2167). 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*.

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). 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, según un principio que debe entenderse de aplicación general.

(6) *Abuso de formas o instituciones jurídicas*

192. 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.

193. 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 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.

194. 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. 2468), 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 otro, 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*.

195. En particular, la ley ha regulado la *evasión tributaria*. Las normas sobre elusión tributaria establecen la ineficacia de actos jurídicos contrarios a la buena fe, que son realizados sin fin económico o jurídico alguno, sino con la sola finalidad de eludir el pago de un impuesto. La ley parte de la base de la buena fe del contribuyente, lo que es consistente con el principio de que éste puede organizar su actividad económica de la manera que mejor le convenga, incluso para fines de disminuir la carga tributaria; v.g. si la legislación establece distinta tributación para diferentes tipos de sociedades es perfectamente lícito usar la forma social más ventajosa (Código Tributario, art. 4º ter II). Pero se entiende que hay *abuso de las formas jurídicas* si los actos realizados no cumplen fines económicos o jurídicos relevantes diferentes a eludir el pago de un tributo (Ídem, art. 4º ter I). Sin perjuicio de otras eventuales sanciones, la elusión tributaria produce el efecto de que el acto calificado como abusivo es inoponible, porque no produce respecto del Fisco los efectos perseguidos por el contribuyente.

196. 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 formal alguna. En este último caso se dará por establecido el fraude a la ley o el abuso de formas jurídicas, ese correctivo excepcional al ejercicio de derechos potestativos que el derecho privado confiere a las personas para configurar libremente las relaciones jurídicas.

(v) Efectos del abuso de derecho

197. 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 sucintamente son referidos a continuación.

198. Si el abuso recae en el ejercicio de una acción civil, el titular queda *privado de la pretensión o acción civil* respectiva. Así, por ejemplo, aunque el vendedor haya incurrido en el incumplimiento de alguna obligación conexas 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. xx). 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.

199. 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 de acreedores es inoponible, porque aunque ningún vicio de nulidad le afecta, los terceros pueden pedir que no sea considerado eficaz a su respecto (véanse ejemplarmente arts. 2468 y 1753 II); lo mismo puede entenderse que ocurre con la evasión tributaria: el acto elusivo es inoponible al Fisco. Por el contrario, si el acto tiene infringe 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).

200. 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 previene un daño 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 la acción 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.

201. 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 las reglas elementales de buenas prácticas (buenas costumbres) o a la buena fe configura infracción objetiva a los deberes de conducta 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 culpa.