

## Informe en Derecho

Se me ha solicitado informar, a la luz del derecho vigente, acerca del alcance que posee el llamado recurso de protección respecto de los derechos nacidos de un contrato ¿Es posible conceder el amparo constitucional –a la luz del artículo 20 de la Constitución- al titular de los derechos nacidos de un contrato sobre cuya prestación, sin embargo, discrepa el deudor?

En el caso que motiva este informe, una empresa (Corporación Nacional del Cobre de Chile, Codelco, en adelante Codelco) es causahabiente de un derecho de opción de compra respecto de los bienes de otra (Anglo American Sur S.A., Clarent Sarl y Anglo American PLC, en adelante Anglo American). Las partes, sin embargo, disputan acerca del número de bienes, o acciones, sobre que recae la opción. La discrepancia se pone de manifiesto cuando Anglo American, teniendo noticia de la decisión de Codelco de ejercer la opción (comunicada los días 13 y 28 de Octubre del año en curso) enajena (el 9 de noviembre del año 2011) parte de las acciones sobre las que la opción, según la interpretación de Codelco, podría ejercerse. Efectuada la enajenación, Anglo American manifiesta además su decisión de disponer del resto de las acciones en tanto no llegue el plazo en el que, según interpreta, la opción podría materialmente ejercerse.

El presente informe no intenta resolver la cuestión de fondo planteada –a saber, cuál es el sentido exacto del derecho de opción a la luz del contrato y los efectos que produciría su eventual transgresión- sino una cuestión previa de índole constitucional: se trata de saber si acaso, mediante el ejercicio del llamado recurso de protección, puede obtenerse amparo constitucional del derecho de opción descrito.

Como es suficientemente sabido, el derecho vigente en Chile asegura, en su artículo 19, número 24, el derecho de propiedad en sus diversas especies “sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales”. Esgrimiendo esa regla, suele argüirse que los contratos disponen, en Chile, de protección constitucional. El derecho personal nacido de un contrato sería una cosa incorporal sobre la que recae propiedad. En consecuencia -se sostiene- cualquier privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos nacidos de un contrato sería susceptible de ampararse en sede constitucional echando mano al artículo 20 de la Constitución.

La práctica constitucional chilena –según puede comprobarse en la amplia literatura existente- muestra que el precedente argumento fue, en los primeros años de vigencia de esa regla, ampliamente admitido; aunque, más tarde, se le restringió severamente hasta concluirse que, tratándose de contratos, el recurso de protección es una acción de *urgencia* que sólo debe concederse en casos extremadamente calificados.

Ahora bien, dilucidar cuáles son esos casos, y las razones que le subyacen y dirimir si ellas se aplican o no al caso *sub lite*, es el propósito del análisis que sigue.

En ese análisis se sostiene que i) la regla de protección de la propiedad incluye indudablemente a los derechos personales nacidos de los contratos; ii) el derecho de opción es un derecho personal amparado por esa regla; iii) esa protección alcanza, sin embargo, a la *titularidad* del derecho y no a la *prestación* que él supone; iv) las amenazas, privaciones o perturbaciones a la titularidad del derecho deben provenir, en principio, de actos de autoridad, pero no de particulares salvo que estos hayan reconocido la titularidad del derecho del caso; v) en consecuencia, el amparo constitucional, con base en el artículo 20 de la Constitución, debe concederse tratándose de derechos personales, si es el caso que existiendo un derecho *prima facie* válido, no hay otra forma urgente de evitar efectos que, de no concederse el amparo, se harían irremediables o severamente injustos.

Este informe sostiene y argumenta que la situación descrita en v) es la que se corresponde con el asunto *sub lite*.

En lo que sigue, se explican y prueban cada una de esas proposiciones. Al final, se alcanzan algunas conclusiones.

i) La regla constitucional de la propiedad incluye indudablemente a los derechos personales nacidos de los contratos.

El inciso primero del número 24 del artículo 19 de la Constitución, utilizó la técnica del *Código Civil*<sup>1</sup> para reconocer al de propiedad como un derecho

---

<sup>1</sup> Como es bien sabido, el Código Civil estableció que sobre las cosas incorporales (que son los derechos) había “una especie de propiedad”.

Según quedó constancia en las notas que Bello puso al proyecto de 1853, la distinción entre lo corporal y lo incorporal sobre que reposa esa regla fue tomada de las *Institutas* de Gayo quien, por su parte, debió recibirlas de la tradición filosófica. Median, sin embargo, diferencias importantes entre la forma que concibe a esa distinción la

---

subjetivo de carácter público. Protegió, así, no sólo al dominio *stricto sensu*, sino, también, a todo derecho real o personal y a las fuentes de estos últimos, en particular, al contrato<sup>2</sup>.

---

tradición filosófica, la manera en que la conciben las *Institutas* de Gayo y la forma en que, finalmente, la recogió el Código Civil chileno y posteriormente la regla constitucional.

En la tradición filosófica (v.gr. Lucrecio, *De rerum natura*, 270-320) era incorporal cualquier cosa meramente inteligible como un número o un plano euclidiano. Para Gayo, por su parte (*Institutas*, II, 13-14) eran incorporeales las cosas que existían por el derecho como un cargo, un plazo o una función. Para Bello, en fin, son incorporeales sólo los derechos reales o personales (*Código Civil*, artículo 565). En la literatura nacional se observa a veces una confusión entre esos tres sentidos y lo mismo ocurrió en los inicios de la jurisprudencia relativa al recurso de protección. Así, cuando se concedía protección sobre un plazo con el pretexto que había propiedad sobre él, se concebía lo incorporal al modo de Gayo. Buena parte de la "inflación de derechos" que se observa por parte de la literatura se explica por esa confusión conceptual. Actualmente, sin embargo, parece predominante una aplicación rigurosa del concepto: sólo se estima incorporal aquello que es un derecho.

Si bien la distinción de Bello es extraña en el derecho comparado (como es sabido, los códigos modernos la desconocen) no es dudoso que a efectos prácticos se concede a los derechos una protección equivalente a la propiedad.

<sup>2</sup>Al respect, el *Informe* con que la Commission de Estudio de la Nueva constitución acompañó el Anteproyecto de la Corte de 1980, expresa: "El precepto que os proponemos garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes, corporales o incorporeales. En este sentido, ampara en forma amplia este derecho, cualquiera que sea su significado patrimonial o la forma de propiedad, sea esta última individual, familiar, comunitaria, etc.

De manera explícita la garantía constitucional comprende, ahora, a los bienes incorporeales, vale decir, a los derechos y acciones, dándole de este modo jerarquía constitucional al principio legal contenido en el artículo 583 del Código Civil, según el cual sobre las cosas corporales hay también una especie de propiedad.

La preceptiva anterior, como consecuencia de la reforma constitucional de 1971, contenía una norma especial relativa a los derechos emanados de los llamados contratos leyes y disponía que en los casos en que el Estado o sus organismos hayan celebrado o celebren con la debida autorización o aprobación de la ley, contratos o convenciones de cualquier clase en que se comprometan a mantener en favor de particulares determinados regímenes legales de excepción o tratamientos administrativos especiales, éstos podrán ser modificados o extinguidos por la ley cuando lo exija el interés nacional.

El precepto citado desaparece, ya que los derechos que emanan de los contratos o convenciones legalmente celebrados entre un particular y el Estado son bienes incorporeales amparados por la garantía constitucional que asegura el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes y, en consecuencia, el titular de estos derechos no puede ser privado de los mismos, sino en virtud de expropiación en conformidad a las normas generales.

Si un particular tiene la obligación de respetar y cumplir la palabra empeñada en un contrato, con mayor razón le asiste este deber al Estado, y será el legislador, al autorizar este tipo de convenciones, el que deba adoptar los resguardos tendientes a amparar los derechos del Estado y de la colectividad, estableciendo las normas y limitaciones que estime convenientes.

Ese punto es inconcuso en la jurisprudencia y la literatura nacional desde antiguo y no puede hoy discutirse<sup>3</sup>.

Si bien un texto constitucional de ese amplio tenor no existía en nuestra historia constitucional (no aparece en los artículos 12 número 5 de la carta de 1833, ni, tampoco, en el precepto del artículo 10 número 10 de la carta de 1925) la práctica constitucional había arribado a un resultado en todo igual a si él hubiera existido. La jurisprudencia constitucional, en efecto, haciendo pie en los artículos 576 y 583 del *Código Civil*, extendía la regla de la propiedad a las cosas incorporales que nacían de alguna de las fuentes del artículo 1437. Así, y para citar nada más un ejemplo, la Corte Suprema en fallo de inaplicabilidad de la ley N° 16.519 decidió que, por atentar contra la garantía de la propiedad prevista por el artículo 10 número 10 de la carta constitucional entonces vigente, era inconstitucional extender los efectos de la amnistía a la acción civil nacida de un delito (Sentencia del 7 de Diciembre de 1966, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXIII, páginas 359 a 366).

La amplitud del inciso primero del número 24 de la Constitución fue explícitamente utilizada, más tarde, en la jurisprudencia constitucional a propósito del recurso de protección. Así, v.gr., se decidió que hay propiedad sobre la patente municipal (Corte de Concepción, 8 de mayo de 1981, en RDJ, 1981, segunda parte, sección quinta, pp 168-171); sobre los derechos emanados de un contrato de arrendamiento (Corte Suprema, 2 de julio de 1981, RDJ, 1981, segunda parte, sección quinta, p. 198; Corte Suprema, 2 de septiembre de 1991, en *Fallos del Mes*, N°394, año 1991, p.442); sobre el derecho de administrar una cuenta corriente (RDJ, 1985, segunda parte, sección quinta, pp161-164); sobre la facultad de ceder acciones de una sociedad anónima (Corte Suprema, 17 de julio de 1989, RDJ, segunda parte, sección quinta, p.82); sobre la calidad o el status de estudiante (RDJ, segunda parte, sección quinta, p. 178); sobre la función que, en un organismo y en conformidad al estatuto, se desempeña (RDJ, 1989, segunda parte, sección quinta, p.199). Si bien los alcances de este amparo, como se dijo denantes, se han ido restringiendo en el tiempo, el sentido de la regla contenida en el artículo 19, número 24 de la Constitución, del que son muestra esos casos, se ha mantenido incólume: esa regla cubre los derechos personales de cualquiera de las fuentes señaladas en el artículo 1437 del *Código Civil*.

El criterio que subyace a la regla constitucional cuyos orígenes se han analizado, no es muy distinto al que existe hoy en el derecho comparado.

---

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional, rol 245 y 246 (acumulados).

Tanto el derecho vigente en los Estados Unidos de América, en Alemania<sup>4</sup> o España<sup>5</sup>, por nombrar algunos casos frecuentes en la literatura, poseen amplios mecanismos de protección de la propiedad que alcanzan a los contratos.

El caso de los Estados Unidos de América prueba lo que se afirma.

La Quinta Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, dispone que

nor shall private property be taken for public use without just compensation (no se tomará la propiedad privada para uso público sin justa compensación).

La regla ha provocado una amplia jurisprudencia y una todavía más extensa literatura. En un comienzo, esa regla de protección de la propiedad alcanzaba sólo a las cosas corporales puesto que para saber si se había lesionado o no el derecho se verificaba si había existido o no invasión física. Con posterioridad, sin embargo, el test de la invasión física fue sustituido por el examen de si el haz de facultades que concede el derecho, aunque no exista invasión física, se había lesionado.

La formulación del primer criterio –conforme al cual hay privación sólo si es el caso que se autoriza una intromisión física-- se efectuó durante el siglo XIX con ocasión del caso *Mugler versus Kansas*<sup>6</sup>. Una ley de Kansas prohibió la fabricación de bebidas alcohólicas. Mugler tenía una cervecería y reclamó que la ley violaba la enmienda. La Corte declaró que no había invasión: la ley era puramente regulatoria puesto que no había autorizado invasión física alguna a la cervecería de Mugler.

---

<sup>4</sup> Kimminich, O. La propiedad en la Constitución Alemana, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad*, Madrid: Tecnos, 1995, pp. 151 y ss.

<sup>5</sup> Sobre el punto –accesibles en [www.boe.es](http://www.boe.es)– puede verse STC 11/1981, de 8 de abril; STC 6/1983, de 4 de febrero; STC 111/1983, de 2 de diciembre; STC 18/1984, de 7 de febrero; STC 37/1987, de 26 de marzo; STC 227/1988, de 29 de noviembre; STC 170/1989, de 19 de octubre; STC 6/1991, de 15 de enero; STC 149/1991, de 4 de julio; STC 194/1991, de 17 de octubre; STC 89/1994, de 17 de marzo.

<sup>6</sup> 123 U.S. 623 (1887). En ocasiones se esgrime ese criterio durante el siglo XX y coexiste con el que luego se expondrá, Cfr. *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp*, US (1982).

---

El "test de la invasión física" reposa, como se observa, sobre una especial concepción de la propiedad conforme a la cual ella se identificaba con la cosa corporal sobre que recae.

El criterio cambió luego del famoso trabajo de Hohfeld<sup>7</sup> conforme al cual la propiedad no es la cosa, sino el haz de facultades y competencias que se conceden al titular sobre la cosa. Si la propiedad es un derecho, entonces equivale a una cierta competencia concedida a alguien respecto de algo (material o inmaterial); pero la propiedad no debe confundirse con este último. Si lo anterior es así, de ahí se sigue que hay un *regulatory taking* — una lesión del dominio— no sólo cuando se autoriza la invasión física, sino también cuando se desprovee al titular de una parte del haz de facultades y competencias que configuraban su derecho. El test de la invasión física que se utilizaba para aplicar la Quinta Enmienda, debió entonces ser sustituido.

La sustitución la efectuó el juez Holmes en *Pennsylvania Coal Co v Mahon*. Si una regulación va demasiado lejos, dijo el juez Holmes, entonces debe ser reconocida como expropiatoria ("The general rule at least is, that while property maybe regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking"<sup>8</sup>). Pero ¿cómo saber cuándo una regulación va demasiado lejos? La solución, sugirió Holmes, consiste en aplicar un test de valor. En base a ese test la distinción entre una regulación y una privación (taking) es de valor. Tal es el criterio que, caso a caso y no sin un amplio debate en la literatura, aplica la jurisprudencia norteamericana.

En suma, en la dogmática comparada la protección de la propiedad suele alcanzar a todos los derechos. La solución es obviamente sensata si se atiende al sentido desmaterializado que en las economías modernas posee la propiedad. De ahí que, como anota un autor, sea difícil entender hoy día por qué el dominio se lo clasifica por los romanos en la esfera de lo corporal ¿acaso no incumben al jurista los derechos que son todos incorporeales?<sup>9</sup> La propiedad, en rigor, es un *property right*, un título, que concede derechos de exclusión a terceros sobre el goce de un bien determinado. Desde el punto de vista económico, entonces, no tiene sentido distinguir entre la propiedad *stricto sensu* y los otros derechos: todos se equiparan en cuanto son un título de aprovechamiento exclusivo sobre un bien que el derecho, mediante

---

<sup>7</sup> Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919).

<sup>8</sup> Pa.Coal, 260 U.S.at 415.

<sup>9</sup> Kagan, K Res corporalis and res incorporalis. A Comparison of Roman and English Law of Interest for Life, en *Tulane Law Review*, vol. XX, 98.

diversas técnicas, protege. La distinción que introdujo Andrés Bello y que recogió el *Código Civil* –y con base en la cual es posible concebir todos los derechos como un *property right*- es una técnica conceptual que permite alcanzar esa conclusión que, como se ve, viene exigida por las condiciones de la economía moderna.

ii) ¿Existe, en el caso *sub lite*, algún derecho pleno, y no una simple expectativa, cubierto por la regla de la propiedad que se acaba de examinar?

En los *Informes* que he tenido a la vista<sup>10</sup> y en los escritos que se han puesto a mi disposición, se sugiere que en este caso Codelco poseería *meras expectativas* y no *derechos*. Si así fuera, la regla de propiedad no le brindaría protección alguna.

Cabe entonces preguntarse si en este caso hay, como se sostiene, meras expectativas a favor de Codelco o si, en cambio, Codelco cuenta con un derecho pleno cubierto y protegido por una regla de propiedad.

Para dilucidar ese punto puede resultar útil revisar los orígenes de la distinción –que esos informes citan- entre derechos y meras expectativas.

La distinción entre derechos y meras expectativas fue formulada en el derecho continental a propósito de la regla teodosiana<sup>11</sup> que se recoge en el artículo 2 del *Code* y en el artículo 9 del *Código Civil* chileno. No se trata de una distinción que tenga por objeto establecer la fisonomía de un derecho constitucional, sino de un distingo cuyo objeto es delimitar la vigencia temporal de la ley.

Lo que ocurre es que la regla teodosiana y las que le siguieron, impiden al legislador conferir a la ley efecto retroactivo. Pero entonces se planteó a los juristas el siguiente problema ¿la ley tiene efecto retroactivo cuando rige sobre actos acaecidos antes de su publicación o cuando afecta actos que acaecidos después de su publicación son resultado de contratos perfeccionados antes? En el primer caso, se habla de retroactividad propia (la ley afecta actos acaecidos antes de su publicación); en el segundo caso de retroactividad impropia (la ley afecta actos futuros que, sin embargo, son consecuencia de contratos pasados). Pues bien. La distinción entre derechos

<sup>10</sup> Así en el *Informe* firmado por H. Nogueira, 6.1; cfr. El *Informe* firmado por J. Colombo C, VI, b.

<sup>11</sup> *Leges et constitutionis futuris certum est dare formam negotiis, non et facta praeterita revocari; nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.* Código de Justiniano, I, 14, de Leg. 7

adquiridos y meras expectativas tiene por objeto resolver el problema de la retroactividad en sentido impropio ¿Existe algún criterio que permita saber qué actos de los acaecidos luego de la publicación de la norma no pueden ser afectados por esta?

Josserand<sup>12</sup>, explica la doctrina de la siguiente forma:

*Para resolver la dificultad, se ha propuesto establecer una distinción entre los derechos adquiridos y las simples expectativas: una ley obraría sobre el pasado si tocase a los intereses (actuales) que, para sus representantes, constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley precedente; pero podría, sin ser tachada de retroactividad, destruir simple esperanzas; tal sería la significación del artículo 2° (del Code) y así se resolvería el conflicto entre el interés social, que exige que la ley nueva, que se supone mejor que la antigua, se aplique lo más pronto posible, y los intereses particulares que defendía precisamente aquella ley antigua y a favor de los cuales debe establecerse una transición.*

*Pero las dificultades aparecen cuando se trata de precisar los términos de la distinción; son tan graves que han determinado a autores calificados a rechazar la distinción misma, como inaplicable y desprovista de significación práctica*

*Esta conclusión nos parece excesiva; es preciso renunciar, sin duda, a redactar una lista ne varietur de los derechos adquiridos y de las expectativas; pero esto no quiere decir que dicha lista sea puramente quimérica. En verdad, la distinción criticada es asunto de tacto, de sentimiento, de matices; da lugar a divergencias de opinión; pero por lo menos es posible concretar la realidad cada vez más escrutando: 1°, el alcance de la regla de no retroactividad; 2°, su razón de ser.*

Como advierte el propio Josserand, a la hora de decidir qué ha de entenderse precisamente por derecho adquirido, la situación se complica.

<sup>12</sup>Derecho Civil, tomo I, Bosch, 1950, párrafo 78.

Con todo, la fórmula generalmente admitida es la de Gabba. Es derecho adquirido

*todo aquel que entró a formar parte del patrimonio de alguno a consecuencia de un hecho idóneo y susceptible de producirlo en virtud de la ley entonces vigente*<sup>13</sup>

Como se ve, la función técnica del derecho adquirido es la de poner a salvo determinadas situaciones jurídicas de la ley posterior. Y el test —como indica Gabba— para saber qué es derecho adquirido y qué no, es su incorporación, o no, al patrimonio del titular.

Resolver entonces si el derecho *sub lite* constituye un derecho adquirido o una expectativa —que es el problema que insinúan, sin examinar del todo, los *Informes* que se citaron denantes— exige dilucidar si se incorporó o no al patrimonio del sujeto que lo esgrime ¿se incorporó al patrimonio de Codelco el derecho de opción o él constituye una simple esperanza? Bajo las reglas del derecho privado —al que pertenecen todas estas disquisiciones de qué es derecho adquirido y qué no lo es— el caso típico de mera expectativa se configura con el derecho sujeto a condición suspensiva. En este caso, la titularidad del derecho pende de un evento que no se sabe si va a ocurrir o no. Pero si el evento va inevitablemente a ocurrir, aunque haya incertidumbre acerca de las modalidades de su ocurrencia, el derecho es pleno. Así, por ejemplo, si un sujeto vende a otro una determinada cosa a un precio que fijará un tercero, no cabe duda que hay derecho pleno a favor del vendedor aunque el precio que recibirá no es del todo preciso. Lo mismo ocurre si se vende a peso, cuenta o medida (vid. Artículos 1809 y 1821 del *Código Civil*). En todos esos casos hay incertidumbre respecto de la *entidad de la prestación*; pero no respecto de la *titularidad del derecho*.

En el caso *sub lite* —según se sigue de los *Informes* que denantes se citaron— parece confundirse la titularidad del derecho de opción, con la entidad del objeto sobre que recae. Lo que en este caso se disputa es la entidad del objeto —a qué porción de las acciones equivale— y no el derecho de compra que es indudable.

No cabe duda que el derecho de opción —en cuya virtud una parte se obligó a celebrar un contrato y la otra adquirió la facultad de decidir celebrarlo o no

<sup>13</sup> *Teoria della retroattività delle legi*, I, Turin, 1891-1899, p.191.

dentro de un término<sup>14</sup>- es un derecho que se incorporó al patrimonio de Codelco. Lo prueba el hecho que puede transferirse, ser objeto de medidas conservativas, admite interrupciones a la prescripción, hay una obligación recíproca plena, etcétera. La titularidad de ese derecho de opción no es eventual en modo alguno y al caracterizarlo como una simple expectativa se comete un error técnico frecuente, pero igualmente obvio: se confunde la titularidad del derecho con la incertidumbre de la prestación que constituye su contenido. En sentido estrictamente técnico, la mera expectativa supone que es la titularidad la que pende (para su nacimiento o extinción) de un evento incierto y no la prestación sobre la que esa titularidad recae.

Ahora bien, en este caso la titularidad de la opción es indudable y su autonomía como derecho subjetivo también, como se muestra en los ejemplos análogos que siguen, en todos los cuales hay un derecho perfecto.

El caso más característico de un derecho de opción autónomo se presenta en el derecho sucesorio. Después de la apertura de la sucesión (que se verifica con la muerte del causante) los herederos no adquieren de manera inmediata los bienes hereditarios, sino el derecho de aceptar o repudiar la herencia (es decir, un derecho de opción). Este derecho de aceptar o repudiar la universalidad de la herencia, no es una mera expectativa o una simple esperanza, es un derecho perfecto y completo. Solo una vez que la herencia es aceptada (es decir, solo una vez que el derecho de opción se ejercita) el heredero sucede al causante en la titularidad de los derechos que él tenía en vida. Y si el heredero muere antes de declarar si acepta o repudia la herencia, transmite el derecho de opción a sus propios herederos quienes, cuando aceptan la herencia, adquieren el derecho de aceptar o repudiar que tenía su propio causante. Así lo establece el artículo 957 del *Código Civil*:

Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido.

No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite.

<sup>14</sup> De manera análoga, pero no exactamente igual, a los casos que se analizan en Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago, Nascimento, t. XII, 1211; Cfr. Alessandri, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, t. I, 625 y ss.

Otra situación habitual que muestra con toda claridad la autonomía del derecho de opción, ocurre en el proceso previo a la formación del contrato. Si el oferente muere antes de que la oferta sea aceptada, la oferta queda sin efecto; pero si quien muere es el sujeto a quien la oferta iba dirigida, sus herederos retienen el derecho a aceptarla o no hasta que se extinga el plazo señalado por el oferente<sup>15</sup>.

Todo lo anterior explica que en el derecho chileno se acepte la existencia de un "contrato de opción". Se trata de un contrato preparatorio de otro que consiste en la oferta unilateral que formula una de las partes de manera temporal, irrevocable y completa, a favor de otra que se reserva la facultad de aceptar<sup>16</sup>. Como consecuencia de ese contrato hay una parte que resulta obligada en tanto la otra adquiere simplemente el derecho a aceptar o no la oferta. De esta última se dice, entonces, que adquirió un derecho de opción. La inevitable incertidumbre que, como se verá de inmediato, todo derecho conlleva, no transforma a la opción, como erróneamente se insinúa, en una mera expectativa.

En suma, en el caso en análisis, existe un derecho pleno, con una fisonomía claramente reconocida en el derecho vigente.

iii) La protección de los derechos personales alcanza, sin embargo, a la titularidad del derecho y no a la prestación que él supone

Hasta aquí se ha mostrado: i) que el derecho vigente en Chile posee una regla constitucional de propiedad que cubre a los derechos nacidos de los contratos y ii) que el derecho de opción es uno de los derechos cubiertos por esa regla.

---

<sup>15</sup> El artículo 99 del Código de Comercio –que regula la formación del consentimiento en general– dispone que si el oferente ha dado plazo para la aceptación o se hubiere comprometido a esperar contestación, entonces no puede retractarse. En otras palabras, el oferente quedó obligado frente a la persona a quien hizo la declaración y esta última adquirió el derecho de aceptar o no. Como este derecho se incorporó a su patrimonio, sus herederos lo adquieren por el tiempo que resta. Así entonces el artículo 99, más las reglas generales conduce a esa conclusión.

Esta es la base del contrato de opción: en este contrato (a veces llamado de promesa unilateral) una parte se obliga a celebrar un contrato y la otra se reserva la opción de aceptarlo o no.

<sup>16</sup> Sobre el punto debe verse Fueyo, F. *Derecho Civil, Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones*, volumen II, Santiago: Universo, p. 19; Puelma, A. *Contratación comercial moderna*, Santiago: Jurídica, p. 31.

---

Lo que cabe preguntarse ahora es si acaso el derecho personal en cuestión – la opción en este caso- puede ser amparada mediante el recurso de protección.

Como es sabido, la acción de protección tiene por objeto amparar un derecho fundamental cuando se priva, perturba o amenaza al titular en su legítimo ejercicio. No cabe duda, por supuesto, que si esa privación, perturbación o amenaza proviene de actos u omisiones de la *autoridad*, el amparo constitucional procede. Así, por ejemplo, si un acto de autoridad desprovee a un sujeto de la calidad de acreedor, entonces no cabe duda que la acción de protección es perfectamente procedente. Sobre este punto no parece haber dos opiniones en la literatura. Esta solución es perfectamente consistente además con el hecho que los derechos fundamentales tienen, como una de sus principales funciones, inmunizar al particular frente a actos del estado.

El problema se plantea, en cambio, cuando, como ocurre en el caso *sub lite*, el deudor de un derecho personal (Anglo American, en este caso) ejecuta actos que lesionan o desmedran el derecho *prima facie* del acreedor (Codelco en este caso) ¿Procede en una situación semejante la acción de protección?

La situación recién planteada se discute ampliamente en el derecho comparado. Una respuesta afirmativa a esa pregunta indicaría que los derechos fundamentales regulan la relación de los particulares entre sí y no sólo la relación entre los particulares y el estado. La situación ha sido discutida en la literatura comparada<sup>17</sup> y posee soluciones que hoy día son más o menos aceptadas.

Una revisión somera del estado del problema ayudará a dirimir, luego, el asunto en Chile.

En el caso de los Estados Unidos el problema no se plantea del todo. La doctrina de la “acción estatal” indica que las provisiones de derechos individuales de la constitución obligan a los estados y no directamente a los individuos. En principio, entonces, un individuo no podría –sin que mediara alguna acción estatal- esgrimir un derecho individual de base federal en contra de otro. Si un sujeto incumple o desconoce, incluso de

---

<sup>17</sup> Una revisión acuciosa del estado de la cuestión en Gardbaum, S. The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights, *Michigan Law Review*, vol. 102, número 3 (Dic. 2003), pp. 387-459.

---

manera flagrante, un contrato, el titular del derecho defraudado no puede plantear una cuestión constitucional.

La situación es distinta, sin embargo, en los países que admiten la vigencia horizontal de los derechos fundamentales. Allí, en términos generales, se entiende que los derechos fundamentales inspiran e informan las relaciones entre los particulares y guían la solución de esos casos. Es lo que ocurre en Sudáfrica, Canadá, Irlanda, Alemania<sup>18</sup>.

¿En qué situación se encuentra el derecho vigente en Chile en medio de ese panorama? ¿Se admite en él una vigencia irrestricta de los derechos fundamentales entre los particulares de manera que el desconocimiento de un contrato prima facie válido, podría dar lugar a la protección en sede constitucional?

La regla del artículo 20 de la Constitución Política parece admitir esa posibilidad en la medida que concede amparo contra cualquier privación, perturbación o amenaza, sea que proceda de actos de autoridad o de particulares.

Sin embargo, una revisión cuidadosa de esa regla muestra que ella debe ser restringida en sus alcances. En efecto, si se admitiera que *cualquier* privación del derecho personal es susceptible de protección, entonces, como a veces se pretendió, debería haber amparo frente al deudor que incumple. Igualmente, debería concederse amparo constitucional cuando el deudor desconoce la obligación: ¿acaso el acreedor no podría alegar que se le está entonces privando del derecho sobre el que tiene propiedad? Como es obvio, estas consecuencias son dogmáticamente inadmisibles y muestran que una interpretación amplia de la regla contenida en el artículo 20 de la Constitución, conduce a resultados absurdos que acabarían derogando el derecho común. En efecto, si se concediera amparo frente al mero incumplimiento contractual, se estaría erigiendo un derecho fundamental, amparado por el estado, a que los contratos se cumplan. Una conclusión como esa no es admisible a la luz de siglos de la dogmática privada que enseña que el acreedor tiene un derecho general sobre los bienes del deudor presentes y futuros a la fecha de la obligación.

---

<sup>18</sup> En cada uno de esos casos, por supuesto, con variaciones. La regla general es el efecto indirecto, por excepción se admite el llamado efecto directo. Se trata de la conocida doctrina de la *Drittwirkung*.

---

Así las cosas, lo que cabe preguntarse es qué sentido razonable puede darse a esa regla constitucional cuando se trata del amparo de derechos nacidos de contratos entre particulares.

Una manera de resolver el precedente problema, consiste en revisar la *estructura* de los derechos personales o créditos<sup>19</sup>.

Los derechos personales –ius ad rem– son facultades que se reconocen a una persona, el acreedor o titular, para que otra persona, el deudor u obligado, ejecute una determinada acción o se abstenga de ejecutarla. Así, un contrato de compraventa perfecto, concede al vendedor la facultad de exigir que el comprador ejecute la acción de pagar el precio. El derecho civil distingue, por eso, entre la *obligación o el derecho correlativo*, por una parte, y la *prestación que es su contenido*, por la otra. En otras palabras, desde el punto de vista técnico una cosa es el *título* de acreedor o el derecho de que se dispone y otra, distinta, como explica un clásico texto de Paulo, la *conducta* de dar, hacer o no hacer que debe ejecutar el deudor<sup>20</sup>.

Por supuesto, cuando el artículo 19, número 24 del *Código Civil* establece que la propiedad alcanza a los derechos personales, está cubriendo *ambas dimensiones*: el derecho de propiedad alcanza tanto a la *titularidad (property right)* como a la *prestación* (es decir, la ventaja económico patrimonial que el derecho concede). De ahí que el precepto establezca que nadie puede ser privado de la propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos inherentes al derecho de dominio (artículo 19, número 24 de la Constitución).

Del hecho, sin embargo, que la regla de propiedad cubra ambas dimensiones, no se sigue que el amparo o protección constitucional las pueda cubrir a ambas también.

Desde luego, si se concediera amparo a la *prestación*, de suerte que cada vez que el deudor no cumpliera o se mostrara renuente a cumplir, el acreedor pudiera solicitar un remedio constitucional, todo el derecho de obligaciones caería por los suelos y perdería sentido técnico. Desde el

---

<sup>19</sup> Para lo que sigue, vid. Grosso, G. *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación* (Traducción de Hineirosa), Colombia, 1981.

<sup>20</sup> D. 44, 7,3 pr (L 2 Inst) La sustancia de las obligaciones no consiste en hacer nuestra una cosa o una servidumbre, sino en que alguien está constreñido a darnos, hacernos o garantizarnos una cosa (Obligationem substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum).

punto de vista del derecho civil el acreedor cuenta, como garantía del cumplimiento, con el derecho de prenda general del deudor (artículo 2465 del *Código Civil*), es decir, con todos sus bienes presentes o futuros adscritos al cumplimiento de esa obligación, los que, para el caso que el deudor no cumpla, podrían ser coactivamente ejecutados. Y si esos bienes no alcanzaran, entonces el coste lo debe asumir el acreedor quien habrá contabilizado el riesgo de que ello ocurriera a la hora de contraer la obligación. Pero, como es fácil comprender, si se concediera amparo para el caso de incumplimiento, se estaría garantizando, por parte de la Constitución, la ejecución de la prestación por parte del deudor. Algo así se desconoce del todo en el derecho vigente en Chile y en el derecho comparado.

Ahora bien, en el caso que aquí se analiza Codelco no está, en rigor, reclamando el cumplimiento de la *prestación* de parte de Anglo American (lo que ocurriría si se solicitara a Anglo American, por la vía constitucional, la venta y posterior tradición a Codelco de las acciones sobre las que, prima facie, existe la opción).

Lo que Codelco —a la luz de los antecedentes que he tenido a la vista— sostiene es que la conducta de Anglo American afecta la titularidad de un derecho, el derecho de opción, que en sus relaciones mutuas se ha tenido siempre por indubitado. El caso es así análogo a disputas de límites entre propietarios en que uno de ellos reconoce la titularidad del otro; pero la afecta por la vía de trazar de manera unilateral las demarcaciones<sup>21</sup>, o a los

---

<sup>21</sup> Así se ha fallado: SEPTIMO: Que en cuanto al fondo del asunto, los recurridos han reconocido que, recién adquirido el inmueble vecino con los reclamantes, efectuaron en el **límite** "un limpiado o despeje en su propiedad y colocación de postes del cierre perimental", estableciéndose que en el mismo lugar existían claros vestigios de "cierre perimental que había guarnecido dichas propiedades desde tiempos inmemoriales", al no existir un acuerdo con el propietario vecino, ni autorización al efecto ni resolución jurisdiccional que lo autorice dicha acción, naturalmente, constituye a lo menos, una perturbación al derecho de propiedad del recurrente, en su calidad de propietario del inmueble vecino que se afectará con el nuevo deslinde impuesto por la parte recurrida, quien lo efectuó según su manera de entender su ubicación dentro de los **límites** de ambas propiedades, declaración unilateral de voluntad sobre demarcación que no resguarda ni considera derechos del o los poseedores colindantes y que pueden, en estas condiciones, resultar perjudicados en la superficie de su predio y en desmedro de ellos. OCTAVO: Que, de esta manera, se ha producido de parte de la recurrida una actuación de facto que ha alterado la situación de hecho que se mantenía entre ambos predios, comprometiendo de alguna manera el derecho de propiedad de los recurrentes sobre parte de su predio denominado "sección Sur Oeste de la Higuera de los Hornos o Lote Segundo de Santa Julia". NOVENO: Que siendo el recurso de protección una acción destinada a otorgar una necesaria y adecuada protección jurisdiccional de los derechos y garantías individuales sujetas a tutela y estimándose en el caso en estudio afectado o

---

casos en que las modificaciones unilaterales de contratos exceden lo razonable<sup>22</sup>.

Ese tipo de conductas son indudablemente objeto de amparo constitucional por parte de la justicia.

iv) Las amenazas o afectaciones a la titularidad de un derecho protegidas por la regla constitucional, deben, en principio, provenir de la autoridad; pero no de particulares salvo que estos hayan reconocido el derecho del caso.

Una vez que se concluye que la prestación queda fuera de la protección constitucional prevista en el artículo 20 ¿habrá que concluir entonces que el amparo debe concederse cuando lo que se desmedra es la titularidad del derecho personal?

Sin duda esa es la única conclusión posible; aunque ello también debe sostenerse con algunas restricciones.

La principal de todas es que la regla constitucional protege a la titularidad del derecho contra actos u omisiones *de la autoridad estatal*; pero esa protección no alcanza, sin más, a actos u omisiones de los *particulares*.

La razón es bastante obvia.

La estructura del derecho de obligaciones indica que “corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta” (artículo 1698 del *Código Civil*). Como es fácil comprender, si un particular esgrime una titularidad que otro particular *niega*, es la regla del onus probandi que se acaba de transcribir la que debe dirimir la disputa; pero no puede admitirse que esgrimir una titularidad que otro niega conceda, por ese sólo hecho, el amparo constitucional. De ahí que la jurisprudencia, con razón, ha sostenido que no procede conceder protección si el derecho que se esgrime por un particular en contra de otro no es, al menos *prima facie*, indubitado.

---

perturbado el derecho de propiedad de los recurrentes en parte de su predio, procede dar lugar a esta reclamación. Corte de Apelaciones de San Miguel, 20/10/2010, Cruz Ovalle, Isabel y otros contra Huerta Reyes, Rol 213/2010, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/8568/2010

<sup>22</sup> Corte Suprema, 24/02/2011, Amalia Zanolli Radical, Rol: 9044-2010, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/1598/2011.

---

La situación cambia si la titularidad del derecho ha sido reconocida por la parte que ejecuta las acciones u omisiones por las que se solicita el amparo.

Si el derecho es indubitado, entonces la situación es distinta: si un particular reconoce el derecho de otro y hay indicios plausibles que así lo demuestran, entonces es la propia regla del onus probandi la que indica que el acreedor de ese derecho tiene una situación privilegiada que el deudor no puede, por sí y ante sí, alterar, menos si esa alteración produce consecuencias jurídicas que podrían consolidarse de manera definitiva.

En ese caso entonces procede el amparo.

La literatura que ha examinado con cierto pormenor la práctica del recurso de protección es, en general consistente con esas conclusiones<sup>23</sup>.

v) El amparo debe concederse si es el caso que, existiendo un derecho personal prima facie válido, no hay otra forma urgente de evitar efectos que se harían irremediables o severamente injustos.

Un examen de la práctica del recurso de protección muestra, en consonancia con las precedentes conclusiones, que suele concederse amparo constitucional a particulares por derechos nacidos de contratos enfrente de otros particulares. Lo que muestra la práctica jurisprudencial – que ha sido analizada en periodos variables por la literatura<sup>24</sup> – es que la protección, dadas ciertas circunstancias, se concede en casos de contratos. Los casos más frecuentes que en la jurisprudencia es posible advertir, son los de contratos de salud<sup>25</sup>. En estos casos suele concederse el amparo cuando el prestador modifica unilateralmente el contenido del contrato alegando que cuenta con facultades contractuales para ello. Lo interesante de estos casos es que en ellos se trata de disputas contractuales –disputas

---

<sup>23</sup> Cfr. Barros, E. El recurso de protección como medio de amparo de los contratos, en *VVAA Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Santiago, Ediar, 1996.

<sup>24</sup> Vid. Gómez Bernal, G. *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, Santiago, Ediciones UDP, 2005; Olave, C. *Recurso de Protección*, Santiago, Ediar, 1996

<sup>25</sup> Una revisión de ellos hasta el año 2005 en Gómez, cit. pp 421 y ss. La situación jurisprudencial no ha variado con posterioridad a ese año. Así, por ejemplo, en Corte Suprema, Amalia Zanolli Radical, 24/02/2011, Rol: 9044-2010, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/1598/2011; Corte de Apelaciones de Santiago, Bahamonde Chacón, Raúl Alejandro contra Isapre Colmena Golden Cross S.A. 29/10/2010, Rol: 363-2010, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/9099/2010.

---

interpretativas entre particulares a propósito del contenido de contratos dirigidos- que se resuelven, sin embargo, en sede de protección.

¿Cuál es el fundamento que, desde el punto de vista dogmático, puede atribuirse a esas decisiones de los tribunales que, mediante la acción de protección, amparan los derechos nacidos de los contratos? Si, como se acaba de mostrar, la regla constitucional no ampara la *prestación* que es el contenido de los derechos personales ¿qué justifica entonces la práctica jurisprudencial en materia de contratos donde se concede amparo con base en el artículo 20?

Encontrar una respuesta a ese problema –una respuesta que sea consistente con las consideraciones dogmáticas anteriores- permite resolver el asunto que motiva este informe ¿es posible, con base en el derecho vigente, sostener que la acción del artículo 20 de la CPE no protege la prestación o el contenido de los derechos contractuales, y, así y todo, sostener que hay casos en los que debe concederse amparo constitucional a los derechos nacidos de un contrato como, según lo muestra la literatura, ocurre en la práctica jurisprudencial en Chile?

La respuesta a esa pregunta es indudablemente sí. Para comprenderlo es imprescindible revisar viejos antecedentes en la literatura legal.

En la literatura legal el amparo a los derechos en casos excepcionales –e incluso a situaciones que no son, técnicamente hablando, derechos- se plantea muy tempranamente con la institución de los interdictos a que tiene derecho el poseedor. Para la cultura jurídica la posesión fue siempre un asunto, hasta cierto punto, exótico. Frente a ella los juristas se encontraban en una situación conceptualmente incómoda. Si la posesión no era un derecho, entonces ¿por qué se la protegía incluso mediante mecanismos rápidos y urgentes que excepcionaban el procedimiento ordinario?

En el *Tratado de la Posesión* –probablemente uno de los textos más influyentes del derecho civil- Savigny explica que la principal particularidad de la posesión es que se trata de un estado de hecho (ius possidendi) del que no sabemos mediante la simple observación fáctica si se corresponde además con un estado de derecho (ius possessionis). En suma, explica, la peculiaridad de la posesión es que hay poseedores que no son dueños y dueños que son poseedores. El hecho es, sin embargo, que hay medios que se conceden para proteger a la posesión (ius possessionis) con *prescindencia* de si se tiene o no derecho a ella (es decir, prescindiendo del hecho que el ius possessionis vaya o no acompañado del ius possidendi) ¿Por qué entonces, se pregunta Savigny, si la posesión no es un derecho se

---

le concede el amparo mediante interdictos, es decir, mediante órdenes del pretor que se formulan sin jurado? ¿qué explica –y este es uno de los problemas de que se ocupa Savigny- que se proteja a la posesión mediante los interdictos sin detenerse a averiguar si quien posee tiene derecho a poseer? La explicación la formula Savigny ya en las primeras páginas del *Tratado*. Lo que ocurre, explica, es que los interdictos tienen por objeto o evitar que cada uno resuelva los asuntos que le aquejan por mano propia o impedir que se consumen situaciones que, atendidos los antecedentes, podrían ser gravemente injustas. Savigny lo explica de la siguiente forma:

Todos los interdictos posesorios tienen una forma en común, presuponen un acto que en su forma es ilegal. En cuanto a los actos cometidos con violencia (...) no puede ocurrir ninguna duda; pero el derecho considera también bajo el mismo punto de vista los demás casos en los cuales puede invocarse el derecho a los interdictos posesorios. Así por ejemplo el interdicto de precario no está fundado ni en un convenio, ni en la circunstancia que el demandante tenga más derecho que el demandado, sino que se funda únicamente en que es injusto en sí abusar de la buena voluntad de otro (...)<sup>26</sup>

Lo que pone de manifiesto el texto de Savigny es que en el derecho –según una muy vieja tradición- no sólo se protege a quien prueba o acredita un derecho sustantivo, sino también al que esgrime un derecho plausible del que es titular (como el *ius possessionis* al que se adscribe presuntivamente el *ius possidendi*). En esos casos, explica Savigny, no es el derecho al que se protege sino al conjunto del ordenamiento jurídico tanto de las vías de hecho como de las situaciones notoriamente injustas.

Ahora bien, como lo advierte parte importante de la literatura, los casos de protección relativa a contratos que los tribunales en Chile suelen acoger, se adecuan a esas dos situaciones que, a propósito de los interdictos, distingue Savigny: se trata de casos en que uno de los contratantes recurrió a vías de hecho (impidió el acceso del arrendatario a la cosa arrendada, por ejemplo) o de casos en los que de no mediar una orden sumaria se consumirían severas injusticias, situaciones que aunque luego se les juzgara con más

---

<sup>26</sup> Savigny, *Tratado de la Posesión según los principios del derecho romano*, Madrid, 1845, pp. 8 y 9.

---

calma acabarían siendo irreversibles (como ocurre, paradigmáticamente, con los casos relativos a contratos de salud).

En otras palabras, el recurso de protección actuaría de una forma similar a la *injunction* del derecho inglés o a los viejos interdictos: en amparo del statu quo cuando de consentir su alteración sin más se producirían resultados irreparables o injustos.

La precedente conclusión se ha sostenido por la literatura nacional.

En efecto, con diversas variaciones conceptuales –que desde el punto de vista práctico son desdeñables- los autores convienen que el recurso de protección que se introdujo de manera definitiva por el artículo 20 de la Constitución Política, tiene el carácter de acción de urgencia, propósitos cautelares o tareas de amparo. Todo esto, por supuesto, quiere decir que conceder o no un recurso de protección depende, en buena medida, de la situación que se plantee más que del derecho sustantivo que se logre acreditar.

Así por ejemplo, entre los primeros, Soto Kloss sostiene que la protección es un mecanismo de ampliación del amparo<sup>27</sup>. Marín<sup>28</sup> que la acción de protección es un procedimiento de urgencia similar a las *injunctions* del derecho inglés. Después de examinar una amplia gama de jurisprudencia y de reconstruirla racionalmente en busca de las justificaciones subyacentes, arriba a la conclusión que la acción del artículo 20 es un remedio para atajar la violencia o las vías de hecho en las relaciones contractuales o impedir se consumen situaciones que, de no detenerse (*periculum in mora*) podrían ser notoriamente injustas. Una posición similar es la de Andrés Bordalí<sup>29</sup> y en los casos en que se resuelven disputas entre privados, Aldunate<sup>30</sup>, aunque con algunas críticas de lege ferenda. Por su parte, Enrique Paillas<sup>31</sup> sostiene, al igual que el anterior, que la protección es un procedimiento de urgencia similar al *référé* europeo y al amparo latinoamericano. De todos los requisitos que deben concurrir para que la

---

<sup>27</sup> El recurso de protección: aspectos fundamentales, *Revista Chilena de Derecho*, 11.

<sup>28</sup> Cfr. Notas sobre la tutela provisional en el derecho inglés: especial referencia a la Freezing o Mareva Injunction, en *Revista de Derecho*, Valdivia, 2002, vol. XIII.

<sup>29</sup> El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica, en *Revista de derecho* (Valdivia), 19, n 2.

<sup>30</sup> Aldunate, E. La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del Recurso de Protección, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XX-1999, pp. 239 y ss.

<sup>31</sup> *El recurso de protección ante el derecho comparado. Una acción en busca de una justicia rápida y eficaz*, Santiago, Jurídica, 2002.

protección se conceda, explica Paillas, el más relevante de todos, e inevitablemente el más vago, es la urgencia. El juzgador, enseña Paillas, deberá inevitablemente ponderar –sobre la base de un derecho plausible- si es mayor el perjuicio del demandante si la acción se rechaza o del demandado si se da lugar a ella. Gastón Gómez<sup>32</sup>, a su turno, si bien ha criticado el diseño institucional subyacente al recurso de protección, reconoce, en el amplio registro que ha formulado de la jurisprudencia, que él cumple funciones propias de una injunción o de un procedimiento de urgencia. En fin, hay quienes, como Errázuriz y Otero, arguyen que la acción de protección es una acción cautelar cuyo objeto es amparar el legítimo ejercicio de un derecho<sup>33</sup>.

Las tesis que ven en la acción de protección un procedimiento constitucional de urgencia –la mayoría, si se revisa la literatura- enseñan, como la propia jurisprudencia lo subraya, que para precisar si un caso es o no merecedor de protección resulta imprescindible atender a lo que pudiéramos llamar las hipótesis de Savigny. Para este autor, como se acaba de ver, el interdicto se fundaba en a) la existencia de un derecho plausible –prima facie indubitado-<sup>34</sup> y ; b) la constatación de vías de hecho o violentas<sup>35</sup> o; c) la probable consumación de consecuencias injustas que pueden evitarse sin grave perjuicio para el demandado<sup>36</sup>.

Esas tres circunstancias suelen ser señaladas por la jurisprudencia, lo que prueba que, en la práctica, ella entiende el instituto de la protección como un procedimiento de urgencia, un sucedáneo de la injunción.

Ninguno de esos requisitos que subyacen a la jurisprudencia chilena son extraños o exóticos a la tradición legal, de manera que cuando los tribunales los tienen en consideración no están actuando fuera del derecho vigente, sino que, con plenitud de sentido, dentro de él.

<sup>32</sup> *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones UDP, 561 y ss.

<sup>33</sup> *Aspectos procesales del recurso de protección*, Santiago, Jurídica, 1989, 37.

<sup>34</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, Sociedad Comercial O'Carrol Ltda. c. Directora Regional del Servicio de Impuestos Internos Dirección Regional Rancagua, 08/04/2011, Rol: 153-2011, Cita Westlaw Chile CL/JUR/3078/2011; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Congregación de Religiosas del Sagrado Corazón c. Héctor Zúñiga Salinas, 25/02/2011, Rol: 12-2011, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/1619/2011

<sup>35</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Camilo Curipán Marillanca c. María Cristina Rodríguez Allende y Andrés Fresno Bianchi, 08/04/2011, Rol: 102-2011, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/3073/2011

<sup>36</sup> Corte Suprema Sala de verano, Alvaro Andrés Mecklenburg Riquelme c. Institución de Salud Previsional Cruz Blanca S.A., 16/02/2011, Rol: 909-2011, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/1474/2011; Corte Suprema Sala de verano, Amalia Zanolli Radical, 24/02/2011, Rol: 9044-2011, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/1598/2011

En efecto, la necesidad de evitar consecuencias injustas o inconvenientes – esto es, la tercera de las circunstancias que se mencionaron y que también subraya Savigny- es de las más antiguas del derecho, como lo prueba la circunstancia que ya aparece en la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles y de ahí en adelante constituye uno de los aspectos más examinados por la literatura legal. En la *Ética* Aristóteles (1137b 1138<sup>a</sup>) llama la atención acerca del hecho que lo justo legal suele ser demasiado general, motivo por el cual hay circunstancias que se le escapan o resultados inconvenientes que es necesario corregir. Esa corrección se efectúa, arguye, mediante la equidad. La equidad, sin embargo, no es la entrada del personal sentido de justicia del juzgador en la resolución del caso (lo que los medievales llamaban *equidad ruda*) sino una aplicación técnica de los principios subyacentes al sistema legal<sup>37</sup>. De ahí que, como es suficientemente sabido, la literatura sobre principios y normas en el derecho civil y constitucional constituye, desde la segunda mitad del siglo XX, uno de los desarrollos más notorios del derecho. Así lo prueba la monografía de Esser en el ámbito del derecho privado<sup>38</sup> y la de Alexy en el ámbito del derecho constitucional<sup>39</sup>. Lo mismo ocurre con la disputa entre Hart<sup>40</sup> y Dworkin<sup>41</sup> en la teoría legal anglosajona: toda ella gira en derredor de los estándares o criterios que debe aplicar el juez cuando debe echar mano a la discreción y alcanzar una solución en equidad. Es decir, lo que muestra esa literatura es que evitar o prever consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes, moderando el derecho meramente legal o dejando su debate para un procedimiento lato, forma parte de las funciones más propias de un sistema legal.

De manera que la existencia de una acción de urgencia a nivel constitucional, cuyo objeto es amparar derechos constitucionales plausibles cuando ellos se ven expuestos, por una decisión de un particular o la autoridad, a daños irreparables o injustos, no es algo exótico o que deba llamar la atención al juzgador o al jurista.

---

<sup>37</sup> Guzmán Brito, A. El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el derecho chileno, en *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005.

<sup>38</sup> *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Boch, 1961.

<sup>39</sup> *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>40</sup> *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

<sup>41</sup> *Los Derechos en Serio*, Ariel, 1993.

vi) ¿Se encuentra –a la luz de lo expuesto precedentemente– la disputa contractual entre Codelco y Anglo America entre aquellas que pueden ser conocidas o resueltas provisoriamente mediante la acción de protección?

En este caso, como es sabido, existe una discrepancia acerca del objeto sobre que recae un derecho de opción del que es titular indubitado Codelco. Las partes no discrepan –a la luz de los antecedentes que he tenido a la vista– acerca de la titularidad del derecho de Codelco, sino acerca del número de acciones sobre que ese derecho puede ejercerse. La disputa se plantea porque una de las partes –Anglo American– actuó unilateralmente sobre la base de su interpretación del título contractual, enajenando parte de sus acciones a un tercero.

En consecuencia, las partes están de acuerdo en las circunstancias siguientes: a) que entre ellas media un contrato; b) que ese contrato instituye como titular de un derecho de opción a Codelco; c) que hay un término en el que ese derecho de opción debe ejercitarse.

Las partes discrepan respecto de cuál sea el objeto de esa opción y una de ellas, sin que mediara el consentimiento o acuerdo de la otra, procedió a enajenar parte de ese objeto a un tercero zanjando, o pretendiendo zanjar, de esa forma, la disputa.

¿Procede una acción de protección de acuerdo a lo que se ha expuesto en las páginas que anteceden?

Como se expuso más arriba –a propósito de lo que se llamó las hipótesis de Savigny– la acción requiere un derecho indubitado, por una parte, y que además existan situaciones inconvenientes o injustas que sea posible, sin grave daño para el demandante, evitar.

La primera de esas condiciones se cumple indudablemente. Hay en el caso *sub lite* un derecho indubitado, sin que exista disputa acerca del titular del mismo. Lo que hay, en cambio, es un debate acerca de la entidad del objeto, es decir, el número o porción de acciones sobre que ese derecho recae ¿Se cumple, junto con ello, la otra circunstancia, a saber, que la acción tenga por objeto evitar a bajo coste circunstancias inconvenientes o injustas? La opinión de este informante es que sí, que esa circunstancia se cumple: de no mediar protección en tanto el asunto de fondo no se resuelva, habría consecuencias notoriamente injustas e inconvenientes.

En efecto, desde el punto de vista del derecho vigente en Chile, el incumplimiento de una obligación genera consecuencias estrictamente

personales<sup>42</sup>. Por lo mismo, las enajenaciones que Anglo American efectúa de sus acciones a terceros –en probable incumplimiento del contrato- serían de muy compleja solución material y procesal atendido el hecho que el tercero, como lo muestra la literatura, podría además ser cómplice en el rompimiento del contrato<sup>43</sup>. Codelco, no hay duda, podría demandar reparaciones de variada índole; pero si se tolerara la actuación unilateral de Anglo, se le estaría confiriendo una ventaja estratégica en contra de un derecho indubitado y se impondría, en cambio, a Codelco la carga de accionar contra terceros.

En otras palabras, tolerar que una parte (en este caso Anglo) sobre la base de una interpretación no compartida, desconozca un derecho hasta ese momento indubitado (del que sería titular Codelco) y sobre esa base enajene a terceros el objeto sobre que recae, importaría lesionar básicos principios del derecho privado. En efecto, los principios del derecho privado autorizan el comportamiento estratégico a la hora de decidir si se celebra o no un contrato, pero lo rechazan a la hora del cumplimiento. En la literatura se entiende por “comportamiento estratégico” la conducta de quien obra con el exclusivo propósito de obtener su mayor interés. Ese tipo de conducta es tolerable para el derecho cuando se trata de negociar un contrato, no cuando ya se lo ha celebrado. Cuando se lo ha celebrado –es el caso de Anglo frente a Codelco- sólo cabe cumplirlo de buena fe y atender a las expectativas de la otra parte, más si ellas habían sido formalmente comunicadas. En el derecho vigente en Chile no se admite el llamado incumplimiento eficiente de un contrato algo que, sin embargo se permitiría, si se consiente que un contratante sobre la base de interpretaciones unilaterales que maximizan su interés, y a sabiendas de las expectativas del otro, lo rompa<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Así lo muestra la amplia literatura existente sobre el incumplimiento de cláusulas de no enajenar las que, al producir efectos estrictamente personales, no acarrear, según conviene la doctrina y la jurisprudencia, la nulidad de los títulos posteriores.

<sup>43</sup> En el derecho privado, los terceros están obligados a aceptar la existencia del contrato. De ahí se sigue -como lo muestra la literatura- que si el tercero actúa como si el contrato no existiera, la parte a quien se incumple puede demandar reparación.

<sup>44</sup> Se denomina “incumplimiento eficiente” a la situación en la que a un contratante le resulta rentable incumplir un contrato aunque luego deba indemnizar al acreedor defraudado. Una situación como esa –en la que se permite que el deudor “calcule” si debe o no cumplir un contrato- es inaceptable en el derecho y se lo admite con puros fines expositivos o pedagógicos en la literatura del law and economics. Sobre el punto puede consultarse Bullard, A. ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente, en *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima Palestra, 2003.

---

Durante la fase de negociaciones las futuras partes del contrato pueden comportarse buscando cada una sus mayores ventajas; pero una vez celebrado el contrato (en este caso el contrato del que deriva la indudable opción) las partes deben respetarlo como si se tratara de la ley.

Hay pues en la especie una situación que, de no detenerse, provocaría consecuencias notoriamente injustas e inconvenientes que podrían evitarse, sin grave daño para la demandada, por la vía de evitar provisoriamente -y en tanto no se resuelve el fondo del asunto disputado-- su actuación unilateral. Esto es, por lo demás, lo que en casos análogos, ha resuelto la Corte Suprema conociendo de acciones de protección<sup>45</sup>.

Por supuesto, sobra decirlo, la sentencia que dispone el amparo produce cosa juzgada meramente formal, de suerte que deja a salvo el derecho de las partes a discutir el problema en un juicio de lato conocimiento.

vi) A la luz de lo expuesto, la jurisprudencia y la literatura citadas, es posible concluir que:

En el derecho vigente en Chile debe concederse amparo constitucional a los derechos nacidos de un contrato cuando: a) siendo indubitado el derecho del caso, b) se evitan de esa manera consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes. Este criterio es propio de todas las acciones de urgencia y

---

<sup>45</sup> El caso más obvio se plantea cuando un sujeto pretende delimitar unilateralmente un bien que está en disputa. En ese caso, la Corte ha acogido la protección. Mutatis mutandis -cambiando lo que hay que cambiar- la situación es la misma que el asunto que aquí se examina. Vid. Corte de Apelaciones de San Miguel, Cruz Ovalle, Isabel De Las Mercedes y otros contra Huerta Reyes, Solange y otro, 20/10/2010, Rol: 213-2010 Cita Westlaw Chile: CL/JUR/8568/2010. Así, expresa la Corte: los recurridos han reconocido que, recién adquirido el inmueble vecino con los reclamantes, efectuaron en el límite "un limpiado o despeje en su propiedad y colocación de postes del cierre perimental", estableciéndose que en el mismo lugar existían claros vestigios de "cierre perimental que había guarnecido dichas propiedades desde tiempos inmemoriales", al no existir un acuerdo con el propietario vecino, ni autorización al efecto ni resolución jurisdiccional que lo autorice dicha acción, naturalmente, constituye a lo menos, una perturbación al derecho de propiedad del recurrente, en su calidad de propietario del inmueble vecino que se afectará con el nuevo deslinde impuesto por la parte recurrida, quien lo efectuó según su manera de entender su ubicación dentro de los límites de ambas propiedades, declaración unilateral de voluntad sobre demarcación que no resguarda ni considera derechos del o los poseedores colindantes y que pueden, en estas condiciones, resultar perjudicados en la superficie de su predio y en desmedro de ellos (...) Que siendo el recurso de protección una acción destinada a otorgar una necesaria y adecuada protección jurisdiccional de los derechos y garantías individuales sujetas a tutela y estimándose en el caso en estudio afectado o perturbado el derecho de propiedad de los recurrentes en parte de su predio, procede dar lugar a esta reclamación.

ya fue formulado por Savigny, según se explicó, a propósito de los interdictos. En esa caracterización conviene, además, la casi totalidad de la doctrina nacional.

En el caso en análisis, y a juicio de este informante, esas condiciones se verifican perfectamente. Hay, en efecto, a) un derecho pleno e indubitado: el derecho de opción. Si bien las partes disputan acerca del objeto sobre que la opción debe ejercerse, no discrepan acerca de su titularidad, y b) el amparo tiende a evitar que el objeto sobre que la opción recae —las acciones— se enajenen a un tercero, afectando, de esta manera, el derecho de la acreedora de exigir y obtener la ejecución forzada de la obligación en la forma originalmente pactada.

Es todo cuanto puedo informar,

A handwritten signature in black ink, consisting of several large, overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Carlos Peña  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Chile  
Universidad Diego Portales