

CORTE DE APELACIONES DE TALCA, 25 DE JULIO DE 2002

"Nemesio González Norambuena con Fisco de Chile".

MATERIA: Naturaleza jurídica de los caminos resultantes de subdivisiones de predios afectos a la Reforma Agraria (CORA).

Talca, veinticinco de julio de dos mil dos

VISTOS:

DISPOSICIONES APLICABLES: Artículos 19 N° 24 y 20 de la CPE.; 26 del DFL 850 (Ley de caminos).

Se ha presentado a fs. 13 don Nemesio González Norambuena, transportista, domiciliado en sector Bobadilla, Panamericana Sur Km. 269 San Javier, y deduce acción de protección en contra de Director Nacional de Vialidad, don Nelson Belmar Lobos, ingeniero civil, domiciliado en calle Morandé N° 59 Santiago, o contra quien actualmente haga sus veces, y en contra del Director Regional de Vialidad (S) don Rodolfo Retamal Casanova, ingeniero civil, domiciliado en calle 1 Oriente N° 1253 de Talca, fundándose en que es dueño del predio ubicado al oriente de la carretera Panamericana, a

DOCTRINA: No comete acto arbitrario ni ilegal el Director de Vialidad que ordena la apertura de un camino resultante de una subdivisión de un predio Cora, dado que actúa dentro de la esfera de sus atribuciones, lo que no excluye el derecho del recurrente para reclamar judicialmente el dominio del terreno conforme al artículo 26, inciso primero, segunda parte, del DFL 850.

Comentario:

LA POTESTAD DEL ESTADO RESPECTO A LOS CAMINOS RESULTANTES DE SUBDIVISIONES DE PREDIOS CORA: COMENTARIO A UN CASO REAL

MAURICIO LOZANO DONAIRE*

RESUMEN: La naturaleza jurídica de los caminos resultantes de subdivisiones de predios CORA es de carácter especial y es distinta a la de un camino público. Es por ello que respecto de estos caminos la autoridad no puede ejercer los mismos derechos que ejerce respecto de los caminos públicos, en especial en lo que respecta a ordenar su reapertura en caso de cierre. Aquí, la autoridad no está facultada para proceder de oficio, como se hizo en el caso que nos ocupa.

En la especie, un particular accionó por la vía del recurso de protección en contra de un orden de la autoridad, por la cual esta ordenó la reapertura de un camino que pasaba dentro de su predio y que era el resultado de la subdivisión de un predio CORA.

Los Tribunales, conociendo del asunto, estimaron que el camino era público y que por tanto la autoridad había actuado dentro de su competencia, sin incurrir en un acto arbitrario ni ilegal.

* Abogado

la altura del Km. 269, en la localidad de Bobadilla, San Javier, denominado Bien Común N° 2 del proyecto de parcelación La Obra que realizara La "Cora" en el marco de la Reforma Agraria, con una superficie de 3.200 metros cuadrados y con los deslindes que indica. En el predio existe un gran galpón que adquirió para instalar una empresa de transporte y maquinarias, que actualmente da trabajo a cerca de 30 personas del sector. Este predio lo ocupa como propietario legítimo, amparado en inscripción conservatoria, sin violencia ni clandestinidad, desde hace más de diez años, donde jamás ha existido el camino de servidumbre que se menciona al oriente de la propiedad y que lo separaría con la parcela N° 12, y cuando adquirió la segunda cuota de los derechos (50%), su vendedor que también era el propietario del predio dominante, parcela N° 12, renunció expresamente a la servidumbre de tránsito que supuestamente gravaba su predio. Sin embargo, el 18 de febrero último fue notificado de la Resolu-

ción N° 276, de 13 de febrero de 2002, del Director Regional de Vialidad, en la que se da cumplimiento a la Resolución 802, de 29 de enero del 2002, del Director Nacional de Vialidad, quienes desconociendo esta realidad y amparados en un plano de "Cora", de dudosa precisión, se han arrogado de manera unilateral el dominio absoluto de una parte considerable de su propiedad, e incluso superior porque la resolución habla de 400 por 10, o sea 4.000 metros cuadrados, han dispuesto mediante dicha resolución el despeje total de esa porción de terreno, dentro de quince días, bajo apercibimiento de proceder a su despeje con auxilio de la fuerza pública. El plano "Cora" que sirve de fundamento a la actuación de la reclamada es un débil antecedente que no prueba más que la existencia de trazado de una servidumbre de tránsito que nunca existió en la práctica, lo que es corroborado por los propietarios de los sitios 15, 16, 17 y 18 en sus declaraciones juradas que acompaña, la que además se extinguió por

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. La cuestión formal: La utilización del recurso de protección. 4. Alegaciones de las partes y decisión jurisdiccional. 5. La cuestión de fondo: naturaleza jurídica de los caminos resultantes de subdivisiones de predios CORA. 6. Crítica a la decisión de los falladores.

1. *Introducción.* Con fecha 18 de febrero de 2002 un empresario de transporte de la Séptima Región fue notificado de la resolución N° 276, de 13 de febrero de ese año, del Director Regional de Vialidad en la que dio cumplimiento a la resolución N° 802, de 29 de enero, del Director Nacional de Vialidad. En dichas resoluciones ambos funcionarios, amparados en un plano CORA, han pretendido —para el Fisco— el dominio absoluto de una parte considerable de la propiedad del particular, disponiendo, en consecuencia, mediante dichas resoluciones, el despeje total de la franja de terreno que la resolución señalaba, dentro de 15 días, bajo apercibimiento de proceder a su despeje con auxilio de la Fuerza Pública.

La pretensión del Fisco se ejerció sobre una franja de terreno consistente en un camino emplazado inmediatamente al oriente de la propiedad. Según el parecer Fiscal, dicho camino se emplazaba fuera de la propiedad del recurrente y tenía el carácter de público.

El particular, agraviado por esta decisión decidió interponer un recurso de protección ante la I. Corte de Apelaciones de Talca, alegando, entre otras infracciones, la conculcación de su derecho de propiedad¹.

¹ Recurso de Protección rol N° 60.688 de la I. Corte de Apelaciones de Talca. La sentencia de primer grado fue confirmada por la E. Corte Suprema en fallo de 8 de octubre de 2002. Rol N° 2933-2002.

prescripción extintiva, por no uso de ella. Agrega que no concurre la hipótesis del inciso primero del artículo 26 de la Ley de Caminos que utilizan como argumento los recurridos, puesto que ella se refiere a caminos que existen o que existieron, en circunstancia que el camino pretendido jamás ha existido, como lo indican los propietarios de los predios dominantes; sin que tampoco tenga aplicación la hipótesis del inciso segundo, puesto que se refiere a la apertura o ensanche a petición de otros propietarios, es decir, de los propietarios de los predios dominantes, quienes no han hecho petición alguna al respecto, y en el caso que se estimare que él no es dueño de la faja en cuestión, su discusión debe hacerse en un juicio de lato conocimiento y no por una resolución administrativa dictada por uno de los involucrados. Concluye, que los recurridos han conculcado claramente su derecho de propiedad, pues, siendo dueño, se le pretende privar, mediante un acto arbitrario e ilegal, de una porción de terreno dentro de su

propiedad, sin que exista una sentencia judicial que así lo resuelva y, además, la garantía del debido proceso establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, ya que se han omitido sus reglas básicas al privársele de defensa alguna, puesto que jamás ha sido escuchado ni requerido. En virtud de lo anterior, solicita se dejen sin efecto las resoluciones N° 802, de 29 de enero de 2002, y N° 276, de 13 de febrero de 2002, ordenando, asimismo, a los recurridos se abstengan de ejecutar actos que conduzcan a la ejecución de actos de fuerza contrarios al imperio del derecho, con costas.

A fs. 32 el Director Regional de Vialidad, VII Región, don Adolfo Retamal Casanova, expresa que el acto que se le atribuye una eventual ilegalidad y arbitrariedad es la Resolución N° 802, de 29 de enero 2002, pronunciada por el señor Nelson Belmar Lobos, Director Nacional de Vialidad, en la que se le ordena, en el punto 2, notificar por oficio al recurrente, para que dentro de un plazo

En esencia, el particular estimó agraviada su garantía, por cuanto concluyó que el Fisco no tenía derecho de ejercer aquí —es decir, en un camino privado— las mismas facultades que tiene respecto de los caminos públicos en lo que atañe a su tutela, conservación y mantención, lo que le habilita a instar, entre otras potestades, por la apertura o ensanches de caminos, auxiliado incluso por la Fuerza Pública.

Según el reclamo, los caminos resultantes de parcelaciones de predios CORA no tienen el carácter de públicos, sino que son privados, por lo que respecto de ellos la autoridad no tiene facultad de ordenar de oficio su apertura, como lo han hecho las resoluciones recurridas, las que son, por ende, arbitrarias e ilegales.

Con las limitaciones propias que el espacio nos impone, pretendemos en estas líneas abocarnos al análisis y crítica del tratamiento, revisión y solución jurisprudencial que en sede de acción constitucional de protección² se dio a este caso, en que la decisión del Fisco, motivada por un trasfondo económico (pues pretende usar dicho camino interior como calle de servicio de la Ruta 5 Sur), ha pretendido afectar la actividad

² No es pacífica en doctrina la naturaleza jurídica de esta institución. Mientras para algunos se trata de una acción cautelar destinada a impetrar el cumplimiento del mandato constitucional de proteger los derechos garantizados en la Constitución, como, OTERO LATHROP, Miguel "El recurso de protección: fines, requisitos y naturaleza jurídica", en *Revista de Derecho Público* N° 21-22, 1997, p. 222; para otros se trata de un recurso por el cual se solicita la solución de un problema inmediato, en tanto que las acciones vendrán después. Nosotros no entraremos en la cuestión y, para ser eclécticos, hablaremos indistintamente de acción o recurso de protección.

no superior a quince días de recibida la notificación, abra y deje expedito en toda su longitud y ancho el camino trazado por "Cora" que separa la Parcela N° 12 de los sitios Números 19, 18, 17, 16, 15 y B. C. 2; en consecuencia, solo le ha tocado cumplir con el mandato de su superior jerárquico, por lo tanto, su actuación es de carácter meramente informativa, no decisoria o resolutoria que no puede estimarse que constituya un acto ilegal o arbitrario de su parte. Luego, añade que es la Corte de Apelaciones de Santiago la competente para conocer del presente recurso, conforme con el artículo 1° del Auto Acordado que regula su tramitación

A fs. 72 el Director Nacional de Vialidad, don Nelson Belmar Lobos, informando el recurso de protección expone que el acto al cual se atribuye una eventual arbitrariedad o ilegalidad es la resolución DV N° 802, de 29 de enero de 2002, emanada de la Dirección Nacional de Vialidad, con domicilio en la co-

muna de Santiago, comprendida en el territorio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que es competente para conocer y fallar este recurso, a quien se deberán remitir estos autos, de conformidad con el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, que establece que debe interponerse en la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal.

En cuanto al fondo del recurso, pide se rechace, con costas, en razón a que en 1976 la Corporación de la Reforma Agraria desarrolló en la Comuna de San Javier, provincia de Linares, VII Región, el Proyecto de Parcelación La Obra, del que resultaron parcelas, sitios, bienes comunes y caminos interiores que comunican los predios con los caminos circundantes. La existencia de los caminos consta de los títulos de adjudicación otorgados por la

económica del particular por medio de un velado ataque a su derecho de dominio. El tema que nos ocupa tiene entonces un enfoque combinado, pues hay implicancias económicas y también de institutos del derecho administrativo, del derecho procesal³, y de derecho civil sustantivo.

En la exposición del problema nos ha parecido importante resaltar la importancia práctica que hoy en día tiene, sobre todo en este tipo de investigaciones, tratar un tema armonizando las aristas sustantivas y adjetivas porque para nadie es un misterio que uno no puede vivir sin el otro; que este es complemento de aquel; y que es el derecho procesal el que en definitiva pone en acción al derecho sustantivo haciéndolo ágil y efectivo en los hechos, en fin, dándole aquel sustento fáctico sin el cual de poco nos serviría. Por ello, entonces, es que el enfoque es combinado.

2. *Antecedentes.* Según consta de las inscripciones de dominio, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de San Javier de los años 1988 y 1991, respectivamente, el particular acreditó ser dueño, por compraventa, de un predio ubicado al oriente de la Carretera Panamericana a la altura del Km 269 en la localidad de Bobadilla, San Javier, el cual constituye una instalación industrial que sirve de casa matriz a una empresa de transportes y movimiento de maquinaria.

³ Sobre el tema procesal, véase ERRÁZURIZ, Juan Manuel y OTERO, Jorge Miguel, *Aspectos Procesales del Recurso de Protección* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1989).

"Cora" a los particulares. Esto también consta del Plano de Parcelación que la "Cora" levantó en marzo de 1976. En noviembre de 2001 la Dirección de Vialidad constató el cierre de uno de los caminos públicos incluidos en el referido proyecto. De esta situación dio cuenta el Inspector Fiscal de la obra pública concesionada tramo Talca-Chillán. Una vez verificada la concurrencia de los requisitos legales del caso, la Dirección de Vialidad dictó la Resolución DV Exenta N° 802, de 29 de enero de 2002, ordenando la reapertura del camino público cerrado, la cual se ajusta a derecho y no contiene actos ilegales o arbitrarios, como tampoco, la Resolución N° 276/02, que la notifica dentro del ámbito de su competencia que regula el Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1997, de acuerdo a lo que dispone en su artículo 26 inciso primero, ya que se trata de un camino que está o ha estado en uso público y que había sido cerrado o modificado, sin que deba considerar el tiempo durante

el cual haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público, lo que se constata mediante la simple lectura de los Ord. N° 5668, de 14 de noviembre de 2001, dirigido al Gobernador Provincial de Linares por el Inspector Fiscal de la obra pública concesionada tramo "Talca-Chillán", y N° 1588, de 29 noviembre, de 2001, del Gobernador Provincial de Linares, como también, mediante la observación del Plano de Parcelación que la "Cora" levantó ya en marzo de 1976, dando constancia de la existencia de tal vía de comunicación, refrendados con los instrumentos públicos extendidos para transferir predios, por ejemplo, el de don Víctor Manuel Ramírez Machuca. Expresa, por último, que a través de este recurso se ha pretendido ventilar una cuestión de carácter patrimonial, para lo cual es necesario la apertura de un procedimiento de lato conocimiento, como es la discusión del dominio del camino, situación que el propio artículo 26 inciso primero contempla al prescribir

Es así entonces como, a la fecha del acto impugnado, el particular llevaba ocupando el predio como propietario legítimo, amparado en inscripción conservatoria, sin violencia ni clandestinidad desde hace más de 10 años.

Dicho predio es el denominado Bien Común N° 2 del proyecto de parcelación "La Obra", que realizara la CORA en el marco de la Reforma Agraria, con una superficie aproximada 3.200 metros cuadrados y con los siguientes deslindes —los que es imprescindible transcribir para determinar el emplazamiento exacto del camino ubicado al oriente del predio— y que son: Norte, Sitio N° 15; Oriente, Parcela N° 12, camino de por medio; Sur, Parcela N° 12, Rol 209-52 Santa Amalia; Poniente, Rol 205-5 camino por medio.

En cuanto a los títulos traslaticios, cabe hacer presente que el reclamante se hizo dueño de la siguiente manera:

a) Primera inscripción a nombre de CORA y formación de una comunidad sobre el bien común N° 2. Para estos efectos consideraremos como primera inscripción aquella que amparaba al propietario primitivo CORA.

CORA vendió este Bien Común, por iguales partes, a los señores J.V.B. propietario de la parcela N° 12 y a don P. L. H., propietario de la parcela N° 13.

Los bienes individualizados quedaron gravados, por así disponerlo su propietario original (CORA), con servidumbre de tránsito en favor de los otros parceleros, según consta en la cláusula 11ª de sus respectivos títulos. Sobre el punto volveremos más adelante.

"no incluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio"

A fs. 99 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

En cuanto a la incompetencia

1) Que los recurridos Director Regional de Vialidad a fs. 32 y Director Nacional de Vialidad a fs. 72 plantean que esta Corte de Apelaciones es incompetente para conocer de la acción de protección, por cuanto el acto al cual se le atribuye una eventual arbitrariedad o ilegalidad es la Resolución DV N° 802, de 29 de enero de 2002, emanada de la Dirección Nacional de Vialidad, con domicilio en la comuna de Santiago, comprendida en el territorio de la Corte de Apelaciones de esa comuna, a quien se deberán remitir estos autos, conforme al auto acordado de la Excm. Corte Suprema, que regula la tramitación y fallo del recurso de protección, que dispone en su N°

1, que este debe interponerse ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal.

2) Que sobre el particular el artículo 20 de la Carta Fundamental prescribe que el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 que indica, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, sin precisar el territorio jurisdiccional de la misma.

3) Que en el caso de autos se trata de un acto, esto es, de un hecho o acción que deriva de la Resolución D.V. N° 802, de 29 de enero de 2002, dictada en Santiago por el Director Nacional de Vialidad, que ha de ejecutarse en la comuna de San Javier, de lo contrario no produciría el efecto que ella pretende: el despeje total del camino emplazado al poniente de la parcela N° 12, ubicada en

b) Ligazón de las inscripciones en el tiempo hasta llegar al recurrente. En un primer término, para comprender la ligazón de las inscripciones es preciso tener presente lo siguiente:

1. Los propietarios originales del Bien Común N° 2, luego de CORA, lo fueron, por partes iguales, don P. L. H. y don J. V. B., según se dijo en el punto anterior.

2. Don J. V. B., en el año 1984, vende a don H. G. C. la parcela N° 12, así como sus derechos en el Bien Común.

3. Posteriormente, don H. G. C. vende al recurrente la mitad que había adquirido en el Bien Común N° 2, reservándose la parcela N° 12.

De esta operación, cabe hacer presente que en la cláusula séptima el vendedor renunció a la servidumbre constituida en su favor (la del punto anterior), y de la cual era beneficiario en su calidad de propietario de la parcela 12.

4. En cuanto a don P. L. H., él vende directamente al recurrente tanto la parcela N° 13, así como sus derechos en el Bien Común, con lo que se termina la comunidad que sobre éste último existía, quedando el dominio del bien radicado exclusivamente en el recurrente.

Del análisis de los títulos pueden dejarse establecidas las siguientes conclusiones, que debieron tenerse por indubitadas en el proceso:

dicha comuna, cuya vía se encuentra obstaculizada en la parte que señala por la instalación de cercos lado Norte y Sur dispuesta por el recurrente don Nemesio González Norambuena.

4) Que para determinar la Corte de Apelaciones respectiva a que alude la Constitución Política se hace necesario recurrir al tenor literal, según su sentido natural y obvio, de la palabra "respectiva" la que, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, significa "que atañe o contrae a persona o cosa determinada", de donde se colige que se refiere a la Corte de Apelaciones que atañe o contrae a la persona del recurrente, o sea, a la Corte en cuyo territorio jurisdiccional se hubiere cometido el acto que ocasiona privación, perturbación o amenaza y no ante la del domicilio de quien emite o pronuncia el acto, como lo sustentan los recurridos; sino donde la privación, perturbación o amenaza se ha de materializar, lo que se corrobora con el Ordinario D. R. V.

N° 276, de 13 de febrero de 2002, del Director Regional de Vialidad - VII Región del Maule, mediante el cual se le notifica por oficio certificado al recurrente señor González para que ejecute las faenas de abrir y dejar expedito en toda su longitud y ancho el camino que individualiza, en cumplimiento de la resolución D. V. N° 802, de 29 de enero de 2002, de la Dirección Nacional de Vialidad antes mencionada.

5) Que el sentido anterior es también el que aplica el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema, de 27 de junio de 1992, ya mencionado, al señalar en el N° 1 que el "recurso o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria que ocasionen privación...", esto es, ante la Corte de Apelaciones en cuyo territorio se hubiere ejecutado el acto y no en la del domicilio de quien emite o pronuncia este.

a. El recurrente deriva su dominio de dos particulares, quienes recibieron el predio producto de un proceso de parcelación CORA.

b. En el proceso de parcelación, CORA impuso a los propietarios del Bien Común N° 2 una servidumbre de tránsito a favor de los otros parceleros.

c. El camino que separa al Bien Común N° 2 de la parcela N° 12 (que es el de la servidumbre), se encuentra ubicado dentro del Bien Común, lo que se desprende tanto del tenor del deslinde, que señala que limita al oriente con la parcela N° 12, "camino de por medio"; así como de la constitución, en el título originario, del gravamen que constituye la servidumbre de tránsito.

3. *La cuestión formal: La utilización del recurso de protección.* Sabido es entre nosotros la importancia que desde siempre se ha otorgado al derecho de propiedad, ya en el ámbito jurídico a través de su tratamiento en el derecho de los bienes, ya en el ámbito económico en donde la concepción que se tenga de la propiedad incidirá en buena parte en la calificación y en la concepción que daremos a un sistema económico determinado. De ahí su importancia en regularlo y defenderlo.

Nuestro Código Civil, sin entrar en concepciones de carácter económico, trata de la propiedad en los artículos 582 y 583, definiendo en el primero al "dominio o propiedad", en tanto que en el segundo habla de una "especie de propiedad que se tiene sobre los derechos incorporales", idea complementada por los artículos 565 y 576. Este trata-

6) Que, por consiguiente, esta Corte de Apelaciones de Talca es competente para conocer y fallar la presente acción de protección interpuesta a fs. 13 por don Nemesio González Norambuena

En cuanto al fondo

7) Que la acción de protección se hace consistir en que el recurrente don Nemesio González Norambuena es dueño del predio ubicado al oriente de la carretera Panamericana, a la altura del Km. 269, en la localidad de Bobadilla, San Javier, denominado Bien común N° 2 del Proyecto de Parcelación La Obra que realizara la Corporación de la Reforma Agraria en el marco de la reforma agraria, con una superficie de 3.200 metros cuadrados, cuyos deslindes especiales son: Norte, sitio N° 15; Oriente, Parcela N° 12, camino por medio; Sur, Parcela N° 12, rol 209-52, Santa Amalia; y, Poniente, rol N° 205-5, camino por medio, donde no ha existido el camino de servidumbre que se menciona al Oriente de la

propiedad y que lo separaría con la Parcela N° 12, cuyo vendedor que también era propietario del predio dominante, Parcela N° 12, renunció expresamente a la servidumbre de tránsito que supuestamente lo gravaba. Sin embargo –agrega– el 18 de febrero del año en curso fue notificado de la Resolución N° 276, de 13 de febrero último, del Director Regional de Vialidad, en la que se da cumplimiento a la Resolución N° 802, de 29 de enero de 2002, del director Nacional de Vialidad que dispone el despeje total de esa porción de terreno dentro de quince días, bajo apercibimiento de proceder a ello en una parte incluso superior, de 4.000 metros cuadrados, con el auxilio de la fuerza pública, fundándose en un plano de la Corporación que no prueba más que la existencia de trazado de una servidumbre de tránsito que nunca existió en la práctica, lo que es corroborado por los propietarios de los sitios N° 15, 16, 17 y 18 en declaración jurada que acompaña a fs. 10.

miento durante años fue privativo del Derecho civil, con consagración, como es lógico, puramente legal.

En un primer momento, su protección provenía de las acciones tradicionales existentes en el Derecho civil y a través, también, del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que existía aun antes de la Constitución de 1980.

Pero bien, más allá de la existencia de estas acciones, fue a partir del recurso de protección creado en la Constitución de 1980 y de la amplitud de la norma del 19 N° 24, que se elevó, procesal y sustantivamente, el tratamiento de la propiedad⁴ pasando de una consagración meramente legal a una consagración de rango Constitucional bastante más ágil y extensa.

Si bien es cierto que la legislación sustantiva común estableció una serie de acciones protectoras directas como la acción reivindicatoria, algunas posesorias y la de demarcación y cerramiento; y también otras indirectas como la publiciana y aquellas personales que derivadas de un contrato conllevan la restitución de la cosa sea por causa de nulidad o resolución del mismo⁵; y se protege también la posesión, como asimismo aquellos derechos reales limitados que no son más que desmembraciones del

⁴ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1986) p. 315.

⁵ Así, PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes, la propiedad y otros derecho reales*. (Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1997) pp. 361 y siguientes.

8) Que don Pedro Antonio López Herrera por escritura pública de 27 de octubre de 1988, extendida ante el Notario de San Javier, don Gerardo Navarro Escala, vende, cede y transfiere al recurrente don Nemesio Jesús González Norambuena la Parcela N° 13 y los derechos en el Bien Común Especial N° 2 del Proyecto de Parcelación "La Obra", ubicado en la Comuna de San Javier, Provincia de Linares, que hubo por asignación que le hiciera la Corporación de la Reforma Agraria con fecha 30 de julio de 1996, cuyo Bien Común, que se compone de galpón y maquinarias, tiene una superficie aproximada de 0,2 hectáreas, con los deslindes especiales que siguen: Norte, sitio N° 15; Oriente Parcela N° 12, camino por medio; Sur, Parcela N° 12, rol 209-52, Santa Amalia; y, Poniente, rol 205-5, camino por medio, inscrita a fs. 734 vta., N° 749 del Registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces de San Javier, año 1988, según se acredita con la fotocopia autorizada de la es-

crituras de fs. 101 y de la respectiva inscripción de fs. 3

Y, por su parte, don Hugo Eugenio Gutiérrez Canales vende, cede y transfiere al recurrente señor González por escritura pública de 23 de agosto de 1991, otorgada ante el mismo Notario, la octava parte, esto es, del 50% de los derechos que le corresponden en el Bien Común Especial Dos también del Proyecto de Parcelación "La Obra", de la Comuna de San Javier, compuesto de galpón y maquinarias, con una superficie aproximada de 0,20 hectáreas, con los siguientes especificados en el apartado que antecede, inscrito a su nombre a fs. 532 vta. N° 550 del Registro de Propiedad del Conservador antes indicado, año 1991, como se demuestra con las fotocopias autorizadas de la respectiva escritura e inscripción de fs. 5 y 7

9) Que de los antecedentes antes analizados se infiere que el recurrente es dueño del cien por ciento del Bien Común Especial N° 2,

dominio; lo cierto es que dicha protección no es siempre eficaz dada la lentitud de nuestro sistema, lo que no deja de ser un factor a considerar, sobre todo en la especie, en que el particular debía alzarse ante una decisión tomada por sí y ante sí por la autoridad, con amenaza, incluso, de aplicar la fuerza pública, lo que le habría traído ingentes perjuicios económicos.

La decadencia anotada (de utilizar las acciones tradicionales por las vías tradicionales) debe su causa, en buena parte, a la irrupción de este fenómeno que ha hecho que el recurso de protección haya ganado gran utilización y aceptación.

En esta sede, los tribunales han tenido oportunidad de aplicar los principios de la Carta Fundamental directamente sobre materias del orden civil y del orden administrativo, realizando una especie de control *a posteriori* de los actos de la administración, que era lo que en definitiva se buscaba con la interposición del recurso.

A nuestro juicio, hoy la gran protección al dominio, al menos en principio —tal como lo exponemos en nuestras conclusiones—, no está en las normas sustantivas ni en las acciones propias del derecho civil, sino que en la norma constitucional directamente aplicada a través de la acción de protección, tanto en lo sustancial (19 N° 23, 24 y 25) como en lo procesal (artículo 20).

No obstante lo anterior, advertimos que si bien la acción de protección ha resultado ser sumamente eficaz, ella no es una panacea con un poder tal como para borrar completamente las acciones ordinarias o tradicionales, pues nunca debe olvidarse que

que tiene una superficie aproximada de 0,20 hectáreas, con los deslindes particulares que siguen: Norte, sitio N° 15; Oriente, Parcela N° 12, camino por medio; Sur, Parcela N° 12, rol 209-52, Santa Amalia; y, Poniente rol 205-5, camino por medio, que se grafica en los planos acompañados a fs 9 y 67, en los que figura claramente dicho camino en el deslinde oriente con la Parcela N° 12, que comunica las parcelas y sitios del proyecto de parcelación la Obra de ese sector con la línea de ferrocarriles y carretera Panamericana, a que se refieren los títulos señalados en el motivo anterior, el cual separa la Parcela N° 12 de los sitios N° 19, 18, 17, 16 y 15 y del Bien común N° 2, y no una servidumbre de tránsito o camino interior que atraviese el Bien común Especial N° 2, como se señala en la declaración jurada de Marta Cecilia Hernández Abarza, Alejandro Segundo Villablanca Campos, Ejidio Antonio Abarza Valdés y Octavio Antonio Tolosa González contenida en el documento de fs. 10

10) Que el vendedor del cincuenta por ciento de los derechos del Bien Común en mención don Hugo Eugenio Gutiérrez Canales corrobora la existencia del camino en comentario en el deslinde oriente con la Parcela N° 12, que el recurrente niega e incluso que se haya usado, al expresar en la cláusula séptima de la escritura de compraventa de 23 de agosto de 1991, que "renuncia al uso del camino que existe al costado poniente de su parcela, y que lo separa del Bien Común Especial Dos, del Proyecto de Parcelación "La Obra" de la comuna de San Javier, con la condición de que se le deje usar en forma indefinida el camino vecinal que existe al lado sur del sitio número quince y que se indica en el plano que se protocoliza con esta misma fecha"

11) Que el camino en referencia era entonces un camino que estuvo en uso público y que se utilizará para conformar la Calle de servicio Las Vertientes - Enlace Colbún, en un ancho de 6.0 metros en calzada y sobreanchos

una de las características de la esencia de la acción constitucional es su *provisionalidad*, esto es, que lo que en ella se resuelve no produce cosa juzgada sustancial, razón por la cual lo allí decidido podrá ser siempre objeto de revisión posterior en un juicio de lato conocimiento en que la parte perjudicada de la acción de protección podrá alegar y probar, con los formalismos procesales y de prueba que le son propios, que él es quien merece tutela jurídica en definitiva. Ahora bien, aunque así sea, tengamos presente también que es posible que el juicio de lato conocimiento no se verifique, transformándose aquella resolución provisional en un verdadero pronunciamiento definitivo⁶. Es, pues, ahí en donde está su verdadera relevancia.

El recurso de protección ha sido entonces una herramienta innovadora y sin duda fortalecedora⁷ del derecho, en especial en lo que dice relación con el derecho de propiedad y con aquellas acciones destinadas a protegerlo, pues no hay duda que

⁶ PAILLÁS Enrique, *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1990) pág. 89. Aun cuando ha pasado algún tiempo, ya en el año 1990, esto es, con 10 años de aplicación, el autor indica que a esa fecha no ha conocido ningún caso en que la cuestión resuelta por un recurso de protección vuelva a debatirse en sede de lato conocimiento.

⁷ Ello, por cuanto es una acción cautelar que protege al derecho frente a menoscabos que puede experimentar frente a acciones u omisiones arbitrarias de la autoridad o de particulares. Así Verdugo, Mario; PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1999, tomo I) p. 338.

de 05 metros a cada lado, para una velocidad de diseño de 30 km. por hora, que es parte integrante de las obras de vialidad complementaria de la concesión internacional Ruta 5, tramo Talca-Chillán, como lo informa el Inspector Fiscal de la mencionada obra en el Ordinario N° 5668, de 14 de noviembre de 2001, al gobernador Provincial de Linares, que corre a fs. 46.

12) Que actualmente el singularizado camino se encuentra cercado en la parte que separa la parcela N° 12 de los sitios N° 19, 18, 17, 16, 15 y Bien Común Especial N° 2, al lado Norte y al lado Sur, como se observa de las fotografías agregadas a fs. 68, circunstancia esta que originó que el Director Nacional de Vialidad dictara la Resolución impugnada D. V. N° 802, 29 de enero de 2002, fundándose en lo dispuesto en el artículo 26 inciso primero del Decreto con Fuerza de ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, del año 1997, por la que se ordena el despeje total del cami-

no emplazado al poniente de la parcela N° 12 del proyecto de Parcelación La Obra del predio San Manuel de Loncoche, Comuna de San Javier, entre el Km. 269. 000 y 269. 400, lado oriente del camino longitudinal sur, longitud aproximada de 400 mt. Y un ancho de 10 mts., vía que se encuentra obstaculizada en el Km. 269. 380 y 269. 400 por la instalación de cerco al lado norte y sur, dispuestos por don Nemesio González Norambuena.

13) Que el artículo 26 inciso primero, primera parte, del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1997, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15. 840 y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206, sobre Ley de caminos, prescribe que "todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el

es en esta área en donde ha tenido mayor aplicación, aun cuando lo ha tenido también en otras⁸.

En definitiva, la creación de este recurso con su notable generalización como medio de solución de conflictos, ha fortalecido al derecho de propiedad por la vía de un extenso reconocimiento sustantivo y de un reconocimiento de las que eran sus acciones protectoras tradicionales que ahora pasan a tener otro cariz⁹, incluso como herramienta para reclamar de la ilegalidad y arbitrariedad de los actos de la Administración.

4. *Alegaciones de las partes y decisión jurisdiccional.* El recurrente, tanto en el recurso, como en estrados, fundó su pretensión en las siguientes consideraciones:

⁸ Así por ejemplo, RDJ, T. 86, secc. 5ª, pág. 92, que en materia contractual ha resuelto que incluido un pacto comisorio en un contrato relativo a una concesión municipal, es ilegal y arbitraria la resolución administrativa que pretende poner fin al contrato sin atenerse al artículo 1878 del Código Civil.

En materia de prescripción, RDJ, T. 85, secc. 5ª, pág. 138, ha dicho que los plazos de prescripción de derechos solo pueden establecerse en virtud de una ley y que, en consecuencia, carece de eficacia el plazo fijado en un reglamento para cobrar el respectivo premio por el apostador que acierta el concurso, si la ley no dispone nada al respecto. A nuestro entender, se trata aquí del reconocimiento constitucional de la prescripción como institución de orden público; lo que lleva a entender, lógicamente, lo limitada que resulta su regulación por los particulares, permitiéndose solo en aquellos casos en que la ley expresamente lo acepta como ocurre en los artículos 1880 y 1885 del Código.

⁹ CASTELLÓN, Hugo y REBOLLEDO, Laura, *Aspectos sobre la constitucionalización del derecho Civil* (Fundación Fernando Fueyo, 1996) p. 62.

cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público"

14) Que el recurrente no aportó antecedentes que justificare ser dueño del terreno en el que se asienta el camino de que se trata, del deslindes oriente de su propiedad con la Parcela N° 12, y por tanto, propietario del indicado camino que, como se dijo, niega incluso que exista, y que no obstante ello hubiere permitido su uso público, que permitieren desvirtuar la presunción contemplada en el citado precepto legal.

15) Que la situación anteriormente referida, no excluye el derecho del recurrente para reclamar judicialmente el dominio sobre el señalado terreno, con arreglo a lo prevenido en el artículo 26 inciso primero, segunda parte, del Decreto con Fuerza de Ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, del año 1997 ya citado.

16) Que, acorde a lo expuesto precedentemente, los recurridos no han cometido un acto arbitrario o ilegal que le ocasionare pertur-

bación o amenaza al recurrente en el legítimo ejercicio del derecho de propiedad que consagra el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, dado que el Director Nacional de Vialidad actuó dentro de la esfera de sus atribuciones que al efecto le señala la ley y, a su vez, el Director Regional se limitó a notificar un acto administrativo en cumplimiento a lo ordenado por aquel, que es su superior jerárquico.

17) Que la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la aludida Constitución no queda amparada por esta acción de protección, de acuerdo con lo prevenido en su artículo 20, por lo que no se hace necesario referirse a ella.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo prescrito en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Suprema, de 27 de junio de 1992, sobre tramitación y fallo del recurso de que se trata, se resuelve:

a. Que, los terrenos en donde se pretende abrir el camino público son de su dominio absoluto y han estado por más de 10 años bajo su posesión exclusiva.

b. Que, tanto es así que el camino es de su propiedad, que el deslinde oriente del predio señala claramente que limita con la parcela 12 "camino de por medio". Luego, como el camino no puede estar en el aire, o esta dentro (como ocurre aquí, puesto que limita con el predio vecino) o fuera (caso en el cual el deslinde sería con "el camino").

c. Que, por lo mismo fue que la propiedad fue gravada con servidumbre de tránsito. Si el camino hubiese sido público, no habría sido necesaria la imposición de este gravamen. Dicha servidumbre, que por lo demás nunca existió en la práctica, se extinguió por renuncia del propietario del predio dominante, tal cual lo autoriza el artículo 885 N° 4 del Código Civil, y por prescripción extintiva (no uso) respecto de los propietarios de los sitios 15, 16, 17 y 18, tal cual ellos lo manifiestan en sus declaraciones juradas allegadas a los autos.

d. Que, tratándose este de un camino privado, resultante de un proceso de parcelación CORA, la autoridad no tiene las facultades que respecto de los caminos públicos posee, y por ende no puede actuar conforme al inciso 1° del artículo 26 del DFL 850 (Ley de caminos)¹⁰, sino que debe hacerlo conforme a la norma especial establecida para

¹⁰ El artículo 26 del DFL 850 dispone: "Todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el

A) Que esta Corte de Apelaciones de Talca es competente para conocer y fallar la acción de protección deducida a Fs. 13.

B) Que se rechaza la acción de protección interpuesta en lo principal de la presentación de Fs. 13 en contra del Director Nacional de Vialidad y del Director Regional de dicho organismo, sin costas; sin perjuicio del derecho que pueda hacer valer el recurrente y que se señala en el fundamento 15) de este fallo.

Atendido lo anteriormente resuelto, se deja sin efecto la orden de no innovar decretada a fs. 20. Comuníquese.

Redacción el Ministro don Luis Carrasco González

Regístrese y, en su oportunidad, archívese

Rol N° 60. 688

esta clase de caminos por los incisos 2° y 3° de dicha norma, agregados por el artículo 8° de la Ley 19.118; lo que se traduce en que no tiene potestad para actuar de oficio, sino que debe hacerlo a petición de un parcelero afectado y que tenga interés en ello, tal cual lo hizo en el caso de la resolución N° 789 de 29 de enero de 2002, modificada por la N° 1169 de 13 de febrero de ese año, acompañada a los autos¹¹.

e. Que, luego, si el Fisco pretende el dominio de la franja en cuestión, ello debe alegarlo en sede de lato conocimiento y no pretenderse dueño por virtud de una resolución administrativa.

f. Que, en sede de protección, sin perjuicio de que pueda estimarse que se trata de una materia entregada al conocimiento lato, debe necesariamente mantenerse el *statu quo*, dando protección al particular poseedor.

El Fisco, por su parte, fundó su defensa en los siguientes argumentos:

a. Que, en noviembre de 2001, la Dirección de Vialidad, constató el cierre de uno de los caminos incluidos en el proyecto de parcelación CORA que nos ocupa.

b. Que, dicho camino, tiene el carácter de público conforme al plano de la parcelación en cuestión.

tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público. Esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio. *Inciso 1°*: Igualmente la Municipalidad respectiva o la Dirección de Vialidad, a requerimiento de el o los propietarios de parcelas que tengan interés real y actual en ello, quienes acreditaran dicha calidad con la exhibición de los respectivos títulos de dominio vigentes, dispondrá la apertura o ensanche de los caminos resultantes de las parcelaciones de predios sometidos al proceso de reforma agraria llevado a cabo en virtud de las leyes N° 15.020 y 16.640 y que figuren como tales en los respectivos planos de parcelación. *Inciso 2°*: Asimismo, la Municipalidad respectiva podrá autorizar la instalación de redes de electricidad, teléfono, agua potable y alcantarillado, utilizando para ello el trazado de los mismos caminos, evitándose siempre perjuicios innecesarios a los predios sirvientes".

¹¹ Este antecedente, no valorado por ninguna de las Cortes, dio cuenta de una discriminación flagrante. Mientras respecto aquel caso la autoridad sí procedió a requerimiento de un parcelero (don F.A.G., tal como da cuenta la resolución en comento que fue publicada en el diario "El Centro" de Talca, con fecha 10 de abril de 2002); ocurre que aquí el Fisco actuó de oficio, sin mediar solicitud de ningún parcelero con interés "real y actual en ello" como exige la norma. Este solo antecedente es muestra de un tratamiento desigual a situaciones iguales, lo que es constitutivo, a nuestro juicio, de una discriminación arbitraria de tal entidad que ella por sí sola habría bastado para acoger el recurso.

c. Que, las resoluciones recurridas se han dictado conforme a derecho, por cuanto aquí se da la hipótesis del inciso 1° del artículo 26 del DFL 850.

d. Que, al tratarse esta de una pretensión con contenido patrimonial, el recurso de protección no es el procedimiento establecido por la ley al efecto, sino que debe ventilarse en juicio de lato conocimiento.

Por otro lado, el fallo de la I. Corte de Apelaciones de Talca, confirmado sin modificaciones por la E. Corte Suprema, rechazó la acción del reclamante fundado en las siguientes consideraciones:

a. Que, el recurrente no ha acreditado ser dueño del terreno en que se asienta el camino de que se trata, que pasa al oriente de su propiedad, y que lo separa de la Parcela N° 12, por lo que se debe concluir que se encuentra fuera de la propiedad, tal cual lo señala el deslinde oriente que indica que limita con la "Parcela N° 12, camino de por medio".

b. Que, por otra parte, dicho camino comunica las parcelas y sitios de la Parcelación, por lo que se trata de un camino que ha estado en uso público, y no constituye una servidumbre de tránsito o camino interior que atraviese el Bien Común N° 2.

c. Que, refuerza lo anterior, el hecho de que uno de los parceleros, H.G.C., haya renunciado al uso del camino existente al costado poniente de su parcela, según se da cuenta en la escritura de compraventa acompañada, por la cual el recurrente adquirió derechos en el Bien Común N° 2.

d. Que, siendo este un camino que ha estado en uso público, corresponde a la Dirección de Vialidad ejercer las acciones contempladas en el inciso 1° del artículo 26 del DFL 850, por lo que el acto recurrido no es ilegal ni arbitrario, sin perjuicio del derecho del particular de reclamar su dominio conforme a la facultad que se señala en la misma norma.

5. La cuestión de fondo: Naturaleza jurídica de los caminos resultantes de subdivisiones de predios cora

Expuestas ya las cuestiones formales, nos corresponde entrar a analizar el fondo del asunto, es decir, a determinar si las vías interiores resultantes del proceso de reforma agraria son caminos públicos, o si por el contrario se trata de caminos privados.

La respuesta a esta disyuntiva es de suma importancia, pues la naturaleza jurídica del camino en cuestión es la que nos permitirá definir cuál es el estatuto jurídico aplicable. De este modo, si se trata de un camino público, ocurre que la Dirección de Vialidad puede ejercer sobre él la plenitud de atribuciones y funciones que el DFL 850 le otorga sobre esa clase de caminos y quiere decir, además, que dicha repartición ha obrado conforme a derecho en el caso que nos ocupa.

En rigor, el fundamento de la actuación de la recurrida, y también el del fallo que les dio la razón, estriba en que se trata este de un camino público porque "ha estado en uso público", por lo que debe aplicarse la norma del inciso 1° del artículo 26 citado.

Pero lo cierto es que este criterio está lejos de ser correcto, pues no todo camino que ha estado en uso público tiene la naturaleza jurídica de público, como bien nacional de uso público, por lo que se debió haber otorgado protección al recurrente.

En la especie, si bien es posible que el camino haya estado en uso público (lo que fue negado por el recurrente quien señaló que nunca se usó), nos parece que él tiene claramente la naturaleza de un camino privado, por las siguientes razones:

a. El propietario originario CORA, en el acto de adjudicación de la parcelación, asignó este camino a los asignatarios del proyecto de parcelación, imponiéndoles el gravamen de una servidumbre de tránsito a favor de los demás parceleros.

b. Si estos fueran caminos públicos no habría sido necesario el establecimiento de dichas servidumbres de tránsito.

c. Si se tratara de caminos públicos, no tendría sentido la introducción de los incisos 2º y 3º al artículo 26, que hizo la Ley 19.118, que creó un estatuto especial para este tipo de caminos. Si estos caminos fueran públicos bastaba entonces la regla general del inciso primero.

d. Si bien la definición de camino público que hace el artículo 24 del DFL 850 es bastante amplia, ella requiere, siempre, como supuesto básico, que el camino de que se trate no sea del dominio de un particular, como ocurre en este caso en que el camino pasa dentro de la propiedad del recurrente y por lo mismo lo adquirió gravado con servidumbre.

e. Si bien en la norma del artículo 26 se estableció una presunción a favor del Estado, ella lo fue con la sola finalidad de dotarlo de una apariencia o relevo de prueba en cuanto a ser público un determinado bien, lo que es concordante con la disposición del artículo 590 del Código Civil; empero dicha presunción solo habrá de operar en cuanto el bien de que se trate carezca de otro dueño, lo que no es el caso de la especie.

f. De la historia fidedigna del establecimiento del artículo 8º de la Ley 19.118, que introdujo los incisos 2º y 3º al artículo 26 del DFL 850, queda claro que dichos incisos fueron introducidos para solucionar por la vía administrativa los problemas producidos entre parceleros cuando uno cerraba el camino que servía a todos, para evitar así que el parcelero afectado tuviera que recurrir a las acciones ordinarias para reclamar el cumplimiento de la servidumbre.

g. Porque el estatuto de los incisos 2º y 3º del artículo 26, es especial con respecto al común establecido para los caminos públicos, y en donde se han establecido especiales facultades (más limitadas) tanto a la Dirección de Vialidad como a las Municipalidades.

6. *Crítica a la decisión de los falladores.* El fallo del Tribunal de primer grado es francamente criticable, pues adolece de una falta de rigor inexcusable en un Tribunal que ejerce jurisdicción constitucional.

En primer término, el fallo en comento se olvida del sentido natural u obvio de nuestro idioma, y lee en forma errónea unos títulos que a ojos vista de cualquier lector admiten una sola interpretación, que es que el camino se encontraba dentro del predio, pues la frase "camino de por medio" es absolutamente prístina. El camino jamás

ha estado fuera del predio porque si así fuera el deslinde diría que limita "con el camino".

En segundo término, el fallo desconoce la constitución de la servidumbre de tránsito y no aplica el razonamiento lógico que nos permite concluir que la constitución de la servidumbre obedece justamente a que el camino es de propiedad del recurrente; puesto que, de otro modo, no tiene sentido su constitución.

Luego, la conclusión de los falladores ha aplicado erróneamente el texto expreso de la ley, toda vez que a la situación planteada aplicaron no la regla correcta que era la de los incisos 2° y 3° del artículo 26, sino otra distinta prevista para los caminos públicos (inciso 1°); permitiendo, de paso, la consumación de una discriminación arbitraria evidente al permitirle a la autoridad actuar de forma diametralmente opuesta –y otorgar, por tanto tratamientos disímiles– a dos casos absolutamente idénticos: en uno actuó a petición de un parcelero, y en el otro (este) lo hace de oficio.

Por último, el fallo no ha ejercido la tutela constitucional que le compete, puesto que ni siquiera ha privilegiado el mantenimiento del *statu quo* vigente antes de la dictación del acto recurrido; y es más, ha supeditado la acción constitucional a otras acciones, al "derivar" al recurrente a ocurrir a otra sede a ejercer su reclamo, tal cual lo veremos.

En efecto, si bien el fundamento de la protección posesoria en sede constitucional es, en rigor, bastante más discutible que el que ostenta la protección del dominio (porque en definitiva lo que se está protegiendo es un hecho, y no un derecho; máxime, cuando la propia norma constitucional (arts. 19 y 20) protege derechos y no hechos) e incluso algunos fallos así lo han estimado¹², ocurre que no debemos olvidar que protegiendo la posesión en definitiva estamos protegiendo al dominio, porque ella es un antecedente cierto para ganar el dominio de las cosas por prescripción; y, además, porque a través de su protección se protege mediatamente la paz social y el principio de que debe otorgarse tutela jurídica a quien simplemente "aparezca" como dueño, cuestión que es de suyo importante porque solo de esa manera se evita que el cuerpo social empiece a hacerse justicia por mano propia con el consecuente caos que ello generaría, obligando, por el contrario, a quien pretenda una cosa contra su poseedor a recurrir al órgano jurisdiccional para que dirima la cuestión. Además, la posesión sí tiene protección entre nosotros e incluso existen una serie de acciones destinadas a protegerla; luego, teniendo protección legal, nos parece que con mayor razón la debiera tener en nuestra Carta Fundamental, que es la que en definitiva regula las relaciones más básicas del hombre en sociedad, no pudiendo servir de excusa que no haya una consagración expresa de esta protección en la Constitución, ya que esta consagración, aunque implícita, es fácil extraerla de los principios básicos que la sustentan y que son incluso anteriores a la misma Constitución, cuales son la igualdad y la dignidad del hombre, pues no hay nada más indigno que privar a alguien, sin intervención de un tribunal, de algo que se tiene con ánimo de señor y dueño.

¹² Fallos del Mes Nº 473, p. 197.

Es así entonces, como los sentenciadores, no obstante que estimaron no acreditado el dominio del bien, debieron haber mantenido el *statu quo*, otorgando protección al recurrente en razón de su calidad de poseedor regular desde hacía varios años.

Por último, más allá de la crítica, se desprende una preocupante realidad que hace que los Jueces hoy en día se olviden de la importancia y el rol que en un Estado de derecho juega la jurisdicción constitucional, como herramienta de los principios de legalidad y de supremacía constitucional¹³.

No se puede olvidar que la garantía de protección de los derechos a través del control jurisdiccional que compete al Juez ordinario, es la piedra angular de la protección de los derechos y garantías más elementales porque solo con este control es posible una real protección de los mismos¹⁴; y por ello, es que hoy se hace estrictamente indispensable acuñar la idea de que es necesario que resalte entre nuestros operadores jurídicos, y en especial entre nuestros jueces, la conciencia de que no solo se trata de que la Constitución es la piedra tope de la pirámide, sino que además existe un mandato, una obligación de aplicar directamente sus normas a todo ciudadano¹⁵, y no ocurra lo que sucedió aquí en que, más allá de otras múltiples razones –por respetables que fueren–, los sentenciadores debieron haber ejercido su jurisdicción constitucional otorgando, al menos, la protección reclamada por la vía del mantenimiento del *statu quo* vigente.

Fecha de recepción: 9 de agosto de 2004

Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2004

¹³ Sobre la función que le asiste al Poder Judicial de resguardar los derechos fundamentales de las personas véase ALARCÓN JAÑA, Pablo, "Principios Constitucionales de la Organización Judicial", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 1, sección estudios, p. 121 y siguientes.

¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dogmática Constitucional* (Editorial Universidad de Talca, año 1997) expone este autor la existencia de un entramado de garantías para la protección de los derechos fundamentales, entre los cuales, a nuestro juicio, se encuentra la defensa de la propiedad, la posesión y la mera tenencia ante los ataques de que puede ser objeto. *Grosso modo* resalta la existencia de GARANTÍAS GENÉRICAS entre las que están los principios de un Estado Constitucional Democrático y del Estado de Derecho, para pasar luego a la existencia de GARANTÍAS ESPECÍFICAS entre las que destacan: a) *las garantías normativas*, en donde se comprende el principio de reserva legal y de vinculación de los poderes por los derechos fundamentales; b) *las garantías de control y fiscalización*, entre las que cuentan la existencia de una labor fiscalizadora de la Cámara de Diputados, de una acusación constitucional y de la figura del Defensor del Pueblo; c) *las garantías de interpretación*, que ya analizamos más arriba; d) *las garantías institucionales*, que tienen por objeto preservar la existencia de ciertas instituciones estimadas como importantes como lo es la autonomía municipal, existencia de partidos políticos y rol de los medios de comunicación; y e) *las garantías jurisdiccionales de los derechos*, que pueden estar a cargo del juez ordinario, del Tribunal Constitucional, o bien del sistema internacional de protección de los derechos fundamentales.

¹⁵ Sobre la aplicación directa de la Constitución véase FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *Fundamentos Constitucionales del Principio de Legalidad en Chile* (Gaceta Jurídica N° 84, año 1997) p. 10 y siguientes.