



9 789561 016651

ISBN 956-10-1665-6

Universidad Finis Terrae
Biblioteca

00123258

“En el Código Civil el concepto de cosa incorporal es muy central. Encabezando su libro II, en efecto, el artículo 565 expresa que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales. Su importancia difícilmente podría ser exagerada, y ésta aparece más de manifiesto al observar que, como las cosas incorporales en definitiva son derechos reales o personales (artículo 576), ellas vienen a ser el tema de poco más de los tres cuartos del Código Civil.”

El autor inicia así este volumen, que constituye el primer estudio en profundidad sobre el tema dentro de la doctrina chilena. Sienta las bases de una teoría general de las cosas incorporales, fundada en los caracteres que acerca de ellas ofrecen el Código Civil, otros códigos y leyes especiales. Con acopio de antecedentes históricos y abundantes citas bibliográficas, se desarrollan temas tales como la historia, el concepto y las divisiones de las cosas incorporales; su aprovechamiento; la especie de propiedad (cuasidominio) que sobre ellas se tiene; la posesión y adquisición de la propiedad, y las cosas incorporales como objetos de actos jurídicos. El libro finaliza con un interesante estudio sobre el estatuto constitucional de la especie de propiedad (cuasidominio) sobre las cosas incorporales –como los derechos de concesión minera–, sobre las aguas, las creaciones literarias y artísticas, y las creaciones industriales.

Obra de utilidad no solamente doctrinaria, sino también práctica, sobre un tema que se abre paso en la cátedra y en los tribunales de justicia, y que, sin duda, cubre una laguna en nuestra ciencia jurídica.

Para la presente segunda edición, el texto de la primera ha sido revisado por el autor, con el propósito de actualizar sus referencias legislativas y la bibliografía.

EDITORIAL
JURÍDICA
DE CHILE

Alejandro Guzmán Brito

CORPORALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO

3401
G 993
2006
C.1

LAS

Alejandro
Guzmán
Brito

LAS COSAS INCORPORALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO

Segunda edición actualizada

EDITORIAL
JURÍDICA
DE CHILE

de menos en Uruguay, en Guatemala y en Costa Rica. México, Argentina, Paraguay y Bolivia también la desconocen.

14. Por ende, la idea medieval de un cuasidominio o especie de propiedad sobre las cosas incorporales tendió a perderse en la doctrina civilística europea y americana, salvo en la de los países cuyo Código la recibió. Pero no ha dejado de revivir. Un ejemplo muy notable es el del autor francés S. Ginossar, quien en una obra de 1960²⁰⁰ puso a la propiedad como el centro de su teoría del patrimonio. Según aquél, el concepto básico es el de propiedad de los bienes, los cuales pueden ser corporales o incorporales; en estos últimos distingue los derechos relativos y los intelectuales; y en los relativos, los personales, los reales y los mixtos. El autor acepta, empero, la doctrina que convierte a los derechos reales en relativos, atendida la "obligación pasiva universal" en que consistirían; y justamente es ella la que le hace llegar a la propiedad como concepto básico, pues si todo derecho se resuelve en una obligación así, ello sólo se explica aceptando que sobre todo derecho hay una propiedad. No podemos entrar en los pormenores de esta teoría. Pero diremos esto: pese a lo trabada que se presenta, ella no deja de ofrecer flancos a la crítica, no sólo derivados del acogimiento prestado a la "obligación pasiva universal", sino a la opinión formada por su autor en torno al contenido de la propiedad de los derechos, que para él viene a ser el mismo que el de la propiedad sobre las cosas corporales. No deja de ser significativo que falte en la obra un examen histórico y comparativo del asunto, al punto que el autor demuestra estar convencido de haber introducido una novedad absoluta en los conceptos. Quizá otras hubieran sido sus conclusiones si, habiendo previamente tomado noticia del Código chileno o de los de él derivados, se hubiera interesado por pesquisar el origen de la doctrina contenida en el art. 583, pues entonces hubiese llegado al pensamiento medieval. Es una consecuencia de la lamentable decadencia y hasta desaparición de los estudios romanísticos e histórico-jurídicos en la Francia de los últimos decenios.

III. EL DOMINIO DE LAS COSAS CORPORALES Y LA ESPECIE DE PROPIEDAD SOBRE LAS COSAS INCORPORABLES

1. La doctrina chilena, que en todo caso no ha prestado mayor atención científica al art. 583 CC., cree sin más análisis que la pro-

²⁰⁰ GINOSSAR, S., *Droit réel, propriété et créance* (Paris, LGDJ., 1960).

iedad sobre las cosas incorporales ahí establecida es la misma que aquella definida en el art. 582 CC.; y que, de haber diferencias, ellas tan sólo quedarían impuestas por la incorporalidad del objeto a que se aplica la primera.²⁰¹ Esta tesis no se encuentra amparada por la historia del concepto; tampoco por una correcta comparación dogmática entre los artículos involucrados, y ni siquiera por su exégesis.

2. El art. 582 CC. dice: "*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno*". Claramente se percibe que esta norma define un derecho real cuyo objeto está constituido por una cosa corporal, el cual permite gozar (en lo que debemos entender incluidos el uso y el disfrute) y disponer de ella; este derecho es doblemente llamado como dominio y propiedad. Por su parte, el art. 583 habla de "*una especie de propiedad*" que recae sobre las cosas incorporales. Y el art. 584 dice a su vez que "*Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores*" y que "*esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales*".

En el análisis que sigue prescindiremos de que, en el estado actual del estatuto jurídico aplicable a las producciones del talento y del ingenio, especialmente a las obras artísticas y literarias, la disposición del art. 584 CC. ya no se sostenga muy bien. En otras palabras, se trata de examinarla no en su actual obsolescencia, como se hizo en su momento, sino en el contexto histórico original.

De manera que el Código recurre en dos ocasiones a la expresión "*especie de propiedad*".

El uso del término "especie" no es fortuito. Aun prescindiendo de la historia del concepto de dominio sobre cosas incorporales, íntimamente asociada a ese término y a su significación técnica,²⁰² no se ve por qué debamos dejar de entenderlo en su sen-

²⁰¹ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Cervantes, 1930), vol. 6, p. 323: "Dice la ley que hay también una especie de propiedad sobre las cosas incorporales, porque la cosa incorporal no se presta en la misma forma que las cosas corporales, al ejercicio de las facultades que son inherentes al dominio; pero ello no significa que sea un derecho distinto del derecho de propiedad en una cosa corporal. En principio, el derecho es el mismo derecho real que somete la cosa en que se ejerce a la voluntad y poder del titular del derecho, sin otras modificaciones que las que corresponden a la naturaleza misma de la cosa incorporal...". ALESSANDRI, Arturo, *Derecho civil* (Santiago, Lex, s. d.), t. II, p. 27: "Según esto [el art. 583 CC.] se puede ejercer dominio sobre los derechos y las acciones". Tal es la doctrina común: por todos VODANOVIC, Antonio, *Curso de derecho civil* (2ª ed., Santiago, Nascimento, 1957), t. 2, pp. 170 s.

²⁰² Ya antes se hizo notar que posiblemente Bello lo empleó inspirado por Juan del Castillo, lo cual une tal uso con la tradición medieval.

tido lógico que fluye de ponerlo en contacto con el término "género". De acuerdo con ello, si sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad, y si la propiedad sobre las producciones del talento y del ingenio también es una especie de propiedad, eso debe necesariamente conducir a pensar en la existencia de un género "propiedad", del cual las mencionadas son especies.

Ahora bien, ese género ¿es la propiedad o dominio definido en el art. 582 CC.? No puede ser así, porque dicho artículo no define un género sino una especie de propiedad, cuya especificidad deriva del objeto sobre el cual recae: el derecho real de dominio, caracterizado, a su vez, por incidir exclusivamente sobre las cosas corporales. Para que en la citada disposición pudiéramos ver definido el género "propiedad" y entender que las propiedades de los arts. 583 y 584 CC. son sus especies, fuera menester que en el art. 582 no apareciera la noción de "derecho real en una cosa corporal", porque si bien este último concepto es genérico con respecto a muchas especies, como muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, etc., en ningún caso es genérico con relación a "cosa incorporal" y a "producciones del talento o del ingenio". Si la definición del art. 582 contiene, pues, cualquier elemento que no sea genérico frente a todos los elementos de las nociones descritas por los arts. 583 y 584, eso es suficiente para descartar de inmediato y sin más discusión que la definición del primero sea el género "propiedad" que presupone la existencia de las "especies de propiedad" de los segundos. Dicho de otra manera, es lógica y dogmáticamente imposible que la propiedad de las cosas incorporales sea una especie de la propiedad de las cosas corporales.

La que lleva a esta otra conclusión, por lo demás ya enunciada: el art. 582 CC., no definiendo el género "propiedad", sólo define una de sus especies: la del dominio o propiedad de las cosas corporales; la cual especie, por ende, se encuentra en el mismo rango o nivel sistemático que las "especies de propiedad" de los arts. 583 y 584 CC. Pero si es así, entonces también la propiedad específica del art. 582 tiene que tener su género. Ahora bien, no encontramos ninguna razón para sostener que el género a que pertenece la propiedad específica del art. 582 sea distinto a aquel al que pertenecen las "especies de propiedad" de los arts. 583 y 584.

3. El precedente análisis conduce a pensar, pues, en la existencia de un género supremo que acoge al menos tres especies de propiedad: la del art. 582, la del art. 583 y la del art. 584 CC.; y a

sostener que la especificidad de cada cual radica en el objeto de la respectiva propiedad: el dominio de las cosas corporales, las cosas incorporales y las producciones del talento y del ingenio (o más propiamente en la actualidad: los derechos especiales sobre dichas producciones), respectivamente. Ciertamente el Código no define este género; pero en forma necesaria lo supone; desde el momento en que trata de especies, es lógicamente imposible que no haya pensado en un género. Resta por averiguar, en consecuencia, cómo podemos construirlo.

Esta construcción, como es obvio, tiene que hacerse sobre la base de unas notas que sean de manera absoluta comunes a todas las especies, aunque éstas tengan notas agregadas de que precisamente derive su especificidad. Pareciera que la nota común a las distintas especies hasta ahora individualizadas fuera el concepto denotado por la palabra "propiedad", que aparece citada con un mismo significado en dos de los tres artículos involucrados (583 y 584 CC.), aunque con otro en el tercero (582 CC.).

Esta palabra puede ser entendida en varios sentidos. Desde luego está el sentido legal que le impone el propio art. 582 CC., como sinónima de "dominio", es decir, como derecho real sobre cosas corporales para usar y disfrutar arbitrariamente de ellas. Pero este sentido restringido no es el genérico que buscamos, por las razones antes expuestas. Enseguida, la palabra "propiedad" puede significar no ya el derecho de dominio sino la cosa corporal misma sobre que recae aquél, tal como, por ejemplo, aparece usada en el art. 736 CC.: "*Una misma propiedad puede constituirse a la vez en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso a favor de otra*"; o en el art. 44 inc. final, que contiene la definición de dolo como "*intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*". Tampoco este sentido del término nos es útil, debido a su componente material o corporal. Por lo cual, y evitando los usos filosóficos del término, que también están fuera de lugar, no nos queda más que un tercer sentido, el más genérico de todos, como es la cualidad abstracta que algo puede tener de ser "propio" de alguien, en oposición no a "común" sino a "ajeno". En efecto, se puede correctamente decir de algo ser "propio" con respecto a una cosa corporal, a un derecho, esto es a una cosa incorporal, y a las producciones del talento y del ingenio (lo mismo que a un sinnúmero de otros objetos, como el alma, el cuerpo, los sentimientos, etc., que aquí no interesan).

A nuestro juicio, éste es el concepto genérico de "propiedad" que cubre a las tres especies definidas en los arts. 582 a 584 CC.

Se observará, pues, que la palabra "propiedad" con este sentido genérico es distinta de la misma palabra usada en el art. 582 CC., en donde, como sinónima de "dominio", tiene valor específico. En consecuencia, es perfectamente válida la siguiente fórmula: sobre la propiedad o dominio (definida por el art. 582 CC.) hay una especie de propiedad (no definida pero sí supuesta por el Código). En cambio, es con ese sentido genérico que aparece dicha palabra en los arts. 583 y 584 CC., porque "especie de propiedad" viene a significar "especies del género propiedad". De este modo, con la palabra "propiedad" ocurre algo semejante que con "animal", que designa un género (todos los que no son vegetales ni minerales y que incluye a los racionales e irracionales) y una especie del mismo (los irracionales o animales propiamente tales).

4. Estos resultados dogmático-exegéticos están en perfecta concordancia conceptual con la historia del dominio sobre cosas incorporales. De la tradición que más arriba hemos resumido, en efecto, fluye con entera nitidez que esa noción terminó por madurar sólo cuando fue entendida como una especie del dominio considerado como concepto genérico, otra de cuyas especies era el dominio de las cosas corporales; y que así considerado ese concepto larguísimo, no era nada más que la posibilidad de poder decir: yo tengo el dominio de esto; de donde que, aplicado a un *ius*, se pudiera decir: yo tengo el dominio de este *ius*; y que, comparado con el dominio de las cosas corporales, no ofreciera nada más que un sentido impropio. En este contexto adquieren toda su eficacia semántica y jurídica las palabras de Bello, quien en sus *Institutiones*, como vimos, dejó expresamente dicho que las cosas incorporales, así como no pueden tocarse, "*tampoco pueden propiamente... constituer dominio; y sólo son susceptibles de cuasidominio...*"; y quien tanto en el art. 688 del Pyto. 1853 como en el artículo del mismo número del Pyto. Inéd. (= art. 583 CC.), dijo que sobre estas cosas se concibe o hay una "*especie de propiedad*".

El esquema usado aquí para explicar la relación entre los arts. 582 y 583 (y 584) sólo difiere del histórico en una cierta inversión de sus términos, pues aquello que los medievales llamaban "dominio" en sentido larguísimo o genérico, aquí lo hemos llamado "propiedad", reservando el término "dominio" para el propio, verdadero y específico de los medievales, es decir, para el del art. 582 CC., aunque, por mandato de esa misma disposición, debamos conservar también la palabra "propiedad" como sinónima de "dominio" en este sentido específico. Esta inversión terminológica, sin embargo, mantiene plenamente los conceptos, que es cuanto en definitiva interesa.

Los medievales hablaban de *dominium* porque ése era el término técnico que aparecía en las fuentes romanas. La palabra *proprietatis* tiene otro sentido: el dominio gravado con un usufructo, también llamado *nuda proprietatis*. Baldo (+1400) introdujo la expresión *dominium proprietatis*, para indicar el dominio propiamente tal, o sea, sobre cosas corporales (si bien cuando están gravadas con un usufructo), y diferenciarlo del *dominium ususfructus*.²⁰³ Pothier empleó la expresión *domaine de propriété* para indicar el dominio útil (en oposición al dominio directo);²⁰⁴ y el Código francés habló simplemente de *propriété* (art. 544); el clasicismo de Bello le indujo a conservar la voz "dominio", y el modelo francés a adoptar el término "propiedad" como sinónimo, pero invocado sólo entre paréntesis en el art. 582 CC.

5. En conclusión, pues, la propiedad de las cosas incorporales referida por el art. 583 CC. no es una especie del dominio o propiedad de las cosas corporales definido por el art. 582; es decir, no está comprendida ahí, y constituye una especie distinta y separada, cuyo género común es la cualidad de ser propio, que por esto llamamos también "propiedad". Comparada esta propiedad específica sobre las cosas incorporales con el dominio del art. 582, es impropriamente un dominio, o, como decían los antiguos juristas españoles y también Bello en sus *Institutiones*, sólo es un "cuasidominio".

IV. NATURALEZA DE LA PROPIEDAD Y DE LA "ESPECIE DE PROPIEDAD" DEL ART. 583 CC.

1. Hemos dicho que hay supuesta en el Código una genérica "propiedad" consistente en el atributo abstracto de ser algo propio de alguien, y que este atributo se puede predicar del dominio de las cosas corporales a que se refiere el art. 582, lo mismo que de las cosas incorporales, como se dice en el art. 583, y de las producciones del talento y del ingenio (o mejor ahora: de los derechos especiales sobre ellas) según el art. 584. Procede indagar si esta "propiedad" genérica es un derecho real. Si lo fuera, cabría esperar que estuviera enumerado en el art. 577 inc. 2 CC., que, en el sistema del puro Código Civil, tipifica exhaustivamente a todos los derechos reales; como esto, empero, no ocurre, porque el domi-

²⁰³ BALDO, *In primam Digesti Veteris partem commentaria*, ad L. *Ususfructus in multis* (Dig. 7.4.1).

²⁰⁴ POTHIER, R.-J., *Traité de domaine de la propriété*, párrs. 3-4.

nio ahí sí designado no puede ser este hipotético derecho real genérico de propiedad, ya que aquél constituye sólo una de sus especies: el de dominio de las cosas corporales, después definido en el art. 582, se sigue que la propiedad genérica supuesta por el Código no es para éste un derecho real.

En verdad no parece necesario construir la "propiedad" genérica como un derecho de tal clase, porque un derecho ya constituye su objeto. En efecto, aplicado el atributo de la propiedad al dominio de las cosas corporales, se tiene el "propio" derecho de dominio del art. 582; aplicado a las demás cosas incorporales, siempre ha de haber un derecho real sobre cosa corporal ajena o uno personal a cierta prestación de un deudor como objeto, que son "propios" de alguien; y aplicado a los derechos intelectuales e industriales sobre las producciones del talento y del ingenio se tienen los "propios" derechos de autor (moral), autoría (intelectual) e industriales. Fuera, por ende, superfluo postular que el atributo genérico y abstracto de ser "propio" en que la "propiedad" consiste es un derecho real genérico y abstracto. De lo que se sigue que no existen varias especies de un único derecho de propiedad, sino varias especies de una única "propiedad", aunque cada especie sí resulte ser un derecho, como son el dominio de las cosas corporales (art. 582), los derechos reales en cosa corporal ajena y los personales (art. 583), igual que los derechos a veces llamados intelectuales e industriales (cfr. art. 583), de todos los cuales puede decirse ser "propiedad" de alguien.

De donde resulta la incorrección con que fue redactada la frase "*El derecho de propiedad en sus diversas especies*" del actual art. 19 N° 24 inc. 1 de la Constitución Política, que en realidad proviene de la reforma de 1967 a la Constitución de 1925. Es muy claro que con "propiedad" la norma se refiere a una genérica, puesto que reconoce haber diversas especies suyas; pero al mismo tiempo la califica de "derecho"; con lo cual supone la existencia de un único derecho abstracto de propiedad, cuyas diversas especies tendrían que ser el derecho de dominio sobre las cosas corporales, la propiedad sobre las incorporales y la propiedad sobre las producciones del talento y del ingenio. Bastaba haber asegurado "la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna", como hacía el texto de la Constitución de 1925 anterior a la mencionada reforma, o bien "la inviolabilidad de la propiedad sin distinción alguna". Con la redacción originada en 1967, la Constitución se puso fuera del sistema del Código Civil y de la legislación especial, para los cuales no existe un único derecho (real) abstracto de propiedad diversificado en diversas especies, sino una propiedad distribuida en diversas especies identificables por su objeto: el dominio de las cosas corporales, los derechos

reales sobre cosas corporales ajenas y los personales, y los derechos llamados intelectuales e industriales.

2. En el lenguaje de hoy disponemos de otra palabra para designar este atributo: "titularidad"; también se podría hablar de "pertenencia". Podemos decir, pues, titularidad o pertenencia (propiedad) del dominio, de cada uno de los derechos reales y de los personales, o sea de las cosas incorporales, y de los derechos derivados de la creación intelectual e industrial. Cuando modernamente hablamos así, decimos exactamente lo mismo que cuando decimos propiedad del dominio de las cosas corporales, propiedad de las incorporales y propiedad de los derechos sobre las creaciones del talento y del ingenio, y que cuando los antiguos decían dominio y cuasidominio o hablaban de *dominium proprie* y *largissime appellatum*, porque en todos los casos del objeto de que se trate puede decirse ser "propio". Y así como no cabría sostener que nuestro concepto de "titularidad" o "pertenencia" encierre en sí mismo un derecho, aunque se refiera a un derecho, así también decimos que la noción de "propiedad" genérica no envuelve un derecho en sí, aunque siempre haya de referirse a uno.

En el sistema terminológico propuesto, la única expresión que puede resultar algo bizarra es "propiedad del dominio" (de las cosas corporales), que debe reconocerse como no usual, porque el atributo de la propiedad lo solemos aplicar no al dominio sino directamente a la cosa corporal que es su objeto, como consecuencia de la confusión que nosotros, igual que los romanos, hacemos entre el derecho de dominio y la cosa. Esta confusión se extiende a la propiedad del dominio, y entonces llega a ser triple: basta decir "esta cosa es mía", en vez de "tengo la propiedad del dominio sobre esta cosa". De todas maneras, a la inversa, cfr. el antiguo "dominio de la propiedad" y cfr. Alessandri: "El propietario [se entiende: de una cosa corporal] tiene a su vez el dominio sobre el derecho de propiedad que tiene sobre la cosa"²⁰⁵ quien, si hubiera atendido mejor a lo que expresa el art. 583 CC., debió haber escrito: "El dueño [se entiende: de una cosa corporal] tiene a su vez la propiedad sobre el derecho de dominio que tiene sobre la cosa". Pero esta inusualidad no es tan dramática, si se tiene presente que dicha expresión sólo significa "titularidad del dominio" (de las cosas corporales), que ya no es tan inusual y dado que en la práctica ambas pueden abreviarse como "dominio" o "propiedad" (de las cosas corporales). Pero no podría hablarse de "titularidad de la cosa" sino "del dominio de la cosa" y entonces bastaría reemplazar "titularidad" por "propiedad" para llegar a la manera de decir que consideramos correcta.

²⁰⁵ ALESSANDRI, Arturo, *Derecho civil* (Santiago, Lex, s.d.), t. II, p. 27.

3. La exposición antecedente permite obtener una deducción particular, que es la interesante para nuestro tema: la especie de propiedad sobre las cosas incorporales a que se refiere el art. 583 CC. no es ella misma un derecho real ni, por ende, una cosa incorporal, mas sólo el atributo abstracto que ofrecen estas cosas, igual que el dominio, de ser propias de alguien. Expresando esto en otro lenguaje, concluimos sintéticamente con que la especie de propiedad sobre cosas incorporales no es ella misma una cosa incorporal.

4. Se podrá objetar que la explicación propuesta para el término propiedad como titularidad o pertenencia no hace más que reemplazar un término por otros, sin ofrecer un contenido conceptual sustantivo. Pero lo tiene, y es éste: la exclusividad.

Si nosotros pasamos revista a las definiciones y al funcionamiento de los diversos derechos reales y personales, en efecto, encontraremos algo de común que, empero, ordinariamente no viene expresado en ninguna definición, no obstante resultar esencial en todos. Se trata de la exclusividad del correspondiente aprovechamiento o de la exigibilidad.

Obsérvese la definición de derecho real en el art. 577 inc. 1 CC. y conéctese la del dominio en el art. 582 CC., de que resulta la siguiente: "es el derecho que tenemos sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente... sin respecto a determinada persona"; y se echaría de menos el adverbio "exclusivamente" antes de "arbitrariamente". Lo propio ocurre en la definición de usufructo del art. 764 CC., que, con la misma combinación, sería: "el derecho que tenemos sobre una cosa que consiste en la facultad de gozar de ella sin respecto a determinada persona, con cargo de conservar su forma y sustancia..., etc.", e igualmente se echaría de menos esta vez el adjetivo "exclusivamente" después de "gozar". En general, lo dicho vale para todos los derechos reales definidos en el Código Civil.²⁰⁶ La exclusividad en los derechos personales se refiere a la exigencia de la prestación: sólo el acreedor puede cobrar.

²⁰⁶ En la definición de los derechos reales especiales, en cambio, sus leyes insisten expresamente en la nota de exclusividad al definirlos. Así el art. 11 LOCCM.: "El concesionario de explotación tiene derecho exclusivo: N° 1: a explorar y explotar libremente las minas sobre las cuales recae su concesión..."; y el art. 116 inc. 1 CM.: "El concesionario tiene los derechos exclusivos de explorar y de explotar libremente su pertenencia..."; lo propio ocurre en el art. 18 de la Ley N° 17.386: "Sólo el titular del derecho de autor o... tendrán el derecho de utilizar la obra..."; y en el art. 49 de la Ley N° 19.039: "El dueño de una patente de invención gozará de exclusividad para producir, vender o comerciar en cualquier forma el producto u objeto del invento..." (vid. también arts. 19 bis D, 31 inc. 2 y 76). De acuerdo con lo dicho, esta referencia expresa sería innecesaria, porque va insita en la propiedad de estos derechos.

En nuestra opinión, el contenido sustancial de la propiedad o titularidad de los derechos es precisamente esta esencial exclusividad que les proporciona a todos; y porque se da una propiedad sobre los derechos es que no resultó necesario al Código incluir tal nota en la definición de cada uno.

5. Debe tenerse presente que la exclusividad no se opone a la comunidad *pro indiviso*, pero sí a la comunidad *in solidum* o "solidaria".

En este último tipo de comunidad se considera a cada participante como si fuera dueño único, el cual goza, en consecuencia, de todas las facultades inherentes al dominio, que puede ejercer válidamente y por sí solo. De esta forma, le es lícito usar íntegramente la cosa, aprovechar totalmente sus frutos y enajenar enteramente la misma. Pero como además hay otros participantes, a los que también se considera en la misma posición, éstos pueden ejercer una facultad inherente al dominio, cual es la de prohibir que algo se haga en su cosa (*ius prohibendi*), no sólo con respecto a terceros, mas también con respecto a sus coparticipantes. Si uno de ellos ejerce la prohibición antes de que otro consume efectivamente el ejercicio de alguna facultad del dominio (enajenar, por ejemplo), ese veto lo paraliza y ya no debe actuar; si la ejerce después de operada la facultad (después de la enajenación, por ejemplo), ya no es efectiva la prohibición, porque en realidad el acto no alcanzó a ser vetado y en consecuencia vale. En la práctica, esta facultad de prohibir anticipadamente los actos de dueño realizados por cualquier copartícipe en la comunidad conduce a que otro de los mismos que desea actuar deba recabar el previo acuerdo de sus demás coparticipes, a fin de prevenir o precaver sus vetos; y esto, a su vez, implica someter la gestión y la administración de la cosa común al principio de la unanimidad, pues basta el veto de uno para paralizar a todos. Lo cual hace extremadamente difíciles dicha gestión y administración y la circulación del bien común. Ahora bien, esta forma de comunidad era propia del derecho romano arcaico. Por las anotadas dificultades que ofrece, los juristas clásicos terminaron sustituyéndola por el régimen de la comunidad *pro indiviso* o de cuotas, en la cual el disfrute y la disposición no están sometidos a veto alguno, porque tienen lugar en proporción a las cuotas, aunque sí el uso de la cosa común, porque éste es por naturaleza solidario e indivisible.²⁰⁷

²⁰⁷ Cuando se usa algo, o se lo usa por entero, o no se lo usa; pero no tiene sentido hablar de un uso según cuotas. Lo que sí cabe es un uso por entero sometido a criterios divisibles, como el tiempo o el espacio. De esta manera, el automóvil común, por ejemplo, lo puede usar (por entero) seis meses al año un comunero y los restantes seis meses el otro; o bien habitar uno en el ala norte de la casa común y en el ala sur el otro (aunque ambos usen la casa entera no la mitad, ya que sigue siendo una). En consecuencia, aun en la comunidad *pro indiviso* el uso está sujeto al *ius prohibendi* y, por consiguiente, a la regla de la unanimidad.

La comunidad *pro indiviso* de una cosa corporal o de un derecho real no se opone a la propiedad y exclusividad de esa cosa o derecho, porque lo característico de tal tipo de comunidad es el reconocimiento de que el dominio o derecho de cada comunero recae sobre una parte de la cantidad abstracta de materia, que se llama "cuota", de manera que el titular tiene la propiedad y exclusividad de un dominio o derecho real sobre esa cuota. En otras palabras, se trata de diversos dominios o derechos sobre objetos (las cuotas) distintos (pues cada cuota es distinta de la otra).

En la comunidad *in solidum*, en cambio, el dominio o derecho de cada comunero recae sobre toda y la misma cosa concreta, y por ello es que terminan por no ser exclusivos.

V. REFUTACIÓN DE CRÍTICAS

Como siempre sucede, enfrentados a ciertas críticas u objeciones, se hallará la oportunidad de precisar y perfilar mejor los conceptos del Código.

1. Se ha dicho que a tenor del art. 583, el Código incurriría en el siguiente absurdo: puesto que sobre las cosas incorporales hay dominio y una de las cosas incorporales reconocidas por el Código es el dominio (en cuanto es derecho real), de ello se sigue que hay dominio sobre el dominio; como ese dominio del dominio, a su vez, también sería derecho real y por ende cosa incorporal, nuevamente cabría un dominio y así sucesivamente hasta el infinito.

Esta argumentación, aparentemente lógica, no es en realidad concluyente, porque encierra una premisa equivocada, cual es la de afirmar que sobre las cosas incorporales haya dominio,²⁰⁸ es decir, el derecho definido por el art. 582, cuando es claro que lo habido sobre aquéllas es algo distinto de tal derecho. Si, en cambio,

²⁰⁸ Incurre en él PESCIO, V., *Manual de derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1958), párr. 639: "No se concibe que el derecho de dominio pueda versar sobre una cosa incorporal... Discurrir de otro modo nos llevaría a la estafalaria conclusión de que el propietario tiene, a su vez, el dominio sobre el derecho de dominio que tiene en la cosa". Por supuesto, estamos de acuerdo con todo lo aquí dicho: sobre las cosas incorporales no puede haber dominio, porque éste es propio de las corporales; pero el Código no dice que haya dominio sobre aquéllas, sino "*una especie de propiedad*", lo que es muy distinto. Sobre la segunda parte del texto: vid. lo que sigue.

se parte de lo que verdaderamente dice la ley, a saber, que sobre las cosas incorporales hay, no dominio, sino una especie de propiedad, entonces el razonamiento cambia totalmente su aspecto, porque, como sobre las cosas incorporales hay dicha especie de propiedad y una de las cosas incorporales reconocidas por el Código es el derecho real de dominio del art. 582, de ello sólo se seguiría que sobre ese derecho real habría tal especie de propiedad; lo cual es totalmente exacto, si se da a la palabra "propiedad" el sentido genérico que viene supuesto en el Código, ya que, en efecto, también del dominio se puede decir ser "propio" de alguien. Esto no es nada más que aplicación de la idea medieval de dominio en sentido larguísimo, abarcador del verdadero dominio (el del art. 582) y del *dominium rerum incorporalium* (o cuasidominio tratado por el art. 583).

2. Pero podría sostenerse que, habiendo sobre el derecho real de dominio, en su calidad de cosa incorporal, la especie de propiedad del art. 583, y que siendo ésta también un derecho real y por ende una cosa incorporal, entonces sobre ella cabría nuevamente la dicha especie de propiedad, y así sucesivamente hasta el infinito.

Asimismo esta argumentación incluye una premisa falsa: que la especie de propiedad del art. 583 es un derecho real y por lo tanto una cosa incorporal. Como el tema fue tratado precedentemente, quedamos excusados de insistir, y autorizados para sólo concluir que entonces la cadena de infinitud antes propuesta no alcanza lógicamente a formarse. Ella, en efecto, queda detenida en el ascenso desde el dominio hasta la especie de propiedad sobre cosas incorporales, sin que siga subiendo a una nueva propiedad, porque dicha especie ya no es derecho real ni cosa incorporal.

3. Lo cual vale también para afrontar la objeción de que, como la propiedad del art. 583 es un derecho real, éste resulta ser el único derecho verdaderamente subsistente, desde que todos los reales típicos y los personales siempre quedarían reconducidos a él, en cuanto objetos suyos.²⁰⁹ Pero si dicha propiedad no es derecho real, en-

²⁰⁹ Por lo demás, esto último fue sostenido en el pasado, según nos lo narra Heinkecio, *Recitaciones*, párr. 334, por el jurista alemán Jacobo Born, dando lugar a violentas refutaciones.

tonces, en efecto, la objeción no se sostiene: al ser sometidos a la especie de propiedad del art. 583, los derechos reales y personales no pierden su autonomía ni quedan absorbidos por ningún derecho real superpuesto.

4. Una última dificultad es ésta: puesto que, como se ha concedido, sobre el derecho real de dominio en cosas corporales, en cuanto cosa incorporal que es, también cabe hablar de propiedad en sentido genérico, de ello se seguiría que el dominio de cosas corporales está tratado dos veces: directamente en el art. 582 e indirectamente en el 583.

Es cierto que, tomada la palabra "propiedad" en su sentido genérico, resulta lícito hablar de una propiedad sobre el dominio; pero el art. 583 no se refiere a esta propiedad genérica, como es manifiesto, porque él tan sólo habla de una de las especies de esa propiedad genérica; de otra de ellas habla el art. 582 y de una tercera el art. 584. De lo que se sigue que el art. 583 hay que entenderlo en armonía con el art. 582. En éste viene definido el dominio o propiedad sobre cosas corporales como algo distinto de la "especie de propiedad" concernida en el art. 583, por lo que el primer concepto no puede estar contenido en esta última disposición; de esta guisa, cuando el art. 583 enuncia la existencia de una especie de propiedad sobre cosas incorporales, ello hay que entenderlo que es con excepción del dominio, ya definido en el art. 582. En otras palabras, hay que entenderlo como si dijera que sobre las cosas incorporales, excepto el dominio, existe una (en realidad: otra) especie de propiedad.

Lo anterior no significa que sobre el dominio no haya una especie de la propiedad genérica; sólo significa que no es la especie de propiedad a que se refiere el art. 583. Y entonces carecería de verdadero interés intentar introducir al dominio en este último artículo, cuando ya aparece suficientemente delineado por el que le precede.

5. Como puede observarse, todos los equívocos provienen de creer que la propiedad del art. 583 es una especie del dominio o el mismo dominio del art. 582, y que dicha propiedad es un derecho real. Tenían razón los antiguos juristas y Bello en el *Pyto*. 1853 (art. 688) al reservar el nombre de "cuasidominio" a la especie de propiedad del art. 583, pues con un nombre particular como ese se deslinda bien que no se trata del dominio ni de un derecho real aparte.

Por ello, en lo que sigue nosotros podremos continuar hablando de cuasidominio para aludir a la especie de propiedad referida por el art. 583 CC.

Parte de la doctrina chilena de la segunda mitad del siglo XX ha criticado la idea del artículo 583 CC., de que sobre las cosas incorporales haya una especie de propiedad. Ya PESCIO, Victorio, *Manual de derecho civil* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978), III, N° 639, pp. 295 s.; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986), p. 208 (= 4ª ed., 2005, I, pp. 296 ss.); EL MISMO, ¿*Modificará el legislador chileno en los años venideros contratos vigentes o en curso de ejecución?* en BARROS BOURIE, Enrique (coord.), *Contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991), pp. 152-153; VERGARA BLANCO, Alejandro, *La propietarización de los derechos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 14 (1992), pp. 281 ss. Cfr. EL MISMO, *Los derechos reales administrativos: un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile (con referencia especial a los derechos mineros)*, en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1990), II, p. 495, relativamente a los derechos reales mineros. Esta antipatía se explica bien y se justifica cuando la idea del artículo 583 CC. va entendida como si la propiedad de que ahí se habla fuera la misma propiedad (dominio) de que trata el artículo 582 CC., según expresamente ya hacía CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil y comparado VI: De los bienes*, I (1930, reimpresión Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), N° 285, p. 328. Cuando la propiedad del artículo 583 CC., en cambio, se la concibe como pura titularidad, y, por supuesto, como algo realmente diferente de la propiedad o dominio del artículo 582 CC., ya no debería haber tanta reluctancia (sin perjuicio de las subsistentes confusiones de lenguaje a que induce el empleo del término "propiedad" en ambos artículos). La verdadera crisis que se ha producido en el derecho chileno consiste, no en esta idea del artículo 583 CC., ni en una supuesta "propietarización" de los derechos —expresión ésta introducida por Vergara Blanco, *cit. ibi*— que se haya venido a producir últimamente, y en especial con la Constitución de 1980, atendido que, después de todo, tal es originaria en el Código desde su promulgación, y antes tuvo origen medieval, sino en el malamente dilatado entendimiento posterior del concepto de cosa incorporal mismo, a que antes nos hemos referido. Es el juego de ese concepto, una vez distorsionado, con la vieja idea de la propiedad sobre cosas incorporales el que genera un mal uso del recurso de protección.

VI. ¿PROPIEDAD DE LOS DERECHOS LLAMADOS EXTRAPATRIMONIALES?

El art. 583 CC., al hablar de una especie de propiedad sobre las cosas incorporales, esto es sobre los derechos, no discierne nada entre aquéllas. Esto tiene su importancia. Nosotros hemos concluido

que los derechos de la persona, por ser derechos, son cosas incorporales. Ahora bien, al no hacer ningún género de distinciones el artículo antes citado, de eso fuera necesario concluir que la especie de propiedad a que se refiere recae también sobre los derechos de la persona; y, más aún, que ellos se encuentran en el patrimonio. Pero esta conclusión deja perplejo, porque usualmente se dice que esos derechos son "extrapatrimoniales". Tal expresión significa desde luego lo que literalmente expresa, es decir, que los derechos en examen están "fuera del patrimonio". Se quiere significar además que los mismos son ajenos al comercio y a la circulación. Finalmente, que no son avaluables en dinero. En suma, que no son "bienes".

Puesto que el contenido de cuanto se quiere afirmar con la expresión "extrapatrimonial" resulta indiscutible como carácter de los derechos de la persona, una correcta interpretación del tenor del art. 583 CC. debe conducir a excluir de su ámbito a tales derechos. En otras palabras, sobre ellos, aun cuando son cosas incorporales, no hay la especie de propiedad ahí establecida; debido a lo cual no son "bienes".

Se presenta, empero, un problema. Si la mencionada propiedad la reducimos, como hemos hecho aquí, a la titularidad, ¿no es cierto acaso que de los derechos de la persona hay titularidad? La respuesta afirmativa nos hace entrar en contradicción. A menos que también afirmemos que tal titularidad no existe. Y ésta parece ser la afirmación correcta. El concepto de titularidad, y de propiedad genérica por ende, sólo nace cuando surge la posibilidad de que alguien pueda no ser titular o propietario, sino otro o nadie (de modo que el objeto sea *nullius*). En los derechos de la persona este discernimiento es improcedente, pues todos, por el hecho de existir como personas, ya los tienen y es jurídicamente imposible que no los tengan. En tales circunstancias, carece de sentido preguntarse por el titular o propietario de un derecho de la persona, porque la respuesta ya está dada con la pregunta misma.²¹⁰ De donde concluimos que en esta materia el concepto de titularidad es inaplicable. En el fondo, esta conclusión viene a ser otra manera de explicar por qué el art. 583 CC. no rige para esos derechos.

²¹⁰ Una discusión en torno a si "algo" es o no persona resulta, en cambio, posible, teóricamente al menos (aunque en la historia del derecho ha habido discusiones reales); pero esto es distinto a discutir si tal persona es o no titular de los derechos de la persona; lo anterior es una cuestión previa.

VII. ¿CONTENIDO DE LA ESPECIE DE PROPIEDAD DEL ART. 583 CC.?

La tentación de indagar un posible contenido de la especie de propiedad a que nos estamos refiriendo es muy grande, si por contenido entendemos el modo de aprovechamiento de las cosas. Se podría pretender razonar de la siguiente manera: así como el dominio de las cosas corporales confiere las facultades de uso, disfrute, disposición y tenencia, o el usufructo las de uso, disfrute y tenencia, o el de servidumbre la de uso limitado y tipificado, etc., así también la especie de propiedad sobre las cosas incorporales debería autorizar alguna suerte de estos aprovechamientos. Incluso más, como el análisis concerniente a esta última materia ya fue operado, y entonces concluimos que de las cosas incorporales sólo cabe un aprovechamiento dispositivo de orden jurídico (transferencia, renuncia), hasta se podría afirmar que en eso consistiría el contenido de la especie de propiedad de que se trata.

Pero estos razonamientos serían inconducentes. La propiedad genérica, entendida como titularidad o pertenencia, y esto, a su vez, como exclusividad, y por ende la propiedad específica de las cosas incorporales, que viene a ser la titularidad o pertenencia de los derechos reales y personales, no es un derecho real al cual debemos buscarle un contenido peculiar de aprovechamiento. Se trata de un concepto jurídico que está fuera del orden de los derechos llamados subjetivos, porque es una cualidad jurídica, que se agota en las nociones antes indicadas.

Ciertamente, como ya fue verificado, de las cosas incorporales cabe un cierto aprovechamiento dispositivo, pero ello no por estar sujetas a propiedad o pertenencia, sino porque su naturaleza se lo permite, al igual que el aprovechamiento de las corporales es anterior al dominio que de ellas se tenga, porque depende de su naturaleza también. Lo que el dominio hace es conferir una exclusividad de aprovechamiento sobre tales cosas, mas no crea este último. Lo mismo es aplicable a las cosas incorporales. La naturaleza de éstas admite el aprovechamiento ya descrito, y su propiedad confiere la concerniente exclusividad, pero no lo crea.

El orden de los conceptos es, pues, éste: la exclusividad de aprovechamiento viene dada por la cualidad de ser propio o propiedad; y esto vale para el dominio y los demás derechos reales, pues también el usufructo o un crédito o los derechos sobre cosas intelectuales poseen dicha cualidad. El dominio se aplica a la plenitud de uso, disfrute, disposición y tenencia de las cosas corporales, que

si son exclusivos no es por ser dominio sino por ser propio; el usufructo se aplica sólo al uso y disfrute, que también son exclusivos por ser propio el derecho, no por ser usufructo, y así sucesivamente. Todo lo cual permite entender que la nota de la exclusividad normalmente no aparezca en la definición de ningún derecho, ya que es común a todos.

POSESIÓN (CUASIPOSESIÓN) DE LAS COSAS INCORPORALES

I. INTRODUCCIÓN. TEXTOS LEGALES BÁSICOS

El art. 715 CC. dice: "*La posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal*". Esta norma da por supuesto que existe una posesión de cosas incorporales, es decir, de derechos reales y personales. Para el art. 91 CM., la sentencia que otorga la concesión minera (esto es, el derecho real) constituye el título de propiedad sobre ella "*y da originariamente su posesión*". Y, según el art. 20 inc. 1 CA., el derecho de aprovechamiento de aguas se constituye por acto de autoridad, y "*La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción*".

II. HISTORIA DEL CONCEPTO DE LA POSESIÓN DE DERECHOS

La idea de que los derechos reales pueden ser poseídos pertenece al derecho romano postclásico; para los juristas clásicos, en cambio, consistiendo la *possessio* en una detentación material, ella sólo puede recaer sobre *corpora* (*res corporales* en la terminología de Gayo).

Dig. 41.2.3: "Pueden poseerse las [cosas: elidido en el texto] que son corporales" ("*Possidere possunt quae sunt corporalia*"). Vid. también Dig. 8.2.32.1; 41.3.4.26; 43.3.1.8. En el derecho arcaico, las *servitutes praediorum rusticorum* podían ser poseídas y, por ende, usucapidas, hasta que una *lex Scribonia* (50 a. C.) prohibió esta usucapión. Pero dicho régimen derivaba de que en la concepción arcaica las servidumbres rústicas (paso a pie o en vehículo, paso de ganado, extracción de agua y extracción y conducción de agua) eran cosas corporales: su titular no tenía propiamente un *ius* que gravara al fundo sirviente, sino una titularidad dominical sobre una parte física de éste: