

Materiales II

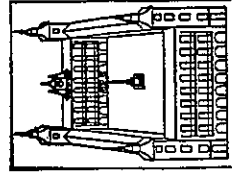
La propiedad como derecho real

1. Nicholas, Barry. *Introducción al Derecho Romano*. Civitas, 1987. pp. 137-148.
2. Alessandri, Arturo, et al. *Tratado de los Derechos Reales*. Editorial Jurídica, 2005. pp. 11-29.
3. Peñailillo, Daniel. *Los Bienes*. Editorial Jurídica, 2006. pp. 75-108; 128-142.

BARRY NICHOLAS
Profesor de Derecho Romano
de la Universidad de Oxford

INTRODUCCION AL DERECHO ROMANO

Traducción de
MIGUEL ANGEL PALACIOS MARTÍNEZ



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

1987

CAPITULO TERCERO

DERECHO DE LA PROPIEDAD

Introducción. El Derecho de las cosas

En la clasificación de las *Instituciones*, la segunda parte del Derecho, con mucho la más extensa, se refiere a las cosas (*res*). *Res*, como «cosa», es una palabra evasiva, y los juristas romanos, tal como es su costumbre, dejan que su significado emerja de su uso. En su sentido más simple, denomina meramente un objeto físico —una mesa, una casa, un trozo de tierra—, pero para el jurista también hay cosas abstractas, cosas que sólo existen en la imaginación, como una deuda, un derecho de paso, y muchas otras. El denominador común de estos dos tipos de cosas es que ambos son bienes con valor económico; GAYO y JUSTINIANO hablan del Derecho de las cosas en este amplio sentido. Es esa parte del Derecho que rige la creación, transmisión y disfrute de los bienes económicos —de la propiedad en su sentido más amplio—. Empleando el lenguaje de los derechos, la ley de las cosas comprende todos aquellos derechos que se pueden evaluar en términos monetarios. Por tal razón, excluye los derechos que emergen del Derecho de las personas, como los derechos del padre sobre sus hijos, o el propio derecho a la libertad, puesto que normalmente resulta imposible darles una valoración monetaria. No obstante, en tal sentido el Derecho de las cosas abarca una parte tan amplia del Derecho privado que resulta inevitable hacer una división ulterior. En GAYO se discierne una división en tres partes, el derecho de propiedad (o cosas en un sentido estricto), el de sucesión y el de obligaciones. Dicha división, mantenida por Justiniano, sigue siendo uno de los rasgos más característicos del Derecho civil¹, pero ofrece un cierto número de dificultades y ha sido modificada de diferentes maneras en los códigos modernos. Se pone de manifiesto una dificultad: al menos superficial-

¹ En boca de un jurista de Derecho consuetudinario, es un romanismo consciente.

mente, ésta es una división en elementos incomparables. La propiedad y las obligaciones son dos tipos de bien, mientras que la sucesión no representa un tercer tipo (de hecho, la división en propiedad y obligaciones es exhaustiva), sino un sistema de adquirir los otros dos, como, por ejemplo, cuando un heredero hereda los bienes de un difunto. Esté o no esté esta crítica plenamente justificada², nos da una razón para dejar aquí al menos el orden de las *Instituciones* y ocuparnos de la propiedad y las obligaciones antes de comenzar con la sucesión.

1. Diferencias fundamentales

A) PROPIEDAD Y OBLIGACIONES: ACCIONES Y DERECHOS «IN REM» E «IN PERSONAM»

Los bienes de un hombre son propiedad u obligaciones. La diferencia entre ambas es la diferencia entre que algo se posea o se deba. Así, los bienes de un hombre pueden ser su casa y sus muebles, que él posee, su saldo bancario, que pese a que muchos hablan de «tener dinero en el banco», es una deuda debida por el banco, y su derecho respecto a su sueldo sin abonar, que es asimismo una deuda. Por supuesto, la cuestión de sus bienes suele ser más complicada que esto, pero recaerán en una de estas dos categorías. Por ejemplo, si se trata del dueño de una tienda, poseerá, supongamos, su

² Para Gayo y, por lo tanto, para Justiniano, la serie de pensamientos que conduce al tratamiento de la sucesión inmediatamente después de la propiedad es la siguiente: en ambos tratamos de los métodos de adquisición de las cosas, siendo la materia de que trata el Derecho de propiedad la adquisición de cosas únicas (es decir, individuales), y la del Derecho de sucesión la adquisición de la totalidad de la hacienda de un hombre (adquisición *per universitatem*, véase pág. 302 y sigs.); por consiguiente, es adecuado tratar los dos tipos de adquisición juntos. Por supuesto, queda todavía la objeción de que la adquisición *per universitatem* puede incluir obligaciones, pero el razonamiento indica una diferencia de énfasis entre el método de exposición de Gayo y el de un escritor moderno. Gayo, y en menor medida Justiniano, se interesan mucho más en los métodos de adquisición y pérdida (de estado en el Derecho de las personas, de los distintos tipos de cosas en otros puntos) que en la naturaleza y contenido de lo que se está adquiriendo y lo que se pierde (cfr. pág. 92). El orden de tratamiento es, por lo tanto, mucho menos forzado de lo que lo sería en un libro que enfatizara de otra forma. Cfr. F. H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, pág. 96 y sigs.

tienda y las existencias comerciales; puede haber pedido, pero no recibido, más mercancías a un mayorista y, desde el punto de vista romano, éstas serán aún propiedad del mayorista, pero se le deberán (y si no ha pagado todavía por ellas, consecuentemente deberá su precio); puede haber entregado mercancías a crédito a sus clientes, y aquí, obviamente, tenemos otra deuda. Puede haber adquirido el fondo de comercio de un antiguo competidor y ello, una vez más, constituye una deuda —en este caso el deber del deudor no es; como en los anteriores, pagar una cantidad de dinero o suministrar mercancías, sino el de abstenerse de apelar a sus clientes anteriores.

La diferencia entre poseer y deber la expresa el jurista romano en la distinción que hace entre acciones *in rem* y acciones *in personam*. Toda reclamación es a un tiempo *in rem* e *in personam* y hay una división infranqueable entre ambas. Una acción *in rem* hace valer una relación entre una persona y una cosa, y una acción *in personam*, una relación entre personas. Por ello, la acción *in rem* (*rei vindicatio*) típica, hace valer el que una cosa material pertenece al demandante y la más simple de las acciones *in personam* (*condictio*) hace valer que el demandado debe una cantidad de dinero o una cosa material al demandante. Los romanos no piensan en términos de derechos, sino de acciones, pero, en esencia, una acción hace valer un derecho sobre una cosa y la otra un derecho contra una persona, y de aquí nace la moderna dicotomía entre derechos *in rem* y derechos *in personam*. Obviamente, no puede haber controversia entre una persona y una cosa, y por ello, incluso en una acción *in rem* tiene que haber un demandado, pero el demandado no está ahí porque se afirme que tiene alguna obligación respecto al demandante, sino porque mediante algún acto, está negando el derecho afirmado del demandante. En la *rei vindicatio* está denegando la propiedad del demandante al estar en posesión de la cosa reclamada. Y así, nuestro hipotético propietario de la tienda puede hacer valer la propiedad sobre sus existencias comerciales planteando una acción *in rem* contra cualquier persona a cuyas manos puedan ir a parar. Por ejemplo, si sus mercancías resultan robadas, puede reclamárselas al ladrón, o a cualquiera que posteriormente las

haya adquirido, tanto si lo hizo de buena fe como si no. Por otra parte, su derecho respecto a los sucesivos suministros que haya pedido, incluso suponiendo que pueda identificarlos, es *in personam*, y por ello se puede hacer valor únicamente contra el mayorista. De esta forma puede decirse que el derecho *in rem* es un derecho del que se dispone contra personas en general, en contraste con lo que sucede con el derecho *in personam*, del que se puede disponer contra una persona o personas determinadas³. Los derechos *in rem* son objeto del derecho de propiedad, los derechos *in personam* del de obligaciones. ¿Cuál es la importancia práctica de la distinción entre acciones *in rem* y acciones *in personam*? Podemos empezar haciendo hincapié en que, en la forma, una acción *in rem* no es una acción que obligue al demandado a

³ Por supuesto, ésta no es la forma en que un romano lo habría puesto, y muestra que una vez que los derechos en lugar de las acciones se han convertido en el concepto principal, la estricta dicotomía romana resulta difícil de mantener. La propiedad es el derecho típico *in rem*: está protegida mediante una acción *in rem* (*rei vindicatio*) y del que se puede disponer frente a personas en general. Y, sin embargo, también puede decirse que está protegida mediante acciones *in personam*. Si mi libro va a parar a manos de alguien que niega mi titularidad, yo hago valer mi propiedad mediante una acción *in rem*, pero si alguien negligentemente o con premeditación lo daña, yo planteo una acción *in personam* contra él —ha cometido un delito y, por lo tanto, contrae la obligación de satisfacerme que nace de ese delito (página 282 y sigs.).— El jurista romano no va más allá de esto, pero el jurista moderno da un paso más en la investigación. Considera el Derecho en términos de derechos y deberes, y el deber de satisfacer por el daño causado por incumplimiento de contrato deriva del deber anterior de cumplir el contrato. Dice que, por lo tanto, ha de haber un deber con respecto a personas en general para que no dañen mi propiedad, y un derecho correlativo con respecto a mí frente a las personas en general. ¿Y qué es ese derecho sino un aspecto de la propiedad? Una acción *in personam* opera, por consiguiente, para proteger un derecho *in rem*, y la dicotomía romana queda desdibujada. De forma similar, yo puedo apelar a una acción *in personam* si alguien me insulta (pág. 278 y sigs.). Ese alguien ha cometido un delito y está obligado a darme satisfacción. Pero este deber debe derivar del incumplimiento de un deber anterior de no insultar a otros, y estos otros han de tener un derecho correlativo a no ser insultados —un derecho frente a personas en general—. ¿No debería éste, por lo tanto, calificarse de derecho *in rem*? ¿O más bien no deberían describirse los derechos *in rem* como grupos de derechos *in personam*? El jurista de Derecho consuetudinario se siente estimulado en esta forma de pensamiento (desde la desaparición del primitivo mandamiento de Derecho) por no tener ninguna acción *in rem* en su propio sistema. Si un jurista de Derecho consuetudinario desea hacer valer la propiedad de su libro, debe afirmar que el demandado está detentándolo o apropiándose de él ilícitamente, en resumen, que está cometiendo un agravio. Véase pág. 291.

devolver la *res*. (Este es el sentido que le da el Derecho consuetudinario al término «acción real».) Puesto que el proceso romano era fundamentalmente un recurso voluntario al arbitraje, y puesto que no había un dispositivo para que el Estado hiciera cumplir las sentencias, el resultado de una acción con éxito lo mismo *in rem* que *in personam*, equivalía simplemente a una orden para que el demandado pagara una cantidad de dinero al demandante, y, era al demandante a quien correspondía hacerla cumplir, si era necesario, mediante la ejecución en la persona o en los bienes del demandado. En un sistema de este tipo no hay lugar a sentencias de restitución específica, o de actuación específica. Y no obstante, tras todo lo dicho, podemos añadir que en muchas acciones *in rem* al demandado, de hecho, se le obligará a devolver el objeto reclamado. Este contraste entre el resultado formal y el real de una acción se alcanzó por medio de un recurso muy sencillo. La fórmula de la acción llevó al juez, si le daba la razón al demandante, a ordenar al demandado que pagara el valor de la cosa, pero sólo si éste dejaba de entregársela al demandante⁴. A primera vista, esto sólo daba una opción al demandado y no le presionaba a tomar un camino en lugar del otro. Pero el demandante tenía otra arma más: se le permitía hacer su propia estimación del valor de la cosa. Es cierto que dicha valoración se hacía bajo juramento, pero el demandante podría normalmente lograr su propósito sin desviarse de la línea que separa el optimismo y el perjurio, y el juez, según parece, no sería en todo caso lo suficientemente astuto como para trazar dicha línea. No obstante, este rasgo no sirve para establecer una diferencia entre acciones *in rem* y acciones *in personam*, ya que se encuentra en ambas, aunque en esta última sólo excepcionalmente.

La respuesta a nuestra pregunta⁵ quizá pueda hallarse mejor comparando dos interpretaciones que se pueden hacer

⁴ La fórmula completa de la *vindicatio* dice lo siguiente: «Si según parece la cosa en cuestión pertenece al demandante de acuerdo con el Derecho civil (*ex iure Quiritium*), entonces, a no ser que por orden del juez el demandado devuelva la cosa, que el juez condene al demandado a pagar al demandante el valor de la misma. Si según parece no es así, que el juez absuelva al demandado.»

⁵ La primera respuesta propia de los juristas romanos podría haber sido que la importancia práctica estriba en el «proceso intermediario» (cfr. MATLAN, *The Forms of Actions at Common Law*, pág. 76), es

de una venta. Si A está de acuerdo en comprar el libro de B por un precio determinado, el Derecho romano le da a A un derecho *in personam* inmediato respecto a la entrega del libro (y a B un derecho concurrente respecto al pago del precio), pero a A no le otorga un derecho *in rem* hasta que el libro haya sido realmente entregado. Sin embargo, algunos otros sistemas le otorgan a A ambos derechos, *in rem* e *in personam*, apenas se ha cerrado el trato⁶. La diferencia entre estas dos interpretaciones reside en sus efectos respecto a terceros. Hay dos situaciones típicas.

i) B tiene todavía el libro y simplemente se niega a entregarlo. Aquí, dejando aparte la cuestión considerada en la página anterior, normalmente no tendrá importancia si A procede *in rem* o *in personam*. En ambos casos obtendrá el valor de la cosa en dinero. Pero B puede ser insolvente y entonces la distinción será crucial. Puesto que, en caso de que la reclamación de A sea sólo *in personam*, ésta ocupará su lugar juntamente con las reclamaciones de todos los demás acreedores que vayan contra los bienes insuficientes de B, mientras que, si es *in rem*, A, por así decirlo, podrá sacar el libro de la quiebra de B y, por consiguiente, satisfacer su reclamación por completo, porque en tal caso ya no es un acreedor, sino un propietario.

ii) El libro ha pasado de las manos de B a las de C —por ejemplo, B ha convencido a A para que pague el precio por anticipado, y luego le ha vendido y entregado el libro a C (esto, o una variante de esto, es uno de los fraudes más corrientes), o bien C lo ha robado y se lo ha comprado a un ladrón—. En tales casos, la interpretación romana concede un recurso a A, si es que tiene alguno, sólo contra B, mientras que las demás interpretaciones le consienten proceder contra B o C. Como es natural, una vez más, dicha diferencia tendrá una importancia real sólo cuando B sea insolvente o

decir, en las medidas que el demandante tomara si el demandado no defendía la acción. En una acción *in rem*, estaba autorizado simplemente a tomar la cosa, puesto que era frente a ésta a la que estribaba su pretensión, mientras que en una acción *in personam*, procedía contra la persona o la propiedad del demandado.

⁶ Esta es en principio la posición del Derecho inglés, pero está tan determinado por normas especiales que el resultado práctico casi siempre es el mismo que en el Derecho romano (véase BUCKLAND y McNAIR, *Roman Law and Common Law*, 2.^a ed., pág. 291 y sigs.).

haya desaparecido, pero ninguna de ambas posibilidades es en absoluto improbable. El hombre que vende a C incumpliendo su contrato con A no es fácil que espere a que se emprenda una acción contra él, e incluso en caso de que se le pueda aprehender, no es probable que sea solvente. El problema que ha de resolver el Derecho es la versión legal del eterno triángulo. Entre dos partes inocentes, ¿cuál ha de sufrir las consecuencias de la acción cometida por un tercero deshonesto? Puede no haber una solución que tenga aplicación práctica y, que al mismo tiempo, sea idealmente justa. La ley ha de escoger la que más interesa a la comunidad en general.

B) CONTRATO Y TRANSMISIÓN

Hay otra laguna más en la ley romana entre derechos *in rem* y derechos *in personam*. Las formas en que éstos se originan se diferencian: el acto que crea un derecho *in personam* no crea un derecho *in rem* y viceversa. La aplicación más importante de este principio estriba en la distinción entre contrato y transferencia. Un contrato crea derechos *in personam* pero no puede crear o transmitir derechos *in rem*. Para ello es necesaria una transferencia, por ejemplo, una acción reconocida por ley como indicada a tal propósito. Acabamos de ver que en la venta de un libro, la propiedad no pasa al comprador por la celebración del contrato, sino por la entrega real del libro. La entrega es la transferencia. Si el objeto vendido no hubiese sido un libro sino una *res mancipi*, como un terreno o un esclavo, habría sido necesaria una transferencia formal mediante *mancipio* o *in iure cessio*⁷. Y de la misma forma, era necesaria una transferencia para la creación o transmisión de derechos *in rem* que no fueran la propiedad⁸. Esta separación entre contrato y transferencia arraiga en el sano, aunque inarticulado, principio de que los derechos *in rem*, puesto que en potencia afectan a todos,

⁷ Véase pág. 146.

⁸ Sin embargo, el principio no se mantenía inviolado ni siquiera en el Derecho clásico (por ejemplo, la creación de *hypotheca* mediante un simple acuerdo, pág. 202) y en el Derecho de Justiniano, cuando los trasposos formales desaparecieron, se olvidó ampliamente (cfr. página 162).

no se han de crear o transmitir en secreto, mientras que no existe la misma objeción por lo que respecta a la creación secreta de derechos *in personam*. De aquí que la transferencia romana sea esencialmente un acto público y visible. *In iure cessio* se produce en un tribunal público⁹. La *mancipatio*¹⁰, pese a ser en su forma un acto privado, exige la presencia de seis ciudadanos romanos, además de las partes, y la razón para un número tan grande debe haber sido el deseo de publicidad más que la necesidad de tener una prueba ulterior, ya que, como contraste, el contrato formal de *stipulatio*, que sólo creaba derechos *in personam*, se podría celebrar válidamente sin necesidad de ningún testigo. De la misma forma, la transferencia informal por medio de la entrega (*traditio*) implicaba en principio la transmisión visible del objeto mismo.

Sin embargo, hay un conflicto, al que tiene que hacer frente cualquier sistema legal, entre el interés de la comunidad en general en la publicidad de las transferencias y el deseo de los individuos de llevar sus asuntos en privado. En el Derecho romano, este último prevaleció con el tiempo en la mayoría de las cosas. En el Derecho clásico, ambos, *in iure cessio* y *mancipatio*, debieron ser totalmente ineficaces para garantizar la publicidad. Pues la *in iure cessio*, era por aquel entonces una forma muy vacía, y los seis participantes en la *mancipatio*, pese a que resultaban adecuados para una comunidad pequeña, no podrían representar un obstáculo para el secreto en una sociedad tan vasta como la Roma imperial. Incluso la *traditio*, que sustituyó cada vez más a las transferencias formales, pudo finalmente realizarse sin ninguna transmisión visible del objeto, de tal forma que en el Derecho romano tardío, como en Derecho inglés evolucionado, a menudo una transferencia, al igual que un contrato, no era más que un documento redactado entre las partes¹¹.

El que la línea de separación entre el contrato y la transferencia resulte desdibujada es quizá inevitable en una so-

⁹ Véase pág. 95.

¹⁰ Véase antes, *ibid.*

¹¹ Véase pág. 162. Había una contienda similar para lograr el traspaso secreto en el Derecho inglés, culminando a principios del siglo XVII con el reconocimiento del sistema de un trato y una venta durante un plazo seguido de una cesión.

ciedad sofisticada y los sistemas modernos suelen emplear otros métodos para asegurar la publicidad relativa a la creación y transmisión de los derechos *in rem*. El único método totalmente efectivo es el registro, exigir que todas las creaciones y transmisiones se inscriban en un registro público. Este método se aplica cada vez más en el mundo moderno, pero obviamente en la práctica puede aplicarse sólo a la tierra (o a algunos bienes muebles excepcionalmente identificables, como los buques o los automóviles) e incluso así, no se puede poner en marcha sin una atenta vigilancia y un cuerpo de administradores experimentados. Esto era algo prácticamente desconocido para el Derecho romano¹². Por lo que se refiere a los bienes muebles, la solución no puede ser sencilla. Como hemos visto, el Derecho romano en principio exigía una entrega real antes de que se transmitiera la propiedad. Mientras que dicha regla se pudo mantener estrictamente, fue posible decir que ninguna propiedad podía transmitirse sin que se transmitiera también la posesión, pero en cambio no se pudo decir que ninguna posesión pudiera transmitirse sin transmitir asimismo la propiedad. Esto habría significado simplemente que desaparecía la distinción entre propiedad y posesión. El ladrón habría poseído lo que había robado. Una regla menos extremada habría podido excluir al ladrón equiparando sólo al poseedor en *bona fide* (por ejemplo, el hombre que inocentemente compra al ladrón) con el propietario, pero esto habría significado una gran incursión en la inviolabilidad de la propiedad. Y ambas, la distinción entre propiedad y posesión y el carácter inviolable de la propiedad, eran fundamentales para el jurista romano¹³.

C) CLASIFICACIONES DE LA «RES»

El Derecho romano clasifica las «cosas» de muy diferentes maneras según los distintos propósitos, pero aquí sólo hace falta considerar tres de dichas clasificaciones.

i) *Res mobiles, res immobiles*. Muchos, por no decir todos, los sistemas legales consideran necesario distinguir la tierra y

¹² Había algo por el estilo para la tierra en el Egipto romano, pero no está claro lo que era precisamente el efecto del registro.

¹³ Véase pág. 148 y sigs., 174.

los edificios que a ella se asocian, de todas las demás propiedades, tanto por su importancia intrínseca, como por el hecho obvio de que no es posible moverla de lugar. El Derecho romano no es una excepción. Las Doce Tablas establecieron dos años como período para la adquisición por prescripción (*usucapio*)¹⁴ de los inmuebles, mientras que uno era suficiente para los bienes muebles; y la distinción era significativa también para otros propósitos. Pero nunca logró la importancia crucial que, en la forma de definición entre propiedad real y personal¹⁵, tiene el Derecho inglés.

ii) *Res Mancipi, res nec Mancipi*. Una distinción mucho más importante en el Derecho civil original fue la peculiarmente romana entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*. *Res Mancipi* eran los esclavos, las bestias de tiro y de carga (bueyes, caballos, asnos, mulas), la tierra itálica¹⁶ y las servidumbres prediales rústicas (por ejemplo, los derechos de paso y de agua) sobre dicha tierra. Todas las demás cosas eran *res nec Mancipi*. La importancia práctica de la distinción era que la *res Mancipi* sólo se podía transferir por medio de la *Mancipatio* (de aquí el nombre) o *in iure cessio*; una mera entrega no tenía efectividad para transmitir la propiedad. Esta era la norma del Derecho civil, pero a finales de la República, el pretor concedió al recipiendario por entrega (el «precarista») casi todo el contenido de la propiedad¹⁷, y entonces la distinción pasó a formar parte de las reliquias técnicas que sirvieron para complicar el Derecho clásico. Se mantuvo nominalmente hasta que fue abolida por Justiniano.

El origen de la distinción se ha debatido mucho¹⁸. ¿Por qué determinadas cosas se consideraban aparte y para ellas

¹⁴ Véase pág. 166 y sigs.

¹⁵ La distinción no es idéntica a la que hay entre bienes muebles e inmuebles y ahora tiene menor importancia de la que solía tener.

¹⁶ Estrictamente, la tierra con capacidad de propiedad romana, y por lo tanto, originalmente, sólo la tierra romana. Cuando se amplió la ciudadanía romana, asimismo, se amplió la zona de tierra con capacidad de propiedad romana hasta que incluyó la totalidad de Italia. Más tarde, de forma ilógica, la ampliación cesó, excepto en que la tierra de algunas comunidades privilegiadas, por la concesión del *ius italicum*, se consideraba como si fuera italiana.

¹⁷ Véase pág. 169 y sigs.

¹⁸ Véase el informe clásico en MAINE, *Ancient Law*, ch. 8 (edic. «World's Classics», pág. 227 y sigs.), y para tratar puntos de vista más recientes, JOLOWICZ, *Historical Introduction*, 2.^a ed., pág. 139 y sigs., y 552 y sigs.

se exigía una transferencia formal y pública? Si se enfoca la cuestión de esta forma, la respuesta obvia es que debieron ser las cosas de mayor importancia en la Roma primitiva, pero no siempre es fácil entender por qué esas determinadas cosas más arriba enumeradas, y no otras, merecieron tener esa importancia tan especial. Desde luego puede ser que la lista original fuera diferente, pero en cualquier caso, a finales de la República las categorías de la *res Mancipi* se volvieron muy cerradas y arbitrarias, sin razón alguna. En este sentido, Gayo señala que los elefantes y camellos, aunque sean bestias de tiro o de carga, sin embargo, no eran *res Mancipi* porque no se conocían cuando se estableció la lista.

iii) *Res corporales, res incorporales*. Como ya hemos visto¹⁹, en la división tripartita que hace Gayo del Derecho en personas, cosas y acciones, hay una distinción implícita entre cosas materiales, como una mesa o una casa, y cosas abstractas, como una deuda o un derecho de paso. Gayo expresa la distinción en términos de *res corporales* y *res incorporales*. En la práctica es importante sólo por una razón. Las cosas incorpóreas no se pueden poseer, desde el momento en que la posesión exige esencialmente un soporte material y, por ello, no se pueden adquirir o transmitir por ningún método que implique la transmisión o adquisición de la posesión. En pocas palabras, las cosas incorpóreas no se pueden adquirir por *usucapio* ni transferir por *traditio*. La distinción, sin embargo, fue inicialmente académica y, como tal, los juristas en general no la emplearon. Pero fue recogida por Justiniano y por ello se convirtió en parte del lenguaje legal de Europa y, en cierta medida, del Derecho consuetudinario. Es una distinción oportuna e indudablemente corresponde a la forma de hablar corriente —un hombre dirá que ha comprado un lote de tierra, un derecho de paso sobre un segundo lote y una opción sobre un tercero—, pero si se analiza con rigor, es ilógica. Identifica la propiedad con el objeto poseído. La manifestación estrictamente comparable con «He comprado el derecho de paso sobre una parcela de tierra» no es «He comprado una parcela de tierra», sino «He comprado la propiedad de una parcela de tierra». En cada uno de los casos yo he adquirido un derecho, la única dife-

¹⁹ Véase pág. 137.

rencia es que el derecho de propiedad es más amplio que el de paso. No obstante, los romanos prefirieron pensar en términos de bienes que de derechos, y contemplaron el derecho de paso y la tierra como bienes equivalentes. No sintieron necesidad de establecer una distinción clara entre la propiedad y su objeto, desde el momento que para ellos sólo se podían poseer las cosas corpóreas y, por consiguiente, la *res corporalis* cambia de significado de acuerdo con su contexto. Cuando los romanos dicen que sólo se puede poseer una *res corporalis*, se está refiriendo a la cosa misma; cuando hablan de la adquisición de una *res corporalis* se refieren a la adquisición de la propiedad.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE LOS DERECHOS REALES

BIENES

SEXTA EDICION

TOMO I

© ANTONIO VODANOVIC H.
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago
Inscripción N° 85.830

Se terminó de reimprimir esta sexta edición
de 600 ejemplares en el mes de enero de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE
ISBN 956-10-1027-5



DE LOS DERECHOS REALES EN GENERAL

1. DENOMINACIONES DEL TRATADO DE LOS DERECHOS REALES. Los derechos reales es decir, aquellos derechos patrimoniales que confieren un señorío o poder inmediato sobre la cosa, ocupan una vasta sección en las obras doctrinarias en los códigos legislativos. Pero ni en las unas ni en los otros el tratado de los derechos reales se desarrolla bajo una denominación común o uniforme.

En algunos casos el nombre se liga al *derecho objetivo*, al que da las reglas y entonces se habla del *Derecho de cosas* (Código Civil alemán, Código Civil portugués), aludiéndose así al conjunto de normas que en el respectivo cuerpo legal gobierna o regula los derechos subjetivos que se tienen directamente sobre las cosas. En otros casos, el título no considera el derecho objetivo sino que alude a los *derechos subjetivos*, y entonces se habla de *derechos reales* (Código Civil argentino, Código Civil suizo).

Y la variedad de nombres continúa. Hay códigos, por ejemplo, el Civil de Etiopía de 1960, en que el libro sobre los derechos reales lleva el amplio título *De los bienes*. Es el mismo que en sus obras adopta la mayoría de los autores franceses y chilenos¹. Se toma aquí la palabra en dos acepciones: en la de cosas sobre las que recaen los derechos reales y en la de los derechos reales mismos. Pues, de acuerdo con un sentir, que se parece de lógico y no sofisticado, los derechos son igualmente bienes, cosas incorpóreas, y aun podría decirse que son los verdaderos bienes, ya que las cosas por sí solas valen menos que los derechos que sobre ellas puedan tenerse, por lo cual —terminan estos pensadores— hablando con propiedad son los derechos los que representan un valor, un bien y no las cosas mismas. A nosotros no nos satisface, en el ámbito circunscrito de nuestro estudio, dar a la palabra *bienes* el significado comprensivo de derechos reales, porque, siguiendo el mismo criterio, habría que incluir también los derechos personales o créditos, como quiera que es incuestionable que a su vez, constituyen un valor patrimonial, un bien constituido por una cosa incorporal (C. Civil, art. 565, inciso 3°).

Consideración especial merece el Código Civil italiano de 1942. Su Libro III se titula simplemente "De la propiedad" (arts. 810 a 1.172), aun cuando se ocupa también de todos los demás derechos reales. ¿Por qué esa denominación? Seguramente porque ninguno de los otros derechos reales deja de estar ligado al dominio o propiedad, que es el derecho real por excelencia.

Una senda parecida a la del Código Civil italiano siguen muy contados autores. Entre ellos pueden citarse los canadienses Goulet, Robinson y Shelton, cuyo libro sobre derechos reales se intitula *Théorie générale du domaine privé* (Quebec, 1982).

En cuanto al *Código Civil chileno*, su Libro II se llama "De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce" (arts. 565 a 950). Sin duda, este título señala con exactitud el contenido del Libro, que después de precisar en qué consisten los bienes, hace diversas clasificaciones de ellos y regula el derecho de propiedad y los de uso y goce (usufructo, uso, habitación, servidumbres prediales) y el poder de hecho que sobre los bienes puede tenerse (posesión).

2. LEYES CHILENAS QUE TRATAN DE LOS DERECHOS REALES. En nuestro Derecho Positivo las normas sobre los derechos reales se encuentran principal pero no totalmente en el Libro II del Código Civil; en este mismo cuerpo legal, en el Libro IV, llamado "De las obligaciones en general y de los contratos", se regulan, conjuntamente con los respectivos contratos, los derechos reales de prenda y de hipoteca y, además, el censo, que, como veremos más adelante, es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga ésta (C. Civil, art. 579). El Libro III del Código Civil está consagrado a la *sucesión por causa de muerte y a las donaciones entre vivos*, y ahí se disciplina el derecho real de herencia y, en el Libro IV, su cesión (arts. 1909 y 1910).

Multitud de otras leyes, especiales algunas, y otras complementarias del Código Civil, integran el ordenamiento jurídico chileno de los derechos reales. Por vía de ejemplo pueden citarse las leyes sobre propiedad por pisos o departamentos, el Código de Aguas, la Ley de Propiedad Indígena, las leyes sobre prendas especiales (sin desplazamiento, industrial, agraria y otras), la ley general de prenda sin desplazamiento, la de hipoteca de naves marítimas, normas del Código Aeronáutico, el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, etc. Generalmente se incluyen en esta enumeración las leyes sobre propiedad intelectual y propiedad industrial, pero, en opinión de muchos, tales propiedades forman una categoría aparte de los derechos reales, llamadas de los derechos intelectuales, en sentido amplio.

También las normas adjetivas, o sea, las que regulan el procedimiento judicial para la aplicación de las leyes sustantivas o de fondo, se refieren a la propiedad u otros derechos reales y a la posesión. Así, cabe citar la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiación (Decreto Ley N° 2.186, publicado en el Diario Oficial de 9 de junio de 1978). En el Código de Procedimiento Civil hay un cúmulo de normas que regulan la defensa en juicio de

la posesión de los bienes raíces o de otras situaciones con ellos relacionadas (arts. 549 y siguientes).

3. DIVISIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES: REALES Y PERSONALES. Los derechos patrimoniales se dividen en reales y personales.

Derechos reales son aquellos que atribuyen a su titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa, señorío o poder que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más amplio o menos amplio.

Derechos personales, llamados también de crédito o de obligación, son aquellos que nacen de una relación inmediata entre dos personas, en virtud de la cual una (deudor) está en la necesidad de cumplir una determinada prestación (dar, hacer o no hacer) en favor de la otra (acreedor), que, por su parte, está facultada para exigirlos.

Nuestro Código Civil da definiciones que en el fondo, por cierto, dicen lo mismo. Expresa que "derecho *real* es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona" (art. 577, inc. 1°). Con estas últimas palabras quiere significarse que el derecho real es un poder inmediato sobre la cosa, porque ese derecho no se tiene con relación a alguna persona, por mediación de ésta, ya que no otra inteligencia puede darse a la frase "sin respecto a determinada persona". Agrega el Código que "son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones *reales*" (art. 577, inc. 2°).

En seguida, el Código Civil declara que "derechos *personales* o *créditos* son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, como el (derecho) que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones *personales*" (art. 578).

4. ORIGEN HISTÓRICO DE LA DISTINCIÓN DE DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES. No vamos a detenernos en la cuestión relativa a especular qué nació primero en el mundo jurídico, si el derecho real o el personal; pero diremos sí que los romanos, aun cuando distinguieron bien, en un momento determinado de su historia, los derechos reales y personales, nunca formularon directamente, en forma general, la hoy clásica distinción, que sólo aparece implícitamente reconocida en la distinción entre acciones reales y personales, deduciendo los intérpretes que aquéllas protegían a los que hoy llamamos derechos reales, y éstas a los derechos personales o de crédito. Veamos uno de los textos que prueban la aseveración. Es del jurista Gayo. En su compendio, breve y claro, llamado *Instituciones*, dado a la luz en el siglo II de nuestra era, dice: "La división más exacta de las acciones comprende dos géneros: acciones reales y acciones personales. La acción es personal cuando la ejercitamos contra alguno que nos está obligado por razón de un contrato o de un delito, o sea, cuando sostenemos en juicio que una persona nos está obligada a dar, hacer o prestar alguna cosa. Y la acción es real cuando

pretendemos que una cosa corporal nos pertenece o nos compete una servidumbre...". (Comentario 4; título 1º, párrafos 1 a 3). Con palabras diferentes expresan igual pensamiento el *Digesto*² y las *Instituciones* de Justiniano³.

5. DE DÓNDE VIENE EL NOMBRE DE DERECHOS REALES. De las explicaciones anteriores fluye que el nombre de derechos reales dado a los derechos que atribuyen a su titular un poder inmediato sobre la cosa no arranca de las fuentes romanas, aunque la palabra *real* se entronca en este caso con la latina *res*, que en una de sus principales acepciones significa *cosa*.

La expresión *ius in rem*, derecho sobre la cosa, referida al derecho real, no es de los romanos, pero sí de los romanistas, es decir, de los doctos en Derecho romano. Fue introducida en la Edad Media por el uso de las escuelas y aparece en una obra intitulada *Brachilogue iuris civilis* o *Corpus legum*. Se trata de un compendio del derecho justiniano redactado en Lombardía, a fines del siglo XI o comienzos del XII. Su autor, al hablar de las acciones, busca las causas de que nacen, y establece que la *actio in rem* deriva de un *ius in rem*, así como la *actio in personam* surge de un *ius in personam*, un derecho personal o de obligación. En el siglo XIII, las denominaciones aludidas se emplean por las constituciones pontificias. En fin, los glosadores o comentaristas del Derecho romano, siguiendo la idea de que la acción se origina en un derecho, enunciaron como paralelo de la distinción entre acciones reales y personales, la oposición entre el *ius in rem* y el *ius in personam* u *obligatio*. De esta manera llegó la distinción a los juristas modernos, y vemos la conclusión de los escolásticos de la Edad Media reverdecir en nuestro Código Civil cuando dice que de los derechos reales nacen las acciones reales y de los derechos personales o créditos nacen las acciones personales (arts. 577 y 578).

6. CONCEPTO DEL DERECHO REAL. Hemos dicho que el derecho real es el poder directo e inmediato sobre una cosa, poder o señorío que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más amplio o menos amplio. La mayor o menor amplitud depende del contenido del derecho de que se trate. Por ejemplo, el dominio o propiedad es el derecho más amplio, porque contiene el cúmulo máximo de facultades; en contraste, el derecho real de habitación es uno de los más limitados, pues se reduce sólo a la facultad de morar en una casa.

El poder jurídico que se tiene sobre la cosa no implica necesariamente la utilización material de ella; basta que procure al titular del derecho real ventaja de cualquier orden, generalmente económica. Así, por ejemplo, si mi vecino se obliga a no construir ninguna obra de altura en el jardín posterior de su casa, colindante con la mía, y al respecto se establece la servidumbre negativa, yo, titular activo de esa servidumbre, ni siquiera toco

² Libro 44, título 7, ley 25.

³ Libro 4º, título 6º, párrafo 1.

el jardín ajeno, pero es indudable que reporto una ventaja pecuniariamente estimable, al asegurar con dicha servidumbre, verbigracia, el no oscurecimiento de mi propiedad o, aun, la simple visión estética de la misma. Tampoco hay utilización física de la cosa ajena cuando sobre ella se constituye una prenda o una hipoteca, caso en que la ventaja reside en vincular el bien gravado al crédito para que, si éste no es satisfecho, el acreedor pueda hacerlo efectivo sobre el valor del bien a través de su venta en pública subasta.

El poder sobre la cosa es directo e inmediato, porque para ejercerlo el titular del derecho no necesita de la mediación de nadie. La persona que tiene el derecho de propiedad sobre una casa, conforme a su sola voluntad, la dedicará a habitación suya, a arrendarla o la venderá sin que le sea preciso recurrir a otro sujeto, al revés de lo que le sucede al arrendatario, que, para habitar la casa, necesariamente ha debido recurrir a su dueño para que se la dé en arrendamiento.

7. DERECHO PERSONAL. Hemos dicho —con estas u otras palabras— que el derecho personal, llamado también crédito, es el que nace de la relación de dos personas, en virtud de la cual una de ellas (deudor) se encuentra en la necesidad de cumplir una prestación (dar, hacer o no hacer algo), y la otra (acreedor) tiene la facultad de exigir tal prestación.

La prestación debida puede consistir, por ejemplo, en la transferencia de una casa; en el pago de una suma de dinero; en la concesión del uso de una cosa; en la ejecución de un trabajo; abstenerse de alguna actividad, como la de no construir sobre el propio fundo nada que sobrepase determinada altura; no instalar un establecimiento comercial similar al que se vendió, etc.

8. CARACTERES DEL DERECHO REAL COMPARADOS CON LOS DEL DERECHO PERSONAL. El derecho real y el personal se diferencian en cuanto: a) a sus elementos constitutivos; b) al objeto; c) a la determinación de éste; d) al carácter absoluto del uno y relativo del otro; e) acciones a que dan lugar; y f) prerrogativas del derecho real de que generalmente carece el derecho personal.

9. a) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE UNO Y OTRO DERECHO. El derecho real consta sólo de dos elementos: la persona, el sujeto activo del derecho, y la cosa, objeto del derecho. Por el contrario, en el derecho personal, además del sujeto activo o titular del derecho y el objeto del mismo, interviene otro elemento, el deudor o sujeto pasivo del derecho. Con la cooperación de este intermediario entre el titular y el objeto del derecho es indispensable contar para la realización del derecho personal; de su comportamiento depende que la obligación se cumpla, que el crédito se pague. En cambio, la obtención de las utilidades que proporciona el derecho real depende sólo de su titular, sin que sea menester la actividad jurídica de un tercero. Pedro, para pasearse por su casa, no necesita, jurídicamente, de nadie, como tampoco para venderla o coger los frutos que en sus árboles haya.

10. b) DIFERENCIA EN CUANTO AL OBJETO. El objeto del derecho real es siempre una cosa; el del derecho personal puede ser la prestación de una cosa, de un hecho o de una abstención.

Después veremos que, según algunos, el objeto del derecho real debe ser necesariamente una cosa *corporal*, aunque otros, reconociendo ciertas peculiaridades, admiten que también lo pueda ser una inmaterial (creaciones del espíritu, producciones del talento o del ingenio).

11. c) DIFERENCIA EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO. La cosa objeto del derecho real es determinada en su individualidad; el objeto del derecho personal no es sino una prestación, es decir, la realización de un hecho, o la abstención de llevar a cabo uno, o la entrega de una cosa, que puede no ser individualmente determinada, sino sólo serlo en su género (cien quintales de trigo, cualquier camisa de seda, dos películas cinematográficas de tema policial, cualesquiera que ellas sean).

12. d) CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO REAL Y RELATIVO DEL PERSONAL. El derecho real es absoluto; el personal, relativo.

Por derecho absoluto se entiende aquel derecho cuyo titular puede hacerlo valer contra todos los demás sujetos (*erga omnes*), porque se estima que sobre todos ellos pesa el deber de no perturbar ni violar el derecho mismo.

Por derecho relativo se entiende el derecho cuyo titular puede hacerlo valer sólo contra una o más personas determinadas, ligadas por un vínculo específico.

¿Quiere decir lo anterior que fuera de estas personas determinadas, las otras no están obligadas a respetar un derecho relativo? Claro que no. Cuando un tercero ajeno al vínculo que supone el derecho relativo perturba el ejercicio de éste, el derecho que toca invocar en la acción correspondiente no es naturalmente ese derecho, sino otro, como el de no ser injustamente dañado en la persona o en los intereses. Vayamos al ejemplo esclarecedor. Si en mi ausencia el arrendador saca todo lo que tengo en la casa que arriendo, impidiéndome volver a ella, a pesar de no haber terminado el plazo del contrato ni haber causal alguna para ponerle término anticipado, es indudable que en la demanda que interponga haré valer el derecho al uso de la casa dimanante del contrato de arrendamiento, uso que en virtud de éste hállase obligado a proporcionarme. Es evidente que si un tercero extraño ejecuta idénticas maniobras, en la demanda que entable en su contra no podré invocar el contrato de arrendamiento por no haber respetado mi derecho al uso de la casa, porque el respeto a tal goce no emana de un contrato en que él no intervino, sino de la obligación general de no dañar injustamente al prójimo (C. Civil, art. 2314).

Es trascendente la diferencia entre el derecho real y el personal marcada por el carácter absoluto del uno y el relativo del otro, como quiera que el primero compromete a todo el mundo y el segundo sólo a las personas que originan la relación jurídica y a los continuadores de ellas, sus herederos. Si

... que mi propiedad no pierda luz convengo con el vecino establecer, a

favor de mi predio, la servidumbre de no hacer en el predio construcción alguna que sobrepase determinada altura, querrá decir que la servidumbre persistirá aun cuando el predio vecino cambie de dueño varias veces, porque la servidumbre es un derecho real que debe ser respetado por terceros; pero, en cambio, si la obligación de no construir nada que sobrepase cierta altura se conviene como un simple derecho personal, los sucesivos adquirentes del fundo vecino no estarán obligados a aceptar la mencionada limitación a sus derechos, porque ella, como derecho personal, sólo compromete al primitivo propietario que la convino.

Excepcionalmente, hay casos en que los derechos personales dimanantes de un contrato obligan a terceros, pero no por tal circunstancia se transforman en derechos reales, ya que no recaen sobre la cosa, sino que aseguran la persistencia de la prestación del deudor respecto de la cosa. Un ejemplo típico lo encontramos en la disposición del Código Civil según la cual estarán obligados a respetar el arriendo: 1° todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo; 2° todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios; 3° los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador antes de la inscripción hipotecaria, pudiendo, el arrendatario de bienes raíces, requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura (C. Civil, art. 1962, y Ley General de Bancos, art. 101).

Gran relieve alcanza la característica del derecho real de poder hacerse valer contra todos, incluso los adquirentes de la propiedad de la cosa, tratándose de los derechos reales de garantía, como la prenda y la hipoteca. Porque si la cosa garante se enajena a un tercero, esto no obsta a la subsistencia de la garantía y a que el acreedor prendario pueda satisfacer su crédito con el valor de la cosa que se obtenga a través de la subasta pública de ella. No goza de esta seguridad el acreedor que carece de una garantía real y sólo tiene la llamada garantía genérica o derecho de prenda general que habilita al acreedor para perseguir la ejecución de su crédito sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, excepto los que las leyes declaren inembargables (C. Civil, art. 2465). Esta garantía genérica no tiene carácter real y no recae sobre ningún bien determinado ni lo sigue en manos de terceros, sino que recae sobre todo el patrimonio en general, que, como se sabe, tiene una composición variable, pues tiene un fluir constante de entrada y de salida de bienes y en un momento dado la garantía que ofrezca puede ser nula por estar recargado de deudas y vacío de bienes.

Podría preguntarse qué razón hay para que los derechos personales o créditos no puedan hacerse valer, como los derechos reales contra los terceros adquirentes. La inoponibilidad de los créditos a los terceros adquirentes se justifica por la exigencia de hacer más simple, expedito y seguro el régimen de la circulación de los bienes. Y para proteger al acreedor no es necesario establecer en general dicha inoponibilidad, porque aun en el caso en que un tercero obrara en connivencia con el deudor para adquirir bienes

de éste, disminuyendo así la garantía genérica a favor del acreedor, la ley ha previsto la posibilidad de impugnar tal adquisición mediante la acción revocatoria, llamada también pauliana, en honor del pretor romano Paulo, que la introdujo en el ordenamiento jurídico de su país. En términos generales, esa acción es la que tiene el acreedor para revocar los actos jurídicos celebrados por el deudor en fraude de sus derechos.

Como contrapartida puede hacerse presente que hay casos en que el derecho real no es oponible a terceros adquirentes. Por ejemplo, el dueño de una cosa corporal mueble no puede reivindicarla en el caso que el poseedor de ella la haya comprado en una feria, tienda o almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, el poseedor no está obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla (C. Civil, art. 890).

Lo anterior demuestra que la nota diferencial en estudio, relativa al derecho real y el personal, como otras, sufre atenuaciones.

13. e) DIFERENCIACIÓN EN CUANTO A LAS ACCIONES A QUE DAN LUGAR. La antítesis entre el carácter absoluto del derecho real y el relativo del derecho personal o crédito se refleja también, naturalmente, en el campo procesal. Por eso el Código Civil dice —según lo advertimos antes— que de los derechos reales nacen las acciones reales y de los derechos personales las acciones personales (arts. 577 y 578). Personal es, pues, aquella acción destinada a tener eficacia sólo contra una o más personas determinadas, el deudor o los deudores; solamente ellos pueden ser los sujetos pasivos de la acción. Esta recibe el nombre de personal porque el derecho que se reclama afecta a la persona del demandado, el deudor, en cuanto debe cumplir una obligación. Y se llama acción real aquella destinada a tener eficacia contra todos (*erga omnes*), o sea, cualquiera persona puede ser legitimado pasivo de la acción. Su nombre se explica porque el derecho que se reclama no afecta a la persona, sino a la cosa (*res*), como en la reivindicación, en la que el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, pide que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (C. Civil, art. 889). La causa por la que se acciona es el derecho real de dominio que faculta para poseer la cosa sobre la que recae.

La acción real, antes que sea turbado o vulnerado el derecho que protege, no se sabe contra quién podrá dirigirse; lo único que se sabe de antemano es que si la acción llega a ejercerse, lo será con relación a tal o cual cosa. Por eso —según se advirtió— la acción se califica de real, *in rem*. En cambio, el titular del derecho personal sabe desde un comienzo que el demandado será el deudor del crédito, si llega a ser necesario ejercitar la correspondiente acción, y por eso también ésta se califica de personal, *in personam*.

14. f) PRERROGATIVAS DEL DERECHO REAL DE QUE GENERALMENTE CARECE EL PERSONAL: DERECHO DE PERSECUCIÓN Y DERECHO DE PREFERENCIA. Del carácter absoluto del derecho real, y por afectar a la cosa misma, derivan las prerrogativas que

concede; el derecho personal se ejercita contra la persona obligada y, en principio, sólo surte efecto contra una cosa determinada del deudor, si se halla en poder de éste. El derecho real, por el contrario, protege la posesión del titular con respecto a la cosa, cualesquiera que sean las manos en que ella se encuentre.

Las prerrogativas del derecho real se traducen en el llamado derecho de persecución y en el de preferencia.

El *derecho de persecución* es la prerrogativa del titular de un derecho real para perseguir el ejercicio de éste sobre la cosa misma sometida a él y contra todo poseedor o detentador de ella.

El *derecho de preferencia* es la prerrogativa en virtud de la cual el titular de un derecho real puede excluir, por lo que se refiere a la cosa objeto de su derecho, a todos aquellos que sólo tienen un derecho de crédito o que no tienen sino un derecho real de fecha posterior.

Por regla general, las dos prerrogativas enunciadas no se dan respecto de los derechos personales. Porque el objeto directo de éstos es un hecho positivo o una abstención del deudor y no un bien determinado, aunque indirectamente la obligación tenga por objeto una cosa que deba proporcionarse al acreedor.

Sólo en casos muy excepcionales y taxativos un derecho personal o crédito goza del derecho de persecución o prefiere a otro y a un derecho real sobre la cosa en que éste recae. Un ejemplo típico de tal excepcionalidad lo ofrece el Derecho Comercial Marítimo, caracterizado por su particularismo o peculiaridades. A ciertos acreedores (como los miembros de la dotación del barco por sus remuneraciones y otros beneficios) les reconoce el derecho de perseguir la nave en poder de quien se encuentre y hacerse pagar con su producto preferentemente a los demás acreedores (incluso, en ciertos casos, a los hipotecarios), según el orden que la ley señala. El derecho de persecución de que se habla faculta para solicitar la retención o arraigo de la nave en cualquier lugar donde ella se encuentre, de acuerdo con las normas que la ley indica (C. de Comercio, art. 843).

15. DIVERSAS TEORÍAS SOBRE LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. Las ideas anteriormente expuestas sobre los derechos reales corresponden más o menos a la llamada teoría clásica; pero hay puntos controvertidos que han dado margen a la formación de otras teorías para caracterizar los derechos reales.

La teoría clásica sostiene fundamentalmente que el derecho real es diferente del derecho personal, no sólo en cuanto a sus caracteres específicos, sino también por lo que atañe a los esenciales. La diferencia no es de grado, sino de *esencia* entre una clase de derecho y otra.

16. a) TEORÍA PERSONALISTA U OBLIGACIONISTA. Una de las principales corrientes adversas a la teoría clásica es la *personalista*. Su tesis es monista y unitaria, porque asimila el derecho real al personal. Todos los derechos patrimoniales serían personales. No habría diferencia esencial entre el derecho real y

el personal, sino algunas puramente secundarias. Todo derecho, por definición, es una relación entre personas. No se concibe, en el orden jurídico, una relación entre una persona y una cosa, como dan por sentado los que definen el derecho real diciendo que es una relación directa entre una persona y una cosa. El derecho real —afirma Planiol, uno de los principales sostenedores de la teoría personalista u obligacionista— es una relación obligatoria, cuyo sujeto activo es simple, está constituido por una sola persona, al revés del sujeto pasivo, que es ilimitado en su número y comprende a todas las personas que están en relación con el sujeto activo, es decir, la comunidad entera. La obligación de todas las personas frente al titular del derecho real es únicamente pasiva, la de abstenerse de violar o perturbar el pacífico goce que este último haga de su derecho.

La teoría de que el derecho real se reduce a una obligación pasivamente universal ha sido refutada. Desde luego, se dice que hablar de una relación jurídica de un sujeto con todos los coasociados no tiene sentido. Para escapar a esta crítica se contesta que, en realidad, sujeto pasivo del derecho real no son todos, sino sólo aquellos que, de hecho, pueden entrar en contacto con la cosa, sin tener derecho para entrometerse, y ellos se revelan el día en que violan su obligación de no inmiscuirse en el goce de la cosa objeto de un derecho ajeno. En seguida se reprocha a la teoría personalista una confusión de ideas, pues la pretendida obligación pasivamente universal no es sino el deber general y vago que se impone a cada uno de los miembros de la comunidad de respetar la ley y los derechos ajenos, lo cual no es una obligación en sentido técnico, que implica una restricción precisa y concreta impuesta a los deudores. En fin, se imputa también a la teoría obligacionista una petición de principio, es decir, una inconsecuencia lógica consistente en suponer como ya probado lo que se quiere demostrar. En efecto, se hace ver que el sujeto activo puede exigir de los sujetos pasivos que no le causen perturbaciones; muy bien —dicen los impugnadores de la teoría—, pero —agregan— perturbaciones ¿en qué? Indudablemente en una esfera de acción que al sujeto activo le debe haber sido delimitada *con anterioridad* en relación a la cosa, y éste es propiamente el derecho real.

17. b) TEORÍA ECLÉCTICA. Para esta teoría hay una diferencia fundamental entre los derechos reales y los personales, aunque armoniza ideas de la teoría clásica y de la personalista. En realidad, aseguran, los elementos constitutivos del derecho real son dos:

1) la relación del sujeto con la cosa, que permite al primero recabar por sí solo de la cosa las utilidades que ésta es capaz de proporcionar, correspondiéndole, por consiguiente, un poder autónomo;

2) la obligación (de contenido negativo) que tienen los terceros de no invadir aquella relación autónoma y directa entre el sujeto y la cosa. El primero es el elemento interno, el contenido económico o estático del derecho real; el segundo es el elemento externo o dinámico, la garantía jurídica de aquel contenido económico. Ambos elementos tienen importancia y deben considerarse en la definición de derecho real que, de acuerdo con estas

ideas, se formula así: "Derechos reales son aquellos derechos privados que atribuyen un poder de inmediata dominación sobre una cosa, oponible a cualquiera".⁴

Esta teoría puede aceptarse totalmente, pero nada nuevo sustancial agrega a la teoría clásica.

18. c) TEORÍA ECONÓMICA. De acuerdo con la teoría económica, al igual que la clásica, hay una separación irreductible entre el derecho real y el derecho personal, pero basada en la diversidad de contenido de uno y otro: el contenido del primero es el fenómeno económico de la apropiación de riqueza; el del segundo, el fenómeno económico del servicio. Y, así, define el derecho real como "una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra de manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de *apropiación* de una persona. El derecho de crédito o personal es, por el contrario, una relación de derecho por virtud de la cual la *actividad* económica o meramente social de una persona es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observar". El derecho real se refiere, pues, a la *apropiación de una riqueza*, en tanto que el derecho de crédito tiende al aprovechamiento de los *servicios ajenos*.⁵

19. d) TEORÍA REALISTA U OBJETIVA. Los propugnadores de esta teoría, como los de la personalista, también son partidarios de una concepción *monista*, pero al revés de aquella, que asimila el derecho real al personal, los partidarios de la teoría realista asimilan el derecho personal al real. Identifican la obligación o el derecho personal con el real. Afirman que el derecho de crédito se ha despersonalizado para irse patrimonializando. Y Gazin dice que el derecho personal es un derecho real indeterminado en cuanto al objeto sobre que recae. Saleilles, que es el representante más moderado de esta teoría, expresa que cuando se contrae la obligación de pagar una suma de dinero, lo importante es que sea pagada; la personalidad del que paga puede ser indiferente y además la presencia actual de un acreedor no es indispensable para la existencia misma de la obligación; la personalidad del acreedor podrá venir después, como ocurre cuando una persona emite un título al portador, obligándose para con aquel que le entregue ese título.

Gaudemet, exagerando las ideas de Saleilles, afirma que es el patrimonio quien debe al patrimonio. El derecho personal no es ya un derecho sobre la persona, es un derecho sobre los bienes; su única diferencia con el derecho real es que no afecta privativamente a una cosa determinada, sino colectivamente a un patrimonio externo. En esta forma el derecho personal

⁴ LUDOVICO BARASSI, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción del italiano, vol I, Barcelona, 1955, págs. 111-112.

⁵ JULIEN BONNECASE, *Précis de Droit Civil*, tomo II, París, 1934, págs. 622-623.

-para usar los términos de Bonnecase- es un aprovechamiento de la riqueza y no de un servicio.

20. CONCLUSIÓN. Todas las teorías anteriores han sido objeto de críticas, cuya exposición omitimos en obsequio a la brevedad y porque, en conclusión, ponderados en su esencia pura, el derecho real y el derecho de crédito son, como lo sostiene la teoría clásica, irreductibles el uno al otro, porque el primero tiene por objeto una cosa material, al menos en principio, y el segundo un acto o una abstención.

21. NÚMERO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. El número de derechos reales es cerrado (*numerus clausus*), es decir, sólo existen los tipos que las leyes expresamente establecen. En cambio, los derechos personales o de crédito pueden crearse libremente por los particulares.

"Los derechos reales se distinguen, según se ha explicado antes, por su contenido. En cuanto a relaciones de señorío autónomo sobre la cosa, pueden contener dos categorías de facultades:

a) la facultad de disfrute directo de la cosa (en relación a la cual tiene ésta un valor de uso y es un bien directo), o sea, el goce de los frutos (*frui*) y el uso directo de la cosa (*uti*);

b) la facultad de utilización indirecta de la misma, o sea, de su valor de cambio; aquí la cosa es sólo un bien instrumental, un medio para obtener dinero.

Así, pues, los derechos reales se dividen en:

derechos reales de goce o disfrute, entre los cuales se encuentran el derecho de propiedad (el más amplio señorío de goce sobre una cosa) y otros derechos con un poder más limitado de goce o disfrute: los derechos reales de goce limitado, a saber: usufructo, uso, habitación, servidumbre; y

derechos reales de garantía; su contenido es el poder de provocar (en la forma procesal adecuada) la venta forzosa de la cosa para obtener dinero; son derechos reales limitados de garantía: la prenda y la hipoteca".⁶

22. ENUNCIACIÓN DE LOS DERECHOS REALES CONSAGRADOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL. El Código Civil declara que son derechos reales el de dominio o propiedad, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda, el de hipoteca y el de censo en cuanto se persigue la finca acensuada (arts. 577 y 579).

A continuación enunciamos, uno a uno, los citados derechos reales.

1) *Dominio o propiedad*. Conforme a la definición analítica del Código Civil chileno, "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 la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama *mera o nuda propiedad*" (art. 582).

Observemos que el Código, en esta definición, establece que el objeto de la propiedad es una cosa *corporal*. Más adelante veremos que también se habla de "una especie de propiedad", en que el objeto serían cosas inmateriales, producciones del intelecto. Oportunamente señalaremos dos puntos de vista al respecto, es decir, si se trata o no del mismo tipo de propiedad que recae sobre cosas corporales.

Una definición sintética de la propiedad dice que propiedad es la general dominación sobre una cosa corporal.

2) *Herencia*. El derecho real de herencia no está definido por el legislador, pero se dice que es el derecho real que se tiene sobre la totalidad del patrimonio de una persona difunta, excepto los derechos intransmisibles, o sobre una cuota del mismo.

Se ha negado por algunos el carácter de derecho real de la herencia en razón de que todo derecho real debe recaer sobre una cosa corporal, y la herencia no lo es; ésta -se afirma- es una categoría de derechos absolutos, pero no un derecho real. Sin embargo, resulta que nuestro Código al definir el derecho real dice que es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona (art. 577, inc. 1°), y al hablar de cosa no distingue, al revés de lo que hace con el dominio, si la cosa es corporal o incorporea y, además, expresamente, enumera el derecho de herencia entre los derechos reales.

También se sostiene que, en puridad de verdad el derecho de herencia no es un derecho distinto del dominio o propiedad que el difunto tenía sobre sus bienes. Pero se ha refutado argumentando que el carácter universal es propio del derecho de herencia y lo distingue del derecho de dominio que versa sobre una cosa singular determinada, y el primero está provisto de una acción propia, la de petición de herencia, en tanto que el segundo tiene la suya, la acción reivindicatoria.

Es característica del derecho de herencia el de ser un *derecho universal*; no recae sobre cosas determinadas, individualizadas, sino sobre el total o una cuota del patrimonio transmisible del difunto.

El derecho de herencia no tiene propiamente naturaleza mueble ni inmueble, pues su objeto no son las cosas muebles ni inmuebles que pueda contener, sino el patrimonio mismo o una parte o cuota intelectual de él, y, como se sabe, el patrimonio es una cosa incorporea o, mejor, una abstracción jurídica.

Otra característica del derecho de herencia es su duración limitada. Su misión práctica es servir como enlace o vínculo de continuidad entre el derecho de dominio ejercido por el difunto sobre sus bienes y el que ejercerá el heredero una vez efectuadas la partición y liquidación de la comunidad hereditaria formada a la muerte del causante. La herencia tiene, pues, carácter provisional y está condenada a ser reemplazada por el derecho de dominio, una vez producida la singularización de los bienes en el patrimonio de los herederos adjudicatarios.

⁶ BARASSI, *Instituciones citadas*, vol. I, págs. 113-115.

3) *Derechos de usufructo, uso y habitación.* El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible (C. Civil, art. 764).

El uso y la habitación no son más que usufructos restringidos; son derechos reales menos amplios que el usufructo. El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama *derecho de habitación* (C. Civil, art. 811).

El derecho de usufructo supone dos derechos coexistentes: el del nudo propietario y el del usufructuario. Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa del usufructuario al nudo propietario, y se consolida con la propiedad (C. Civil, art. 765).

4) *Servidumbres activas.* *Servidumbre predial*, o simplemente *servidumbre*, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. Se llama predio *sirviente* el que sufre el gravamen, y predio *dominante* el que reporta la utilidad. Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama *activa*, y con respecto al predio sirviente, *pasiva* (C. Civil, arts. 820 y 821).

Las servidumbres o son *naturales*, que provienen de la natural situación de los lugares, o *legales*, que son impuestas por la ley, o *voluntarias*, que son constituidas por un hecho del hombre (C. Civil, art. 831).

Ejemplo de una servidumbre legal es la de tránsito; a ella se refiere el Código Civil al preceptuar que "si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarcido todo otro perjuicio" (art. 847).

5) *El censo.* El Código Civil dice que "se constituye un censo cuando una persona contrae la obligación de pagar a otra un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente, y gravando una finca suya con la responsabilidad del rédito y del capital. Este rédito se llama *censo* o *canon*; la persona que le debe, *censuario*, y su acreedor, *censualista*" (art. 2022).

En otras palabras, el censo es la obligación que una persona contrae por haber recibido un capital o reconocer que lo adeuda, obligación que consiste en pagar un rédito a otra persona, gravando en garantía del rédito y del capital una finca de su propiedad. Ejemplo: Primus vende un fundo a Secundus en cincuenta millones de pesos, conviniéndose que esta suma quede en poder del comprador Secundus, el cual constituye un censo, es decir, se obliga a pagar un rédito anual al vendedor Primus, gravando en garantía la finca. También puede Primus donar cincuenta millones de pesos a Secundus para que éste constituya un censo a su favor.

El derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga ésta (C. Civil, art. 579).

La declaración del legislador recién transcrita tiene el mérito de poner de relieve los caracteres del derecho personal y del real, ya que deja de manifiesto que el personal se ejercita contra la persona directa y especialmente obligada, y el real contra cualquiera persona que tenga la finca en su poder y que ha de dar satisfacción al derecho, no por haber contraído la obligación correlativa, sino por hallarse en posesión de la cosa en que el derecho recae.

23. LA PRENDA. Nos referiremos ahora a derechos reales en cosa ajena que no son de goce, sino de garantía, otorgados para la seguridad de un crédito: la prenda y la hipoteca.

Concretándonos a la primera —que es la que aquí trataremos—, el Código da una definición de concisión espartana, pero de contenido incompleto; dice: "Por el contrato de *empeño* o *prenda* se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito" (art. 2384, inc. 1°). Nótese que la palabra *prenda* sirve para designar el contrato, la cosa que se entrega en garantía y el derecho real que surge para el acreedor.

Una mejor definición de la prenda, como derecho real, sería decir que ella es un derecho real de garantía o seguridad que se constituye con la entrega de una cosa al acreedor, el cual, en caso de que el deudor no cumpla su obligación, puede, para satisfacer su crédito, instar la venta de la cosa y pagarse con el precio alcanzado antes que otros eventuales acreedores no provistos de un derecho de prelación.

La prenda que regula el Código Civil exige la *entrega al acreedor* de la cosa garante. Pero, al lado de esta prenda común o civil, se han creado otras que no exigen el desplazamiento de la cosa garante de manos del deudor a las del acreedor. Unas de estas prendas sin desplazamiento son *especiales*, llamadas así porque se refieren a ciertas cosas consideradas, en cada caso, por leyes especiales: prenda agraria, prenda industrial, prenda de muebles vendidos a plazo, prenda de mercaderías depositadas en los almacenes generales de depósito. Desde hace pocos años se ha establecido también una *ley general de prenda sin desplazamiento*; es la Ley N° 18.112, de 16 de abril de 1982. Esta dice que el contrato de prenda sin desplazamiento es solemne. Se otorga por escritura pública, como también su alzamiento, y tiene por objeto constituir una garantía sobre una cosa mueble, para caucionar obligaciones propias o de terceros y conservando el constituyente la tenencia y uso de la prenda (arts. 1° y 2°).

También se pueden dar en prenda cosas incorpóreas. Así, se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero es necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos (C. Civil, art. 2389).

24. LA HIPOTECA. Según el Código, la hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor (art. 2407).

También, en forma mucho más clara, se dice que la hipoteca es el derecho real de garantía que atribuye al acreedor la facultad de desposeer, expropiar—incluso al tercero adquirente—los bienes vinculados a la garantía de su crédito con el fin de que sea satisfecho con preferencia sobre el precio logrado mediante la expropiación.

Una definición más larga pero muy clara es la que dice: "La hipoteca es un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud del cual el acreedor, al vencimiento de dicha obligación, puede pedir que la finca gravada, en cualesquiera manos en que se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague con su producto con preferencia a todo otro acreedor".⁷

Hipotecas mobiliarias. La hipoteca clásica tiene como garantía un inmueble. Sin embargo, también se habla de *hipotecas mobiliarias*, que son las que tienen por objeto muebles registrados y que son de cierta entidad. Así, las leyes regulan la hipoteca de buques y aviones, que son por excelencia bienes muebles. El Código de Comercio, por ejemplo, declara que la hipoteca naval recae sobre naves y artefactos navales mayores, o sea, de más de cincuenta toneladas de registro grueso, y siempre que ellos se encuentren debidamente inscritos en los correspondientes Registros de Matrícula, es decir, en el Registro de Matrícula de Naves Mayores y el Registro de Matrícula de Artefactos Navales (arts. 866 y siguientes). Las naves menores, o sea, las de cincuenta o menos toneladas de registro grueso, son objeto de prenda, la cual se anota al margen de la inscripción de la nave en el Registro de Matrícula, sin lo cual es inoponible a terceros (art. 881, inc. 1°).

Las aeronaves también son susceptibles de hipoteca, la cual, para ser válida, debe inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves (Código Aeronáutico, arts. 114 y 116).

25. OTROS DERECHOS REALES, NO CONSAGRADOS EN EL CÓDIGO CIVIL. En la legislación chilena, además de los derechos reales establecidos en el Código Civil, hay otros expresamente señalados en diversas leyes.

Así, por ejemplo, el Código de Minería dice que "la concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica constitucional (sobre concesiones mineras) o del presente Código. La concesión minera puede ser de exploración o de explotación; esta última se denomina también pertenencia..." (art. 2°).

⁷ FERNANDO ALESSANDRI, *La hipoteca en la legislación chilena*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1919, N° 1, pág. 3.

Citemos asimismo como ejemplo el derecho de aprovechamiento de las aguas. Estas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe dicho Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien puede usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley (arts. 5° y 6°).

26. DERECHOS REALES QUE EXISTEN EN LEGISLACIONES EXTRANJERAS. En las legislaciones extranjeras encontramos algunos derechos reales que la nuestra no consagra. Citaremos dos de bastante importancia: la enfiteusis y el derecho de superficie.

La enfiteusis ha sido definida como una relación en virtud de la cual sobre un fundo (de ordinario rústico) y sus accesiones, es concedido (a cambio de una retribución de carácter periódico) un derecho perpetuo, o temporal, de utilización de naturaleza real y alienable, a una persona, llamada enfiteuta, con el deber de mejorar el fundo, generalmente a través del cultivo.

Derecho de superficie es un derecho de propiedad que recae sobre los edificios o plantaciones existentes en un terreno cuyo dominio pertenece a otra persona. Esos edificios o plantaciones toman el nombre de superficies.⁸

27. TIPOS DE RELACIONES JURÍDICAS RESPECTO DE LAS CUALES SE HAN PLANTEADO DUDAS SOBRE SI SON O NO DERECHOS REALES. Entre esas relaciones se cuentan principalmente el derecho del arrendatario cuando la persona a quien pasa el dominio de la cosa arrendada está obligada a respetar el arriendo; la anticresis; el derecho legal de retención y la posesión. Al hablar de cada uno de estos institutos se dilucida el problema. Pero dejemos establecido desde ya que la mayoría abrumadora de la doctrina nacional llega a la conclusión de que en ninguno de esos casos hay un derecho real.

28. EL PROBLEMA DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. Derechos personales puede haber tantos cuantos puedan crear los hombres inspirados por la necesidad jurídica. Pero cabe preguntarse si conforme al principio de la autonomía de la voluntad, también los particulares están facultados para crear otros derechos reales aparte de los consagrados por las leyes. Si se responde afirmativamente, se dice que el número de los derechos reales es abierto (*numerus apertus*); de lo contrario, que es cerrado (*numerus clausus*).

En el Derecho Romano dominó el sistema del *numerus clausus*; no había más derechos reales que el dominio, las servidumbres, la enfiteusis, la super-

⁸ CAPITANT Y OTROS, *Vocabulario jurídico*, traducción del francés, Buenos Aires, 1961, pág. 531.

fie, el usufructo, el uso, la habitación y los derechos de garantía, prenda e hipoteca. Por el contrario, en las legislaciones germánicas se admitía que los particulares dieran efecto real a cualquiera obligación referida a una cosa determinada.

En las legislaciones prevalece el sistema del número cerrado. Algunas lo establecen en forma implícita: Códigos Civiles de Austria, de Alemania, de Suiza; otras legislaciones señalan formalmente el principio del *numerus clausus*. En este sentido, el Código Civil argentino dice en su artículo 2502: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

El Código Civil francés no contiene ninguna regla expresa sobre el punto y esto da pábulo a que algunos autores discutan si en ese país pueden o no establecerse derechos reales por exclusiva voluntad de los particulares.

En la legislación chilena tampoco hay una disposición formal, pero nunca se ha dudado de que entre nosotros sólo la ley puede fijar los derechos reales.

En favor del criterio de que sólo la ley puede determinar la existencia de derechos reales se arguye que "la organización y las modalidades de la propiedad, derecho real-tronco, interesa al orden público; y, por lo demás, si resulta comprensible que las partes puedan a su antojo establecer relaciones jurídicas que sólo a ellas ligan, más difícil resultaría explicar que estuviesen autorizadas para, a su manera, instituir derechos que, pudiendo oponerse a todos, constituyen una molestia para la colectividad: la norma de la relatividad de las convenciones, que vemos así aparecer, se opone a que un contrato pueda, sin la autorización del legislador, producir efecto más allá del círculo de las partes y de sus causahabientes a título universal".⁹

29. DERECHOS REALES QUE ESTUDIAREMOS EN ESTA OBRA. En esta obra estudiaremos no todos los derechos reales, sino sólo los de propiedad y los de goce limitados: derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres activas. El derecho de censo se explica dentro de los contratos, como asimismo los derechos de garantía de prenda e hipoteca, y el derecho real de herencia se analiza en el tratado de la sucesión por causa de muerte.

Por cierto, una gran sección dedicamos a la posesión que conduce a la adquisición de la propiedad y otros derechos reales mediante el modo de adquirir llamado usucapión o prescripción adquisitiva.

También nos referiremos a las denominadas propiedad intelectual (en sentido restringido, o sea, a la propiedad literaria, artística y científica) y propiedad industrial. Ambas forman parte de la propiedad intelectual en sentido amplio y se encuadran en la categoría de los derechos intelectuales

⁹ JOSSERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, tomo I, París, 1930, N° 1.337, págs. 668-669.

que, por versar sobre cosas inmateriales, gran parte de la doctrina no admite englobarlos dentro de los derechos reales.

A continuación, precisamente, dedicamos algunas páginas a las nociones fundamentales relativas a los derechos intelectuales.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO
Profesor de Derecho Civil
(Universidad de Concepción y Universidad Católica de la Stma.
Concepción)

LOS BIENES

LA PROPIEDAD Y OTROS DERECHOS REALES

© DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 159.795, año 2006
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de diciembre de 2006

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1736-9



CAPÍTULO I

LA PROPIEDAD. CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y CARACTERES

50. **Advertencia.** Antes de acometer este tema conviene prevenir que, por su naturaleza y trascendencia, dista mucho de haber unanimidad en sus concepciones fundamentales. Su concepto, sus modalidades en épocas primitivas, la clase de bienes que han de ser susceptibles de propiedad privada, las facultades que debe significar para el propietario, las restricciones y cargas que debe soportar, motivan controversias interminables. La literatura sobre tales materias es abundante y difundida, los postulados jurídicos se relacionan y suelen confundirse con los económicos, sociológicos, políticos y, en definitiva, la discusión termina centrándose en diferentes concepciones filosóficas y de organización social.

Tomando en consideración las últimas décadas quizás sólo una generalización puede formularse: de una concepción muy liberal del dominio, que otorga las más amplias facultades al propietario para el ejercicio de su derecho, se ha evolucionado en el sentido de imponerle restricciones y cargas a fin de que de ese ejercicio pueda obtenerse provecho no sólo para el propietario, sino también para la colectividad, tendencia que culmina en la decisión de reservar para el dominio de la comunidad, representada por el Estado, ciertos bienes de importancia básica en la vida nacional. Pero tal tendencia nunca ha estado exenta de objeciones, al menos en el grado de su intensidad.

A continuación se consignarán sólo algunos alcances en los puntos aludidos, antes de tratar una materia más técnica en el



Derecho nacional, como es la atiniente a los modos de adquirir la propiedad.⁸⁰

51. Legislación. Con lo dicho se comprende también que las bases estructurales se consagren siempre en la Constitución Política, de manera que la reglamentación legal se somete a esos textos, superiores y de mayor estabilidad (como ya se ha dicho, entre nosotros fundamentales son las reglas del art. 19 N° 21 al 25 de la C. Pol.).

Por otra parte, la naturaleza de la institución conduce a que normas relativas a ella se encuentren —dispersas o agrupadas en temas— a través de todo el ordenamiento jurídico; sobre todo con la creciente intervención del poder público, se aprecia una creación constante de normas legales a su respecto (agrarias, urbanísticas, laborales, tributarias, penales), para transformarlo, restringirlo o protegerlo.

El CC. la trata en el Libro II (arts. 582 y sgts.). Aunque normas relativas a la propiedad se encuentran a través de todo el Código, ahí están las fundamentales en cuanto a los modos de adquirirla, sus restricciones por existencia de derechos reales limitados y su protección. Su transferencia por la vía de la contratación y su transmisión mortis causa, terminan por vincular al Derecho de propiedad con toda la regulación del Derecho patrimonial (v. también supra, N° 3).

52. Concepto. El Código declara que “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” (art. 582, inc. 1°).⁸¹

⁸⁰ Para antecedentes bibliográficos debe considerarse, como ya se dijo, que la producción es vasta y que, atendidas la trascendencia de la materia y sus numerosas facetas, se presenta relacionada con muchas actividades y disciplinas. Una amplia nómina de estudios puede consultarse en Castán Tobeñas, José, ob. cit., t. II, vol. I, pp. 80 y sgts., donde se agrupan obras sobre la propiedad en sus aspectos filosófico y social, histórico y jurídico.

⁸¹ El Código, como un amplio sector de la doctrina, considera sinónimos los términos dominio y propiedad. Hay quienes reservan el término propiedad para referirla a toda clase de derechos susceptibles de apreciación pecuniaria (propiedad intelectual, de una herencia, de créditos, etc.) y el dominio para las cosas corporales, en las que se concibe un poderío tangible. También se han distinguido los términos en cuanto indican distintos énfasis, aunque del mismo concepto: el dominio, con un sentido más subjetivo, insiste en el poder del sujeto; la propiedad, más objetivamente, en la pertenencia de la cosa al sujeto.

Tal definición es consecuencia de una concepción *analítica* del dominio, que lo concibe como un conjunto de facultades o prerrogativas identificables y de cierta autonomía y, por tanto, con un criterio cuantitativo se dedica a enumerar las facultades que el dominio confiere al propietario sobre el objeto de su derecho. Se opone a ella la concepción *sinéctica*, que lo concibe como un señorío monolítico o poder pleno sobre el objeto de la propiedad, con prescindencia de facultades identificables que puedan describirse separadamente y con autonomía; genera, por cierto, una definición distinta que, en lugar de enumerar facultades, con dirección cualitativa se reduce a describir los caracteres, vigor y restricciones a ese pleno poder (además, cuando se traten los derechos reales limitados se percibirán consecuencias de estas diferentes concepciones).

Por el término “arbitrariedad” que incluye, esa definición ha sido calificada de clásica, denunciándose en ella un contenido absoluto, individualista, desprovisto de preocupación social. Pero puede observarse que el complemento (“no siendo contra ley o contra derecho ajeno”) permite sobradamente morigerar y aun impedir la arbitrariedad y el abuso; la jurisprudencia y, desde luego, el legislador (como se explicará pronto al tratar la función social), han quedado facultados para conducir la institución mediante estas restricciones que posibilitan elaboraciones para que cumpla adecuada función; en esos términos, estimamos que el concepto es abierto y flexible (v. también infra, N° 59).⁸²

⁸² Para comentarios en torno al concepto en el Código francés, pero aplicables en buena medida al nuestro, considerando la semejanza, puede verse de Rodota, Stefano: “Notas sobre el derecho de propiedad y el origen del art. 544 del Code Civil”, en *Libro-homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Univ. Central, Caracas, 1970, t. I; Rodota, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre el derecho de propiedad privada*, Edit. Civitas, Madrid, 1986.

Por otra parte, es reveladora la constatación de que nuevos textos, como el CC. holandés (arts. 5-1 y 5-2) y el CC. de Québec (art. 947), vienen a formular unas definiciones que no difieren substancialmente de la nuestra.

A este respecto, es interesante el estudio del que nos informa el Prof. Brahm García, Enrique: “El concepto de propiedad en el Código napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historiografía jurídica alemana”, en *Rev. Chilena de Derecho*, Número monográfico. Derecho de propiedad, Univ. Católica de Chile, vol. 23, N° 1, Santiago, 1996, pp. 7 y sgts. Relata el autor que, conforme a la investigación del Prof. Alfons Bürge, el citado art. 544 no estaría inspirado en una concepción liberal individualista, como generalizadamente se ha predicado. La expresión “de la manera más absoluta”, que contiene (que po-



Cuatro componentes son destacables en esa definición: a) la calificación de "derecho", con la derivada calificación de "real"; b) la consignación de los atributos: de uso (implícito en uno expresado, el de goce), goce y disposición (se verán más adelante), con la amplitud de la arbitrariedad; c) las inmediatas restricciones genéricas, ley y derecho ajeno; y d) un campo de aplicación, cosas corporales que, a continuación (art. 583), es ampliado a las cosas incorpóreas, pero matizadamente (al calificar el poder sobre ellas como una "especie" de propiedad; al respecto, v. supra, N^{os} 12, 13 y 14; una proposición particular, en la que el art. 582 estaría definiendo sólo la categoría de propiedad sobre cosa corporal, y las de los preceptos siguientes serían otras especies de un género no definido, pero cuya característica fundamental es la "exclusividad", en N^o 14, final, nota).

Pero si bien cuando de definición se trata se nos presenta de inmediato el texto del art. 582 citado, el concepto vigente tiene otro punto de partida, por explicación jerárquica, la Constitución (art. 19 N^{os} 23 y 24). Estas normas serán pronto examinadas.

dríamos tener por equivalente a nuestra "arbitrariamente"), habría tenido por fin impedir el restablecimiento de trabas feudales o estructuras propietarias del antiguo régimen y no consagrar un derecho absoluto en el sentido individualista. Así lo demuestra también el ambiente en el que surgió el texto (incluyendo referencias al pensamiento de Portalis), en el que la utilidad pública y el rechazo al abuso individual estuvieron siempre presentes; otro tanto habría acontecido con el sentido de los primeros intérpretes; y también se manifestó en la práctica legislativa que proliferó con restricciones e intervenciones públicas conforme a la advertencia de la parte final de la definición. La proposición fundamental es que la interpretación liberal individualista del texto provendría de la recepción de un ideario que no era francés; más bien llegaba de una concepción propietaria asentada en la libertad personal, de origen kantiano y recogida por Savigny, que se desenvuelve durante el siglo XIX. Y surge también una vinculación con nuevos criterios económicos liberales. Así fue adoptada por posteriores intérpretes, como Aubry y Rau, Troplong, Demolombe. La tendencia se fue imponiendo y terminó identificándose al Código con ella en este punto. Como epílogo del relato, el autor formula la interrogante sobre cuál concepción habría adoptado el señor Bello, constatando la ausencia hasta ahora de antecedentes definitorios; y concluye (ante un repetido supuesto individualismo de nuestro 582) con una sugerente advertencia—que nos atrae—sobre lo inconveniente que es quedarse anclado en ideas comunes o iniciales sobre un problema.

Véase también De los Mozos, José Luis: "La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil". En *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* N^o 609, Madrid, 1992, pp. 581 y ss., con evolución histórica y aporte de juristas españoles.

53. Evolución. Entre los investigadores de las épocas primitivas es materia de discusión la forma primaria de propiedad y el sentido de la evolución. Con frecuencia se sostiene que fue la propiedad colectiva la predominante en los inicios, y de allí se habría llegado a las formas comunitarias o familiares, hasta configurarse la individual; pero también se ha afirmado la existencia de dispersión, apareciendo, en distintos lugares, alternadamente distintas formas.⁸³

54. Evolución; continuación. En relación con los objetos del dominio, tal como se ha dicho en otra ocasión, hasta los tiempos de la revolución industrial era la propiedad territorial la fundamentalmente importante; el suelo y sus edificaciones constituían definitivamente la riqueza material de mayor envergadura; de ahí que los estudios sobre la evolución de la institución están siempre referidos a la propiedad inmueble. Es a partir de aquel acontecimiento que van apareciendo bienes muebles e inmateriales de apreciable valor y, por lo mismo, van influyendo también en la estructuración y caracteres jurídicos del dominio.

55. Evolución; estructura. Desde un punto de vista más bien técnico, a través de la historia del Derecho en dos épocas se ha observado la existencia de una estructura compleja de la propiedad: en los tiempos del Derecho romano clásico y durante el sistema feudal. La concepción romana primitiva se asentaba en una propiedad simple, con caracteres similares a los conocidos en la actualidad; pero con la extensión del Imperio se produjeron diferencias de regímenes, principalmente para los "fundos itálicos" (propiedad quiritaria) y para los "fundos provinciales". La situación persistió hasta los tiempos de Justiniano, en que ya se volvió a la unidad. Pero pronto, después de producida esa simplificación, a la caída del Imperio (en Occidente) se inició otro sistema, aún más complejo, en el que se asentó el feudalismo, y que se mantuvo (al menos formalmente) hasta fines del siglo XVIII. A partir de arrendamientos perpetuos y numerosos otros contratos se fueron configurando unas atribuciones semejantes

⁸³ V., por ej., Dekkers, René: *El Derecho privado de los pueblos*, trad. de Francisco Osset, Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, 1957, especialmente pp. 476 y sgts.; Azcarate, Gumersindo: *Historia de la propiedad*, Madrid, 1879; Prudhon, Jean-Baptiste-Victor: *Traité du domaine de propriété* Chanaans, 1758; Dijon, 1838; Laveleye, Émile: *De la propriété et des ses formes primitives*, 4^a éd. Félix Alcan, édit. Paris, 1891; Grossi, Paolo: *Un altro modo di possedere*, Edit. Giuffrè, Milano, 1977.



a las concesiones, como el "feudo" y el "censo", en cuya virtud se fue descomponiendo el dominio entre un titular del objeto y el concesionario de él; el "señor" era el titular del dominio, tras el "vasallo" o "tenanciero" que realmente tenía, ocupaba la cosa, pero sin tener la propiedad; con el tiempo, por la extensión de los derechos de disfrute del vasallo y por su perpetuidad, se le fue considerando también como una especie de propietario; el señor tenía entonces el "dominio directo", y el vasallo el "dominio útil"; y queda así estructurado un sistema con dos propietarios sobre una misma cosa, sin que haya división entre ellos, pero concebidos como derechos de propiedad de distinta naturaleza. Esa descomposición se llegó a ampliar, produciéndose una escala jerarquizada de titulares. Ya al final del período se va acentuando el derecho del vasallo (el dominio útil) a quien se llega a tener como el propietario, con tan sólo una servidumbre o carga en favor del primitivo señor, carga respecto de la cual van apareciendo intentos por extinguirla. Se concluye, pues, en una especie de expropiación al concedente, obrándose imperceptiblemente un desplazamiento de la propiedad hacia el tenanciero; la evolución estaba ya consumándose al tiempo de la Revolución francesa. Con la Revolución desaparecen definitivamente las cargas feudales; el Código de 1804 consagra una propiedad liberada, única, pero con una regulación que la dejaba con fisonomía individualista. Como otros, el Código chileno recibe esa concepción.⁸⁴

56. Evolución; final. Desde allí, simple nuevamente en su estructura, pero con escueta regulación, con amplias prerrogativas del

⁸⁴ Pero sobre ese carácter individualista recuérdese la objeción relatada en una nota precedente.

Aparte de los estudios históricos especializados, mayores precisiones pueden encontrarse en los tratados de Derecho civil; por ej., Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, ob. cit., t. III, pp. 9 y sgts.; un panorama muy completo, con amplia bibliografía, en Castán Tobeñas, José, ob. cit., t. II, vol. I, pp. 94 y sgts.

Sobre la historia de la propiedad privada territorial en Chile, v. Encina, Francisco Antonio: *Historia de Chile*, 3ª edic., Edit. Nascimento, Santiago, 1949, t. I, pp. 189 y sgts. y 392 y sgts. (las formas iniciales principales fueron las asignaciones de solares y mercedes de tierras en nombre de la Corona, los remates de tierras fiscales y la prescripción, procedente de diversas clases de posesión).

titular sobre el objeto, se inicia otra evolución incesante, resumida en la expresión "función social".⁸⁵

57. Orientaciones actuales. El campo de aplicación y los principios rectores: equidad en el reparto y en el aprovechamiento. El tratamiento de este tema debe iniciarse con lo que puede denominarse una decisión fundamental, de carácter político-económico: la del *campo de aplicación de la propiedad privada*.

La naturaleza de las cosas y las posibilidades racionales de la vida social excluyen los dos extremos. La propiedad privada no puede ser eliminada completamente (teniendo presentes los objetos de uso personal) y no se puede extender a la totalidad de las cosas (teniendo presente la necesidad de una calle).

Así, partiendo del supuesto de que siempre habrán de existir bienes de propiedad privada y bienes de propiedad colectiva (formalmente pertenecientes al Estado, o a la nación toda), la decisión se reduce a establecer el límite. Qué bienes permanecerán en poder de la comunidad y cuáles quedarán entregados al dominio de los particulares. En la fijación de ese límite (o confección del "inventario") surge una diversidad de posiciones filosófico-políticas, que están siempre presentes en la vida social. En esos planteamientos han aparecido también terceras posiciones, como son las llamadas propiedad cooperativa, propiedad comunitaria, por las cuales se propone que ciertos bienes sean, no de propiedad colectiva ni privada, sino de grupos sociales (por ej., los laborantes de una fábrica, que serían dueños de ella).

La decisión es dinámica. Va adoptando diversos matices y sufriendo cambios en distintos momentos históricos, por los cambios que experimentan muchos de los factores influyentes y por la alternancia de ideologías en la autoridad gobernante.⁸⁶

Examinada la realidad de un país en determinado momento, considerando la titularidad de los bienes conforme a las al-

⁸⁵ Una síntesis para el Derecho chileno, a partir del Código, puede verse en Tapia Rodríguez, Mauricio, ob. cit., pp. 136 y sgts.; Ríos Labbé, Sebastián: "Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad", en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Univ. de Chile, Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, t. I, pp. 533 y sgts.

⁸⁶ V., a este respecto, Parejo, Luciano, ob. cit., pp. 2404 y sgts., desde el punto de vista del Derecho administrativo.



ternativas referidas (que siempre coexistirán), se podrá apreciar que quedan configurados "sectores" o "áreas" de propiedad colectiva, de propiedad privada y, aun, de propiedad intermedia, que se van restringiendo o extendiendo como resultado de aquel aludido dinamismo, y lo hacen en correlación como en recipientes comunicantes.

Cuando en casos concretos se adopta la decisión de que cierto bien quede en dominio colectivo y a la sazón está en propiedad particular, para lograr aquella finalidad habrá de extraerse acudiendo al instrumento jurídico disponible para ese efecto: la expropiación por causa de utilidad pública (pero también la expropiación puede utilizarse para redistribuir la propiedad privada; en Chile, las leyes de reforma agraria que se han dictado contemplaban la expropiación de predios con la finalidad posterior de ser asignados a cultivadores en dominio individual, en unidades de dimensiones familiares).

Estos bienes que quedan en dominio del Estado a veces son excluidos de toda negociación con los particulares y otras son objeto de algunas limitadas actuaciones con ellos, mediante figuras jurídicas como los permisos y las concesiones (tratadas en Derecho administrativo).

Por la trascendencia que tienen para la comunidad, aquella relatada decisión fundamental y varios de sus caracteres son diseñados, en sus rasgos fundamentales, por la Constitución del respectivo país. En Chile, por cierto, la Constitución dispone de normas al efecto (se verán pronto).

Tanto en la que se ha llamado decisión fundamental como en la regulación específica de los distintos temas de los derechos reales influyen, en diversa medida según la materia, numerosos factores de variada naturaleza: actitudes filosóficas, ideales de justicia, individual y social, necesidades económicas y sociales contingentes, experiencias en el propio país y en otras latitudes, la naturaleza de ciertos bienes, su función (principalmente económica), sus características históricas o artísticas, la trascendencia que algunos tienen en la economía nacional (que ha conducido a llamar a algunos "bienes estratégicos"), la magnitud de las inversiones que requieren, el riesgo de la empresa de crearlos o desarrollarlos (v., además, supra, N°s 27 y 45 y lo dicho sobre vinculaciones en infra, N° 220, nota).

Al tratarse aquí de formular una descripción de rasgos fundamentales de diversa naturaleza, procede también con-

signar el postulado (ideológico más que técnico) conforme al cual se concibe a la propiedad como *supuesto de eficacia* de algunos otros derechos fundamentales (sólo los propietarios son libres; sin propiedad no hay libertad);⁸⁷ hay que suponer que

⁸⁷ V., por ej., Weber, Albrecht: "La protección de la propiedad en el Derecho comparado", en Rev. de Derecho Administrativo, N° 72, Madrid, 1991, pp. 477 y sgts.

Pero este (moderno) concepto de propiedad, concebida como derecho subjetivo (basado a su vez en la noción de facultad o poder), como realizador de libertad, impregnado de individualismo, con inventario de poderes o atributos que el titular conduce con independencia aun del mismo Estado y máximamente extendido en su campo de aplicación, ha sido objetado. Crea tensiones con otro ideal, la igualdad, que no cesa de agredirla; el contenido se ha ido vaciando, el campo de aplicación se va restringiendo a favor de una "propiedad" pública (que no es tal, es un contrasentido, y ella no sirve a ninguna libertad); y así se avanza a una opción entre dos soluciones indeseables: la propiedad como instrumento de una libertad absoluta o la justicia igualitaria que va produciendo su destrucción progresiva. El viejo concepto romano (clásico) de la propiedad (*proprietas*), bien diferente al concepto moderno, merece ser recordado como exponente de una noción que no presenta esos inconvenientes; ella no es más que una cualidad que tiene una cosa de pertenecer a alguien; no estructurada en torno al individuo tratando de definir sus libertades y poderes, sino a las relaciones entre una pluralidad de personas; no se preocupa de determinar la esencia del poder del propietario, lo que tiene permiso de hacer, sino sólo de decir qué cosas, beneficios o utilidades, o, por el contrario, cargas o servidumbres, deben ser atribuidos a cada uno, lo que será propio de cada uno (la definición del "contenido" de la propiedad ha sido una invención de los modernos, no se encuentra en los textos romanos; incluso el *jus utendi*, esencial en el concepto moderno, no se encuentra ni en la *proprietas* ni en el *dominus*, al punto que más tarde Santo Tomás, fiel a esa tradición clásica, enseñará que sólo es susceptible de ser apropiada la gestión de la cosa propia, no el *usus*, que debería permanecer en principio común); en esta propiedad el titular tampoco tiene el poder de destruir la cosa o de abusar de ella; está fuera de la esfera del Derecho determinar el comportamiento del propietario sobre la cosa, lo cual surge de otras formas de control social; de hecho, si bien se dejaba a cada familia el señorío sobre sus bienes, los poderes del jefe de familia estaban limitados por las costumbres, la religión y las leyes; el Derecho en sí mismo no decía nada; tampoco es fundada en títulos originarios surgidos del derecho natural (como lo pretenden los juristas modernos); es función del Derecho realizar el reparto en un grupo dado, pero no se trata de un reparto efectuado por el juez o el legislador y, sobre todo, no caprichosamente, sino en base a la justicia distributiva, manteniendo una buena proporción entre los miembros del grupo y conforme a las calidades, méritos o necesidades de cada uno, y con la justicia correctiva o conmutativa que, en los cambios, preservará el equilibrio; el reparto tiende a retomar un equilibrio natural, es regulado so-



al blandirlo no se está, ciertamente, jerarquizando derechos o valores sino, como recién se destacó, se trata de advertir que la contracción excesiva del campo de aplicación desvanece la efectiva vigencia de otros derechos (y decimos "contracción excesiva" porque la negación absoluta de la propiedad no es razonablemente concebible).

En un proceso de síntesis se destacan algunos *principios orientadores*, que también pueden ser enunciados como preocupacio-

bre la naturaleza de las cosas; guiada por esta norma de justicia o la "utilidad pública", la iniciativa legislativa puede ser intensificadora; tampoco en Roma existió la extraña necesidad de los juristas modernos de universalizar el régimen de la propiedad, de expandir sobre todo el campo jurídico un concepto forjado con individualismo; hay cosas de derecho divino, cosas comunes, cosas públicas, que no son propiedades, no presentan la cualidad de la *proprietas*, en Roma sólo una fracción de las cosas son apropiables, y no todas sometidas al mismo molde; las prerrogativas estaban sutilmente modeladas conforme a las cualidades de las cosas; ciertamente todas disponían de la acción reivindicatoria, pero aparte de eso, se usará y dispondrá de modo diferente según las características y estado de la cosa. Hoy, en que la propiedad ha perdido mucho de su absolutismo y universalidad, ese concepto parece más capaz de dar razón de las realidades actuales; y responde mejor a las dos exigencias, libertad e igualdad, a condición de que éstas sean rectificadas. En cuanto a la libertad, es cierto que la propiedad de las cosas (exteriores) es condición de libertad y de desarrollo de la persona (como lo explicaba el idealismo alemán); y en Roma se trata de que cada uno tenga lo suyo (lo propio), bien determinado (ese es el bastión de la libertad); pero el error moderno es haber hecho abstracción de la dimensión social del hombre; con ésta, es necesario que a las propiedades se les tracen límites, dejándolas estables, pero no inviolables; lo admirable en Roma es que se evitó el exceso; nuestra auténtica libertad no es absoluta; tampoco tiene que ser universal; es bueno que haya cosas comunes; cosas públicas. En cuanto a la igualdad, ciertamente es buscada por la justicia, pero no absoluta; hay ámbitos donde lo es (como igualdad aritmética, igualdad ante Dios, en nuestra vida espiritual), pero no en la propiedad de los bienes (exteriores); no se trata de una igualdad absoluta, sino proporcional (geométrica) a los méritos, necesidades o función que se ocupa en la sociedad u otros factores; sin tener que nivelar, se trata de prevenir desproporciones excesivas (aceptando que haya ricos y pobres); se tienen en cuenta las diferencias que hay entre los hombres en el organismo social: si no se respetan esas diferencias no puede haber propiedad; sólo esta igualdad, proporcional se concilia con la libertad; y así, las dos nociones, siempre rivales, dejan de ser incompatibles. Ese modelo de pensamiento puede ser útil a la filosofía; ésta no tiene por misión buscar técnicas para promover nuestros ideales de libertad e igualdad, pero sí reformar nuestros conceptos sobre la libertad y la igualdad (Villey, Michel: "Notas sobre el concepto de propiedad", en Rev. de Derecho Público, N° 35-36, Univ. de Chile, Santiago, 1984, pp. 67 y sgts.).

nes más constantes, con particular énfasis en los tiempos recientes:

a) *Equidad en el reparto*. Creados los bienes para servir al hombre, a todos los hombres, con ellos también debe realizarse aquel valor. Y esta realización se desenvuelve en una *equidad en el reparto*, de modo que todos tengamos acceso a ellos, al menos en lo más indispensable para una aceptable calidad de vida.

b) *Equidad en el aprovechamiento*. Perteneciendo las cosas a dueños privados, éstos deben explotarlas, obtener de ellas beneficio, no simplemente detentarlos por ostentación de poder u otras consideraciones equivalentes, y esa explotación, aprovechando inicialmente al propietario, reporte también beneficios a la comunidad. Se ha sintetizado en la bien conocida expresión "función social de la propiedad" (sobre la que se volverá pronto).

Estos principios frecuentemente están presentes tanto en la elaboración de textos legales como en su interpretación y aplicación, de modo que son verdaderas constantes y rasgos distintivos del actual Derecho de cosas.

Debe añadirse que la intensidad de estas restricciones y deberes provoca también polémica, en términos semejantes a la aludida al tratar el tema de la decisión fundamental (también deben tenerse presentes las excepciones al carácter exclusivo, que se verán pronto, infra, N° 59).

Finalmente, la influencia de aquellos dos principios en la dictación de normas legales permite concluir que, en la dogmática del derecho de propiedad, *la consideración de la función o utilidad* (generalmente económica) *que tiene el objeto*, es un criterio que incide decisivamente en su reglamentación (v. supra, N° 3 bis).⁸⁸

Desde otro punto de vista, y sobre todo con las restricciones derivadas de la función social, puede apreciarse que la propiedad ya ha superado el concepto simple de "derecho". Para expresarla con realismo, observando cómo se presenta efectivamente, adopta la fisonomía de una "situación jurídica", constituida por una

⁸⁸ Más aún, de los textos se llega a desprender que un factor frecuentemente determinante es la *actividad* mediante la cual el objeto constituye fuente productiva de riqueza (v., al respecto, Gambaro, Antonio: "Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna", en Rev. di Diritto Civile, N° 6, Padova, 2003, pp. 633 y sgts.).

posición jurídica que tiene un sujeto ante una cosa. Y está compuesta por estos tres elementos: un poder dominador integral (en el sentido de que cubre todo el objeto); ciertas restricciones, y ciertos deberes.⁸⁹ En la propiedad inmueble (el suelo), la ecuación poder-restricciones se va marcando intensamente con la consideración ecosistémica y la planificación.

Siendo tantas y tan distintas las funciones y utilidades que prestan las cosas, se han ido configurando diversos estatutos legales para distintas categorías de bienes, que van debilitando la noción unitaria del dominio, atomizándola. Y por este camino han ido apareciendo las llamadas "formas de propiedad" (a las que se hará referencia pronto).

57 bis. La base constitucional chilena; el campo de aplicación; la protección; la función social, la reserva legal, las restricciones y privaciones y la afectación de la esencia; la privación o afectación sin indemnización y su consecuencia; la preservación natural y cultural. Ya se ha advertido que, atendida su trascendencia en la organización social y económica de una comunidad, es universal la decisión de incluir las normas básicas de la propiedad en el texto constitucional. Así acontece también entre nosotros, y con notoria dedicación.⁹⁰

En primer lugar, y no obstante la aludida atención dispensada, incluyendo una afanosa protección, la Constitución no la definió.⁹¹ En tales condiciones, parece natural la remisión a la

⁸⁹ En los textos positivos es destacable a este respecto la Constitución alemana de 1949: "La propiedad obliga. Su ejercicio debe servir al mismo tiempo al bienestar común" (art. 14).

⁹⁰ Por obra de diversos factores, entré otros por el momento histórico —a esa época reciente— el derecho de propiedad fue un capítulo de especial atención y amplio debate en los trabajos preparatorios del texto. Para el examen de ese debate, en la denominada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución fueron destinadas al tema las sesiones 148 a 150; 155 a 164; 166 a 175; 180 a 184 y 242, aparte de numerosas sesiones relativas al específico capítulo de la expropiación (Evans, Enrique: *Los derechos constitucionales*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, t. III, p. 229).

⁹¹ Y no fue un olvido; en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se abordó el punto y se optó por evitar la definición (así Evans, Enrique, ob. cit., t. III, p. 290). Por lo demás, la generalidad de las Constituciones (así al menos las que hemos revisado, las americanas y de Europa occidental) omiten la definición. Otro tanto acontece en textos internacionales en

recién mencionada del Código, sobre todo considerando su aludida flexibilidad, que se acomoda (sin obstáculo) a los substanciales preceptos que impone la Constitución.⁹²

Las reglas constitucionales se refieren al campo de aplicación, a su función social, a su protección, a los atributos o facultades esenciales y a ciertos objetos especiales. Por cierto, cuanto dispongan al respecto las leyes ha de acomodarse a ella.

En cuanto a los atributos o facultades esenciales, se examinarán luego (infra, N° 60, y sobre la posibilidad de su privación, se volverá pronto, en este mismo párrafo) (reglas particulares para ciertos objetos: minas, aguas, propiedad intelectual, son tratadas en disciplinas especializadas).

El campo de aplicación. El texto es el art. 19 N° 23, que establece como principio muy general, "la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes"; esta fundamental norma se traba vigorosamente con otra, la del art. 19 N° 21, que reconoce y protege "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica...";⁹³ en conjunto, sientan las bases del régimen económico, que se consolida con la descripción de los caracteres fundamentales que se reconocen al dominio y la protección

los que se le reconoce y protege: Declaración universal de derechos humanos (1948), Protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1952), Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948), Convención americana sobre derechos humanos (1969), Constitución europea.

Asimismo puede observarse que, no obstante la especial preocupación por su tratamiento y protección, no se incluyó en la nuestra una norma sobre su transmisibilidad *mortis causa*, como acontece en algunas Constituciones extranjeras; por ej., en las de España (art. 33), Irlanda (art. 43), Italia (art. 42), Portugal (art. 62), Perú (art. 2); también en la Constitución europea (art. II-77).

⁹² Así, también, en un interesante trabajo, Varas, Juan Andrés: "Limitaciones a la propiedad: una perspectiva civil", en *La constitucionalización del derecho chileno*, coordinador J.C. Ferrada, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 143 y sgts.

⁹³ V., al respecto, Fernando Vöhringer, Arturo: "El orden público económico bajo la Constitución de 1980", en *Rev. Ius Publicum*, N° 4, Santiago, 2000, pp. 63 y sgts.



que se le brinda, en el art. 19 N°s 21 a 25, y se respalda (junto a otros) en el N° 26.⁹⁴

La amplitud queda determinada en dos sentidos; la generalidad de las cosas son susceptibles de propiedad privada (art. 19 N° 23), y se incluyen las cosas corporales e incorpóreas (v. sobre este punto lo dicho en supra, N°s 12, 13 y 14; en el N° 13 se trata la identificación del derecho con la cosa y, en nota, se advierte la actitud del constituyente, de prescindir de la identificación; para la adquisición de inmuebles en zonas fronterizas, v. infra, N° 60, final, y nota).

La protección. Se inicia con la proclama de su aseguramiento (de la propiedad adquirida).⁹⁵ Se dispone reserva legal para el establecimiento de los modos de adquirir el dominio y para imponer restricciones, obligaciones y privaciones (se verán pronto, en este mismo párrafo). La privación (expropiación) es detenidamente regulada (restringiéndose así el campo regulado por la ley). Se vuelve a asegurar (junto a los demás derechos protegidos) que no puede ser afectada en su "contenido esencial" (art. 19 N° 26). Y es incluida entre los derechos protegidos por el recurso de pro-

⁹⁴ La importancia del N° 24, confirmada por su frecuente aplicación, ha sido ampliamente difundida y en este estudio se volverá sobre ella; lo que estimamos conveniente destacar es la trascendencia del N° 23, que establece una base fundamental para el régimen que se ha adoptado en la actividad económica nacional; en buena medida viene a decidirlo.

V., al respecto, RDJ., t. 85, secc. 5ª, p. 187. Una síntesis de la libertad económica consagrada en la Constitución y un didáctico resumen de la evolución de los textos constitucionales sobre la propiedad puede verse en Cuevas, Gustavo: *Lecciones de Derecho constitucional chileno*, Edics. Univ. Mayor, Santiago, 2003. Más antecedentes en Carrasco, Sergio: *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002; Cea, José Luis: "Derecho Constitucional Chileno". Edics. Univ. Católica de Chile. Santiago, 2004. t. II, p. 515 y sgts.; Evans, Enrique, ob. cit., t. III, pp. 213 y sgts.; Fermandois, Arturo: *Derecho constitucional económico*, Edics. Univ. Católica de Chile, Santiago, 2001.

⁹⁵ El texto protege el derecho y la cosa sobre la cual el derecho recae. Esta protección a la cosa podría entenderse como redundancia (o una explicable insistencia) si se tiene presente la -ya aludida- identificación del derecho con la cosa sobre la que versa cuando del derecho de propiedad se trata, por el carácter integral, abrazador de este derecho; pero también admite la comprensión de que queda así protegida la posesión (del que es dueño), como se ha sostenido (Guzmán Brito, Alejandro: *El Derecho privado constitucional...*, cit., p. 272).

tección (art. 20) (para la adicional protección brindada por las leyes ver infra, 4ª Parte, N°s 258 y sgts.).⁹⁶

La función social, la reserva legal, las restricciones y privaciones y la afectación de la esencia. Tomando base en aquellos que hemos llamado principios orientadores, se ha difundido ampliamente la expresión *función social de la propiedad*, para advertir que el dominio (en torno al cual giran los demás derechos reales) debe ser ejercido con consideración de los intereses de la sociedad y no sólo de los particulares del propietario.⁹⁷ Ya se observa su influencia en la decisión sobre la *titularidad*, para preservar un objeto en poder del Estado o entregarlo al dominio de los particulares; pero se desenvuelve en la *regulación específica* de la propiedad privada y en general de todos los derechos reales. Y esa regulación entonces implica acometer una tarea que en la generalidad de las legislaciones se ha erigido en el centro de una discordia social, política y jurídica: *el hallazgo de la satisfactoria ecuación que armonice el interés individual (emplazado en el derecho subjetivo) con el colectivo (afincado en la función social)*.⁹⁸ Se manifiesta principalmente en la introducción de "limitaciones" (o, mejor, "restricciones") y "obligaciones" (o, mejor, "cargas" o "deberes") a la propiedad privada; y llega a su extremo con la "privación" del dominio que, en la generali-

⁹⁶ Sobre reconocimiento y protección de la propiedad privada en textos internacionales puede verse Rey Martínez, Fernando, ob. cit., p. 53.

⁹⁷ Aunque parezca evidente, siempre es útil recordar que esta función es gestada y sigue siempre determinada, en medida fundamental, por los datos de la realidad previos a la legislación y no es una pura consecuencia de ésta (v., al respecto, Murillo, Pablo: "Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa", en Estudios de Deusto, 2ª época, vol. 51/1 (enero-junio), Bilbao, 2003, pp. 283 y sgts.

⁹⁸ Como es bien sabido, sobre el tema los aportes de Duguit y de las Encíclicas papales son de referencia obligada.

En otro sentido, se ha llegado a discutir si la función social ha de entenderse como un límite externo al concepto de dominio o como noción integrante de él (v., por ej., Murillo, Pablo, ob. cit., p. 292, con referencias a la posición del Tribunal Constitucional español, que la estima integrante del derecho mismo, en la que es particularmente destacable la sentencia 37/1987 de 26 de marzo de 1987; entre nosotros puede verse a este respecto el ilustrativo estudio de Rajevic Mosler, Enrique: "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", en Rev. Chilena de Derecho, N° monográfico, Univ. Católica de Chile, vol. 23, N° 1, Santiago, 1996, pp. 83 y sgts.).



dad de las legislaciones, conforma la expropiación (que implica indemnización).⁹⁹

Entre nosotros, la Constitución ha dispuesto para esta materia una "reserva legal"; "sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social" (art. 19 N° 24, inc. 2°; la cursiva es nuestra).¹⁰⁰ Y agrega que la función social comprende cuatro objetivos (el tercero descompuesto a su vez en dos) (concebidos, como es esperable en un texto de esta naturaleza, genéricamente).¹⁰¹ Por cierto, si es justificado exigir ley para imponer restricciones, más lo es para disponer la priva-

⁹⁹ En realidad, en la expropiación no hay propiamente agresión al contenido del patrimonio por la función social. Como hay indemnización, que debe ser previa y completa, no hay una disminución patrimonial; así, no se afecta al patrimonio del expropiado, sino a la libertad del titular para configurarlo (a la libertad en su noción liberal ha dicho un autor: Novoa Monreal, Eduardo: *Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada*, *El Derecho como factor de cambio social*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 95).

¹⁰⁰ Los términos "limitaciones" y "obligaciones" (referidos al derecho de dominio más que a su titular), habitualmente empleados, no son muy apropiados; el primero, porque sólo confiere la idea de límite o frontera, en circunstancias que, a partir de una amplitud difícil de precisar, lo que se pretende comunicar es una disminución del campo o de la potencia, para lo cual resulta más clarificante el término "restricciones"; y el segundo, porque conviene mantener el término obligación para ese vínculo en cuyos extremos están los determinados sujetos acreedor y deudor, siendo preferible entonces emplear el término "deberes" (o "cargas").

A este respecto, parece muy conveniente la adopción de los dos conceptos, que apuntan, respectivamente, a una dirección negativa (de abstenciones) y a otra positiva (de asunción de comportamientos de convivencia o solidaridad social) (v., a este respecto, Hernández Gil, Antonio: *La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, p. 171).

Por otra parte –y aunque quede claro conviene puntualizarlo– esa reserva tiene la doble derivación consistente en exigencia de ley a lo menos y entrega o remisión a ella en la regulación.

Recordando que la bibliografía sobre la llamada función social es muy vasta, para este solo efecto de ordenación instrumental, con base en la Constitución, entre nosotros puede verse a Ríos Álvarez, Lautaro: "El principio constitucional de la función social de la propiedad", en RDJ., t. 84, Primera parte, pp. 57 y sgts.

¹⁰¹ Son "los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental" (art. 19 N° 24, inc. 2°). El problema de su taxatividad, que suele plantearse, parece carecer de relevancia atendida la amplitud de los términos.

ción del dominio; y la Constitución así también lo establece (en el inc. 3° del N° 24 del art. 19). La privación tiene también mencionados sus objetivos, dos (asimismo enunciados genéricamente).¹⁰² Y confiere indemnización (que, antes que en las normas de la ley de expropiaciones, tiene una –prolija– regulación constitucional en el mismo inc. 3°). En otros términos, entre nosotros la "reserva legal" está dispuesta para la *privación* del dominio y aun para la sola *restricción* o *deber*. En la doctrina general la noción de reserva legal ha sido concebida con una intensidad graduable y en cada ordenamiento es habitual la discusión acerca del rigor con el que los respectivos preceptos la han acogido;¹⁰³ ante nuestros textos constitucionales, los autores nacionales de Derecho público mantienen asimismo la discusión para nuestro régimen (que frecuentemente es reducida al dilema reserva absoluta o relativa, para surgir luego la proposición intermedia). En materia de propiedad entre nosotros parece adoptar estrictez, considerando lo dispuesto en los arts. 19 N° 24, 32 N° 8 y 60.¹⁰⁴

Las restricciones y los deberes pueden estar dirigidos genéricamente al contenido (respetando el esencial), a cierto atributo (sin que se configure la privación de uno esencial) o a algunos de los caracteres del dominio (en esta alternativa el más alcanzado es el carácter absoluto, al punto que habiendo sido, desde que apareció incorporado en las definiciones de dominio el centro del combate, en virtud de la intervención, hemos de tenerlo por superado). Por otra parte se vinculan a otros principios (como la doctrina del abuso del derecho).

Positivamente, se concretan en normas sobre variadas materias. Entre nosotros están diseminadas por todo el Código Civil

¹⁰² Son "utilidad pública o interés nacional".

¹⁰³ V., por ej., Murillo, Pablo, ob. cit., p. 294.

¹⁰⁴ Por lo menos es razonable concluir que si la Constitución exige que sea la ley (no otra norma de inferior jerarquía) quien imponga deber (obligación) o restricción (limitación), el cumplimiento de esta exigencia no ha de reducirse sólo a imponerla (mediante un término que la nomine) sino que ha de ser el propio legislador quien la describa (en qué consiste), la caracterice en sus razgos fundamentales y consigne los supuestos sobre los que surge. Por cierto, en la experiencia normativa suelen presentarse situaciones a lo menos dudosas por estos conceptos. V., a este respecto, con detenido examen y cita de otros precedentes, el fallo del Tribunal Constitucional de 9 de abril de 2003. Y un ejemplo de su aplicación, en sentencia de la Corte de Temuco, de 30 de enero de 2001.



y en innumerables leyes especiales, tanto de sectores productivos como habitacionales; tanto industrial como agropecuario, minero, urbanístico, etc. (v. el inventario de la legislación *solamente* ecológica y sanitaria y de protección cultural, contenido en las notas 125 a 128, al final de este mismo párrafo, cuyo contenido es masivamente restrictor del dominio).¹⁰⁵

Conviene también puntualizar los términos con que se consagró la privación (en el inc. 3°). Notablemente, junto a la *privación total* (expropiación, en su significado tradicional, en la que es extraída toda la cosa), la regla concibe también la *privación parcial* (que implica expropiación parcial); y no se trata de una privación parcial de la cosa, sino del *derecho*. Si un particular tiene, por ej., un predio, naturalmente puede ser expropiada una sección de él; esa sección es íntegramente sustraída del dominio privado, que es trasladado al expropiante. Pero el texto agrega que asimismo nadie puede ser privado "de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio" sin una ley expropiatoria. Esto significa que el constituyente concibe la expropiación de una *parte del derecho*, permaneciendo la cosa en el patrimonio del expropiado, pero con el derecho cercenado. En consecuencia, debe procederse como en toda expropiación, cumpliéndose las exigencias que el texto dispone para ella; destacadamente, por cierto, la indemnización.¹⁰⁶ Adoptada la actitud de proteger intensamente el dominio, la decisión de los redactores exhibe agudeza y realismo,

¹⁰⁵ Puede verse Mohor, Salvador: "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización", XIX Jornadas chilenas de Derecho Público, en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 16, N° 2, Santiago, 1989, pp. 283 y sgts., trabajo del cual discrepamos en un punto indemnizatorio y la calificación de una eventual indemnización, que será mencionado pronto.

¹⁰⁶ Por esta vía, el análisis conduce incluso a interrogarnos sobre una *privación parcial de un atributo*. Si claramente es privación parcial, tendría que aplicarse la regla (el inc. 3°) y conferirse, por tanto, indemnización. Aunque sin detenimiento, en la Comisión hubo referencia a esa hipótesis, sólo que algo entrecruzada (por los ejemplos que se usaron) con una cercana: la de una ley que impusiera un atentado con dudosa calificación de restricción o privación de atributo esencial (con intervenciones de los Srs. Guzmán y Bascuñán); se sugirió la solución de que el conflicto debería quedar entregado al órgano jurisdiccional, con la instrucción de que si se acercaba más a la privación, debía tenerse por privación y exigirse ley expropiatoria (v. el contenido de la discusión en Evans, Enrique, ob. cit., t. III, pp. 328 y sgts.; más tarde, en la misma hipótesis, y sin hacer referencia al antecedente histórico, se ha propuesto una solución semejante, empleando el término "significativo" (Mohor, Salvador, ob. cit., p. 297).

porque pone el derecho a resguardo de atentados esenciales que adopten formas de restricciones, manteniendo (formalmente) el dominio en el titular (y que, de penetrar, evitarían los reclamos, las diligencias y, sobre todo, la indemnización, a que da lugar —sin duda— la expropiación integral).¹⁰⁷

La expresión "atributos o facultades esenciales" debe ser aplicada con el contenido que la doctrina civil le atribuye (y que pronto será referida; infra N° 60). En otros términos, estimamos que aquella expresión empleada en el texto alude (está vinculada) a los atributos contenidos (básicamente) en la definición del Código Civil y que son los reconocidos tradicional y secularmente por la doctrina y las demás fuentes (decimos "básicamente" porque a los emergentes de la definición del Código deben agregarse otros: la exclusividad, la administración y la reivindicabilidad o, menos formalmente, la persecución, que se mencionan también en infra, N° 60).¹⁰⁸ (v. también el art. 6° de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras).

¹⁰⁷ Por lo demás, el planteamiento ya estaba inaugurado en la doctrina; lo hemos encontrado propuesto ya en 1899 (a lo menos, porque ese es el año de la traducción española de la obra), por el ilustre Gabba, C.F.: "Servidumbres legales e indemnización", en *Cuestiones prácticas de Derecho civil moderno*, trad. de A. Posada, Edit. La España moderna, Madrid, 1899, vol. I, p. 332.

¹⁰⁸ En este mismo sentido, Evans, Enrique, ob. cit., t. III, pp. 231 y 233. Así se desprende claramente también del debate en la Comisión, según se da cuenta en la obra recién citada; en las discusiones se hizo muy frecuente alusión a los atributos de uso, goce y disposición. Entonces aquí aparece una segunda vinculación con la legislación civil; primero se trató de la definición (aludida en una nota precedente); ahora, del significado de esta expresión "atributos". Ya es oportuno entonces, al menos advertir que se presenta aquí una conexión directa con el tema de la interpretación constitucional, que también ha sido abordado en la doctrina: ampliamente en el Derecho extranjero y en alguna medida también entre nosotros. Aquí sólo agreguemos que nuestro texto constitucional exhibe particularidades en la materia de propiedad, influyentes en la interpretación de la norma constitucional, por diversos factores, como la historia inmediatamente anterior al texto (ya mencionada), el detalle de su regulación, la presencia del cuerpo legal relacionado (el Código Civil). En todo caso, compartimos la conclusión de que los conceptos civiles (eso sí bien comprendidos) y, específicamente, la expresión "atributos o facultades esenciales", deben entenderse, al menos como punto de partida, con el significado atribuido por los textos y la doctrina civil que, como se sabe, tienen —ya se dijo— dilatada tradición (así también Varas, Juan Andrés, ob. cit., pp. 143 y sgts., especialmente pp. 146 y sgts.).

Sin embargo, y prescindiendo de la íntima convicción de cada uno de los redactores, estimamos apropiado formular una enmienda a los definidos conceptos civiles. Cuando el texto emplea la expresión "atributos o facultades esen-



Por otra parte, el precepto ostenta armonía con lo dispuesto en el N° 26 que, insistiendo en el resguardo de la generalidad de los derechos fundamentales, acude a la noción de contenido esencial, disponiendo que se asegura asimismo que las leyes no afectarán a los derechos en su "esencia". Tratándose del derecho de dominio, aquí resulta protegido con el otro método; ya no (con la concepción analítica) mediante el recurso a los atributos esenciales, sino (en la sintética) acudiendo a la "esencia". Estimamos que esta esencia o contenido esencial encuentra su significado básico en la ya citada expresión "atributos esenciales",¹⁰⁹ pero, in-

ciales" debe tenerse presente que en la doctrina civil esos términos son considerados sinónimos; son empleados indistintamente, y se les diferencia de los caracteres (derecho real, exclusivo, absoluto y perpetuo, que luego serán también examinados, en infra N° 59). Pues bien, para lograr una suficiente protección al dominio, por una parte, sin llegar a debilitar, por otra, el vigor de la función social, además de los propiamente atributos (mencionados) deben incluirse también en la fórmula tres de los cuatro caracteres: real, exclusivo y perpetuo; del carácter real emerge la "reivindicabilidad", que en la doctrina extranjera suele ser mencionada; y complementando la perpetuidad, ha de ser incluida la transmisibilidad mortis causa (por sólo una transmisión, como se dirá al tratar los caracteres).

El art. 6° inc. 2° del C. de M. dispone: "La privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella".

Algunos Códigos del siglo XX llegan a incluir algunos de estos caracteres en las definiciones; por ej., el CC. peruano incluye la reivindicabilidad (art. 923); el CC. paraguayo la exclusividad y, más apropiadamente que la reivindicabilidad, la facultad de "recuperar" (art. 1954); esta última es incluida también en el CC. brasileño (art. 1228).

Por otra parte, los tres atributos básicos (uso, goce y disposición), han sido considerados por siglos como los esenciales y consignados habitualmente en los Códigos Civiles. La ausencia del recurso a los "atributos o facultades esenciales" para dirimir, perceptible en buena parte de la doctrina contemporánea y en algunos Códigos Civiles recientes, puede explicarse por aquella tendencia (ya revelada aquí, en supra N° 52) a concebir el dominio no como una suma de facultades, sino como un único poderío, que rehúye el desmembramiento en atributos autónomos. Con todo, la Constitución europea vuelve por antiguos textos y describe los tres atributos clásicos (art. II-77); también el CC. brasileño (art. 1228).

¹⁰⁹ Y armoniza también con el art. 41, N° 8 que se refiere a las requisiciones en estado de excepción constitucional. Por ellas confiere indemnización (se está refiriendo a la requisición que puede llamarse integral, como acontece, según dijimos, en la expropiación); y también confiere expresamente

cluyéndolos, la supera, con una fórmula más integradora, prescindente de atributos individualizables que la conforman por suma y que pueden dejar intersticios; este contenido esencial traduce un exclusivo y directo aprovechamiento integral de las cosas en sus posibilidades actuales y potencialidades futuras, con posibilidad de intercambio y poder de persecución.¹¹⁰

indemnización por las limitaciones al dominio "cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio". Sólo que la regla se inicia con una impropiedad terminológica: "limitaciones", pero que inmediatamente queda saneada cuando aclara que se refiere a "privación de alguno de los atributos...". El complemento "y con ello se cause daño" (que no se consigna en el art. 19 N° 24) es explicable porque se trata aquí de sucesos transitorios, temporales, y entonces se ha querido evitar que alguien, por haberle sido privado por un tiempo algún atributo esencial, por el solo hecho de la privación pretenda indemnización.

¹¹⁰ Cfr. el rasgo de exclusividad en Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorporales...*, cit. En el intento de concretar el significado del contenido esencial, estimamos conveniente recoger la noción propuesta por el Prof. Díez-Picazo, quien toma base metodológica en una sentencia del Tribunal Constitucional español (de 8 de abril de 1981). Acude a dos criterios: uno dogmático (la parte del contenido del derecho en que se encuentra su reconocibilidad como perteneciente a un determinado tipo) y otro de jurisprudencia de intereses (la parte del contenido que es necesaria para que el derecho cumpla las finalidades e intereses a los que debe servir y de los cuales es instrumento). Dogmáticamente, el derecho de dominio es reconocible si en él se conjugan los clásicos atributos de uso, goce y disposición; conforme a la jurisprudencia de intereses, el dominio sirve a la dignidad y libertad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, y también al reconocimiento de los sujetos jurídicos como sujetos de iniciativa y gestión económica (insertos en un proceso de economía de libre mercado, agrega, en una referencia que parece más contingente) (Díez-Picazo, Luis, ob. cit., t. III, pp. 50 y sgts.; especialmente p. 52). También se ha propuesto que el contenido está integrado, precisamente, por la exclusividad, la disposición y el absolutismo (como vocación, restringido por las leyes y reglamentos y con especial dirección a la oponibilidad) (Zenati, Frédéric, ob. cit., pp. 313 y sgts.). Y debe tenerse presente también la controversia acerca de si la función social constituye un límite externo al concepto dominio o forma parte de él (ya aludida en este mismo número, nota, con referencia a la posición del Tribunal Constitucional español). V. también Medina de Lemus, ob. cit., t. I, pp. 409 y sgts., quien parte insistiendo que el contenido esencial no se identifica necesariamente con la definición, y añade también que la base ha de ser el art. 348 del CC. español (con su función definitiva), sólo que, para el contenido esencial, ese concepto debe ser integrado con otros elementos del Derecho vigente, en dirección a hacer reconocible el derecho de propiedad.



En suma, la Constitución autoriza a la ley (y sólo a la ley) para imponer *restricciones y deberes*, por cierto sin indemnización (como que se imponen con base en la función social), y para *privar* del dominio, integral (expropiación en su sentido tradicional) o parcialmente (por privación de un atributo o facultad esencial), aquí mediante ley expropiatoria y, por tanto, con la consecuente indemnización. Además, vuelve a asegurar que la ley no podrá afectar el derecho (en nuestro caso el de propiedad) en su esencia.¹¹¹

En la confrontación de aquellos textos con leyes determinadas que intervienen el derecho de dominio, pueden presentarse situaciones en las que será difícil precisar cuándo se estará en presencia de una *restricción* y cuándo de una *privación de un atributo esencial*; y si se ha afectado o no el derecho de dominio en su *esencia* (que en términos de controversia los particulares afectados podrán plantear —y de hecho han planteado— al tribunal). En definitiva, éste viene a erigirse en el conflicto fundamental que entre nosotros presenta este capítulo, pero ya no tanto por imprecisión constitucional, sino más bien por los términos en que la ley respectiva acomete la intervención.¹¹²

¹¹¹ Tal es el sistema diseñado por el constituyente. Si en el caso concreto se introduce una restricción con violación a norma, formal o substancial, se está quebrantando el sistema y habrá que acudir a un remedio, como se dirá pronto, pero no es que la indemnización proceda por restricción ilegal (señalándose a esa situación como una de aquellas en que procede indemnizar por restricciones, como en alguna ocasión se ha postulado); si hay violación a la normativa, que se concreta en cierto acto, podrá el tribunal dejarlo sin efecto, con lo que el problema se resuelve; y si no es posible deshacer lo hecho, se podrá llegar a la indemnización, pero en ese caso como auténtica indemnización en responsabilidad civil (que —como se dirá— es distinta), pero no es que haya restricciones que, por ilegales, se tornen indemnizables (en indemnización expropiatoria).

¹¹² Que es (como se ha visto en una nota precedente) el gran problema en muchas legislaciones. Entre nosotros, puede apreciarse, por ej., en RDJ., t. 79, secc. 5ª, pp. 194 y sgts. (Bolsa de Comercio de Santiago con Ministerio de Educación); t. 81, secc. 1ª, p. 117 y sgts.; también publicado en secc. 5ª, pp. 181 y sgts. (Comunidad Galletué con Fisco, con voto disidente); t. 87, secc. 5ª, pp. 122 y sgts. (García Sabugal con Ministerio de Agricultura, especialmente consid. 11); Rev. Gaceta Jurídica N° 289, Santiago, 2004, pp. 26 y sgts. (Soc. Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco, llamado caso Palacio Pereira, con voto disidente y comentario del Prof. Francisco Zúñiga).

Efectivamente suele ocurrir que la legislación procede a intervenir la propiedad de ciertos bienes sin emplear la misma terminología de los textos superiores, y a veces con expresiones que más bien sugieren que se trataría sólo de restricciones intensas a las facultades del titular; en su calidad de “restricciones”, quedarían incluidas en la función social y no conferirían indemnización, pero en los hechos a veces —al menos según el dueño— constituyen verdaderas privaciones (parciales) del dominio, el cual (formalmente) es mantenido en manos del propietario.¹¹³⁻¹¹⁴

En doctrina y jurisprudencia extranjeras la materia ha sido bastante agitada. La casuística, por los campos de donde surge, es muy similar a la que se está presentando aquí, y las soluciones oscilan entre las mismas alternativas nuestras. Pero con *dos diferencias técnicas* respecto de nosotros, que se manifiestan en el razonamiento; primero: autores y textos (frecuentemente menos explícitos que los nuestros), prescinden de la expresión “atributos esenciales” (que parece irse abandonando, producto del decaimiento de la concepción del dominio como suma de facultades) y la controversia es planteada puramente como un atentado al “contenido esencial” del derecho de propiedad; y, segundo: no llegan a exigir expropiación (que es reservada sólo para la privación total de la cosa); así, frente a leyes agresoras imprecisas, o se estiman restricciones fundadas en la función social y, por tanto, no indemnizables, o se consideran privaciones de contenido esencial, confiriéndose la respectiva indemnización.¹¹⁵⁻¹¹⁶

¹¹³ Por cierto, en muchas ocasiones el dueño preferiría que de una vez le expropiaren (integralmente), porque entonces tendría (sin duda) la indemnización.

¹¹⁴ Aparte de las restricciones, recuérdese que el texto permite también imponer “obligaciones” (que hemos preferido llamar deberes o cargas) las cuales (al igual que las restricciones) tampoco confieren indemnización; quedan incluidas en la función social; pues bien, es asimismo concebible que la ley imponga verdaderas privaciones mediante la forma de obligaciones; en otros términos, puede acontecer que, con la forma de obligaciones, en el hecho llegue a privar de algún atributo o facultad esencial.

¹¹⁵ Del examen de varios estudios sobre el tema se desprenden algunas referencias frecuentes, como éstas: desde luego, la mencionada expresión “contenido esencial” del derecho; la noción de “carga especial y exorbitante”; la distinción entre restricción y privación; entre limitación y vinculación (esta última caracterizada por una afectación concreta, singularizada); y entre expropiación formal (declarada e integral) y material (no declarada y constituida por



Entre nosotros los textos legales han recaído, hasta ahora—como en otras latitudes—principalmente en los ámbitos urbanístico, ecológico e histórico y artístico; y las controversias prácticas, sobre todo en los dos últimos. Más específicamente, un ejemplo de esta situación lo proporciona la legislación (pronto será consignada) que ha afectado intensamente el dominio de predios forestales, llegando a impedir la explotación de ciertas especies

privación de atributos) (suelen emplearse términos distintos para referirse a conceptos semejantes, como en la jurisprudencia suiza, en la que se distingue entre “intervenciones débiles y fuertes”). V., por ejemplo, Weber, Albrecht, ob. cit., pp. 481 y sgts.; Galán, Roberto: “De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador”, en Rev. de Administración Pública N° 155, Madrid, 2001, pp. 285 y sgts.; Murillo, Pablo, ob. cit., 283 y sgts.; Arribas, Pablo: “La indemnización por las limitaciones a la propiedad recogidas en los catálogos urbanísticos”, en Rev. de Derecho Urbanístico N° 122, Madrid, 1991, pp. 33 y sgts. (que consigna los conceptos de propiedades “vinculada” y “catalogada” y se extiende en las exigencias para que proceda la indemnización conforme a sus textos, entre las que es destacable la “singularidad” del sacrificio y la “proporcionalidad” entre el interés colectivo y el sacrificio del particular); Rey Martínez, Fernando, ob. cit., pp. 53 y sgts.; García de Enterría, Eduardo: “Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo”, en Documentación Administrativa N° 221, Madrid, 1990, pp. 23 y sgts. (dedicado principalmente al análisis del art. 1° del Protocolo adicional al Convenio europeo de derechos humanos, con particular dirección a la expropiación, consigna también un alcance al atentado al contenido esencial del dominio cuando se impone una carga especial y exorbitante, y pareciera conducir las situaciones a la responsabilidad por daños causados por la administración).

Así también el Protocolo adicional al Convenio europeo de derechos humanos, que ha sido relacionado con el art. 50 del Convenio; con base en ellos es mencionada como particularmente destacable la sentencia del Tribunal europeo de derechos humanos, de 23 de septiembre de 1982 (recaída en el difundido caso “Sporrong y Lönnroth contra Suecia”, relativo a unas restricciones urbanísticas en la ciudad de Estocolmo; al negarse a los dueños de unos predios en el centro de la ciudad el permiso para construir debido a una inminente expropiación, que tardaba más de 20 años en concretarse, se resolvió que la sujeción afectaba a la substancia misma de la propiedad y aunque el derecho no haya desaparecido, se ha producido una expropiación de hecho la “substancia misma” parece equivaler a la más usada expresión “contenido esencial”).

En el Derecho norteamericano la situación no parece ser muy distinta, salvo, ciertamente, por el método. El texto es la 5ª Enmienda (“La propiedad privada no deberá ser tomada para un uso público sin una adecuada compensación”), de donde ha emergido el “taking”, situación de privación del dominio, indemnizable; el Tribunal Supremo parece evitar una fórmula de aplicación general y, en los casos, la vía del precedente no llega a definiciones de alguna generalización. Hay “leading cases” como “US. vs. Causby” (1946), que confiere indemnización; y “Penn Central transportation vs. City of New York” (1978)

amenazadas o en peligro de extinción; si un predio determinado tiene como valor exclusivo (o ampliamente dominante) esa especie, para el dueño la prohibición equivale (o se asemeja mucho) a privarlo del dominio.

En primer lugar, conviene advertir que en el reclamo no se está contra la conveniencia de proteger el bien o la categoría de bienes a los que se dirige la privación o pretendida restricción (la

en el que se niega (en cuanto permanece todavía un uso razonable del inmueble) (v., al respecto, Jordano Fraga, Jesús: “Medio ambiente versus propiedad: expropiaciones legislativas en el Derecho ambiental americano”, en Rev. española de Derecho administrativo N° 85, Madrid, 1995, pp. 67 y sgts.). Es destacable la noticia transmitida por el autor en el sentido de que no obstante que los antecedentes históricos del precepto demuestran que los redactores sólo pensaban en la formal (e integral) expropiación, se le ha llegado a considerar un dato irrelevante en la jurisprudencia (concretamente, en el renombrado caso “Lucas vs. South Carolina Coastal Council”; un comentario a este interesante caso puede verse en Sax, Joseph: “Property rights and the economy of nature: understanding Lucas vs. South Carolina Coastal Council”, en Stanford Law Review, mayo, 1993, vol. 45, N° 5, pp. 1433 y sgts.). En apreciación general, se mantiene con intensidad la discusión de los criterios para determinar cuándo procede la indemnización y cuándo no (y los “casos”, con dedicados comentarios, son muchos). Han surgido algunos como la afectación del “núcleo esencial” de la propiedad (en el que se acude a la delimitación histórica del contenido esencial de la propiedad); la regulación destinada a prevenir un daño en la colectividad en principio no produce indemnización, si la regulación dirigida a obtener un beneficio; si la disminución del valor de la propiedad es demasiado apreciable requiere indemnización; si la gravedad de la invasión es desproporcionada respecto de la política gubernamental efectuada, requiere indemnización; la afectación derivada de la prohibición de actividades perjudiciales para la comunidad no es indemnizable (tradicionalmente este último criterio se dirigía a la salud pública, pero tiende a expandirse al ámbito de los límites esenciales de la calidad ambiental) (y frecuentemente estos criterios funcionan en conjunto). Como afirmaciones elementales suelen mencionarse la igualdad en el reparto de las cargas públicas y la inadmisibilidad de la expropiación sin indemnización (a lo que debe agregarse el dato histórico de que en su origen el “taking” parece estar asociado a la idea de garantía frente a conductas arbitrarias de la autoridad).

Contribuye, por último, al debate el muy clarificante símil (del prof. francés Luchaire, consignado en Weber, citado) con la alcachofa: “si se la toma completa, debe pagarse por ella; pero si se cogen sólo hojas sueltas, podría uno llegar a apoderarse de ella sin pagar”.

Coincidentemente, las expresiones “contenido esencial” y “esencia del derecho” fueron ampliamente empleadas en los debates sostenidos por los redactores de nuestro texto constitucional respecto del derecho de propiedad como se dirá pronto. Y—como se sabe—la última hasta terminó recogiendo en la protección general de todos los derechos asegurados.



especie vegetal amenazada, el monumento histórico o artístico, etc.); lo objetado es que esa protección o beneficio perseguido para toda la comunidad se logre a costa de un solo particular o de un grupo de dueños de predios con esos caracteres. De ahí que la impugnación haya sido sustentada en las garantías de igual repartición de las cargas públicas y de igualdad ante la ley.

Con sus textos, la Constitución viene a ofrecer dos métodos para solucionar el conflicto, y en ambos el problema es de *calificación*.

— Con los incs. 2º y 3º, que distinguen entre restricción y privación de atributo esencial y exigen ley expropiatoria para esta última, se trata de calificar si la intervención al dominio que la norma legal impone constituye restricción (o deber) o privación.

— Con el N° 26, que protege la esencia del derecho, se trata de resolver si la ley agresora afecta o no al derecho de propiedad en su esencia.

Por cierto, esa calificación ha de emprenderse objetivamente, con prescindencia de los términos que la ley interviniente emplee.

Es importante destacar que se trata de *métodos* distintos para solucionar el conflicto, cada uno con su texto, y, por tanto, no deben ser (como ha ocurrido en algunos casos) confundidos o mezclados (sin perjuicio de que, en su aplicación práctica, puedan plantearse uno en subsidio del otro); y ellos hacen innecesario acudir a la equidad (como también ha acontecido).

La *privación o afectación sin indemnización y su consecuencia*. Si la calificación es de reproche, es decir, si se concluye que la ley ha impuesto una privación de atributo esencial sin los requisitos de una ley expropiatoria (sobre todo sin conferir indemnización), o ha afectado al derecho en su esencia, hay que determinar la consecuencia. En ambos caminos la conclusión es la *inconstitucionalidad* de la ley que impone la intervención (en el primero, por contravenir los incs. 2º y 3º del N° 24; en el segundo, por contravenir el N° 26).

Pero en la práctica se ha intentado otro remedio: la *indemnización*, que es demandada en lugar de atacar la norma legal invasora, la cual habrá de quedar, entonces, vigente, manteniéndose la privación del atributo esencial o la afectación de la esencia. En ciertas situaciones (sobre todo en las llamadas servidumbres administrativas), en algunas de las cuales hasta podría dudarse de su calificación como de restricciones o privaciones

de atributo esencial, los respectivos textos legales confieren indemnización, con diversos procedimientos.¹¹⁷ Pero quedan otras (que irán aumentando) sin el remedio expreso.

Con el primer método no parece posible; aquí el planteamiento es que se trata de una ley que expropia y que no reúne las exigencias que la Constitución impone a toda ley expropiatoria, de modo que lo que procede es simplemente declararla inconstitucional (a menos que se reúnan todos los requisitos salvo la indemnización, porque entonces, al conferirse, la situación queda ajustada a la Constitución). Con el segundo es dudoso; el texto (el N° 26) garantiza que las leyes "no podrán afectar los derechos en su esencia"; la norma legal ha afectado el contenido esencial, quedando configurada así la inconstitucionalidad; la indemnización no es contemplada; tampoco es negada; entonces, ¿es la indemnización un remedio ante una ley que contraviene la Constitución? ¿Queda remediada la contravención a través de una indemnización al afectado? La respuesta inmediata es negativa; pero podría postularse que como se trata de una garantía a las personas, pudiese ser un remedio aceptable, cuando el afectado mismo lo ha pedido. También podría estimarse que con la indemnización el derecho no ha sido "afectado en su esencia" (porque en el patrimonio del dueño se ha producido una subrogación real, en la cual el deterioro ha sido reemplazado por la indemnización).

En la práctica, al menos hasta ahora, no se ha procedido siempre con claridad en el empleo de estas alternativas. En ocasiones, con motivo de un recurso de protección, se ha pedido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y ha sido acogida. En otras, sin impugnar la vigencia de la ley, se ha demandado puramente indemnización, y ha sido concedida; pero mezclando —estimamos que indebidamente— los métodos aquí descritos. En efecto, no se ha resuelto explícitamente que se trate de una formal restricción que implica una real privación de atributo esencial; manteniéndose el tribunal en la sede del inc. 2º (restricciones) se ha optado por estimar que se trata de restricciones graves que atentan en contra del contenido esen-

¹¹⁷ Que convendría unificar en bases comunes, con las diferencias que resulten inevitables por explicación de naturaleza o de otras circunstancias particulares.



cial del derecho de dominio y, ante la ausencia de norma que confiera indemnización (las restricciones no la confieren), se ha conferido.¹¹⁸ Se ha acudido a varios fundamentos. Uno frecuente es la garantía de igual repartición de las cargas públicas (a veces con el agregado de igualdad ante la ley). Se añade que si

¹¹⁸ En Rev. Gaceta Jurídica N° 289, Santiago, 2004 (Soc. Inmobiliaria Maulín Ltda. con Fisco), se declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad; y el fallo no es claro en su calificación, que oscila entre privaciones de atributo esencial y restricciones que en conjunto atentan contra el contenido esencial. El voto disidente estima que se trata de restricciones aceptables por la función social y no observa atentado a la igual repartición de las cargas públicas (por lo que desestima la inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Se ha acogido la indemnización, por ej., en RDJ., t. 81, secc. 5ª, pp. 181 y sgts. (Comunidad Galletué con Fisco). Se confirió indemnización (con un voto disidente), pero con algunos conceptos de los que —conforme a lo expuesto— discrepamos. Las llamadas restricciones que la norma impuso nos parecen calificables de “privación de atributo esencial” y no de restricciones; con aquella calificación, debía conferirse indemnización sin más (por el inc. 3º). Pero el fallo estimó que se trataba sólo de graves limitaciones (restricciones) y que, como la Constitución al tiempo que por ellas no la confiere tampoco impide la indemnización, con la ayuda de la equidad la confirió. Además, empleó el argumento —al que ya hemos aludido— del art. 41 N° 8 sobre los estados de excepción, argumentando que si en esos estados expresamente la Constitución confiere indemnización por “limitaciones”, con mayor razón debe conferirse en estados de normalidad (omitiendo que ese precepto, no obstante emplear —impropiamente— el término limitación, aclara acto seguido que se trata de limitaciones que importen privación de atributo esencial, es decir, se está tratando de privaciones). Por último, sin abordar el problema de la naturaleza de la indemnización (como expropiatoria o de responsabilidad, que aquí también mencionamos), y habiendo acudido a la equidad, la sentencia añade referencia a la responsabilidad del Estado con ejemplos como el de la indemnización al sobreseído o absuelto (es decir, identificando la naturaleza de ambas indemnizaciones, que aquí ya hemos aludido y estimado diferentes). Por su parte, el voto disidente (que estuvo por rechazar la demanda) considera la indemnización sólo en la expropiación total (única que parece concebir, aunque no lo expresa así), prescindiendo de la privación de atributo esencial que, conforme al inc. 3º, es también indemnizable.

Actitud semejante ha demostrado el Tribunal Constitucional, en sentencia rol 245, respecto del DS. N° 1, de Bienes Nacionales (DO. de 6 de agosto de 1996), sobre acceso gratuito a playas de mar, río o lago. Sobre la actitud del Tribunal Constitucional ante distintos temas de propiedad, puede verse Bulnes Aldunate, Luz: “El derecho de propiedad y la jurisprudencia constitucional”, en Rev. de Derecho. U. de Concepción N° 212. Concepción 2002, pp. 71 y sgts.

El sacrificio de animales para evitar la propagación de la fiebre aftosa ha dado lugar a controversias en las que en algunos sentidos se ha tratado el tema. Al respecto se ha dictado un texto legal especial que establece normas para la indemnización (ley 18.617, DO. de 3 de junio de 1987).

bien al referirse el inc. 2º a las restricciones no confiere indemnización, tampoco la niega. Se ha empleado también la regla de que en los estados de excepción constitucional se confiere indemnización por las limitaciones a la propiedad (art. 41 N° 8 de la C. Pol.), deduciéndose que si en esos estados se confiere indemnización, con mayor razón procede por las restricciones impuestas en estado de normalidad (olvidando que allí se trata sólo de una impropiedad de lenguaje, porque el constituyente agrega que se trata de limitaciones que importen privación de atributos esenciales, con lo que queda claro que se trata allí simplemente de “privaciones” de atributo esencial, situación en la que evidentemente procede indemnización, conforme al inc. 3º). Se ha agregado la equidad (es equitativo concederla). En fin, se ha hecho expresa referencia a la responsabilidad del Estado y, dentro de ella, a la llamada “responsabilidad por hecho lícito” (en Chile afrontada principalmente por la doctrina administrativa) con la cita de preceptos como el art. 38, inc. 2º de la Constitución y el art. 42 de la ley 18.575, Org. Constit. de Bases Generales de la Administración del Estado.¹¹⁹⁻¹²⁰

¹¹⁹ V. DFL. 1, que fijó el texto refundido de esa ley, DO. de 17 de noviembre de 2001.

¹²⁰ El tema ha sido examinado en sede de Derecho administrativo, con la denominación de “responsabilidad del Estado por acto lícito”; y, por cierto, presenta viva controversia. V., a este respecto, Varela Caballero, Alex: “Responsabilidad del Estado-legislador”, en Revista de Ciencias Jurídicas N° 1, Edit. Jurídica de Chile, Valparaíso, 1971, pp. 233 y sgts.; Caldera, Hugo: “La responsabilidad extracontractual por el hecho de las leyes en la Constitución Política de 1980, ¿espejismo o realidad?”, en *XIII Jornadas chilenas de Derecho público*, Univ. de Concepción, Concepción, 1983, pp. 222 y sgts.; Soto Kloss, Eduardo: “Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho chileno”, en RDJ., t. 81, Primera Parte, pp. 87 y sgts.; Vergara Bezanilla, José: “La responsabilidad por acto legislativo y una sentencia de mayoría de una de las salas de la Corte Suprema”, comentario, en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 12, N° 2, Santiago, 1985, pp. 363 y sgts.; Oelckers, Osvaldo: “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”, en Rev. de Derecho Público N° 37-38, Santiago, 1985, pp. 365 y sgts.; Quintanilla, Álvaro: “Responsabilidad del Estado por actos lícitos”, en Revista de Ciencias Sociales, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Univ. de Valparaíso, N° 44, Valparaíso, 1999, pp. 281 y sgts.; Cordero, Luis: *La responsabilidad de la administración del Estado*, Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2003; Sanhueza, Ricardo: *Teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado administrador*, Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005.



Esta última referencia merece una observación. Estimamos que el problema no es de responsabilidad civil; al menos, atendidos nuestros textos (sobre todo el inc. 3°), no es necesario acudir a esa vía (y, por tanto, no es necesaria –ni procedente– la confrontación con todas las exigencias o elementos propios de esa responsabilidad). Si la norma constituye privación de atributo esencial (o afecta el derecho en su esencia) y, prescindiéndose de la ley expropiatoria y de la inconstitucionalidad, la situación va a ser remediada con la indemnización, esta indemnización pertenece al ámbito de la indemnización expropiatoria, que sustituye valor, y no en el sentido que tiene en la materia de responsabilidad civil.¹²¹ En la res-

V. también, a este respecto, RDJ., t. 27, p. 744; t. 71, p. 137, que se pronuncia adversamente sobre la indemnización por las restricciones a la faja de terreno contigua a un camino, luego de una expropiación; t. 81, p. 117; Gaceta Jurídica N° 289 (2004), pp. 26 y sgts. (Corte Suprema, 18 de junio de 2004, con comentario del prof. Francisco Zúñiga), en que se declaran inaplicables por inconstitucionales (en inconstitucionalidad sobrevenida) dos preceptos de la ley 17.288 sobre monumentos nacionales (arts. 11 y 12); RDJ., t. 81, secc. 1ª, pp. 117 y sgts., también publicado en secc. 5ª, p. 181 (Comunidad Galletué con Fisco).

¹²¹ V., a este respecto, Galán, Roberto, ob. cit., pp. 292 y sgts. Pero el autor admite que es difícil encontrar criterios que permitan distinguir cuándo el daño es propiamente expropiatorio y cuándo pertenece al ámbito de la responsabilidad del Estado legislador. Insiste en la presencia de leyes que, sin expropiar formalmente, imponen una verdadera mutilación al derecho de propiedad y que, en definitiva, son también expropiatorias. Y se emplea la distinción entre expropiación formal y material (que aquí ya fue aludida en una nota anterior). Este es fuerza doctrinario extranjero a favor de lo que llamamos expropiación parcial del derecho de dominio, demuestra la visión penetrante del constituyente chileno, que –como hemos dicho– la ha concebido y estampado claramente en el inc. 3°. También Carrido Falla, Fernando: “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, en Rev. de Administración Pública N° 81, Madrid, 1976, pp. 7 y sgts. Este estudio examina detenidamente la dificultad y plantea directamente la distinción entre “la responsabilidad de la Administración y su deber de indemnización en determinados supuestos” (p. 10). Agrega que la indemnización “se aplica a aquellos supuestos en que la Administración actuando legítimamente, sacrifica el derecho de un particular (también legítimo por supuesto): la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas es incompatible con la idea del ‘sacrificio especial’ sin indemnización”; distinta es la responsabilidad del Estado “por los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...” (p. 12), en la posibilidad de repetición en contra del funcionario actuante se aprecia también claramente la diferencia; añade casos hipotéticos y reales.

ponsabilidad civil se trata de reparar un daño causado con dolo o culpa o aun sin ellos (si se trata de responsabilidad objetiva), en la que el daño se produjo como consecuencia de la actuación del Estado dentro de su actividad, daño que *no es el fin perseguido* y es más bien no deseado; por lo mismo, el interés público no se beneficia con la exacta actividad que provoca el daño. En cambio, en la indemnización expropiatoria la autoridad agrade directamente al derecho de dominio, en ejercicio de sus potestades y *para* obtener un fin de utilidad pública. Nos parece que simplemente debe indemnizarse, con la justificación (remota) de la igualdad ante la ley y del igual reparto de las cargas públicas y, en términos inmediatos, con la misma justificación que explica la indemnización expropiatoria (integral); de protección a la propiedad, porque lo que se produce (conforme al inc. 3°) es una privación parcial del dominio, privación parcial del derecho, no de la cosa, en la cual aquella privación viene luego a proyectarse; instalada en el derecho, más precisamente la agresión se radica (en términos de la concepción dominical tradicional) en los atributos esenciales, o (en expresiones de la concepción unitaria del dominio) en la potencia o magnitud fundamental (en el contenido esencial) del poder del propietario.¹²²

¹²² En la misma actitud de mantener (o consolidar) la disposición legal en doctrina extranjera ha surgido –como se aludió en una nota anterior– otro planteamiento; el de que en la especie hay una verdadera expropiación del objeto, no declarada formalmente (expropiación “indirecta”, “disfrazada” o “por excesivas restricciones”), de modo que el tribunal tendría que declararla, con lo que el dominio (integral) del bien expropiado se trasladaría al Estado y tendría que pagarse la correspondiente indemnización. La expropiación, con la debida indemnización (que proviene de fondos del erario nacional), soluciona el problema equitativamente; se logra el fin social costado por toda la comunidad y el primitivo dueño queda indemnizado (v. Peñailillo Arévalo, Daniel: *La expropiación ante el Derecho civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, reimpresión de 2004, pp. 65 y sgts). Esta alternativa puede resultar aceptable más bien en ordenamientos que carecen de una norma como la de nuestro inc. 3° citado; que, como se ha visto, concibe directamente la expropiación parcial (del derecho).

Otros comentarios sobre las restricciones y el contenido esencial del dominio; pueden verse en Rajevic Mosler, Enrique, ob. cit., pp. 44 y sgts.



La preservación natural y cultural. En tiempos recientes, la función social ha recibido una destacada tarea de *preservación*. Aunque proviene desde antiguo, esta preocupación se ha impuesto últimamente con gran persistencia, por razones bien conocidas, hasta llegar a entrar en conflicto con el progreso material. Principalmente, se refiere a dos ámbitos:

1°. *La preservación de la naturaleza*, para mantener el ambiente con caracteres benéficos para la vida humana, amenazado por la contaminación industrial y por elementos derivados del congestionamiento urbano (v. C. Pol., art. 19 N°s 8 y 24, inc. 2°). Como se irá viendo, se refleja en variadas materias. En términos genéricos, en una multitud de restricciones y cargas al derecho de propiedad; en términos más específicos; en el uso de bienes muebles (vehículos motorizados, instalaciones industriales, productos y residuos químicos, agua); y en el uso de inmuebles, del suelo (en las relaciones de vecindad, en las servidumbres, en las explotaciones mineras). Entre nosotros, el Código ya contiene algunas normas (por cierto desorganizadamente);¹²³ pero posteriormente el aumento legislativo no ha cesado (muchos de esos textos se irán mencionando en capítulos siguientes). El texto nacional que aparece como uno de los centros de donde se emiten restricciones es la Ley de Bases del Medio Ambiente.¹²⁴ Las reuniones de gobiernos, que culminan en tratados y convenciones internacionales, y la acción de Organizaciones no gubernamentales, han influido notablemente en las legislaciones internas (sólo por introducir un orden en la exposición y consulta, podemos distinguir una

¹²³ Pueden considerarse, por ej., el art. 1461 (su sentido es, ciertamente, discutible; en un sentido amplio, todo pacto cuya prestación contrarie a la naturaleza carecería de objeto porque sería físicamente imposible y, así, el acto sería inexistente o, al menos, nulo absolutamente; con esa comprensión tendría un efecto muy protector de la naturaleza, pero paralizante para la actividad humana; en sentido más restringido, se estaría refiriendo sólo a pactos que impongan prestaciones que no puedan cumplirse por imposibles al no poderse vencer a la naturaleza, atendidas las posibilidades físicas actuales del hombre); el art. 1475, que aunque algo más acotado que el anterior es también bastante extendido; y el art. 937 que, en términos muy amplios, dispone (con forma no muy perfecta) la imprescriptibilidad de las acciones en contra de obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso.

V. también lo que se dirá sobre el "entorno" en los atributos del dominio; infra N° 60.

¹²⁴ Ley 19.300, de 9 de marzo de 1994.

normativa restrictora con inmediato *fundamento ambiental*¹²⁵⁻¹²⁶ y otra con inmediato *fundamento sanitario*.¹²⁷

2°. *La del patrimonio cultural* que la comunidad va acumulando con el tiempo, que servirá para cimentar nuevos progresos y

¹²⁵ Los siguientes son algunos textos:

DS. 4.363 (DO. de 31 de julio de 1931, con muchas modificaciones), llamado ley de bosques; DS. 144 (DO. de 18 de mayo de 1961, que establece normas para evitar emanaciones o contaminantes atmosféricos de cualquier especie; DS. 531 (DO. de 4 de octubre de 1967), aprueba la Convención de Washington para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América (suscrita el 12 de octubre de 1940); Ley 17.288 (DO. de 4 de febrero de 1970) de Monumentos nacionales; DS. 141, que aprueba y publica la Convención sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (DO. de 25 de marzo de 1975, antes aprobada por DL. 873, DO. de 28 de enero de 1975); DL. 1.557, para preservar y reponer recursos naturales (DO. de 30 de septiembre de 1976); DL. 1.939 (DO. de 10 de noviembre de 1977) sobre Adquisición, administración y disposición de bienes del Estado; DL. 2.565, sobre fomento forestal (sustituye al DL. 701, DO. de 3 de abril de 1979); DS. 259 (DO. de 12 de mayo de 1980), que promulga la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (suscrita en la Unesco, París, el 16 de noviembre de 1972); DL. 3.557, sobre Protección agrícola (DO. de 9 de febrero de 1981); ley 18.362 (DO. de 27 de diciembre de 1984), que crea el sistema nacional de áreas silvestres protegidas del Estado; ley 18.378 (DO. de 29 de diciembre de 1984), que faculta al Presidente de la República para crear "distritos de conservación de suelos, bosques y aguas" en áreas erosionadas o en inminente riesgo de erosión; DS. 430, fija el texto refundido de la Ley general de pesca y acuicultura (DO. de 21 de enero de 1992; la ley original es la 18.892, DO. de 23 de diciembre de 1989); ley 19.300 (DO. de 9 de marzo de 1994), de Bases del medio ambiente; DS. 1.963 (DO. de 6 de mayo de 1995), que promulga el Convenio sobre la diversidad biológica; ley 19.473, de Caza (DO. de 27 de septiembre de 1996, con su Regl., DS. 5.500, de 7 de diciembre de 1998); DS. 2.065 (DO. de 20 de noviembre de 1997), que promulga la Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la desertificación y la sequía; DS. 146 (DO. de 17 de abril de 1998), sobre norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas; ley 18.348, que crea (o reorganiza) la Corporación Nacional Forestal (aún no publicada oficialmente, pero difundida en recopilaciones de leyes; v. su art. 19).

V. también las normas relativas a las aguas, en supra, N° 48.

En estos textos se establecen y definen zonas como Reserva forestal, Reserva nacional, Parque nacional, Santuario de la naturaleza (con fines eminentemente científicos), Reserva de región virgen, Monumento natural, Área de protección, Sitios del patrimonio mundial, cultural y natural, Reservas de la biosfera, Áreas de especial interés científico.

Para la regulación de una de las zonas más identificables en nuestro medio, la de *Parque nacional*, pueden verse, de los textos recién citados, especialmente: ley de Bosques (art. 10); DL. 1.939 (art. 21); Convención de Washington (art. I); ley 17.699 (art. 75); ley 18.362 (arts. 3 y sgts.); ley 18.348, de Conaf (art. 4).



para el disfrute y enriquecimiento del espíritu. La legislación ha ido reflejando también la preocupación. Entre nosotros, falta aún. El primer texto destacable es la Ley de Monumentos Nacionales (v. C. Pol., art. 19 N° 10 inc. penúltimo).¹²⁸

Respecto de los *animales* la normativa es muy abundante; algunos textos son los siguientes.

En el Código hay normas a propósito de la ocupación (arts. 607 al 623, que serán también referidas al tratar ese modo de adquirir).

Para la Pesca: Ley de pesca y acuicultura, 18.892 (DO. de 23 de diciembre de 1989); texto refundido en DS. 430 (DO. de 21 de enero de 1992).

Para la Caza: Ley de caza, 19.473 (DO. de 27 septiembre de 1996); Regl. de la ley de caza, DS. 5 (DO. de 7 de diciembre de 1998); Regl. de sanidad y protección animal, DS. 16 (DO. de 9 de marzo de 1963).

Más antecedentes en Palma, Mario y Cobo, Pedro: *Medio ambiente*, Edit. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1997; Fuentes, Flavio: *Manual de Derecho ambiental*, Edit. Libromar Ltda., Valparaíso, 1999; Fernández Bitterlich, Pedro: *Manual de Derecho ambiental chileno*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

¹²⁶ No procede entrar aquí al examen del tema medioambiental, pero queremos consignar que compartimos esta proposición fundamental: que, sin desconocer que existen diversos problemas que debe enfrentar el Derecho, los desafíos que plantea el medio ambiente son más políticos que jurídicos (Cfr. Cane, Peter: "Indemnización por daños medioambientales", en Anuario de Derecho Civil, t. 53, Madrid, 2000, pp. 825 y sgts., especialmente p. 847). V. también Moro Almaraz, María: "Medio ambiente y función social de la propiedad". En Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 617, Madrid, 1993, pp. 943 y sgts.

¹²⁷ El Código Sanitario da cuenta de innumerables restricciones de esta naturaleza en materias como la protección materno-infantil; las enfermedades transmisibles; la protección sanitaria internacional; la higiene y seguridad en el uso de las aguas en viviendas, locales, campamentos; los desperdicios y basuras; la higiene y seguridad en los lugares de trabajo; la contaminación del aire; las sustancias tóxicas; los productos farmacéuticos; los alimentos de uso médico; los cosméticos; los enfermos mentales; las inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres; el aprovechamiento de tejidos del cuerpo humano vivo y muerto.

Y debe añadirse una importante legislación complementaria; sobre esta última, baste el ejemplo del DFL. N° 1 (DO. de 21 de febrero de 1990), que determina actividades que requieren autorización sanitaria expresa, y se mencionan 46 (desde la instalación de clínicas hasta el trabajo de profesionales que revisan calderas a vapor).

¹²⁸ En el Derecho extranjero (principalmente europeo) se ha desenvuelto ampliamente este sector del derecho de cosas, con nutrida y frecuentemente rigurosa legislación protectora, y se ha ido conformando el concepto de "bien cultural" (v. por ej., Cornu, Marie: "L'espérance d'intangibilité dans la vie des oeuvres", en Rev. Trimestrielle de Droit Civil, N° 4, Paris, 2000, pp. 697 y sgts., con variados factores justificantes de la protección y demostrativo de preocupación legal y jurisprudencial; López Frías, María Jesús: "Las vicisitudes de los pro-

prietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario N° 669, Madrid, 2002, pp. 53 y sgts.; Guerra López de Castro, Marta: "Los bienes culturales, noción y regulación en el Derecho español, con especial referencia al patrimonio de la Iglesia Católica", en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 31, N° 2, Santiago, 2004, pp. 309 y sgts.; v. también una directiva de la Unión Europea, 93/7, de 15 de marzo de 1993 (DOCE L 74, de 27 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y el Convenio Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 de junio de 1995).

Entre nosotros pronto habrá de regularse la materia en términos más comprensivos, con el inquietante tema de la indemnización (que aquí ya fue tratado). Contamos ya con algunos textos; por ej., ley 16.592 (DO. de 21 de diciembre de 1966), sobre derecho preferente del Ministerio de RREE. y de la Biblioteca Nacional para adquirir mapas, libros y otros impresos indispensables para los intereses nacionales, que se rematen en subasta pública o privada; sin perjuicio de que puedan ser expropiados; ley 17.236 (DO. de 21 de noviembre de 1969, y Reglamento, DS. 3.858, DO. de 24 de noviembre de 1970), sobre control de la salida del territorio nacional de obras de arte; ley 17.288, sobre monumentos nacionales (DO. de 4 de febrero de 1970 que, aparte de referirse a monumentos propiamente, incluye normas sobre zonas arqueológicas, santuarios de la naturaleza y "zonas típicas" o "pintorescas") (y Reglamento, DS. 484, sobre excavaciones y prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas, DO. de 2 de abril de 1991); ley 17.726 (DO. de 25 de septiembre de 1972), sobre derecho preferente de las bibliotecas públicas para la adquisición de manuscritos, libros u otros impresos que sean subastados; ley 17.929 (DO. de 13 de junio de 1973), sobre instrumentos musicales de interés artístico nacional; ley 18.845 (DO. de 3 de noviembre de 1989) sobre sistema de microcopia o micrograbación de documentos, especialmente el art. 6, que prohíbe la destrucción de todo documento de valor histórico o cultural, aunque haya sido microcopiado o micrograbado, y DFL. N° 4 (DO. de 30 de diciembre de 1991), que regula el Registro de microcopiado o micrograbado y otros pormenores sobre la materia; ley 19.928 (DO. de 31 de enero de 2004), sobre fomento de la música chilena.

Un texto que trata conjuntamente de la preservación del ambiente y de la riqueza cultural es el DS. 259 (DO. de 12 de mayo de 1980), que promulga la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural (suscrita en Unesco, París, el 16 de noviembre de 1972).



59. **Caracteres.** Desde mucho tiempo la doctrina tiene asignados al derecho de dominio estos caracteres: real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Pero, como se verá, deben ser matizados.

a) *Real.* Es el derecho real por excelencia; empleando los términos del Código, se ejerce sobre una cosa sin respecto a determinada persona (arts. 577 y 582; v. supra, N° 17).

b) *Absoluto.* Confiere al titular la posibilidad de ejercitar sobre el objeto las más amplias facultades, de manera soberana, ilimitada e independiente. Siguiendo las codificaciones de la época, el Código establece este carácter absoluto expresando que su derecho lo ejerce "arbitrariamente" (v. supra, N° 52).

Ésta es la característica que ha sido principalmente alterada en los términos que se han reseñado, introduciéndosele restricciones de variada naturaleza y magnitud, a través de la genérica y ya referida expresión "función social". Pero nuestro texto soporta esta masiva incursión casi sin resentirse porque a aquella arbitrariedad añadió de inmediato dos fronteras (la ley y el derecho ajeno) cuyas naturales movibilidades dejan a ese arbitrio en un estado muy susceptible de ser modelado, con lo que el concepto del dominio queda bastante flexible; y, por lo mismo, dejan adaptable la fórmula empleada para definirlo y, entonces, con bastante capacidad de sobrevivencia (v. supra, N° 52).

Considerando esas restricciones ya integradas al concepto de propiedad, suele reemplazarse el nombre de esta característica por el de "generalidad" del dominio, en cuanto el propietario puede obtener toda utilidad o provecho que la cosa puede pro-

¹⁴⁸ Varias han llegado a configurar toda una disciplina autónoma y, por lo mismo, no son tratadas aquí; como la propiedad minera (Derecho de minería), la propiedad de las aguas (Derecho de aguas), la propiedad intelectual (Derecho de la propiedad intelectual).

porcionar sin necesidad de texto o autorización especial, salvo las restricciones legales y las limitaciones derivadas de otros derechos reales sobre la misma cosa; y se le agrega que es un derecho "independiente", en cuanto no presupone la existencia de otro derecho real. Estos rasgos destacan al contrastar el dominio con otros derechos reales que carecen de aquella generalidad, otorgan sólo algunas facultades especiales (como la de uso; o las de uso y goce), y son, además, dependientes, pues presuponen la existencia de un dominio radicado en otro sujeto.

c) *Exclusivo.* Se radica en un solo titular, y no puede haber dos o más propietarios, independientes uno del otro, sobre una misma cosa con iguales poderes sobre ella. Las actividades de demarcación y cerramiento son manifestaciones de la exclusividad del dominio (arts. 842 y 844; v. también arts. 876, 878, 942) (para la trascendencia fundamental que la exclusividad tiene en la noción misma de propiedad, v. supra, N° 14, final, nota).¹⁴⁹

Una importante forma de concreción de esta característica es la llamada *facultad de excluir*; consiste en el poder o prerrogativa que tiene el dueño de impedir a los demás el uso o goce o disposición de la cosa de que es propietario. Como puede verse, ésta es una forma ostensible de hacer valer el dominio en la vida diaria; fundado en la sola situación de ser dueño, puede impedir que cualquier otra persona penetre en el objeto, se instale en él, lo gobierne (o tan sólo lo toque, con su cuerpo o con un objeto conducido por él; sólo que en la realidad las invasiones mínimas, a veces producto del congestionamiento humano, deben ser calificadas con prudencia). Por cierto, comprende intromisiones jurídicas y materiales, pero es en éstas en donde conviene tenerla presente en cuanto terceros pueden vincularse a

¹⁴⁹ Como la exclusividad significa que no es posible el derecho de propiedad de dos o más personas de manera independiente sobre una misma cosa, la comunidad proindiviso no constituye excepción a esta característica; en ella varias personas son sujetos del mismo y único derecho de propiedad; el conjunto tiene, privativamente a los demás, el derecho de propiedad de la cosa en su totalidad y, entre ellas, la parte que pertenece a cada uno proindiviso (v. Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VI, p. 344); centrando el planteamiento en la cuota, se ha llegado a la misma conclusión en cuanto se trata de diversos dominios o derechos sobre objetos (las cuotas) distintos (pues cada cuota es distinta de la otra) (Guzmán Brito, Alejandro, *Las cosas incorporales...*, cit., p. 143).

V. también, RDJ., t. 79, secc. 2ª, p. 18.



la cosa ajena, por descuido o aun porque pretenden que es admisible por la circunstancia de que no la están dañando.

Deben destacarse importantes *excepciones*, que desde mucho tiempo se han venido elaborando:

1°. *El derecho de uso inocuo*. Es el que se tiene en la cosa de otro para obtener un provecho sin causar al dueño perjuicio alguno o causándolo en medida insignificante (para una actividad específica, v. el art. 620). Hay Códigos que lo establecen expresamente.¹⁵⁰ En todo caso, su ejercicio requiere de específico control y prudencia.

2°. *El derecho de acceso forzoso (o coactivo)*. Es el que se le reconoce al dueño o administrador de una cosa para entrar, transitoriamente, a una propiedad ajena, a ejecutar algún acto relativo a la utilización de aquel objeto (por ej., para recoger frutos caídos en un predio vecino, para reparar un muro, etc.). En Chile hay textos aislados a este respecto (por ej., arts. 620 y 943 del CC.).¹⁵¹

3°. *El principio del mal menor*. En su virtud, cualquier persona puede aprovecharse de una cosa ajena para salvar una cosa o un bien jurídico de mayor valor que el daño que pueda causar, ante un peligro inminente (v. un ejemplo en el art. 36, inc. final de la ley de copropiedad inmobiliaria).¹⁵²

Estas proposiciones se vinculan estrechamente a la noción de función social del dominio; en definitiva, constituyen algunas aplicaciones concretas y, por cierto, contribuyen a conferir la verdadera dimensión del derecho de propiedad. Por otra par-

¹⁵⁰ V., por ej., el art. 699 del CC. suizo.

Conviene distinguir la regla de la excepción. El dueño tiene la facultad de excluir, impidiendo que un extraño invada o entre en contacto con la cosa, aunque en nada la dañe; la excepción consiste en que el extraño puede entrar al objeto si le obtiene un provecho, sin causar al dueño perjuicio alguno o uno insignificante.

Más antecedentes en López de Haro, Carlos: "El 'jus inocui'", en Rev. de D. Privado, t. VII, Madrid, 1920, pp. 18 y sgts., con datos históricos y una referencia final al Derecho francés.

¹⁵¹ Aunque el art. 943 aparece ubicado en el título de algunas acciones posesorias especiales, es claro que es norma de propiedad (v. el art. 543 del CC. italiano).

¹⁵² En emergencias en que esté comprometida la seguridad del condominio se puede acceder aun forzosamente a la unidad con varias precauciones. V. también el art. 904 del CC. alemán que, en todo caso, concede indemnización al propietario si se le causa daño.

te, en su funcionamiento práctico requieren de criterio prudente y firme control.

d) *Perpetuo*. Significa que el dominio sobre una cosa persiste mientras subsiste la cosa. No se extingue por el solo transcurso del tiempo o por el no ejercicio del derecho; por lo mismo, se tiene concluido que su acción protectora, la reivindicatoria, no se extingue por el solo transcurso del tiempo. Mediante tiempo pueden perderse cuando un tercero posee la cosa y llega a ganarla por prescripción (adquisitiva), teniendo lugar lo dispuesto en el art. 2517: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho". Debe tenerse presente, además, lo dispuesto en la Constitución (art. 19 N° 24 inc. 3°, que permite la privación del dominio sólo mediante expropiación, con la respectiva indemnización) (v. también los párrafos sobre extinción del dominio, infra, N° 65 bis, y prescripción de la acción reivindicatoria, con una discusión, infra, N° 268).¹⁵³⁻¹⁵⁴

Los ordenamientos jurídicos suelen contemplar situaciones de dominio sin perpetuidad o, al menos, sin perpetuidad cierta; dicha esta última posibilidad en sentido inverso, con eventual terminación, que implica un dominio temporal. Se trata de un dominio revocable. Conviene distinguir la *revocación* de otro

¹⁵³ V., por ej., RDJ., t. 30, p. 206; t. 31, secc. 2ª, p. 33; t. 39, p. 1; t. 54, p. 68.

¹⁵⁴ Sobre la *vocación de perpetuidad* de los derechos patrimoniales en general (no sólo de los reales), v. el interesante estudio de Lamarche, Thierry: "L'imprecriptibilité et le droit de biens", en Rev. Trimestrielle de Droit Civil, N° 3, París, 2004, pp. 403 y sgts.; la proposición ahí consignada resulta armónica con ese postulado —sostenido entre nosotros, con nuestros textos— de que la prescripción extintiva sólo extingue la acción (quedando la obligación —estimamos que debería decirse "el derecho"— como natural). Pero en contra se ha afirmado que la prescripción extintiva debe ser concebida como extintora del derecho más que de la acción, tal como lo concibe —a veces con falta de coherencia— el CC. italiano (Messineo, Francesco, ob. cit., t. II, p. 65). Por otra parte, a la perpetuidad de los derechos personales se llega también (al menos entre nosotros) con la noción de propiedad sobre derechos; siendo indiscutida la perpetuidad del dominio, como el titular tiene la "propiedad" del derecho (personal), queda así impuesta la perpetuidad de la titularidad (pero no debe olvidarse la postura de la transitoriedad de la obligación; en cuanto constituye restricción de la libertad, para lo cual v. Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones*, cit.).

Merece ser especialmente citado, a este respecto, el CC. argentino, que dispone la perpetuidad con expresiones terminantes, independientemente de su falta de ejercicio (art. 2510, con nota del redactor que revela su constancia).



género de causales de extinción del dominio (que se verán más adelante, infra, N° 65 bis). La revocación se produce por una causal intrínseca que, como germen interno, puede llegar a provocar su extinción; en tanto, se reservan para ser tratadas como causales de extinción del dominio las varias circunstancias que, como agentes externos, lo extinguen. El dominio es revocable cuando se asume su eventual extinción y, por lo mismo, carece de su vocación de perpetuidad. Las otras causales lo destruyen no obstante aquella vocación de perpetuidad; naturalmente perpetuo (tenido por perpetuo), sin embargo lo extinguen. Entre nosotros, la situación más típica de dominio revocable es la propiedad fiduciaria (art. 733; se verá más adelante); en la expropiación es conocida la llamada "retrocesión",¹⁵⁵ que también implica una eventual excepción a esta característica del dominio¹⁵⁶ (este carácter evoca la sucesión por causa de muerte, que se presenta

¹⁵⁵ Consiste en la posibilidad de que el objeto expropiado vuelva al patrimonio del particular a quien se le expropió, si el expropiante no lo destina a la finalidad que justificó la expropiación (la admisión de la retrocesión en el Derecho chileno está discutida, como puede verse en los estudios sobre la institución de la expropiación).

¹⁵⁶ En la ley de reforma agraria 16.640 —ya derogada— se contemplaba una notable situación que podía significar una excepción al carácter perpetuo del dominio: cuando al final del proceso de reforma que esa ley establecía se asignaba a particulares una "unidad agrícola familiar" —que es una forma de propiedad privada—, el titular contraía ciertas obligaciones y se le imponían ciertas prohibiciones relacionadas con el cultivo de la unidad; si las infringía, la institución que asignaba el predio podía solicitar judicialmente la "caducidad" del título de dominio, en cuyo caso esa propiedad revertía a ella.

También puede mencionarse la situación del legado de especie cuando hay asignatarios forzosos. Si es cierto (como se afirma generalizadamente) que el legatario de especie adquiere el dominio de la cosa legada por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte en el instante en que fallece el testador, entonces, si el causante dejó asignatarios forzosos puede acontecer que más tarde (efectuadas las tasaciones, al procederse a la partición) se demuestre que de cumplirse el legado quedarían perjudicadas esas asignaciones; como ellas prevalecen (arts. 1167, 1192, etc.), en el conflicto es el legado el que deberá quedar sin efecto o, al menos, disminuirse; así, el propietario (legatario) ve extinguido total o parcialmente su derecho, lo que equivale a considerarlo un derecho eventual, o resoluble, hasta que queden definitivamente satisfechas las referidas asignaciones.

Sobre el carácter perpetuo, en general, puede verse Chaufardet, Marcel, *Le problème de la perpétuité de la propriété*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933; Fuenmayor, Amadeo: *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1941.

como un medio para en cierto modo extender, si es posible, la perpetuidad del dominio más allá de la vida del titular).¹⁵⁷

e) *Abstracción y elasticidad*. En la doctrina moderna se han ido planteando estas dos características del dominio, que explican mejor diversas situaciones concretas. Es abstracto en el sentido de que el poder del titular es independiente de (está sobre) las facultades que integran su contenido; de ahí que, aunque una facultad, incluso esencial, se (aparentemente) extraiga, el dominio permanece sin desnaturalizarse. Incluso se ha estimado que la facultad queda potencialmente dentro del derecho, más bien está inhibida y es sólo el ejercicio de la facultad lo que ha pasado a otro o, sin pasar a otro, el titular queda inhibido (así ocurre, respectivamente, en el usufructo y en la convención de no enajenar). Relacionada con esa característica está la otra, la elasticidad; a partir de su básica vocación de plenitud, el poder tiene la virtud de contraerse y expandirse; al concurrir otros

¹⁵⁷ Pero aquí se llega a un límite trascendental para la configuración del sistema de organización económica de una sociedad. Parece estar demostrado históricamente que a la mayoría de los propietarios le atrae gobernar su patrimonio más allá de sus días. Así, un poder ilimitado para disponer hacia el futuro conduce pronto a configurar todo un sistema de propiedad entrabado, dirigido por un pretérito propietario que, desde su tumba, dirige el destino de sus bienes, al menos en cuanto a la titularidad (y podría complementarse con una facultad de dirigir incluso el destino en cuanto utilización). Se configura así la vinculación, que termina estructurando un régimen conocido, el feudalismo. Dictado el Código ya en la época en que en Occidente se imponía la propiedad liberalizada, tenía que restringirse ese poder de gobierno del titular, y se instauró la denominada "libre circulación" de la riqueza. Pero la sucesión *mortis causa* se siguió conservando. Así, se permite disponer por testamento y, a falta de él, la propiedad es transmitida a los parientes (interpretando así la ley —suele decirse— las preferencias del causante). Más aún, a la facultad de disponer por testamento se le añaden algunas restricciones en lo que aquí importa; por una parte, respetando las llamadas "asignaciones forzosas" a ciertos parientes cercanos y cónyuge, en protección a la familia; por otra, sin imposición de cargas más allá de la primera transmisión. En fundamental complemento, se prohíben los usufructos y fideicomisos sucesivos (como se verá más adelante) y por esta vía puede llegarse excepcionalmente a una determinación de destino hacia un segundo titular: se asigna un objeto a alguien y, a su muerte o luego de cierto plazo (usufructo), o si se cumple una condición (fideicomiso), el objeto pasará a otro sujeto; se tratará más adelante (v. supra, N° 57 bis, primeras notas, en que se destacó que la Constitución no incluyó una norma hereditaria —a diferencia de textos extranjeros—; no obstante su especial preocupación reguladora de este derecho; v. además lo que se dirá sobre la extinción del dominio, infra, N° 65 bis).



derechos reales de inferior jerarquía, se contrae, para expandirse (automáticamente) en cuanto cesa ese derecho que lo comprimía; este carácter explica la situación que se produce, por ej., en el usufructo: cuando el usufructo se extingue, el dominio se expande de inmediato, recupera su plenitud, sin necesidad de un nuevo acto (restitutorio).

60. Atributos (o facultades). Uso, goce (el entorno), disposición (las zonas fronterizas). Esa concepción del dominio como suma de prerrogativas individualizables, asigna al propietario estas tres facultades (llamadas también "atributos") fundamentales: uso, goce y disposición del objeto de su dominio.¹⁵⁸ Para efectos constitucionales, pueden ser consideradas "esenciales"; y estimamos que (para los mismos efectos) a ellas ha de agregarse la reivindicabilidad, la facultad de administración y la que formalmente es el más notorio y tipificante de sus caracteres, la exclusividad (v., para esta última, supra, N° 14, final, nota; y para el contenido esencial en general, v. N° 57 bis).

a) La *facultad de uso (jus utendi)* significa que el propietario puede utilizar o servirse de la cosa. El Código (como su modelo francés) no menciona separadamente este atributo, lo que ha conducido a entender que lo incluye en la facultad de goce. Así aparece también en las definiciones de usufructo (art. 764) y arrendamiento (art. 1915), en que la facultad de uso es evidente; con más evidencia aún aparece en la definición del derecho real de uso (art. 811). La refiere especialmente, sí, en otras disposiciones (por ej., en los arts. 575, 1946, 1916, 2174, 2220). Pero es claro que se trata de dos facultades distintas (aunque en la realidad es difícil que el goce concorra sin el uso); y hay preceptos que se refieren a ambas separadamente (arts. 592, 595, 598, 602).¹⁵⁹ Por otra parte, si la cosa se extingue por e

¹⁵⁸ Para la crítica histórica de concebir éstos como atributos del dominio, v. Villey, Michel, ob. cit.; Zenati, Frédéric, ob. cit.

¹⁵⁹ En la doctrina se ha ido desenvolviendo específicamente la "facultad de edificar" (en el suelo urbano) dentro del atributo de uso de la propiedad, que parece prevalecer sobre la concepción (iuspublicista) de la edificación como facultad urbanística que no deriva directamente del derecho de propiedad sino de la concesión de la licencia urbanística (v. Moll de Alba Lacuve, Chantal: "Derecho de propiedad y derecho a edificar", en Rev. Crítica de Derecho inmobiliario, N° 683, Madrid, 2004, pp. 1447 y sgts., con referencia a la función económica de la propiedad y cita de jurisprudencia); Vattier, Carlos: "Propiedad privada y régimen de suelo", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 613, pp. 2547 y sgts.)

primer uso (objetivamente, como un alimento, o para el titular, como el dinero) el uso pasa a convertirse en consumo.

b) La *facultad de goce (jus fruendi)* significa que el dueño puede beneficiarse con los frutos y productos de la cosa. No obstante que el art. 643 los llama productos, la doctrina siempre ha distinguido los productos de los frutos. Estos últimos son los que la cosa da periódicamente, ayudada o no de la industria humana y sin detrimento de la cosa fructuaria; el producto carece de periodicidad y disminuye la cosa (es claro, por lo mismo, el art. 537).

Con lo anterior no resulta justificado recurrir a la accesión —como lo hace el Código (arts. 643 y sgts.)— para conferir al propietario de una cosa los frutos y productos de ella; pertenecen al dueño por la mencionada facultad de goce (v. infra, N° 81 y sgts.; v. además el usufructo, infra, N° 228 y sgts.).

Incluida en esta facultad, en las últimas décadas se ha desarrollado la característica del *entorno*.¹⁶⁰

Ante el intenso desenvolvimiento de la protección ambiental, junto al estímulo de situaciones concretas se postula que las características ambientales que rodean al objeto (señaladamente al inmueble) integran también el derecho de dominio y quedan, por tanto, también protegidas, como los atributos.

1°. Estimamos que no alcanza a erigirse en un atributo del derecho; si se llega a calificar de atributo, por regla general no ha de considerarse esencial; se trata más bien de características del objeto que, en consecuencia, quedan cubiertas por la protección que a él se le prodiga.

2°. Entonces, al igual que las partes integrantes de la cosa sobre la que recae el derecho, ese entorno en principio queda intangible ante intentos de alteraciones por la autoridad o por terceros. Decimos "en principio" porque, al igual que el objeto propiamente, puede ser alterado en ciertas circunstancias y con determinadas exigencias; esas características de entorno no podrían quedar más protegidas que la cosa misma. Además, esa intangibilidad debe evaluarse frente a otros factores y, sobre todo, debe cotejarse con las necesidades de modificación física del entorno motivadas por interés de la comunidad (que se incluyen en la función social del dominio); de no ser así, la intangi-

¹⁶⁰ Como se verá, la noción se yuxtapone sobre los conceptos de uso y goce (y también lo dicho sobre la preservación de la naturaleza, en N° 57 bis, final).



bilidad absoluta del entorno, debido a que es parte del dominio privado, traería consigo la —insostenible— paralización (o congelamiento) general del ambiente del país y, eventualmente, del planeta, al menos en las zonas en que está distribuido en propiedad privada. Debe considerarse asimismo el derecho de los demás propietarios privados cuyos respectivos derechos de dominio deben ser también respetados. Entonces, las dificultades se conectan con las “relaciones de vecindad” (v. infra, N° 64).

3°. Como resultado de la evaluación comparativa podrá concluirse si ese entorno merece ser protegido o debe rendirse a la alteración.

Para esos efectos, pueden considerarse los siguientes elementos de juicio: a) No todas las características del entorno han de quedar protegidas. Nótese que se pretende que quedan incluidas en el atributo del goce o disfrute; luego, ha de tratarse de características positivas, beneficiosas para el predio. Y esta calificación, efectuada por el tribunal, debe resultar de una apreciación objetiva, en lugar de obedecer a la pretensión proveniente del propietario (que frecuentemente estará impulsado a la intangibilidad por variadas motivaciones y no sólo por un objetivo beneficio). En estas condiciones, quedarían fuera de la protección las características objetivamente perjudiciales y aun las inocuas; b) Por otra parte, para concluir si la alteración de la que se está quejando un propietario merece o no protección, debe confrontarse también con la situación del resto de los vecinos, porque pudiere ocurrir que cierta característica del entorno, que para el quejoso es beneficiosa, para ellos es perjudicial. En tales situaciones, la relatividad de los derechos y los principios y reglas sobre las relaciones de vecindad deben también ser considerados; c) Por último, debe asimismo averiguarse si, al adquirirse el objeto, tenía ya incorporada, legítima y definitivamente, la característica que ahora se altera.¹⁶¹

¹⁶¹ Un sujeto adquiere un lote de terreno frente a un predio eriaz, de hecho acomodado como plaza, pero que en el proyecto aprobado por la autoridad competente está destinado a zona de equipamiento; luego de un tiempo en el cual el adquirente ha disfrutado de ese entorno, se concreta el destino y se construye una edificación que realiza alguna de las varias alternativas específicas de equipamiento. Aunque la obra efectivamente le perjudique, no parece aceptable el reclamo del propietario, que desde su adquisición sabía o debía saber que ese solar contiguo tenía aquel destino, y que —por tanto— el benéfico emplazamiento del suyo no era definitivo.

Entre nosotros hay algunos precedentes jurisprudenciales.¹⁶²⁻¹⁶³ c) La facultad de abuso o disposición (*jus abutendi*) deriva de su carácter absoluto. Significa que el dueño puede disponer de la cosa según su voluntad y arbitrariamente. Pero las limitaciones de la ley y del derecho ajeno surgen aquí en toda su fuerza y controversia, como ya se ha referido.

En esta facultad de disposición pueden distinguirse dos categorías:

— El dueño puede disponer *materialmente* de la cosa, modificándola, destruyéndola. Pero deben tenerse presentes las limitaciones contenidas en la legislación protectora de obras de arte y monumentos históricos, y de la naturaleza (ya mencionadas en supra, N° 57 bis); también leyes económicas impiden una destrucción caprichosa de artículos de consumo esencial (por ej., alimentos).

— El dueño puede disponer *jurídicamente* de la cosa, celebrando negociaciones con terceros respecto de ella, dándola en arriendo, comodato, gravándola con prendas, hipotecas u otras cargas y, en fin, transfiriéndola (v., además, lo dicho sobre la disposición *mortis causa* al tratar el carácter perpetuo del dominio

¹⁶² Por ej., RDJ., t. 86, secc. 5ª, pp. 222 y sgts., especialmente consids. 7, 25, 29, 30; en el consid. 25 juzga constitucionalmente incluido en la protección del dominio el carácter de proximidad a un área verde; los consids. 29 y 30 estiman que la eliminación del área verde deteriora el ambiente (y el paisaje), afectando al dueño, a la postre, en su derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación; t. 88, secc. 5ª, pp. 102 y sgts.; el consid. 22 reconoce que la cercanía a un área verde influye en el valor del inmueble, de modo que suprimida esa área disminuye el valor del predio, “desde que ello significa sustraer a cada lote el derecho de uso de la extensión original de las áreas verdes”; y se cita al comisionado (de la Comisión de estudios de la nueva Constitución) Silva Bascuñán, en la sesión 150; t. 95, secc. 5ª, p. 29 (se estimó que el disfrute de un predio no sólo se refiere al casco, sino también incluye el aire, la luz, el calor, la vista, que en conjunto forman parte del predio, sobre todo si es agrícola).

V. también una notable sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de noviembre de 1974 (mencionada por Díez-Picazo, Luis, ob. cit., t. III, p. 598, en su tratamiento de la posesión).

¹⁶³ V., por ej., Díez-Picazo, Luis, ob. cit., t. III, pp. 203 y sgts., distinguiendo una tutela administrativa y otra privada (del propietario o de grupos organizados de un sector). A este respecto, merece ser mencionada una obra que, dirigida a la específica materia de las aguas, integralmente gira alrededor de la posición física de los inmuebles, recogiendo las influencias que esa situación ejerce y debe ejercer en las soluciones jurídicas (Santos Salgado, Julio: *La riberanía en la legislación colombiana de aguas*, Edit. Kelly, Bogotá, 1942, especialmente págs. 74 y sgts. y 87 y sgts.).



en N° 59, y lo que se dirá sobre la extinción del dominio, especialmente sobre el abandono, en infra, N° 65 bis).

Las zonas fronterizas. Es frecuente en las legislaciones la imposición de restricciones para la negociación inmobiliaria en las denominadas zonas fronterizas y, específicamente, para conferir derechos reales o personales (disponer, en un sentido amplio), a extranjeros o, al menos, a nacionales de países limítrofes y a los Estados limítrofes mismos. Entre nosotros hay varias importantes (y se agregan algunas para zonas costeras). Por cierto, son dictadas por razones de seguridad nacional (v. el art. 57 del CC.).¹⁶⁴

¹⁶⁴ Algunos textos son los siguientes:

a) DFL. N° 7 (DO. de 21 de noviembre de 1968), que fija normas para el otorgamiento de concesiones, permisos o cualquiera autorización que pudiere otorgarse en bienes nacionales ubicados en zonas fronterizas (dispone que las instituciones públicas que señala no podrán, sin autorización previa de la Dirección de Fronteras y Límites, celebrar contratos respecto de bienes nacionales de uso público o fiscales, ubicados en zonas fronterizas);

b) el DL. 993 (DO. de 24 de abril de 1975), sobre arrendamiento de predios rústicos (en su art. 3° dispone que en las zonas fronterizas no podrán celebrarse arrendamientos ni otros contratos ahí regulados, con personas naturales o jurídicas extranjeras);

c) el DL. 1.939 (DO. de 10 de noviembre de 1977), sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (en su art. 6° dispone que las tierras fiscales situadas hasta 10 kilómetros desde la frontera sólo podrán ser obtenidas en propiedad, arrendamiento o a cualquier otro título, por personas naturales o jurídicas chilenas; norma semejante se establece para terrenos situados hasta 5 kilómetros de la costa; y en el art. 7° dispone que por razones de interés nacional se prohíbe adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o mera tenencia de bienes raíces situados en zonas fronterizas a los nacionales de países limítrofes, salvo autorización por DS. La prohibición se extiende a sociedades o personas jurídicas con sede principal en el país limítrofe o cuyo capital pertenezca en un 40% o más a nacionales del mismo país o cuyo control efectivo se encuentre en manos de nacionales de esos países; con ciertas salvedades se ha dictado un Regl. para la aplicación de este art. 7°, DS. 232, DO. de 15 de abril de 1994).

Mediante DS. se ha confeccionado una lista de áreas (en base a la comuna) que son consideradas zonas fronterizas (conforme al DFL. 4, DO. de 10 de noviembre de 1967; diversos DS. han ido actualizando esa nómina).

Deben tenerse en cuenta también otros textos, como la ley 16.952 (DO. de 21 de diciembre de 1966), que crea la Dirección de Fronteras y Límites del Estado; el DFL. 4, recién citado, sobre coordinación de los servicios públicos con la Dirección de Fronteras y Límites; el DFL. 83 (DO. de 27 de marzo de 1979), que fija el Estatuto orgánico de la Dirección de Fronteras y Límites; la ley 19.420 (DO. de 11 de septiembre de 2001), sobre incentivos para las provincias de Arica y Parícuta, que modifica textos precedentes y formula especial referencia a los Estados limítrofes en la restricción a la adquisición de inmuebles en zonas fronterizas.

61. Estipulación limitativa de la facultad de disposición. Es la convención por la que el propietario de un objeto se obliga a no disponer de él. Recordando las categorías de disposición, teóricamente puede referirse a no disponer material o jurídicamente. La estipulación de no disponer materialmente no presenta mayor dificultad y, al menos entre nosotros, no es frecuente.¹⁶⁵ La de no disponer jurídicamente, no enajenar, es más aplicada y presenta conflicto.¹⁶⁶

La doctrina ha mantenido discusión acerca de la validez de esta estipulación. En síntesis, los planteamientos antagónicos son los siguientes. Por una parte, se estima que la facultad de disposición en último término garantiza la libre circulación de la riqueza y la libertad de comercio, de modo que el establecimiento de trabas a la disposición podría significar una alteración substancial al sistema económico, que podría adquirir caracteres verdaderamente feudales; así, hay un interés público comprometido en mantener en los propietarios la libertad de disponer de los objetos de su dominio. En contra, se opta por la libertad de los particulares de contratar los convenios que estimen y, entre ellos, la de limitar la mencionada facultad dispositiva.¹⁶⁷

En el Derecho chileno, en algunas materias específicas se prohíbe la estipulación de no enajenar (arts. 1126, 1964, 2031,

¹⁶⁵ Puede concebirse para preservar bienes de algún especial valor: artístico, histórico, familiar, ecológico.

¹⁶⁶ Aunque puede versar sobre toda clase de bienes, generalmente versa sobre un inmueble. Surge especialmente en el ámbito comercial. Aunque puede convenirse sola, habitualmente es una estipulación dentro de un contrato que regula otros intereses. Puede establecerse en términos amplios o restringirse a no enajenar a ciertas personas, en ciertas circunstancias, durante cierto tiempo, etc. En su alcance más amplio, la redacción es la más simple: "El adquirente del inmueble individualizado se obliga a no enajenarlo". Un texto más frecuente: "El adquirente del inmueble individualizado se obliga a no enajenarlo durante 5 años contados desde esta fecha". La expresión "no enajenar" puede plantear el mismo problema que plantean los textos legales que la emplean: si la voz "enajenar" está referida restrictivamente a la sola transferencia del dominio o a la constitución de cualquier derecho real a favor de un tercero. Entonces, convendría mayor claridad (expresando, por ej., que el adquirente se obliga a no transferir el dominio del inmueble, así como a no constituir sobre él derecho real alguno).

¹⁶⁷ Se ha llegado a introducir una distinción entre obligación de no disponer y prohibición convencional de no disponer (v. Egusquiza, María: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Edit. Bosch, Barcelona, 1990, p. 60).



2415) y en otras se permite (arts. 751, 793, 1432). Y no existe una norma que en términos expresos y generales se pronuncie al respecto, circunstancia que posibilita también aquí la discusión para las materias restantes. En síntesis, el problema se ha debatido en los siguientes términos:

a) Se ha sostenido la validez de estas estipulaciones, con los siguientes fundamentos: 1°. No hay una prohibición expresa general de estos pactos, y es principio generalmente aceptado el que en Derecho privado se puede efectuar todo lo que no está expresamente prohibido por la ley. 2°. Hay ocasiones en que la ley prohíbe expresamente esta cláusula, de donde se desprende que por lo general es posible convenirla. 3°. Si el propietario puede desprenderse del uso, goce y disposición, caso en el que enajena la cosa, más bien podría desprenderse de sólo esta última facultad; 4°. Por último, el Reglamento del Registro Conservatorio permite precisamente inscribir, en el Registro correspondiente, "todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea *convencional*, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar" (art. 53 N° 3).

b) En contra, han sido rechazadas, estimándoselas nulas, porque: 1°. Atentarían en contra de la libre circulación de la riqueza. Esta libre circulación y, por consiguiente, la proscripción de trabas propias de la época feudal, establecida en diferentes disposiciones del Código y en el Mensaje, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y puede tenerse como una norma de orden público. 2°. Si en determinadas situaciones las cláusulas de no enajenar están expresamente permitidas, de allí se desprende que generalmente no se tienen por válidas. 3°. El art. 1810, dando a entender también que sólo la ley puede prohibir enajenar, dispone que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida *por ley*. 4°. En cuanto a la disposición del art. 53 del Regl. (citado), como se trata de una norma reglamentaria no puede dársele eficacia en lo que no se acomode a la ley y, rechazándose estas cláusulas por la ley (el Código), el Reglamento no podría establecerlas (pero se ha sostenido que habiéndose dictado el Reglamento en virtud de una disposición del Código, el art. 695 tendría fuerza de ley).¹⁶⁸ En esta posición, las convenciones de no enajenar adolecerían de

¹⁶⁸ V., a este respecto, GT. de 1911, t. II, pp. 912 y sgts.

nulidad absoluta por falta o ilicitud del objeto (arts. 10, 1461, 1466 y 1682).

c) Finalmente, ha sido aceptada la validez en términos relativos; si se establecen por un tiempo no prolongado y existe una justificación. Se aduce para este efecto la norma del art. 1126 *a contrario sensu* (a la que se confiere una aplicación general).

Esta última parece ser la solución más aceptable. Con ella quedaría desvirtuado el argumento del atentado al principio de la libre circulación de los bienes que, por su naturaleza general (y no de un mero particularismo dispositivo), pareciera ser la razón más contundente para negar validez a estos pactos.¹⁶⁹ En esta misma dirección, la jurisprudencia tiende a aceptar la validez de la estipulación por tiempo determinado y prudente, y con justificado motivo.¹⁷⁰ En alguna ocasión también se ha rechazado.¹⁷¹

En cuanto al contenido de la estipulación, impone una obligación de no hacer (no celebrar acto enajenativo). Supuesta su validez, si el deudor la infringe, es decir, enajena el bien de que se trata, sería aplicable el art. 1555¹⁷²⁻¹⁷³ (en lo concerniente a la

¹⁶⁹ En este sentido, Alessandri Besa, Arturo: *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1949, p. 176.

¹⁷⁰ En RDJ., t. 7, p. 175; t. 13, p. 429; Rev. del Notariado, año I, N° 1, p. 227.

El art. 1379 del CC. italiano dispone: "La prohibición de enajenar establecida por contrato tiene efecto solamente entre las partes y no es válida si no estuviese contenida dentro de convenientes límites de tiempo y si no respondiese a un interés apreciable de una de las partes".

¹⁷¹ RDJ., t. 46, p. 486; t. 81, secc. 2ª, p. 58, en este caso por ser absoluta y perpetua.

¹⁷² V. RDJ., t. 13, p. 429.

Se ha sostenido también que la estipulación implicaría una condición resolutoria, que se cumpliría cuando el obligado a no enajenar, enajena (así, RDJ., t. 68, secc. 2ª, p. 71). Pero debe recordarse que las condiciones se imponen a las obligaciones, las cuales entonces pasan a calificarse de condicionales. Así, en la situación presente lo primero que se observa es una obligación: no enajenar. Ella podría estimarse condicional —siguiendo el razonamiento de la sentencia mencionada—, considerando que esa obligación está sometida al evento de incumplirse; en el fondo, se está acudiendo a la condición tácita del art. 1489 (suponiendo que el contrato en que se impone es bilateral). Estimamos que esa calificación importa extremar el alcance del art. 1489, el cual califica de condición a todo incumplimiento en los contratos bilaterales. Al menos generalmente, las partes no pactan una condición; pactan una *obligación* (la obligación de no hacer consistente en no enajenar). Si ahí se quiere ver una condición, entonces (en los contratos bilaterales) no existirían las obligaciones puras o simples; todas serían condicionales porque estarían sometidas al



inscripción de la prohibición cuando recae sobre inmuebles y los efectos de esa inscripción, v. infra, N° 128, final).¹⁷⁴

62. Algunas clasificaciones

– En base a su titularidad, la propiedad puede ser individual, asociativa o colectiva, según el propietario sea un particular, un grupo de individuos (formando generalmente una persona jurídica, como es el caso de las cooperativas) o el Estado.

– Desde el punto de vista de la naturaleza del objeto sobre el que el dominio recae, puede ser propiedad civil o común, agraria, urbana, intelectual, minera, horizontal, etc.

– En cuanto a la integridad de facultades del derecho de propiedad, puede haber propiedad *plena o nuda*. La primera está provista de los atributos ya mencionados de uso, goce y disposición; la segunda contiene sólo el derecho de disposición jurídica del objeto en el que recae, perteneciendo a otro las facultades de uso y goce, configurándose en éste un derecho de usufructo (art. 582 inc. 2°).

– En cuanto a su duración, se distingue entre propiedad *absoluta*, que no está sometida a duración o término, y *fiduciaria*, que está sometida al evento de traspasarse a otro si se cumple una condición (art. 733).

evento de incumplirse. En todo caso, no hay incompatibilidad. Preferimos la más natural calificación de obligación de no hacer, cuyo incumplimiento en Chile se rige por el texto destinado al efecto, el art. 1555 (y si la estipulación está incluida en un contrato bilateral, con el art. 1489 podría estimarse que es condicional, en cuanto está sometida al evento de incumplirse).

¹⁷³ En cuanto a los efectos, alcanzarán o no al tercero adquirente según resulte de aplicar los arts. 1490 y 1491.

¹⁷⁴ Más antecedentes sobre la estipulación y su validez en Vicuña Suárez, Luis: *De la facultad de enajenar y de su prohibición impuesta en el contrato*, Imp. San Rafael, Valparaíso, 1928; Rogers Sotomayor, Jorge: "Valor de las prohibiciones contractuales de enajenar", en Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile N° 6, Santiago, 1996-7, pp. 135 y sgts. Para doctrina extranjera, Castán Tobeñas, José, ob. cit., t. II, vol. I, p. 233.

¹⁷⁵ Se suponía al infierno ubicado en el ígneo centro del planeta.

Para los datos que proporciona la geodesia, incluyendo figuras geométricas que ilustran esta pretensión, y con alguna dirección hacia el interés jurídico, v. Bueno Ruiz, Antonio: "La propiedad inmueble. Su extensión y representación geométrica", en Rev. Notarial N° 818, La Plata, 1975, pp. 65 y sgts.

En épocas pretéritas, con posibilidades tecnológicas restringidas, el uso no podía llegar a zonas muy elevadas ni profundas, por lo que había pocas posibilidades de conflicto y, por tanto, de incitación a rebelarse contra el planeamiento.

