

UN INTENTO DE CONCEPTUACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD A TRAVÉS DE CRITERIOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA

*An attempt to define of property right
through distributives justice standards*

FABIÁN GONZÁLEZ CAZORLA*
UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
SANTIAGO, CHILE

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Andrés Bello. Postgraduado en Derecho Privado, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Magíster en Filosofía Aplicada Universidad de Los Andes (Chile). Profesor de Derecho Privado, Universidad de Las Américas. Correo electrónico: <fab.gon.cazorla@gmail.com>. Agradezco a Esteban Pereira Fredes por sus valiosos comentarios y observaciones a este trabajo en su etapa inicial.

Artículo recibido el 22 de septiembre de 2017 y aceptado para publicación el 8 de noviembre de 2017.

RESUMEN: El derecho de propiedad es, sin duda, una de las instituciones que ha provocado una constante preocupación a los estudiosos del Derecho. En este trabajo se presentan algunas consideraciones que pretenden dar cuenta de la conceptualización que está incorporada en nuestro Código Civil, la cual no puede explicar esta institución en mayor profundidad, dados los límites que el mismo legislador decimonónico se impuso con la definición del artículo 582. Del mismo modo, abordar la propiedad de manera más amplia, abarcando un aspecto social y económico, puede ayudar a comprender de mejor forma su función, no solamente como derecho subjetivo, sino –más bien– como organizador de riqueza social, de acuerdo a los sistemas de propiedad. Si bien, la investigación toma como punto de partida el Código Civil, el desarrollo de la misma se extiende en forma más general a otros puntos importantes.

PALABRAS CLAVE: Derecho de propiedad, conceptualización de propiedad, distribución de riqueza, pobreza.

ABSTRACT: *The right of property is undoubtedly one of the institutions that has provoked a constant worry for the legal experts. In this paper, I present some considerations that try to exhibit the conceptualization incorporated in our Civil Code, which cannot explain this institution in major depth due to the limits that the same nineteenth-century legislator imposed himself with the definition of the article 582. In the same way, to approach the property more broadly, including social and economic aspects, can help to understand better its function not only as civil right, but rather as organizer of social wealth in accord to the systems of property. Although the investigation takes the Civil Code as a starting point, the development of it extends in general form to other important points.*

KEYWORDS: *Property right, property conceptualization, wealth distribution, poverty*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye una colaboración respecto del tratamiento del concepto de *propiedad* proyectado en el Derecho civil y la problemática que surge a consecuencia de la confusa comprensión dogmática y funcional de esta institución en el orden social, como también su estructura interna e inclusión normativa en el Código Civil chileno de 1855.

Mediante el análisis de la dogmática tradicional se pretende abordar la propiedad desde un enfoque privado, por un lado, haciendo referencia a los postulados que existen a su respecto. Por otro lado, se intentará demostrar que un nuevo razonamiento sobre la comprensión y justificación de la propiedad pueden resultar interesantes a la hora de otorgarle su función jurídica, social y económica.

Para ello identificaré que existe un problema originario en el proceso de incorporación normativa, que implica que la propiedad fuera concebida bajo una conceptualización de tipo formal, que refiere al ejercicio de facultades y no al fondo de la institución. Con todo, mi trabajo no tiene por objeto únicamente generar un cuestionamiento basado en los posibles problemas sociales que el modelo y concepto de propiedad ha hecho patente durante la instauración del sistema codificado *liberal* chileno, sino que, además de referirme a dicha situación, esta investigación consiste en identificar cómo es posible hablar de *propiedad* mediante un análisis dogmático, considerando su entendimiento tradicional, en un tono crítico y planteando una reformulación conceptual que signifique modelar nuevamente su estructura (formal) y su función como institución jurídica.

En ese sentido, si bien el trabajo comienza con un análisis conceptual de la propiedad, ello no implica que el desarrollo del mismo se centre únicamente en la acepción de este derecho, sino que también, y de forma importante en el artículo, su finalidad es procurar un estudio acerca de la propiedad como una institución jurídica que posee un valor social y económico considerable.

Así, el tenor de mi trabajo será desarrollado bajo las siguientes premisas. Primero voy a despejar las ideas relativas a la comprensión decimonónica de propiedad, cuya expresión normativa se consolida en el Código Civil de 1855. En el mismo punto se analizará, con un tono crítico, el concepto de propiedad. Luego se revisarán algunas consideraciones de justicia distributiva para evidenciar que el derecho de propiedad no consiste en un mero derecho privado subjetivo y egoísta, sino en una institución que repercute en la organización económica y social de una comunidad política. Tercero, se

expondrá, brevemente, algunos conceptos afianzados del derecho de propiedad, intentando exhibir uno propio, con algunos elementos de originalidad. Finalmente, el trabajo finalizará con algunas conclusiones.

I. EL ORIGEN DE LA CONCEPTUACIÓN DE PROPIEDAD (O DOMINIO) CONSAGRADA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

A fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, el mundo comienza a sentir fuertemente los cambios jurídicos, sociales y económicos en las distintas sociedades civilizadas. En aquella época se van produciendo hitos que van marcando la historia del ser humano y que, de alguna manera, producen el reconocimiento de los derechos considerados como básicos para su subsistencia, tanto individualmente como en sociedad. Se comienzan a suscribir diversos instrumentos jurídicos que dan cuenta del término de un ciclo y el comienzo de uno nuevo. Así, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia y su repercusión a nivel mundial, la promulgación de Códigos modernos que contienen un compilado de normas sistematizadas y la progresiva incorporación de estatutos protectores, tanto para la persona como para su patrimonio, son los ejes centrales que sin duda marcan este proceso de transición¹.

En Chile por su parte, a comienzos del siglo XIX se comienza a hablar de ideas independentistas y de un nuevo gobierno civil autónomo (fuera del imperio español). En aquel contexto se producen varios hechos, a los cuales no es necesario referirse en detalle, pero el más importante, sin duda, es la independencia de la nación chilena. De esta forma, el Código Civil chileno –que fue inspirado en un contexto histórico donde la sociedad civil se consolidaba en principios republicanos², donde la riqueza principal eran los bienes raíces, en donde la igualdad y la libertad de cada persona eran considerados elementos distintivos en las más modernas sociedades– fue la obra que culminó en la consagración de muchas pretensiones de la misma índole y hasta nuestros días es inconmensurable su valor histórico, social y jurídico.

Ahora bien, el Código Civil reguló, en el Libro II denominado *De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce*, la protección jurídica del derecho de propiedad, haciendo una estructuración general basada en conceptos, clasificación de las cosas, derechos reales y modos de adquirirla. En ese

¹ CORDERO (2008) y TRONCOSO (1968) p. 33.

² Un relato extenso, dando cuenta de todas las vicisitudes que tuvo Chile en la época de independencia y en su nueva organización política, puede consultarse en SAGREDO (2014) pp. 112 y ss.

contexto, el legislador intentó sistematizar las normas relativas a los bienes de las personas –cuya protección en una sociedad moderna era indispensable– consolidando un valor primario y patrimonial que quedó plasmado, a raíz de las comentadas manifestaciones sociales e instrumentos jurídicos de la época, entre las que destaca principalmente la Revolución Francesa de 1789³ (con idea de libertad e igualdad)⁴, dejando atrás los resabios del feudalismo, en el orden social y patrimonial⁵.

De este modo, el Código quiso abarcar un espectro amplio de las relaciones jurídico-reales que se producen entre una persona y un objeto, con miras a estructurar ordenadamente las relaciones meramente fácticas, fácticas con protección jurídica y jurídicas propiamente tales, con la finalidad de que todos los individuos que tengan algún tipo de *interés*, puedan quedar amparados por la norma, otorgando, en consecuencia, protección al que tenga la calidad de *dueño, poseedor y mero tenedor* de una cosa.

Naturalmente, el sujeto más protegido será el dueño, por reunir *mayores facultades* y prerrogativas que los otros y por tener una relación mucho más

³ BARCELÓ (1993) pp. 259 y 260, explica la constante discusión que se genera a raíz de hechos históricos como la Revolución Francesa, en la que los diversos intelectuales de la época intentan dar una explicación al derecho de propiedad, Si es por una parte un derecho natural que proviene de un *Estado de Naturaleza* o bien de un consenso social que más bien se traduce a una concesión del Estado de dicho bien jurídico.

⁴ Tal como se viene señalando, los diversos hechos que acontecieron a fines del siglo XIX dan cuenta del progresivo reconocimiento de los derechos básicos del hombre como el de propiedad. *Vid.* FERMANDOIS (1937) p. 1727. Así también puede revisarse en el mismo sentido CORDERO (2008) p. 495. En estas páginas el aludido autor se refiere a la concepción del derecho de propiedad que quedó plasmado a raíz de la Revolución Francesa de 1789. Así, hace referencia a que el derecho de propiedad “[...] fue concebido en función de un sujeto abstracto, formalmente igual, siendo idéntico, que dentro del supuesto de hecho de la norma aparece bajo la denominación del anónimo el que o quien al que se atribuyen las consecuencias jurídicas previstas en las proposiciones normativas codificadas [...]”. En el mismo sentido puede consultarse PROUDHON (2005) y LIRA (1944), p. 173.

⁵ En ese sentido se ha precisado que “(...) el régimen de propiedad del Código Civil chileno se basa en un pseudo absolutismo propietario, que encuentra sus raíces en el Derecho francés. Ello no podía ser de otra manera si se toma en cuenta que la reglamentación francesa está formulada bajo un modelo liberal burgués, el cual, para desarrollar su actividad, requería una propiedad libre de trabas, terminando con todas aquellas que venían del régimen precedente, aboliendo definitivamente cualquier derecho feudal. Así, es fácil entender que este carácter de absoluto tiene un gran sentido histórico”. *Vid.* NOVOA (2011) p. 114.

robusta: un fuerte señorío y poderosas armas que lo amparan frente a terceros⁶. Puede decirse que las pretensiones que el dueño puede tener sobre una cosa dependerán de la forma externa que tenga la propiedad. Por ejemplo, en un sistema determinado sólo se podría usar y gozar de un bien pero no disponer de él; en otros, las pretensiones pueden ser de corte mucho más liberal, las cuales pueden partir desde el uso hasta la destrucción deliberada de la propiedad, por lo que al no existir un contenido normativo uniforme en todo derecho de propiedad, la extensión del mismo y, por tanto, las pretensiones del dueño se analizan desde la perspectiva externa y no sustantiva.

En ese sentido pareciese que el Código tiene una lógica de *protección* basada en cuestiones de *forma*, cuestiones que implican circunstancias que modelan la propiedad mas no basadas en la propiedad en sí misma. Su estructura normativa, en cuanto a protección, está dada por una cuestión cuantitativa más que cualitativa y así se refleja también en la conceptualización codificada.

Aquí parte el problema que he denominado *originario* y que consagra el Código Civil de Andrés Bello. La propiedad (privada) es definida en el artículo 582 del Código en los siguientes términos: “*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*”⁷.

Como puede notarse, la noción de propiedad se fundamenta en las facultades de que es titular un sujeto (visión cuantitativa), en lo que le concede el ordenamiento jurídico para obrar utilizando en general un bien; en síntesis, en una cuestión *formal*, situación que no debe parecer nada anormal atendida las fuentes utilizadas por Bello y que sirvieron de inspiración para el Código Civil chileno⁸. Pues bien, resulta legítimo que, a raíz de todos los

⁶ Recuérdese que el derecho de dominio, de conformidad al artículo 582 del Código Civil y 19 n° 23 y 24 de la Constitución Política de la República, otorga a su titular la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa que es objeto del derecho, por lo que tiene los más amplios atributos para ejercerlo, pero siempre con el límite de la ley y del derecho ajeno.

⁷ No es tan clara la fuente doctrinaria que tuvo el codificador al momento de redactar el actual artículo 582 del Código Civil. El profesor Guzmán ha propuesto que Bello pudo tener en consideración las ideas de Savigny para estructurar la conceptualización. Pero también es cierto que pudo consultar a los clásicos franceses que ya tenían en mente una propiedad subjetivista e individualista. *Vid.* GUZMÁN (1982) pp. 258 y 424.

⁸ El profesor PEÑAILILLO (2006) p. 42, expresa lo siguiente respecto de este punto: “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,

movimientos sociales acaecidos, se quiera exacerbar el poderío que alguien puede tener sobre una cosa como fiel reflejo de su persona, de su libertad y destacar así el término de los abusos que se produjeron durante aquellos siglos en toda Europa y en el mundo en general⁹, de modo que es absolutamente razonable concebir una propiedad robusta, una propiedad liberal, fiel al nuevo ciclo social que se comenzaba a vivir¹⁰.

Con todo, aun cuando el legislador otorga una conceptualización de la propiedad en el artículo 582 del Código, deja de lado una cuestión de fondo

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 sintética, 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 [...]”.

Similares planteamientos formula GROSSI (1992) p. 128, pero criticando en esta ocasión al Código Civil francés que solamente incorpora en su conceptualización una visión cuantitativa de la propiedad, confundiéndola con la cualitativa que, a su juicio, es totalmente diferente.

⁹ En Derecho español también se reconocen estos postulados ideológicos basados en potenciar al ser humano en tanto ser libre que pone fin a los abusos producidos por siglos y que sin duda influyeron no solamente en la codificación, sino también en el concepto robusto de propiedad. Para ello puede consultarse a PÉREZ (2014) p. 18. En contra de una interpretación marcada por un exceso de liberalismo absoluto que tuvo como antecedente la Revolución Francesa de 1789 y su repercusión en el *Code* en torno a las facultades del propietario respecto de su bien, el profesor PEÑAILILLO (2007) señala: “[...] el citado artículo 544 no estaría inspirado en una concepción liberal individualista, como generalizadamente se ha predicado. La expresión “de la manera más absoluta”, que contiene (que podríamos equiparar a nuestro “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”. *Cfr.* RUZ (2011) pp. 69-70.

¹⁰ LÓPEZ (1998) p. 1641. En el mismo sentido, BRAHM (1996) p. 7, haciendo referencia al concepto que quedó plasmado en el conocido artículo 544 del *Code*, indica que “La interpretación más extendida y tradicional de este texto en la historiografía jurídica ha sido la de afirmar que aquí se recogería de manera paradigmática la concepción liberal individualista que habría inspirado también el proceso revolucionario francés (...) El concepto de propiedad consagrado en el Código francés tendría un carácter eminentemente subjetivo, el más adecuado para hacer posible el desarrollo del liberalismo económico postulados por los sectores burgueses que tomaron el control de Francia con la Revolución”.

para sólo enfocarse en los atributos del dominio, es decir, soslaya un poco lo que es en tanto propiedad (enfoque ontológico). Pues bien, define al dominio o propiedad como un *derecho* (subjeto), pero esa definición se encuentra inmediatamente asociada a *facultades*, lo que desde el punto de vista dogmático-civil no representa una solución, ni tampoco desde el enfoque generalizado acerca de la propiedad como una institución que determina muchas veces el nivel de riqueza y pobreza dentro de la sociedad¹¹.

El Código concibe una propiedad privada liberal, subjetivista y enraizada en ideales que dejaron las revoluciones sociales, las que además tuvieron un reconocimiento normativo. Así fue como el *Code* de 1804 consagró en su artículo 544 la definición de propiedad. Concepto similar fue incorporado en el actual artículo 582 del Código Civil chileno¹².

Mismas reflexiones se pueden encontrar en FIGUEROA, cuando alude a las posturas que estructuran las nociones sobre el patrimonio. Normalmente son conocidas dos escuelas de pensamiento que intentan explicar lo que es, en nuestro Derecho, un atributo de la personalidad. Así, señala que la escuela francesa se destaca por su concepción subjetivista, en la que impera la noción de persona-sujeto cuyo potencial (capacidad) permite adquirir bienes para ingresarlos a su patrimonio¹³. Del mismo modo se presenta una visión filosófica conforme a la distinción hecha por ARISTÓTELES sobre potencia

¹¹ Así, se reafirma por CORDERO (2008) p. 502, que “[...] el modelo ideológico propietario que inspira a los códigos de filiación napoleónica lleva a la construcción de un concepto de propiedad que toma como punto de apoyo al sujeto titular antes que al objeto del derecho. En este concepto son indiferentes las cualidades y accidentes del bien, pues lo que interesa son las facultades o poderes del propietario que se conciben bajo una categoría unitaria caracterizada por una indefinición genérica de tales poderes (*uti, frui, abuti*), paradigmas de la utilización económica soberana. Por tal razón, estos paradigmas están vacíos en su contenido prescriptivo y se mueven en el ámbito de la definición”.

¹² El artículo 544 del Código Civil francés define la propiedad en los siguientes términos: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”. Se diferencia esta definición de la chilena en el sentido de que, en el caso francés, la propiedad sólo tiene como límite la ley (o reglamentos), en cambio la definición chilena incorpora el derecho ajeno.

¹³ En ese sentido señala FIGUEROA (1991) p. 29, que “La doctrina subjetivista recién reseñada se fundamenta en la necesidad de subrayar la soberanía del individuo frente a la arbitrariedad del Estado, a las limitaciones del antiguo régimen feudal de la propiedad y al sistema de las corporaciones medievales, contra todo lo cual se había levantado la Revolución Francesa”.

y acto,¹⁴ en el sentido de que el patrimonio, desde la óptica del sujeto, es una potencia y que al ingresar bienes a su haber, se actualiza (acto)¹⁵. Por otra parte, frente a la escuela francesa subjetivista surge la escuela alemana que es de carácter objetivista. Esta doctrina plantea la cuestión, dejando de lado al sujeto y fijándose, principalmente, en el objeto, en aquello donde recae el patrimonio, identificando nociones como patrimonio de afectación.¹⁶

Entonces, volviendo a la noción de propiedad, no es raro encontrar diversas definiciones o conceptos acerca de este derecho, o cómo éste es entendido, ya que muchas veces su conceptualización puede ir variando, atendiendo a factores como la organización política de una comunidad en un tiempo y lugar determinados¹⁷, así como también a factores económicos¹⁸. Otros autores proponen una noción más omnicompreensiva de la propiedad que, en cierto sentido, supera la mera relación jurídico-real existente entre un sujeto y una cosa, otorgándole énfasis a una relación interpersonal con respecto al objeto. En otras palabras, para MUNZER hablar de propiedad es hablar de la relación entre las personas con respecto al objeto y no a la mera relación entre persona y objeto¹⁹. Si bien esta noción puede sonar atractiva, a la luz

En un sentido similar, pero haciendo una revisión de lo que es la historia de esta institución, GROSSI (1992) pp. 112 y 113 señala que conforme a los planteamientos del medioevo la propiedad se va cada vez transformando en una mezcla o *indisolubilidad* entre lo exterior y lo interior del sujeto. Ambos se unen fuertemente, de modo lo que lo *mío* sea el *yo* mismo. *Ídem.*, p. 130, recalca la importante evolución que tuvo la noción de propiedad gracias a la pandectística y sentencia que “la propiedad es solamente el sujeto en acción, el sujeto a la conquista del mundo. Idealmente las barreras entre el yo y el mío caen”.

¹⁴ ARISTÓTELES (2010) par. 412a.

¹⁵ FIGUEROA (1991) p. 28.

¹⁶ FIGUEROA (1991) p. 39 y ss.

¹⁷ En ese sentido RÍOS (2010), pp. 771 y 772, haciendo referencia a Castán, indica que el concepto de propiedad puede variar conforme a diversos factores: “la noción clásica de la propiedad, como el señorío (*dominus*) más completo que puede tenerse sobre una cosa, se ha venido plasmando de la mano de complejos factores, unos de carácter dogmático-jurídico –como el Derecho romano–, otros de carácter ideológico –como el racionalismo liberal– y otros, en fin, de carácter económico-social, como el capitalismo”. Asimismo, señala lo siguiente sobre el punto: “Se ha hecho notar que el tipo de propiedad depende, en cada época, del grado de desarrollo económico, a lo que cabría agregar el sentido o destino de la riqueza acumulada con ese desarrollo”.

¹⁸ Como afirma LEYVA (1985) pp. 30 y 31: “La propiedad no es mera reliquia del pasado, la propiedad cambia sus contornos precisamente por poseer especial sensibilidad de las realidades socio-económicas [...]”.

¹⁹ MUNZER (1990) p. 17 y ss.

de nuestro trabajo, creemos que la propiedad tiene un efecto socializador que no está atada siempre al objeto, es decir, si sostenemos en algún sentido la validez de esta afirmación no puede quedar ésta atada a las “cosas”, sino que debe incorporar otras consideraciones que estructuren la relación entre propiedad privada, pública, colectiva, etc.

La doctrina nacional ha hecho un esfuerzo por explicar en qué consiste este derecho, pero la mayoría apunta a su estructura formal y al poderío absoluto que el dueño tiene respecto de la cosa²⁰. Así, conforme a este planteamiento, la propiedad no sería algo que se pueda conceptuar de forma unívoca de manera que tenga un funcionamiento uniforme en los diversos sistemas, ya que siempre dependerá del tiempo y lugar en los que ésta se ha de aplicar.

Desde un enfoque económico, hay que hacer presente que la propiedad cumple un rol importante dentro de la sociedad. Ella constituye un elemento que cumple fines *distributivos*²¹ y determina el nivel de riqueza y pobreza que cada cual puede tener según algún criterio de distribución. Es decir, no será lo mismo tener una *propiedad liberal* con poderosas herramientas que permita la libre circulación de la riqueza, a una propiedad bajo un régimen donde el Estado cobra un rol importante a la hora de distribuir y determinar la producción de los bienes²².

Si, como dijimos anteriormente, la conceptuación de propiedad nos lleva a examinar que existen *tipos de propiedad*, en orden al sistema político y económico de una nación determinada. Entonces, la pregunta acerca de qué es la propiedad, implica la consideración de que existen diversos *sistemas de propiedad*²³ que repercuten en la forma como organizamos nuestros recursos,

²⁰ ALESSANDRI *et. al.* (2010) pp. 35-36; BARCIA (2010) pp. 27-29; RUZ (2011) p. 71; con un tono más crítico respecto de la conceptuación del derecho de propiedad: PEÑAILILLO (2006) p. 42; ARELLANO (1956) pp. 503 y ss.; TRONCOSO (1968) p. 41. Por ejemplo, PEÑAILILLO (2014) p. 8. se refiere a la regulación de la propiedad, siendo esta inicialmente estudiada en tanto propiedad privada, porque ese es su carácter esencial y distintivo (en oposición a otros tipos de propiedad).

²¹ BENSON (2002) p. 752 y ss.

²² Esto sería normal en un régimen comunista, en donde además de fijar los criterios distributivos, el Estado toma un rol importante respecto de los medios de producción de riqueza en la sociedad.

²³ WALDRON (1996) pp. 3-5 sostiene que existen diversos “sistemas de propiedad” en virtud de los cuales se organizan los recursos, a saber, propiedad *común*, propiedad *colectiva* y propiedad *privada*. Claramente que un aspecto instrumental del derecho de propiedad

poniendo énfasis en que la propiedad es mucho más que el ejercicio de facultades, por lo que su análisis conceptual y como mecanismo social han de ser esenciales para llegar a su núcleo y, por consiguiente, a su comprensión como institución jurídica.

En ese sentido y para no caer en contradicciones, es necesario advertir que el Código Civil chileno define en su artículo 582 lo que es la *propiedad privada* (o derecho de dominio), pero no define el derecho de propiedad en general. Bello toma el concepto subjetivo del Código Napoleónico para aplicarlo al chileno y dar armonía al sistema de bienes que instauró en el Libro II. Por su parte, la propiedad general puede resultar coincidente con la propiedad privada en algunos aspectos y, por lo mismo, es importante establecer su relación entre ésta y aquélla. De modo que el análisis sobre lo que es la propiedad en la dogmática civil no debe reducirse al estudio del derecho de dominio (privado) sin más, sino por el contrario, debe integrar criterios que permitan una comprensión generalizada de este derecho para entender su lógica y aplicación a ámbitos acotados como el privado (propiedad privada) y el público (propiedad pública). Sin todas estas consideraciones, el examen sería infértil y egoísta, creyendo que la propiedad privada es en sí la *propiedad*, afirmación que no es del todo correcta.

En síntesis, una propiedad definida por sus atributos o forma, no puede explicar el ser de esta institución, ya que hace que el concepto sea variable e implica una inestabilidad ontológica que no ayuda a definirlo. En ese sentido, intentaré abordar la propiedad desde otros horizontes.

II. DERECHO DE PROPIEDAD: UNA CUESTIÓN SUSTANCIAL

Como dije en las primeras líneas, este trabajo pretende mostrar las consideraciones relevantes sobre el concepto de derecho de propiedad. En primera instancia se intentó buscar una explicación a partir de los postulados ideológicos que quedaron plasmados en el Código Civil de 1855. En ellos encontramos un concepto que atañe a cuestiones de forma, es decir, a las facultades y prerrogativas que, tanto fáctica como jurídicamente, le corresponden al dueño sobre su bien. Esto no quiere decir que se trate de un concepto *prima facie* errado, sino que, desde el punto de vista que estoy abordando la materia, no resulta adecuado, no resuelve el problema conceptual²⁴, ni mucho menos puede dar cuenta el carácter institucional de la propiedad.

nos ayuda a descubrir su sentido, su ser, por lo que rechazar el aspecto distributivo de la propiedad sería anticipado y un poco imprudente.

²⁴ PEÑAILILLO (2006) p. 42.

Ahora bien, mi propósito no es dejar de lado el carácter formal de este derecho (que naturalmente es importante), sino intentar mostrar que ésta es una institución mucho más amplia y que permite ser estudiada desde diversos puntos de vista.

A continuación voy a señalar otras consideraciones en torno a la propiedad.

1. *Derecho de propiedad: algunas consideraciones de justicia distributiva*

Hemos analizado la propiedad a la luz de la codificación decimonónica y su conceptualización en el Código Civil chileno. Como dije anteriormente, no es suficiente la noción de propiedad privada basada en cuestiones formales, sino que es necesario indagar en su función como institución jurídica.

En este apartado dedicaré algunas líneas para analizar los efectos distributivos que se encuentran relacionados con la propiedad²⁵ y, en primer lugar, acerca de la distribución de libertad.

La libertad es un principio fundamental en toda sociedad civilizada, es un valor, un derecho básico que pertenece al hombre como ser racional y deliberante²⁶.

²⁵ La dogmática ya ha expresado que el derecho de propiedad involucra algunos aspectos distributivos, como por ejemplo señala MARTÍ (2014) pp. 174 y 175, el concepto de propiedad es un problema complejo difícil de sortear, pero ello no implica desconocer que la propiedad como un derecho político-moral conlleva algunas consideraciones distributivas que repercuten directamente en la comunidad política. Así, el referido autor sostiene que “De hecho, el concepto jurídico de propiedad es dependiente de dicho concepto político-moral. Igual que los conceptos de libertad, igualdad, democracia o dignidad, el de propiedad es un concepto normativo, que sólo adquiere forma concreta cuando partimos de una determinada concepción filosófico-política normativa. Es decir, no es axiológicamente neutro. Por ello no es sorprendente que los liberales, los socialistas y los republicanos, además de discrepar acerca de cómo regular la propiedad, partan de concepciones al menos parcialmente distintas de lo que cuenta como derecho de propiedad. En otras palabras, no es posible separar por completo el análisis conceptual sobre la idea de propiedad de una concepción normativa sobre cómo debe estar regulada la propiedad en una determinada comunidad política”.

²⁶ Sobre los distintos tipos de libertad puede revisarse MILLÁN (1995). Este autor distingue entre 4 tipos de libertad, a saber: a) libertad fundamental; b) libertad electiva; c) libertad moral y d) libertad política. Se ha criticado por otros autores la relevancia desmedida que se le otorga a la libertad electiva, como si ésta fuera un fin en sí mismo, opinando que sólo hay libertad en el orden operativo del ser humano, pero no en el entitativo.

Esa libertad no puede ser ejercida si la persona no goza de instrumentos adecuados que le permitan llevar su vida adelante, es decir, le den una posibilidad real de actuación en la comunidad política. Se trata, por tanto, de que mientras más propiedad tenga un individuo, más cosas y/o proyectos puede desarrollar, a más decisiones y alternativas de vida puede optar; su marco de acción y desarrollo personal es significativamente superior cuando tiene propiedad, en comparación a cuando tiene muy poco o nada. En ese sentido, la libertad relacionada con la propiedad pretende marcar un límite al poder que es ejercido por el Estado, reconociendo, en consecuencia, la autonomía de los individuos en el orden patrimonial y, por supuesto, personal (como por ejemplo la privacidad)²⁷.

Seguidamente, la libertad que emana de la propiedad no sólo debe entenderse como límite, sino también desde una perspectiva más activa que permita al individuo desarrollar o emprender actividades de diversa índole.

De lo dicho cabe notar, por consiguiente, que la libertad entendida en su esfera electiva se ve fortalecida cuando el individuo goza de propiedad, ya que se produce un efecto positivo en sí mismo y, ciertamente, socializador.

Piénsese en una persona de pobreza extrema, en situación de calle, sin familia y/o personas a la cuales recurrir, quien si no está totalmente excluida de la sociedad, sufre, ciertamente, de un alto grado de desconsideración social. Al no tener propiedad (privada) se genera un problema público, que es justamente el no poder *hacer* prácticamente nada con su vida. Su libertad está reducida probablemente a plantearse 2 opciones: a) solicitar ayuda o trabajar por una remuneración muy baja; o b) esperar la muerte. Si la propiedad aspira entonces a ser una institución y no meramente un derecho subjetivo, se requiere de *lege ferendae* una política legislativa que contemple situaciones de este tipo, y que se asegure realmente a nivel constitucional el acceso real, por ejemplo, a una vivienda y a condiciones dignas de vida.

El filósofo político JOHN RAWLS en su obra *A Theory of Justice* (Teoría de la Justicia), plantea de muy buena forma las condiciones y prerrogativas mínimas que necesita una persona para poder llevar adelante su plan de vida, los cuales él denomina como *bienes primarios*²⁸.

De acuerdo con este planteamiento, toda persona tiene un plan racional de vida que desea cumplir. Para ello requiere necesariamente de instrumentos

²⁷ CORRAL (1996) p. 13.

²⁸ RAWLS (1995a) pp. 95 y ss.

y medios adecuados para llevarlo adelante, y muy precisamente de riqueza y condiciones sociales que le permitan acceder a tal plenitud. En *Liberalismo Político*, RAWLS señala algunos bienes primarios de los que los individuos deben gozar. A nosotros nos importa, al menos, la riqueza, especialmente la propiedad²⁹.

Así, si la propiedad no se encuentra garantizada en favor del individuo, difícilmente puede éste llevar adelante su plan racional de vida. Digo racional en tanto mira mayormente el interés personal de cada quien, en oposición a lo razonable, lo que implica un aspecto público y de interacción social³⁰. De esta forma, la propiedad se ha construido con un fuerte matiz racional, egoísta, y ha dejado fuera el aspecto público, siendo consideraciones sociales y económicas que se encuentran muy de la mano con la política legislativa y la forma de regular la adquisición de la riqueza y su transferencia en el mercado³¹.

Lo que se necesita es que se garantice no una propiedad colectiva, sino un acceso real a la propiedad (privada), como mecanismo de protección de los más desvalidos, pobres y desfavorecidos en la sociedad. Quizá se necesite

²⁹ RAWLS (1995b) pp. 177 y ss. En estas páginas el autor señala que existe una lista básica de bienes primarios: “a) los derechos y libertades básicas, que también se dan en una lista aparte; b) la libertad de desplazamiento y la libre elección de ocupación en un marco de diversas oportunidades; c) los poderes y prerrogativas de los puestos y cargos de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica; d) ingresos y riqueza, y por último, e) las bases sociales de respeto a sí mismo”.

³⁰ RAWLS (1995b) pp. 67 y 68. El autor explica brevemente lo que se entiende por racional y razonable. Señala que las personas son razonables “en un aspecto básico cuando, por ejemplo, entre iguales están dispuestas a proponer principios y normas como términos justos de cooperación y cumplir con ellos de buen grado, si se les asegura que las demás personas harán lo mismo (...). Decimos que a las personas razonables no las motiva el bien general como tal, sino el deseo mismo de que hay un mundo social en que ellas, como ciudadanos libres e iguales, puedan cooperar con los demás en términos que todos puedan aceptar”. Luego el autor se refiere al concepto de racional, enfatizando que: “Sin embargo, lo racional es una idea distinta de lo razonable y se aplica a un solo agente unificado (ya sea una persona individual o corporativa) poseedor de capacidades de juicio y deliberación, que persigue fines e intereses sólo en su propio beneficio”.

³¹ MENGER (1998) pp. 120 y 121. En estas páginas el autor se refiere al proyecto de Código Civil Alemán y la estructuración de diversas instituciones del Derecho Privado. Identifica que dicho Código, al igual que la mayoría ya existentes, estructuran el derecho de propiedad bajo una noción estrictamente egoísta, despreocupados del carácter más “social” (por decirlo así) de este derecho.

establecer como norma que el denominado recurso de protección del artículo 20 de la Constitución Política permita exigir del Estado, de acuerdo a criterios de justicia distributiva, el otorgamiento de una vivienda a los que carecen de ella y así cumplir el rol que realmente le pertenece.

Ciertamente, debe haber una forma distinta de entender la propiedad, ya no tan sólo como un instituto meramente privado, sino de índole social. La propiedad como privilegio distribuido a sectores “acomodados”, desconsiderando su impacto en la comunidad, principalmente en los más desfavorecidos, produce sólo injusticia y limita la libertad de estos últimos. Seguidamente, una conceptualización de la propiedad que involucre reflexiones sociales, en tanto mecanismo de defensa, de aquellos que no tienen riqueza genera una tensión entre libertad e igualdad que no es fácil sortear.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer presente que, si bien la propiedad puede y debe cumplir un rol distributivo –o de política legislativa que contemple consideraciones de justicia distributiva–, lo importante es comprender también la justificación de la propiedad de una forma más específica³².

MENGER cree que las instituciones jurídicas reguladas en los códigos deben tener presente las situaciones económicas y sociales de las personas. No puede haber una aplicación indiferenciada de las mismas normas a ricos y pobres, si no existen reflexiones distributivas.

Este autor se posiciona sobre la base de la crítica efectuada al proyecto de Código Civil Alemán del siglo XIX, cuya estructuración favorece una aplicación totalmente desigual a ricos en desmedro de los pobres, a comerciantes y burgueses en desmedro de los proletarios³³.

Si bien en nuestro Derecho existe una ficción legal que comienza con el artículo 8 del Código Civil, en virtud de la cual la ley se presume conocida por todos una vez que entra en vigencia –por lo que no puede alegarse desconocimiento de la misma–, se esconde un matiz de arbitrariedad social y económica. Desde luego, dicha norma tiene por objeto dar certeza jurídica en todo tipo de relaciones y evitar ciertamente el abuso del Derecho. Pero, por otra parte, la arbitrariedad social y económica está lejos de resolverse, y consiste en que aquellos de menos recursos en la comunidad política

³² Se ha escrito, ya hace unos siglos, por los conocidos filósofos Locke y Hobbes acerca del fundamento del derecho de propiedad y su función en la sociedad.

³³ MENGER (1998) pp. 136-137.

difícilmente puedan tomar un real conocimiento de la norma, o más bien dicho, resulta difícil exigir de los más desfavorecidos una actitud diligente en cuanto involucre conocer la normativa legal vigente, puesto que su propia condición limita su modo de vivir e integrarse plenamente a la sociedad.

Esto no sucede en los sectores medios o privilegiados, en donde el acceso a la información, educación y proyección de vida son totalmente diferentes, realidades empíricamente diferentes, pero repercute en un aspecto normativo que la mentada presunción no considera: las condiciones sociales. Probablemente, normas de ese tipo produzcan efectos más regresivos que progresivos, ya que los intereses de los pobres quedan desplazados o, al menos, no totalmente considerados.

Algo así sucede con la propiedad, ya que se parte de una abstracción jurídica de los sujetos, lo que, en primera instancia, otorga igualdad normativa y se construye un concepto liberal, pero, dada la realidad social y económica, favorece mayormente a los acaudalados porque dicha institución no es capaz de captar la diferencia material entre un sujeto y otro.

En síntesis, una regulación marcadamente egoísta, como la implementación de una propiedad privada “ciega”, que no tome en consideración la realidad social y económica del individuo, cae en una injusticia que sólo repercute en una disminución de libertad de los pobres y/o más desfavorecidos de la sociedad, afectando también su dignidad.

2. *Redistribución de la propiedad*

Hablar de la redistribución de la propiedad implica en cierto modo asumir una postura bastante compleja en un sistema marcadamente egoísta, neoliberal y cuyas bases institucionales sólo han servido de instrumento para dar espacio al abuso y a la afectación de la dignidad de la persona.

El trabajo, desde la perspectiva de la justificación de la propiedad, permite dar cuenta de las desigualdades en la adquisición de la riqueza. Muchos de ellos, por no decir la mayoría, cargan con la mochila de los sueldos bajos y las pocas expectativas de mejorar sus condiciones de vida y, por supuesto, sociales.

Un estudio realizado por la Fundación Sol da cuenta de una realidad que muchas veces se trata de esconder, la cual consiste en mostrar los reales

ingresos de los chilenos en sus diversos campos laborales³⁴. De acuerdo con los datos obtenidos, con base en la ocupación principal de los trabajadores, se concluye que el 50,5% gana menos de \$260.000, el 74,1% gana menos de \$400.000, el 81,5% gana menos de \$500.000 y sólo el 11,8% gana más de \$700.000. Todas las cifras son ingresos líquidos.

Una mejoría de las condiciones laborales en términos de ingreso se ve bastante compleja y conlleva una reformulación estructural a nivel social y económico. En ese sentido, de acuerdo a otro estudio de la misma entidad, se concluye que la mayor cantidad de ingresos se distribuye en un número reducido de personas³⁵, pues sólo 257.587 trabajadores ganan \$1.500.001 o más, lo que representa un 3,6% de aquellos que dedican su tiempo al trabajo principal.

Una redistribución de la propiedad demandaría reorganizar la riqueza (y los ingresos) de acuerdo a diversos criterios de justicia distributiva. Una manera de efectuar dicha reorganización es mediante el poder impositivo del Estado respecto de los particulares, proporcionándolo en mayor medida a los que más tienen, los más acaudalados y grandes empresas. El Estado debiese tener un rol más activo para equilibrar la balanza de la riqueza social y establecer mecanismos para paliar la pobreza, sobre todo la extrema³⁶.

THOMAS PIKETTY, en su obra *El Capital en el siglo XXI*, propone algunas vías de solución que intenten paliar la gran brecha de desigualdad que se produce a nivel mundial, tanto en la distribución del ingreso del trabajo como la del capital. En dicha idea, que ya he hecho mención en los párrafos anteriores, el autor plantea la posibilidad de establecer un impuesto mundial y progresivo

³⁴ “Desposesión Salarial en Chile. Panorama de los verdaderos sueldos usando la Encuesta CASEN”, Fundación Social, disponible en: <www.fundacionsol.cl>, fecha de consulta: 17 de agosto de 2017.

³⁵ “Los verdaderos sueldos en Chile. Panorama actual usando la Encuesta NESI”, Fundación Social, disponible en: <www.fundacionsol.cl>, fecha de consulta: 17 de agosto de 2017.

³⁶ PIKETTY (2014) p. 279, señala que “Desde luego, las desigualdades ante el trabajo siempre son mucho menores que las que se dan ante el capital. Sin embargo, sería erróneo despreciarlas porque, por una parte, los ingresos del trabajo suelen representar entre dos tercios y tres cuartos del ingreso nacional y, por otra, porque las diferencias en las distribuciones de los ingresos del trabajo en los diferentes países son muy sustanciales, lo que sugiere que con políticas públicas y las diferencias nacionales pueden tener grandes consecuencias sobre estas desigualdades y sobre las condiciones de vida de amplios grupos de población”.

sobre el capital³⁷. Lo de *mundial* claramente por ahora es imposible, pero al menos propone que cada país adopte criterios que estén en la dirección de acortar la desigualdad de la riqueza nacional.

Bajo la noción de un Estado social, creo que la redistribución de la propiedad –que incide directamente en la libertad del individuo en su más amplio poder de actuación– no debe entenderse como la mera transferencia de recursos del rico al pobre, sino que debe fortalecerse, de manera importante, el rol del Estado en la real satisfacción de los derechos básicos del individuo. La riqueza, la propiedad o como se le quiera llamar, al ser un instrumento material que permite desarrollar la vida del ser humano, debe comprender todos los derechos que comprometan el desarrollo de su existencia, garantizando la vida, la educación y la salud, sin importar el nivel patrimonial que se tenga, ni los ingresos, o si importando, se apliquen –prudencialmente– criterios de justicia distributiva a los más necesitados³⁸. Para ello se requieren servicios públicos que puedan cumplir verdaderamente su rol y entregar todas las herramientas para el desarrollo de la persona en todos sus aspectos. Incluso, ello puede devenir en la distribución directa de bienes de capital para los más desfavorecidos, con la finalidad de que éstos puedan emprender económicamente y generar riqueza que cubra, al menos, sus necesidades básicas.

La distribución de derechos y propiedad a nivel estatal ciertamente no es la única forma de distribución de riqueza, sino que también ésta se produce por la transferencia privada, por los contratos o acuerdos privados. En principio, los acuerdos operan en virtud de un principio de justicia autónomo (discutiblemente), que sería la justicia correctiva; igualmente, al momento de regular el mercado transaccional se deben tener consideraciones distributivas y de justicia social. No me referiré a este tema por los extensos puntos que implica su desarrollo.

III. ALGUNAS CONCEPTUACIONES DE PROPIEDAD

En el apartado anterior se analizaron, de forma muy general, algunas consideraciones sociales que pueden verse involucradas en la propiedad o derecho de propiedad.

³⁷ *Ídem.*, p. 519.

³⁸ *Ídem.*, p. 528, lo plantea del mismo modo, señala que “la redistribución moderna no consiste en transferir riquezas de los ricos a los pobres, o por lo menos no de manera tan explícita; reside en financiar servicios públicos e ingresos de reposición más o menos iguales para todos, sobre todo en el ámbito de la educación, la salud y las jubilaciones”.

Corresponde, en este nuevo apartado del trabajo, hacer algunas reflexiones que incidan, directamente, en la conceptualización de este derecho como institución jurídica. Para ello es importante referirse –principalmente– a la propiedad privada, sin perjuicio de que posteriormente, se haga alusión a consideraciones sociales.

1. Derecho de propiedad como Derecho natural

Esta concepción del derecho de propiedad conmina, de alguna a forma, a volver a los inicios de las revoluciones sociales de siglos anteriores y a dar cuenta de que se trata de una proyección de un atributo del ser humano. Es decir, de un derecho inalienable, imprescriptible, que pertenece al hombre por su condición de tal, según el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano³⁹. En ese sentido, el derecho de propiedad no sería una construcción social ni jurídica, sino más bien de orden *natural*⁴⁰, regulando la ley, en consecuencia, solamente un aspecto exterior del mismo. Es decir, todas las facultades y atributos que son conferidos al propietario tendrán como límite, un deber de obtención, establecido legalmente, para no caer en abusos y comportamientos que vayan en contra del orden social. Así entendida, la propiedad es la exteriorización de la libertad que le pertenece a cada persona, un derecho subjetivo, básico y esencial.

Por su parte, las críticas no han estado fuera del alcance de este tipo de concepciones acerca del *ser* de la propiedad. CORDERO afirma que la conceptualización antes enunciada se caracteriza por ser *lógica, aporética e irreal*⁴¹. Es así dado que es poco viable sostener un concepto tan absolutista y subjetivista que prescinde de procesos posteriores a las revoluciones sociales que demandan una idea de propiedad, que refleje las necesidades de la colectividad, dados los sucesos denominados como *la cuestión social*, que se produjeron a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, en toda Europa.

³⁹ CORDERO (2008) pp. 501 y 502.

⁴⁰ La idea de derecho de propiedad como derecho natural ya había sido planteada por John Locke, en virtud de la cual expone que existen algunos derechos emanados de la ley natural en el estado de naturaleza, como la libertad, la igualdad y, desde luego, también la propiedad. Como así lo reseña BARCELÓ (1993) p. 254, no se trataba de que todos tuvieran los mismos bienes en el estado de naturaleza, sino la misma posibilidad de apropiarse de bienes suficientes que no estén en poder de otros.

⁴¹ CORDERO (2008) pp. 502 y 203.

En consecuencia, se hace necesario una nueva reflexión acerca de lo que es la propiedad y cómo debe operar dada, las nuevas realidades sociales que van teniendo lugar.

2. *Derecho de propiedad como construcción jurídica*

A raíz de ciertos hechos históricos que se han producido en la sociedad, junto a las diversas realidades que existen dentro de ella, desde el punto de vista del sujeto, la propiedad no puede ser entendida como una institución que refleje una igualdad real de todas las personas, no puede ser concebida como la proyección del individuo en tanto ser libre e igual al resto, puesto que la situación económica y social puede ser (y de hecho lo es) distinta de la *igualdad normativa* que se propugna jurídicamente⁴². De este modo, la propiedad debe responder a criterios que no solamente satisfagan una necesidad privada y egoísta, sino que debe enfocar su mirada, de forma horizontal, hacia la comunidad, de manera que se ha de replantear el fenómeno dominical desde un enfoque *positivo* o *legal* para estructurar tanto su sustancia como su forma.

En el mismo orden de ideas, la propiedad puede ser comprendida como una emanación *jurídico-positiva*, en cuanto es la ley la que regula, en palabras de CORDERO, tanto sus *límites* como sus *limitaciones*⁴³.

Es decir, se configura internamente la condición normal del Derecho (límites) o las restricciones circunstanciales (limitaciones). El derecho de propiedad es creado por la ley, en tanto tiene presente las necesidades no solamente del propietario privado (de origen liberal), sino también las necesidades sociales que puede (y debe) satisfacer⁴⁴.

⁴² BARCELÓ (1993) p. 251.

⁴³ CORDERO (2008) pp. 18 y 19. El aludido autor se refiere a los *límites* como a la configuración normal del derecho de propiedad, y a las *limitaciones* como a las restricciones que operan circunstancialmente en el contenido definido de derecho de propiedad.

⁴⁴ León DUGUIT dirá que, “[...] el propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder, de emplear su cosa en la satisfacción de necesidades comunes [...]”, citado en CORDERO (2008) p. 510. A la misma conclusión llega BRAHM (1986) p. 447, al referirse a la noción de propiedad que imperaba en la Alemania del nacionalsocialismo de principios del siglo XX. En aquella época, el subjetivismo reconocido en gran parte del siglo XIX queda atrás para concebir una propiedad mucho más social, con cargas y obligaciones que pesan sobre el propietario. Sólo cabía concebir al individuo y su propiedad como parte de la colectividad, prescindiendo de la clásica visión subjetivista, por lo que la propiedad no puede ser entendida como una barrera entre lo privado y lo público, o entre el individuo y el Estado, sino que tanto el sujeto como la propiedad son parte de la comunidad política.

En síntesis, aquí se plantea la posibilidad de una propiedad *nomológica* o *normativa* cuyo origen, sustancia y forma vienen dados no por la naturaleza sino por el acuerdo social –conforme a la realidad política, económica, etc.– expresados en las normas positivas.

Esta idea es asociada a lo que, a comienzos del siglo XX, se denominaría como la *función social de la propiedad*.

3. **Derecho de propiedad como interés: protección y exclusión**

Más allá de las consideraciones acerca de si la propiedad es un derecho que pudiese emanar de la naturaleza del hombre o si es una construcción jurídica, la que determina tanto su contenido como sus limitaciones, para no perder el rumbo es indispensable recuperar la esencia de la propiedad como algo que, *normalmente*, es dable pensar respecto de ella y que puede resultar transversal a los tipos de propiedad.

La pregunta que se puede plantear es: ¿la propiedad puede ser definida por la facultad de exclusión? Esta idea ya se ha planteado en otros trabajos, así –por ejemplo– SCHMIDTZ, quien es partidario de apoyar la idea de exclusión como elemento central de la propiedad, señala que “hoy en día, el término derecho de propiedad es entendido como un conjunto de derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a vender, prestar, legar, usar como garantía y hasta destruir. Sin embargo, en el corazón de cualquier derecho de propiedad está el derecho a decir que no, el derecho a excluir a los que no son dueños. En otras palabras, el derecho a excluir, no es un derecho más del montón. Si los derechos de propiedad fuesen un árbol, el derecho a excluir sería el tronco y el resto de los derechos incluidos serían las ramas”⁴⁵.

Probablemente, definir el derecho de propiedad fundado en la facultad de exclusión puede resultar atractivo, incluso muy sencillo y explicativo. Porque toda propiedad privada trae, en cierto modo, un poder mínimo de exclusión de terceros extraños⁴⁶. Sin embargo, si se analiza detenidamente esta premisa, se pueden generar algunos cuestionamientos que no tengan una única respuesta, provocando ciertamente algunos problemas teóricos.

⁴⁵ SCHMIDTZ (2010) p. 3.

⁴⁶ Así lo plantea PEÑAILILLO (2014) p. 12, para quien “[...] tratándose de la propiedad privada, el enunciado del contenido podría formularse por su núcleo: la plenitud del poder sobre la cosa, más la exclusividad (sin exclusividad no hay propiedad privada); por cierto, este último carácter con la recepción de a lo menos tres restricciones secularmente bien tipificadas: el uso inocuo, el ingreso coactivo y el principio del mal menor, que atenúan el egoísmo, siempre asociado a la propiedad privada como vecino indeseable”.

Por ejemplo, si “A” es dueño de un automóvil, ¿significa que *sólo* él puede usarlo y nadie más? (propiedad privada individual). Por otro lado, si “A” y “B” son dueños (copropietarios) de un automóvil, ¿significa que *sólo ellos* pueden usarlo y nadie más sin autorización de ambos? (propiedad común o copropiedad). Finalmente, si *toda* una nación es dueña de ciertos bienes denominados públicos (o nacionales de uso público), ¿significa que sólo la nación puede usarlos pudiendo excluir a otros que no pertenezcan a ella? Pareciese que la respuesta es afirmativa tanto en la primera como en la segunda pregunta. Sin embargo, qué ocurre con la tercera si ella contiene los mismos elementos que las dos primeras: sujeto; derecho (propiedad) y objeto. Al parecer, los individuos indeterminados no pueden excluir a otras personas del uso de los bienes. Si esto es así, ¿significa que no tienen derecho? Y si no tienen estrictamente un derecho de propiedad rigurosamente hablando, ¿qué es? La respuesta a esta pregunta apunta a considerar a la propiedad no solamente como facultad de excluir, sino como un interés jurídicamente protegido, en tanto es posible graduarlo según el tipo de bien de que se trate o los sujetos que intervengan en su uso. Así, por ejemplo, en el caso de los bienes nacionales de uso público⁴⁷ sólo es posible usar el bien, mas no tener ninguna otra facultad asociada al mismo.

Por otra parte, qué ocurriría si una norma positiva consagra un derecho de propiedad que solamente permita usar y gozar de un bien otorgado y garantizado por el Estado, por ejemplo un bien raíz, no pudiendo los particulares enajenarlo en manera alguna. ¿Podríamos decir que aquellos sujetos tienen realmente derecho de propiedad? Parece que la lógica jurídica nos dice que sí tienen este derecho, pero definido con otros contornos. Entonces, si es propiedad igualmente, ¿qué significa ser dueño?, ¿qué significa tener *propiedad*? Al parecer todo indicaría que la propiedad puede ser entendida como un *interés* con mayor o menor protección que permite a los sujetos individuales, comunes o colectivos poder en algunos casos excluir a otros del disfrute de sus prerrogativas o facultades, como usar, gozar, disponer, administrar, etc., según lo dispongan las normas, ya que, en definitiva, ellas determinarían quién es considerado dueño y qué facultades tiene respecto de la cosa, las que pueden ser mínimas o bien muy potenciadas como una propiedad liberal, propia del Código chileno.

Desde luego, la estructura del derecho estará limitada al sistema de propiedad que adopte una comunidad determinada, de acuerdo a razones económicas y políticas –expresadas en el Derecho positivo– dentro de las cuales deberá tener correspondencia.

⁴⁷ Aquello existiría en un sistema de propiedad común, según WALDRON (1996) p. 4.

4. *Derecho de propiedad como institución*

Fuera de las tres alternativas planteadas anteriormente, quizá sea posible sugerir una cuarta conceptualización muchos más omnicomprendiva y que aborde aspectos que trascienden a una noción de corte liberal, similar a la instaurada en el artículo 582 del Código Civil chileno.

En ese sentido podría señalar que la propiedad puede estructurarse sobre la base de reflexiones sociales y económicas que intenten explicar teóricamente su razón de ser.

Así, la propiedad puede ser entendida como una institución que permite, al menos potencialmente, a uno o más individuos, ya sea que estos últimos actúen organizados o no, a usar y/o disfrutar de una cosa corporal o incorporeal, tangible o intangible, dependiendo del marco de interés permitido, beneficiándose de éstas y otras prerrogativas señaladas por el ordenamiento jurídico, con un fuerte carácter social que genera una división de la comunidad política entre ricos y pobres, y que, dependiendo del sistema adoptado, distribuye riqueza, la hace circular en el mercado, quedando en manos privadas o en la colectividad toda, según los acuerdos políticos, sociales y económicos que se hayan asumido.

IV. LA SUBSISTENCIA DEL PROBLEMA CONCEPTUAL

Una vez revisadas las principales conceptualizaciones de propiedad junto a los diversos postulados sobre su comprensión y justificación, se hace necesario hacer unas últimas observaciones respecto de su naturaleza.

Como ya pudo revisarse, la propiedad es una institución compleja, no solamente un derecho que puede concebirse aisladamente desde un enfoque privado, sino que implica un análisis global que involucra aspectos históricos, sociales, económicos, jurídicos, entre otros. Por estas razones, se han presentado importantes trabas en la dogmática civil para establecer una definición omnicomprendiva que permita configurar la propiedad como el gran derecho⁴⁸. Es así entonces que la propiedad presenta un contenido o sustancia no definida *per se* y que, de acuerdo con ella misma, pueden existir varios conceptos o definiciones de propiedad. Con ello sólo puede hablarse de *propiedades* (especiales) dada la inmensa regulación sectorial que existe sobre los distintos tipos de bienes y/o áreas sobre las cuales se produzca un

⁴⁸ LEYVA (1985) p. 31.

fenómeno dominical (por ejemplo: propiedad minera, propiedad sobre las aguas, propiedad intelectual; propiedad industrial, entre otras)⁴⁹.

Así también, la propiedad puede ser considerada y abordada desde otros horizontes, como, por ejemplo, que se trata de un bien o institución básica, primaria, que ha de ser distribuido a toda persona por igual, para aplicarlo a cualquier plan de vida que desee llevar adelante⁵⁰. Es decir, con un carácter *distributivo básico* dentro de la sociedad a los sujetos. De esta forma, la visión de propiedad como un bien primario atraviesa diversas líneas en las que no solamente permite ser analizada desde la óptica jurídica, sino también desde la *Economía Política*⁵¹, en virtud de la cual se establecen criterios para adoptar decisiones en relación a la organización y control de los medios de producción de la riqueza social.

CONCLUSIONES

El presente artículo tuvo como primer objetivo exponer –sucintamente– los antecedentes que se tuvieron a la vista para adoptar un concepto de propiedad en el Derecho civil chileno. En relación a este punto se expuso la conceptualización del Código Civil del año 1855, que en su artículo 582 alude a un aspecto *cuantitativo* o *formal* de la propiedad, lo que claramente no resuelve el problema de fondo.

Asimismo, durante el desarrollo de esta parte del trabajo se exhibieron con tono crítico, los postulados ideológicos que dieron vida a la definición antes aludida, situación que sólo sirvió para explicar la postura liberal y subjetivista de la codificación chilena.

En relación a la posible conceptualización de *propiedad* como institución y como derecho, es posible señalar que –al igual que la mayoría de la doctrina– es sumamente difícil otorgar un único concepto, dado el variado contenido

⁴⁹ TRONCOSO (1968) pp. 56 y 57. El autor manifiesta la difícil tarea de intentar conceptualizar la propiedad y expresa: “c) Fuera de todo lo anterior, el enorme desarrollo industrial, tecnológico e intelectual, el auge del comercio, el deseo de obtener una mejor y más racional explotación de las riquezas naturales y de las fuentes de energía, han contribuido enormemente a la modificación del concepto de propiedad (...) También la noción de propiedad se ha extendido más allá de su significación técnica, abarcando hoy día los derechos intelectuales, desarrollando lo que se ha denominado propiedad literaria o artística, la propiedad industrial [...]”.

⁵⁰ RAWLS (1995a) p. 20.

⁵¹ MARX (2001) pp. 38 y ss., y RAWLS (1995a) pp. 249 y ss.

y por la constante evolución de esta institución tanto a nivel jurídico como social.

Sin embargo, lo que sí se puede identificar es que, más allá 1) del origen del derecho de propiedad (antecedente no menos importante) y 2) de la construcción jurídica a través de normas especiales de determinados tipos de propiedades, la propiedad *al menos* involucra un *interés* y un poder mínimo de parte de un sujeto hacia un objeto, bien sea individual, común o colectivo. El derecho de propiedad no puede quedar sin contenido, ya que si fuese así sólo se trataría de un derecho vacío, por lo que al menos debe estar dotado de algún tipo de prerrogativa que guarde relación con el objeto sobre el que se ejerce.

El debate sigue vigente y abierto a recibir diversas ideas en torno al concepto de propiedad. La complejidad y la paciencia son factores concurrentes que deberán ser asumidos con seriedad si se quiere profundizar en el universo de esta institución jurídica. Por mi parte, creo haber analizado de forma sintética las reflexiones más relevantes, aunque la puerta sigue abierta para discutir y plantear nuevas interrogantes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2010): *I Tratado de los Derechos Reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ARELLANO, Juan (1956). "La Propiedad", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, vol. n° 95: pp. 489-524.
- ARISTÓTELES (2010). *Acerca del Alma* (Madrid, Gredos).
- BARCIA, Rodrigo (2010): *IV Lecciones de Derecho Civil chileno. De los Bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARCELÓ, Joaquín (1993): "Acerca del fundamento del Derecho de propiedad", *Estudios Públicos*, vol. n° 52: pp. 247-275.
- BENSON, Peter (2002): "Philosophy of property law", en COLEMAN, Jules y SHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford, Oxford University Press).
- BRAHM, Enrique (1986): "El Derecho de propiedad en el nacionalsocialismo alemán", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, n° 3: pp. 441-452.

- _____ (1996): "El concepto de propiedad en el Código Napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historiografía jurídica alemana", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n° 1: pp. 7-12.
- CORRAL, Hernán (1996): "Propiedad y cosas corporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 n° 1: pp. 13-18.
- CORDERO, Eduardo (2008): "De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. n° XXXI: pp. 493-525.
- FERMANDOIS, Francisco (1937): "De la propiedad", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, vols. 21-22: pp. 1727-1746.
- FIGUEROA, Gonzalo (1991): *El Patrimonio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GROSSI, Paolo (1992): *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Trad. de Ángel M. López y López, Madrid, Civitas).
- GUZMÁN, Alejandro (1982): *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad de Chile).
- LEYVA, Juan (1985): "La Propiedad cuatridimensional: Un estudio sobre la multipropiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 566: pp. 29-108.
- LIRA, Pedro (1944): *El Código Civil y el Nuevo Derecho* (Santiago, Editorial Nascimento).
- LÓPEZ, Ángel (1998): "El Derecho de propiedad. Una *relectio*", *Anuario de Derecho Civil*, vol. n° 51: pp. 1639-1691.
- MARTÍ, José (2014): "Propiedad republicana y bienes comunes", en RUIZ-TAGLE, Pablo y MARTÍ, José Luis (autores) *La concepción republicana de la propiedad* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 167-264.
- MARX, Carlos (2001): *Manuscritos de Economía y Filosofía* (Trad. de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza).
- MENGER, Anton (1998): *El Derecho Civil y Los Pobres* (Granada, Editorial Comares S.L.).

- MILLÁN, Antonio (1995): *El valor de la libertad* (Madrid, Rialp).
- MUNZER, Stephen (1990): *A Theory of Property* (Cambridge, Cambridge University Press).
- NOVOA, Catalina (2011): "La propiedad absoluta del Código Civil: ¿Es libre o funcional?", *Ars Boni et Aequi*, vol. 7, n° 1, pp. 111-134.
- PEÑAILILLO, Daniel (2006): *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- _____ (2007): "Problemas antiguos y nuevos en materia de Derechos Reales", en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Lexis Nexis), pp. 429-473.
- _____ (2014): "La regulación constitucional de la propiedad en el Derecho comparado", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, vol. LXXXII, n°s 235-236: pp. 7-24.
- PÉREZ, María (2014): "Función Social de la Propiedad Privada. Su protección Jurídica", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 30: pp. 17-47.
- PIKETTY, Thomas (2014): *El Capital en el siglo XXI* (Trad. de Eliane Cazenave-Tapie Isoard, México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- PROUDHON, Pierre (2005): *¿Qué es la propiedad? Investigaciones sobre el principio del Derecho y del gobierno* (Buenos Aires, Utopía Libertaria).
- RAWLS, John (1995a): *Teoría de la Justicia* (Trad. de María Dolores González, México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- _____ (1995b): *Liberalismo Político* (Trad. de Sergio René Madero Báez, México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- RÍOS, Lautaro (2010): "El principio constitucional de la función social de la propiedad", en TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (dir.). *Doctrinas Esenciales. Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 771-796.
- RUZ, Gonzalo (2011): *III Explicaciones de Derecho Civil. Bienes* (Santiago, Legal Publishing).

GONZÁLEZ CAZORLA, FABIÁN (2017): UN INTENTO DE CONCEPTUACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD A TRAVÉS DE CRITERIOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA.

SAGREDO, Rafael (2014): *Historia mínima de Chile. Una interpretación actual de los procesos esenciales que han dado forma a la historia de Chile* (México D.F., Editorial Turner/El Colegio de México).

SCHMIDTZ, David (2010): "Propiedad Funcional, Justicia Real", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 11: pp. 3-17.

TRONCOSO, Hernán (1968): "El principio de la propiedad privada en el Código Civil y sus transformaciones", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, vol. 143: pp. 32-58.

WALDRON, Jeremy (1996): *Derecho de Propiedad* (Trad. de Mariano Soto Gajardo), pp. 1-34.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil, del 14 de diciembre de 1855.

Constitución Política de la República de Chile, del 21 de octubre de 1980.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789.