

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES INCORPORALES.

Feliciano Tomarelli. R¹

¹ Alumno de la Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, ayudante del Prof. Dr. Álvaro Pérez Ragone.



Resumen

Este trabajo tiene por objeto exponer y analizar el estado de la regulación que la Constitución realiza acerca del derecho de propiedad sobre los bienes incorporales. Para lo cual fue menester aclarar una serie de entredichos que impedían un estudio más somero del asunto, donde destacan la conceptualización de las cosas incorporales, la especie de propiedad que recae sobre aquellas, y la regulación que hicieron las Constituciones que hoy no están vigentes acerca del tema.

Palabras claves: Bienes incorporales, Propiedad, Dominio, Constitución, Garantía.

Abstract

The object of this work is to expose and analyze how the Chilean Constitution states the property rights over the intangible things. To achieve this goal it was necessary to clarify some problems that do not permit a shorter study on this matter. Some of these problems are the conceptualization and definition of intangible things, the species of property that fell over them and how the former Constitution regulate this matter.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto exponer y analizar el concepto de bien incorporal y el derecho de propiedad que hay sobre estos, bajo la actual regulación constitucional, para lo cual fue necesario aclarar una serie de entredichos que impedían un estudio más somero del tema.

Es por ello que la primera parte del trabajo se denomina “*Los bienes, las cosas, y las cosas incorporales*”, en donde se pretende otorgar una clara noción de todo lo que abarca el concepto de cosa incorporal, sin lo cual es imposible entender la propiedad que sobre ellas recae ni la regulación que la constitución hace de aquella, para lo cual, allí se explicara la diferencia entre “bienes” y “cosas” y dentro de las ultimas, por que se puede diferenciar entre corporales y incorporales.

A su turno en la segunda parte, se trata el derecho de propiedad en sus diversas especies que el Código Civil menciona entre sus art. 582 y 584, donde es de especial interés dilucidar si es que la propiedad sobre las cosas incorporales tiene una naturaleza distinta a las demás especies de propiedad, en relación con esto se trata aquí también, la posesión de las cosas incorporales.

En la tercera parte, se expone la regulación que las constituciones chilenas que hoy no están vigentes hicieron sobre el tema, haciendo un catalogo de todas las normas constitucionales desde 1833 a 1973 que regularon el mismo. Especial importancia, ha tenido la doctrina y la judicatura en este tema, ya que aunque las normas durante el tiempo no fueron iguales, su interpretación se realizaba de tal forma que se llegaba a conclusiones similares acerca de la inviolabilidad del derecho de propiedad.

A continuación, en la cuarta parte se muestra la regulación que la CPR de 1980 hace respecto del derecho de propiedad, dentro de la cual, salvo excepciones, solo nos interesó lo relativo a las cosas incorporales. El análisis no pudo partir sino, con una somera historia acerca del establecimiento del art 19 n° 24 de la CPR, en el cual se establece primordialmente la regulación arriba mencionada, para seguir con conceptualización de un término que no había sido usado antes en la legislación nacional; “bienes incorporales” y por ultimo se expone de forma sistemática en cinco acápite, la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre estos bienes. Los cuales son: la reserva legal para establecer; i) los modos de adquirir la propiedad, ii) los modos de aprovecharla, iii) las obligaciones y limitaciones que deriven de la función social de la propiedad; iv) la inviolabilidad de la propiedad y v) los derechos del expropiado frente a la ley expropiatoria.

PRIMERA PARTE: LOS BIENES, LAS COSAS, Y LAS COSAS INCORPORALES

El Código Civil siguiendo la dicotomía gayana de las cosas, señala en su artículo 565 “los bienes consisten en cosas corporales e incorporales. *Corporales* son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. *Incorporales* las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”

De forma preliminar, y para un idóneo análisis acerca de la regulación constitucional de los bienes incorporales, es menester delimitar tres ideas: a) noción de “bien” y “cosas”; b) origen de la distinción entre cosas corporales e incorporales y c) noción de “cosas incorporales”

D) *Qué se entiende por “bien” y por “cosas”*

El Código Civil no define lo que son los bienes, pero sabemos de la simple lectura del Art.565, que consisten en las cosas corporales e incorporales. Lo que se puede entender que abarcan los términos “bienes” y “cosas”, ha sido un trabajo desarrollado por la doctrina.

Carlos Ducci señala que “la distinción entre bienes y cosas... para nuestro código civil como para muchos códigos extranjeros, bienes y cosas son una misma entidad jurídica.” Argumentando que el código habla indistintamente de cosas y bienes para referirse a lo mismo, como en los arts. 566 y 574...²

La distinción, por otro lado, sería meramente dogmática o doctrinal en el sentido que él reconoce que “cosa implica cualquier entidad perceptible por nuestros sentidos. El concepto de bien implica el que esta cosa pueda ser objeto de apropiación”³. Señala así implícitamente que todo bien es una cosa, y que existen cosas que al no poder ser objeto de apropiación no son bienes.⁴

En el mismo sentido, el profesor Alessandri indica: “En el campo jurídico se entiende por cosa, salvo la persona, toda entidad corporal o incorporal... no todas las cosas

² “Esto resulta aun más evidente si consideramos por ejemplo, que los arts. 566 y 567 definen los muebles como las *cosas* que pueden transportarse de un lugar a otro, y, un poco mas adelante, el Art. 574 se refiere a los “bienes muebles” para volver a referirse en el artículo siguiente a las “cosas muebles” DUCCI CLARO, Carlos *Las cosas incorporales en nuestro derecho* en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIII, año 1986 pp.31

³ DUCCI CLARO, Carlos *Derecho Civil -Parte General*, (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988) pp. 158 y 159

⁴ Como ya fue dicho existen cosas que no son bienes, clásicamente los romanistas han mencionado entre ellas a las *res nullius y derelicta*. Que como señala Alejandro Guzmán son las cosas de nadie, y las cosas abandonadas por su dueño respectivamente. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Romano Privado* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996) pp. 434 y 542

pueden ser objeto de los derechos; solo pueden serlo las útiles y apropiables. Las que reúnen estos caracteres se llaman específicamente *bienes*.⁵

A partir de lo que dicen estos autores se concluye que lo que diferencia a un bien de una cosa, es el carácter patrimonial de las primeras de lo que deriva su apropiabilidad. Lo que será muy importante mas adelante, frente a los “bienes incorporeales”

II) Origen de la distinción entre cosas corporales e incorporeales

Andrés Bello, en el artículo 565 CC., recogió la partición realizada por Gayo en sus Instituciones.⁶ Este último señalaba la existencia de *res corporale e incorporale*. Las primeras “aquellas que pueden ser tocadas”⁷, como un fundo o un libro, y las segundas “aquellas que no pueden ser tocadas,⁸ las cuales consisten por el derecho, como una herencia y las obligaciones”. Gayo tuvo que dejar de lado la clásica dicotomía romana de *corpus et iura*, ya que esta no serviría para su división de todo el derecho en: *personae, res y actiones*, la cual como es sabido es la base de su obra⁹. Pero podemos afirmar que lo que entendían los juristas clásicos por *corpora et iura*, es lo mismo que Gayo entendía hacia la mitad del siglo II d.c. por *res corporales y res incorporeales*.

Sobre el mismo artículo del Código Civil el Profesor Guzmán indica que, “en contra de toda apariencia, no contiene una división sino una partición”¹⁰. El código no clasifica ni divide los bienes, por que, primero, no existe una relación de genero a especie entre estos y las cosas, y segundo ninguna interpretación podría concluir que Bello distinguió entre categorías de bienes. Es que precisamente el art. 565 CC. Dice que los bienes *consisten* en cosas corporales o incorporeales, las últimas son parte de los bienes, los cuales, o son cosas

⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Tratado de derecho civil; partes preliminar y general* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005) *tomo II*, pp.23. Este autor agrega una característica más para distinguir a las cosas de los bienes, en cuanto estos deben ser útiles, entendiéndolo por utilidad la capacidad de proporcionar un beneficio moral o económico. Característica que es reconocida por DUCCI CLARO, Carlos *Las cosas*, cit, pp. 31

⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho*, cit, pp.429.

⁷ La expresión gayana “*quae tangi possunt*” acerca de las *res corporales* fue ampliada por los comentaristas medievales, ellos entendieron dentro de esa expresión ya no solo las cosas que pueden ser tocadas sino, todas las que pueden ser percibidas por todos los sentidos, no solo por el tacto. Lo que explica la redacción del artículo 565 del CC.

⁸ Para Gayo las cosas incorporeales son las no tangibles, *quae tangi non possunt*, esto es las que las que *in iure consistunt*. Dentro de las cuales no considera al *dominium* por considerar marteliazado el derecho en su objeto. VERGARA BLANCO, Alejandro, *La propietarioización de los derechos*, en *revista de derecho* tomo XIV (1991 – 1992)

Esto explica la redacción del artículo 568 del código de Bello al señalar que: El dominio es el derecho real “en” una cosa corporal y no “sobre “ ni “que recae”.

⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho*, cit pp. 430.

¹⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporeales en la doctrina y en el derecho positivo* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995) pp. .51.

corporales o son cosas incorpóreas, por tanto, no pueden existir bienes que no sean cosas, lo que no es lo mismo que decir que toda cosa corporal o incorpórea sea bien.¹¹

II) *Qué se entiende por “cosas incorpóreas”*

El Código Civil indica en el artículo 565, que las cosas incorpóreas *consisten* en (meros) derechos. Es menester señalar que código ya había utilizado, en el mismo artículo, el término “*consisten*” con relación a la partición de los bienes, por lo mismo debe entenderse en el mismo sentido. Es decir todas las cosas incorpóreas son derechos, “lo cual excluye de inmediato toda posibilidad de considerar como cosa incorpórea a algún ente, que sin ser en sí mismo un derecho, se adapte sin embargo en el concepto filosófico, o en general, extrajurídico de cosa incorpórea”¹².

Esta posición que adopta el código acerca de las cosas incorpóreas, se ha denominado como teoría clásica. Existiendo otras, como por ejemplo, la que toma el BGB Alemán, o el código civil italiano. En el primero, en ninguna de sus disposiciones se alude a cosas incorpóreas, sino se limita a señalar que un derecho puede tener por objeto otro derecho, como en el caso del usufructo (1068) o en el de la prenda (1273). A su turno el segundo, en su artículo 810 dice “*sono beni le cose che passano formare oggetto di diritti*”¹³

El párrafo segundo del título primero del libro segundo del CC. Trata en sí las cosas incorpóreas. El Art. 576, señala que “*las cosas incorpóreas son derecho reales o personales*”, lo cual no viene sino a reafirmar que las cosas incorpóreas consisten (son) en derechos pudiendo ser reales o personales.

El Art. 577 define los derechos reales “*él (los) que tenemos sobre una cosa sin respecto de persona determinada*”, y a continuación los enumera: dominio, herencia, uso, habitación, servidumbres activas, prenda, hipoteca. Habría que agregarles otros derechos reales que han

¹¹ Empero, no tuvo mayor acogida la distinción gayana, en las codificaciones europeas, y principalmente en el Código Civil francés, en el cual el criterio para distinguir las cosas es si aquellas son susceptibles de dominio (*droit corporel*) o no los son, aludiendo a los derechos reales y personales (*droit incorporel*). En Sudamérica tampoco fue la tendencia mayoritaria, por ejemplo, el código de Velez Sarfield, en su texto original no diferencia de manera clara las cosas incorpóreas de las corporales, haciendo solo mención de las primeras con relación a los derechos reales (usufructo y prenda), y hoy en día, después de una modificación realizada en el año 1968 el concepto fue eliminado, ya que su Art. 2311 define cosas como lo que en Chile se entiende por cosas corporales, “objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.”

¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *las cosas incorpóreas*, cit, pp. 53

¹³ El código civil argentino parece tomar, después de su modificación de 1968, la misma posición, solo considerando como cosas, las “cosas corporales” negando la calidad de cosa a los derechos. Por tanto solo una cosa puede ser objeto de un derecho, aunque no exista acuerdo doctrinal sobre eso en ninguno de los dos países.

sido creados por otros códigos de la republica, como el aprovechamiento de aguas (Art. 6 CA) y los cuatro derechos de concesión minera (Art. 2, 54 LOCCM). Alejandro Guzmán otorga la categoría de real, (por tanto también cosas incorporales) a los derechos de autor, el derecho de patente, a partir, de entre otras cosas, del tipo de acción que los protegen y los efectos que tiene la creación de una obra.¹⁴

A su turno el Art. 578 habla de los derechos personales o créditos “*son los que sólo pueden reclamarse a ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas*”. El mismo autor, haciendo la precisión de que “la vida, la integridad corporal, el honor o la salud, etc, no son cosas corporales, pero tampoco incorporales en el sentido jurídico... solo (lo son) en un sentido puramente moral o social” señala que los derechos de la persona, son de naturaleza personal y no real, proponiendo una interesante teoría, en el sentido de que cada persona sería titular de muchos derechos que impone obligaciones correlativas de no hacer a todos deudores (demás personas).¹⁵

Carlos Ducci indica que es imposible señalar que las cosas incorporales se suscriben a lo que el código señala en el Art. 576, ya que carecería de sentido quitar la categoría de cosa incorporal a entes jurídicos que claramente son derechos y que de la misma forma no son reales ni personales. Así quedarían excluidos de ser una cosa corporal, lo que sería un absurdo, lo que ocurriría por ejemplo con los derechos humanos o de la personalidad, los cuales, siguiendo la lógica del código, estarían confinados a un “limbo jurídico” lo que eliminaría la capacidad de protegerlos.¹⁶

De todos modos, cabe concluir, en el mismo tenor que el Código Civil chileno. Para que una cosa pueda ser calificada como incorporal, debe primero, ser bien, o sea poder ingresar efectivamente a un patrimonio, y segundo, *consistir* (ser) en un derecho. No concurrendo alguno de estos dos requisitos la cosa, aunque sea filosóficamente incorporal, o calce dentro de alguna definición doctrinaria de ellas como: “las que no tienen una existencia física y solo pueden ser percibirse mental o intelectualmente”, jurídicamente en Chile, no serán cosas incorporales¹⁷.

¹⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *las cosas incorporales*, cit, pp. 85-88

¹⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *las cosas incorporales*, cit, pp. 83-85

¹⁶ DUCCI CLARO, Carlos *Las cosas*, pp. 35. Aquello hay que relacionarlo con la teoría de las cosas incorporales del profesor Guzmán, en la cual, a nuestro parecer se salva la situación de los derechos humanos al ser considerados como personales, pudiendo con tranquilidad seguir la lógica del código.

¹⁷ Ejemplos serían los derechos extrapatrimoniales, o humanos, los cuales al no ser bienes, no pueden ser cosas incorporales.

SEGUNDA PARTE: ESPECIES DE PROPIEDAD SOBRE LAS COSAS INCORPORALES

Acercas de este tema, van a ser importante para nuestro estudio tres tópicos

I) Entender lo que el código llama como “propiedad” (en sentido amplio) y las demás especies de propiedad de los Arts. 582, 583, 584 del CC

II) La esencia de la propiedad sobre las cosas incorporales.

III) La posesión de las cosas incorporales

I) *La propiedad en sentido amplio y las especies de propiedad.*

El CC en su artículo 582 dice “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o derecho ajeno*”. En el artículo siguiente “*Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo*”. Y a su turno el 584 “*Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales*”¹⁸

No es coincidencia que el legislador háyase ocupado el termino “*especie de propiedad*” en relación con las cosas incorporales y las producciones del talento o del ingenio. Estos tres artículos (582, 583 y 584) - que sientan las bases del derecho de propiedad en Chile- fueron interpretados uniformemente por la doctrina nacional hasta 1995¹⁹.

Luis Claro Solar manifiesta que Andrés Bello no pudo cometer el mismo error en que alguna vez cayeron los romanos de confundir la cosa sobre la cual recae el dominio, y el dominio mismo. Señala que “*las cosas incorporales consideradas en sí mismas e independientes de las cosas corporales a que se refieran directa o indirectamente, pueden ser objeto de derechos; y lo son del derecho de propiedad.*”²⁰

Alessandri Rodríguez, sobre la misma línea, sostiene que la especie de propiedad del 583 y 584, no es distinta a la concepción de dominio de derecho de propiedad del 582 CC. Para afirmar lo anterior señala: “*Y para no dejar dudas de que las cosas incorporales pueden ser objeto del dominio, concede (el código) la acción típica de este, la reivindicación, para los*

¹⁸ Estas leyes son: la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual y la Ley N° 19039, sobre Privilegios industriales y la Protección a los Derechos de Propiedad Industrial.

¹⁹ En ese año se publicó el libro de Guzmán Brito “Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo” que vino contradecir la doctrina dominante hasta la época.

²⁰ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones del derecho civil y comparado* (2ª edición, Santiago, Imprenta El Imparcial, 1943) Tomo IV Pág. 327

otros derechos reales” ocurriendo lo mismo una cuota *proindiviso* de una cosa corporal, siendo ella misma (la cuota) una cosa incorporeal.²¹

Guzmán Brito, en un sentido diferente, sostiene que “el término especie no es fortuito”, toda especie proviene de un género, la primera no existe sin la segunda, por tanto es menester dilucidar de qué género son especies las propiedades del 583 y 584 CC. Lo primero que descarta el autor, es que ese género sea el dominio o el de propiedad en sentido del 582 CC. ya que él es también una especie de propiedad, que se caracteriza por recaer sobre el derecho real de dominio y por incidir exclusivamente en las cosas corporales, las cuales excluyen la posibilidad de engendrar una especie de propiedad sobre derechos. En otras palabras “Es lógica y dogmáticamente imposible que la propiedad de las cosas incorporeales sea una especie de la propiedad de las cosas corporales”.²² Continuando su análisis, sostiene que ha de existir un género superior que albergue las tres especies de propiedad establecidas en el código, las cuales se diferencian por su objeto. La especie del 582 CC. tiene por objeto las cosas corporales, la del 583 las cosas incorporeales y la del 584 las producciones del talento y del ingenio. Estas especies por otro lado se asemejan, por que están en el patrimonio de alguien, son propias de sus titulares, en oposición a lo ajeno o a lo común, y este sería el género común que cubre las tres especies de propiedad definidas entre los arts. 582 y 584.

II) *La esencia de la propiedad sobre las cosas incorporeales.*

Siguiendo la teoría de las cosas incorporeales de Alejandro Guzmán, es posible ahora dilucidar cuál es la esencia de la *especie de propiedad* de las cosas incorporeales²³

Si la propiedad, como género superior, consiste en la titularidad o pertenencia, que tiene una persona sobre una cosa, también puede señalarse que los derechos reales y personales (cosas incorporeales) son propios de alguien, a alguien le pertenecen o alguien es titular de aquellos. Esto último, la concepción de propio, la titularidad y la pertenencia “no encierran en sí mismo un derecho, aunque se refieren a un derecho... la especie de propiedad sobre las cosas incorporeales a que se refiere el Art. 583 CC. no es ella misma un derecho real,

²¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *curso de derecho civil*, (1ª edición, Santiago, Editorial Nascimento, 1957) tomo II: pp. 170 y 171

²² GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporeales*, cit. pp. .135

²³ Si no se sigue esta teoría, este acápite no tiene mayor sentido, ya que no existiría esa esencia o naturaleza. La doctrina sostiene que la ley crea una especie de propiedad sobre las cosas incorporeales “porque la cosa incorporeal no se presta por su propia naturaleza, en la misma forma que las cosas corporales al ejercicio de las facultades que son inherentes al dominio; pero ello no significa que sea un derecho distinto del derecho de propiedad en una cosa corporal. En principio, el derecho es el mismo derecho real que someten la cosa en que se ejerce a la voluntad y poder del titular del derecho, sin otras modificaciones que las que corresponden a la naturaleza misma de la cosa incorporeal. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones*, cit IV, pp. 328

ni por ende una cosa incorporal, mas sólo el atributo abstracto que ofrecen estas cosas, igual que el dominio, de ser propias de alguien”.²⁴

Como ha sido visto, que un derecho real o personal le sea propio a alguna persona, no significa otra cosa, que ella tiene la exclusividad del aprovechamiento o de exigibilidad de aquel. A saber, en los derechos personales el tema es claro, el acreedor solo le puede cobrar al deudor y nadie más que él tiene la acción para hacerlo. Acerca de los derechos reales, solo es titular de la acción para hacerlo valer, el titular del mismo derecho, nadie más que el podrá alegar su aprovechamiento.

Por ultimo, el código de Bello al señalar que “*sobre las cosas incorporales, hay también una especie de propiedad*” esta consagrado lo que ha sido denominado por la doctrina como la “*propietarización de los derechos*”²⁵, ya que por vía de la propiedad es posible abarcar todos los derechos, existiendo un derecho (el de propiedad) que tiene por objeto otro derecho (cualquier derecho real o personal de carácter patrimonial).

III) *La posesión de las cosas incorporales*

La posesión, mejor dicho la cuasiposición de las cosas incorporales, va a ser objeto de tratamiento, no con la intención de ahondar en la teoría civilística de las cosas incorporales. Sino por que la Constitución, dentro de las garantías establecidas en el Art. 19 n° 24 ampara el derecho de propiedad y el *bien sobre que recae* el mismo. Lo cual respecto a los bienes corporales es bastante claro, no se podrá privar del acceso materia de un bien a una persona, so pretexto de que no se le esta perturbando su derecho sobre aquel, pero respecto a las cosas incorporales el tema es mas complejo, al no existir tal acceso material, existiendo por tanto dos opciones, esa disposición no se aplica respecto a los bienes corporales, o su sentido es distinto al anterior cuando se aplica a bienes incorporales, de forma preliminar puede decirse que defiende el ejercicio de los derechos reales y casos excepcionales de posesión de derechos personales, lo que ha sido llamado por parte de la doctrina como la *cuasiposición* de las cosas incorporales.

El artículo 700 del CC. señala que “*la posesión es la tenencia de una cosa determinada con animo de señor o dueño*”. De la simple lectura de este artículo debiese negarse la posibilidad de la posesión de una cosa incorporal, ya que sobre ella nunca existiría una tenencia, en el sentido de un acceso material e inmediato a ellas. Pero a su turno el Art. 715 indica que “*la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal*”. Es importante en esta materia lo que señala el mensaje del CC. “... Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor de dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre.

²⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporales*, cit. pp. 141

²⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro, *La propietarización*, cit. pp 284

El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio ella; posee solo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee no goza mas que de una acción personal para la conservación de los derechos que le han conferido en el contrato...”. El mensaje está en clara oposición con el Art. 715, ya que éste señala que las cosas incorporales se pueden poseer, y concordándolo con el Art.576, que indica que las cosas incorporales son tanto los derechos personales como reales, llegamos a la conclusión que existe la posesión de derechos reales y de derechos personales. Pero el mensaje, que claramente reconoce la posibilidad de poseer todos los derechos reales, señala que el arrendatario “nada posee”, por tanto no posee ni la cosa arrendada ni los derechos emanados del contrato de arrendamiento. En cambio, el usufructuario posee el usufructo de la cosa fructuaria, efectuando una distinción el mensaje que el código no realiza en su articulado.²⁶

Acerca de la posesión de derechos reales, en menester dilucidar qué se entiende por la posesión de aquellos. Si concordamos el Art. 715 con el 700 del CC. podríamos llegar a la conclusión de que la posesión de un derecho real consiste en la tenencia con él ánimo de señor y dueño de la cosa que es objeto del derecho. Por ejemplo la posesión del usufructo consistiría en la tenencia con el ánimo de señor y dueño (posesión) de la cosa fructuaria. Pero de inmediato nos damos cuenta de que el mensaje explícitamente señala que el usufructuario *no posee la cosa fructuaria*, por tanto la tenencia con ánimo de señor y dueño de las cosas sobre las que recaen los derechos reales, no puede constituir su posesión. El mensaje indica que lo único que posee el usufructuario es el derecho real de usufructo sobre una cosa, pero a su vez ello iría en contra de la idea de posesión del Art. 700 CC. por que, respecto de las cosas incorporales (derecho de usufructo) no puede haber tenencia. En Chile no existe posición univoca sobre el problema recién planteado. Al menos podemos distinguir tres posturas.

Rozas Vial señala que los interpretes de código no tienen que realizar distinciones que él no realiza, y por tanto la posesión de cosas incorporales es válida, tanto de derechos reales como personales. Acerca de los primeros “no hay duda alguna” que en la mayoría de ellos cabría una posesión. Y sobre los segundo también a partir del artículo 1576 ,a propósito del pago de lo no debido, en su inciso segundo señala “*El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía.*” Ello no haría más que afirmar la regla general del art. 715.²⁷

En un segundo sentido, el que convoca a más autores, se señala que la posesión referente a cosas incorporales solo resultaría aplicable a los derechos reales. Alessandri amparado en el mensaje, señala que “el legislador chileno, por lo que atañe a las cosas

²⁶ Empero el código reconoce al menos tres casos en que se puede poseer un derecho personal, en los arts. 1907, 1576 inc. 2 y 2456 inc. 3, relativos a la cesión de crédito, al pago de lo no debido y a la transacción respectivamente. Estos tres casos son excepcionales, la regla general es la estipulada en el mensaje. GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporales*, cit. pp. 157

²⁷ ROZAS VIAL, Fernando *Derecho civil. Los bienes* (1ª edición, Santiago, Distribuidora Forense limitada, 1984) pp. 270

incorporales, restringió la posesión solo a los derechos reales. Obsérvese por ejemplo, que al mencionar el usufructo dice “*que es un derecho real y por consiguiente*(o sea, por que es un derecho real), *susceptible de posesión*”²⁸. En el mismo sentido el Rodríguez Grez sostiene que la posesión de un crédito sería una posesión inútil, por que ella no conduciría a la prescripción adquisitiva, como claramente lo señala el art. 2498, y como es sabido no existen mas de dos posesiones inútiles, la viciosa y la clandestina.²⁹

Encabezando una tercera visión, el Profesor Guzmán Brito concluye que “sobre las cosas incorporales no cabe posesión. Pero sobre las cosas corporales puede haber un aprovechamiento de hecho coincidente con el contenido del aprovechamiento típico de los derechos reales”.³⁰ Principalmente a partir de tres principios: primero, nadie puede tener la tenencia de un derecho, segundo la posesión como indica el art. 700 CC. debe darse respecto a una cosa determinada, y en el caso de las incorporales esto nunca ocurre, y tercero, en la tradición jurídica se hablaba de *possesio iuris o quasi possessio (cuasiposesión)* para referirse al aprovechamiento material del contenido típico de un derecho real, el cual siempre va a constituir en actividades materiales sobre cosas corporales, como por ejemplo, el uso y el disfrute de la cosa fructuaria del usufructuario.

²⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Curso*, cit, tomo II pp. 440

²⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las posesiones inútiles en la legislación chilena*, (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995) pp. 104, 105

³⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporales*, cit. pp. 161

TERCERA PARTE: REGULACIÓN HISTÓRICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LAS COSAS INCORPORABLES

Antes de analizar la regulación del derecho de propiedad sobre las cosas incorporales en la Constitución Política de la República de 1980, veremos someramente su regulación en las constituciones de 1833 y 1925.

I) *Regulación del derecho de propiedad en la Constitución de 1833*

El art. 12 N° 5 de la “Constitución de la República Chilena” de 1833, aseguraba a todos los habitantes de la República “*la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades*”. Aunque la doctrina de las cosas incorporales vino a aparecer positivamente en Chile 24 años después, con la publicación del Código Civil, es posible sostener que el constituyente con la expresión “*todas las propiedades*” haya querido asegurar la propiedad sobre las cosas corporales e incorporales, por los textos francés y declaraciones constitucionales que ya en esa época hacían referencia al tema, lo que es corroborado hoy por doctrina al decir que, él constituyente si quiso proteger la propiedad sobre aquellas cosas (que nosotros hoy denominamos incorporales), ya que ella era “aceptada comúnmente por los autores”, y la entrada en vigencia del Código Civil no vino a otra cosa que reafirmar el alcance de la garantía³¹, en otras palabras, la “*inviolabilidad de todas las propiedades*” comprendía una propiedad sobre derechos.³²

II) *Regulación del derecho de propiedad en la Constitución de 1925.*

Al enfrentarse al tema del derecho de propiedad, la carta de 1925 no tuvo una pelea fácil, la que se radicó en el seno de la subcomisión redactora, que estaba compuesta por personas de ideologías totalmente opuestas, unos que planteaban la inviolabilidad absoluta de este derecho, y otros que llegaron a proponer la eliminación de la propiedad privada e individual, finalmente un tercer grupo moderado intentaba conciliar las posiciones³³. En síntesis se aprobó una redacción que no vino a modificar la norma de la constitución del 1833, asegurando de este modo la carta de 1925 a todas las personas, en su art 10 N° 10 “*La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna*”. De la simple lectura de la disposición antes citada, se puede constatar que el constituyente volvió a utilizar en la Constitución del 1925 la expresión “*todas las propiedades*”.

³¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporales*, cit. pp. 236

³² ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Problemas de la dogmática de la protección constitucional de la propiedad*, en *Actas XXXIV jornadas de derecho público* (1° Edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005) pp. 164

³³ SILVA BASCUÑAN, Alejandro *Tratado de derecho constitucional* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963) tomo II pp. 273-275.

De todas formas, acerca de ella, de su interpretación surge que el amparo de la propiedad sobre las cosas incorpóreas tiene mayor fortaleza que en la carta del 1833. Las razones de lo anterior son principalmente tres. Primero, el constituyente no pudo desconocer el Código Civil, que ya había entrado en vigencia hace 68 años, el cual como prescribía la existencia de una especie de propiedad sobre los derechos reales, los personales y las producciones del talento o el ingenio. Ahora, si la convicción del constituyente hubiese sido la contraria a la del código, los preceptos del último donde se consagra esta especie de propiedad hubiesen sido derogados, o por lo menos, excluidos al desuso, lo cual como veremos no es así. Segundo, en la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución queda claramente instituida la propiedad de los derechos personales y reales, así nos lo relata el Prof. Silva Bascuñan “Como dejo testimonio en la discusión, don Romualdo Silva Cortes, el derecho de propiedad, comprende el concepto de dominio y de otros derechos reales y personales sobre una cosa, mueble o raíz, corporal o incorpórea y la necesidad que la garantía se extienda a todos”³⁴. Tercero, la Constitución de 1925 otorgaba a la Corte Suprema una facultad que hoy ya no tiene, el examen de la constitucionalidad de las leyes³⁵. Ello trajo como consecuencia, eso sí más tarde que temprano, la declaración en numerosos fallos de recursos de inaplicabilidad, que la propiedad se extiende también a las cosas incorpóreas. Ello tiene dos manifestaciones, una que el legislador no podrá dictar leyes que perturben esa garantía, y otra, que un particular no puede violar la especie de propiedad que un particular tiene sobre un derecho personal o real de otro.

Sobre este tema, fue muy famoso el DFL n° 9 del año 1968, el cual disponía en su art. 11 “*El plazo mínimo de arrendamiento de predios rústicos será de diez años. Si el contrato no estipulare plazo o el pactado fuera inferior al mínimo, se entenderá celebrado en todo caso por diez años*”. Esta norma *per se* no infringe la inviolabilidad de la propiedad consagrada en la Constitución de 1925, ya que todo contrato está regulado por las normas legales en vigencia al momento de su celebración.³⁶ El conflicto surge a partir del artículo segundo transitorio del DFL n° 9 que prescribía “*Los contratos de arrendamiento de predios rústicos celebrados con anterioridad a la fecha de vigencia del presente decreto con fuerza de ley, se regirán por las disposiciones anteriores al mismo, con las modificaciones que a continuación se señalan: a) Los plazos de los contratos de arrendamiento vigentes se entenderán prorrogados en beneficio del arrendatario por el tiempo necesario para completar el plazo mínimo establecido en el artículo 11*”. Por tanto todo contrato de arrendamiento de un predio rústico celebrado con anterioridad de la entrada en vigencia de esta disposición, se debía entender celebrado por diez años. Muchos recursos de inaplicabilidad se interpusieron ante la CS para dejar sin efecto el mencionado artículo transitorio, con el objeto de no extender más allá de lo pactado al momento de la celebración del contrato, la duración del arrendamiento y poder solicitar judicialmente la devolución de los predios al momento del vencimiento de los plazos. La Corte Suprema selló definitivamente en su doctrina, la existencia de una propiedad sobre las cosas incorpóreas, en este caso específicamente respecto a los derechos

³⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro *Tratado*, cit, pp. 274

³⁵ En el mismo sentido ABBOT URZUA, Luz Maria, *Propiedad sobre las cosas incorpóreas frente a la legislación, doctrina y jurisprudencia chilena*, (UAI, tesis, 1998) pp. 19,

³⁶ Art. 1546 CC y art 22 de la “Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes”

personales que emanan de los contratos³⁷, pronunciándose en todos los casos en favor de los arrendadores.

III) *Importancia de la reforma Constitucional de 1967 respecto al derecho de propiedad.*

La Constitución Política de la República de Chile de 1925, fue reformada el 20 de enero de 1967 por la ley n° 16.615. Esta reforma fue promovida por don Eduardo Frei M., el cual tenía planeado convertir la “reforma de los maceteros”³⁸ en una reforma agraria, pero para que aquel proceso se ajustara al ordenamiento jurídico nacional, se debía modificar la constitución.³⁹

Esta reforma, en lo que nos interesa, modifica el art 10 N° 10, el cual pasó a asegurar a todos los habitantes de la República “*el derecho de propiedad en sus diversas especies*” y en el inciso siguiente agrega “*la ley establecerá... las limitaciones y las obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del estado, la utilidad y salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes*”

La modificación que solamente tenía por objeto abrir la puerta a la reforma agraria que afectaría a los inmuebles agrícolas (cosas corporales) también afectó a las cosas incorpóreas, las que igualmente perdieron su carácter absoluto y la protección constitucional completa.⁴⁰ Empero esta relativización del derecho de propiedad, por otro lado, la reforma aclara un tema que doctrinal y jurisprudencialmente ya estaba zanjado, pero positivamente no, que era la protección constitucional de la propiedad sobre cosas incorpóreas, por que la carta al tomar la terminología del código “*diversas especies*”, y su concordancia con los arts. 582, 583 y 584 del mismo, consagra la protección de la propiedad sobre las cosas corporales, incorpóreas y sobre las producciones del talento o el ingenio, sin necesidad de recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia para llegar a la misma conclusión, lo

³⁷ En este sentido al menos: GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorpóreas*, ABBOT URZUA, Luz María, *la propiedad*, cit. pp. 72, BERTELSEN REPETTO, Raúl *La declaración de inaplicabilidad del artículo 2° transitorio del DFL n° 9 de 1968*, en *Revista de ciencias jurídicas* n° 1 (Valparaíso 1971) pp. 28

³⁸ Denominación que fue otorgada por la historia y medios nacionales de la época, a la reforma agraria que era realizada hasta el anterior gobierno, el cual lideraba el presidente Jorge Alessandri Rodríguez, por la pequeña cantidad de territorios agrícolas expropiados.

³⁹ La inviolabilidad de la propiedad, consagrada tanto en la constitución de 1833 y 1925, según Silva Bascuñan, otorgaba la calidad de inviolable al derecho de propiedad, lo cual a su vez, crea la prohibición de que el no puede ni infringirse ni quebrantarse, prohibición que al estar consagrada a nivel constitucional obliga tanto a los particulares como al legislador.³⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro *Tratado*, cit, pp. 274

⁴⁰ ABBOT URZUA, Luz María, *Propiedad*, cit, pp. 22.

que sí había que hacer con la expresión “*todas las propiedades sin distinción alguna*” del texto original de la CPR de 1925.⁴¹

IV) *Regulación del derecho de propiedad en la Acta Constitucional N° 3 de 1976.*

La CPR de 1925 perdió su vigencia antes de la publicación de su sucesora, Debido al quiebre institucional que sufrió Chile durante el año 1973, y las Actas Constitucionales que la Honorable Junta de gobierno dictó hasta 1980. De aquellas, nos interesa el Acta Constitucional n° 3⁴², en ella se modificó la norma de la carta de 1925 que regulaba el derecho de propiedad. Dice el art. Primero de esta norma “*los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:...* N° 16 *El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*”.

Esta norma fue elaborada por la misma comisión que preparó la CPR de 1980, la cual repetirá en su art 19 N° 24 el mismo encabezado. Sobre la redacción de éste, cabe destacar que es la primera vez que el constituyente de forma literal y textual, ampara el derecho de propiedad sobre cosas incorporales, aunque en las constituciones anteriores, por otras vías se pudiese llegar a la misma conclusión.

⁴¹En el mismo sentido el ministro de justicia de la época, con relación al proyecto de reforma constitucional, expuso ante la comisión de constitución, legislación y justicia del senado, lo siguiente: “... Al hablar de las diversas especies de propiedad se usan términos que concuerdan con los del Código Civil, según el cual existe una especie de propiedad sobre las cosas incorporales, la que queda claramente involucrada en el texto propuesto... Al hablarse solo del derecho de propiedad podría hacerse referencia únicamente a la definición que da la ley (582 CC.) y concluirse que se excluye de la garantía a aquellas otras especies de propiedad que no calzan con esa definición”. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DEL SENADO, Santiago, 1968 pp. 66

⁴² Decreto ley n° 1552 año 1976

CUARTA PARTE: EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES INCORPORALES EN LA CPR DE 1980

Las *especies de propiedad* sobre este tipo de bienes, están regulado a nivel constitucional en el art 19 n° 24. Sobre él veremos, en primer lugar, su historia, segundo, lo que se abarca bajo el concepto de “bien incorporal”, especialmente en el sentido, de que si tiene o no, un significado distinto del concepto civilista de “cosa incorporal”, y por ultimo, cuales son las garantías con que se ampara la propiedad de estos bienes.

I) *Historia del establecimiento del derecho de propiedad en la Carta de 1980.*

Según el artículo ya mencionado, la Constitución asegura a todas las personas:” *El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*”⁴³

La redacción de la disposición precedente no fue la que en un primer entonces la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política se había planteado. Los comisionados y el presidente habían acordado mantener la redacción que tenía a partir de 1967 la Constitución de 1925, tras la reforma ya explicada, en la cual, no solo aseguraba la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna, sino agregaba, “*que nadie puede ser privado...del derecho que a ella tuviere, si no en virtud de sentencia judicial...*”. El comisionado Jaime Guzmán, considero que esta disposición era errónea, ya que confundía el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad, y además superflua, por que el derecho de propiedad sobre los créditos, que aquella frase parecía garantizar, estaba ya incluida en la parte inicial del artículo, el que aseguraba la inviolabilidad de todas las especies de propiedad. El presidente de la comisión, don Enrique Ortúzar, sin desconocer el punto del comisionado, defendió la permanencia de la disposición, al no querer que la garantía constitucional estuviera supedita a un concepto civil, ya que era de común entender que por especie de propiedad se comprende la propiedad sobre las cosas incorporales, lo cual se entendía de esa forma a partir de los arts. 583 y 584 del CC. Pero si en el futuro estas disposiciones fueran modificadas, sería de difícil entendimiento que la Constitución asegurara la propiedad de, por ejemplo, los créditos, sin la expresión “*del derecho a que ella tuviere*”.

Como consecuencia de estas intervenciones y el temor de la comisión de que el legislador modificando el Código Civil pudiese derribar la inviolabilidad de la propiedad sobre las cosas incorporales, ésta terminó por no mantener la redacción del art 10 N° 10 de

⁴³ Este disposición vino a remplazar el art. 10 n°10 de la constitución de 1925, en el cual, se amparaba la “inviolabilidad de todas las propiedades” lo que a su vez provenía del art 12 n° 5 de la constitución de 1833, el cual solamente agregaba que acerca de la inviolabilidad, no había que distinguir entre un particular o la comunidad como titulares. Pero en ninguno de estos tres artículos, separados en su creación por más de 100 años no se protegió la propiedad de las cosas incorporales. GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporales*, cit. pp. 250.

la carta del 1925. El mismo Enrique Ortúzar considero que era menester que la Constitución garantizara claramente la propiedad sobre las cosas incorpóreas, lo cual fue acogido por Evans de la Cuadra quien propone la siguiente redacción “*El derecho de propiedad sobre cosas corporales e incorpóreas, en sus diversas especies*”, a esta Alejandro Silva Bascuñan, propone que se modifique el termino “cosas” por “bienes” lo cual fue aceptado por la comisión. Así se rompió la equivalencia con la nomenclatura del Código Civil, ya que este no habla de “bienes corporales o incorpóreas”, sino de “cosas corporales e incorpóreas”, creando una serie de problemas que posteriormente serán vistos. Por ultimo, el presidente de la comisión propone la redacción final del encabezado del artículo que asegurara el derecho en discusión, de la siguiente manera “*El derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorpóreas*”⁴⁴ lo cual fue aceptado y forma parte hoy en día de la Constitución.

II) “*Bien incorporal*” y “*Cosa incorporal*”

La comisión constituyente, siguiendo al Prof. Silva Bascuñan, creó un problema: para determinar cuál es el derecho que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República en el art. 19 N° 24 habrá que determinar qué es lo que esta entiende por “bienes corporales o incorpóreas”. Si hubiese mantenido la terminología de la carta del 1925 o del Código Civil, este problema no existiría, pero al crear el termino “bien incorporal” (no nos interesa acá, el de “bien corporal”) no estando señalado o definido en ninguna otra norma de la legislación nacional, va a tocar a la doctrina hacerlo. Así es extraño que al jurista mencionado y a la comisión, les haya parecido “*más adecuado*” el empleo de este término.⁴⁵

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado al menos, de tres formas distintas los términos “bien incorporal”

Primero, bien incorporal como de todo ente, situación económica atributo, investidura, o cargo el cual carezca de *corpora*. En el fondo se lo entiende como cualquier tipo de cosa inmaterial en un sentido amplio. Esta postura no se preocupa de que la cosa sobre la cual se pretenda tener el derecho de propiedad sea un bien, es decir el objeto puede carecer de un carácter patrimonial o susceptible de apropiación y tampoco se preocupa de que esta cosa inmaterial sea una cosa incorporal, o sea un derecho real o personal. Por mucho tiempo esta postura ha sido la dominante en la jurisprudencia nacional, reconociéndose una especie de propiedad sobre una gran cantidad de cosas que no son derechos reales ni personales, como la calidad de estudiante, la calidad de funcionario público, los empleos, cargos o

⁴⁴ REPUBLICA DE CHILE, Actas oficiales de la comisión constituyente, sesión 166. pp. 3-14.

⁴⁵ Es menester recordar que hay una gran diferencia entre cosas y bienes. El concepto de cosas es más amplio, ya que todo bien es una cosa, la cual es útil y susceptible de apropiación, y no toda cosa es un bien, cualquiera que no cumpla con esos requisitos queda imposibilitada de serlo. A partir de lo dice el art 565 del CC. “Los bienes consisten en cosas corporales e incorpóreas”, no se puede sostener que *los bienes son corporales o incorpóreas*. Tampoco el 583 CC. indica que *sobre los bienes incorpóreas hay una especie de propiedad* sino que “*sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad*”.

funciones, el prestigio profesional, el recorrido de un taxi, un bien nacional de uso público, el auxilio por retiro,⁴⁶ entre otras.

A modo de ejemplo veremos un caso donde se reconoce la existencia del derecho de propiedad sobre la calidad de estudiante. Esta calidad entendida como la mera situación que una persona esté cursando la educación básica, media o superior que es protegida por los tribunales de la república señalando que los alumnos tiene un derecho de propiedad sobre ella, lamentablemente “sin argumentación alguna”⁴⁷ y solo fundándola en el reconocimiento que hace la constitución a la propiedad en sus diversas especies. Ello ocurrió en el caso “Muller Reyes” en el cual la Corte de Apelaciones de Valparaíso declaró que “*el alumno tiene derecho a que se le respete su calidad de estudiante, calidad sobre la cual tiene derecho de propiedad, puesto que, como es sabido, este no solo puede recaer sobre cosas corporales sino también incorpóreas, como lo que aquí se trata*”⁴⁸. A nuestro parecer la corte ha incurrido en dos errores: primero, al calificar la calidad de estudiante como una cosa incorpórea siendo que el artículo 576 del CC. dice que *las cosas incorpóreas son derechos reales o personales* y claramente la calidad de estudiante no es ni uno ni lo otro. Segundo, la CPR protege la propiedad sobre los bienes incorpóreas no sobre las cosas incorpóreas, por tanto, aunque se vulnere el ejercicio legítimo de la titularidad de una cosa incorpórea, la corte no podría acoger un recurso de protección en ese sentido si es que esa cosa no es un bien.

Una segunda postura, indica que bien incorpórea alude a lo mismo que cosa incorpórea, (por que cosa y bien en nuestro ordenamiento jurídico son lo mismo) pero esta no entendida en el sentido que le da el CC. sino, como todo derecho, sin importar si es de carácter patrimonial o no. Carlos Ducci a mediados de la década de los ochenta planteaba esto.⁴⁹ Argumentaba principalmente que si negamos la calidad de cosa incorpórea a los derechos extrapatrimoniales o de la persona, estos quedarían fuera del ámbito del derecho, por que es claro que no los podríamos calificar como cosas corporales ni como personas, y que el art. 576 solo vino a señalar las dos especies más importantes de cosas incorpóreas. Por tanto la constitución aseguraría a todas las personas el derecho de propiedad sobre todos los derechos, sea que ellos formen o no parte de un patrimonio. Ergo, la carta fundamental en su art. 19 N° 24 protege la propiedad sobre los derechos de índole patrimonial y extrapatrimonial, y dentro de ellos a los derechos humanos.

De nuestra percepción esta postura es criticable por dos razones, primero, abandona completamente al CC, es insustentable afirmar que existen otras cosas aparte de los derechos reales y personales que sean cosas incorpóreas. Es que precisamente ellas *son*

⁴⁶ Lista elaborada a partir de las sentencias citadas en las obras: FUENTES OLMOS, Jessica, *El derecho de propiedad en la constitución y la jurisprudencia*, (Editorial Conosur, Santiago, 1998) y VERGARA BLANCO, Alejandro, *la propietarización de los derechos*, en *Revista de Derecho* (tomo XIV 1991 – 1992)

⁴⁷ FUENTES OLMOS, Jessica, *El derecho de propiedad*, pp 49

⁴⁸ CORTE DE APELACIONES, Valparaíso, rol : 691-95 del 9.03.95. extraído de FUENTES OLMOS, Jessica, *El derecho de propiedad*, op. Cit.

⁴⁹ “Es indiscutible concluir entonces, que el concepto de los derechos como cosas incorpóreas no pueden restringirse exclusivamente a los derechos reales y personales” ⁴⁹ DUCCI CLARO, Carlos *Las cosas*, pp 35.

cosas incorpóreas, y no son *especies* de un género mayor llamado cosas incorpóreas, así el art. 576 no hace una clasificación sino una partición, y segundo, si llevamos esta teoría al art. 19 N° 24 de la CPR. en Chile estaría protegida la propiedad sobre los derechos de la persona o extrapatrimoniales e inclusive los derechos humanos. Sencillamente concebir una especie de propiedad sobre ellos, o sea incluirlos dentro de los patrimonios de las personas, es una idea que no resiste mayor análisis.

Una tercera visión sostiene, que los bienes incorpóreas son aquellas cosas incorpóreas (en el sentido del CC. no en el de Ducci) que tengan un carácter patrimonial o sea susceptibles de apropiación. Así nos ilustra Alejandro Guzmán al señalar “La Constitución, en vez de querer decir algo distinto a lo que expresa el Código o más de lo que expresa, en realidad vino a decir algo menos”. Porque con la expresión “bien incorpóreo” solamente se excluirían del concepto de cosa incorpórea, aquellas cosas incorpóreas que no sean bienes, o sea aquellos derechos que no sean susceptibles de apropiación. Por lo mismo la carta al decir “bien incorpóreo” no se está apartando en realidad de la nomenclatura del código, sino que solamente quiere decir otra cosa, realizando una restricción al término “cosa incorpórea”, lo que se ve claramente cuando indica: “Bienes incorpóreas alude a los derechos y solo a los derechos, aunque no a todos los derechos”⁵⁰.

En el mismo sentido Eduardo Aldunate señala que la doctrina y la jurisprudencia han contribuido con la vulgarización del concepto de bien incorpóreo “se ha pretendido extender a cosas incorpóreas no patrimoniales y también a situaciones económicamente relevantes, pero cuyos elementos conceptuales para constituir un bien o no se dan en el caso concreto, o no han sido objeto de reflexión por parte de la doctrina” (sic). Aunque sea errada la posición de calificar como bien incorpóreo los derechos no patrimoniales (al no ser bienes), “abandona todo rigor, no solo jurídico, sino de lenguaje”⁵¹ incluir dentro del concepto que tratamos a situaciones fácticas que pueden traer un beneficio pecuniario, como el recorrido de un taxi o la calidad de estudiante.

Entre aquellos derechos que son cosas incorpóreas pero no bienes incorpóreas están los “derechos extrapatrimoniales” o “derechos de la persona”, los cuales no cabe duda que sean derechos pero, al no estar en el patrimonio de ninguna persona no serían bienes incorpóreas y por tanto no estarían protegidos por la garantía del 19 N° 24 CPR. “Nadie puede, por tanto, interponer un recurso para pedir tutela sobre uno de los indicados derechos fundado en que tiene propiedad sobre él”⁵². Otra cosa es la protección que algunos de estos derechos merezcan en virtud de la protección del art 20.

Lo último también ha sido utilizado para argumentar el sentido ya dado al término de “bien incorpóreo”. Ya que el constituyente no habría querido que algunos supuestos derechos de la persona (inflados) no establecidos en el N° 20 sean protegidos. Ello so pretexto de estar incluidos en el N° 24, ya que ellos al no ser bienes (los derechos de la

⁵⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorpóreas*, cit. pp. 242

⁵¹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Actas*. cit. pp.166.

⁵² GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorpóreas*, cit. pp. 243

persona), no pueden ser protegido por el recurso que protege los “bienes incorporeales”. Aunque la norma se hubiese referido a las cosas incorporeales, no podrían ser protegidos por el recurso que protege la propiedad, por que sobre los derechos de la persona no hay propiedad.⁵³

Algunos autores han señalado que la teoría del Prof. Guzmán Brito no ha tenido un gran apoyo en la jurisprudencia, ya que “son innumerables” los recursos de protección fundados en la propiedad de un derecho de la persona que han sido interpuestos, “muchos de los cuales” han sido acogidos por nuestros tribunales⁵⁴. Hasta hace muy poco, la jurisprudencia “abandonando todo rigor” habría elaborado un concepto de bien incorporal, incluyendo en él, como ya fue dicho, toda circunstancia económicamente relevante y cualquier derecho sea o no susceptible de apropiación. Se defiende así por vía de recurso de protección - so pretexto de que si su privación, perturbación o amenaza, era realizada por actos u omisiones arbitrarias o ilegales - se les estaba afectando a los recurrentes del legítimo ejercicio del derecho de propiedad que tienen sobre ellos.⁵⁵ Digo hasta hace poco porque esta jurisprudencia que estaba totalmente asentada, deja en evidencia su carácter acientífico. Me motiva pensar esto un fallo recientemente dictado por la Corte Suprema en el que se revoca un resolución del tribunal de alzada de La Serena que había acogido un recurso de protección por que ciertos actos *“han vulnerado el derecho de propiedad que el recurrente tiene respecto del cargo de presidente del comité de Agua Potable rural de Caimanes”*⁵⁶, infringiendo así el art. 19 N° 24 de la CPR. Este Tribunal había protegido el derecho de propiedad de un sujeto sobre una situación fáctica relevante (el cargo de presidente de un comité), algo que claramente no es un bien corporal ni incorporal, al no ser un derecho real ni personal, ergo ausente del ámbito de protección (bienes corporales e incorporeales) de la garantía constitucional de la que se hizo mención. Por lo menos, así lo pensó la Corte Suprema al declarar: “Cons. N° 4: *“Que en la especie se invoca como vulnerada por quien plantea la acción de protección la garantía prevista en el artículo 19 N° 24 de la CPR, expresada en el derecho de propiedad que dice ostentar sobre el cargo de presidente del Directorio del Comité de Agua Potable Rural de Caimanes, pretensión que resulta insustentable, desde que respecto de semejante función o investidura no existe a favor de quien la ejerce u ostenta un derecho de dominio o propiedad con los atributos y facultades que a este le son inherentes, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 582 del Código Civil... y cuyo sentido se recoge en el artículo 19 N° 24 de la CPR.”*⁵⁷

⁵³ GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporeales*, cit. pp. 244.

⁵⁴ SACCO AQUINO Sabina, *la constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la Irretroactividad*, en *Revista chilena de derecho* v.33 n.3, 2006

⁵⁵ FUENTES OLMOS, Jessica, *El derecho de propiedad en la constitución y la jurisprudencia*, (Editorial Conosur, Santiago, 1998.) Acá se expone latamente todo lo que los tribunales chilenos han incluido dentro del concepto que estudiamos.

⁵⁶ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 4 de junio del 2007, rol: 142 - 2007

⁵⁷ CORTE SUPREMA, 21 de agosto del 2007, rol 3321-2007

III) *Garantías constitucionales del derecho de propiedad sobre los bienes incorporeales.*

La constitución en su art 19 n° 24 establece, como ya se ha dicho, una garantía muy amplia acerca de la propiedad. La que se puede sistematizar en seis acápite:

1. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clases de bienes corporales e incorporeales
2. Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad sobre los bienes incorporeales,
3. Solamente la ley podrá establecer el modo usar, gozar y disponer esta especie de propiedad.
4. Solo la ley podrá establece las obligaciones y limitaciones que deriven la función social de dicha propiedad.
5. Nadie puede, salvo en el caso que una ley general o especial autorice la expropiación por causa de utilidad publica o interés nacional calificados por el legislador, ser privado:
 - De la propiedad del bien incorporal.
 - Del bien sobre que recae
 - De algunos de los atributos o facultades esenciales de la propiedad del bien incorporal
6. El derecho del expropiado:⁵⁸
 - A reclamar la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales,
 - A recibir una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que será fijada de común acuerdo o por sentencia judicial. La cual a falta de acuerdo será pagada en dinero efectivo al contado.
 - Que la toma de cuasiposesión del bien incorporal acaezca con posterioridad al pago de la indemnización, que para el caso será fijada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley y la posibilidad de suspenderla, reclamando su procedencia ante los tribunales de justicia.

1) *Art. 19 N° 24 inc. I: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clases de bienes corporales e incorporeales”.* Esta disposición es una consecuencia ineludible del *art. 19 N° 23 de la CPR. “la libertad para adquirir el dominio⁵⁹ de toda clase de bienes”* ya que si la carta esta asegurando

⁵⁸ Acerca de los derechos del expropiado no nos referiremos al no ser importante para nuestro tema.

⁵⁹ El constituyente al hablar de domino ha cometido una impropiedad, ya que claramente lo que quiso no fue solo asegurar el derecho “a la” propiedad “en” una cosa corporal, sino el acceso a todas las propiedad, ya que de lo contrario, pese a estar asegurado el derecho “de” propiedad sobre los bienes incorporeales, la propiedad industrial y la intelectual, no estaría asegurado el derecho “a” a tales propiedades.

– en el numeral 24 - el derecho de propiedad ya adquirido, de nada esa esto serviría si las personas no pueden acceder a tal derecho. Por lo anterior podemos señalar que la Constitución en el art 19 N° 23 garantiza el derecho “a la” propiedad⁶⁰, en lo que nos interesa, la posibilidad de obligarse libremente y la de poder ser titulares de derechos reales, y a su turno el numeral 24 asegura el derecho “de” propiedad, , en otras palabras , la “intangibilidad de las propiedades ya adquiridas⁶¹” la titularidad misma, de derechos reales y personales.

Ahora bien, al decir la Constitución: *el derecho de propiedad en sus diversas especies*, no puede sino estar haciendo mención a las especies de propiedad señaladas en los artículos 582, 583 y 584 del CC: la propiedad sobre una cosas corporal, o dominio, la propiedad sobre cosas incorporeales, o titularidad de derechos personales y reales y la propiedad sobre las producciones del talento o del ingenio, aunque esta ultima tenga una garantía especial en el Art. 19 N° 25 de la CPR.

Lo anterior se ve reflejado en el final de la disposición “*sobre toda clases de bienes corporales e incorporeales*” donde se omite la referencia a las producciones del talento y del ingenio, sobre las cuales recaen especies de propiedad, la intelectual y la industrial, lo que se contrasta con la expresión “*en sus diversas especies*” que parecería incluirlas, la respuesta nos la da Alejandro Guzmán al señalar que esta omisión no tiene mayor relevancia ya que esas cosas “funcionan a través de derechos sobre ellas, que son cosas incorporeales, y además debido a la protección especial que les brinda el artículo 19 N° 25 de la CPR”⁶².

2) *Art.19 N° 24 inc. II: “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad...”* Como es claro, esta disposición prescribe que solo la ley es la llamada para establecer los modos de adquirir la propiedad, de esta forma el constituyente eliminó la posibilidad que un acto administrativo u de cualquier otra índole distinta a la legislativa, cree o determine los modos de adquirir el dominio o propiedad de las cosas corporales e incorporeales. En el mismo sentido Enrique Evans señala que esta referencia a la ley, que data desde la reforma de 1967, tiene por objeto cuidar de que ninguna autoridad inferior jerarquía que el legislador regule la forma en que se adquiere el dominio y la forma de usar gozar y deponerlo⁶³.

El constituyente al establecer esta disposición, reafirma la reglamentación realizada sobre este tema en el Código Civil siendo que hace mas de 100 años había establecido los modos de adquirir el dominio su libro segundo. En su aplicación a las bienes incorporeales, cabe señalar lo siguiente:

⁶⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro, *La propietarización*. pp. 288

⁶¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado constitucional de Chile* (1° edición, Valparaíso, Ediciones universitarias de Valparaíso. 2001) pp. 270

⁶² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado constitucional de Chile*. pp. 270

⁶³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986) tomo II, pp. 376.

a) Los derechos reales y personales, al ser cosas que no existen en el plano material deben ser creados o constituidos por el derecho. Para hablar de la creación de un derecho personal se utiliza el término clásico de: “fuentes de las obligaciones”, el cual no es aplicable a los derechos reales, los cuales se “constituyen”, (lo que dependerá de cada uno de ellos en particular)

b) Esta constitución de los derechos reales y personales, no debe confundirse, con la forma en que una persona los adquiere, o sea en la forma en que estas se transforman en sus propietarios o titulares. En otras palabras, no debe confundirse con los modos de adquirir, los cuales pueden coincidir con el modo en que estos fueron constituidos o no.⁶⁴

3) *Art. 19 n° 24 inc. II “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella...”*. La esencia del derecho de propiedad esta compuesta por el aprovechamiento de la cosa sobre la cual recae. El aprovechamiento no es nada más que las facultades absolutas y plenas que nacen de la propiedad para usar, gozar y disponer del objeto.

Según el profesor Evans de la Cuadra, el objeto de esta norma era, que el legislador fuese el único órgano capacitado para regular los modos en que se usa, goza y disponer del dominio. El mismo autor indica que esta norma “no contiene, por consiguiente una autorización al legislador para prohibir o vulnerar la potestad del dueño para, de usar, gozar y transferir sus bienes a su arbitrio”.⁶⁵

Acerca de lo que nos interesa, la Constitución esta amparando el uso, disfrute, disposición y la tenencia de los bienes, lo que constituye su aprovechamiento, el cual como se verá, no es igual en cosas corporales e incorporeales, debido a que lo que se estudia no es el aprovechamiento de las cosas sobre las que recaen los derecho (cosas incorporeales), sino del aprovechamiento de los derechos en si. Guzmán Brito sostiene “Por cuanto concierne al aprovechamiento de las cosas incorporeales nuestro resultado es que el se reduce a la disposición jurídica, pero que no cabe con respecto al uso, disfrute, a la disposición material ni a la tenencia”⁶⁶A la luz de lo que señala este autor, se puede decir que la garantía constitucional que estamos tratando, significa que solo la ley podrá establecer el modo de

⁶⁴ Solo a modo de ejemplo. En relación con los derechos reales, el art. 766 del CC. dispone que el derecho de usufructo se puede *constituir* de varias formas, y enumera, 1)Por la ley, 2)por testamento, 3)por donación, venta u otro acto entre vivos, 4) prescripción, a lo cual debemos agregarle la sentencia de juez partidor (art. 1337 N° 6). Estos modos de constituir el usufructo van a coincidir con la forma con que estos se adquieren, pero además este derecho real se podrá adquirir al menos de una forma más, la tradición, que el código la llama cesión.⁶⁴ Los Derechos personales, según el art. 578 se adquieren por un hecho propio (manifestación de voluntad) o la sola disposición de la ley.

⁶⁵ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos*, cit, II, pp. 376

⁶⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporeales*, cit. pp. 116

disponer jurídicamente de los derechos reales y personales, o sea la forma en que estos se renuncian y enajenan por sus titulares.⁶⁷

De todas maneras estos atributos esenciales de la propiedad podrán vulnerarse, como ya veremos, validamente por una ley expropiatoria en que concurran todos los requisitos constitucionalmente prescritos para el caso.

4) *Art. 19 n° 24 inc. II: “solo la ley puede establecer... las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”*. En esta norma se establece la primera gran limitación constitucional al derecho de propiedad, su función social, que es solo superada por en su carácter limitativo del dominio, por aquello que lo elimina, que como ya veremos es la ley expropiatoria.

El constituyente ha realizado una reserva legal, autorizando solo al legislador para limitar el derecho de propiedad en todo lo que derive de la función social de la propiedad, autorización la cual, no es de carácter discrecional para su titular, sino solo se circunscribe a las razones que da la Constitución para ejercer la limitación, que es todo aquello que exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, cualquier otro bien jurídico, cualquiera sea su valor, índole o importancia para el bienestar de la sociedad no será fundamento para limitar o imponer obligaciones a la propiedad. Lo anterior no implica que la ley no podrá proteger estos bienes jurídicos de gran importancia para la sociedad no comprendidos en los elementos que concurren a formar la función social de la propiedad, sino que esta no podrá gravar el dominio para aquello, fundándose en aquellos bienes jurídicos.

La reforma de 1967 a la constitución de 1925, ya autorizaba al legislador para imponer a la propiedad limitaciones destinadas a asegurar su *función social* u hacer el dominio *accesible a todos*, con similares pretextos que los actuales, solamente que el constituyente prefirió que los *interés generales* fueran de la nación y no del Estado. Es así que eliminó las referencias a “*el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas al servicio de la colectividad y*

⁶⁷ Esta materia no se puede dejar de relacionar con la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, de la ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes. ¿Que ocurre si un sujeto propietario de un derecho real, lo quiere enajenar de una manera, la cual es permitida por la ley en el momento que adquirió el derecho, pero con posterioridad el ordenamiento jurídico es modificado y aquella forma pasa a estar prohibida? Evans de la Cuadra señala que la garantía del art 19. N° 24 se extiende también a los derechos adquiridos, “los que no pueden ser afectados restringidos o suprimidos por leyes posteriores. Son derechos adquiridos los que emanan de un hecho jurídico a acto jurídico, privado o surgido de la autoridad estatal, conforme a la legislación vigente y cuyos efectos se han incorporado al patrimonio de una persona, aunque hacer exigible esos efectos ocurra bajo el imperio de otra legislación. En el mismo sentido la Corte Suprema señaló “la prohibición de atribuir efecto retroactivo a las leyes civiles solo afecta al juez, pero ni éste ni el legislador pueden dar efecto a esa ley cuando toca al derecho de propiedad garantizado por la constitución.” CORTE SUPREMA, 3 de julio de 1967 R., t. 64. 1° pp. 213. en *Revista de derecho y jurisprudencia*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968) tomo LXV N° 10

la eliminación del nivel de vida del común de los habitantes” y agregar como razón para limitar el derecho en análisis, la conservación del patrimonio ambiental.⁶⁸

El constituyente, a diferencia de lo que ocurre como consecuencia de la ley expropiatoria, no estableció ninguna indemnización para aquellos titulares cuando su derecho de propiedad ha sido restringido por su función social. Pero si se ha señalado que la esencia del derecho de propiedad no podrá ser menoscabada por ninguna disposición legal, como lo sería “privar o reducir el del derecho de uso, del de goce, del de disposición; restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública, llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de los tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio”⁶⁹

5.1) *Art.19 n° 24 inc. III: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad... sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador”.* Es el inciso tercero de este artículo, el cual viene a consagrar en Chile lo que es conocido en la doctrina y en el derecho comparado como la “inviolabilidad de la propiedad”⁷⁰ lo cual no es otra cosa sino los requisitos a que debe sujetarse el Estado al apropiarse de bienes de los particulares.

En relación con el tema que nos interesa, esta disposición prescribe, que nadie podrá ser privado de la especie de propiedad, que se tiene respecto de los bienes incorporales. En otras palabras, respecto de la titularidad de un derecho real o personal, claro está, con la salvedad de que una ley expropiatoria por las causas que señala la carta, se prive de tal titularidad. Alejandro Guzmán sostiene que por privación de la titularidad de un derecho “debemos entender todo acto de confiscación, de transferencia por ley, decreto u otro de autoridad a terceros y de extinción inmediata o después de un tiempo por el solo ministerio asimismo de ley, decreto u otro acto de autoridad (caducidad)”⁷¹

Esta garantía no incluye cualquier otro acto de terceros o de la autoridad, destinado a menoscabar o violar un derecho real o personal, sino solo aquellos que quitan la titularidad (carácter de propio y exclusividad) de los mismo a una persona. Por ejemplo el caso en que el dueño del predio sirviente niegue el paso, en una servidumbre de paso, al dueño del predio

⁶⁸ El profesor Evans de la Cuadra nos trasmite que “aunque la reforma de 1967 consagra una concepción muy extensa de la función social de la propiedad, opinamos que en su época⁶⁸ que aquello no autorizaba al legislador para imponer obligaciones o limitaciones que no derivaran, precisa y exclusivamente de esa definición de función social”. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *los derechos constitucionales*, (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004) tomo III pp. 235

⁶⁹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *los derechos constitucionales* cit, III, pp. 236.

⁷⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *El concepto de derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto* en *revista de derecho* tomo XVIII 1997, pp. 214.

⁷¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro *las cosas incorporales*, cit. pp. 246.

del predio dominante, o cuando el padre no cumple con el derecho de alimentos del que es deudor.

El único mecanismo permitido por el ordenamiento jurídico nacional para privar del derecho de propiedad a alguien es una ley (general o especial), que autorice la expropiación del dominio (en nuestro caso, *especie de propiedad*) por alguna de las causas que el constituyente ha establecido para tal efecto. (Utilidad pública e interés nacional). Esta ley, no solo podrá privar de la titularidad de un derecho real o personal a las personas, sino también de *los bienes sobre que recae la propiedad, o sea la cuasiposesión* de estos derechos y además, *de los atributos esenciales del dominio*, que como ya vimos, se limitan en el caso de las cosas incorpóreas a su disposición jurídica.

Enrique Evans sistematiza los requisitos que deben concurrir para esta ley logre expropiar uno o más bienes, señalando que estos son:

- Debe autorizar la expropiación de los bienes en cuestión, los cuales pasaran al dominio de la nación para servir al uso público, o al dominio del estado o de alguna entidad estatal para lograr objetivos colectivos.
- Debe calificar la causa de la expropiación declarándola “tacita o expresamente”, en el sentido del fin útil que se pretende lograr con la expropiación, y fundar aquello en la utilidad pública o el interés nacional. Este autor entiende por *utilidad pública* un bien jurídico que implica un beneficio colectivo sin relación a personas o grupos, y sobre el concepto de *interés nacional*, sostiene que él, es más amplio que el término utilizado en relación con la función social de la propiedad: *Intereses generales de la nación*, ya que en el primero se “ pueden englobar todos los bienes jurídicos que tengan alguna significación general o en que juegue o se haga presente un imperativo de acción de la autoridad pública para promover o defender el bien común de la nación o de sus integrantes.”⁷²

5.2) *Art.19 n° 24 inc. III: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado,... del bien sobre que recae (la propiedad)... sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador”*. Esta norma según parte de la doctrina ampara la posesión sobre los bienes incorpóreas, que como ya vimos en la segunda parte, es una materia que no fue aclarada en forma idónea por el Código Civil, y que en la doctrina no existe acuerdo. De todos modos, al igual como ocurre en la garantía acerca de la privación de la propiedad, el legislador podrá privar a su titular, por medio de una ley expropiatoria, de la (cuasi) posesión del bien sobre que recae la propiedad.

⁷² EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *los derechos constitucionales* cit, III, pp. 374. Bien puede sostenerse que la interpretación que da el autor es contraria al aforismo jurídico “quien puede lo más puede lo menos”, ya que según él, existirían ciertos bienes jurídicos que facultarían al estado para expropiar, o privar de su propiedad a alguien (lo más) pero no facultaría al mismo para limitar tal derecho (lo menos)

Las relaciones que una persona puede tener con una cosa son: de dueño, poseedor o mero tenedor. La carta fundamental en el art. 19 N° 24 inc. III, no esta protegiendo al derecho de propiedad mismo y tampoco explícitamente la posesión de un bien, pero al señalar que nadie podrá ser privado del bien sobre que recae la propiedad, alude al acceso que en el plano de la realidad tiene el dueño sobre su bien, y ese acceso es la *tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño* (posesión art. 700 CC.), y no el *que se ejerce sobre una cosa no como dueño sino en el lugar o a nombre del dueño* (mera tenencia 714 CC).

La Constitución al utilizar la expresión “*del bien sobre que recae (la propiedad)*”, a nuestro parecer, no puede sino referirse a la cosa que está afectada por el derecho de propiedad que, respecto a las bienes incorporales serán o un derecho real o uno personal. Pues bien, la privación de estas cosas sobre las cuales *recae* el derecho de propiedad, en si, no significa que a sus dueños se les esté privando de la propiedad sobre los mismos, sino de su posesión. Ya que, como ha dicho la doctrina “privar de la cosas no es privar del derecho, sino solo de su posesión⁷³”, que entre nosotros será, la cuasiposesión de los derechos reales y personales⁷⁴. Cabe prevenir, que esta garantía es solo aplicable al titular, y el que no lo sea, aunque se crea que lo es, no podrá amparar la posesión de un bien incorporal por esta por esta disposición

Recordemos que para la doctrina dominante⁷⁵, que sostiene que solo cabe posesión respecto de los derechos reales, y no sobre los derechos personales o créditos, esta garantía aludiría que nadie podrá ser privado de la posesión del derecho real, de manera de que no se pretenda por un lado, no privar de la propiedad a una persona, y por el otro se le prive del derecho mismo, del *bien sobre que recae la propiedad*.

Alejandro Guzmán, sostiene que la privación de la propiedad de un derecho, ineludiblemente se confunde con la privación del derecho sobre el cual recae la propiedad, por tanto la garantía que estamos analizando estaría incluida en la primera parte del art 19 n° 24 i 3 “*nadie puede... ser privado de su propiedad*”, ergo otro debe ser el sentido de la cláusula que estudiamos: “*del bien sobre que recae*”. Para él, la carta lo que quiere garantizar es la cuasiposesión de las cosas incorporales sobre que recae la propiedad, viniendo a amparar al “ejercicio de hecho de un derecho real y a la cuasiposesión de uno personal cuando ella es posible en este último caso.” Pero no beneficia al cuasiposeedor, no titular, “en efecto, el que ejerce de hecho un derecho real sin ser su titular, aunque lo cuasiposee no es su propietario y lo que la Constitución garantiza es la cuasiposesión del titular.”

⁷³ GUZMÁN BRITO, Alejandro *Derecho privado constitucional de Chile* pp. 272

⁷⁴ Importante es recordar lo que se dijo en la segunda parte, ya que aunque se discuta acerca de la posesión de derechos personales, la posesión de los derechos reales es indiscutida, hasta se pueden adquirir por prescripción, por tanto, al menos sobre estos derecho cabria titularidad y posesión.

⁷⁵ En este sentido al menos PESCIO VARGAS, Victorio, *Manual de derecho civil*, (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958) tomo IV pp. 231, ALESANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC cit. Tomo I pp. 367, PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel *los bienes la propiedad y otros derechos*, (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006) pp. 336, RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las posesiones*, cit, pp.105 a 107.

5.3) *Art. 19 n° 24 inc. III: “nadie puede, en caso alguno, ser privado de... los atributos o facultades esenciales del dominio”*. Con esta disposición el constituyente determina una robusta garantía del derecho de propiedad, amparando el aprovechamiento completo del dominio.⁷⁶

Como ya fue visto, el aprovechamiento de los bienes incorporeales se reduce a la disposición jurídica de los mismos, pudiéndose solo limitar de esta disposición a los titulares de ellos, al igual que en los casos anteriores, por una ley que autorice la expropiación, en la cual concurren los requisitos requeridos por la carta. De esta guisa, Eduardo Aldunate sostiene “... Hay que excluir de la protección dada por el inciso III del art. 19 n° 24 la referida a los atributos o facultades esenciales del dominio, en cuanto en el caso de los bienes incorporeales se reducen a la facultad de disposición y ella va a estar dada por la definición del bien mismo, la que no necesariamente se corresponderá con la facultad de disposición en la extensión que se entiende para el dominio.”⁷⁷

CONCLUSIÓN.

Como fue visto durante el estudio, *sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad*⁷⁸, y en Chile esta asegurado a todas las personas el *derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes (corporeales o incorporeales)*.⁷⁹

El CC. nos indica que las cosas incorporeales *son derechos reales o personales*⁸⁰, y como fue descrito en la primera parte, los bienes se distinguen de las cosas por el carácter patrimonial de los primeros, por tanto, bien se puede afirmar que la CPR. en su art. 19 N° 24 garantiza a todos los habitantes de la república, el derecho de propiedad sobre toda clase de derechos reales y personales susceptibles de apropiación, al ser estos los “bienes incorporeales” a que hace mención esa norma.

Es por lo mismo, que afirmamos, que la Constitución no ampara el derecho de propiedad sobre cualquier otro derecho o ente inmaterial, que filosóficamente se pueda considerar como una cosa incorporal, sino que el debe ser un derecho real o personal, y

⁷⁶ Para el Código Civil, el dominio “Es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; No siendo contra la ley o contra derecho ajeno” (art. 582). Vemos que para esta norma legal, el dominio no cabe respecto para cosas incorporeales, sino que sobre aquellas solo cabe “una especie de propiedad” (art. 583). De lo anterior sale a la luz, la vital importancia del inciso primero del art 19 n° 24 que (continuación) consagra el “*derecho de propiedad en sus diversas especies*”, del cual podemos entender que en realidad los atributos esenciales del dominio a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo, aluden a los atributos o facultades del derecho de propiedad en sentido amplio, o sea no solamente a la especie de propiedad que es el dominio. (Sobre cosas corporeales) EVANS DE LA CUADRA, Enrique, los derechos constitucionales cit, III, pp. 375

⁷⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *El concepto*, cit, pp. 216

⁷⁸ Art. 583 Código Civil.

⁷⁹ Art. 19 n° 24 CPR.

⁸⁰ Art. 576 Código Civil

susceptible de apropiación, *ergo* no están dentro del ámbito de protección del art. 19 N° 24 de la Carta Fundamental los derechos humanos, de la persona o extrapatrimoniales, los cuales no pueden entrar al patrimonio de ninguna persona, por tanto, no cumplen con los requisitos para ser considerados como bienes incorporales (menos como bienes corporales), lo cual no significa que su violación no es relevante para el ordenamiento jurídico nacional, sino que, los particulares no podrán, ante el supuesto de que una ley o un acto viole estos derechos, impugnar la inconstitucionalidad de ella, ni interponer recursos de protección al respecto, so pretexto de que se esta violando la garantía constitucional que protege el derecho de propiedad que tienen respecto de tales derechos, por no existir tal garantía, pero claro esta, que sí podrá alegar su inconstitucionalidad o pedir la protección por otras razones, que acá no vamos a nombrar. Tampoco están dentro del ámbito de protección de esta norma toda circunstancia, investidura, cargo o calidad económicamente relevante, al no ser derechos reales ni personales y tampoco bienes.

Por ultimo, el constituyente amparo en una misma disposición (19 n° 24 ins III a V) la inviolabilidad de la propiedad sobre bienes corporales e incorporales, y dado la distinta naturaleza de ellas, la norma resulta a veces redundante e inaplicable respecto de las bienes incorporales, por ejemplo, al no poseerse ni aprovecharse de la misma manera que las cosas corporales.

BIBLIOGRAFÍA:

- ABBOT URZUA, Luz Maria, *Propiedad sobre las cosas incorporales frente a la legislación, doctrina y jurisprudencia chilena*, (UAI, tesis, 1998)
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *El concepto de derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto en revista de derecho* tomo XVIII 1997
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Problemas de la dogmática de la protección constitucional de la propiedad*, en *Actas XXXIV jornadas de derecho publico* (1º Edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005)
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Tratado de derecho civil; partes preliminar y general* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005)
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *curso de derecho civil*, (1ª edición, Santiago, Editorial Nascimento, 1957)
- BERTELSEN REPETTO, Raúl *La declaración de inaplicabilidad del artículo 2º transitorio del DFL n° 9 de 1968*, en *Revista de ciencias jurídicas* n° 1 (Valparaíso 1971)
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones del derecho civil y comparado* (2ª edición, Santiago, Imprenta El Imparcial, 1943)
- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DEL SENADO, Santiago, 1968 pp. 66
- DUCCI CLARO, Carlos *Las cosas incorporales en nuestro derecho en Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIII, año 1986
- DUCCI CLARO, Carlos *Derecho Civil -Parte General*, (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988)
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986)
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *los derechos constitucionales*, (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004)
- FUENTES OLMOS, Jessica, *El derecho de propiedad en la constitución y la jurisprudencia*, (Editorial Conosur, santiago, 1998)
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Romano Privado* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996)

- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosa incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995)
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado constitucional de Chile* (1º edición, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. 2001) pp. 270
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel *Los bienes la propiedad y otros derechos*, (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006)
- PESCIO VARGAS, Victorio, *Manual de derecho civil*, (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958)
- REPUBLICA DE CHILE, Actas oficiales de la Comisión Constituyente.(1975)
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las posesiones inútiles en la legislación chilena*, (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995)
- ROZAS VIAL, Fernando *Derecho civil. Los bienes* (1ª edición, Santiago, Distribuidora Forense limitada, 1984)
- SACCO AQUINO Sabina, *La constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la Irretroactividad*, en *Revista Chilena de Derecho* v.33 n.3, 2006.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro *Tratado de Derecho Constitucional* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963)
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *La propietarización de los derechos*, en *Revista de Derecho* tomo XIV (1991 – 1992)

JURISPRUDENCIA:

- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 4 de junio del 2007, rol: 142 – 2007
- CORTE SUPREMA, 21 de agosto del 2007, rol 3321-2007