

# LA PROPIEDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La principal labor del operador del Derecho en materia de garantías constitucionales es, sin duda, la interpretación constitucional. En el tema específico de los derechos fundamentales, esta interpretación requiere de un gran cuidado pues, de un lado, está el respeto al individuo y del otro el interés de la sociedad. En el artículo que sigue, el autor aborda la interpretación del derecho fundamental a la propiedad, paradigma por antonomasia del conflicto entre los intereses individuales y los sociales a que nos referíamos más arriba y, seguramente, el derecho fundamental cuyo contenido ha variado más a lo largo de la historia. Sus conclusiones, no menos conflictivas por cierto, se orientan a la protección del derecho individual y tienen relevancia directa en la práctica judicial cotidiana.

**Antonio Guarniz Izquierdo**

Alumno de octavo ciclo de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Coordinador de prácticas del curso de derechos reales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.  
Asistente de docencia del Seminario de Integración de derecho civil y procesal civil.  
Pontificia Universidad Católica del Perú.

## INTRODUCCIÓN

Una de las primeras lecciones que el maestro Marcial Rubio Correa suele dar a sus alumnos del primer ciclo de Derecho, entre los que tuve la fortuna de contarme, es que no deben estudiar *por cajoncitos*, refiriéndose a la tendencia que tenemos los estudiantes a dividir el conocimiento en lugar de integrarlo y articularlo.

Lo cierto es que, aun cuando muchas veces la fragmentación es un mal necesario por cuestiones de pertinencia o de método, en ocasiones destruimos gratuitamente la posibilidad de apreciar completamente los fenómenos de la realidad para hacerlos caber en nuestros *cajoncitos*.

En este trabajo me referiré a dos conceptos distintos del derecho de propiedad: uno que denominaré *concepto civil o derecho real de propiedad*, y otro que podría llamarse *concepto constitucional o derecho fundamental de propiedad*.

El objeto de este artículo es la interpretación de los alcances del concepto constitucional de propiedad y de las consecuencias que éstos acarrearán. La interpretación constitucional que aquí se propone y que, por lo demás, no es en absoluto novedosa, tiene como fin relacionar algunos de nuestros criterios civiles con los constitucionales, en un intento de abrir varios *cajoncitos* a la vez.

## 1. EL CONCEPTO CIVIL DE PROPIEDAD

### *Caracteres y facultades*

En su acepción civil, la propiedad es un derecho real que, como la mayoría de nuestras instituciones civiles, proviene del derecho romano. Su contenido ha cambiado tanto a lo largo de la historia<sup>1</sup> que sorprende la forma en que la doctrina jurídica ha ido variando la definición de sus caracteres clásicos con el único fin de seguir describiéndolo en base a las cualidades con que se le conoció en Roma antigua. Así, los comentaristas del derecho romano señalaban que la propiedad era un derecho absoluto, exclusivo, perpetuo y real, y actualmente sigue sosteniéndose la existencia de tales caracteres, aunque substancialmente redefinidos.

En esta forma, mientras que en Roma se afirmaba que la propiedad era un derecho absoluto porque aún no se le concebían limitaciones importantes, actualmente, pese a que las tiene de manera creciente, se sigue diciendo

<sup>1</sup> Sobre este punto, consultar Trazegnies Granda, Fernando de, *La transformación del Derecho de propiedad*. En: Derecho No. 33 Lima: Programa académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978 pag. 75 - 104.

do que es un derecho absoluto *porque confiere al titular todas las facultades posibles, esto es, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho.*<sup>2</sup>

Del carácter absoluto del derecho de propiedad deriva su exclusividad, puesto que siendo un derecho que otorga las mayores facultades posibles sobre una cosa, no pueden haber dos titularidades contrapuestas que las otorguen ya que, en ese caso, no habría un derecho absoluto sino uno limitado al ejercicio del derecho del otro titular. El caso de la copropiedad, para salvar el carácter exclusivo, es interpretado como una co-titularidad del derecho de propiedad, con lo cual, no hay dos derechos contrapuestos sino un derecho que se ejerce conjuntamente por dos o más personas.

Se decía además que la propiedad era un derecho perpetuo en tanto su extinción dependía de la voluntad del titular, es decir, el derecho no se extinguía por el simple no ejercicio. Esta característica está abiertamente apartada de la concepción (y de la regulación) actual del derecho de propiedad pues, como se ha dicho muchas veces, a la sociedad le interesa que los bienes produzcan y por ello *castiga* al titular negligente para preferir a un poseedor diligente en el caso de la institución denominada *prescripción adquisitiva de dominio*, o para asumir él mismo la explotación o reasignación del bien en el caso de la institución denominada *abandono*. Sin embargo, también se ha intentado salvar la perpetuidad de la propiedad señalando que el derecho es perpetuo en tanto siempre va a existir un derecho de propiedad que recaiga sobre cada cosa.

Por último, el carácter real del derecho de propiedad no es menos conflictivo puesto que actualmente se afirma la caducidad de la distinción entre derechos reales y derechos personales.<sup>3</sup> Más adelante haré algunos comentarios respecto de ese tema, baste por ahora con señalar que el carácter real del derecho de propiedad aludía a una relación directa e inmediata que el titular guardaba con el bien y a la oponibilidad *erga omnes* de su derecho.<sup>4</sup>

Ahora veamos el Código Civil.

En el artículo 923 del Código Civil se define a la propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Como se ha visto en las líneas precedentes, la propiedad es un derecho absoluto o, para decirlo de otro modo, la propiedad no es un derecho sino una institución que encierra una gran diversidad de distintos derechos que son posibles sobre un bien y que se han agrupado bajo este concepto sólo por cuestiones de sistemática y de técnica legislativa. El propietario, por el hecho de serlo, puede hacer respecto de su bien todo aquello que no se le prohíba, es decir, en principio puede hacerlo todo, de manera que cualquier restricción debe obedecer a una prohibición expresa.

Siendo esto así, es obvio que todas las facultades de un propietario no se agotan en los cuatro escuetos poderes jurídicos que la norma del Código Civil contempla. La razón por la que la propiedad se halla definida normativamente en base a ellos es que frente la imposibilidad de consignar todas las facultades de un propietario, se las ha querido mencionar de forma genérica en estos cuatro gru-

pos de atribuciones (tres en realidad, pues la reivindicación es una facultad muy específica). Esto no debe hacernos perder de vista, sin embargo, la amplitud del derecho pues ella nos es útil para otras calificaciones jurídicas, como la de la posesión.

### **Objeto del derecho**

Finalmente está el tema de los bienes. Aquellas entidades susceptibles de ser objeto de los derechos reales se llaman bienes. Más allá de su clasificación legal<sup>5</sup> está el problema de la calificación en sí de una entidad como bien o no. La propiedad es un derecho que recae sobre bienes materiales o cosas y sobre bienes inmateriales o derechos. Sin embargo, no todas las entidades materiales ni las inmateriales son objeto del derecho de propiedad, y las razones son distintas en cada caso.

En el caso de las entidades materiales, algunas no se consideran bienes y, en consecuencia, no se consideran susceptibles de ser objeto del derecho de propiedad por el tema de la patrimonialidad.

Se ha dicho que para que *algo* pueda ser objeto del derecho de propiedad, debe ser *patrimonial* y es la razón por la que se afirma que no existe derecho de propiedad sobre los órganos y partes del cuerpo humano en general. Sin embargo, ante la constatación empírica de la existencia de mercados clandestinos de riñones o sangre, por ejemplo, se ha sostenido que éstos sí son bienes y que su patrimonialidad es evidente. Se ha discutido en consecuencia sobre el concepto de patrimonialidad.

El centro del problema parece ser meramente terminológico puesto que los primeros (los que afirman que los órganos y tejidos son extrapatrimoniales) se basan en que el concepto de patrimonialidad es jurídico y al existir normas que declaran estos objetos como no patrimoniales sencillamente no lo son, mientras que los segundos (los que afirman la tesis de la patrimonialidad) se basan en que el concepto de patrimonialidad es económico y que el Derecho no puede darle ni quitarle patrimonialidad a un objeto determinado, sólo puede determinar que su tráfico sea lícito o ilícito.<sup>6</sup>

Pese a que la discusión parece un poco estéril, vale la pena hacer algunas acotaciones al respecto.

Cuando se señala que la patrimonialidad es un concepto económico, se está queriendo decir que debe definirse en base a criterios propios de esta disciplina, con lo cual, debería definirse en base a la capacidad de satisfacer necesidades y la escasez, las que determinarán la susceptibilidad de tráfico en un mercado. Si esto es así, sólo debemos analizar la existencia o inexistencia de un mercado (conurrencia de oferentes y demandantes de un bien o servicio) para determinar objeto susceptible de satisfacer necesidades y sabremos si es o no patrimonial, independientemente del tipo del mercado: podría ser un mercado clandestino o ilegal. Este concepto me parece absolutamente correcto.

Por el otro lado, se sostiene que la patrimonialidad es un concepto jurídico, y ello se debe a la existencia de normas legales que para prohibir el tráfico de una cosa determinada han optado por declararla extrapatrimonial o no

2 a. Avendaño V., Jorge. *El derecho de propiedad en la Constitución*. En: Themis - Revista de Derecho No. 30, 1994, pág. 117.

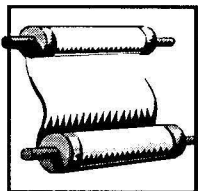
b. Trazegnies piensa que la crítica del carácter absoluto del derecho de propiedad basada en sus modernas limitaciones es poco inteligente, pues resulta absurdo pensar que alguien haya concebido alguna vez a la propiedad como ilimitada. El carácter absoluto del derecho de propiedad sólo alude a que lo esencial en él son sus facultades y no sus restricciones. Trazegnies Granda, Fernando de. Op. Cit. pág. 80.

3 Sobre este punto, consultar Bullard, Alfredo. *La relación jurídico-patrimonial*. Lima: Ara 1990.

4 Según esta concepción, las características de inmediatez y oponibilidad son las que definen a los derechos reales, en oposición a los denominados derechos personales, obligacionales o de crédito, que no las presentan. En consecuencia, todos los derechos reales, y no sólo la propiedad, las poseen.

5 Supuestamente, en el Perú los bienes se clasifican en base a su movilidad en muebles e inmuebles, pero en realidad su clasificación es por catálogo o enumeración. De esta forma las naves y aeronaves -que son los bienes que más se mueven- son considerados inmuebles. Esta clasificación es fuertemente criticada por ficticia e inútil habiendo sido propuesta la clasificación de los bienes en registrables y no registrables.

6 A este concepto se le llama *juridicidad*.



patrimonial. Como ejemplo puede citarse el artículo 22 del D.S. N° 014-88-SA que es reglamento de la ley 23415 y que se ocupa justamente del tema de la disposición del cadáver de una persona:

*"Artículo 22.- Por el hecho de la muerte, la persona que en vida es sujeto de derecho, se convierte en un objeto especial digno de respeto y piedad.*

*El cadáver es un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no cabe incluirlo en ninguna de las clasificaciones de bienes a que se refieren la doctrina y la legislación comparada."*<sup>7</sup>

En realidad no existe ningún problema para que se tome la palabra *patrimonialidad* y se la redefina en términos jurídicos. Así, una cosa será patrimonial cuando sea susceptible de tráfico en un mercado lícito; se trataría del concepto jurídico de lo patrimonial que puede ser distinto al económico, del mismo modo que el concepto jurídico de *persona* es distinto del que tiene la psicología, por ejemplo, ya que en el caso del Derecho el concepto de persona incluye a las instituciones o personas jurídicas mientras que para la psicología sólo son personas los seres humanos. Se ha hecho la salvedad, además, de que el Derecho puede quitarle patrimonialidad (en sentido jurídico) a un determinado bien pero no puede dársela por sí mismo: uno de los elementos de la patrimonialidad, el valor económico, no es susceptible de asignación por el Derecho. Por lo tanto, también sería correcto sostener la existencia de un concepto jurídico de lo patrimonial.

Pese a todo lo anterior, debe reconocerse que para quitarle licitud al tráfico de determinados objetos hubiera sido más sencillo que las normas señalaran simplemente que el tráfico es ilícito en lugar de calificarlos como patrimoniales o no patrimoniales.

En lo que respecta a las entidades inmateriales, algunas se consideran bienes (pese que el concepto de bien es en principio aplicable a las cosas, a los entes materiales) debido a opciones legislativas que, en el caso del Código Civil peruano, se hallan en los artículos 884 y 885 inciso 10.

En el primer artículo citado, el 884, se habla de las propiedades incorpóreas remitiendo su regulación a leyes especiales. Estas propiedades especiales son la propiedad industrial y la propiedad intelectual. *Salvat* se refiere así a las propiedades incorpóreas:

*"Al definir el dominio, el Código Civil nos dice que este derecho recae sobre objetos materiales (art. 2506); pero como lo hemos dicho anteriormente, existe también una serie de propiedades de un carácter especial, que recaen, no sobre objetos materiales, sino sobre creaciones del espíritu o de la inteligencia del hombre. Son las siguientes: 1º La propiedad de las obras científicas, literarias y artísticas; 2º La propiedad de los inventos; 3º La propiedad de las marcas; 4º La propiedad de los dibujos o modelos industria-*

*les, materia que en nuestro derecho no ha sido expresamente reglamentada. Todas estas propiedades recaen sobre objetos diferentes, pero presentan un rasgo común: recaen sobre algo inmaterial o incorpóreo, porque este objeto no es el libro o la obra producida, el invento, la marca o el establecimiento, sino la creación, el trabajo que ellos representan"*<sup>8</sup>

Las propiedades incorpóreas, tal como señala la norma citada, se rigen por leyes especiales no estando, en estricto, comprendidas dentro del concepto civil de propiedad aunque se hallen relacionadas con él.

En lo que respecta al artículo 885 inciso 10 del Código Civil, éste se refiere a la clasificación de los bienes (Cf. supra n°6) y señala que son bienes inmuebles los derechos sobre inmuebles inscribibles en registro.

En consecuencia, la servidumbre es un bien inmueble, el derecho de uso proveniente de un contrato de arrendamiento también lo es, etc. Así, la servidumbre o el derecho de uso pueden ser

materias de derechos reales y, por consiguiente, el propietario del predio dominante es dueño de un bien inmueble llamado servidumbre, el arrendatario es dueño de uno llamado uso, etc.

Sin embargo, la posibilidad de ser propietario de un derecho está restringida a estos casos de derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro porque se trata de un sustento teórico para el otorgamiento en garantía de derechos

reales (hipoteca del usufructo sobre un inmueble, por ejemplo) y, siendo ésta una excepción, no se incorpora como objeto del derecho de propiedad a ningún otro derecho como el crédito contenido en una letra de cambio o cualquier otro típicamente concebido como personal.

*no podría sostenerse, por ejemplo, que estando sólo la propiedad amparada por la Constitución como derecho fundamental, el Estado podría expropiar derechos de usufructo sobre bienes muebles o de habitación sin que medien los requisitos previstos en el artículo 70 de la Carta Magna*

## 2. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD

En su acepción constitucional, la propiedad es un derecho cuyas consagraciones más importantes se hallan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 17) y en el catálogo de los derechos fundamentales de la parte dogmática de la Constitución, (artículo 2, inciso 16). El reconocimiento de la propiedad como un derecho fundamental implica su interpretación en un sentido más amplio que el del derecho civil. Ello se debe básicamente a dos razones que paso a exponer.

La primera razón es que tratándose de un derecho fundamental, por principio del derecho constitucional, su interpretación debe ser lo más extensiva y protectora posible. Esto significa que no podría sostenerse, por ejemplo, que estando sólo la propiedad amparada por la Constitución como derecho fundamental, el Estado podría expropiar derechos de usufructo sobre bienes muebles o de habitación sin que medien los requisitos previstos en el artículo 70 de la Carta Magna, es decir, sin que la causa sea de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley o sin el previo pago de una indemnización justipreciada.

7 D.S. N°014-88-SA, artículo 22. Citado por Rubio Correa, Marcial *Para leer el Código Civil*, Vol. XII, *El ser humano como persona natural*. Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, pág. 49.

8 *Salvat, Raymundo. Tratado de derecho civil argentino*. Torno I. Buenos Aires: 1927. pág. 629.

La interpretación constitucional se hace siempre en favor de los derechos fundamentales<sup>9</sup> puesto que ellos son concebidos como las garantías básicas que tiene el particular frente al Estado (así son definidos los derechos fundamentales llamados de primera generación, entre los que se halla la propiedad) siendo su objetivo una protección amplia del individuo que se expresa en esta preferencia por ellos como principio básico.

La segunda razón, es que no puede hablarse de una protección del derecho de propiedad, aun en su acepción más restringida, si no se apareja a ella la protección de otros derechos. Debe recordarse que la propiedad es definida como un derecho absoluto justamente porque encierra en sí todas las facultades que es posible tener sobre una cosa y, en este sentido, cualquier otro derecho distinto del de propiedad que pueda haber sobre ella es una desmembración de aquél. Así, si la propiedad encierra genéricamente (digo, genéricamente, porque en realidad las facultades que tiene un propietario sobre un bien exceden la estrechez de estas categorías, tal como se ha visto anteriormente) las facultades de usar, disfrutar y disponer, el usufructo ya mencionado a título de ejemplo es una desmembración porque priva al propietario de las facultades de usar y disfrutar en favor del usufructuario, a tal punto que al propietario se le conoce como nudo propietario pues se dice que sólo mantiene la propiedad desnuda ya que la única facultad que ha conservado para sí es la de disponer.<sup>10</sup> En esta forma, el ataque a uno de estos derechos que es desmembración del derecho de propiedad es un ataque indirecto a éste puesto que se le está afectando en parte.<sup>11</sup>

Para cerrar este punto cabe recordar que, tal como se recoge en numerosas constituciones entre las que se encuentra la nuestra (art. 3), la enumeración que se hace de los derechos fundamentales no excluye y, más bien, implica la protección de otros derechos de la misma naturaleza como es el caso que comentamos.

Son dos las conclusiones que, a mi juicio, pueden extraerse de estas primeras líneas: la primera, que la alusión a la propiedad como derecho fundamental que se recoge en el artículo 2, inciso 16 de la Constitución, no se restringe al derecho real regulado por el Código Civil; la segunda, que este concepto constitucional de propiedad abarca adicionalmente, por lo menos, a todos los demás derechos reales en su calidad de desmembraciones de aquél.

Lo que queda a continuación es delimitar el concepto constitucional de propiedad.

Sostener que el concepto constitucional de propiedad incluye a todos los derechos patrimoniales parte de una interpretación histórica del texto. Cuando la revolución liberal francesa reivindicó el rol de la propiedad hasta convertirlo en un derecho universal del hombre, pretendía el respeto de los derechos de los particulares sobre su patrimonio. Al llegar la protección de los derechos patrimoniales de los ciudadanos a un rango constitucional, se plasma como la protección a la propiedad. Es por ello que los demás derechos patrimoniales son una expresión del de-

9 Sobre este punto, consultar Gallego Anabitarte, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales, análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid, Universidad Autónoma, Civitas, 1994; García Belaúnde, Domingo. *La interpretación constitucional como problema*. En: *Pensamiento constitucional*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994; Abad, Samuel. *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales*. En: *Themis* N° 21, Lima 1992; Häberle, Peter. *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*. En: *Pensamiento constitucional*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

10 El concepto es bastante ilustrativo aunque no es tan exacto. No sólo porque pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades tal como se prevé en el artículo 999 del Código Civil, sino porque aún cuando esto no se haya hecho expresamente, si el usufructo es oneroso (como será por lo general) el propietario

*no puede hablarse de una protección del derecho de propiedad, aún en su acepción más restringida, si no se apareja a ella la protección de otros derechos*

recho de propiedad recogido en la Constitución. A la luz de la historia, parece inadecuado sostener que la revolución liberal, antecedente directo de la consagración de la propiedad como derecho fundamental, tuvo por objeto proteger sólo el derecho real de propiedad.

Álvarez-Caperochipi, en un trabajo muy interesante sobre la concepción liberal de la propiedad privada, sostiene que:

*"En el Estado liberal, la propiedad individual es el apriorismo ético sobre el que se organiza el Estado. La filosofía, la ideología política y una nueva ciencia (basada en los presupuestos liberales) la economía política proclaman, al unísono un principio absoluto (que se presenta como una realidad evidente): la propiedad privada es la misma esencia de la libertad."*<sup>12</sup>

Es así que el significado de la inclusión de un nuevo concepto (liberal) de propiedad en oposición al existente en el Antiguo Régimen trasciende al derecho real para ampliarse a todos los derechos de contenido patrimonial. El mismo autor señala que el nuevo concepto liberal de la propiedad incide también en la concepción de un sistema tributario:

*"En el ámbito teórico, la ideología liberal define el impuesto en relación con el concepto de propiedad. Sin embargo, también en este tema, como veremos, la autoridad administrativa elude los principios teóricos del sistema fiscal. [...] Si la esencia del tributo es la contribución proporcional (a la propiedad) a los gastos del Estado, tal concepto exige necesariamente asignar un valor objetivo a la propiedad..."*<sup>13</sup>

Puede observarse claramente que el término propiedad está referido a cualquier derecho patrimonial ya que los impuestos pueden gravar patrimonio, renta o consumo y en los tres casos se contempla como materia imponible también a otros derechos aparte del derecho real de propiedad.

De la misma forma, cuando el autor habla de asignar un valor objetivo a la propiedad se refiere con ese término a cualquiera de los actos del particular susceptibles de configurar la hipótesis de incidencia del tributo. Es claro, nuevamente, que existe una noción más amplia de lo que derecho de propiedad significa y que ésta ha determinado una nueva<sup>14</sup> concepción del sistema tributario.

El método histórico, sin embargo, no es el único que nos lleva a la interpretación del concepto de la propiedad como derecho fundamental: ésta tiene una coherencia en la Constitución. El principio tributario de no confiscatoriedad (artículo 74, segundo párrafo de la Constitución política de 1993) es una manifestación más de este concepto, como bien lo señala Danós:

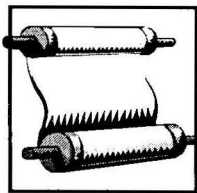
disfrutará al percibir la renta abonada por el usufructuario, la que no es otra cosa que un fruto civil del bien dado en usufructo.

11 Cabe señalar que Alberto Rebaza en un excelente trabajo sobre la expropiación introduce el concepto de la *privación* para referirse a la expropiación de algunos atributos de la propiedad. Consultar en Rebaza, Alberto *Hacia una verdadera protección del derecho de propiedad*. En: *El derecho civil: problemas y perspectivas actuales*. Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

12 Álvarez-Caperochipi, José Antonio. *La propiedad en la formación del derecho administrativo (Ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad privada como origen y fundamento del derecho público)*. Pamplona, Artes Gráficas Asociadas, 1983, pág. 59-60.

13 *Ibid.*, pág. 72.

14 Nueva a partir de la caída del Antiguo Régimen que es el contexto al que se refiere el autor.



"El principio de no confiscatoriedad de los tributos es una derivación singular del derecho de propiedad consagrado en el inciso 16 del artículo 2º y el artículo 70º de la Carta. Refuerza la garantía de la propiedad como límite al poder impositivo estatal [...].

Este principio protege la propiedad tanto en sentido subjetivo, previniendo que una ley tributaria pueda afectar gravemente la esfera patrimonial de los particulares, como en sentido objetivo, garantizando el sistema económico y social plasmado en la Constitución [...].

Existe copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina que considera inconstitucional todo tributo que grave el patrimonio o el capital con una tasa superior al 33%..."<sup>15</sup>

El principio tributario de no confiscatoriedad es una protección general del patrimonio de los particulares y no hace sino manifestar el respeto del derecho a la propiedad que la misma Constitución consagra como fundamental. Esto se debe a que, en general, todo derecho patrimonial de un particular es protegido cuando la Constitución consagra la protección a la propiedad.

La doctrina de los derechos fundamentales tiende, sin duda, a la internacionalización y ello se debe a los importantes tratados que se han ocupado del tema (entre los que destaca claramente la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos). A causa de esto, al tratar de ellos (de los derechos fundamentales) existe la posibilidad de recurrir a una gran variedad de doctrina extranjera en la que puede apreciarse una interpretación del concepto constitucional de la propiedad sumamente amplia y protectora del particular.

Evans de la Cuadra, respecto del debate sobre el concepto de propiedad en la Constitución chilena señala:

"...no se está refiriendo sólo al derecho de dominio sobre las cosas corporales e incorporales, sino a lo que es el derecho de propiedad en toda su amplitud [...].

Es tan grande la gama de los derechos de propiedad, que comprende desde el que de alguna manera tiene el trabajador sobre su empleo, hasta el de el dueño de un bien raíz; desde el derecho a la propiedad de una jubilación, hasta el que tiene el derecho, usando una expresión que quizás no sea feliz, a la propiedad de la expectativa de su previsión."<sup>16</sup>

El tributarista uruguayo Horacio García Belsunce sostiene que:

"El derecho de dominio regulado por el Código Civil recae única y exclusivamente sobre las cosas [...]. En cambio el derecho de propiedad reconocido y garantizado en la Constitución, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, los que recaen sobre las cosas y los bienes, entendidos éstos como los objetos inmateriales susceptibles de valor."<sup>17</sup> (subrayado agregado)

El español Manuel Albaladejo señala:

"Propiedad es palabra que, en cuanto ahora importa, se emplea en dos sentidos, uno impropio y otro riguroso.

En el primero, se refiere, en general, a los bienes y derechos patrimoniales. Cuando se habla entonces de propiedad se alude a

todos aquellos o cualquiera de ellos. Así, al decir, por ejemplo, que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la propiedad privada, o que existen delitos contra la propiedad, se expresa la idea de que están acogidos y protegidos, no sólo el derecho de propiedad rigurosamente hablando, sino también el usufructo, las servidumbres, la hipoteca, los créditos, etc."<sup>18</sup>

En el Derecho europeo y norteamericano, por su parte, se conoce el concepto de los *Property Rights* que son definidos así:

"...se describe y traduce «property rights» en sentido amplio como derechos de uso, disposición y explotación que presentan las características de universalidad, exclusividad y transmisibilidad [...].

En suma, empleando categorías de la teoría general del Derecho, se podría formular: los «property rights» son posiciones jurídicas absolutamente protegidas que tienen por objeto bienes materiales e inmateriales, sometidas a las reglas del Derecho de obligaciones y de las cosas del BGB o, en su caso, del derecho sobre bienes inmateriales."<sup>19</sup>

Nótese que se habla de todos los derechos sometidos a las reglas del derecho de obligaciones (derechos personales) y de las cosas del BGB (derechos reales). En general, se habla de todo derecho que cumpla con las características de universalidad, exclusividad y transmisibilidad.

La universalidad se refiere a que todo objeto del derecho debe estar bajo alguna titularidad, la exclusividad se refiere a que debe haber una sola titularidad asignada, y la transmisibilidad se refiere a que la titularidad debe

ser susceptible de reasignación. Aquel derecho que cumple estas tres características puede ser calificado como *Property Right*.

Podrían aplicarse estos requisitos para analizar el contenido del derecho de propiedad en su acepción constitucional. Así, estarían incluidos los derechos reales, también los créditos (que también son susceptibles de transmitirse vía cesión), las propiedades especiales, etc.

### 3. LAS CONSECUENCIAS: LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES

Debo confesar que me ha sido imposible hablar de un concepto que encierra a derechos reales y derechos de crédito sin caer en la tentación de entrar al tema de esta bipolar distinción de nuestra tradición jurídica romanista. Y es que estas dos categorías que siempre han sido contrapuestas están mucho más relacionadas de lo que se suele creer.

No he querido dejar de referirme a los problemas que puede suscitar la tradicional distinción entre derechos reales y derechos personales pues se trata de un tema provocador para el cuestionamiento del concepto constitucional de la propiedad.

Sobre este tema, se han publicado recientemente los trabajos de dos profesores de nuestra facultad.

Economía & Derecho, 02 de marzo de 1995.

18 Albaladejo, Manuel *Derecho civil* 1. Tomo III *Derecho de bienes* Vol. 1, 3ra. edición, Barcelona, Bosch, 1977, pág. 243.

19 Lehmann, Michael *La teoría de los "property rights" y la protección de la propiedad intelectual e industrial*. En: Revista General del Derecho N° 544-545, enero-febrero 1990, pag. 266.

15 Danós Ordóñez, Jorge *El régimen tributario en la Constitución: estudio preliminar*. En: Themis - Revista de Derecho N° 29, 1994 pág. 139.

16 Evans de la Cuadra, Enrique. *Los derechos constitucionales*. Santiago de Chile, Jurídica, 1986, tomo 2, pág. 398.

17 García Belsunce, Horacio, citado por Mejprada Chauca, Martín. *La acción de amparo y el incumplimiento contractual*. En: Diario oficial *El Peruano*, suplemento

Escobar<sup>20</sup> ha mostrado una opinión contraria a la existencia de un concepto constitucional de propiedad argumentando en favor de una separación tajante entre los derechos reales y los de crédito. Aunque su artículo ha sido escrito a propósito de una opinión de Mejorada<sup>21</sup> que sostiene la procedencia de la acción de amparo frente a un incumplimiento contractual grave y su único objetivo parece ser el atacar tal posibilidad; los argumentos en que se basa para hacerlo se relacionan directamente con el tema, y ellos son básicamente: la inexistencia de fundamentos para sostener que hay un concepto constitucional de propiedad distinto del civil; la inexistencia de una afectación al derecho de propiedad de un acreedor, en caso de asumir que existe este derecho, por el hecho del incumplimiento contractual, y la imposibilidad de que el concepto civil de la propiedad comprenda a los derechos de crédito. A continuación me referiré a ellos.

En lo que se refiere a la inexistencia de fundamentos para sostener que hay un concepto constitucional de propiedad distinto del civil, me remito al apartado anterior en el que se ha tratado extensamente el tema distinguiéndose ambos conceptos. En cuanto a que el concepto civil del derecho de propiedad es insuficiente para comprender dentro de sí a los derechos de crédito, ello es totalmente cierto y es por eso que se recurre al concepto constitucional.

En cuanto a la inexistencia de una afectación al derecho de propiedad del acreedor por el hecho del incumplimiento contractual, aun cuando excede los alcances de este trabajo merece la pena comentarse. Escobar afirma que no se afecta el derecho de propiedad del acreedor (asumiendo el autor que es éste el derecho que el acreedor tiene sobre su crédito) por el hecho de la inejecución, basándose en que ella —la inejecución— no hace desaparecer el crédito.<sup>22</sup>

Un argumento como el mencionado sólo puede sostenerse si es que no se tiene clara la idea de lo que es la afectación de un derecho, puesto que es evidente que la única afectación posible no es la eliminación total del derecho: no sólo se afecta el derecho a la vida dando muerte a una persona. Con semejante razonamiento, una detención arbitraria, por ejemplo, tampoco sería una afectación del derecho a la libertad personal porque pese a ella se mantiene intacto el derecho del detenido a exigir que se le ponga en libertad.

En efecto, para que se vulnere el derecho de propiedad (o cualquier otro derecho) no es necesario que éste se pierda y, más bien, es justamente para evitarlo que existe la protección. No veo qué objeto puede tener la protección de un derecho si ha de ser necesaria su desaparición para considerarlo afectado. Por el contrario, una vez perdido, ya no tiene objeto la protección. Es claro entonces que también existirá afectación del derecho de propiedad si es que no puede ejercerse plenamente alguna de las facultades que él otorga.

Si una persona se introduce en un inmueble de propiedad de otra y, despojándola, no le permite el ingreso, no la

*El hecho de tener en cuenta los alcances constitucionales del derecho de propiedad nos lleva inevitablemente a aceptar que, en ciertos casos, quepa la protección del titular de un crédito mediante la acción de garantía constitucional.*

habrá privado de su derecho de propiedad pero lo habrá afectado sin lugar a dudas, y aun cuando pudiera pensarse que este caso no tiene alcances constitucionales y que su resolución se agota en el interdicto, ello no es acertado, puesto que si el despojante es una autoridad administrativa pensaremos más fácilmente en la acción de amparo que en la mencionada acción real.

De la misma forma, no se ha caído en la cuenta de que en el tema de las obligaciones, la afectación al derecho del acreedor por el hecho de la inejecución es, en rigor, irreparable (por lo tanto no sólo puede haber afectación sino que la hay siempre) puesto que en aplicación del principio de identidad del pago, lo adeudado al acreedor es la conducta a que el deudor está obligado y en el momento y la forma en que debe realizarse, con lo cual, una ejecución morosa, forzada o por tercero, no es exactamente la ejecución de la prestación debida.

Por último, siendo el tema específico la procedencia de una acción de amparo, debe recordarse que esta acción de garantía constitucional procede no sólo ante la violación de un derecho constitucional sino también ante la amenaza de violación del mismo y, en consecuencia, ni siquiera la inexistencia de una afectación actual del derecho del acreedor por el incumplimiento del deudor es un argumento para denegar la procedencia del amparo puesto que bastaría la inminencia del perjuicio del crédito para que ese requisito se vea cumplido.

No debe escandalizarnos, pues, la consecuencia directa y necesaria de este razonamiento. El hecho de tener en cuenta los alcances constitucionales del derecho de propiedad nos lleva inevitablemente a aceptar que, en ciertos casos, quepa la protección del titular de un crédito mediante la acción de garantía constitucional.

Lo anterior no significa, desde luego, que cualquier inejecución de una obligación pueda dar lugar a una acción de amparo: deberán cumplirse los demás requisitos necesarios para acudir a la mencionada acción de garantía. Puede observarse que la *amparización*<sup>23</sup> como práctica judicial es un problema distinto y que, por lo demás no es reciente ni atribuible al derecho de obligaciones. Aquí se habla del simple reconocimiento de que la inejecución de una obligación puede violar gravemente un derecho fundamental, el de propiedad.

20 Escobar Rozas, Freddy. *Inejecución de obligaciones y acciones de amparo*. En: *Derecho & Sociedad* N° 10, 1995 pág. 42.

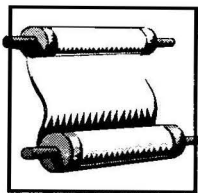
21 Mejorada Chauca, Martín. Op. cit.

22 "...debo indicar que no veo cómo la inejecución de cualquier prestación pueda implicar la violación de algún derecho —sea cual fuere su naturaleza— del acreedor. En efecto, si por ejemplo el deudor no cumple con pagar la suma de dinero que el acreedor le entregó en mutuo, éste último no deja de ser propietario de bien alguno pues su crédito (que es lo único que tendría desde que el mutuo implica la transferencia de propiedad de los bienes) permanece en su patrimonio con todas sus características y efectos. Así es, como el crédito no sería otra cosa que el derecho

de exigir cierta conducta de otro, la mera inejecución de la prestación no provoca la desaparición de este derecho, ni su alteración, ¿o acaso el acreedor ya no podría exigir el cumplimiento de la prestación?, ¿o acaso él ya no podría ejercer las demás medidas contempladas por el artículo 1219 del Código Civil? Es claro que el acreedor sigue teniendo el derecho de exigir la ejecución de la prestación —incluso de manera forzada—, además de poder ejercer todas las demás facultades que su crédito le otorga." Escobar, Freddy. Op. Cit., pág. 48.

23 Se denomina así al uso indiscriminado de la acción de amparo aun sin la concurrencia los supuestos necesarios para que ella proceda. Este fenómeno se ha producido en nuestro país mereciendo numerosos estudios respecto de él.

24 Bullard G, Alfredo. Op. Cit. pág. 255-256.



### A MANERA DE CONCLUSIÓN

*"Va quedando atrás el criterio de la inmediatez, el de la oponibilidad absoluta, el de la inherencia, el de la situación jurídica, el de la institución jurídica, incluso el de estática y dinámica. Los códigos recogen la distinción tradicional llena de parches y retoques, con derechos aparentemente inmediatos que no son reales, con transferencias de propiedad no oponibles a nadie, con arrendamientos oponibles a todos, con definiciones que son la razón de la sinrazón. Basta abrir nuestro Código Civil y preguntarnos qué trascendencia tiene la distinción entre reales y obligaciones. Ni en la naturaleza, ni en los efectos, encontraremos alguna diferencia importante."*<sup>24</sup>

En algún otro pasaje de la misma obra a la que pertenece la cita precedente, Bullard ha llamado "categorías sobrenaturales" a algunas instituciones cuyo replanteamiento no era concebible a consecuencia de un cierto determinismo de la doctrina jurídica respecto de su diseño original, particularmente cuando éstas provenían del derecho romano. Es decir, sólo se concibe el diseño de una institución determinada a semejanza de su versión original (léase, versión romana), rechazando la audacia de cualquier cambio por implicar una *desnaturalización*.

La discusión sobre la diferencia entre los derechos reales y los de crédito tiene mucho de este determinismo que concibe como principio del sistema la existencia de unos derechos llamados reales que deben ser oponibles y otros denominados personales que no, y que ésta es "la" forma correcta de regular la oponibilidad de derechos. Sin embargo, es evidente que, aún siendo bastante lenta, ha habido una evolución importante cuyo devenir llega a la actual *irreversencia* de denominar "categoría sobrenatural" a la mencionada distinción entre reales y obligaciones.

No abundaré en las manidas críticas a la inmediatez y oponibilidad con que la *teoría clásica* caracterizaba a los derechos reales ni a la insatisfactoria explicación de la llamada *teoría obligacionista*. No sólo porque cualquier comentario sería apenas un recuento de las insuficiencias ya conocidas de estas teorías por demás caducas, sino porque el tema, en sí, es impertinente.

La interpretación de la propiedad como un derecho fundamental, no tiene por objeto el explicar la estructura de un derecho o de un conjunto de derechos desde el punto de vista civil. Se trata más bien de una declaración de principios y es por esta razón que los derechos fundamentales conforman la **parte dogmática** de la Constitución.

Debe tenerse en cuenta que una Constitución es ante todo una declaración política y no un documento de técni-

ca jurídica. Criticar una interpretación constitucional protectora del particular basándose simplemente en la distinta estructura o contenido que pudiera existir entre un derecho real y uno de crédito es un despropósito.

Líneas arriba afirmé que los derechos reales y los derechos de crédito estaban mucho más relacionados de lo que suele creerse y es porque siempre leemos, por ejemplo, sobre la diferencia entre el arrendamiento (obligacional) y el usufructo (real) sin reparar en que cuando el contrato de arrendamiento faculta a subarrendar (al conceder al arrendatario las facultades de **usar** sirviéndose del bien, y **disfrutar** percibiendo la renta derivada del subarrendamiento) está dando lugar, frente nuestros propios ojos, al derecho de usufructo;<sup>25</sup> de la misma forma en que el contrato de compraventa (obligacional) da lugar al derecho (real) de propiedad.

Las categorías de derecho real y obligaciones no tienen un enfrentamiento en la realidad, no compiten, la se-

paración tajante no existe. Ellas se presentan juntas muchas veces y son casi la misma cosa para las miles de personas que todos los días celebran contratos con el fin de generar eso que nosotros hemos dado en llamar obligaciones, que les permitan ser titulares de aquellos derechos sobre cosas que nosotros hemos dado en llamar reales. En las realidad las categorías de derechos reales y obligaciones no están divorciadas: el divorcio

*La interpretación de la propiedad como un derecho fundamental, no tiene por objeto el explicar la estructura de un derecho o de un conjunto de derechos desde el punto de vista civil. Se trata más bien de una declaración de principios y es por esta razón que los derechos fundamentales conforman la parte dogmática de la Constitución.*

sólo existe en nuestras rígidas categorías teóricas, en nuestros **cajoncitos**. **D&S**

<sup>25</sup> Además, el contrato de arrendamiento simple en el que el subarrendamiento no está permitido, confiere al arrendatario el derecho de uso que también es un derecho real (Libro V, sección tercera, título IV del Código Civil).