

**EDUARDO NOVOA MONREAL**

**EL DERECHO  
DE  
PROPIEDAD PRIVADA**

**CONCEPTO, EVOLUCION Y CRITICA**

**2ª edición**

**1988**

© Centro de Estudios Políticos Latinoamericano  
Simón Bolívar (Cepla)  
Inscripción N° 71645  
Segunda Edición corregida y ampliada 1989

Impreso en:  
ATG Lira 613  
Diseño y Portada  
EL GRAFO.

## CAPITULO V

## LOS PROBLEMAS EMERGENTES

## 1. LAS DESARMONÍAS QUE RESULTAN

Hay poderes económicos -y por consiguiente, políticos- muy vigorosos a los cuales desagrada la evolución progresiva del concepto de propiedad. Ellos hacen gravitar su tremenda potencia sobre todos los planos sociales con el fin de retardar el avance de ella, de bloquear reformas legales que la impulsen y de -llegado el caso en que se convierta en normas jurídicas positivas- malograr sus efectos.

Tales poderes realizan denodados esfuerzos para hacer olvidar esa evolución, para desprestigiarla cuando se manifiesta y para hacer nugatorio su efecto cuando llega a incorporarse a la normativa constitucional. Su tarea, de gran eficacia en cuanto a sus resultados, cuenta con el apoyo consciente o inconsciente de muchos juristas que, por formación, están inclinados a conceder mayor relieve y autoridad a las ideas jurídicas tradicionales y a buscar dentro de ellas la explicación e inspiración última de la institución; son aquellos a los cuales ciega el esplendor del derecho romano y amilana la reputación de notables civilistas del siglo pasado. Con esto se comprende que una parte considerable del pensamiento jurídico siga alentando conceptos sobre la propiedad que fueron dejados atrás no solamente por los cambios sociales, sino también por la transformación paulatina de la legislación pertinente. El resultado es que -pese a la evolución producida- siguen sosteniéndose criterios incompatibles con los que hoy debieran aplicarse, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La tendencia de los tribunales de todos los países a tomar siempre una posición conservadora frente a los cambios de legislación en general y a las modificaciones del concepto de propiedad en particular es anotada por muchos autores. Pueden verse en este sentido: U. NATOLI, ob. cit., págs. 53-60 y 164; J. CARBONNIER, ob. cit., en nota 40 del cap. I, pág. 227; WOLFGANG FRIEDMANN, *El derecho en una sociedad en transformación*. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1966, págs. 56, 158-168, y G. RADBRUCH, ob. cit. en nota 12 de este capítulo, pág. 19.

Este es uno de los tantos inconvenientes que deriva de la formación primordialmente conservadora que reciben los hombres de derecho y del medio e instrumentos con los que ellos se manejan, de clara propensión a la perduración de las instituciones y reglas sociales<sup>2</sup>. Este conservadurismo lleva también a que las nociones más modernas no sean debidamente trabajadas por la teoría jurídica, por lo cual los preceptos innovadores quedan desprovistos de elaboración doctrinaria, siendo que ésta sirve en cambio para conferir prestigio y brillo a los conceptos tradicionales<sup>3</sup>.

Otro aspecto del cual no puede prescindirse es la notable divergencia que se ha producido, y que continúa ahondándose con el transcurso del tiempo, acerca de la idea misma de propiedad, de sus finalidades y de sus formas de manifestación.

El hombre, para subsistir y para alcanzar su pleno desenvolvimiento como persona, necesita de los bienes que le ofrece la naturaleza. En lo primero, pensemos en su alimentación, su vestido y su vivienda. En lo segundo, pensemos en su trabajo, en su recreación y en sus exigencias culturales.

Sucede, sin embargo, que los bienes disponibles no alcanzan para todos los hombres. Sea porque éstos persiguen ante todo aquellos que se obtienen más fácilmente o con menos trabajo, sea porque las apetencias egoístas de cada uno van más allá de sus propias necesidades, medidas éstas considerando las necesidades de los otros, es manifiesto que si cada cual va a decidir según su propio arbitrio los bienes que desea utilizar para sí, serán muchos los que concurran a los mismos objetos, con riesgo de disensiones y desacuerdos.

Se hace indispensable, en consecuencia, imponer una regulación obligatoria, que determine la forma como cada uno puede aprovechar de los bienes disponibles. Esta regulación, impuesta coercitivamente por la autoridad social, puede adquirir formas muy variadas de manifestación y no sólo la forma de propiedad privada.

Es importante lo que acabamos de establecer, porque en nuestra época y en nuestro medio -nos referimos a los países del mundo occidental- pare-

<sup>2</sup> La tendencia conservadora de los juristas es admitida de manera tan uniforme que ha pasado a transformarse en un lugar común en las obras generales de derecho. Pueden verse en este sentido: J. LECLERCQ, *Derechos y deberes del hombre*. Barcelona, Edit. Herder, 1965, pág. 13 y 158-168; G. RIPERT, *Le régime démocratique...* antes citado, págs. 5 y 6; expresiones del mismo orden se encuentran en E. BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, y en P. VINOGRADOFF, *Introducción al derecho*. No debemos olvidar que RENARD llegó hasta a teorizar sobre una pretendida función conservadora del derecho.

<sup>3</sup> S. RODOTA, ob. cit., pág. 135, muestra, por ejemplo, que la noción de función social carece aún de elaboración y precisión, con lo cual queda convertida en algo nebuloso e indeterminado, especialmente si se la compara con la noción de derecho subjetivo.

ciera que la satisfacción de las necesidades humanas mediante la utilización y aprovechamiento de los bienes que nos ofrece la naturaleza, pudiera realizarse tan sólo por medio de la propiedad privada. Hay otras formas de aprovechamiento de esos bienes que han sido aceptadas por muchos pueblos a lo largo de la existencia de la humanidad y que son diversas de la propiedad privada.

No obstante, nuestra mentalidad, condicionada por la ideología del capitalismo, nos lleva a pensar y a buscar la solución únicamente dentro del molde de la propiedad privada. Y si pensamos en una solución diferente, de inmediato la configuramos a partir de la noción de propiedad privada, que es la que tiene firme arraigo en nuestra formación conceptual; a tal punto que si pensamos en propiedad, asociamos de inmediato la idea con la de propiedad privada<sup>4</sup>.

Esto sólo nos estrecha las perspectivas y nos dificulta las soluciones.

Pero lo expuesto no contiene todos los tropiezos mentales que nos estorban.

Siempre se ha fundamentado la propiedad privada afirmando que ella es la única que le permite al hombre su pleno desarrollo dentro de cierta libertad y seguridad, por lo cual constituye una garantía esencial de la dignidad humana<sup>5</sup>. Mediante ella logra el individuo obtener los medios económicos que han de facilitarle el despliegue de su personalidad<sup>6</sup>; ella le confiere una esfera de autonomía, esto es, un espacio vital particular e independiente de toda voluntad ajena<sup>7</sup>. En este sentido, ella se transforma en una garantía de libertad individual.

Esto guarda plena concordancia con una propiedad sobre bienes personales, como podrían ser una vivienda, el menaje necesario para ella, los elementos de trabajo y de cultura, y, en fin, todos aquellos objetos que pueden permitir al ser humano realizar una vida segura, cómoda y abierta a sus posibilidades de perfección. Nadie rehusaría que ese patrimonio personal se extendiera asimismo a lo que ese sujeto necesita para su familia y para cubrir algunas eventualidades futuras, como enfermedades, incapacidad para trabajar, etc. En suma, todo hombre necesita ciertos bienes para sí mismo y pa-

<sup>4</sup> L. H. PASARA, en ob. cit., pág. 211, afirma con razón que nuestros moldes teóricos nos han provocado una rigidez mental que nos hace difícil imaginar el diseño de una forma de propiedad con características distintas de la propiedad privada.

<sup>5</sup> Son pertinentes aquí las mismas referencias que aparecen en nota 36 del cap. I.

<sup>6</sup> D. BARBERO, ob. cit., pág. 217.

<sup>7</sup> Véase G. MORIN, ob. cit., pág. 105; WOLFF y RAISER, ob. cit., pág. 323 y L. RODRIGUEZ, A. B., ob. cit., pág. 80.

ra aquellos que de él dependen; esto no admite controversias, pues ha sido aceptado hasta en la legislación sobre propiedad de los países socialistas<sup>8</sup>. Se trata, pues, de un tema que prácticamente queda fuera de discusión.

Lo que se impugna es solamente que unos pocos hombres sean propietarios exclusivos de los medios de producción, que son los que permiten el desarrollo de la economía nacional y los que otorgan a sus titulares una posición de privilegio sobre todos los demás habitantes del país, o que escasos individuos amasen una fortuna enorme que sobrepasa notoriamente sus necesidades y las de su familia, originando tal desequilibrio que quiebran la posibilidad de que los demás obtengan siquiera lo indispensable para ellos.

A todo lo anterior se añade la notoria discordancia que se produce en materia de propiedad entre dos niveles de normas: las constitucionales y las de derecho privado. Mientras las primeras, a veces por razón de halago político a las masas, son avanzadas y progresistas, las segundas -expresadas principalmente en las reglas del Código Civil- marchan mucho más lentamente y no admiten sino con extremada mesura los francos adelantos que en aquéllas se observan. Pareciera como si los preceptos constitucionales estuvieran destinados a mostrar, interna e internacionalmente, una fachada de vanguardia que en la práctica van a desmentir las disposiciones civiles, las cuales son las realmente operativas para los fines prácticos de la vida social. Y por cierto que esta prevalencia efectiva de las disposiciones civiles, prevalencia que los principios jurídicos repugnan, puesto que la solución técnica correcta es exactamente la inversa<sup>9</sup>, se convierte en el criterio de aplicación real de las normas en materia social, por obra de tribunales de formación conservadora<sup>10</sup>.

## 2. PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN Y RIQUEZA ILIMITADA

Una de las más graves desarmonías surge entre la propiedad considerada como garantía de libertad individual y preservadora de la dignidad humana, por una parte, y la concentración de los medios de producción en pocas manos e ilimitada acumulación de riquezas por unos pocos, por la otra,

<sup>8</sup> Véanse los textos de las Constituciones soviética y cubana recientes en la sección 1 del capítulo III.

<sup>9</sup> Nos remitimos en este punto a lo que se expone en el capítulo I, sección 6.

<sup>10</sup> Véase la nota 1 de este capítulo.

Un ejemplo muy vívido de lo que es la conducta de los tribunales en este aspecto puede encontrarse -si bien llevado al extremo- en nuestro *¿Vía legal hacia el socialismo?* (El caso de Chile, 1970-1973), Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1978.

según lo hemos señalado en la sección precedente. Este aspecto reviste tanta importancia, que parece conveniente un examen más detenido, en el cual separemos las dos situaciones que se incluyen en el segundo extremo.

Para el derecho occidental tradicional, la única clasificación que cabe para las cosas corporales sobre las cuales se ejerce dominio, es la que distingue entre bienes muebles e inmuebles. Ella tuvo una explicación en otras épocas en que la base de las fortunas eran las tierras. Hoy día apenas conserva sentido, porque se han creado valores muebles, a los cuales aludiremos enseguida, que han desplazado a los bienes inmuebles a un segundo término en cuanto a su preponderancia práctica.

Acerca de una división de los bienes que tiene gran significación económica, la que separa a los bienes de producción de los bienes de consumo, nada nos dicen las normas jurídicas, pese a la trascendencia que ella tiene para la organización económica y social del país.

PASARA piensa que ésta no es una omisión casual, sino un deliberado enmascaramiento de la realidad social realizado con el propósito de ocultar que allí se halla precisamente la causa de la división en clases de la sociedad, pues mientras de un lado se sitúan los propietarios de los bienes de producción, del otro queda una inmensa mayoría que está en la necesidad de ofrecer su trabajo a dichos propietarios. Aquéllos son los dominantes y éstos los dominados<sup>11</sup>.

RADBRUCH, por su parte, opina que los poseedores de los bienes de producción toman en sus manos "la palanca de mando sobre los trabajadores", pues la libertad de ser propietario se convierte, en manos del más fuerte, en una libertad para disponer de hombres, ya que quien manda sobre los medios de producción tiene en sus manos la suerte de los trabajadores. Estas libertades, combinadas entre sí, conducen al capitalismo y, por tanto, a la desigualdad efectiva o material<sup>12</sup>. De la decisión libre de un empresario depende la suerte y el destino de centenares o de miles no solamente de asalariados, sino también de sus familias. Esto hace que los propietarios de los medios de producción adquieran en el hecho un poder tan grande sobre tan gran número de personas, que vienen a quedar equiparados con aquellos que ejercen una atribución pública, con la diferencia de que su designación no emana de la voluntad popular ni es controlable por ésta, y de que tampoco queda sujeta su actuación a las regulaciones y responsabilidades que pesan sobre la función pública.

<sup>11</sup> L. H. PASARA, ob. cit., pág. 213.

<sup>12</sup> GUSTAVO RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, págs. 158 y 163.

En lo relativo a la desmedida acumulación de riqueza por unos pocos, descuellan denuncias emanadas de altas autoridades espirituales, que dan a conocer "con profunda amargura... el triste espectáculo que ofrecen masas enormes de trabajadores cuyo salario es tan bajo que se ven constreñidos a vivir ellos y sus familias, en condiciones totalmente incompatibles con la dignidad humana", mientras "contrastan de manera patente y ofensiva con esas condiciones de extrema pobreza... la abundancia y el despilfarro de unos pocos". Con ello surge un gran contraste: "de un lado, la enorme masa de proletarios y, de otro, los fabulosos recursos de unos pocos sumamente ricos". Su consecuencia es "una descomunal y tiránica potencia en manos de unos pocos"<sup>13</sup>.

Con todo, llama la atención que esas voces, justamente preocupadas por una situación tan inicua, se hayan abstenido hasta ahora de propiciar medidas jurídicas imperativas que impidan que esas diferencias económicas lleguen a generarse.

Esto significa que subsisten formas de adquirir bienes más allá de todo límite de conveniencia social, formas que no se originan ni relacionan con la justificación que se usa para apoyar la propiedad privada sobre toda clase de bienes, las cuales están generando y acentuando una situación social abiertamente irregular. Lo importante es dejar claramente establecido que esta situación no puede ser sostenida invocando las razones que se usan para justificar una propiedad humana (personal) cuyo fin es rodear al hombre de una autonomía que asegure su libertad y su dignidad de persona. Por el contrario, ella es el resultado de una manipulación abusiva tendiente a engañar a los más, para ocultar el indebido aprovechamiento injusto y egoísta que realizan en su contra esos pocos que la ejercen. Allí se aprecia el efecto de los poderes prácticos de dominación que adquieren esos pocos dentro del sistema social vigente y de su capacidad para disfrazar los hechos, por anormales que éstos sean, con argumentos inaplicables o con argucias deleznales. Mediante ellos logran convencer a los mismos perjudicados de que tales formas de propiedad impulsan y favorecen el desarrollo social y el bienestar del mayor número. Interviene también su hábil manejo de los medios de comunicación social, a los que usan como soporte de sus excesos. Todo esto permite que todavía hoy nada efectivo se haga por terminar con dicho estado de cosas.

Felizmente empieza a avizorarse una reacción en el plano jurídico.

Prueba de ello son las duras frases de J. CARBONNIER, que mencionamos en la parte final de la sección 2 del capítulo II. He allí un privatista que captó estos hechos sociales en todo su alcance y cuyo sentido de justicia lo llevó a una vehemente protesta en su contra.

### 3. PROPIEDAD Y ECONOMÍA

Lo expuesto nos demuestra que en estos momentos el régimen de propiedad privada vigente, de ilimitado contenido, no puede ser considerado realmente como un medio de proteger la dignidad y la libertad del hombre, que sería su finalidad propia (para lo cual basta una simple propiedad personal), sino como el pilar central de todo un sistema económico, que es el neocapitalismo que impera en los países occidentales y en la casi totalidad de los países latinoamericanos (en éstos con el carácter de dependiente). Lo cual no impide que la defensa de este sistema se valga de los argumentos nobles, relativos a la suprema condición del hombre, para apoyar su postura, hartamente utilitaria y codiciosa. Es una notable trasposición que ha probado ser de gran utilidad en el debate político.

De esta manera resulta que "la excesiva acumulación de riquezas en manos de unos pocos (mientras) las masas trabajadoras padecen una indignancia cada vez mayor, pues los salarios resultan insuficientes, o lo que es peor, son verdaderamente de hambre", no es el resultado de una tesis correcta, en lo ético y en lo jurídico, sobre propiedad privada, sino que tiene su origen en egoístas principios económicos que propaga el sistema, como son la posibilidad (y la "necesidad") de acumulación indefinida de riquezas (capital), en manos de muy pocos individuos, supuestamente bien dotados para hacer prosperar y multiplicar los medios de producción (empresarios privados), todo ello sobre la base del intangible dogma de la libre iniciativa privada. La libertad de esta última se cifra exclusivamente en la posibilidad de continuar multiplicando, en forma incesante, sin restricción alguna, el indefinido acopio de capital en unas cuantas empresas cada día más poderosas. Todo esto, adornado con la "conveniencia" de "impulsar en el individuo su faceta egoísta para que con su esfuerzo personal llevado al máximo rendimiento consiga crear riqueza para impulsar la rueda del progreso y del avance social"<sup>14</sup>.

De aquí viene el esfuerzo por liberar a la propiedad lo más posible de

<sup>13</sup> Véanse las encíclicas *Mater et Magistra*, N<sup>o</sup> 68 y 69; *Quadragesimo Anno*, N<sup>o</sup> 3, 54, 59, 60 y 105. También en *Rerum Novarum*, N<sup>o</sup> 1 y 33 se encuentra esa clase de afirmaciones.

<sup>14</sup> Las primeras frases de esta acápita corresponden al N<sup>o</sup> 13 de la encíclica *Mater et Magistra* del Papa JUAN XXIII y las últimas a L. RODRIGUEZ, A. B., ob. cit., pág. 61, quien las usa para referirse a los que sostienen el derecho absoluto de propiedad.

los embargos, limitaciones y gravámenes “que paralizan la libre iniciativa”, especialmente si se trata de bienes económicos destinados a la producción y el intercambio, dentro de los cuales se postula un amplio señorío del empresario libre<sup>15</sup>.

De ahí viene también la creación de nuevos bienes incorporales, muchos de ellos valores puramente simbólicos o ficticios, que se forjan como medios de control de la riqueza económica, en especial con apariencia de títulos de bolsa, acciones de sociedades y créditos bancarios, entre otros<sup>16</sup>. Son los mecanismos adicionales mediante los cuales se levanta esa gran propiedad que CARBONNIER califica como monstruosa e inhumana. La sociedad anónima viene a ser, dentro de estos mecanismos, el que está montado para adquirir propiedad hasta el infinito<sup>17</sup>, por medio de una propiedad abstracta de los medios de producción. Ella abre paso a la realización de operaciones muy complicadas, que permiten eludir muchas exigencias y formalidades<sup>18</sup>.

Ante todo esto, es posible explicarse la desbordada indignación de E. MOUNIER cuando habla de que el capitalismo “ha inventado un último juego diabólico para multiplicar por una riqueza artificial e instantánea las riquezas naturales limitadas, resistentes, largas de conquistar: la fecundidad del dinero y las diversas formas de usura que aseguran la proliferación del dinero y le dan a él la llave de poderes monstruosos”<sup>19</sup>.

Lo que cuenta en la gran empresa moderna es el poder económico que ella confiere y con él los poderes políticos y sociales que se alcanzan. La propiedad como tal no es lo que más interesa; ésta es, más bien, una cobertura jurídica que permite que se toleren y, aún más, que se respeten aquellos poderes. Prueba de ello es que los pequeños accionistas apenas logran un papel insignificante, si es que consiguen alguno. Son unos pocos organizadores y empresarios quienes llevan la voz cantante; ellos aprovechan el presti-

<sup>15</sup> Cfr. L. BARASSI, ob. cit., pág. 353 y 354.

<sup>16</sup> Cfr. J. CARBONNIER, en su ob. cit., en nota 40 del cap. I, págs. 219 y 237; G. RIPERT, en *Aspects Juridiques...* antes cit., pág. 142 y 143, y G. RADBRUCH, ob. cit., pág. 88.

<sup>17</sup> J. CARBONNIER, misma obra, págs. 236 y 237.

<sup>18</sup> L. H. PASARA, ob. cit., págs. 213 y 214, explica que el capitalismo emplea un desdoblamiento entre el propietario real y la propiedad de los medios de producción, que es la interposición de una “persona jurídica”, casi siempre bajo la forma de una sociedad anónima. Con ello logra dar un carácter impersonal a las relaciones económicas, obtiene mecanismos fluidos de integración de capitales y consigue limitar la responsabilidad al monto del capital social, sin que ella llegue a afectar el patrimonio personal de los propietarios reales.

<sup>19</sup> E. MOUNIER, ob. cit., pág. 486.

gio, ellos disfrutaban del poder y a ellos van a parar en definitiva los beneficios<sup>20</sup>.

Pero a los ideadores de disfrazar un sistema económico que los beneficia al extremo con el casto velo de una santurróna propiedad privada, empieza a escapárseles de las manos la cobertura protectora que buscaron. Comienza a descubrirse que los grupos de poder del orden capitalista que manejan todo el sistema, no se basan tanto en el “sagrado” título de la propiedad privada, sino más bien en su pertenencia a grupos determinados, en ciertas vinculaciones, en su cooptación y en el hábil manejo que hacen con toda soltura y desembarazo de las operaciones económicas para su personal beneficio<sup>21</sup>.

Y se comprueban distorsiones considerables en el trasfondo jurídico de su aparataje legal, principalmente en su utilización de la sociedad anónima. Una de ellas es la que FRIEDMANN denomina el divorcio entre la propiedad nominal y el control de la sociedad<sup>22</sup>, la misma que RODOTA designa como la separación entre la propiedad formal y la propiedad sustancial<sup>23</sup> y que es señalada por quienes se ocupan de la materia<sup>24</sup>. Pues el verdadero dueño, que es el accionista, a menos que sea un poderoso capitalista que reúne en su poder un gran número de acciones, desaparece como propietario para todos los fines prácticos y se transforma en un mero receptor de dividendos; a él no le corresponde ni el goce de los bienes sociales, ni le es permitido ejercer actividad personal alguna sobre ellos. En el hecho no tiene casi ninguna diferencia con el que ha prestado dinero a la empresa. En cambio, quienes manejan la empresa, administran sus bienes, resuelven sobre el personal que ella necesita, adoptan las grandes decisiones y se benefician con la mayor parte de las utilidades son los “administradores”, a los cuales jurídicamente le correspondería la función de obrar en nombre y representación de los dueños de las acciones. Esto hace que el contacto humano se esfume y

<sup>20</sup> Cfr. J. CARBONNIER, en su obra citada en nota 40 del cap. I, pág. 228. Véase también G. RIPERT, ob. cit. en nota 16 de este capítulo, págs. 142, 143, 278 y 279.

<sup>21</sup> Cfr. S. RODOTA, ob. cit., pág. 134.

<sup>22</sup> W. FRIEDMANN, ob. cit., págs. 89, 90, 305 y 317.

<sup>23</sup> S. RODOTA, ob. cit., pág. 134.

<sup>24</sup> Véase PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, págs. 224 y 225 y U. NATOLI, ob. cit., pág. 9.

que las decisiones empresariales sean adoptadas de manera fría y calculadora<sup>25</sup>.

Para este manejo del poder económico no se desdénia otra clase de procedimientos éticamente reprobables, pues quienes poseen porcentaje de propiedad relativamente reducidos están en condiciones de apoderarse del control total de la empresa, mediante astutas maniobras y artilugios legales muy difundidos. Con ello imposibilitan prácticamente el ejercicio de sus derechos a los propietarios mayoritarios<sup>26</sup>.

Y como aplastante demostración de que el derecho va siendo dejado atrás por la realidad social, comprobamos que un sistema económico que sobrepasó largamente el siglo de existencia y que se basa fundamentalmente en la noción de empresa, antes que en la de propiedad, carece aún de una concreción jurídica adecuada para ella. Pues, como observa RIPERT, la legislación de la empresa no está establecida aún... por el momento está formada de préstamos del derecho común de los contratos y de una regulación legal fragmentaria sobre las relaciones del empresario con los detentadores del capital y los asalariados<sup>27</sup>. Esta unidad económica de producción o de servicios, que es la empresa<sup>28</sup>, formada por un conjunto complejo y organizado de elementos materiales e inmateriales que tienden a asegurar su funcionamiento y que desde un punto de vista jurídico pudiera constituir una universalidad jurídica, carece de reglas jurídicas que la perfilen y que la reglen. Hasta ahora ha estado amparada por preceptos que conciernen principalmente a la propiedad, a la sociedad, a la administración de bienes, a los contratos de servicios inmateriales, a las prescripciones tributarias y a los

<sup>25</sup> Véase nuestro *El derecho como obstáculo...* mencionado en nota 51 del cap. I, págs. 147 y 148. La encíclica *Quadragesimo Anno* declara que son los custodios y administradores de una riqueza en depósito quienes manejan la empresa a su arbitrio. (Nº 105). También S. RÓDOTA, ob. cit., pág. 133, comprueba que debido a la complejidad propia de la organización industrial moderna se acrecienta el papel propio de los dirigentes técnicos, los cuales a menudo asumen los poderes de decisión.

<sup>26</sup> Cfr. S. RÓDOTA, ob. cit. pág. 133. Es cierto que en varios países se han establecido preceptos legales especiales destinados a proteger a los accionistas minoritarios, pero ellos pueden ser eludidos por medio de ingeniosas tretas que se ponen en práctica.

<sup>27</sup> G. RIPERT, en *Aspects juridiques...* ya citado, págs. 15, 16, 259-274.

En el reciente Código del Trabajo chileno, Ley 18.620 de 1987, su art. 3 letra c) proporciona una definición de "empresa", pero ella queda expresamente reducida a los efectos de la legislación laboral y de seguridad social.

<sup>28</sup> BERNARD CHENOT, en *Organization économique de l'État*, París, Dalloz, 1965, pág. 367, sostiene el carácter básicamente económico del concepto de empresa, lo cual en nada se opone a la necesidad de que surja un concepto jurídico correlativo, que le dé forma institucional y que determine sus requisitos, contenido y reglas.

contratos laborales, pero ese conjunto de retazos no es bastante para llenar las exigencias jurídicas de una sociedad que le tiene encargada la parte más importante de las actividades económicas de un país.

La posibilidad de indefinido crecimiento de grandes empresas ha llevado a que el área de acción de las mayores se extienda a un amplio plano internacional y a que sus poderes económicos y de otro orden alcancen dimensiones increíbles. Esto ha originado las llamadas empresas *transnacionales*<sup>29</sup>.

Explicablemente, este desarrollo de las empresas privadas de producción y servicios y de los negocios y operaciones financieras a que ellas pueden dar lugar, ha conducido a una notable disminución de la importancia del dominio de la tierra laborable, antaño el que confería mayor prestigio, utilidades y poder político, a tal punto que las reglas sobre propiedad contenidas en casi todos los códigos civiles están destinadas en su mayoría a su regulación<sup>30</sup>.

He aquí cómo una institución, la propiedad privada, cuya justificación consistía en que servía al hombre porque le permitía asegurarle lo necesario para la satisfacción de sus necesidades, se ha transformado en una fuente de prestigio, de poder social, de ganancias, de intereses y de rentas ilimitadas<sup>31</sup>. De toda la riqueza privada que existe hoy en el mundo, sólo una reducida parte se destina a las finalidades que aun ahora permiten justificar una propiedad personal. Lo demás se aplica a satisfacer la codicia y ambición de una minoría.

Es que, como manifiesta G. RIPERT, domina la "producción por la utilidad, búsqueda de la utilidad ilimitada, preocupación constante de esta utilidad [que] es el fin de la empresa capitalista... el empresario no tiene otra tarea que la de producir utilidades... generalicemos, cada hombre toma como ideal de vida el que es fin de la actividad del empresario... encontrar la felicidad en la riqueza..."<sup>32</sup>.

No faltan razones a KALENKSKY, en consecuencia, cuando se pregunta si el concepto jurídico tradicional de propiedad privada no está caducado.

<sup>29</sup> Cfr. W. FRIEDMANN, ob. cit., págs. 305-323, 441 y 442.

<sup>30</sup> Cfr. S. RÓDOTA, ob. cit., pág. 134.

<sup>31</sup> W. FRIEDMANN, ob. cit., pág. 86.

<sup>32</sup> G. RIPERT, en *Aspects juridiques...*

## 4. LAS MEDIDAS DE DISTRIBUCIÓN DE BIENES

Como medio paliativo a la tan desigual repartición de los bienes entre los hombres, se realizan actualmente en muchas naciones, tentativas de redistribuir la riqueza. Para este fin se emplean diversos medios, entre ellos preponderan los indirectos, especialmente aquellos que se valen de mecanismos tributarios para lograr a muy largo plazo, que se vaya reduciendo esa enorme brecha que existe en la cantidad de bienes que se poseen por cada uno. Con este objeto se prometen efectos que derivarían de gravar impositivamente los grandes patrimonios y las rentas muy subidas.

Otro procedimiento consiste en facilitar a los más pobres el acceso a una propiedad personal, constituida básicamente por una vivienda decorosa y los elementos de menaje indispensables para proporcionar una comodidad mínima en el hogar. Para este fin se conceden créditos especiales para adquisición de vivienda y bienes del hogar, se fomenta la fabricación de construcciones de reducido costo, se reducen los impuestos, se aumentan los beneficios de la pequeña propiedad, se alienta la autoconstrucción, etc. El Estado actúa decisivamente para ello, procurando aumentar las viviendas baratas mediante la actuación de organismos oficiales. Pero si hemos de atenernos a las experiencias latinoamericanas, esta vía requeriría de tantos y de tan largos años, con escasos frutos, que muchos piensan que, en el mejor de los casos, apenas alcanzará a cubrir las necesidades del aumento vegetativo de la población, sin resolver el gravísimo problema de arrastre.

La tarea de hacer accesible a todos ese patrimonio personal, del cual ningún ser humano debiera carecer, se propaga hoy día en declaraciones internacionales de tipo social y en planes nacionales de tipo político. Pero frecuentemente ella se aborda como un empeño para evitar que hacia el futuro se siga ahondando la descomunal diferencia entre la cantidad de bienes que forman el patrimonio de los diferentes hombres; muy rara vez como una labor que deba alcanzar, igualmente, a la situación ya existente. Es fácil buscar hacia adelante algunos medios que impidan el acrecentamiento desmesurado de la acumulación de riqueza por parte de algunos. Mucho más difícil es acometer la obra de eliminar las situaciones ya producidas, especialmente cuando se comprende que la única manera efectiva de cumplirla sería la de imponer limitaciones cuantitativas a patrimonios ya formados<sup>33</sup>.

Existe un ámbito dentro del cual dicha tarea pudo haberse cumplido a-tenta la generalizada convicción que se difundió por el gobierno de los Esta-

<sup>33</sup> Cfr. U. NATOLI, ob. cit., págs. 42 y 43.

dos Unidos, especialmente por conducto de su extinta Alianza para el Progreso, sobre la necesidad de llevarla a cabo para una mejor explotación de la tierra cultivable e incremento de la alimentación de origen agrícola necesaria en los países latinoamericanos: es el de la redistribución de las tierras por la vía de la reforma agraria.

Pero son precisamente los pobresísimos resultados alcanzados en ese ámbito, pese al tan poderoso aval con que se contaba, los que contribuyen a teñir de pesimismo las expectativas de un cambio. Porque si bien la sugerencia norteamericana logró que se introdujeran en las constituciones y leyes de los países latinoamericanos reglas destinadas a favorecer la reforma agraria, no obtuvo que esas normas recibieran debida aplicación práctica. Por el contrario, en estos momentos se observa en Latinoamérica una resistencia bastante generalizada de los grandes poseedores de la tierra a que los planes de reforma agraria sean cumplidos, cuando no un franco reflujó de ésta; otra vez más ha ocurrido, por consiguiente, que una idea de mejoramiento social sea incorporada a la letra de la ley, pero sea desconocida en la realidad.

En resumen, casi no hay quien discuta hoy día que es necesaria una mejor distribución de la riqueza y que todo ser humano debe tener acceso a los bienes personales necesarios para su desarrollo como tal. Pero cuando se trata de hallar el acuerdo sobre las medidas efectivas para lograrlo, sobreviene la oposición de los grupos económicos favorecidos, que tienen el manejo de la política en sus manos, para toda solución que disminuya su posición privilegiada. El resultado es que solamente se emprenden planes tan desleídos o a tan largo plazo, que más parecen destinados a postergar indefinidamente la solución, que a procurar que ésta se haga presente en plazo razonable. Por doquier se ahonda, entretanto, en todo el mundo, la brecha que separa a los muy ricos de los muy pobres.

## 5. NUEVAS CONDICIONES Y FORMAS DE PRIVACIÓN DEL DOMINIO

La forma forzada tradicional de privar a un particular de sus bienes por razón de utilidad pública, que es la expropiación, ha visto modificado su carácter. Actualmente no es la forma negativa de asegurar la plena inviolabilidad de la propiedad privada, que vimos en la sección 6 del cap. II<sup>34</sup>; hoy no se tiene por requisito de ella el que se otorgue una indemnización previa y

<sup>34</sup> P. MAZZONI, ob. cit., pág. 237, señala que hoy decae la naturaleza esencialmente garantizadora del derecho de propiedad que antes correspondía a la expropiación y que ella se convierte en un instrumento fundamental para el logro de fines públicos.

plena, equivalente al valor total del daño que experimente el propietario desposeído.

Numerosos textos constitucionales y legales muestran esta pérdida del rigor de la expropiación por causa de utilidad pública.

Ya el parágrafo 153 de la Constitución de Weimar admitía una indemnización puramente "prudencial", o sea, como explican WOLFF y RAISER, "no necesariamente total"<sup>35</sup>.

El actual parágrafo 14.3 de la Constitución vigente de Alemania Federal, se satisface, en el caso de una expropiación, con el pago de una indemnización que considere "equitativamente, tanto los intereses de la colectividad, como los de las personas interesadas". Prefiere, de ese modo, introducir una moderación notoria al principio finisecular de una indemnización que permitiera reparar la totalidad del perjuicio del propietario privado, único centro de atención y única fuente y fundamento entonces de esa indemnización<sup>36</sup>.

Las constituciones de Italia (art. 42) y de España (art. 33) en vigor, han eliminado de la indemnización que reclaman para los casos de expropiación, la exigencia de que sea previa y cualquier otra calificación de ella que suponga la necesidad de una indemnización necesariamente integral<sup>37</sup>.

Puede tenerse por extinguida, en consecuencia, esa mecánica del sistema expropiatorio que imponía un exacto equilibrio entre el valor del perjuicio sufrido por el propietario privado y el monto de la indemnización que se le debía pagar, y que exigía, además, que ésta le fuera pagada anticipadamente<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> M. WOLFF y L. RAISER, ob. cit., pág. 408.

<sup>36</sup> Cfr. J. W. HEDEMANN, ob. cit., págs. 275 y 276.

<sup>37</sup> Anota P. MAZZONI, ob. cit., págs. 136 y 137, que durante la discusión en la Constituyente italiana del art. 42, se discutió sobre si la indemnización debía ser "justa", y finalmente se acordó eliminar el adjetivo, entendiendo que ella no podía ser injusta. El mismo autor señala que la Corte Constitucional de Italia ha declarado que no es admisible volver al criterio de la efectiva correspondencia del monto de la indemnización con el valor venal del inmueble, pues no se necesita asegurar el integral resarcimiento sino "el máximo de contribución y reparación que dentro del ámbito de los fines de interés general, puede garantizar la Administración Pública al interés privado" (sentencia del 25 de mayo de 1957); por ello se aceptan indemnizaciones serias y congruas, sin aceptarse las que sean puramente simbólicas o las que lleguen a términos irrisorios (ob. cit., pág. 138). Agrega este autor que, conforme a la doctrina moderna, la indemnización no es medida por la restauración económica completa del patrimonio afectado, sino por una que tenga en cuenta el sacrificio particular del individuo y la finalidad socio-económica de la empresa pública a la que está preordenada la expropiación (ob. cit., pág. 255).

<sup>38</sup> F. MÜNCH, firme defensor del principio del respeto de la propiedad privada, reconoce que hoy la indemnización no es ya completa, ni previa, ni en dinero, en "Les effets d'une nationalisation à l'étranger", en *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, vol. III, año 1959, págs. 56 y 58.

Las tendencias de avanzada, asimismo, realizan otros esfuerzos para que la propiedad privada quede efectivamente subordinada al interés general de la sociedad, en los casos en que ésta necesita de ella por razones supremas de bien colectivo. Una manifestación en tal sentido puede encontrarse en la diversificación de las formas de privación forzada del dominio.

Si para la concepción clásica no existía otra forma de privación de la propiedad privada por razón de interés público que la expropiación por causa de utilidad pública, hoy día se conocen varias otras: la requisición, la confiscación, la nacionalización y la reversión. Para los fines de mostrar la evolución de la propiedad privada nos parece útil explicar estas dos últimas.

Con la nacionalización, el Estado se hace dueño de medios de producción de bienes o de servicios con el fin de tomar él mismo, en forma exclusiva, la explotación de ellos en interés de toda la colectividad, bien sea directamente, bien sea por medio de una entidad estatal. En el fondo, la nacionalización es un instituto jurídico que permite la aparición de una forma de propiedad colectiva sobre medios de producción, mientras se admite como función de un Estado moderno la de constituirse en gestor económico de actividades que tienen una gran importancia para una reestructuración de la economía nacional<sup>39</sup>.

En los países socialistas la nacionalización es la vía jurídica mediante la cual el Estado obtiene que los medios de producción pasen a la propiedad colectiva. Por ello en esos países las nacionalizaciones son aplicadas en forma masiva y por principio. En cambio, en los regímenes neocapitalistas, las nacionalizaciones recaen únicamente sobre empresas que cumplen actividades económicas que, según el criterio estatal, no deben continuar a cargo de los particulares por especiales consideraciones de interés nacional.

Las nacionalizaciones se inician en Rusia en 1917, con la Revolución de Octubre, pero se han propagado a toda clase de países, sin que importe su tendencia ideológica. A su respecto se han emitido numerosas declaraciones internacionales que la reconocen como una nueva institución del derecho moderno. La doctrina la separa nítidamente de la expropiación por causa de utilidad pública.

<sup>39</sup> En materia de nacionalización nos remitimos a nuestras obras *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974; *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros*, Edición Universidad Nacional Autónoma de México, México 1976, y al trabajo mencionado en nota 60 del cap. II. Allí se encuentran explicaciones completas acerca del concepto, características y formas de la nacionalización, desde el punto de vista jurídico.

Es en la nacionalización donde se aprecia en forma más clara la aceptación del principio de que el derecho de propiedad privada debe ceder ante la exigencia de los intereses sociales colectivos, pues es en ella donde se manifiesta con fuerza la idea de que es una medida dispuesta por la potestad soberana del Estado para resguardo de los intereses generales de la nación.

Ello explica que en la nacionalización, como lo acepta hoy la abrumadora mayoría de los juristas, la indemnización que se pague al empresario o empresarios afectados no necesita ser completa o equivalente al valor de los bienes que éstos pierden, ni al contado ni en dinero efectivo. Si esa equivalencia y modalidades fueran exigidas, el Estado quedaría impedido de disponer una nacionalización, no obstante exigirle el interés general, en aquellos casos en que no dispusiera de los fondos necesarios para pagar una indemnización plena y pronta, lo cual significaría que el derecho de propiedad privada se sobrepondría al interés general de la colectividad. Todavía más, muchos juristas de prestigio y aun declaraciones internacionales recientes<sup>40</sup>, sostienen que es posible nacionalizar sin necesidad de pago alguno, cuando así lo imponen las exigencias nacionales. Esta tesis es apoyada por los países socialistas.

Es cierto que los principales países exportadores de capital, como manera de proteger sus inversiones en el extranjero, se oponen a nacionalizaciones que no vayan seguidas del pago de una adecuada indemnización<sup>41</sup>, pero las prácticas internacionales y el apoyo de un gran número de países a la tesis que ellos impugnan hacen que sus pretensiones se vean cada vez más desamparadas en los foros internacionales. Esto lleva a que aun juristas pertenecientes a esos países ricos vayan manifestando una apertura hacia los nuevos principios de la nacionalización<sup>42</sup>.

Nada de esto, por cierto, figura en la Constitución de Pinochet de 1980, en la cual se expresa: "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su

<sup>40</sup> La Resolución Nº 3171 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 17 de diciembre de 1973 por 108 votos a favor, 1 (uno) en contra (Reino Unido) y 17 abstenciones (entre las que se hallan Francia, Alemania Federal, Italia, Japón y Estados Unidos) se refiere a la indemnización en el caso de salvaguarda de recursos naturales como algo "posible" y no como necesario.

<sup>41</sup> Los Estados Unidos sostienen que la compensación por una nacionalización ha de ser siempre "pronta, adecuada y efectiva". Con la expresión *adecuada* se quiere indicar el respeto de un *standard* mínimo que tome en consideración el valor comercial de las empresas nacionalizadas.

<sup>42</sup> Véase R.B. LILLICH, en *Valuation Books*, en los que incluye trabajos sobre nacionalización de varios autores norteamericanos, como JESSUP, MURPHY, SWEENEY y WESLEY, los cuales tienden a moderar el criterio oficial de su gobierno.

propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales".

La realidad, sin embargo, ha podido más que la ideología liberal-individualista que colora este texto, pues han debido mantenerse los preceptos que ordenaron la nacionalización de la Gran Minería del Cobre en 1971.

La reversión al Estado es otra forma de extinción de la propiedad privada prevista en varias legislaciones; en virtud de ella, un particular que ha obtenido concesiones administrativas sobre suelo público u otros bienes de propiedad del Estado, pierde al término de su respectiva concesión las construcciones levantadas sobre ese suelo o todas las tierras y obras permanentes destinadas a la explotación, sin indemnización alguna. NATOLI califica este caso como uno de propiedad temporal y cita preceptos italianos en los que se lo establece<sup>43</sup>. La reversión al Estado de la propiedad de ciertos bienes destinados por los concesionarios mineros a la explotación que practican, al término de su concesión, sin ninguna indemnización, está prevista en la Constitución y la legislación venezolanas<sup>44</sup>, aun cuando hasta ahora se ha eludido darle aplicación<sup>45</sup>. Se la justifica por la necesidad que tiene el Estado de hallarse en situación de proseguir de inmediato las labores de interés público que realizaba el antiguo concesionario.

<sup>43</sup> U. NATOLI, ob. cit., págs. 225 y 226.

<sup>44</sup> En Venezuela, el art. 103 de la Constitución establece que pasan a plena propiedad de la nación, sin indemnización alguna, las tierras adquiridas por un concesionario para la explotación de una concesión minera, por el solo hecho de extinguirse ésta por cualquier causa. Y el art. 80 de la Ley de Hidrocarburos dispone que el Estado se hará propietario, sin pago de indemnización alguna, de todas las obras permanentes que se hayan construido en las parcelas concedidas, una vez que termine la concesión.

<sup>45</sup> Véase nuestra *La nacionalización venezolana del petróleo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, donde aparece que las reglas permanentes sobre reversión no fueron aplicadas en la nacionalización del petróleo en Venezuela. Tampoco fueron aplicadas en la nacionalización del hierro, como lo demuestra B. SANSONO, en *Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977.

## 6. LOS PODERES DEL LEGISLADOR

Una de las manifestaciones más evidentes del desaparecimiento, en las constituciones modernas, del “sagrado principio de la inviolabilidad de la propiedad privada”, se encuentra en la amplitud de los poderes que éstas confieren al legislador común para que configure las facultades que el dominio concede al propietario y para que le imponga todas las limitaciones convenientes al interés general. Así lo comprobaremos en tres importantes constituciones vigentes.

El art. 42 de la Constitución italiana de 1947, tras declarar que la propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, dispone que ésta “determina sus modos de adquisición y de goce, así como sus límites, a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos”.

El párrafo 14.1 de la Ley Fundamental (Constitución) de Alemania Federal, de 1949, preceptúa, después de otorgar garantía a la propiedad y a la herencia, que el contenido de éstas y sus límites son determinados por las leyes.

El art. 33 de la reciente Constitución española reconoce en su apartado primero el derecho a la propiedad privada y a la herencia, y en su apartado segundo agrega que “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

Puede apreciarse que todos esos textos concuerdan en lo siguiente:

- a) en asegurar el régimen de propiedad privada;
- b) en delegar en la ley la misión de determinar su contenido y sus limitaciones<sup>46</sup>.

Esto nos coloca ante un primer interrogante: si, a diferencia de las citadas, una constitución no otorga al legislador común la atribución de fijar el contenido y las limitaciones del derecho de propiedad privada ¿estaría impe-

<sup>46</sup> Se advierten, no obstante, algunas diferencias llamativas en esos textos constitucionales. En primer lugar, la garantía de la propiedad privada tiene jerarquía constitucional en los textos alemán y español, pero no en el italiano, el cual la entrega a la ley. En segundo lugar, en los preceptos italiano y español es la función social de la propiedad la que conforma sus límites; en cambio, la regla alemana carece de esa indicación, a lo menos en forma expresa. En tercer lugar, el contenido del derecho de propiedad privada está mencionado explícitamente sólo en las disposiciones alemana y española; la italiana se refiere implícitamente a él, al hablar sobre el modo de goce del derecho. Finalmente, la delegación al legislativo para determinar el contenido y límites del derecho de propiedad es más directa y franca en las reglas italiana y alemana. Con todo, en Italia se discute si la institución de la propiedad privada goza o no de garantía constitucional, según lo vimos en el cap. III, sección 6. Sobre este punto puede consultarse a P. MAZZONI, ob. cit., págs. 144 a 146, 185 a 188 y 195. Nótese que existe alguna similitud entre estos preceptos y los pertinentes de la Constitución de Pinochet.

dido el legislador correspondiente de determinar los poderes que él comprende, a lo menos si se trata de señalarlos de una manera restrictiva?

Recordemos, ante todo, que tradicionalmente no fueron las constituciones sino las leyes civiles las encargadas de definir o de precisar el contenido del derecho de propiedad privada y las facultades que éste otorga a su titular<sup>47</sup>. Esto resulta explicable, sin embargo, en el siglo pasado, en que persistía en el mundo un concepto jurídico uniforme sobre la naturaleza de la propiedad privada. Desde que esa apreciación uniforme se quebró, tanto porque importantes países adoptaron el sistema socialista como porque en los demás no corrió pareja la evolución posterior del derecho de propiedad que lleva a relativizarlo y a subordinarlo a las exigencias del interés común, las cartas fundamentales prefieren reconocer de manera expresa a la ley la potestad de precisar y delimitar el concepto jurídico de propiedad privada<sup>48</sup>, pues ellas mismas no se ocupan de definirlo. Una omisión en ese sentido suscitaría, sin duda, una enconada discusión, pues mientras los criterios clásicos invocarían una “conciencia social” que especificaría todo aquello que es esencial e inderogable en el contenido de la propiedad privada<sup>49</sup>, los intérpretes más progresistas sostendrían la inexistencia de un iusnaturalístico o metajurídico contenido esencial (*Wessengehalt*) y la plena libertad de la ley para determinar las facultades y limitaciones del propietario.

Un segundo aspecto que hemos de considerar es si por la vía de las reducciones del contenido o de acentuación de las limitaciones, no podría llegar el legislador a producir una práctica desaparición del derecho de propiedad privada, no obstante hallarse éste garantizado por la norma constitucional prevalente. Para resolverlo se dan dos respuestas divergentes.

Para algunos, la garantía que la Constitución concede a la propiedad impone dos topes al legislador: por una parte, no puede atentar contra el con-

<sup>47</sup> Véanse párrafos iniciales de las secciones 5 y 6 del cap. I.

<sup>48</sup> Recordamos la discusión surgida en Alemania a comienzos del siglo, sobre la posibilidad de que puedan imponerse limitaciones a la propiedad privada por la Administración, sin ley que las autorice, mencionada en nota 98 del capítulo III.

<sup>49</sup> El argumento de una “conciencia social”, apta para precisar las características esenciales del dominio y para reducir así las restricciones que la ley está autorizada a imponerle, fue esgrimido por SANDULLI. Véase nota 96 del cap. III.

tenido esencial de esta institución jurídica<sup>50</sup>, y, por la otra, sólo podría imponer gravámenes a la propiedad mediante reglas generales, que impongan las restricciones por igual a todos los afectados<sup>51</sup>. De este criterio participan varios juristas alemanes<sup>52</sup> e italianos<sup>53</sup>.

Para otros, desde el momento en que la Constitución entrega a la ley de determinación del contenido de la propiedad privada, no puede suponerse que el legislador tenga un límite para su cometido, que la Constitución no le pone. De existir tal límite, no tendría otro origen que una noción iusnaturalística sobre "contenido esencial", que ningún intérprete está en condiciones de conocer, de medir o de evaluar. Si se quiere fundar ese contenido esencial en esa vaga "conciencia social", agregan éstos, puede replicarse que corresponde al legislador ordinario determinar la única conciencia social válida para estos efectos, y éste no estará limitado para ello, por determinaciones pre o metajurídicas<sup>54</sup>.

El problema se reduce en definitiva, pues, a establecer si el derecho de propiedad privada tiene un "contenido mínimo" bajo el cual sea admisible sostener que él ya no existe y que habría sido vulnerada la garantía constitu-

<sup>50</sup> Esta idea de un contenido esencial, que no podría ser vulnerado por un legislador pese a la aparente amplitud de sus atribuciones, es sustentado por SANDULLI, ob. cit. Según este autor, la pertenencia de un bien con fin de goce vendría a constituir la esencia de la propiedad privada, en forma que ésta quedaría vacía de contenido y nulificada si dicha pertenencia fuera regulada de modo de hacerla (objetivamente) carente de cualquier utilidad (en lo que se refiere a su respectiva categoría de bienes) y privada de cualquier valor de uso o de cambio para su titular. Según sus palabras, "no es pensable una cosa mía si me es negada la posibilidad de emplearla de algún modo útil... en tal caso la mía no será propiedad, sino que deberá tenerse sin más como una carga". Véase obra citada en nota 96 del cap. III.

<sup>51</sup> Este segundo tope lo consideramos referido claramente al principio jurídico de la igualdad ante la ley, que tiene estirpe diferente del de derecho de propiedad. Sin embargo, se lo liga con la idea de que si una restricción o gravamen considerable se impone a uno o a unos pocos propietarios, eso debería considerarse una ablación individual del derecho de propiedad y sujetarse a las reglas de la expropiación, debido a lo cual originaría derecho de obtener indemnización para los propietarios afectados. Véase sobre esto la sección que sigue.

<sup>52</sup> M. WOLFF y L. RAISER, ob. cit., pág. 337.

<sup>53</sup> Véanse notas 49 y 50 de este capítulo.

<sup>54</sup> Cfr. U. NATOLI, ob. cit., págs. 57-60, y P. MAZZONI, ob. cit., pág. 188.

cional que asegura su reconocimiento<sup>55</sup>.

Como lo explican WOLFF y RAISER, salta a la vista que la determinación del contenido y de las limitaciones de la propiedad privada que hace el legislador con el fin de deslindar la esfera de libertad del propietario y las exigencias que a él se le imponen en bien de la comunidad "no se fija de una vez para siempre, sino que se encuentra en continua fluctuación". Su situación en cada momento debe deducirse del conjunto de la legislación vigente<sup>56</sup>.

Nos parece importante señalar que, a nuestro juicio, dentro de las amplias facultades con que el legislador cuenta en lo tocante a henchir de contenido una noción de propiedad privada que esté en concordancia con el proyecto político de un país determinado y con el sistema económico que concretamente éste resuelva seguir, facultades que se ejercen tanto cuando ese contenido se precisa en forma amplia como cuando se le enmarca mediante limitaciones o contenidos establecidos en forma reductiva, se halla también la atribución de indicar algunos bienes que pudieran quedar fuera de una apropiación privada por razones superiores de interés público.

En todos los sistemas jurídicos existen y han existido algunos bienes sustraídos a la posibilidad de constituirse en objeto de propiedad privada.

<sup>55</sup> La tesis del contenido mínimo del derecho de propiedad es ampliamente debatida por la doctrina italiana y encuentra encarnizados opositores.

El contenido mínimo podría consistir básicamente en la noción de pertenencia, atributo que podría representar un núcleo, a lo menos para distinguir la propiedad privada de la propiedad colectiva de base socialista, el cual debería acompañarse por otros dos elementos: a) la facultad de excluir del goce y disposición del mismo bien a otros; y b) la noción de elasticidad, según la cual la amplitud del poder del propietario varía según las limitaciones impuestas por el derecho privado y por el derecho público. Esta elaboración, que aparece en MAZZONI, ob. cit., pág. 114, corresponde a una noción bastante progresista, pues acentúa sus rasgos cualitativos en detrimento de los cuantitativos; estos últimos quedan absorbidos por la elasticidad atribuida al derecho de propiedad.

En contra de la tesis del contenido mínimo se manifiesta MOTZO-PIRAS, "Espropriazione e Pubblica Utilità", *Giur. Cost.*, 1959, pág. 181, el cual sostiene que cuando el texto constitucional reserva el reconocimiento y la garantía de la propiedad privada a las solas leyes y permite que sean éstas las que determinen los modos de adquirirla, de gozarla y de restringirla, excluye "la existencia de argumentos exegéticos idóneos para fundar la garantía de un presunto contenido mínimo".

Existe jurisprudencia italiana emanada de la Corte Constitucional (en sentencia del 20 de enero de 1966, que posteriormente ha sido reiterada en otras sentencias), que argumenta sobre la base de un contenido mínimo del derecho de propiedad. GIANNINI la califica duramente como un *pasticcio*, pues a su juicio, si el contenido de la propiedad ha sido entregado al legislador ordinario, mal puede justificarse la idea de un contenido mínimo ("Basi costituzionali della proprietà privata", en *Politica del diritto*, pág. 495, 1971).

<sup>56</sup> M. WOLFF y L. RAISER, ob. cit., pág. 337.

Ensanche o reducir su elenco debe ser atribución entregada al legislador. En cuanto éste excluya a algunos bienes, no está atentando contra la institución misma de la propiedad privada, pues conserva como objeto de ésta a muchos otros; con esa exclusión no hace otra cosa que determinar de otra manera más general el contenido y los límites de la propiedad privada. No hemos visto que la doctrina se ocupe de este punto.

Un desconocimiento de la propiedad privada, como institución garantizada constitucionalmente, en las naciones en donde tal garantía existe, solamente puede darse cuando se saca del ámbito de apropiación privada a la mayor parte de los bienes que el hombre necesita para su subsistencia y desarrollo.

Por la misma razón, entendemos que el legislador estaría facultado también, aun sin autorización constitucional expresa, para fijar topes a la cantidad de bienes que cada individuo puede acumular para su propiedad exclusiva.

Lo que se ha dicho en esta sección debe ser complementado, no obstante, con otras reglas vigentes, entre las cuales se hallan las que impiden privar a alguien de lo suyo si no es mediante un acto expropiatorio que cumpla las exigencias constitucionales y legales. Esto sucede en todas las legislaciones que prescriben que lo ya detentado y adquirido legítimamente por alguno, no le podría ser quitado sin acudir a aquellas reglas expropiatorias.

#### 7. CASOS EN QUE LA RESTRICCIÓN AL DOMINIO OTORGA DERECHO A INDEMNIZACIÓN

Las reglas sobre expropiación de bienes de particulares por causa de utilidad pública fueron concebidas inicialmente en una época en que se reconocía un derecho absoluto e inviolable de propiedad privada. Su fin primordial fue erigirlas en una garantía de ese derecho por vía negativa<sup>57</sup>.

Dichas reglas estuvieron pensadas, en consecuencia, para un acto de autoridad pública que privara a un propietario de una cosa determinada de su patrimonio.

La aparición de las facultades del legislador para fijar el contenido del dominio y para imponerle limitaciones, ha venido a rebasar el molde para el cual fueron dadas aquellas normas.

Es indudable que con una fijación de contenido más circunscrita o con la puesta en vigor de limitaciones que antes no existían, los propietarios pierden poder en el hecho. Lo que falta determinar es si esta pérdida de una

<sup>57</sup> Véase cap. II, sección 6.

parte del poder que les otorga el dominio debe considerarse como una privación de parte de su derecho y si tal detrimento debe equipararse a la privación de cosas o bienes que están en su patrimonio. Porque de ser así, estaría suficientemente fundada una aspiración de ellos para ser indemnizados por la pérdida de poder en la misma forma que se hace en casos de expropiación.

Lo que explicamos en la sección precedente nos parece que tiene fuerza bastante para rechazar una pretensión de indemnización en todos aquellos casos en que el legislador, en uso de sus facultades de tal, determina el contenido que corresponde al dominio o señala los marcos o limitaciones dentro de los cuales se debe ejercer. La razón está en que al proceder de esa manera el legislador no hace otra cosa que configurar lo que legalmente debe tenerse por dominio. En ello no ha de verse una privación de los propietarios afectados, sino una regulación, más acorde con los tiempos y necesidades sociales, de lo que debe tenerse como derecho de propiedad privada.

Lo expuesto corresponde aplicarlo, sin duda alguna, en aquellos casos en que el legislador define, de manera general y amplia, el contenido y las limitaciones de la propiedad privada.

Las dudas brotan, sin embargo, para aquellas determinaciones de contenido y señalamientos de limitaciones que solamente tienen vigencia para determinados bienes o para ciertos grupos de propietarios. Porque, por otra parte, parecería evidente que un cercenamiento que afecte a uno o a unos pocos propietarios particulares, individualmente designados, debería mirarse como una ablación parcial o total del derecho que a ellos les corresponde y recibir el tratamiento jurídico de una expropiación. Pues hoy día no subsiste la idea de que sólo la privación forzada de una cosa corporal determinada constituye expropiación<sup>58</sup>, también puede darse esta última en la privación de un derecho diverso o de cuotas o partes de un dominio<sup>59</sup> El verdadero pro-

<sup>58</sup> No entramos aquí en el detalle de si podría haber nacionalización o alguna otra forma nueva de privación forzosa de propiedad privada, pues en la sección 5 de este capítulo nos hemos referido a ellas distinguiéndolas de una expropiación específica.

<sup>59</sup> La Corte Constitucional italiana, en sentencia del 20 de enero de 1966 (que cita U. NATOLI, ob. cit., pág. 53), ha declarado que la transferencia coactiva que envuelve obligación de indemnizar no está restringida al bien mismo, sino también a su goce (en el sentido de utilización y disposición) en cuanto sea sustraído al titular del derecho en todo o en parte. No se necesita, pues, una traslación total o parcial del derecho; basta que se impongan limitaciones tales que vacíen de contenido al derecho de propiedad, incidiendo sobre el goce del bien tan profundamente como para hacerlo inutilizable en relación con la destinación inherente a su naturaleza o determinando una disminución o una amputación de su valor de cambio. Concluye que el elemento cuantitativo es un elemento insuprimible del concepto de expropiación, entendido no solamente como transferencia, sino también como sustracción o menoscabo del goce del derecho. La misma doctrina ha sido repetida en otras sentencias.

M. WOLFF y L. RAISER, ob. cit., pág. 409, aceptan también este criterio.

blema lo plantean, por ende, las medidas legales que menoscaban el dominio sobre ciertas clases de bienes o de ciertos grupos de propietarios, sin tener igual efecto respecto de la propiedad privada en general.

Acerca de esta materia la opinión de la doctrina es en general variable<sup>60</sup>, pero se aprecia en ella una tendencia bien definida a admitir que el legislador permanece también dentro de su plano de emisor de reglas generales concernientes al dominio, cuando establece contenidos más menguados o introduce limitaciones menoscabantes respecto de ciertas categorías de bienes o de ciertos grupos de propietarios, por razones de bien general<sup>61</sup>. Esto significa que el poder del legislador para reglar el derecho de propiedad privada se extiende también, aun con la potestad de reducirlo o limitarlo, para ciertas categorías de bienes o de propietarios que están en situación semejante que ameriten su ejercicio. La única limitación estribaría en que el legislador no entrara a la determinación de casos concretos<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> L. BARASSI, ob. cit., pág. 354, por ejemplo, sostiene que ni aun en nombre de una grave y urgente necesidad pública se puede sacrificar *enteramente* la propiedad privada sin congrua indemnización.

J. M. SALA ARQUER, ob. cit., págs. 27 y 28 después de referirse a los límites normales de la propiedad (*Eigentumbegrenzungen*), dice que a partir de aquí "se da una contraposición entre límites legales inmanentes, establecidos por la ley con carácter general, y expropiación forzosa, entendida -en un primer momento- como privación a través de un acto particular". A juicio de este autor, la base de solución del problema debe obtenerse de la distinción entre bien común, que es lo que autoriza una mera delimitación de la propiedad, y utilidad pública, que es lo que está en la raíz de la expropiación.

WOLFF y RAISER estiman muy dudosos los criterios de solución que se proponen; los creen inseguros y que no arrojan una demarcación apropiada y definitiva (ob. cit., pág. 337, 409, 410 y 411).

<sup>61</sup> Cfr. U. NATOLI, ob. cit., pág. 60; P. MAZZONI, ob. cit., pág. 147; M. WOLFF y L. RAISER, ob. cit., pág. 412, y SALA ARQUER, ob. cit., págs. 21, 22 y 25.

<sup>62</sup> Según explica P. MAZZONI (*loc. cit.*), si bien el legislador es libre de "configurar" como le parezca conveniente el régimen de propiedad de las diversas categorías de bienes, si dispone que en el caso particular de uno o más sujetos éstos puedan ser afectados a base de una decisión discrecional en su derecho; el sacrificio impuesto a título individual a los sujetos afectados no puede ser tenido ya como dismuntivo sino que se le debe estimar como expropiatorio. Cita en este mismo sentido la sentencia del 29 de mayo de 1958 de la Corte Constitucional italiana; esta sentencia llega a la misma conclusión, basada en que el poder de "configurar" el derecho de propiedad que se reconoce al legislador cuando se trata de ciertos tipos de bienes y de los varios intereses sociales, no alcanza hasta determinaciones referidas a casos concretos (*singole fattispecie concrete*). Ese poder llega sólo hasta reglar categorías de bienes, siempre que se trate de categorías identificables por características intrínsecas.

SALA ARQUER, ob. cit., pág. 25, atribuye a ZANOBINI, en su *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV, Milano, 1958, págs. 191 y ss., haber identificado el poder de reducción del dominio con la idea de generalidad.

Hay palabras de WOLFF y RAISER que, pese a la posición tan escéptica de estos juristas, iluminan y apoyan esa tendencia; ellas se encuentran cuando se refieren a la solución dada a la cuestión por la jurisprudencia germana, la cual "considera expropiación toda *intromisión* de la autoridad en los *derechos patrimoniales*, efectuada inmediatamente por el legislador o a través de la administración, intromisión que impone al titular de aquellos derechos, en bien de la comunidad, un *sacrificio especial* en relación con otros sujetos de derecho que se encuentren en una situación comparable. Es indiferente que la propiedad le sea sustraída o sea atribuída a otros, que sólo se le restrinja su ejercicio; es también indiferente la legalidad de la intromisión, su motivo y gravedad, como también la función social o económica de los bienes afectados. Toda medida de esta índole obliga a indemnizar..."<sup>63</sup>.

En suma, cuando el legislador conforma o configura los alcances del derecho de propiedad privada, sea para todos los casos de ejercicio de él, sea para su ejercicio en relación con determinadas categorías de bienes (propiedad forestal, propiedad urbana, etc.) o por ciertos grupos de propietarios<sup>64</sup> (extranjeros que poseen tierras próximas a las fronteras del país), en la forma general que es propia de sus prescripciones y sin referirse a casos particulares de bienes o propietarios concretos, sus medidas no pueden originar una indemnización a los titulares de derechos ni aun en los casos en que éstos vean reducidos o restringidos sus poderes de tales. Pero habrá de tenerse por expropiación y deberá pagarse la indemnización correspondiente, cuando los menoscabos del propietario provengan de determinaciones particulares que recaen sobre bienes o dueños concretos<sup>65</sup>.

No obstante, cuando una medida legislativa envuelve de hecho una privación total del dominio de cosas concretas, ya incorporadas al patrimonio de ciertos individuos, también habrá de tenerse como una privación forzada del dominio y habrán de cumplirse las reglas legales establecidas para el caso, las cuales podrán corresponder no sólo a expropiación sino a nacionalización u otras formas legales reconocidas por el derecho moderno.

<sup>63</sup> M. WOLFF y L. RAISER, ob. cit., pág. 412.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> J. M. SALA ARQUER, ob. cit., pág. 60 recuerda que la privación de un bien ha de ser examinada en relación con la utilidad que permite un bien determinado, pues cada categoría de bienes posee un destino corriente en cuyo cumplimiento se agota la utilidad privada. De modo que cuando se afecta un bien a un destino radicalmente nuevo, surgiría la expropiación.

Debe subrayarse que en el momento actual las formas legales de privación forzada del dominio sobre bienes de un particular, están orientadas a evitar a los afectados un sacrificio especial, que los coloque en situación desfavorecida frente a otros propietarios que se hallan en condiciones equiparables<sup>66</sup>.

<sup>66</sup> La regla de la no discriminación entre nacionales y extranjeros, que rige en plano internacional con las medidas de autoridad que un Estado puede tomar con los bienes de extranjeros, es una prueba de ello.