



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# LA PROPIEDAD PRIVADA DESDE LA ÉTICA DE LA LEY NATURAL: NATURALEZA Y LÍMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Rosario de la Fuente y Hontañón

Santiago de Chile, diciembre de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho, Área de Derecho privado

De la Fuente, R. (2015). La propiedad privada desde la ética de la Ley natural: naturaleza y límites del derecho de propiedad. En A. Miranda y S. Contreras (Eds.), *Problemas de derecho natural*, (pp. 499-520). Santiago de Chile: Thomson Reuters La Ley, Legal Publishing.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## LA PROPIEDAD PRIVADA DESDE LA ÉTICA DE LEY NATURAL: NATURALEZA Y LÍMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Rosario de la Fuente y Hontañón <sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Si partimos de la realidad de que la tierra ha sido dada al hombre *–ut operaretur–* y que pertenece a todos los hombres en conjunto y a cada uno de ellos en particular, atendiendo a su natural necesidad y a su personal capacidad, es indudable que debe ser objeto de una distribución entre los hombres, en atención siempre al bien de todos en su conjunto. El hombre tiene derecho al uso de los bienes creados *–un derecho natural–* y se ha constituido, por lo tanto, en dueño y señor de los bienes que conforman la tierra. Hay un derecho primero y principal de todos a los bienes creados, y si es lícita, admisible e incluso conforme al derecho natural la propiedad privada, es con la condición esencial e intrínseca de supeditarse a ese derecho, anterior y superior.

Sin embargo, hay muchas cosas que quedan fuera del ámbito privado, con las que no se puede comerciar, y que no pertenecen a nadie al ser de todo el mundo, como lo son, por ejemplo, el aire y el agua. Ahora bien, debemos recordar que desde hace siglos han surgido, de parte de juristas y filósofos, una serie de preguntas claves como las siguientes:

---

<sup>1</sup> Rosario de la Fuente y Hontañón. Hizo estudios de Derecho en la Universidad de Navarra y en la Universidad de Valladolid, donde obtuvo la Licenciatura. Se doctoró en la Universidad de Cantabria (Santander, España) en el área de Derecho privado, bajo la dirección del profesor Francisco Cuenca Boy. En la actualidad es profesora ordinaria de la Universidad de Piura (Perú), en las áreas de Derecho romano y Derecho civil. Es además, profesora de la Academia de la Magistratura. Pertenece a la Asociación Iberoamericana de Derecho romano (AIDR); al Colegio de Abogados de Lima (CAL); forma parte del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho de la Universidad de Piura; es miembro del Comité Consultivo de la Colección Jurídica Persona de la Editorial Comares (España); es *Referee* de la Revista *Pázmány Law Review* de la *Faculty of Law and Political Sciences* de la *Pázmány Péter Catholic University*, Budapest (Hungría).



¿de quién es el espacio? ¿quién es el dueño de la tierra, del mar y del aire? Las respuestas han sido variadas y numerosas en este largo período de tiempo.

Como aportaciones recientes y de gran interés para los juristas del siglo XXI, traeré las respuestas dadas por el reconocido romanista Álvaro d'Ors y su discípulo Rafael Domingo –propulsor del *Global Law*–, en una abundante y novedosa literatura, y que ha tenido eco en la doctrina posterior. Para d'Ors, el espacio es un término filosófico frecuentemente relacionado con el tiempo, en cuanto ambos suponen limitaciones de la vida mortal, al existir el hombre dentro de un tiempo y un espacio limitados. El espacio se entiende como la totalidad del ámbito de lo sensible, no se trata de una suma de lugares sino el lugar total y único. Es así que ve el mundo en el espacio, y en su opinión, la necesidad del espacio vital es siempre relativa, y no debe aquella medirse por la posibilidad de un control por la fuerza, sino por la necesidad de una existencia natural.

Este modo de entender las cosas corresponde a lo que el jurista ha denominado la Geodierética, una nueva ciencia, en contraposición a la Geopolítica, que considera como una falacia, porque no es una ciencia objetiva sino una modalidad o teoría de la estrategia estatal. Define la Geodierética como parte de la Geonomía (aquellas ciencias que se refieren al régimen de la relación del hombre con su hábitat, en realidad con todo el espacio alcanzado por sus sentidos) en referencia a la justa distribución actual de las parcelas del espacio accesibles al hombre. En definitiva esta ciencia, la Geodierética, consiste en el reparto de la Tierra entre los hombres. “Diéresis” es el reparto, y por “Ge”, puede entenderse no sólo “la Seca”, sino todo el espacio como totalidad del ámbito sensible de los hombres. D'Ors, parte del principio de que el señorío del hombre sobre la Tierra no es de soberano absoluto, sino de administrador responsable, y cada hombre responde de ella porque Dios se la confió. Esta distribución debe asignarse como una “preferencia personal” correspondiente a un administrador del algo común. Estas preferencias personales facultan a sus titulares para exigir judicialmente frente a terceros el respeto debido, y han de considerarse como “servicios” a los demás. Y es que, en el fondo, todo derecho, es decir, toda preferencia, es en sí misma un servicio. Por lo tanto, se puede decir, que el hombre es por naturaleza un ser que sirve necesariamente a sus semejantes, incluso cuando domina como particular cosas patrimoniales concretas, y el negarse a servir para nada ni a nadie es evidentemente contra el derecho natural. En

referencia al derecho de propiedad, lo configura como reflejo del deber de no perturbar determinadas preferencias con respecto a las cosas, de acuerdo a un orden socialmente convenido. Y en definitiva cuando decimos que la propiedad es de derecho natural, advierte d'Ors, el fundamento *natural* para explicarlo se encuentra en el séptimo precepto, “no hurtarás”, porque la propiedad *no es más que una convención social mudable, y cuyo contenido real depende de la naturaleza de las cosas sobre las que versa; el precepto “natural” de no lesionar tales preferencias reales se remite a esa convencionalidad contingente y a esas diferencias físicas de su contenido; esto explica que ése Séptimo mandamiento no se refiera exclusivamente a ese delito tipificado legalmente como “hurto”, sino al deber de respetar cualquier clase de preferencia patrimonial, “absoluta” o relativa; porque desde el punto de vista de la Ética, no hay gran diferencia entre retener lo sustraído o retener el pago indebido, y el no pagar entra así en el hurtar.*

Sin embargo, para el Derecho civil, el aire y el agua, son cosas comunes, es decir, algo que no es susceptible de una preferencia real como lo es la propiedad privada. En el supuesto de que hubiera varios propietarios pueden establecer entre ellos ciertas limitaciones a la propiedad, como por ejemplo, cuando se establece una servidumbre de agua entre las fincas de su propiedad, lo que en definitiva se trata es de una preferencia relativa al suelo y no al agua como tal.

Para finalizar esta introducción, es igualmente de sumo interés, la postura que asume Rafael Domingo en cuanto al *usus* de la tierra: nos recuerda que el intento de construir la teoría del Derecho a partir del territorio ha supuesto uno de los mayores errores de la ciencia jurídica, derivado principalmente del concepto de soberanía estatal. De ahí proviene el nacionalismo radical, verdadero cáncer del Estado moderno, con el reclamo de un territorio independiente en calidad de propietario absoluto. Es lo que le lleva, al iniciador del Derecho global, a expresarse con fuerza al defender que sobre la Tierra, no exista “propiedad” en sentido pleno –al no tener dueño–, por cuanto no es disponible, como tampoco lo es el espacio mismo, y la razón de esta indisponibilidad radica en que todos los seres humanos que han sido, son y serán, forman solidariamente la humanidad, por lo que la disponibilidad jurídica sobre la tierra carece de sentido desde el nuevo e incipiente Derecho Global. Sobre la Tierra, sólo cabe -continúa diciendo



Domingo-, un aprovechamiento o *usus*, junto con el disfrute o *frui*, pero nunca el *habere*, o facultad de disposición del propietario. Es así que el uso de la tierra debe ser solidario, en virtud de la naturaleza social del hombre (la solidaridad es uno de los principios que configuran el *Global Law*, en cuanto deriva a su vez de los principios de justicia y personalidad), permitiendo que todas las generaciones de hombres se aprovechen de ella, pero sin existencia de una capacidad de disposición.

## 2. LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA FILOSOFÍA Y EN LOS JURISTAS ROMANOS. UNA EQUIPARACION ENTRE EL *IUS NATURALE* Y EL *IUS GENTIUM*.

Ahora iniciaremos un itinerario doctrinal, con la mirada puesta en destacados filósofos y juristas romanos, para encontrar la presencia del derecho natural en relación con la propiedad, principalmente en a) Aristóteles, en b) Tomás de Aquino, c) en John Locke (1632-1704), y en el d) filósofo David Hume, en su obra *El Tratado de la naturaleza humana*, desde un punto de vista romanista. Entre los juristas romanos destacaremos las obras de Gayo, del siglo II. d.C, así como algunos textos del jurista Ulpiano en el *Corpus Iuris Civilis*.

- a) Es de todos conocido que Aristóteles, en varias de sus obras utiliza el término *propiedad*, así lo descubrimos en su *Retórica*, en la *Ética a Nicómaco* –en ambas alude al término *posesión*, en el sentido de *propiedad*- y en la *Política*, donde partiendo de su propia experiencia deduce que la propiedad es una necesidad humana para la vida y para que el hombre alcance su fin propio y su felicidad. Es por ello, que la posesión de los bienes debe ser *pacífica*, en caso contrario, impediría la consecución de los fines propios tanto en el ámbito de la familia como en el de la comunidad política. En su obra, la *Política* (Libro I, Cap. III y IV)), un libro clásico fundamental de la filosofía política universal, alude al término propiedad en dos sentidos. El primero de ellos, *como parte de la economía doméstica, la cual debe encontrárselo formado o procurárselo, so pena de no poder reunir los medios indispensables de subsistencia, sin los*

*cuales no se formarían ni la asociación del Estado ni la asociación de la familia. Sin las cosas necesarias son imposibles la vida y el bienestar. El otro, alude a la posesión de las cosas en cuanto los bienes que se poseen son un instrumento para la vida, la riqueza no es más que la abundancia de los instrumentos domésticos y sociales, la propiedad en general una multitud de instrumentos, el esclavo, una posesión animal y todo subordinado. Por lo que la propiedad comprenderá tanto a las cosas como a las personas. Aristóteles, entiende al esclavo como el que por naturaleza no se pertenece a sí mismo, sino a otro; es hombre de otro el que, siendo hombre, es una posesión, y la posesión es un instrumento activo e independiente.*

Todo lo anterior nos hace concluir que el filósofo justifica que la posesión de las cosas exteriores es natural al hombre, porque la adquisición de esos bienes corresponde tanto al padre o jefe de la familia como al jefe de Estado: *Ciertamente, es indispensable suponer siempre la preexistencia de estos bienes. Así como la política no hace a los hombres, sino que los toma como la naturaleza se los da y se limita a servirse de ellos, en igual forma a la naturaleza toca suministrarnos los primeros alimentos que proceden de la tierra, del mar o de cualquier otro origen, y después queda a cargo del jefe de familia disponer de estos dones como convenga hacerlo; así como el fabricante no crea la lana, pero debe saber emplearla, distinguir sus cualidades y sus defectos y conocer la que puede o no servir.*

Aristóteles tiene presente la idea de la necesidad de la división de las propiedades, porque *sin las cosas necesarias son imposibles la vida y el bienestar (...), aludiendo a la vida familiar, donde la propiedad es un medio para que el hombre alcance sus fines, pues (...) es necesario disponer de los instrumentos adecuados si ha de llevarse a cabo su obra.* Ya quedó apuntado que considera a la economía como el medio adecuado para la adquisición de lo necesario, puesto que al hombre le resulta placentero la consideración de algo como propio y poder brindar auxilio con ello a sus amigos, lo que será posible si el hombre tiene alguna posesión propia.



Para Aristóteles el Derecho natural tiene para todos el mismo vigor y es independiente del consenso o del disenso de los hombres, y lo entiende como *aquello de lo que hablan todos de manera misteriosa, es aquello que es justo o injusto por la naturaleza en la vida social. Como parece decirlo Antígona de Sófocles, cuando afirma que es justo enterrar a Polinices, no obstante que aquello había sido prohibido, con la fundamentación de que esto es derecho natural: no desde hoy, no desde ayer, sino desde la eternidad vale esta norma y ninguno sabe de dónde proviene (Sof., Ant. 454 ss.) (...)*. Se trata, en definitiva, no de un derecho impuesto al arbitrio del que ejerce la potestad, sino de un derecho que existe antes de cualquier Estado, y que por lo tanto no podrá ser abolido por ningún poderoso.

b) La obra de Tomás de Aquino –el más fiel representante del pensamiento aristotélico– estudia y analiza el tema de la propiedad, en la *Suma Teologica*, II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, quaestio 66, *De furto et rapina*, como pecados opuestos a la justicia por los que se perjudica al prójimo en sus bienes, donde se formula nueve preguntas. En las dos primeras –las que nos van a interesar–, se plantea 1) si es natural al hombre la posesión de los bienes exteriores y 2) si es lícito que alguien posea una cosa como propia. Para Tomás, el hombre posee por naturaleza sólo lo que le es necesario para subsistir pero no posee con el mismo derecho las cosas superfluas.

1. En cuanto a la primera cuestión, dice Zimmermann que estudia a Tomás, se trata de encontrar en qué sentido el hombre puede disponer de *cosas exteriores*, de lo que no le pertenece a él mismo en cuanto esencia anímico-corporal. ¿Habrá un *orden natural* prescrito al hombre, al que debe adecuar la conducta recta en lo relativo a la propiedad? La respuesta es que el hombre puede conocer de hecho ese orden, y que las cosas naturales poseen una estructura que se sustrae a la potestad y al dominio del hombre, por lo que no se puede disponer completamente de ellas. Sería falso afirmar que el hombre tiene sobre la naturaleza de las cosas un poder ilimitado. Sin embargo, el hombre sí puede usar de las cosas, existe un *derecho natural* hacia la disposición de las cosas, que compete a la totalidad de los hombres.
2. En cuanto a la segunda pregunta, ¿puede alguno poseer una cosa como propia? indica Tomás que existe tal derecho únicamente cuando se trata de la gestión y disposición

de las cosas, pudiendo disponer de ellas como si fueran propias. Y es también necesario a la vida humana por tres motivos: el primero, porque cada persona es más solícita en gestionar aquello que con exclusividad le pertenece, que lo que es común a muchos otros, pues que cada cual huye del trabajo y deja a otros el cuidado de lo que conviene al bien común; el segundo, porque con la propiedad se administran más ordenadamente las cosas humanas si a cada uno le incumbe el cuidado de sus propios intereses; sin embargo, habría confusión si cada cual cuidara de todo indistintamente; y por último, el tercero, porque así el estado de paz entre los hombres se mantiene si cada uno está contento con lo suyo. De ahí que veamos que entre aquellos que en común y *pro indiviso* poseen alguna cosa, se suscitan más frecuentemente las contiendas. Por ello, sí es de derecho natural que el hombre posea las cosas para su subsistencia, de una manera individual, *los hombres aman más y cuidan mejor lo propio que lo común*.

Además, será posible que el uso de los bienes propios se convierta en común pero eso será tarea para el buen legislador. De esta manera, se concreta la doble función de la propiedad, la individual y la social porque también debe servir a las necesidades de todos los hombres, con principal atención a las necesidades de los más pobres.

Por último, es muy cierta la conclusión a la que llega Zimmermann, en cuanto a la transcendencia de la doctrina de Tomás, si consideramos la génesis “del derecho humano a la propiedad”, expresado en la Constitución de París de 1793:

“Le droit de propriété est celui que appartient á tout citoyen de jouir et de disposer á son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie”.

Sin embargo, a esta declaración se opuso, como es bien sabido, Karl Marx, que no comprendió cómo un pueblo que recién estrenaba su libertad, proclamara tan solemnemente el derecho del hombre egoísta separado de los demás hombres y de la sociedad. En esta declaración, dice Marx, “el derecho humano a la propiedad privada es entendido como un derecho a disfrutar de su propiedad y disponer de la misma de una forma arbitraria, prescindiendo de los demás hombres y de la sociedad, como el derecho a la utilidad propia”. Entendida de este modo la propiedad privada, estaría en



contradicción con lo que exige un orden fundamentado en el derecho natural, según lo hemos visto líneas arriba, en el pensamiento de Tomás de Aquino.

Unos años antes en 1776, en otra declaración, la de la independencia americana, Thomas Jefferson aludía, de manera expresa, a las leyes de la naturaleza impuestas por Dios, y a los derechos inalienables reconocidos como verdades evidentes. De igual manera, otro Presidente de los Estados Unidos, el emblemático John Kennedy afirmó que “los derechos del hombre no provienen de la generosidad del Estado, sino de la mano de Dios”.

Como es bien sabido, la irradiación de la doctrina marxista ha sido muy extensa y profunda, en distintos países del mundo, como en Europa, Asia y América del Sur. En este sentido, en una época más reciente, el influjo marxista se extendió, por ejemplo en Chile, como lo advierte Brahm García en su interesante estudio, durante el período comprendido entre 1925 y 1973, en el que el derecho de propiedad privada sufrió una privación de su contenido esencial a través de una legislación intervencionista y contralora, de corte estatista, en un creciente proceso de socialización que culminaría entre los años 1970 y 1973 con el intento de eliminar de raíz el derecho de propiedad privada de acuerdo al modelo marxista.

- c) John Locke (1632-1704), pensador inglés considerado el padre del empirismo y del liberalismo moderno, considerado como un liberal constitucionalista, en su obra *Second Treatise of Government (Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil)*, publicada por vez primera en 1690, afirma el principio de los derechos naturales individuales. Ante la pregunta ¿es la propiedad un derecho natural?, el filósofo refiere que en el *estado de naturaleza* sí existe una *ley natural* que todo ser humano puede descubrir mediante la razón. Dicha ley dicta que al ser todos los hombres hijos de Dios, cada ser humano tiene la obligación de preservarse, de tal forma que ningún hombre puede perjudicar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. Por lo tanto, para Locke el derecho a la propiedad constituye un derecho natural, un derecho original que, como la vida, la salud o la libertad debe ser respetado por todos los hombres. En el Capítulo V, titulado “*Of Property*”, Locke va desarrollando los argumentos para justificar el derecho de propiedad en

el *estado de naturaleza*, con base en el supuesto de que poseer legítimamente una propiedad da al propietario una serie de derechos sobre ella: *no solo puede usarla, sino además transferirla vendiéndola o regalándola. Esto incluye también dejarla en herencia a sus herederos*. Locke argumenta que hay una propiedad que sí le es natural al hombre, siendo exclusiva de él: su propia persona y por lo tanto, su *trabajo*, considerado como una extensión inmediata de su cuerpo. Es así, que en el estado natural las cosas apenas tienen valor en sí mismas, al no producir ningún beneficio hasta que se aplica en ellas el trabajo del hombre. De esta forma, se concluye de que para Locke es el trabajo lo que confiere el derecho de propiedad en el estado de naturaleza. Como el trabajo es propiedad original y natural del hombre, cuando se aplica a la tierra comunal y a sus productos da origen a la propiedad privada.

Como es bien conocido, la teoría de la propiedad de Locke no ha sido pacífica en la doctrina y ha sido evaluada e interpretada por diversos autores, tales como Wilmoore Kendall, Leo Stmuss, Richard Cox, McPherson, de la segunda mitad del siglo XX. Pero quizá uno de los estudios más relevantes e importantes, con una detallada interpretación acerca de la Filosofía Política de Locke, sea el de Martin Selinger, de 1969, *The Liberal Politics of John Locke*, al entender que su teoría de la propiedad es el eje de su pensamiento político.

- d) David Hume (Edimburgo, 1711), en el libro III del *Tratado de la naturaleza humana*, trata del origen de la justicia y de la injusticia, y de las reglas que determinan la propiedad. Un autor que se ha ocupado expresamente en poner de manifiesto las claves romanistas de la breve exposición que David Hume dispensa al derecho de propiedad, es el romanista Cuenca Boy, en un artículo titulado: “Apuntes romanísticos sobre el derecho de propiedad en el *Tratado de la naturaleza humana* de David Hume” (2007), que por su interés merece la pena asomarnos a ellos. El filósofo que comenzó la carrera de Derecho –y luego la abandonó- conoció las obras de Voet y de Vinnius, autores cuyos textos se utilizaban en la enseñanza. El *Civil Law* se enseñaba en Edimburgo en dos



cursos, en latín: en el primero, las Instituciones de Justiniano y en el segundo, el Digesto. Refiere Cuenca Boy, que la preservación de la propiedad es para Hume el cometido principal de la justicia, la que debe incluso su propio origen al reconocimiento y regulación convencional de las propiedades. El único remedio contra el natural egoísmo en la apetencia y tenencia de los bienes, y la limitada generosidad de los hombres – que ha dado origen a tantos pleitos y riñas a lo largo de la historia- consiste en la convención, en la que participan todos los miembros del grupo social, *dejando que cada uno disfrute pacíficamente de aquello que pudo conseguir gracias a su laboriosidad o suerte*. Por lo que se dará prioridad a la posesión, antes que a la propiedad y cuando todos los hombres hayan adquirido la estabilidad de sus posesiones, surgirán las ideas de justicia en injusticia, de propiedad, derecho y obligación. Hume apunta una idea de ascendencia romana, primero es la posesión –una situación de hecho-, después la propiedad –situación de derecho-, no se confunden pero sí hay una relación muy estrecha entre ambos conceptos: *como la propiedad establece una relación entre una persona y un objeto, es natural que la encontremos ya en una relación precedente; y como la propiedad no es sino una posesión constante consolidada por las leyes de la sociedad, es natural que la unamos a la posesión actual, que constituye una relación semejante*. Destaca Cuenca Boy, que la *relación precedente*, puramente de hecho, es la posesión actual, mientras que la propiedad es artificio, es convención, es aquella proyección de la mente que recubre el hecho extrajurídico de la posesión con los atributos de la legalidad. Por lo que esta explicación no hubiera sido posible sin la distinción de raigambre romana, entre posesión y propiedad. Por último, para Hume, las cuatro circunstancias que dan origen a la propiedad en el seno de una sociedad ya establecida son: la ocupación, la prescripción, la accesión y la sucesión. El uso de estos términos refleja la estrecha dependencia de las reglas romanas sobre la propiedad, incluida la sucesión como uno de los modos de adquirir.

Dirigimos seguidamente nuestra atención al examen de algunos textos de los juristas romanos, para apreciar en ellos la presencia del derecho natural.

Como bien sabemos, el Derecho romano es un derecho científico, es producto de la ciencia de los juristas privados, que trataban de buscar la justicia en el caso concreto, teniendo en cuenta aquellos datos naturales y sociales para ajustar su doctrina a la realidad práctica que se les presentaba. Es lo que el profesor Waldstein -en diversos trabajos y con una amplia literatura-, ha denominado, la “praxis del derecho natural” de los juristas romanos, al acudir al derecho natural para la búsqueda de la solución justa en el caso concreto. Además, interesa destacar que algunos de esos datos venían impuestos por la misma naturaleza de las cosas (*rerum natura*), según el derecho natural. Así el jurista Gayo en sus Instituciones (2.65) afirma que ciertas cosas se enajenan por derecho natural, como las que se transfieren por la tradición, al igual que aquellas que no son de nadie (*res nullius*) podremos ocuparlas, como es el caso de todas las cosas que se capturan en la tierra, el mar y el cielo. También es de derecho natural el principio de que la propiedad de un edificio sigue al suelo (*superficies solo cedit*), o aquel que dispone que pueda adquirirse la propiedad por medio de la unión de cosas, como en los supuestos de la accesión o de la especificación. Por último, otro principio asimismo impuesto por la misma naturaleza es el del que el dinero sirve para gastarse.

En Roma, se utilizó el término *dominium* (en cuanto indica el señorío sobre las cosas), desde fines de la República, para referirse a la más plena pertenencia de una cosa corporal, porque lo que importaba era el comportamiento del sujeto como *dominus* de la casa y de todo el patrimonio personal. Sin embargo, el término *proprietas*, de donde deriva propiedad, empieza por significar la pertenencia limitada de una cosa, principalmente, la del “nudo propietario”, cuyo derecho queda limitado por el usufructo de otra persona. En la jurisprudencia romana, la expresión *pater familias*, significaba a la persona que disponía libremente de su patrimonio, por eso con la expresión *bonus pater familias* se hacía referencia al modelo que había que seguir, del buen padre de familia, del diligente administrador de los bienes. Otro de los límites a la propiedad estaba ligado a la posibilidad de llegar a ser o no heredero, por establecerlo de esa manera las leyes, como en el caso de las *leges caducarias* o la legislación matrimonial de Augusto, que sancionaba a los *coelibes* despojándoles de los bienes o el caso de los *orbi*, quienes recibían la mitad de la herencia. Como los *peregrini* (extranjeros) no podían heredar de



los ciudadanos romanos, conforme al *ius civile*, va a surgir la figura del fideicomiso, como un límite al Derecho de propiedad.

Ahora bien, ¿qué se entiende por Ley natural y en qué consiste el Derecho natural? ¿Podemos equiparar la ley natural y el Derecho natural? Ante la pregunta acerca de qué es la ley natural y cómo podemos conocerla, podemos decir que la ley natural obedece a una estructura natural del ser humano, obedece a los fines naturales del hombre, a las inclinaciones que proceden de la naturaleza humana. Es también, una prescripción o regla de la razón, porque se refiere al actuar libre del hombre la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre. El profesor Hervada la define como *el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona*. Para poder conocer la ley natural el camino es el de profundizar en el conocimiento de la naturaleza humana y de sus fines, del que la razón deduce los preceptos de la ley natural.

Por otro lado, el derecho natural como depende de la genuina naturaleza del hombre y de su posición respecto de las cosas, es universal e inalterable. El hombre en su mal uso de la libertad puede infringirlo, pero apreciamos como algo constante que lo natural siempre se impone, porque está invariablemente en nosotros.

Pues bien, la ley natural y el derecho natural no pueden separarse, ni tampoco deben confundirse. El derecho natural es aquella parte de la ley natural en referencia a las relaciones de justicia. Por eso a la ley natural se le llama Derecho natural en cuanto es regla de Derecho, y sólo bajo este aspecto. De esta manera, el precepto “no hurtarás”, si bien tiene una vertiente moral, es también derecho natural en cuanto mira al derecho de propiedad. Ahora bien, ¿puede decirse que el derecho de propiedad surge del precepto “no hurtarás”? La respuesta es negativa, la norma de no hurtar es consecencial al Derecho de propiedad, puesto que no se tiene el derecho de propiedad –así como los otros derechos humanos- porque exista el precepto, sino que éste existe porque existen los derechos. Y esto es así porque los derechos naturales no nacen de un juicio de razón –como lo es la ley natural-, sino de la naturaleza humana.

Como afirma d’Ors, los romanos tuvieron justa conciencia de la superioridad de su *ius civile*, pero en él hay instituciones con plena validez para todos los pueblos que se

relacionaban con Roma, porque se fundan, más que en la forma, en la lealtad a la palabra dada, es decir la *fides*, eje esencial del pensamiento jurídico y político de Roma. Este derecho común es el llamado *ius gentium* o *naturale*, entendido en un inicio como un derecho que unía a Roma con otros pueblos, pero que al desaparecer en el 212 d.C la diferencia entre romanos y peregrinos, pasará a ser una fuente histórica de instituciones comunes, en especial las relativas a la esclavitud y a la guerra. Sin embargo, la consideración de que los hombres nacen libres por naturaleza, hizo que los autores cristianos –contrarios a la esclavitud- separaran el *ius gentium* del *ius naturale*.

El *ius naturale* romano acompaña en toda su andadura al Derecho de gentes, pues la *sciencia iuris Romanorum* no tuvo reparos en derivar las normas directamente de la contemplación de la vida. Si bien, distintos en su origen y objetivos, han permanecido juntos durante siglos, incluso han llegado a identificarse, y ha sido así, desde que Cicerón (106-43 a.C) empleara por vez primera la expresión Derecho de gentes (*ius gentium*) pero a la luz del Derecho natural (*ius naturale*), en su diálogo sobre *La República* (3.22.33):

“Ciertamente existe una ley verdadera, de acuerdo con la naturaleza, conocida por todos, constante y sempiterna (...). A esta ley no es lícito agregarle ni derogarle nada, ni tampoco eliminarla por completo. No podemos abrogarla por medio del Senado o del pueblo. Tampoco hay que buscar comentador o intérprete de ella. No existe una ley en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra en el porvenir; sino una misma ley, eterna e inmutable, sujeta a toda la humanidad en todo tiempo (...)”

Se trata, por lo tanto, de un Derecho natural que es recibido de la naturaleza y reconocido como tal por la inteligencia humana.

También el jurista Gayo define el *ius gentium* en D. 1.1.9 como:

“(...) el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de “gentes”, como derecho que usan todas las gentes o pueblos”

En este sentido no cabe duda de la identificación entre el *ius gentium* y el *ius naturale*. De igual manera, en otro texto del Digesto (D.41.1.9.3), Gayo reconduce los mismos modos de adquirir la propiedad también al *ius gentium*:

“También adquirimos por derecho de gentes lo que adquirimos por medio de la tradición [o entrega], pues nada hay tan propio de la justicia natural como el que valga la voluntad de un propietario que quiera transferir una cosa que le pertenece a favor de otra persona”

En el pasaje del Digesto D.1.1.2, el jurista Ulpiano alega como fuente del derecho privado al *ius naturale*, junto al *ius gentium* y al *ius civile*:

“El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y civiles”

En otro pasaje D.1.1.6 pr, Ulpiano ofrece una interesante información:

“Es derecho civil el que ni se aparta en todo del natural o de gentes ni se conforma totalmente a él. Así, pues, cuando añadimos o sustraemos algo al derecho común, lo hacemos derecho propio, es decir civil”

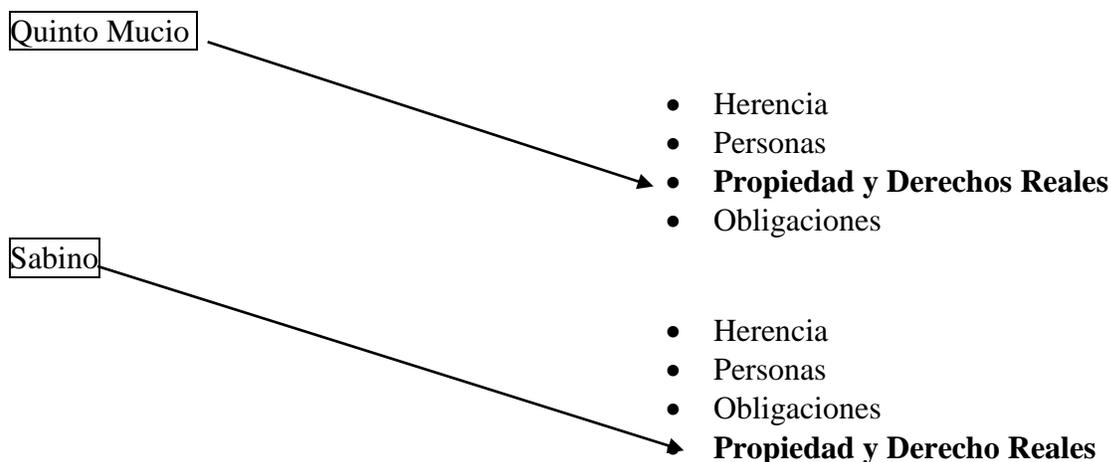
Waldstein, en el análisis del último pasaje, observa que queda claro que tampoco el *ius civile* ha sido creado gracias a un comportamiento arbitrario del legislador a partir de la nada, sino que viene condicionado por la existencia de los otros dos sistemas, el *ius naturale* y el *ius gentium*. Por ello se entiende, que según el *ius naturale* o *ius gentium* la propiedad pueda transferirse gracias a la voluntad del propietario y la entrega de la cosa en conexión con una causa jurídica, la que podrá ser una donación o una compraventa. Sin embargo, el *ius civile* ha añadido para determinadas cosas, como el caso de las *res mancipi*, unas determinadas formalidades para su efectiva transmisión, como la ceremonia de la *mancipatio*, o la *in iure cessio*. En conclusión, lo expuesto líneas arriba, deja claro en qué medida el derecho romano hace posible la noción de derecho natural, pero que no se encuentra en una teoría abstracta, sino como ya se dijo anteriormente, en el desarrollo real de un ordenamiento jurídico, que ha contribuido a la formación jurídica de Europa, de Iberoamérica, y en realidad de todo el mundo civil.

### 3. EL ARRAIGO DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CODIFICACIÓN CIVIL Y EN LAS CONSTITUCIONES

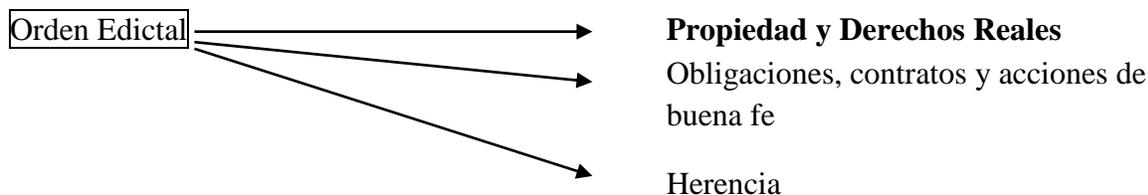
Como bien sabemos, no hubo en Roma una sistemática del Derecho romano, no tuvo una especial necesidad de sistematización doctrinal, como lo advierte Cuenca Boy, ni legislativa intensa, ni en sentido moderno ni en sentido antiguo, y que es muy dudoso que en ninguna fase de su desarrollo se haya aproximado *ex natura sua* a la imagen cabal del sistema jurídico de la Teoría del Derecho contemporánea. Es la Codificación el fenómeno histórico que marca el paso definitivo a una nueva consideración del derecho y de la

*scientia iuris*. En la cultura jurídica continental el movimiento codificador representa la culminación de la idea de sistema, derivada a su vez de la tradición racionalista europea.

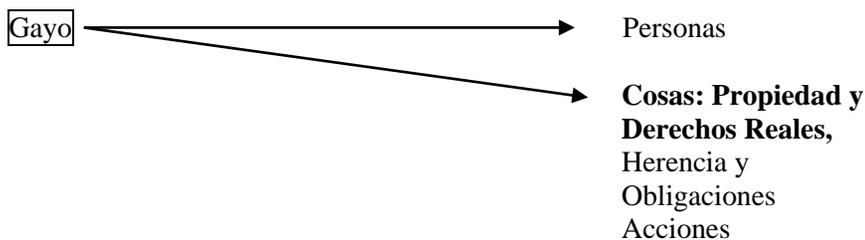
Sin embargo, podemos reconocer dos formas de ordenación expositiva en los juristas clásicos: el orden Muciano-Sabiniano y el orden edictal. El primer intento de exposición ordenada de las instituciones del *ius civile* fue debida, en efecto, a Quinto Mucio, en sus dieciocho libros de Derecho Civil, cuyo orden fue adoptado, con ciertas variantes, por Sabino, y seguido en las obras de los juristas posteriores en la forma de comentarios *ad Sabinum*; en líneas generales, puede reconocerse el siguiente orden expositivo:



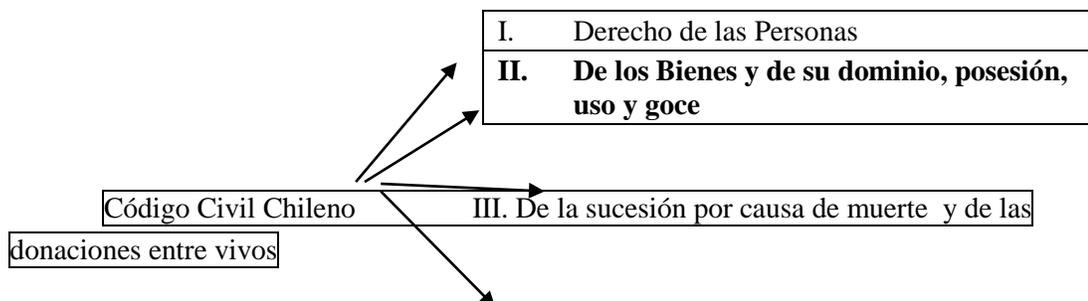
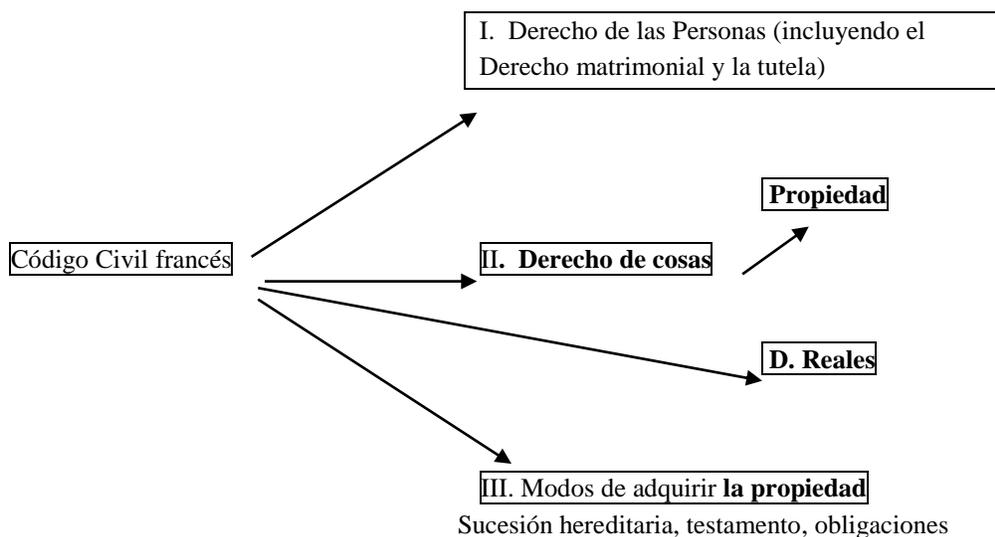
Frente a este tipo de ordenación, existe otra, que sigue el orden del Edicto, de carácter asistemático y procesal, y es el propio de las obras de los juristas relativas a comentarios *ad Edictum*. Aunque de carácter asistemático, puede reconocerse a grandes rasgos, la siguiente distribución de materias, dentro de las Instituciones de Derecho Privado:



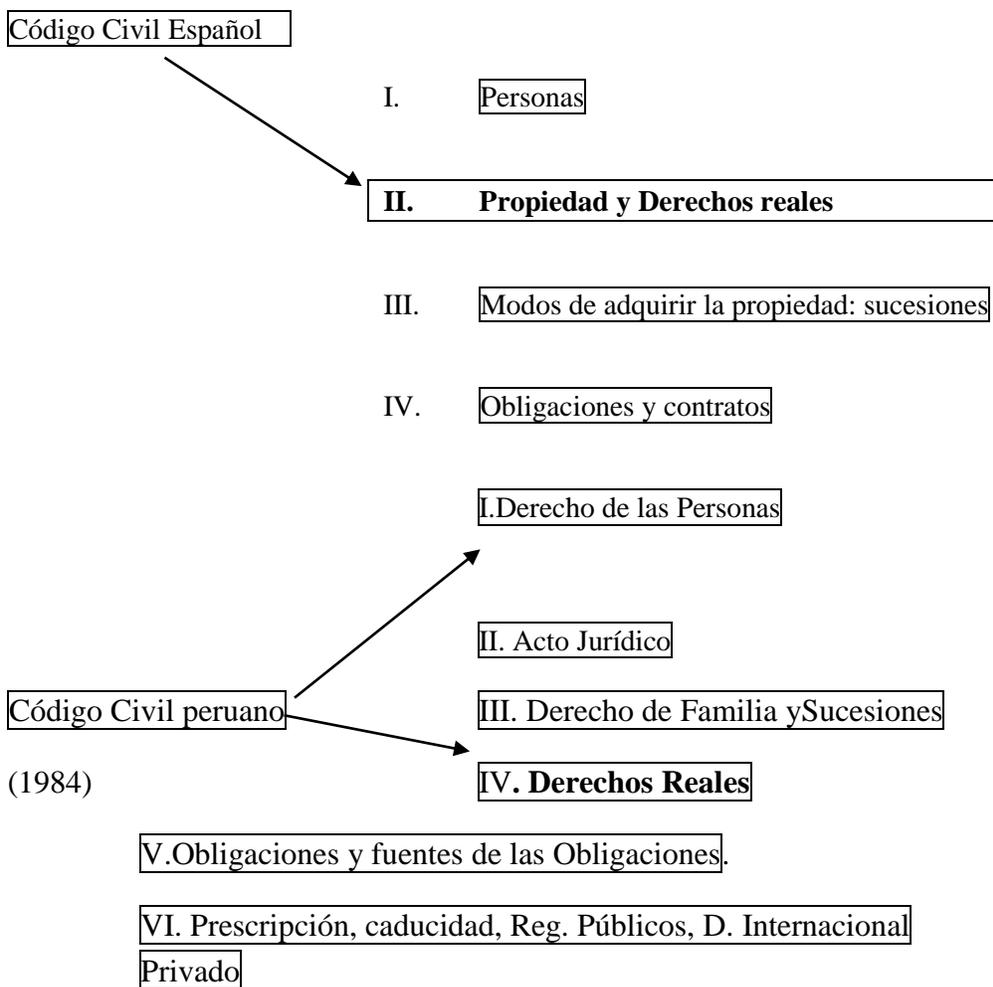
La base para las modernas exposiciones sistemáticas es puesta por el orden que, con fines didácticos, adopta Gayo en sus Instituciones en la forma siguiente:



Este orden es seguido por las Instituciones de Justiniano, mientras que el Digesto sigue, en cambio, el orden edictal. La sistemática gayano-justiniana constituye el fundamento del sistema del Derecho racionalista de Pothier, adoptado luego por el Código de Napoleón (1804), cuya sistemática siguen, con algunas variantes, otros Códigos civiles:



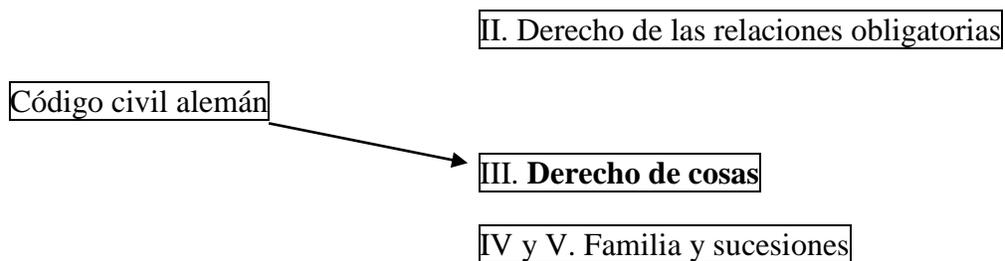
## IV. De las Obligaciones en general y de los contratos.



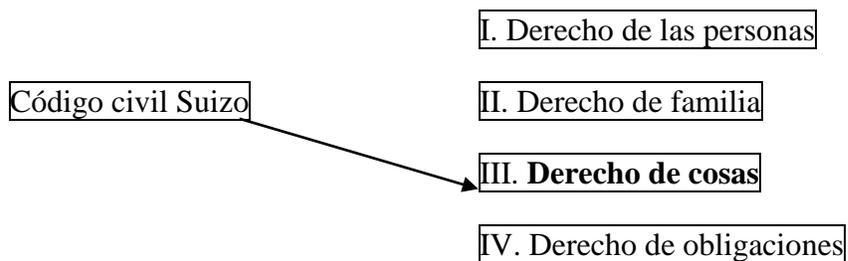
Fruto de la Pandectística alemana del siglo XIX fue el Código civil alemán (1900), que instaura una sistemática distinta de la del Código civil francés y que había de ser utilizada en las exposiciones del Derecho civil moderno, e igualmente en las del Derecho Romano:

## I. Parte general





Una más moderna exposición es, por último, la del:



Como lo acabamos de resaltar líneas arriba, en los códigos civiles se regula a la propiedad y se la define, de manera general, como aquel derecho real que recae sobre las cosas o los bienes susceptibles de apropiación y aprovechamiento económico. En el art. 348 del Código civil español: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”. Para el Código civil chileno, en su art. 582: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno: La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”. El legislador peruano, en el art. 923 define: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. El reciente Código civil brasileiro en su art. 1.228, regula que: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o

estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Podemos destacar en las mencionadas definiciones –muy semejantes entre ellas– que los límites del dominio o propiedad se encuentran en la ley (como el supuesto de la expropiación, consecuencia de la potestad del Estado) y en el derecho ajeno, debiendo ejercerse siempre en armonía con el interés social. En el art. 5° de la ley de introducción del Código civil brasileiro se plasma este sentido social, orientando la función del juez: *“En la aplicación de la ley, el juez atiende a los fines sociales a la cual se dirige y las exigencias de bien común.”*. Como una norma-principio, se aplicará como regla de conducta y orientará todas las demás leyes. De esta forma, la propiedad, de una visión liberal-individualista, pasa a obtener una concepción social-humanista, dejando de ser un derecho exclusivo e ilimitado. La existencia de la propiedad pasa a estar condicionada a la función social y económica, destacando el derecho de la preservación de los derechos centrales del ordenamiento jurídico, como la dignidad de la persona, o el medio ambiente.

De igual forma, en las Constituciones encontramos recogido el derecho de propiedad como un derecho esencial, fundamental, constitucionalmente protegido. En la Constitución chilena se consagran los principios fundamentales acerca de la propiedad privada en el art. 19 nn. 23 y 24: 1) la Constitución consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos a los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, o que deban pertenecer a la nación, o que la ley así lo declare (cuando no están dentro del comercio de los hombres); 2) la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. En la Constitución peruana, la propiedad como derecho fundamental está regulada en los arts. 2°, incisos 8 y 16, y art. 70: “Toda persona tiene derecho a la propiedad (y a la herencia); a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto (...). El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y



previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”. En el ámbito interamericano está reconocido en el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, estableciendo que: toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes (materiales e inmateriales); dicho uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al interés social; se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”, mediante el pago de una justa indemnización, entre otros supuestos.

Para ir concluyendo: la propiedad es un derecho inherente a la persona, corresponde por naturaleza a todos los seres humanos, quedando autorizados para usar y disponer, con autodeterminación, de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación, compraventa, herencia, etc. El derecho de propiedad asegura la conservación de la integridad del patrimonio de la persona, y por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo. También, la propiedad es una “garantía institucional” frente a expropiaciones ilegítimas, es decir confiscatorias. El derecho de propiedad tiene una función social, en conformidad a las finalidades del Estado social y democrático, en cuanto además de atender a los intereses patrimoniales del propietario, se debe tener en cuenta los intereses de terceros y de la comunidad.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Brahm García, E. *Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973. Aspectos relevantes en el avance de la legislación socializadora*. Universidad de Los Andes. Santiago de Chile.
2. Caprile Biermann, B. (2000). “La reserva de propiedad: ¿Garantía eficaz en el Derecho chileno?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27, n° 1, pp. 29-49. Santiago de Chile.
3. Cuenca Boy, F. (1998). *Sistema jurídico y Derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria. Santander. España.

4. Cuenca Boy, F. (2007). “Apuntes romanísticos sobre el Derecho de propiedad en el *Tratado de la naturaleza humana* de David Hume”, en *Estudios de Derecho romano en homenaje al profesor Dr. D. Francisco Samper*, con ocasión de su jubilación en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 317-331.
5. De la Fuente y Hontañón, R. (2013). “*Occupatio, Usurpatio, Adsignatio*. Una semejanza entre el régimen minero imperial y el de la América española”, en obra colectiva, *Direito Romano. Poder e Direito*, Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, pp.1127-1152
6. De la Fuente y Hontañón, R. (2012). *La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano*. Palestra. Lima.
7. De Lezica, M. (2010), “Propiedad privada” en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*. Vol. III, México. pp. 1441-1449
8. Domingo, R. (2012). *Elementos de Derecho romano*<sup>2</sup>. Thomson Reuters. Pamplona.
9. Domingo, R. (2009). *¿Qué es el Derecho global?*<sup>3</sup>. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
10. D’Ors, A. (1995). *Derecho y sentido común. Siete lecciones de Derecho natural como límite del Derecho positivo*. Cuadernos Civitas. Madrid
11. D’Ors, A. (1998). *La posesión del espacio*. Cuadernos Civitas, Madrid.
12. D’Ors, A. (1999). *Nueva introducción al estudio del Derecho*. Cuadernos Civitas. Madrid.
13. D’Ors, A. (2004). *Derecho privado romano*<sup>10</sup>. EUNSA. Pamplona.
14. Evans Espiñeira, E. (2001). “El bien común en el ejercicio de algunos Derechos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, n.2, pp. 227-237. Santiago de Chile.
15. Fuenteseca, M. (2004). *La formación romana del concepto de propiedad. Dominium, proprietas y causa possessionis*. Dykinson. Madrid.
16. Fuenteseca, P. (2009). *Estudios de Derecho romano*. Cap.XXXIII, “El *titulus* y el *modus* de los Glosadores boloñeses. Clave interpretativa del asíndeton usus



- auctoritas (XII Tab. VI.3) y de la historia del concepto romano de la propiedad”, pp. 1659-1693
17. Gómez Camacho, F. (1998). *Economía y filosofía moral: la formación del pensamiento económico europeo en la Escolástica española*. Editorial Síntesis. Madrid.
  18. González Castillo, J. (2007). “El Derecho de propiedad y la intangibilidad de los contratos en la Jurisprudencia de los requerimientos de inaplicabilidad”, en *Revista de Derecho Chilena*, Vol. 34, n° 2, pp. 345-360, Santiago de Chile.
  19. Guzmán Brito, A. (2006). *Historia de la Codificación civil en Iberoamérica*. Thomson. Aranzadi. Pamplona.
  20. Hervada, J. (1999). *Introducción crítica al Derecho natural*. Colección Jurídica. Universidad de Piura.
  21. Orrego Acuña, J.A (2013). “La propiedad”, en [www.juanandresorrego.cl](http://www.juanandresorrego.cl), última versión, 1 de marzo del 2013, Santiago de Chile.
  22. Precht Pizarro, J.E. (2001). “Las limitaciones a los derechos fundamentales en Chile y una Cláusula general regulatoria de tales limitaciones”, en *Revista de Derecho Chilena*, Vol. 28 n° 2, pp. 277-279, Santiago de Chile.
  23. Ramírez Vizcaya, S. “La justificación del derecho a la propiedad”, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y letras, en [Academia.edu](http://Academia.edu).
  24. Rey, F. (2006). “El devaluado derecho de propiedad privada”, en *Persona y Derecho*. Vol. 55). Pamplona. pp. 959-995
  25. Rodota, S. (1986). *El Terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Civitas. Madrid.
  26. Ruiz-Tagle Vial, P. (2001). *Propiedad intelectual y contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
  27. Schack, A. (2008). “El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, n° 2, pp. 261-292. Santiago de Chile.
  28. Sierra Bravo, R. (1967-1968). “Las transformaciones sociales modernas y la propiedad privada como institución de derecho natural”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 13, pp. 285-324.

29. Soza Ried, M.A (2003). “La naturaleza jurídica de la tradición: acto o hecho jurídico”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, n° 2, pp. 287-305. Santiago de Chile.
30. Vanney, M.A. (2009). *Libertad y Estado. La Filosofía Jurídico-Política de Álvaro d’Ors*. Thomson Reuters. Pamplona.
31. Vaughn, Karen I. (1985). “Teoría de la propiedad de John Locke: Problemas de interpretación”, en *Revista Libertas* 3, ESEADE, pp. 1-41.
32. Waldstein, W. (2007). *Lecciones sobre Derecho natural: En el pensamiento filosófico y en el desarrollo jurídico desde la Antigüedad hasta hoy*. Academia de Derecho. Universidad de Santo Tomás. Santiago de Chile.
33. Waldstein, W. (2007), “En torno a la importancia del Derecho natural en materia de propiedad en el Derecho romano”, en *Estudios de Derecho romano en homenaje al profesor Dr. D. Francisco Samper*. Librotecnia. Santiago de Chile, pp. 653-671.
34. Wesenberg, G.-Wesener, G. (1998). *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Trad. De J.J. de los Mozos Touya. Valladolid.
35. Zimmermann, A. (1978). “En torno a la doctrina de Tomás de Aquino sobre el Ius Naturale”. En *Anuario Filosófico*, Vol. 11, n° 1-2-3, pp. 169-186

