

## Consideraciones previas respecto el derecho de propiedad

María Constanza Lizana, abogada

Así la invitación es a superar la reflexión claustrofómicamente jurídica o puramente especulativa respecto del sentido y pertinencia del Derecho de Propiedad en esta discusión.

Al respecto corresponde analizar e interrogarnos críticamente sobre el **rendimiento**, vale decir la utilidad y legitimidad del Derecho de Propiedad como mecanismo útil y legítimo para garantizar el ejercicio del derecho a habitar, y este último como derecho fundamental que ha de considerarse en nuestro ordenamiento jurídico en miras de una nueva constitución.

Y, adelantándonos un poco a la conclusión, todo nos pareciere mostrar que la función social y privada del derecho de propiedad, son dos caras de una misma moneda, que no logran dar respuesta suficiente al derecho a habitar y el derecho de todos y todas a la ciudad.

### **La función social solo limita o acota la función privada del derecho de propiedad**

El derecho de propiedad goza una situación privilegiada en el ordenamiento, estableciéndose como uno de los derechos fundamentales que posee mayor protección, y el cual se encuentra limitado sólo por su función social (y sin que ésta pueda limitar su esencia).

Además, contextualizando cabe señalar que el derecho de propiedad se ejerce en la medida que el sujeto objeto del derecho tiene o posee una cosa sobre la cual ejerce el derecho (propietario). Distinto derecho a la vida, salud, educación, incluso habitar.

Con esta lógica, se ha reposado en la función social de la propiedad la limitación democratizante del derecho de propiedad

En la actualidad se ha descansado en el derecho de propiedad, y por ende, en el derecho de los propietarios, como medio **para determinar legítimamente el ejercicio del derecho al habitar; y en correspondencia, de este mismo modo se ha establecido el ordenamiento de la ciudad.**

El derecho urbanístico, que representaría la función social del derecho de propiedad, norma que en pos del bien común limita el ejercicio absoluto de la propiedad (o del propietario) y conforme a esta se busca ordenar el territorio y garantizar (o más bien regular) el ejercicio al derecho al habitar y a la ciudad. Por ejemplo, el caso Conjunto Armónico Bellavista en Recoleta.

De este modo, a través de la carga/delimitación que implica la función social de la propiedad a su función privada, se ha establecido que el derecho de los propietarios privados debe organizarse de tal o cual forma, a así armonizar tanto el bienestar del propietario como el de los no propietarios (todos quienes ejercen el derecho a habitar), determinando en ese quehacer el ordenamiento y la fisonomía de la ciudad

Sin embargo, claro está que esto no ha sido suficiente para satisfacer el derecho a habitar y el derecho a la ciudad.

Cabe entonces, analizar las exigencias desde el sentido y repercusión del derecho de propiedad.

Desde un punto de vista de cambio constitucional, (idea de este conversatorio) tiene sentido entonces discutir respecto si es el derecho de propiedad el medio con mejor rendimiento para garantizar el derecho al habitar y el derecho de todos y todas a la ciudad y como **coordinador del ejercicio de habitar y de la producción social del hábitat.**

En el ámbito del derecho de propiedad, la función social tiene un rol subordinado a la función privada, donde si bien busca regular y limitar a la primera, finalmente se reafirma la esencia del derecho de propiedad, fijando mediante la función social, solo ciertos límites que no alteran la función privada, Por ejemplo, con la apropiación de las normas urbanísticas por parte de los privados, como ocurre con la obtención de un permiso de edificación, aun cuando éste contenga normas contrarias a la ley; en estos casos termina primado el derecho de propiedad sobre la norma ilegal que el orden publico urbanístico la que representa la función social de la propiedad.

De este modo, se mantiene (por ejemplo) el predominio de la condición de intercambiabilidad de lo propio (o apropiado) por sobre su condición de uso. Fomentando prácticas como la especulación y evidenciando la esterilidad de la función social para evitar el ejercicio antisocial del bien apropiado.

¿Cuáles son las exigencias?

Conforme lo ya discutido, la función social, llevada al límite de su rendimiento, no representa el predominio del interés público, en tanto no logra acotar y organizar entorno al bien común el ejercicio del derecho privado de la propiedad (el que por lo demás define su carácter afirmativo en función de la exclusión); sino tan sólo viene en legitimar un tipo de relación social específica donde el predominio de la función privada del ejercicio del derecho a la propiedad, subordina el interés público.

Así las cosas, la historia de los programas y políticas de vivienda, por ejemplo, han operado siempre dentro del mismo paradigma los ultimo 40 años, siempre buscando convertir al habitante en propietario y las experiencias más próximas de programas de vivienda (dinámica sin deuda, 174, DS 1 y DS 49) siguen operando en la misma lógica subordinando el derecho a habitar al derecho de propietarios.

Por tanto, sobre el rendimiento del derecho de propiedad para organizar el ejercicio del habitar, podemos llegar a la conclusión que a lo menos no es suficiente, no soluciona los problemas de suelo, no satisface la necesidad de vivienda adecuada ni menos el desarrollo de hábitat residencial, así como no permite una ordenación equitativa respecto el territorio.

**Estamos convocados a repensar la prelación entre derecho de propiedad y el derecho a habitar**, como derecho fundamental y como bases de la sociedad que queremos formar y en la que queremos participar, privilegiando el vivir bien, la construcción de una ciudad para todos y todas, y el derecho a habitar, por sobre el derecho a apropiación y posesión y estos como-regentes del derecho a habitar) con el fin de derribar el legado político-económico de la dictadura cívico militar, dejando atrás no sólo la constitución hecha en dictadura, sino una dictadura hecha constitución.

*Santiago, 14 de abril, 2016*