



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

“DERECHO DE PROPIEDAD, LIMITACIONES Y EXPROPIACIÓN”

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

I

**CATHERINE COLLINS VON HAUSEN
JORGE SABAJ VÉLIZ**

**Profesor Guía
Salvador Mohor Abuauad**

Santiago, Chile
2008

“El gobierno tuvo su origen en el propósito de encontrar una forma de asociación que defiendan y protejan la persona y la propiedad de cada cual con la fuerza común de todos.”

Jean Jaques Rousseau

ÍNDICE

	Página
RESUMEN DE LA OBRA.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I	
DERECHO DE PROPIEDAD.....	11
1.1. Antecedentes Previos.....	11
1.2. Concepto de Propiedad.....	14
1.3. Evolución Histórica: de la Constitución Provisoria de 1818 a la Constitución Política de la República de 1925.....	37
1.4. Marco Regulatorio Constitucional.....	53
1.4.1. Garantía Formal del Derecho de Propiedad.....	57
1.4.2. Garantía Material del Derecho de Propiedad.....	70
1.5. Contenido Esencial del Derecho.....	73
1.6. Contenido Pasivo: Las Obligaciones Reales o Propter Rem.....	83
1.7. Función Social de la Propiedad.....	85
CAPÍTULO II	
LAS LIMITACIONES AL DOMINIO.....	91
2.1. Antecedentes previos.....	91
2.1. Concepto.....	93
2.3. Las limitaciones al dominio en el Código Civil.....	97
2.4. Las limitaciones al dominio en la Constitución Política de 1980.....	100
2.5. Clasificación.....	109
2.6. Efectos.....	116
2.7. Esencia del derecho de propiedad.....	120
2.8. ¿Son indemnizables las limitaciones al ejercicio del dominio?.....	124

	Página
CAPÍTULO III	
LA EXPROPIACIÓN.....	127
3.1. Concepto y elementos constitutivos.....	127
3.2. Normativa Vigente.....	131
3.2.1. Decreto Ley N° 2.186.....	131
3.2.1.1. Acciones de reclamación por expropiación establecidas en el D. L. N° 2.186.....	139
3.2.2. Ley General de Urbanismo y Construcción y Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.....	147
3.3. Análisis de los Elementos Constitutivos del Concepto de Expropiación.....	154
3.3.1. Sujetos.....	154
3.3.2. El Acto de Habilitación.....	156
3.3.3. El Acto Expropiatorio.....	158
3.3.4. El Objeto.....	160
3.3.5. La Causa.....	161
3.3.6. El Procedimiento.....	174
3.3.7. La Indemnización.....	174
 CAPÍTULO IV	
CONCLUSIONES.....	180
 BIBLIOGRAFÍA.....	186
 ABREVIATURAS.....	196
 ANEXOS.....	197

RESUMEN DE LA OBRA

La determinación de la verdadera protección que la Constitución Política entrega al derecho de propiedad nos lleva a desarrollar el presente trabajo. Esta problemática surge al enfrentar el texto constitucional con el desarrollo doctrinario sobre la materia, el espíritu del legislador y las tesis acogidas por nuestros Tribunales de Justicia, lo que nos lleva a enfrentar distintas situaciones donde los titulares de este derecho se enfrentan a una zona de indeterminación.

Este trabajo tiene por misión presentar al derecho de propiedad en su carácter de Garantía Fundamental, consagrada en el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución Política.

Para estos efectos analizaremos su concepto, características y elementos constituyentes, dando especial énfasis a sus garantías formales y materiales, la esencia del derecho, y la función social de la propiedad, en su calidad de único concepto que permite su limitación.

Conjuntamente, se tratarán los conceptos de limitaciones al dominio y expropiación, en su carácter excepcional de instituciones constitucionales por las que se permite la limitación y pérdida de este derecho.

Finalmente, podemos señalar que se concluirá con la presentación de los resultados obtenidos, orientándose éstos hacia la determinación de aquella zona gris

que nace con aquellas limitaciones que afectan la esencia del derecho de propiedad y la procedencia de su indemnización al titular afectado por ellas.

Por tratarse de una investigación dogmática o de ciencia jurídica se utilizará el método de investigación bibliográfica. Esto significa que se estudiarán las normas relativas al tema para poder conocer, optimizar y mejorar éste. Para la consecución de este fin se desarrollará un análisis de la normativa, doctrina y jurisprudencia existente, para así dilucidar el espectro existente y proceder a la formulación de críticas y entrega de soluciones.

Se evitará la entrega de información parcial, procurando la inclusión de las distintas visiones existentes, para que, a partir de un amplio espectro de consideraciones, se puedan establecer los puntos a desarrollar en la etapa final del presente trabajo, la que se constituye por la presentación y solución de la problemática planteada.

INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad o derecho de dominio constituye una importante garantía fundamental, y se encuentra consagrado en el Artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.

Esta norma contempla la propiedad del modo más amplio, estableciendo en su texto una garantía de carácter general, siendo su fin garantizar la legalidad de este derecho y su ejercicio por parte de todos los habitantes de la República. Así podemos afirmar que “el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República consagra la inviolabilidad de todos los tipos de propiedad, sin distinción alguna.”¹

Es importante tener presente que el derecho de propiedad no es una garantía de carácter absoluto. En efecto, el mismo Artículo 19 N° 24 establece, en sus incisos segundo y tercero, que ésta puede ser limitada en virtud de su función social, o despojarse a su titular en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

Las limitaciones a la propiedad nacen del juego del carácter absoluto de éste y la función social del mismo². De acuerdo a la definición del artículo 582 del Código Civil el derecho de propiedad o de dominio, a pesar de ser absoluto, no puede ejercerse

¹ JANA LINETZKY ANDRÉS Y MARÍN GONZÁLEZ JUAN CARLOS: “Recurso de Protección y Contratos”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

² DE LOS MOROS JOSÉ LUIS: “El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a la Tradición Jurídica”, Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid España.

contra la ley o el derecho ajeno. Esta limitación se justifica en el hecho que el ordenamiento jurídico debe establecer a priori los derechos y facultades del derecho de propiedad, ya que un derecho es absoluto en su ejercicio en la medida en que el ordenamiento jurídico le haya entregado esta facultad.

En efecto, conocido es el hecho de que al estar insertos dentro de una sociedad no existen los derechos completamente absolutos, esto en razón que este carácter debe entenderse en la medida de que no afecte los derechos válidamente adquiridos por otros sujetos

Por su parte la expropiación, como limitación máxima del derecho de propiedad y única manera en que su titular puede ser despojado de este, se encuentra sujeta a requisitos de carácter formal y funcional. El primero consiste en que sólo puede ser establecida por ley, descartándose, por inconstitucionalidad, su aplicación por medio de actos administrativos o por normas que no revistan el carácter de ley, v. gr. Decretos con Fuerza de Ley. Los requisitos funcionales apuntan a la idea de que la expropiación debe justificarse en causas de utilidad pública derivadas de la función social de la propiedad.

Ahora bien, las situaciones que se encuentra entre la limitación y la expropiación son de la finalidad de nuestro estudio. Trataremos de determinar el ordenamiento jurídico aplicable a aquellas situaciones que afectan la esencia del derecho de propiedad, pero no constituyen un caso de expropiación.

En efecto, intentaremos dilucidar este aparente vacío constitucional en la protección del derecho de propiedad, viendo las variaciones existentes entre lo señalado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y la doctrina, con la norma actual, determinando, constitucionalmente, aquellas indemnizaciones por limitaciones extremas del derecho de propiedad.

Para la doctrina, la frontera está dada por la esencia del derecho de propiedad, constituida por las características y atributos que lo hacen único e inconfundible. Como ya se señaló, la Constitución Política de 1980 no se manifiesta expresamente sobre este punto, por lo que recurriremos a la interpretación de la norma y su coordinación con los demás preceptos constitucionales.

El cuerpo de esta memoria comienza con el estudio del derecho de propiedad, su contextualización dentro del orden público económico, la variación del concepto a través del tiempo y la evolución histórica de su tratamiento legal, así como los elementos que configuran su esencia.

En el Capítulo II, se analizará la posibilidad de limitar sus atributos, los efectos que de ello derivan y determinar si es procedente la indemnización de perjuicios.

En el Capítulo III, se desarrollará la expropiación en relación con los elementos que permiten sustraer del patrimonio de una persona un bien corporal o incorporeal, dada la garantía integral que nuestra Carta Fundamental asegura.

Finalmente, en el Capítulo IV, se expondrán las conclusiones obtenidas durante el desarrollo del trabajo.

Los Autores.

CAPÍTULO I

DERECHO DE PROPIEDAD

1.1. Antecedentes Previos.

El derecho de propiedad se circunscribe dentro del Orden Público Económico, institución jurídica integrada por una serie de normas constitucionales que establecen las bases de nuestro sistema económico y el marco en que se deberán desarrollar las relaciones entre el Estado, los particulares y la sociedad.

El Orden Público Económico se define como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución³, su finalidad es restringir la actividad del Estado, otorgándole un carácter de subsidiario⁴.

Arturo Yrarrázaval señala, “a nivel constitucional, implica en forma fundamental reconocer los derechos naturales de las personas en materia económica, habilitando al legislador para regular el libre ejercicio de las garantías y pudiendo, sin afectar su esencia, limitar o restringirlos pero por ningún motivo suprimirlos. En ese aspecto las

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia Rol N° 207 de 10 de febrero de 1995, considerando septuagésimo segundo, citando al profesor José Luis Cea Egaña.

4 RIBERA NEUMANN TEODORO: “Tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Aspectos relevantes de la jurisprudencia constitucional”. Revista Chilena del Derecho, número especial, año 1998, página 238.

disposiciones constitucionales sobre libre iniciativa en materia económica pasan a ser cruciales”⁵.

Las Garantías Constitucionales que resguardan este principio se incluyen en el artículo 19 N° 20: igual repartición de los tributos, N° 21: derecho a desarrollar cualquier actividad económica, N° 22: obligación del Estado y sus organismos a no discriminar arbitrariamente en materia económica, N° 23: la libertad para adquirir el dominio sobre cualquier clase de bienes, N° 24: derecho de propiedad y N° 25: derecho de propiedad intelectual e industrial.

Estos principios y garantías serán eficaces tan sólo en la medida que exista un mecanismo de reclamación contra la inconstitucionalidad de la norma legal y un Tribunal encargado de resolverla⁶, a saber: a) el Recurso de Protección, contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política, tiene por finalidad proteger de cualquier privación, perturbación o amenaza el legítimo ejercicio de los derechos y garantías en él enumerados y; b) el Recurso de Amparo Económico, creado por la Ley N° 18.971, de 10 de marzo de 1990, persigue cautelar las infracciones cometidas respecto del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

Hecha esta breve introducción respecto del Orden Público Económico, dentro del cual se desarrollan los principios que rigen el desarrollo de la actividad económica y

5 YRARRÁZVAL C. ARTURO: “Orden Público Económico: Ficción o Realidad”. En <http://www.colegioabogados.cl/revista/15/articulo3.htm>

6 ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN: Sesión N° 384, página 2. Editorial Gendar Chile, 1977.

donde el derecho de propiedad es base fundamental, cabe entrar a hablar derechamente del derecho de propiedad, idea central y rectora del presente capítulo.

En nuestra Constitución el derecho de propiedad se contempla en el modo más amplio, garantizándose su legalidad y ejercicio a los habitantes de la República. Este derecho se concibe como una titularidad de derechos⁷ y se consagra la inviolabilidad de todos sus tipos, sin distinción alguna⁸.

Sin embargo, no es un derecho absoluto, toda vez que el dominio puede ser limitado en virtud de una ley general o especial, sin afectar su esencia, de acuerdo a lo establecido en el N° 26 del Artículo 19 de la Constitución Política, o desposeído de su titularidad mediante la expropiación, la que se entiende como su máxima limitación.

El derecho de propiedad se encuentra amparado por el recurso de protección, cuyo objetivo es impedir las acciones de facto y mantener el estatus quo dado que se trata de una acción cautelar⁹.

Finalmente, no podemos introducirnos en el establecimiento constitucional del derecho de propiedad, sin considerar los números 23 y 25 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Estos numerales, en líneas generales, complementan el tratamiento del

7 GONZÁLEZ HOCH FRANCISCO: "Bienes, Propiedad y Derechos Reales", apuntes de la cátedra de Derecho Civil II de 1996 del profesor Enrique Barros, redactados por la alumna Pamela Rubio, Colección de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, página 15.

8 JANA LINETZKY ANDRÉS Y MARÍN GONZÁLEZ JUAN CARLOS: "Recurso de Protección y Contratos". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

9 CASTELLÓN HUGO Y REBOLLEDO LAURA: "Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil", Editorial Conosur, 1999, página 57.

derecho de propiedad y establecen ciertas garantías para su ejercicio y protecciones para el evento en que ella se vea limitada.

El N° 23 establece la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes, excepto aquellos que sean comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público, y los que la ley declare fuera del comercio. De esta forma se consagra la libertad de adquisición del dominio, la que de ser inexistente, haría impracticable el establecimiento del derecho de propiedad como una garantía establecida a favor de todos los habitantes de la República.

El N° 25, por su parte, consagra el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, concurriendo los requisitos legales. Esta norma da consagración constitucional a lo que denominamos propiedad intelectual e industrial, las que, en el ordenamiento positivo orgánico, se encuentran recogidas en los principios establecidos en los artículos 583 y 584 del Código Civil. Esta norma reafirma lo expresado en el inciso primero del N° 24 del Artículo 19 de la Constitución Política, donde se establece que la propiedad recae sobre bienes corporales e incorporeales.

1.2. Concepto de Propiedad.

A modo de premisa, cabe señalar que el Código Civil utiliza como sinónimos los conceptos de propiedad y dominio, según se desprende del inciso primero de su artículo 582, “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una

cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

En el pasado se pretendió diferenciar ambos conceptos. Marcelo Villagrán¹⁰, señala que la palabra propiedad viene del latín *propietas*, que significa cerca, destacando la idea de adhesión de una cosa a otra. En el Derecho Romano Clásico, la palabra *dominus o dominium* derivaba de *domus* (casa), siendo expresiones técnicas para significar propietario y propiedad [...]. Es así que el dominio se identificaba con el poder o señorío que tiene una persona sobre un objeto determinado [...], en cambio la propiedad acentúa la pertenencia de una cosa a una persona, considerándose como un concepto mucho más amplio.

La potestad conferida al titular del derecho sobre la cosa se denominaba *dominium*, y la que considera a la cosa como perteneciente a una persona se entendía como *propietas*, creándose así una analogía de la atribución, donde la propiedad designa siempre una cierta relación entre una cosa (tangible o intangible) y otra cosa o carácter de las cosas¹¹.

Otra parte de la doctrina atribuía al vocablo dominio el sentido del derecho real que se ejerce sobre las cosas materiales, y a la propiedad el que se aplica sobre todo tipo de derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, sean estos corporales o incorporales.

10 VILLAGRÁN ABARZÚA MARCELO: “La expropiación de los derechos”. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2003, página 36.

11 BARCELÓ JOAQUÍN: “Acerca del fundamento del derecho de propiedad”. En http://www.cepchile.cl/dms/archivo_846_1348/rev52_barcelo.pdf

En la actualidad, esta distinción ya no se practica, considerándose los conceptos de dominio y propiedad como sinónimos. Es por esto que la mayoría de los autores define la propiedad aludiendo a la serie de facultades que corresponden a su titular sobre el bien respectivo. En efecto, la actual preocupación de la doctrina es la elaboración de un concepto meramente descriptivo, más que la búsqueda del verdadero sentido dogmático. Es por ello que “la doctrina moderna busca un concepto de dominio basándose en la idea del poder más amplio que pueda tenerse sobre una cosa, sin aludir al contenido de ese poder.”¹²

Las distintas definiciones existentes del concepto de propiedad pueden reunirse en dos grupos.

En primer lugar, encontramos las **definiciones analíticas**, que utilizan un punto de vista meramente cuantitativo, donde se concibe a la propiedad como la suma de facultades o atribuciones que tiene el dueño de la cosa sobre la que recae este derecho. En este sentido, el dominio es “el derecho para usar y abusar de la propia cosa hasta donde la razón del derecho lo permite.”

En segundo lugar, tenemos las **definiciones sintéticas**, que dan un concepto unitario a la propiedad, prescindiendo de la mención de las facultades que ella otorga a su titular, por lo que ven en el dominio un derecho unitario y abstracto. En este sentido, Jeremy Waldrom señala “[...] el concepto genérico de propiedad puede referirse a cualquier sistema de normas que regulen el acceso de las personas a las

12 ESPÍN CANOVAS DIEGO: “Manual de Derecho Civil Español”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, Tercera Edición, página 68.

cosas, cualquiera sea su clase”¹³. Un ejemplo de estas definiciones es la que concibe a la propiedad como el “más amplio poder de señorío que se puede tener sobre una cosa”¹⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico el concepto de propiedad se enmarca dentro de las definiciones analíticas. Así el artículo 582 inciso primero del Código Civil dispone: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contrario a la ley o contra derecho ajeno.

A primera vista, se puede afirmar que la propiedad sólo se ejerce sobre bienes corporales, sin embargo el artículo 583 del mismo cuerpo legal expresa “sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad”. Coincide con lo anterior lo expresado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, cuando asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorpóreas”.

A partir de lo expuesto, concordamos con Alejandro Guzmán Brito cuando afirma que, “al existir una consagración constitucional de la propiedad sobre toda clase de bienes, sean corporales o incorpóreas, existe una especie de propiedad sobre ésta última clase de bienes; y la historia del concepto no ampara a aquella parte de la doctrina que establece, sin mayor análisis de la norma, que los bienes incorpóreas

13 WALDROM JEREMY: “Property Law”. Traducción de Mariano Soto Gajardo. Denis Paterson, Editorial Oxford, Blachwell, 1996.

14 ALESSANDRI ARTURO: “Tratado de los Derechos Reales”. Editorial Jurídica de Chile. Sexta Edición. 1997, página 36.

son susceptibles del mismo tipo de propiedad que define el artículo 582 del Código Civil, por lo que se puede sostener que éste no define más que un tipo de propiedad, la que recae sobre bienes corporales, y en definitiva, los artículos 583 y 584 se encontrarían en el mismo rango, ya que el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República consagra el derecho de propiedad sobre todo tipo de bienes.”¹⁵

Según Guzmán Brito, la utilización del vocablo constitucional “bienes”, en lugar del sustantivo “cosas” del Código Civil, no amplía, sino que más bien restringe, el concepto, ya que se excluirían los derechos de la personalidad.”¹⁶

Confirma lo anterior, lo señalado por Hernán Corral, “ya que la expresión “bienes incorporales”, que utiliza el art. 19 N° 24 de la Constitución, coincide en principio con el concepto de “cosas incorporales” del Código Civil, y por ello la protección constitucional de la propiedad debiera verificarse únicamente respecto de situaciones jurídicas que sean calificables de derechos [...]”¹⁷

Reafirmando lo anterior, en cuanto se protege constitucionalmente la propiedad sobre los derechos, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de los

15 GUZMÁN BRITO ALEJANDRO: “Las cosas incorporales en la Doctrina y el Derecho Positivo”. Editorial Jurídica de Chile, 1995.

16 GUZMÁN BRITO ALEJANDRO: Ob. Cit.

17 CORRAL TALCIANI HERNÁN: “Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito”. Revista Chilena del Derecho, Volumen XXIII, año 1996, página 18.

adquirentes de acciones preferentes a capitalizar los dividendos a valor libro era un “bien incorporal cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución¹⁸.

El Tribunal Constitucional concluye, “el concepto de propiedad y su contenido sustancial está previsto en la definición del artículo 582: derecho real para gozar y disponer de una cosa corporal, no siendo contra ley o derecho ajeno. La expresión “especie de propiedad”, que mencionan los preceptos siguientes, debiera ser comprendida no en un sentido semántico más restringido (como subespecie de un género mayor), sino como una proximidad en razón de semejanza o analogía. En suma el artículo 583, al disponer que sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad, nos está diciendo que hay una “suerte” de propiedad sobre ellas, una propiedad parecida, semejante, análoga, aunque no idéntica a la propiedad sobre las cosas corporales, que es la propiedad prototípica.”¹⁹

Ahora bien, habiéndose señalado el concepto de propiedad contenido en el Código Civil, es necesario referirnos a lo señalado por nuestra Carta Fundamental.

En efecto, de suma importancia es dilucidar un concepto constitucional del derecho de propiedad, que rijan y supediten nuestro ordenamiento jurídico, evitando caer en el error de atribuir mayor importancia a las normas y principios establecidos en el Código Civil, fomentando lo que se ha denominado la “vulgarización del derecho constitucional”.

18 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia Rol N° 207 de 10 de febrero de 1995, al conocer proyecto de ley sobre capitalización de dividendos de acciones en instituciones financieras, considerando quincuagésimo cuarto. En igual sentido, Sentencia Rol N° 334 de 21 de agosto de 2001.

19 CORRAL TALCIANI HERNÁN: Ob. Cit., página 17.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Alemán resolvió en sentencia de 1981 que “el concepto de propiedad garantizado por la Constitución debe derivar de la Constitución misma. Este concepto de propiedad, en el sentido constitucional, no puede ser derivado de normas (leyes ordinarias) inferiores en rango respecto de la Constitución, como tampoco puede la finalidad de la concreta garantía de la propiedad ser determinada en base a las disposiciones de derecho privado.”²⁰

Pese a lo recién señalado, nuestra Carta Fundamental no quiso incluir en su texto positivo un concepto de propiedad. En efecto, “los señores Rodríguez y Urenda observaron la inconveniencia que puede derivarse de una definición constitucional sobre el derecho de dominio, toda vez que tal procedimiento puede entorpecer la evolución del concepto mismo.”²¹

Ahora bien, analizando la normativa constitucional podemos señalar que la Constitución Política de la República asegura el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad propiamente tal.

El primero de ellos, **derecho a la propiedad**, es regulado en el artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental, donde se asegura a todas las personas “la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, los que pertenezcan a toda la nación y los que la ley

20 KOMMERS DONALD: “The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany”, Duke University, 2º edición, 1997, página 257.

21 ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Anexo de documentos de Sesión 148 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, con fecha 14 de julio de 1975, Editorial GendarChile, 1977, página 26.

declare así. Una ley de quórum calificado, y cuando así lo exija el interés nacional, puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.”

Esta garantía establece la aptitud de las personas para ser sujeto de derechos, ya que el individuo tiene constitucionalmente reconocida su capacidad de adquisición de derechos y obligaciones dentro de los márgenes que el ordenamiento jurídico establezca. En consecuencia, lo que este numeral asegura es el libre acceso a la propiedad para toda clase de personas, sean nacionales o extranjeras, ya que no se realiza distinción alguna, idea complementada, a nivel legal, por el artículo 57 del Código Civil, “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles [...]”.²²

Sin embargo esta libertad se sujeta a ciertos límites. En primer lugar el dominio debe ser adquirido por uno de los modos de adquirir reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, esta misma norma excluye cierta clase de bienes: a) aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, denominados “*res nullius*”; b) aquellos que pertenezcan a la nación toda (bienes nacionales de uso público), sin perjuicio de los derechos que se puedan ejercer sobre ellos (v. gr. cobro de peajes en autopistas construidas por concesionarios del Estado); y c) los que la ley declare así (v.

²² Sin perjuicio de lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran diferencias entre nacionales y extranjeros para la adquisición de ciertas clases de bienes, v. gr. los terrenos limítrofes no podrán ser adquiridos por extranjeros.

gr. los derechos personales, tal como lo dispone el artículo 1464 N° 1 del Código Civil, “Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1º De las cosas que no están en el comercio”).

En tercer lugar una Ley de Quórum Calificado puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio, v. gr. los requisitos para la adquisición de armas.

La Excma. Corte Suprema, ha declarado, en sentencia de 26 de mayo de 1988, que la finalidad de la norma constitucional “ha sido proteger a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional.”²³

El segundo de ellos, el **derecho de propiedad**, es regulado en el artículo 19 N° 24 inciso 1º de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas “el derecho de propiedad sobre todas clase de bienes corporales o incorporales”. Esta norma consagra el derecho de propiedad privada, estableciendo la obligación del Estado de reconocerlo y protegerlo. Héctor Riesle señala, “el hombre, al seguir su inclinación natural de conducirse según el dictamen de la razón, al aplicarla a su propia naturaleza, deduce que la propiedad privada es necesaria para la mayor diligencia, orden y paz entre los hombres.”²⁴

23 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIAS CHILENAS: Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 79.

24 RIESLE CONTRERAS HÉCTOR: “La inviolabilidad del derecho de propiedad ante la doctrina pontificia”, Editorial Jurídica de Chile, 1968, página 28.

Como ya se señaló, al asegurar la Constitución Política la propiedad sobre toda clase de bienes, sean éstos corporales o incorporales, se amplía el concepto de propiedad establecido en el Derecho Privado. En consonancia con esto el Tribunal Constitucional, en Sentencia Rol N° 334 de 21 de agosto de 2001²⁵, señala que cada afiliado es dueño de su cuota de ahorro, diferente al patrimonio de la AFP que, a pesar de sus particularidades, está protegido por la garantía constitucional de propiedad.²⁶

Por otra parte, cuando la Carta Fundamental asegura la propiedad en sus diversas especies, la protege en todos sus tipos, sea ésta privada, mixta, urbana, rural, o se trate de algún estamento especial de propiedad, como la propiedad indígena.

En consecuencia, sin dejar de recurrir al concepto tradicional de propiedad establecido en el artículo 582 del Código Civil, corregido por la moderna concepción constitucional de la función social de la propiedad, que delimita el ejercicio de este derecho y le da una orientación clara – emanada de las corrientes socializadoras nacidas con posterioridad a la Revolución Industrial y manifestadas a nivel positivo luego de la Segunda Guerra Mundial – se entiende que la propiedad “es una potestad

25 Sentencia pronunciada respecto del requerimiento formulado para que se resuelva la constitucionalidad del proyecto de ley, que modifica el D. L. N° 3.500 de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias.

26 Esta sentencia señala en su considerando séptimo: “Que, esta propiedad que tiene el afiliado sobre los fondos previsionales que conforman su cuenta individual presenta determinadas características especiales. Desde luego, se trata de un dominio sobre cosas incorporales, pues su objeto son derechos. Su propósito concreto, al tenor de las normas del Decreto Ley N° 3.500, es financiar la respectiva pensión de su titular; pero tal destinación determinada también le genera el derecho incorporado a su patrimonio, en virtud de la relación jurídica que lo une con el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, de obtener los beneficios que regula el Título VI del tantas veces citado Decreto Ley N° 3.500. Mientras no se obtiene el fin perseguido, su administración le corresponde a sociedades anónimas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones, reguladas en el Título IV del Decreto Ley N° 3.500. Sin embargo, éstas y otras particularidades y limitaciones propias de este derecho de dominio, no lo privan de su carácter de tal y, en consecuencia, se encuentra plenamente protegido por el artículo 19, N° 24°, de nuestra Carta Fundamental, que asegura a todas las personas “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”.

social y jurídicamente reconocida a una persona sobre un objeto, que en tanto instituto jurídico dotado de una función social, otorga al sujeto el más amplio y generoso haz de poderes sobre una cosa: esto es, el derecho exclusivo de uso, goce, disposición y posesión sobre ella.”²⁷

El concepto de la propiedad ha ido mutando a lo largo del tiempo y esta **evolución histórica** comienza casi conjuntamente con el inicio de la sociedad. Sólo bastó que el hombre delimitara el terreno para el cultivo, o cazara algún animal, para que se generara la idea de pertenencia.

El reconocer que el hombre no puede poseer un bien sin que lo ampare la propiedad, como el hecho que no pueda existir el derecho de propiedad sin que existan bienes susceptibles de ella, es un problema reconocido desde antiguo.

En la **Grecia Antigua**, Aristóteles sostiene que “la propiedad, o más exactamente, la apropiación (*ktêsis*), fue dada por la naturaleza a todos los animales para que pudieren subsistir”²⁸. Es más, “Aristóteles [...] favoreció el régimen de propiedad privada (*idíá ketêsis*), pero no dio razones para fundamentar filosóficamente que un individuo pueda decir “esta porción de tierra me pertenece.”²⁹

En el **Derecho Romano**, la propiedad no se extendía a todas las personas, era una facultad exclusiva del *Pater*, esto como consecuencia de que la propiedad privada

27 NUÑEZ MANUEL: “La propiedad privada”. En [http://www.uantof.cl/cs_juridicas/ diplomado material/ Manuel%20N%C3%BA%3%blez/Propiedad%20Privada-%20Manuel%20N%C3%BA%3%blez.doc](http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomado material/Manuel%20N%C3%BA%3%blez/Propiedad%20Privada-%20Manuel%20N%C3%BA%3%blez.doc)

28 BARCELÓ JOAQUÍN: Ob. Cit., citando “La Política” de ARISTÓTELES, página 250.

29 BARCELÓ JOAQUÍN: Ob. Cit., páginas 250 y 251.

arrancaba de la religión. A pesar de esta afirmación no es claro el límite entre propiedad privada y colectiva, ya que los bienes muebles, como la casa y las plantaciones, son propiedad del *Pater*, sin embargo, la tierra en que éstas están ubicadas son de la propiedad colectiva del *gens*³⁰

No existe una palabra que denomine el término propiedad. Los romanos veían el derecho de propiedad como algo inseparable de la cosa misma. Este derecho viene determinado por la naturaleza de la especie, por eso hablaban de *res* en el sentido de propiedad. Se sostiene que la propiedad sólo puede recaer sobre bienes corporales, “[...] la consideración de los derechos como cosas inmateriales (*res incorporae*) y la idea de poder ejercer dominio sobre los derechos son construcciones posclásicas que no corresponden a la genuina concepción romana.”³¹

Las facultades del dominio reconocidas en el Derecho Romano, son las mismas que hoy en día se reconocen, vale decir:

Ius utendi o uti, consiste en dar a la cosa el uso adecuado a su naturaleza, sin que se destruya. Si a la cosa se le da un uso distinto se incurre en hurto de uso (*furtum usus*), como si se pide un caballo de carrera y se le pone un arado³².

30 KUNKEL WOLFGANG: “Historia del Derecho Romano”. Traducción de la cuarta edición por Juan Míquel, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.

31 SAMPER FRANCISCO: “Derecho Romano”. Citado por RAJEVIC MOSLER ENRIQUE “La propiedad privada frente a los planos reguladores: estudio sobre las limitaciones al dominio en la esfera de la legislación urbanística”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, página 3.

32 ERRÁZURIZ EGUIGUREN MAXIMIANO: Ob. Cit., página 29.

Ius fruendi o frui, se traduce en el apoderamiento o consumo de los frutos que la cosa produzca, dentro de éste no se consideran los productos, consistentes en el aprovechamiento civil.

Finalmente, el *Ius abutendi o habere*, consiste en la facultad de disponer de la cosa, sea jurídica o materialmente. “El propietario de una cosa puede desprenderse del *ius utendi* y del *ius fruendi*, pero necesariamente debe conservar el *ius abutendi*. La propiedad privada del *ius utendi* y del *ius fruendi* se llama nuda propiedad.”³³

Si bien se puede entender, como lo hace la mayoría de los tratadistas, que en el Derecho Romano la propiedad tenía un carácter absoluto e individualista, en realidad no se entendía que esta plenitud del dominio tuviera un carácter absoluto, ya que existían las limitaciones al dominio.

Guzmán Brito explica esta apariencia de individualismo a la luz de lo que llama “carácter neutral” del Derecho Romano Clásico, una consecuencia del uso del método de observación aristotélico, y en virtud del cual “[...], sus conceptos e instituciones más permanentes no llevaban la carga de servir, en cuanto a tales, a ningún sistema ético o económico en particular, sino más bien a cualquiera que quisiese utilizarlos”³⁴.

Una de las manifestaciones más clara de las limitaciones al dominio fue la existencia de las servidumbres, las que podían ser positivas (*inmissio*) o negativas (*ius prohibendī*). Estas servidumbres, a diferencia de lo que ocurre en nuestro actual

33 ERRÁZURIZ EGUIGUREN MAXIMIANO: Ob. Cit., página 29.

34 RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: Ob. Cit., página 6.

ordenamiento jurídico, eran siempre voluntarias, por lo que podían existir tantas como acuerdos de voluntad existieran.

Durante la **Edad Media** se instaura el sistema feudal, caracterizado por la pérdida del poder centralizado en el Rey o Emperador³⁵, generándose una economía autárquica en la que cada reino procuraba subsistir con lo que producía.

Dado lo anterior en esta época se transforma considerablemente la propiedad sobre los bienes raíces, ésta tiene un carácter eminentemente político, ya que la tierra pasa a ser patrimonio de los reyes, quienes cedían a los señores feudales como premio a los servicios prestados por éstos. A su vez, los señores feudales concedían parte de sus tierras a los vasallos, pero esta cesión sólo constituía un título de mera tenencia, ya que los vasallos debían pagar una renta por su ocupación.

El sistema social y político existente, así como la complejidad que llegó a adquirir el sistema de vasallaje, no afectó en lo esencial el principio de la unidad de *dominium* e *imperium*, porque el señor conservaba siempre el “dominio eminente” sobre los territorios enfeudados, de modo que tenía, en principio, el derecho de heredar a los vasallos y ejercía efectivamente los derechos de tutela sobre los herederos de éstos durante su minoría de edad y en la concertación de sus alianzas matrimoniales.³⁶

35 BRAVO GUILLERMO, GONZÁLEZ MARÍA, GONZÁLEZ JOSÉ Y NORAMBUENA CARMEN: “Avanzar en el tiempo y en el espacio”, Editorial Salesiana, Décima Edición, 1992, páginas 201 y 202.

36 BARCELO JOAQUÍN: Ob. Cit, página 252.

En esta época caracterizada por la inestabilidad política y social, se pierde gran parte de la tradición jurídico romana, sobretodo en lo tocante a la creación jurisprudencial, conociéndose este derecho sólo a través del trabajo de los glosadores. Estas recopilaciones, conocidas bajo el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, compilaron la jurisprudencia clásica, y se autorizó la alteración de los textos clásicos con el objeto de evitar contradicciones, y para el sólo fin de recoger el derecho vigente.³⁷

Frente a esta visión de la propiedad, nace la **Doctrina de la Escolástica**³⁸, siendo su representante más importante, aunque no el primero, Santo Tomás de Aquino³⁹. Este autor admite que la propiedad privada es un Derecho Natural, y en el paraíso terrenal las cosas deben ser comunes, aunque en la existencia de este mundo imperfecto y totalmente falto de equidad es necesaria la división de la propiedad para evitar discusiones entre los hombres. Por tanto, la propiedad privada en Santo Tomás es una institución que está determinada por los legisladores y, como señala Parel, “puede cambiar según las condiciones históricas de cada época, lugar y cultura.”⁴⁰

Sin embargo, posiblemente fue Aristóteles el primero en analizar las ventajas de la propiedad privada frente al uso común de los bienes, comenzando así una larga tradición que recogería más tarde la Escolástica y que llega hasta nuestros días. Éste

37 BARRIENTOS GRANDON JAVIER: “Introducción a la historia del derecho chileno. Derechos propios y Derecho Común en Castilla”, Ediciones Barroco Libreros, Santiago de Chile, Primera Edición, página 17.

38 En este punto se basa especialmente en la obra de NIEVES SAN EMETRIO MARTÍN: “La Doctrina Económica de la Propiedad: De la Escolástica a Adam Smith”. Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2002. En <http://tesis.sim.ucm.es:2004/cee/ucm-t26121.pdf>.

39 Ya en San Agustín se pueden encontrar referencias a la propiedad privada, considerada en definitiva, un mal menor necesario para la vida social de acuerdo con el estado pecador del hombre caído y, su origen por tanto, procedía de la ley humana o positiva. Según Clemente de Alejandría la propiedad privada es una institución de derecho natural (RECASENS, L. 1961: p.584). LACTANCIO por su parte aboga por la propiedad privada cuando observa que en su ausencia no hay incentivos para la frugalidad (VINER, J. 1978: p.18). NIEVES SAN EMETRIO MARTÍN: Ob. Cit., páginas 22 y 23.

40 NIEVES SAN EMETRIO MARTÍN: *Ibidem*.

señala que la apropiación fue dada a todos los animales para que pudieran subsistir. Por propiedad privada entendía el estagirita la “propiedad individual del suelo”⁴¹, rechazando el carácter de colectiva que había sido dada a la propiedad por Platón, quien, en la República, les negó este derecho a los guardianes de su Estado Ideal, con el fin de mantenerlos libres de intereses particulares y a salvo de la codicia y la ambición⁴².

Ahora bien, en la **Época Moderna**, se separa la soberanía de la propiedad por parte del Rey y los Señores Feudales, acabando el sistema de vasallaje. Esto produce la aparición del mercantilismo moderno, provoca el renacimiento del comercio y la industria, la aparición de una nueva clase social – la burguesía – y el establecimiento de ciudades independientes de los vínculos feudales, dueñas de gobiernos autónomos. Además, el renacimiento del comercio tiene como consecuencia el término del sistema económico autárquico.

Este nuevo panorama social y económico trae como consecuencia lógica una nueva consideración del concepto de propiedad; el modo de adquirirla ya no fue el homenaje, sino el contrato. En consecuencia, ésta se ve desde una perspectiva individual, resultante de la acumulación de riquezas.

Ahora bien, la época moderna, caracterizada por el renacimiento del comercio y la industria, genera una nueva concepción de la propiedad. Esta fue vista como un derecho sobre las cosas que puede ser arbitrariamente ejercido por los individuos y

41 BARCELÓ JOAQUÍN: Ob. Cit, página 250.

42 BARCELÓ JOAQUÍN: Ibídem.

ser objeto del comercio; su esencia consistía en la exclusión del derecho de otros al uso y goce de las cosas poseídas. Al Estado se le asignó la función primordial de garantizar y defender la propiedad de las personas⁴³.

Bajo estas circunstancias de gran cambio político, social, cultural y económico, nace el pensamiento de **John Locke**, quien vio en el origen del Estado la necesidad de legitimar, mediante leyes positivas, la propiedad individual. En efecto, reconoce la existencia de la propiedad desde el Estado de Naturaleza, sin embargo esta propiedad primitiva desaparece con la creación del dinero, lo que genera la necesidad de elaborar leyes civiles. “Dios dio la tierra y sus frutos a la humanidad entera para que pudiera satisfacer sus necesidades de subsistencia [...], las condiciones elementales de la sobrevivencia, aseguradas por el derecho natural, generan un derecho de propiedad individual entendido como la exclusión de otros del uso y del goce [...]. Así pues, la igualdad atribuida por Locke a los hombres en estado de naturaleza no puede consistir en una igualdad de derechos a la posesión de bienes”⁴⁴.

De esta manera, Locke ve la legitimación del derecho de apropiación mediante el trabajo, reconociendo como límite de este derecho que el bien no esté ocupado por otra persona. Este derecho se hace inviolable por la celebración del pacto social. El Estado, como ente regulador de la sociedad, tendrá la misión de procurar que este derecho se desarrolle conforme a lo dispuesto por las leyes civiles evitando que el hombre vuelva a su estado de naturaleza.

43 BARCELÓ JOAQUÍN: Ob. Cit., páginas 252 y 253.

44 BARCELÓ JOAQUÍN: Ob. Cit., página 253.

En la misma línea, **Hugo Grocio** señala que en el Estado de Naturaleza no existe el derecho de propiedad en su acepción moderna. Éste se entiende indivisible del uso dado a la cosa. También distingue entre los bienes que no son de nadie pero pueden ser objeto de apropiación (*res nullius*) de los bienes de uso común. “Como se desprende de la cita anterior de Grocio, la propiedad común – o en terminología moderna propiedad comunal – posee las mismas características de la propiedad privada con la simple diferencia que es un derecho compartido por varios individuos.”⁴⁵

Con la **Revolución Francesa** muta totalmente el sistema económico existente, estableciéndose un sistema de propiedad individual que acaba con el requisito de posesiones materiales para tener derecho a voto (voto censitario) y termina con la inequidad en la repartición de las propiedades.⁴⁶

Por primera vez, se reconoce a la propiedad dentro de los derechos fundamentales. Es así que los artículos 2 y 17 de la Declaración de Derechos del Hombres de 1789 reconocen la existencia de una propiedad pública y otra privada. Al señalar la Declaración que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” y al consagrar a la propiedad como un derecho natural del hombre, se abren los caminos para la propiedad comunitaria y la igual repartición de los bienes; “si se la interpreta como igualdad del mero derecho de poseer no se impide la desigualdad resultante de la diferente apropiación de bienes por los diversos individuos. Pero el problema real va

45 NIEVES SAN EMETRIO MARTÍN: Ob. Cit., página 123.

46 En este sentido MONTESQUIEU señala en “El Espíritu de las Leyes”, Libro 26, capítulo 15 “Como los hombres han renunciado a su independencia natural para vivir bajo las leyes políticas, han renunciado a la comunidad natural de bienes para vivir bajo las leyes civiles. Estas primeras leyes procuran la libertad, la segunda la propiedad”.

más allá de esta cuestión de fácil despacho. Se trata, en el fondo, de la consistencia recíproca que pueda haber entre las nociones de libertad e igualdad.”⁴⁷

Ahora bien, es claro que el derecho de propiedad se basa en la libertad que tiene cada hombre para reunir tantas riquezas como su esfuerzo permita, pero la igualdad entre ellos, manifestada en lo que hoy denominamos Intereses Generales de la Nación, propicia la existencia de la propiedad comunitaria. En consecuencia podemos señalar que la libertad y la igualdad, reconocidas por la de Declaración de 1789 como “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, tienen efectos diferentes y contrapuestos en la sociedad. La libertad orienta y guía a los individuos hacia la propiedad privada, la igualdad los conduce hacia la propiedad comunitaria.⁴⁸

En este marcado ambiente de individualismo, nace el Código Civil Francés de 1804, o **Código Napoleónico**, el que señala en su artículo 544 “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”. “Ahora existirá una sola especie de propiedad, caracterizada por la “tendencial falta de limitaciones de los poderes de su titular”, y se negará la propiedad de las agrupaciones (corporaciones) al hacer referencia a la pura apropiación individual.”⁴⁹

Como podemos apreciar, el Código Napoleónico se aleja un poco de las fuentes del Derecho Romano Clásico, ya que éste no imprimía al dominio un carácter tan

47 BARCELÓ JOAQUÍN: Ob. Cit., página 260.

48 BARCELÓ JOAQUÍN: Ob. Cit., página 261.

49 RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: Ob. Cit., página 22.

marcadamente individualista, de hecho, reconocía la existencia de limitaciones al dominio basadas tanto en el interés público como en el privado.

Este Código, de marcado tinte individualista, fue fuente de inspiración para muchos de los nuevos cuerpos legales que nacerían. Así nuestro Código Civil tiene una clara inspiración de este texto legal, lo que se desprende de las normas contenidas en el Libro II “De los bienes, su dominio, uso, posesión y goce”.

Como consecuencia de la **Revolución Industrial**, el marcado individualismo existente y el gran descontento social producido por las condiciones sociales imperantes, se crea el concepto de “cuestión social”, que impulsa el nacimiento de las **Corrientes Socialistas y Socialcristianas**. Estas teorías, niegan al derecho de propiedad su carácter de derecho natural y plantean como idea rectora, que el propietario debe compartir con la sociedad los beneficios que la propiedad le reporta, esbozando de esta manera la idea de la función social de la propiedad.

Dentro de los expositores más importantes de las corrientes socialistas encontramos a **Karl Marx**, quien en su obra “El Capital” (*Das Kapital*), sostiene que la propiedad privada es un enajenante del ser humano, y es por la existencia de los mercados que las personas son alejadas del camino de la felicidad. La causa básica de la injusticia es la propiedad privada de los medios de producción, que genera la separación entre los propietarios y los no propietarios.

Marx sostenía que la historia, movida por la lucha de clases, tiende en su devenir hacia un nuevo y definitivo tipo de sociedad, la "sociedad comunista", en la que ya no habrá división de clases sociales, porque no existirá propiedad privada de los medios de producción.

En el mismo sentido, **Friederich Engels** en "La situación de la clase obrera en Inglaterra" (1844), señala que la historia sólo podía explicarse a partir del desarrollo económico de la sociedad, afianzándose su teoría de que los males sociales de su tiempo eran el resultado inevitable de la aparición de la propiedad privada.⁵⁰

Otro de los autores destacados de este periodo, aunque independiente de las corrientes socialistas, es **León Duguit**⁵¹, quien trata por primera vez en forma clara el concepto de función social de la propiedad. Este niega la existencia de los derechos subjetivos, y manifiesta que la propiedad no es más que una función social. De esta forma el propietario sólo cumple una función social como detentador de la riqueza derivada de su propiedad y, en consecuencia, sólo será protegido por el ordenamiento jurídico en la medida en que cumpla su misión social.⁵²

En efecto, el propietario debe emplear los bienes que detente para la satisfacción de sus necesidades y, al mismo tiempo, tiene el deber de emplear sus bienes en la satisfacción de las necesidades comunes a la sociedad. La consagración positiva de

50 MARX KART Y ENGELS FRIEDERICH: "Manifiesto Comunista", Cuadernos Marxistas, Buenos Aires, Argentina, 1998, páginas 3 y siguientes.

51 Si bien DUGUIT se declaró contrario al socialismo, muchas veces su teoría ha sido encuadrada dentro de este pensamiento.

52 ALESSANDRI ARTURO: "Tratado de los Derechos Reales", Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, 1997.

esta concepción de la función social de la propiedad está plasmada en la Constitución Alemana de *Weimar*, “La Constitución garantiza la propiedad. El contenido y límites de ésta resulta de las leyes.”

Una expropiación sólo puede tener lugar para el bien de la colectividad y con base en una ley. Tiene lugar contra una proporcionada indemnización, está abierta la vía judicial ante los Tribunales Ordinarios, salvo que por ley se disponga otra cosa. La expropiación por el *Reich* de bienes de los *Länders*, ayuntamientos y asociaciones de interés público, sólo puede tener lugar mediante indemnización.

Lo anterior se puede resumir en el siguiente adagio: “La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente con el servicio del bien común.”⁵³

Frente a las corrientes socialistas, la Iglesia Católica desarrolla la **Teoría de la Doctrina Social**⁵⁴. Para ésta, la propiedad nunca se ha entendido de modo que pueda constituir un motivo de conflicto social con el trabajo o la naturaleza del hombre.

En consecuencia, como se planteó al hablar de la Escuela Escolástica, para la Iglesia ha sido problemático enfrentar el concepto de propiedad privada, sobretudo por

53 PAREJO ALFONSO LUCIANO: “La garantía del derecho de propiedad y la Ordenación Urbanística en el Derecho Alemán”, en R. E. D. A., número 17, año 1978, página 50.

54 Desarrollando este punto, el PAPA JUAN PABLO II señala en su Encíclica Centésimus Annus, “A finales del siglo pasado la Iglesia se encontró ante un proceso histórico, [...] factor determinante de tal proceso lo constituyó un conjunto de cambios radicales ocurridos en el campo político, económico y social e incluso en el ámbito científico y técnico. Una sociedad tradicional se iba extinguiendo, mientras comenzaba a formarse otra cargada con la esperanza de nuevas libertades. En el campo económico, [...]. Había aparecido una nueva forma de propiedad, el capital, y una nueva forma de trabajo, el trabajo asalariado. Consecuencia de esta transformación era “la división de la sociedad en dos clases separadas por un abismo profundo”. En el momento culminante de esta contraposición, cuando ya se veía claramente la gravísima injusticia de la realidad social, que se daba en muchas partes, y el peligro de una revolución favorecida por las concepciones llamadas entonces “socialistas”.

las enseñanzas de desprendimiento material de Cristo. En el siglo XIX, y como consecuencia de las corrientes socializadoras, reconoció a la propiedad como un derecho natural del hombre, pero éste se encuentra subordinado a la común destinación de los bienes a los seres humanos. De esta destinación deriva la función social de la propiedad.

La Encíclica “**Rerum Novarum**”, del Papa León XII, y verdadera iniciadora de esta doctrina, señala en su número 6 “[...] La propiedad, según la doctrina de la Iglesia, nunca se ha entendido de modo que pueda construir un motivo de conflicto social con el trabajo. La propiedad se adquiere ante todo mediante el trabajo, para que ella sirva al trabajo, sin embargo no es justo el apoderamiento de los medios de trabajo, ya que éstos deben compartirse para que todos los hombres tengan acceso.”

La Encíclica “**Quadragesimo Anno**”⁵⁵, del Papa Pío XI, señala en sus números 45 y 46: “la supresión del dominio privado había de redundar no en utilidad sino en daño extremo de la clase obrera [...]. Ni León XIII ni los teólogos que enseñaron, guiados por el magisterio de la Iglesia, han negado jamás, o puesto en duda el doble carácter de la propiedad, llamado individual y social, según que atienda al interés de los particulares o mire al bien común [...]. Por lo tanto hay que evitar cuidadosamente el chocar contra un doble escollo. Así como, negado o atenuado el carácter social y público del derecho de propiedad, por necesidad se cae en el llamado "individualismo" o al menos se acerca uno a él, de semejante manera rechazado o disminuido el

55 Esta Encíclica en gran medida analiza recapitaliza y explica los planteamientos contenidos en la Encíclica Rerum Novarum.

carácter privado e individual de ese derecho, se precipita uno hacia el "colectivismo", o por lo menos se tocan sus postulados.”

1.3. Evolución Histórica: de la Constitución Provisoria de 1818 a la Constitución Política de la República de 1925.

Destacados autores de nuestra doctrina abordan este tópico mediante la división del tratamiento del derecho de propiedad en distintas etapas, las que se desarrollan bajo los criterios económicos y teóricos que marcaron las distintas Cartas Fundamentales. En este sentido, se destaca el tratamiento positivo del derecho de propiedad en las siguientes etapas⁵⁶:

Propiedad Privada Libre; compuesta por la Constitución de 1833. Se caracteriza por la concepción del dominio como un derecho absoluto, influenciada por la doctrina liberal e individualista predominante en esa época. Dentro de esta etapa se debe incluir a nuestro Código Civil, dictado en 1857.

Propiedad Privada Limitada; integrada por la Constitución Política de 1925 y la reforma constitucional de 1967. La propiedad es caracterizada por la pérdida de la concepción liberal individualista, y el vislumbramiento, no absoluto por el momento, de la función social de la propiedad.

⁵⁶ Para revisar esta división se puede consultar CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: “Delimitación y privación al dominio en la Constitución de 1980”, XVIII Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1988, páginas 55 y siguientes. RODRÍGUEZ PEDRO JESÚS: “La propiedad privada”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 69, año 1972, primera parte, páginas 111 y siguientes. EVANS DE LA CUADRA ENRIQUE: “Los Derechos Constitucionales”, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Tomo II, páginas. 161 y siguientes.

Propiedad Privada Social; compuesta por las reformas constitucionales de 1967 y 1973. Se caracteriza porque la función social de la propiedad pasa a delimitar fuertemente el estatuto de la propiedad privada, y también, por la ampliación de la potestad expropiatoria, influida fuertemente por la reforma agraria instaurada en esta época.

Etapa actual, se encuentra en nuestra actual Constitución Política. Destaca por la vigorosa protección dada al derecho de propiedad, extendiéndose ésta a los bienes corporales e incorporales, sin perder el norte de la función social como único medio contemplado para limitar a la propiedad y la expropiación como institución constitucional para despojar de ésta a su titular, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Carta Fundamental y se sujete al procedimiento establecido por la ley.

Hecha esta breve referencia a esta visión de la evolución histórica de la propiedad en las distintas Cartas Fundamentales, nos referiremos al tratamiento dado al derecho de dominio en cada una de ellas.

En la **Constitución Provisoria de 1818**, se establece por vez primera una disposición referente al derecho de propiedad. Esta señala en su artículo noveno “[...] los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inadmisibile a [...] su hacienda [...], no puede el Estado privar a persona alguna de su propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aún en ese caso, con la

indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos.”

Respecto de las limitaciones al dominio, esta Carta Fundamental sólo se pronuncia respecto de la posibilidad que el Estado pueda privar a las personas del dominio privado cuando “lo exija la defensa de la Patria”. Cabe destacar que no se trata de una expropiación, en vista que no se contempla la existencia de su elemento fundamental, la indemnización, más bien se trataría de la imposición de una carga o deber constitucional sobre el derecho de propiedad.

En consecuencia, “se desprende un alcance limitado de este derecho a su mera función subjetiva, aunque no es ninguna novedad, pues la mayoría de las Constituciones Liberales del siglo XIX estaban fuertemente influenciadas por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 16 de agosto de 1789 (artículos 2 y 17), y las Constituciones Chilenas de aquella época no fueron una excepción.”⁵⁷

La **Constitución Política de 1822**, consagra el derecho de propiedad como una de las libertades individuales. En esta Constitución es tan patente la influencia del liberalismo que el cobro de impuesto sólo se autoriza, en el artículo 221, cuando de trate de “salvaguardar con la Patria las vidas y el resto de la fortuna de cada uno”.

57 UNIVERSIDAD DE ANTOFAGASTA: Material de Diplomado, “La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno”. En http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/LA%20DOGM%C3%81TICA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20PROPIEDAD%20EN%20EL%20DEREC HO%20%E2%80%A6.pdf, página 3.

Terminado el gobierno de O' Higgins, se produce el llamado periodo de anarquía o "la era de los pipiolos", en consideración a la profunda influencia liberal de los ensayos constitucionales. En este contexto histórico, se dicta la **Constitución de 1823**.

Esta Carta Fundamental señala en su artículo 117: "A ninguno puede privarse de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado de notoriamente grave, y con previa indemnización". Como se puede apreciar el derecho de propiedad sigue siendo considerado un derecho natural del hombre, empero, a diferencia de los textos anteriores, y denotando un notable adelanto en materia de protección de este derecho, señala que sólo puede despojarse de éste a su titular por causa de necesidad pública, calificada por el Senado y previo pago de indemnización. Si bien esta norma no contempla la idea moderna de expropiación, entrega al derecho de propiedad una clara protección y se vislumbran los actuales requisitos de la expropiación.

Como señala Hugo Caldera, "uno de los aspectos más notables de esta disposición es la extrema agudeza conceptual puesta de manifiesto por el constituyente."⁵⁸

La **Carta Fundamental de 1828**, redactada por una comisión compuesta mayoritariamente por personajes liberales, se preocupa del derecho de propiedad en su artículo 17, señalando: "Ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, o de aquellos a que tiene legítimo derecho, ni de una parte de ellos, por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial. Cuando el servicio público

⁵⁸ CALDERA D. HUGO: "La garantía constitucional del derecho de propiedad y la expropiación", Revista Chilena del Derecho, Volumen 6, año 1979, página 313.

exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado su valor e indemnizado de sus perjuicios en caso de retenérsele”.

Como puede apreciarse, en esta Constitución se ve disminuido el tratamiento del derecho de propiedad, sobretodo respecto de su protección, ya que se dispone su privación en virtud de una sentencia judicial, eliminándose el requisito de su establecimiento por necesidad pública. Sin embargo puede señalarse que “[...] consagra la expropiación, eso si, garantizando la propiedad particular en forma menos categórica o efectiva que la norma prevista por el texto de 1823.”⁵⁹

En consecuencia, podemos señalar que “esta Carta Fundamental elimina el hecho que la causal de privación de la propiedad sea notoriamente grave y previamente calificada por el Senado, no exige que la indemnización sea previa, y se canaliza como exigencia que la privación provenga de una necesidad pública en la institución del servicio público.”⁶⁰

Por otra parte, la **Constitución Política de 1833** se preocupa del derecho de propiedad en su artículo 12 N° 5, donde dispone: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 5º La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que

⁵⁹ CALDERA D. HUGO: Ob. Cit., páginas 314 y 315.

⁶⁰ CALDERA D. HUGO: Ob. Cit., página 315.

tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos”.

Esta Carta Fundamental, inspirada en el liberalismo, consagra al derecho de propiedad como un derecho absoluto, no contemplando en su texto la posibilidad de limitaciones a éste: lo declara inviolable. Sólo reconoce, en términos muy similares a la Constitución de 1828, la posibilidad de privación de la propiedad, aunque se establece una causal “la utilidad del Estado, calificada por ley”. Respecto de la indemnización contempla que esta debe ser calificada por una comisión de hombres buenos, señalando que su determinación se produzca por terceros, y no por la propia administración, como se desprende de las Constituciones anteriores.

Destacamos que esta norma no se modificó hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1925, convirtiéndose, de esta forma, en el texto constitucional que reguló, invariablemente y durante el periodo de tiempo más prolongado de tiempo de nuestra historia constitucional, al derecho de propiedad.

Es en este contexto que, en 1857, se publicó nuestro **Código Civil**, el que siguió la tendencia absolutista del derecho de propiedad. La definición de dominio contenida en el artículo 582 lo consagra como un derecho que “puede ser ejercido arbitrariamente”, vale decir, sólo reconoce límites en la “ley o en el derecho ajeno”.

Al mismo tiempo, el sistema de propiedad se estructura en el dominio sobre cosas corporales, y de éstas últimas sobre la propiedad en bienes raíces, los que a la época

gozaban de mayor importancia económica. Reafirma el punto anterior, el hecho que don Andrés Bello en su Mensaje señalara que los bienes raíces gozan de un estatuto más protegido que los muebles, v. gr. su compraventa debe realizarse por escritura pública (artículo 1801 inciso segundo, “La venta de los bienes raíces, servidumbre y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”).

Al no reconocer la Constitución de 1833 la posibilidad de limitar el dominio, esta situación pudo ser regulada por el Código Civil, el que establece dos clases de limitaciones; aquellas que provienen del derecho ajeno, tipificadas en el Libro II Título VIII, que no son limitaciones propiamente tales, ya que emanan de la autonomía de las partes para contratar – v. gr. usufructo, propiedad fiduciaria, cuasicontrato de vecindad de Pothier – y las que provienen de la ley en miras del interés público, como son las servidumbres legales (artículo 839 inciso 1º, “Las servidumbres legales son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares”).

En la **Constitución Política de 1925** el derecho de propiedad es regulado en el artículo 10 N° 10, que dispone:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: N° 10, La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley.

En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

Lo primero a destacar es que, a diferencia de las Constituciones anteriores, se garantiza la inviolabilidad de todo tipo de propiedad, lo que nos permite incluir dentro de esta garantía tanto a los bienes corporales como a los incorporales.

Respecto a esta extensión del derecho de propiedad destaca en la jurisprudencia⁶¹ el caso “**Troncoso con Julia**”⁶². Su importancia radica en el hecho que declara inconstitucional la norma contenida en el artículo 2º Transitorio del DFL Nº 9 de 1968, por el que el arrendamiento de predios rústicos siempre duraría 10 años, aunque se estableciere un plazo menor. En el caso en cuestión, las partes habían celebrado un

⁶¹ Es de suma importancia el pronunciamiento de la jurisprudencia bajo esta Constitución, ya que ésta determinó que el control de legalidad de las leyes correspondería a los Tribunales Ordinarios de Justicia mediante el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, pese a que éste sólo produce efectos entre las partes.

⁶² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA: Tomo 65, año 1968, segunda parte, sección 1, páginas 392 y siguientes.

contrato de arrendamiento sobre un predio rústico por el plazo de tres años; al transcurrir este plazo y solicitarse la restitución del inmueble, el arrendatario se negó, amparándose en la norma recién mencionada. Interpuesto el recurso de inaplicabilidad, la Excma. Corte Suprema lo acoge, señalando que el arrendador había adquirido un derecho personal a la restitución del predio al cabo de los tres años convenidos, sobre el cual como cosa incorporal tenía propiedad, sin importar que la ocasión de hacerlo valer se presentara en una época posterior, donde una nueva ley se encuentra vigente.

También se contempla, por primera vez, la limitación del dominio en razón de su función social. Es así que el inciso final señala como estas limitantes al “interés general del Estado, la salud de los ciudadanos y salubridad pública”. Sin embargo, la garantía de la propiedad continúa centrada en la perspectiva individual del derecho, concebida como inviolabilidad de las “propiedades”, más que en la existencia de un régimen jurídico objetivo que estableciera a la propiedad privada como principal mecanismo de atribución y aprovechamiento de los bienes.⁶³

Tal como ocurrió en Europa, la definición liberal de propiedad contenida en el artículo 582 del Código Civil no se modificaría, pero su contenido y alcance serían reducidos a través de una abundante legislación social, de forma que la reserva legal del concepto contenido en la citada norma “no siendo contra la ley o contra derecho ajeno” dejará de ser una excepción para transformarse en regla general.⁶⁴

⁶³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA: *Ibíd.*

⁶⁴ BRAHM GARCÍA ENRIQUE: “Propiedad sin Libertad, Chile 1925- 1973, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 1999, página 67.

En la década de los cincuenta, se hace patente la desigualdad en la distribución de la tierra. En 1965, en las provincias agrícolas comprendidas entre Coquimbo y Llanquihue, que incluían el 92% de los predios, más de la mitad – 55,3% – correspondía a latifundios; los minifundios constituían, en total, un 82% de los campos que ocupaban solamente un 9,7% de las tierras arables.⁶⁵

Bajo estas condiciones, y teniendo como antecedentes la repartición de tierras por la Iglesia Católica y la “Alianza para el Progreso”⁶⁶ de Estados Unidos, se promulga, bajo el gobierno de don Jorge Alessandri, la **Ley N° 15.020**, de 27 de Noviembre de 1962, que introduce a nuestro país el proceso de la Reforma Agraria. Por esta ley “se mantuvo el estatuto aplicable a todas las propiedades, sometiendo a normas especiales los predios rústicos abandonados o mal explotados, los cuales podrán ser expropiados reduciendo la indemnización previa, a la toma de posesión por el expropiante, al diez por ciento de su monto y autorizando el pago del saldo en un plazo no superior a quince años”⁶⁷. La razón de esta regulación fue materializar la función social de la propiedad rural.

⁶⁵ ALAN ANGELL: “Chile de Alessandri a Pinochet: En busca de la Utopía”, Editorial Andrés Bello, primera edición, página 54.

⁶⁶ Se trata de un programa de ayuda económica y social de Estados Unidos para América Latina, efectuado entre 1961 y 1970. Su origen están en la propuesta oficial del Presidente John F. Kennedy, en su discurso del 13 de marzo de 1960 ante una recepción en la Casa Blanca para los embajadores latinoamericanos. La Alianza para el Progreso duraría 10 años. Se proyecta una inversión de 20.000 millones de dólares. Sus fuentes se basan en que los Estados Unidos, por medio de sus agencias de ayuda, agencias financieras multilaterales (BID y otros) y el sector privado canalizados a través de la Fundación Panamericana de Desarrollo. Inicialmente dentro de la OEA, el CIES era el encargado de coordinar la ayuda financiera, revisión de los planes y proyectos de la Alianza remitidos por los países. Sin embargo la creciente complejidad hace ingobernable los propósitos de la Carta de Punta del Este. En la reunión de Cancilleres de Río de Janeiro de noviembre 1963, y tomando como base los informes de Kubitschek y Lleras Camargo, se crea el Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso (CIAP 1963-1970) como el organismo rector del programa de ayuda, dependiendo del Comité Ejecutivo del CIES.

⁶⁷ EVANS DE LA CUADRA ENRIQUE: “Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile”, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1967, página 29.

Para aplicar esta reforma se publicó, también bajo el gobierno de don Jorge Alessandri, la **Ley N° 15.295**, de 8 de octubre de 1963, que reforma el inciso 2° del artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925 y “fija las condiciones en las cuales se puede autorizar la posesión material del bien expropiado aún antes del pago de la indemnización y se permite el pago previo sólo del diez por ciento de la indemnización, quedando diferido el pago del saldo por el plazo hasta de quince años que fije la ley, si se tratare de la expropiación de predios rústicos abandonados, o que estén manifiestamente mal explotados o por debajo de las condiciones normales predominantes en la región para tierras de análogas posibilidades.”⁶⁸

Bajo el gobierno de don Eduardo Frei Montalva el proceso de Reforma Agraria alcanza un impulso vertiginoso. Bajo el lema “la tierra para el que la trabaja” se buscó la modernización del mundo agrario mediante la redistribución de la tierra y la sindicalización campesina.

Para lograr este objetivo se promulgó una nueva Ley de Reforma Agraria **N° 16.640**, de 28 de Julio de 1967, y una Ley de Sindicalización Campesina **N° 16.625**, de 11 de Agosto de 1966.

Para la consagración constitucional de la nueva concepción de la propiedad, y hacer realidad esta reforma, se publicó, el 20 de enero de 1967, la **Ley N° 16.615**, que

⁶⁸ SILVA BASCUÑÁN ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO MARÍA PÍA: “Derechos Humanos en la Constitución de 1925”. *Ius et Praxis*. [online]. 2003, vol.9, no.1, p.245-257. En http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100013&lng=es&nrm

reformó íntegramente el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de la República de 1925, pasando a quedar éste redactado en los siguientes términos:

“Artículo 10º. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

Nº 10: El derecho de propiedad en sus diversas especies.

La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para

fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de la indemnización.”

En vista de lo recién expuesto, se puede señalar, “los cambios sustanciales, que se destacan al comparar la letra primitiva con la nueva, pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

a) La ley, al consagrar el régimen de propiedad, establecerá "las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos". La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes".

b) La ley, cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de los bienes que el texto señala (inc. 2º).

c) La privación por expropiación deriva de la utilidad pública o interés social calificado por el legislador y la ley debe determinar también las bases de la fijación de la indemnización (inc. 3º).

d) Se precisan normas especiales sobre predios rústicos, en cuanto a la propiedad de las aguas y en orden a la expropiación de la propiedad rústica trabajada por su dueño o de la vivienda habitada por el propietario.”⁶⁹

⁶⁹ SILVA BASCUÑÁN ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO MARÍA PÍA: Ob. Cit.

Bajo el gobierno de Salvador Allende, se propuso dividir la economía en tres áreas:

- a) Social, donde las empresas de interés social pasaban a ser propiedad del Estado;
- b) Mixta, en la que el Estado sería el principal accionista y;
- c) Privada, conformada por pequeñas empresas que operaban con bajos capitales.

La **Ley N° 17.450**, de 10 de julio de 1971, impulsada para la nacionalización del cobre, comienza por modificar el inc. 2º del artículo 10, no sólo para reservar al Estado, sino que también para nacionalizar los bienes a que él mismo se refiere. Junto con modificar el régimen general de la propiedad minera, consagra un régimen especial para la nacionalización de la gran minería, que concreta más adelante a través de preceptos transitorios.⁷⁰

Esta ley añade los siguientes incisos finales al N° 10 del artículo 10 de la Ley Fundamental: "En el caso de que el Estado o sus organismos hayan celebrado o celebren con la debida aprobación o autorización de la ley, contratos o convenciones de cualquiera clase en que se comprometan a mantener a favor de particulares regímenes legales de excepción o tratamientos administrativos especiales, éstos podrán ser modificados o extinguidos por la ley cuando lo exija el interés nacional [...]. En casos calificados, cuando se produzca como consecuencia de la aplicación del inciso anterior, un perjuicio directo, actual y efectivo, al ley podrá disponer una indemnización a los afectados."⁷¹

⁷⁰ SILVA BASCUÑÁN ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO MARÍA PÍA: Ob. Cit.

⁷¹ SILVA BASCUÑÁN ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO MARÍA PÍA: Ob. Cit.

Tras el quiebre ocurrido el 11 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno planteó la necesidad de regular el derecho de propiedad, ya que la Constitución Política de 1925, con sus numerosas reformas, no protegía la propiedad privada de una manera que pudiera reforzarla, fomentando el modelo económico liberal que este Gobierno deseaba.

Bajo estas circunstancias, el 18 de Septiembre de 1976, se publica el **Acta Constitucional Número 3**. Esta deroga el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925, y en su artículo primero N° 16 establece la nueva regulación del derecho de propiedad, donde ésta se trata casi en los mismos términos que en nuestra actual Carta Fundamental, con la diferencia que se permitía diferir el pago de la indemnización por expropiación en cinco o diez años “si lo exige el interés de la Nación y una ley lo declare así”. También se distingue entre las limitaciones al dominio, que no son indemnizables, y la privación del dominio, la que sólo puede ser por causa de expropiación.

Esta acta tuvo un carácter provisorio, ya que se formó la “**Comisión de Estudios para la Nueva Constitución**”, que tenía por fin la elaboración de un anteproyecto para una nueva Carta Fundamental.

En lo que respecta al derecho de propiedad, la idea de esta Comisión fue fortalecer este derecho y buscar los mecanismos más eficaces para lograr este fin.

A juicio de Rajevic dos son las principales garantías que rodearon al derecho de propiedad: una material, en la idea de una esencia del derecho, intangible, sólo sujeta a privación por medio del procedimiento expropiatorio (artículo 19 números 24 y 26), y otra formal, conformada por la reserva legal de la regulación de la propiedad, enunciada con un sugestivo “Sólo la ley puede establecer” (artículo 19 N° 24).⁷²

Finalmente debemos tener presente que, para complementar la regulación del derecho de propiedad, se dictó el **Decreto Ley N° 2186**, de 9 de Junio de 1978, donde se regula el procedimiento expropiatorio.

1.4. Marco Regulatorio Constitucional.

Para poder entender cuál es la regulación y apreciación que el constituyente entregó a este derecho debemos remitirnos a cuatro normas constitucionales: a) artículo 19 N° 23, que consagra la libre adquisición de bienes; b) artículo 19 N° 24, referente a la garantía constitucional de la propiedad; c) artículo 19 N° 25, que protege a la propiedad intelectual e industrial; y d) artículo 19 N° 26, que establece el límite del legislador para afectar estos derechos, cual es la vulneración de su esencia.

De acuerdo al fin de este trabajo, nos remitiremos en este punto al análisis del N° 24 del artículo 19. Esta norma consagra la protección del derecho de propiedad en los siguientes términos:

⁷² RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: Ob. Cit., página 70.

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 24º: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su 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.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de

la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.”⁷³

Establecida la norma legal que supeditará el estudio de este punto de nuestro trabajo, es necesario precisar su origen, de manera de poder determinar fehacientemente la verdadera voluntad del legislador.

El origen de esta norma lo encontramos en la elaboración de un anteproyecto de constitución por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, también conocida como “Comisión Ortúzar” y específicamente, en lo realizado por la Subcomisión Especial del Derecho de Propiedad.

Esta subcomisión adoptó un método concéntrico de trabajo, esto es, “estudiar en primer lugar, la totalidad del texto del N° 10 del artículo 10 de la actual Constitución y las distintas modalidades de propiedad que consagra nuestro ordenamiento, a fin de tener una visión de conjunto de todo el sistema de propiedad vigente en el país.”⁷⁴

El primer trabajo de esta Subcomisión fue determinar la garantía a proteger. De esta manera se puede señalar que lo salvaguardado es el **derecho de propiedad**, no el **derecho a la propiedad**, ya que se busca proteger la propiedad adquirida, vale decir, a quien ya es dueño, porque en el caso contrario el Estado estaría en la obligación de

⁷³ Se omiten los incisos sexto y siguientes por no formar parte del presente trabajo.

⁷⁴ COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN: Sesión 19, celebrada el 20 de diciembre de 1973, en Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Editorial Gendarchile, 1977, página 17.

velar porque cada persona tuviera necesariamente propiedad, situación que es imposible de cumplir.

En cuanto a las **limitaciones y restricciones al dominio**, el trabajo de esta Comisión se basó en gran parte en la reforma constitucional de 1967, ya que considera que éstas “[...] no dan lugar a indemnización alguna, pero siempre que ellas no afecten la esencia del derecho ni importen privar a su titular de algunos de los atributos del dominio”⁷⁵. El fundamento de estas limitaciones sólo puede encontrarse en la función social de la propiedad, la que se materializa en los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Es claro entonces que la Comisión buscó proteger a la propiedad de las intervenciones estatales, pero no se establece una protección absoluta ni extremista, ya que se permite una intervención en cuanto derive de su función social.

La privación del dominio, sólo podrá llevarse a cabo mediante **expropiación**, la que será en virtud de una ley, e indemnizándose previamente al propietario. Esto último constituye una novedad respecto a la Constitución Política de 1925 que, luego de la reforma introducida por la Ley N° 16.615, de 20 de Enero de 1967, al artículo 10 N° 10 de la constitución se permitía, tratándose de predios rústicos, pagar la indemnización “con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a 30 años...”

⁷⁵ REVISTA CHILENA DE DERECHO: Informe de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, volumen 8, números 1 a 6, año 1981, página 214.

Sobre las limitaciones y privaciones al dominio nos referiremos más extensamente en los siguientes capítulos de este trabajo.

Finalmente, cabe señalar que constituye una novedad en el trabajo de esta Comisión el reconocimiento de la propiedad sobre cosas incorpóreas, constitucionalizándose así la “propiedad sobre derechos”. Lo anterior destaca en razón que las anteriores Cartas Fundamentales no protegían, expresamente, esta propiedad. La Constitución de 1925, con su reforma de 1967, hablaba de “el derecho de propiedad en sus diversas especies”⁷⁶. Como señala Eduardo Soto Kloss “pretender a 140 años de historia, práctica y doctrina que los derechos no son bienes incorpóreos y, por lo tanto, no podría tenerse propiedad sobre los derechos (sean fundamentales o no, subjetivos públicos o personales) me parece sólo una especie de juego intelectual, ejercicio bueno para el intelecto, como una *questio* disputada medieval, buena sólo como agudeza del ingenio, pero una mera ilusión si se la considera desde el orden del obrar práctico, en el que se mueve el Derecho como arte.”⁷⁷

1.4.1. Garantía Formal del Derecho de Propiedad.

A modo de premisa, es importante destacar que el **Principio de Reserva Legal** destaca en razón que “la Carta Fundamental de 1980, a diferencia de su antecesora,

⁷⁶ Lo que se buscó con esta reforma fue terminar con la concepción Portaliana plasmada en la Constitución de 1833, donde se daba preponderancia a la protección de la propiedad sobre bienes corporales.

⁷⁷ SOTO KLOSS EDUARDO: “Propietarización de los derechos: No una “herejía”, sino la “esencia” de lo que es Derecho”, en Informe Constitucional 329, año 1992, página 2.

contempla en el artículo 60 – hoy 63 – un catálogo cerrado, taxativo o no excedible de las únicas materias que deben ser objeto de regulación por la ley.”⁷⁸

Consecuencia de lo anterior es que el Constituyente ha establecido una doble prohibición: por una parte el legislador no puede regular sobre materias no contempladas en el artículo 63 de nuestra Constitución, y por otra, se prohíbe a las normas jurídicas de distinta o menor jerarquía, ocuparse de aquellas materias que sólo pueden ser reguladas por ley. “En virtud del Principio en análisis, la Constitución reserva la regulación de ciertas materias al dominio de la ley en sentido sustantivo y exige habilitación, previa y expresa de la misma Carta Fundamental o de la ley, pero no de otra clase de precepto jurídico, para que, después, los órganos públicos subordinados a una y otra jerarquía de normas obren válidamente al llevarla a la práctica.”⁷⁹

El Tribunal Constitucional, en Sentencia Rol N° 370 de 9 de abril de 2003⁸⁰, ha señalado en su considerando decimocuarto, que “el principio de reserva legal, asociado con el dominio máximo fijado a la ley en el artículo 60 de la Constitución, – hoy 63 – es una de las características sustanciales de aquella, cuya importancia se realza al comparar el régimen hoy vigente, de una parte, con el dominio mínimo legal que contemplaba la Carta Fundamental de 1925 y sus reformas, de otra”. Señala, en su considerando decimoquinto, que el primer nivel de reserva legal se encuentra

⁷⁸ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS: “Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena”. Revista de derecho (Valdivia). [online]. dic. 1998, Vol. 9, No. 1, pp. 65-104. En: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07189501998000200003&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Todas las referencias al artículo 60 de la Constitución Política deben entenderse referidas al actual artículo 63.

previsto “en los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución – hoy 63 –, siendo de alcance general y de común aplicación a todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia”. El segundo se encuentra “contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras”. En tal sentido, se recoge la distinción entre reserva absoluta y reserva relativa de ley, existiendo en el último caso, un mayor ámbito de acción de la administración a través de la potestad reglamentaria de ejecución, fijando la ley solamente las bases o criterios generales que encuadran la actuación de la potestad de administración.⁸¹

De esta manera podemos concluir que las garantías constitucionales sólo pueden ser afectadas o limitadas por ley, no por normas derivadas de la Potestad Reglamentaria del Poder Ejecutivo, ni por otras normas jurídicas o administrativas, a excepción del ejercicio de la libertad de reunión en lugares de uso público, contemplado en el artículo 19 N° 13, “[...] Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía” y el artículo 19 N° 6 inciso 2º, “[...] Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en los artículos 4º, 6º, 7º, 19 N° 26 y 60 de nuestra Constitución Política.

⁸¹ HUMBERTO NOGUEIRA, ALCALÁ: “El principio de reserva legal en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional”. Revista *Ius et Praxis*. [online]. 2003, vol.9, no.1, p.541-544. Disponible En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0122003000100025&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado, en Sentencia Rol N° 185 del 28 de febrero de 1994, en la parte declarativa donde se deja constancia del voto disidente del Ministro señor Jordán y el abogado integrante don Eduardo Soto Kloss: "Que, es sabido que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales ha sido entregada – excepción hecha del derecho de reunión en plazas, calles y demás lugares de uso público (artículo 19, N° 13, inciso segundo, de la Constitución) – a la reserva del legislador, en cuanto es éste el órgano estatal competente para dictar normas que permitan su más adecuada realización por sus titulares. Y esa regulación legislativa incluso la Constitución la condiciona en su juridicidad al hecho de no "afectar los derechos en su esencia" (artículo 19, N° 26). Pero hay más: a fin de asegurar efectivamente que sea el legislador quien determine esa regulación, le prohíbe expresamente que delegue atribuciones legislativas en tal materia, de tal manera que jamás puede el Presidente de la República – en tal caso a través de decreto con fuerza de ley – intervenir en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 61, inciso segundo, de la Constitución Política).

En lo que respecta al derecho de propiedad el principio de reserva legal se manifiesta en el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 cuando señala "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social".

La Comisión Ortúzar quiso afianzar esta idea al incluir el adverbio "sólo", ya que de esta manera se asegura que las limitaciones sólo sean materia de ley. Así se busca "evitar la posible interpretación consistente en que, en virtud de normas jurídicas de

menos jerarquía que la ley, pudieren limitarse las facultades inherentes al dominio”⁸². En consecuencia, y de acuerdo al principio de primacía constitucional consagrado en el artículo 6º de la Constitución Política, las limitaciones al dominio sólo proceden cuando la misma Carta Fundamental las autorice.

Este principio de reserva legal del derecho de propiedad también debe relacionarse con el artículo 19 Nº 23 que, al disponer la libertad para adquirir el dominio, señala que sólo “una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.”

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 150 de 3 de diciembre de 1990, considerandos vigésimo primero a vigésimo quinto, donde declara: “el ámbito de aplicación del indicado numeral 23 del artículo 19 de la Carta Fundamental es el correspondiente al derecho a la adquisición de bienes cuya propiedad no se tiene, consagrando una plena libertad para adquirirlos, con la sola limitación de aquellos “que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así” [...], el referido numeral 24 agrega en su inciso segundo dos preceptos diferentes que no corresponde confundir. El primero de ellos es el que señala que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella”, con lo que el constituyente ha consagrado que un modo de adquirir no puede sino provenir de una norma de carácter legal, negando que pueda originarse en una de otra especie. El segundo precepto dispone que sólo la ley puede establecer con respecto a la propiedad “las limitaciones

⁸² COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN: Sesión 148, en “Actas Oficiales de la Comisión Constituyente”, Editorial Gendarchile, 1977, página 70.

y obligaciones que deriven de su función social” agregando que esta función social “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio nacional” [...]. Se desprende de lo expuesto en los considerandos precedentes, que la Constitución Política ha hecho una diferenciación entre el acceso a la propiedad y el ejercicio del derecho de dominio, destinado para cada uno de estos ámbitos dos diferentes numerales del artículo 19: el 23 para el primero y el 24 para el segundo.”

Ahora bien, una vez determinado el concepto de reserva legal y su aplicación al derecho de propiedad, nos corresponde referirnos a la división doctrinaria que existe respecto del carácter absoluto o relativo del principio de reserva legal. La primera tesis, **Absolutista**, postula que en caso de materias reservadas a la ley, vale decir, aquellas en que se aplica el principio de reserva legal, no cabe la delegación de la ejecución de ella a los reglamentos. La segunda, la segunda de ellas, llamada **Restringida**, cree que debe ser la ley quien establezca los principios fundamentales de las materias de reserva legal, pudiendo por medio de reglamentos regularse su aplicación o complementación.

La **Tesis Absolutista**, postula que las materias regidas por el principio de reserva legal tienen que ser desarrolladas por la ley con la mayor determinación posible, al reglamento sólo le toca su ejecución, no el establecimiento de nuevas situaciones, ya que de acuerdo a lo establecido en los artículos 60 – hoy 63 – y 32 N° 8 – hoy 32 N°6 – de la Carta Fundamental, esta situación viene a ser inconstitucional.

Uno de los mayores expositores de esta postura es Eduardo Soto Kloss, quien señala: “Como es sabido, nuestra Constitución determina la “reserva legal” de numerosísimas materias (artículo 60, hoy 63 CPR) y aquellas que no caigan en el dominio legal están atribuidas a la potestad reglamentaria llamada “autónoma” del Presidente de la República (artículo 32 N° 8, hoy 32 N°6) sin perjuicio de la potestad reglamentaria presidencial en lo referente a la ejecución de las leyes. No existe, pues, en nuestra Carta Fundamental la posibilidad de la “remisión normativa”, que implica que el legislador reenvíe al Presidente de la República para que éste legisle en materias de reserva legal complementando lo que al legislador le corresponde por imperativo constitucional y que no hace u omite. Tal figura no tiene cabida ni cobertura alguna normativa en la Constitución chilena, la cual sólo ha previsto la "delegación de atribuciones legislativa" (artículo 61, hoy 64) para que el Presidente legisle (DFL), de acuerdo a lo que la ley delegatoria dispone y dentro de los requisitos que dicho artículo 61, hoy 64, señala tanto respecto de la materia (prohibiciones incluidas), plazo y procedimiento.”⁸³

En el último tiempo parte de la doctrina nacional considera que “la doctrina de la reserva legal absoluta era, por lo demás, insostenible frente a la realidad social existente. “Los ministros Eugenio Velasco Letelier y Juan Colombo Campbell del TCCH daban cuenta de los peligros que encerraba cuando se empezó a gestar esta línea jurisprudencial, al afirmar en un voto de minoría que “este tipo de limitaciones autorizadas por ley y cuya ejecución se detalla en un decreto reglamentario, está desde antiguo reconocido y usado en nuestro sistema jurídico. Desconocerlo

⁸³ SOTO KLOSS EDUARDO: “Derecho Administrativo. Bases fundamentales”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1996, página 690.

significaría arriesgar, con grave daño, reglas tan tradicionales y universalmente aceptadas, como las pautas sobre líneas de edificación, número de pisos a construir, instalaciones sanitarias de agua potable, alcantarillado y de pavimentación, que las municipalidades aprueban en sus planos reguladores y ordenanzas locales, con intervención del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por expreso mandato de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.”⁸⁴

La **Tesis Restrictiva**⁸⁵, señala que el principio de reserva legal ordena que, en aquellas materias insertas en él, es función de la ley delimitar el contenido esencial de éstas, pudiendo ser complementadas o detalladas por medio de la potestad reglamentaria. “Reyes [...] fundamenta la postura en: a) El carácter básico y general que corresponde a las normas legales según se desprende del texto constitucional (artículo 63 en sus numerales 4º, 16º, 18º, y 20º, particularmente éste último); y b) El carácter general y complementario que poseen los reglamentos; si la ley no se atuviera a las puras disposiciones básicas carecería de sentido la potestad reglamentaria de ejecución, lo que sería tanto más absurdo si se recuerda que el sentido manifiesto de la Carta Fundamental en la materia fue acotar el dominio legal y expandir el reglamentario.”⁸⁶

⁸⁴ UNIVERSIDAD DE ANTOFAGASTA: Material de Diplomado, “La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno”. Ob. Cit., páginas 60 y 61.

⁸⁵ Se han manifestado a favor de esta tesis PIERRE ARRAU PEDRO: “El ámbito de la ley”. En Proceso Legislativo en Chile. Valparaíso: CEAL-UCV, 1991; BERTELSEN REPETTO RAÚL: “Recurso de Inaplicabilidad. Delegación de facultades legislativas en materia tributaria”. En IC N° 668; CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: “Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980”. En Revista Chilena de Derecho, Volumen 11, N° 2, año 1984.

⁸⁶ RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: Ob. Cit., página 80.

Partidario de esta postura es Raúl Bertelsen, quien señala que esta doctrina podría ser utilizada en el debatido tema de las normas de calidad ambiental, en que por medio de reglamentos podrían determinarse ciertos elementos complementarios de la ordenación legal, pero no reemplazar a ésta. Para dar plena aplicación a la regulación que las leyes hicieran de las diversas actividades económicas, aunque no permitiría que las disposiciones reglamentarias proporcionarían un contenido normativo que corresponden a las leyes, ya que la Constitución prohíbe la delegación legislativa en materias relativas a las garantías constitucionales, y esto sería transferir la elaboración de una norma que es materia de ley a la decisión del Presidente de la República. Por último, expresa que la aplicación de las normas constitucionales requiere muchas veces de una jurisprudencia creativa que sea capaz de precisar su significado, con buen acopio doctrinal y una comprensión cabal de las distintas instituciones en juego, razón por la cual hay que celebrar fallos como el que comenta por la doctrina que expone.⁸⁷

Frente a estas posturas, cabe definir la postura que ha tenido nuestro **Tribunal Constitucional**. Al respecto podemos señalar que no ha mantenido una línea definida en este tema, y es así que encontramos distintos fallos en que se acogen ambas posturas.

Es así que, se ha manifestado a favor de la **Tesis Restrictiva** en Sentencia Rol N° 253 de 15 de abril de 1997, donde se pronuncia rechazando el reclamo de inconstitucionalidad interpuesto en contra del D. S. N° 171, de 5 de diciembre de 1996,

⁸⁷ BERTELSEN REPETTO RAÚL: "Recurso de Inaplicabilidad. Delegación de facultades legislativas en materia tributaria". En IC N° 668.

que modifica la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. En este fallo ha señalado, básicamente, que ésta puede regular respecto de materias de reserva legal, siempre y cuando no altere su esencia y conforme una unidad homogénea con la norma legal. Así el considerando cuarto señala: “Que, de la simple lectura de las normas reproducidas en los considerandos precedentes, se infiere con nitidez que los artículos pertinentes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sólo se han limitado a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley, a fin de que ésta pueda producir plenos efectos jurídicos.”

Finalmente, el considerando noveno se refiere al límite existente para mantener la validez de esta potestad reglamentaria, señalando: “Que, sin embargo, esta tesis no es absoluta, pues en el evento que el reglamento se apartara de la ley en consonancia con la cual se dicta, se produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico que da lugar a una realidad jurídica evidente, para transformarse en partes de una relación ley – decreto reglamentario que se contrastan y se repudian. [...]. En este orden de ideas, debemos entender que el reglamento contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso sino, también, cuando su contenido desborde el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución.”

Otro caso en que ha manifestado a favor de esta tesis, es la Sentencia Rol N° 254 de 26 de abril de 1997. En esta se rechaza el reclamo interpuesto contra el D. S. N° 1.679, de 31 de diciembre de 1996, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario

Oficial el 8 de febrero de 1997, por considerarse que se hicieron numerosas modificaciones por la vía administrativa a la Ley de Presupuestos.

En esta sentencia señala, “aprobada la Ley de Presupuestos, le corresponde, nuevamente al Presidente de la República su ejecución, para lo cual la propia ley le otorga las atribuciones y herramientas necesarias, para que el Presupuesto cumpla su objetivo final. Ello implica que el poder administrador está facultado para usar las potestades indispensables, las que deberán contar con la flexibilidad necesaria para que no pierdan el sentido que la Constitución señala para tan importante materia en el desarrollo integral del Estado.”

En los considerando decimotercero y decimocuarto, luego de afirmar que el decreto en cuestión es efectivamente un Decreto Supremo y no un Reglamento, reproduce los argumentos de la Sentencia Rol N° 253, respecto al límite que existe para considerar que la potestad reglamentaria.

Sin embargo, en el considerando decimoctavo da un vuelco al manifestarse conforme con la tesis absolutista al señalar: “Que, el principio de legalidad aplicado a la Ley de Presupuestos requiere de una interpretación constitucional flexible, racional y lógica ya que este instrumento, aunque formalmente es una ley, reúne características que le dan una categoría especial en el ordenamiento jurídico”. Según lo anterior en el considerando vigésimo segundo se muestra acorde con la teoría del dominio máximo legal, citando la siguiente afirmación: “[...] En este orden de ideas resulta útil recordar la opinión del profesor José Luis Cea Egaña que estima que "la Ley de Presupuestos

no es más que un ejemplo particular de aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir, que a ella corresponde establecer las bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional".

Concordando con la afirmación realizada respecto de la postura indefinida que ha tenido el Tribunal Constitucional respecto de estas tesis, existen también sentencias en que se ha manifestado a favor de la **Tesis Absolutista**.

En Sentencia Rol N° 146 de 21 de abril de 1992⁸⁸, pronunciada respecto del reclamo de inconstitucionalidad interpuesto contra el D. S. que prohibía la colocación de carteles o propaganda en los 300 metros adyacentes a la cerca de un predio colindante a un camino público, señala, respecto de la reserva legal del derecho de propiedad, en sus considerando decimoséptimo a decimonoveno: "Que, del texto expreso de la disposición del artículo 19 N° 24, de la Carta Fundamental, se desprende con toda claridad que solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Más aún, esa garantía importa, además, que en ningún caso, ni aún por ley se pueda afectar la esencia del derecho con medidas como privar o reducir gravemente el derecho de uso, goce o disposición. Ello resulta con toda nitidez del artículo 19, N° 26, de la Constitución Política, que establece: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no

⁸⁸ REVISTA CHILENA DE DERECHO: Volumen 19, año 1991, páginas 119 a 125, comentado por don Raúl Bertelsen.

podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."

Por otra parte, en Sentencia Rol N° 167 de 6 de abril de 1993⁸⁹, se pronuncia respecto del reclamo de inconstitucionalidad contra el D. S. N° 327, del Ministerio de Obras Públicas, de 29 de diciembre de 1992. Este decreto dispone que la distancia entre los letreros de propaganda que se ubiquen en caminos públicos deba ser de mil metros contados a lo largo del camino, independiente del otro costado. La distancia mínima de los letreros a los cruces y empalmes de caminos u otros puntos peligrosos será de quinientos metros.

En esta sentencia el Tribunal sigue la misma tendencia señalada en el fallo recién expuesto, reproduciendo parte de los argumentos esgrimidos en éste en su considerando decimoquinto. Sin embargo, es interesante reproducir parte de los argumentos de los votos disidentes de los ministros Colombo y Velasco, quienes señalan: "dentro de la Constitución de 1980 la potestad reglamentaria del Presidente de la República es mucho más amplia que bajo el imperio de la de 1925, según la cual "sólo en virtud de una ley" era posible establecer normas obligatorias para la convivencia jurídica. Hoy día "sólo son materia de ley" aquellas que, de modo taxativo, se enumeran en el artículo 60 de la Carta Fundamental – hoy 63 –, el último de cuyos números, el único de carácter general, se refiere a normas que estatuyan "las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". En estos casos, entonces, el legislador debe limitarse a establecer las bases, quedando entregada a la potestad reglamentaria del

⁸⁹ REVISTA CHILENA DE DERECHO: Volumen 20, N° 1, año 1992, páginas 124 a 131.

Presidente de la República la dictación de los "reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".

Respecto del derecho de propiedad señalan "el derecho de dominio es de carácter absoluto porque concede al titular las más amplias atribuciones que es posible ejercer sobre una cosa, como son las de usar, gozar y disponer de ella, pero no significa que esté al margen de restricciones y limitaciones que lo hacen racional y lo mantienen en su verdadero rol social, si ellas se estatuyen en la forma que señala la Carta Fundamental. Efectivamente, ésta dispone en el N° 24 del artículo 19, que la ley puede establecer "el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social."

1.4.2. Garantía Material del Derecho de Propiedad.

Esta garantía se plasma en el artículo 19 N° 24 inciso tercero de nuestra Constitución Política, donde establece que "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su 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", y del N° 26 del mismo artículo que dispone: "La seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o

complementen las garantías que ésta establece o que los limiten en los casos en que ella lo autorice, no podría afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

A este respecto, cabe señalar que, según Juan Andrés Varas: “El número 26 debe interpretarse coherentemente con el número 24, y por lo tanto debe entenderse que, en la medida en que el legislador no priva de propiedad, ni priva del bien sobre que la propiedad recae, ni priva de un atributo o facultad esencial, no está afectando al derecho en su esencia ni está imponiendo condiciones o tributos que impidan el libre ejercicio. Por otra parte, debe señalarse que, aunque no se acepte esta tesis, y se establezca una suerte de contradicción entre los dos mencionados numerales del Artículo 19, el N° 26 citado es un mandato al legislador respecto de todos los derechos constitucionales, y el N° 24 es especial respecto de las potestades legislativas frente al derecho de propiedad, y por tanto debiera privilegiarse su aplicación a la hora de determinar el ámbito del actuar lícito del legislador en frente al derecho de dominio [...]. En consecuencia, la Constitución establece un ámbito de tolerancia para el propietario; el propietario debe tolerar un cierto nivel de perjuicio en virtud de la función social de la propiedad, para que el concepto tenga sentido. Pasado este umbral de tolerancia, el Estado debe indemnizar y debe indemnizar precisamente cuando afecta al propietario de una de estas tres maneras: privándolo de la propiedad, privándolo del bien sobre el que recae, o privándolo de un atributo o facultad esencial.”⁹⁰

⁹⁰ VARAS BRAUN, JUAN ANDRÉS: “Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad. Una mirada desde el Derecho Civil”, Revista de derecho (Valdivia), agosto de 1998, Volumen 9, página 139.

A su vez, el Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 43 de 24 de febrero de 1987, considerando vigésimo primero, señala que los derechos esenciales se ven afectados en su esencia cuando: “[...] Se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.

En Sentencia Rol N° 245, de 2 de diciembre de 1996, señala en su considerando vigésimo cuarto: “Que, de acuerdo al artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en Sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19, N° 26, de la Constitución Política de 1980”.

El reconocimiento positivo expreso que nuestra Constitución Política hace de la esencia de los derechos fundamentales se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 26, ya citado. Esta norma, básicamente, destaca que la limitación a estos derechos es excepcional, y sólo puede ser establecida por la ley, ya que reconoce como fin último el respeto a la esencia de estos derechos. El hecho que no se pueda afectar la esencia de los derechos fundamentales no quiere decir que éstos sean absolutos. Debemos considerar que éstos se ubican dentro de un contexto jurídico y social de coexistencia donde las supuestas colisiones que se produzcan entre los distintos derechos son sólo aparentes, ya que, cada uno se establece en un ámbito específico

de aplicación, delimitado por su libre y legítimo ejercicio, lo que hace a estos derechos conciliables entre ellos.

Concluimos esta reseña señalando que queda claramente establecido que la garantía material del derecho de propiedad se traduce en el hecho que éste no podrá verse sujeto a limitaciones que afecten su esencia o impidan su libre ejercicio, cualquier otra limitación al dominio que afecte la esencia de este derecho, y que no constituye un caso de expropiación, por tratarse de instituciones distintas como se verá en los próximos capítulos, es inconstitucional.

De acuerdo con lo anterior Evans de la Cuadra afirma: “[...] la Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional.”⁹¹

1.5. Contenido Esencial del Derecho.

La especificación del contenido de la esencia del derecho de propiedad nos ayuda a determinar su garantía material. Siguiendo la definición de la R. A. E. la esencia es “Aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas. Lo más importante y característico de una cosa” (acepciones 1 y 2).

⁹¹ ACCATINO SCAGLIOTTI DANIELA: “Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad de Algunas Disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)”, Revista de Derecho (Valdivia), diciembre de 2004, Volumen17, páginas 215-226.

Nuestra Constitución Política no contempla un concepto de la esencia de los derechos, ha sido el propio Tribunal Constitucional quien, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, nos ha entregado un concepto de la esencia de los derechos.

En efecto, la teoría de la esencia del derecho – *Wesensgehalt* – nace en la Constitución Alemana de *Weimar* como núcleo de protección para los derechos esenciales, que actualmente se encuentra recogida en el artículo 19.2 de la Ley de *Bonn*, que dispone “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”.

Es así que, nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 43 de 24 de febrero de 1987, considerando vigésimo primero, señala que los derechos esenciales se ven afectados en su esencia cuando: “[...] Se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.

A su vez, en Sentencia Rol N° 245, de 2 de diciembre de 1996, considerando vigésimo cuarto, se refiere específicamente a la esencia del derecho de propiedad al señalar: “Que, de acuerdo al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la

esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19 N° 26, de la Constitución Política de 1980”.

En virtud de lo recién señalado, podemos decir que el contenido esencial de los derechos constituye un concepto indeterminado de rango constitucional, definido por el Tribunal Constitucional, y que no puede ser nunca conculcado u omitido por el legislador.

Ahora bien, de lo establecido por la doctrina nacional, la esencia del derecho de propiedad se compone por aquellas características y atributos que lo hacen único e inconfundible. Este tema lo desarrollaremos en tres partes: las características del derecho de propiedad, sus facultades esenciales y la esencia del derecho de propiedad propiamente tal.

La propiedad, como toda institución de nuestro ordenamiento jurídico, presenta ciertos elementos que la diferencia y singularizan. Si bien cierta parte de la doctrina los ha denominado “atributos”, preferimos denominarlas **características**, ya que su misión es individualizar este derecho. Estas son:

El **carácter absoluto**, se constituye por el derecho del dueño para ejercitar sobre la cosa todas las facultades posibles de uso, goce y disposición, a su arbitrio. Nuestro Código Civil consagra este carácter en el artículo 582, ya citado, sin embargo también reconoce que las limitaciones al poder absoluto del dominio son la ley y el derecho ajeno. En efecto, el ejercicio armónico de la facultad del propietario puede tener su

origen en la naturaleza misma de la cosa, o, también, en disposiciones que la propia sociedad ha plasmado en el ordenamiento legal como en el caso, por ejemplo, de las servidumbres. Ello porque el legislador se encuentra llamado no sólo a limitar o respetar los derechos fundamentales, sino que también, a darle forma y realizarlos.⁹²

Enrique Petar, lo denomina “poder funcionarizado”⁹³, en el sentido de referirse a una facultad individual dirigida al logro de ciertos fines que legitiman su protección jurídica. Esto derivado del concepto de la función social de la propiedad y el hecho que la doctrina social de la Iglesia también ha señalado que la propiedad no es un derecho absoluto.

Por su parte, la doctrina moderna ha sustituido el carácter absoluto del dominio por la legalidad, ya que la propiedad es un derecho general en cuanto autoriza a su titular para aprovecharse de todas las utilidades que la cosa puede proporcionar, salvo las excepciones que importa la existencia de otros derechos reales sobre la misma cosa.

La segunda característica del derecho de dominio es su **exclusividad**. Este derecho supone la existencia de un titular único, el que goza de todas sus facultades y puede impedir la intromisión de cualquier otra persona en el ejercicio del derecho. Sin embargo, la exclusividad no obsta la existencia de otros derechos reales sobre la cosa, sin que por esto el derecho de dominio se desnaturalice, a modo de ejemplo en el

⁹² DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: División Jurídico-Legislativa. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2000, Volumen I, página 12.

⁹³ RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: Ob. Cit., página 121.

usufructo el nudo propietario es dueño de la cosa, sin embargo ve limitada sus facultades de uso y goce en favor del usufructuario.

La mayor manifestación de la exclusividad del derecho de dominio se encuentra en el derecho de cerramiento, tipificado en el artículo 844 del Código Civil, por medio de este la ley reconoce expresamente al dueño de un predio el derecho para cercarlo o cerrarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios.⁹⁴

Finalmente, la propiedad se caracteriza por ser **perpetua**, ya que no está sujeta a ninguna limitación de tiempo. Es así que su duración está íntimamente ligada y supeditada a la vida de la cosa sobre la que se ejerce. El dominio no está sujeto a ninguna caducidad, por esta razón no se pierde aún cuando no sea ejercido por el propietario.

En segundo lugar, para poder determinar la esencia del derecho de propiedad, es trascendental hacer referencia a las **facultades esenciales** que de ella emanan. Estas son:

El **uso**, consiste en servirse de la cosa según su naturaleza, sin que su utilización importe su destrucción.

⁹⁴ ALESSANDRI ARTURO: "Tratado de los Derechos Reales". Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, 1997.

La facultad de **goce**, permite al propietario apoderarse o servirse de los frutos y productos que emanen de la cosa sobre la que se ejerce el derecho.⁹⁵

La jurisprudencia ha reconocido que en ciertos casos la facultad de goce puede constituir un derecho de carácter inmaterial respecto del derecho de dominio. Así en el caso “Pellet con Pardo”⁹⁶ se da un tratamiento distinto a la facultad de goce al señalar que “las transmisiones de cualquiera de las estaciones de radiodifusión, televisión, es un derecho de goce, que se encuentra amparado por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, el asegurarse el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre cosas corporales o incorporales. En efecto, el derecho de goce aludido, queda comprendido en que aquellos asegurados por la norma constitucional, toda vez que, conforme con lo dispuesto en el artículo 583 del Código Civil sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”.

Como consecuencia de esta manifestación jurisprudencial, podemos afirmar que hoy se considera a la facultad de goce un derecho distinto del derecho de propiedad, y como tal, se constituye en un bien incorporal sobre el cual recae el derecho de propiedad, siendo, en consecuencia, susceptible de ser protegido por la garantía del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

⁹⁵ KIVERSTEIN ABRAHAM: “Síntesis del Derecho Civil: De Los Objetos del Derecho: Bienes”. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1984.

⁹⁶ REVISTA FALLOS DEL MES: número 419, octubre de 1993, página 1106. Sobre sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia de 29 de noviembre de 1993, Rol 4968, confirmada por la Corte Suprema el 15 de diciembre de 1993, Rol N° 24.244.

Finalmente, encontramos la facultad de **disposición**, que no debemos confundir con la capacidad de disposición. La primera es la facultad para disponer de un derecho determinado, la segunda, la aptitud general de un sujeto para poder disponer libremente de sus bienes y derechos. En consecuencia, al referirse la facultad de disposición sólo al ejercicio de un derecho determinado, podemos concluir que la capacidad de disposición es el género y la facultad de disposición la especie.⁹⁷

Por medio de la facultad de disposición o *ius abutendi* se autoriza al dueño de la cosa para disponer de ella, sea por actos materiales – v. gr. destrucción – o por actos jurídicos entre vivos o por causa de muerte.

La facultad de disposición requiere la concurrencia de los siguientes supuestos para su configuración: a) tener la capacidad de disposición; b) que la titularidad del derecho del que se trata la disposición o la calidad de representante de su titular; c) la aptitud del derecho para ser objeto de la disposición; y d) la ausencia de cualquier obstáculo interno o externo que impida la disposición.

La disposición jurídica de una cosa se lleva a cabo por medio de la enajenación. Ésta se define en un sentido amplio como “todo acto en virtud del cual se transfiere el dominio de una cosa o se constituye un derecho real sobre ella a favor de un tercero”, y en sentido restringido como “la transferencia del dominio.”⁹⁸

⁹⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: “Los Bienes: La Propiedad y otros Derechos Reales”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

⁹⁸ ROZAS VIAL FERNANDO: “Los Bienes”. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, Primera Edición, 1998, página 78.

Recapitulando lo anteriormente dicho, podemos señalar que, de acuerdo a la opinión generalizada dentro de nuestra doctrina, la **esencia del derecho de propiedad** se compone por aquellos atributos – o características – y facultades que lo configuran e individualizan.

En este sentido opina Evans: "La esencia del derecho de propiedad radica en la existencia y vigencia del dominio mismo, de la calidad de dueño y la existencia y vigencia de sus tres atributos esenciales: el uso, el goce y la disposición. En consecuencia, cualquier atentado que implique privación del derecho de dominio, en sí, o de cualquiera de sus atributos, vulnera la garantía constitucional y sólo puede hacerlo, en forma jurídicamente válida, una ley expropiatoria dictada con los resguardos constitucionales."⁹⁹

Se refiere en iguales términos Alfonso Banda, señala: "la esencia del derecho de propiedad, precisándola, la encontramos en el conjunto de aquellos atributos que la identifican de tal manera que su falta la desvirtúa y transforma haciendo desaparecer el derecho. La esencia del derecho debe cubrir justamente aquellos aspectos que son fundamentales en el dominio y que constituyen sustancialmente tal derecho."¹⁰⁰

Por su parte Lautaro Ríos señala que la esencia del derecho de propiedad "debe encontrarse en la propia Constitución, o, en su defecto, en el ordenamiento jurídico

⁹⁹ EVANS DE LA CUADRA ENRIQUE: "Los Derechos Constitucionales", Editorial Jurídica de Chile, 1986, Tomo II, página 376.

¹⁰⁰ BANDA VERGARA ALFONSO: "Medio ambiente y función social del dominio", Revista de Derecho (Valdivia). online. ago. 1998, Vol. 9, páginas 55 a 86. En http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100006&lng=es&nrm=iso

persistente, que hubo de servir al constituyente de necesaria referencia [...] en la propiedad, este contenido se expresa en las facultades sustanciales que comprende este derecho y que no son otras que los derechos de usar, gozar y disponer del objeto en que recae.”¹⁰¹

Salvador Mohor tiene una visión distinta de la esencia del derecho de propiedad. Expresa, básicamente, que suele verse al derecho como dos círculos concéntricos, en el núcleo del cual se encuentra un núcleo constituido por la esencia del derecho, “se suele afirmar que la referencia a la esencia del derecho (artículo 19 N° 26 de la Constitución) parece poner de manifiesto la existencia de un núcleo al interior del derecho que no acepta o tolera la intromisión de limitaciones funcionales o restrictivas, y de un espacio circular exterior concéntrico que sí las aceptaría.”¹⁰²

Mohor critica esta concepción, pues considera que esta división en dos círculos concéntricos hace pensar que aquella parte del derecho que no se encuentra limitada pasa a ser más importante que la parte limitada de éste, así sólo existiría un círculo compuesto por el conjunto de atributos y facultades, “Lo que realmente ocurre es que las limitaciones que se van estableciendo, acumulando o sucediendo en el tiempo van haciendo pensar que lo que resta del derecho (sin limitar) parece ser más importante que la parte ya sujeta a limitaciones”¹⁰³. Señala respecto de la constante tensión existente entre el derecho del titular y el derecho de la sociedad: “la posibilidad

¹⁰¹ RÍOS ALVAREZ LAUTARO: “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIV, parte primera, página 68.

¹⁰² MOHOR ABUAUAD SALVADOR: “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho a indemnización”, Revista Chilena de Derecho, Volumen XVI, año 1989, página 306.

¹⁰³ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 307.

institucional de afectar la propiedad con limitaciones [...] involucra el reconocimiento a favor de la sociedad del derecho correspondiente al establecimiento de tales limitaciones”¹⁰⁴. De esta manera se debe establecer su esencia de manera tal que se pueda ir ajustando a las distintas realidades sociales existentes en cada época, y esto se logra mediante la determinación de: “un círculo, cuyo contenido está integrado por el conjunto de atributos y facultades que hacen que el derecho de propiedad sea lo que es en una época histórica determinada.”¹⁰⁵

Hace énfasis en que la esencia del derecho se debe identificar con el derecho mismo, de manera que ésta no se alterará sustancialmente a consecuencia de los cambios sociales, ya que lo que permanecerá inalterable será la “vinculación ontológica del derecho de propiedad con la finalidad a que responde.”¹⁰⁶

Concluye señalando, “la esencia debe ser definida sólo por la relación ontológica del derecho con la finalidad a que accede, puesto que ella permanecerá a través de los tiempos”¹⁰⁷. De acuerdo a esta concepción la función del artículo 19 N° 26 de la Constitución Política será “cuestionar la constitucionalidad de dichas leyes y poner al tribunal en situación de decidir si la limitación establecida se ajusta o no a los requerimientos de los preceptos constitucionales, considerando el nivel de equilibrio de la interrelación sociedad – individuo a que nos referíamos.”¹⁰⁸

¹⁰⁴ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

¹⁰⁵ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

¹⁰⁶ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ob. Cit.*, página 308.

¹⁰⁷ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

¹⁰⁸ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

Finalmente, concordamos con Rajevic al señalar que el planteamiento más acabado y completo sobre este tema lo esgrime Díez – Picazo y, a nuestro juicio complementa el planteamiento de Salvador Mohor. Éste señala: “debe acudirse a dos criterios complementarios, uno dogmático (parte del contenido que permite la reconocibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo) y otro de jurisprudencia de intereses (la parte del contenido que resulta necesaria para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento). Según el criterio dogmático “un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*”.

Concluye Díez-Picazo, estimando que la propiedad sirve a la dignidad y libertad de las personas y al libre desarrollo de su personalidad, como también al reconocimiento de la iniciativa y gestión económica [...]. No podrían de este modo configurarse estatutos dominicales sin libre disposición, o que excluyeran de la propiedad privada los bienes de producción.”¹⁰⁹

1.6. Contenido Pasivo: Las Obligaciones Reales o Propter Rem.

Se pueden definir como “aquellas que incumben al propietario o poseedor de una cosa por el solo hecho de serlo, vale decir se tienen por el hecho de ser dueño de una cosa o por estar investido de un derecho o poder.”¹¹⁰

¹⁰⁹ RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: Ob. Cit., páginas 129 y 130.

¹¹⁰ ROZAS VIAL FERNANDO: “Los Bienes”. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, Primera Edición, 1998, página 82.

Kant señala que el derecho real es el que establece una relación jurídica entre una persona como sujeto activo, y todas las otras como sujetos pasivos. Para esta concepción el efecto erga omnes se materializa cuando el derecho real es violado. De esta manera niega la distinción entre derechos reales y personales: ambos son obligaciones.

Son ejemplos de estas obligaciones: la que tiene el dueño de una cerca de derribar los árboles medianeros si causan daño al otro codueño – establecida en el artículo 859 del Código Civil – y las servidumbres legales que se constituyen en el predio sirviente.

En este punto encontramos las cargas reales, constituidas por aquellos gravámenes que periódicamente, por mandato de la ley o el contrato, se imponen al dueño o poseedor de una cosa, y consisten en la entrega de una cosa o la realización de una prestación de naturaleza personal. Como ejemplos podemos destacar las contribuciones o impuestos sobre bienes raíces, los derechos de pavimentación y la obligación de pagar expensas comunes que tiene el dueño de un piso o departamento.

La doctrina no ha establecido con precisión el límite diferenciador entre las cargas y obligaciones reales, por lo tanto muchos son partidarios de refundirlos en una sola figura que sería la obligación real.¹¹¹

¹¹¹ ALESSANDRI ARTURO: "Tratado de los Derecho Reales". Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, 1997.

1.7. Función Social de la Propiedad

El concepto de la función social de la propiedad tiene sus primeras manifestaciones en la Doctrina Social de la Iglesia y la aparición de las corrientes socializadoras del derecho. Como ya señalamos, uno de los primeros en referirse a ella fue León Duguit.

Su primera manifestación positiva en nuestro ordenamiento constitucional, aunque no literal, se encuentra en la Constitución de 1925, pero específica y expresamente, aparece con la reforma constitucional de 27 de Noviembre de 1962, materializada en la Ley N° 15.020 de 1962, que introduce a nuestro país el proceso de la Reforma Agraria.

En nuestra actual Carta Fundamental la función social de la propiedad es recogida en el artículo 19 N° 24 inciso segundo, “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”

Antes de entregar un concepto de la función social de la propiedad, es necesario precisar que ésta nace como una reacción ante el carácter absoluto e inviolable que se le dio al derecho de dominio durante el Liberalismo Económico. “Para Adolph Wagner, por ejemplo, la propiedad no es un concepto absoluto y abstracto sino una “institución socio – legal”, un derecho que se ha desarrollado históricamente en función de las

cambiantes relaciones sociales, [...] y el error de los economistas *laissez – faire* consiste en haber identificado los intereses de los individuos con los de la comunidad.”¹¹²

Hecha esta precisión, pasaremos a referirnos a las acepciones que nos llevan a construir su **concepto**.

Lautaro Ríos Alvarez considera que la función social de la propiedad debe verse como un “cauce limitante” de las funciones sociales e individuales que se le asignan a la propiedad. Así, deben compatibilizarse los intereses individuales y colectivos existentes en el ejercicio de la propiedad, aunque en caso de conflicto siempre primará el último. De este concepto se derivan tres consecuencias:¹¹³

A. Que para que un ordenamiento jurídico reconozca la función social no importa tanto el tenor literal de la Constitución, sino su expresión por medio de limitaciones y obligaciones de la propiedad privada y el reconocimiento de conceptos delimitadores.

B. Que las limitaciones suponen una delimitación previa del derecho de dominio. La delimitación fija la frontera normal que tienen las facultades del dueño, el contenido normal que implica la propiedad. Vale decir, la función social restringe un derecho previamente delimitado, distinción que fortalece el mecanismo de garantizar un contenido mínimo o esencial de los derechos.

¹¹² BARCELÓ JOAQUÍN: Ob. Cit., página 263.

¹¹³ RÍOS ALVAREZ LAUTARO: “El Principio de Constitucionalidad de la Función Social de la Propiedad”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIV, parte primera.

C. Que las limitaciones tienen un límite constituido por el hecho de que deben hacerse con generalidad, respetando los principios de igualdad ante la ley y el equitativo reparto de las cargas públicas contenido en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República.

En definitiva podemos señalar que la doctrina, a lo largo de la historia y también en nuestro tiempo, no nos ha entregado un concepto de la función social de la propiedad, más bien ha señalado que ella es inherente a la vida en sociedad, y que constantemente se tienen que conciliar los intereses particulares y públicos de la propiedad, debiendo siempre primar estos últimos.

Para finalizar podemos decir que, si bien la función social de la propiedad carece de un concepto único y uniforme dentro de nuestro ordenamiento jurídico, existen ciertos intentos doctrinarios por conceptualizarla, uno de ellos la define como la que “ [...] obliga a quien es el titular de este derecho a manejar, a usar, a ejercer los atributos que son propios e inherentes al derecho, en armonía con los intereses colectivos, sin romper lo que la comunidad estima como esencial para su desarrollo.”¹¹⁴

Ahora bien, el **contenido** de la función social de la propiedad se compone por los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

¹¹⁴ BANDA VERGARA ALFONSO: Ob. Cit.

Por interés general, debe entenderse “un bien jurídico que se relaciona con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada.”¹¹⁵

Por utilidad pública, se entiende unánimemente por la doctrina, el beneficio colectivo, a favor de la comunidad¹¹⁶. Lautaro Ríos cree que ella “se traduce en una ventaja visible o apreciable por toda la colectividad; sirve al interés del Estado o de todos sus habitantes.”¹¹⁷

Respecto de la enumeración de este contenido, existe una división en la doctrina, en cuanto a estimar si ésta es o no taxativa.

Por la taxatividad se manifiesta la mayoría de la doctrina, así José Luis Cea Egaña la afirma en base a la historia fidedigna de la Carta Fundamental, ya que es un principio rector de ella la interpretación de sus normas y la necesidad de certeza emanada de la taxatividad de sus enumeraciones.

Otros autores como Baeza y Bernaschina creen que la función social, como concepto jurídico indeterminado, es comprensiva de una infinidad de situaciones, de

¹¹⁵ DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO DEL PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: Ob. Cit., página 24.

¹¹⁶ DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO DEL PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: *Ibidem*.

¹¹⁷ DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO DEL PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: Ob. Cit., página 25.

modo que “afirmar la taxatividad de estas normas resulta ilusorio”¹¹⁸. En este sentido el concepto de seguridad nacional puede comprender distintos casos, v. gr., conflictos bélicos internacionales, situaciones de conmoción interior, etc.

Con todo, creemos que es de todo ociosa la discusión respecto de la taxatividad de la norma comprendida en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política, toda vez que la enumeración de los casos es tan amplia que puede incluirse una gran cantidad de situaciones en ella, lo que en consecuencia hace que la discusión carezca de toda importancia práctica.¹¹⁹

Respecto de la **relación** entre la función social de la propiedad y este derecho, se puede señalar que la primera constituye el límite funcional de las limitaciones y obligaciones al dominio.

En efecto, esta constituye una doble limitación, por una parte limita el ejercicio de la propiedad individual, estableciendo que puede ser limitada en atención a ella, pero por otra parte es circundante conjuntamente con el principio de reserva legal, de las limitaciones al dominio, estableciendo que el dominio sólo se podrá ver limitado en función a ella y en virtud de una ley que las establezca.

El hecho que la propiedad privada se pueda ver limitada por la función social no quiere decir que ésta se oponga a la propiedad individual. No debe confundirse el

¹¹⁸ RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”, Revista Chilena del Derecho, Vol. 23, Nº 1, año 1996.

¹¹⁹ RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: Ob. Cit., página 89.

concepto de propiedad pública con la propiedad individual limitada por su función social en aras del beneficio de la comunidad. En este sentido Lautaro Ríos señala “la función social no se opone, necesariamente, a la función individual de la propiedad. Se trata, más bien, de una coordinación de intereses, pero, si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social”¹²⁰. “Por lo tanto, la tipicidad del derecho de propiedad se manifestará a través de un ejercicio de las facultades dominicales que no es que se encuentre “limitadas” por la función social sino que tienen que “actualizar” esta en algunos casos concretos con pérdida de alguno de sus beneficios, en otros con obligaciones de hacer, y de no hacer, en fin, con usos restrictivos en otros supuestos.”¹²¹

Así podemos ver que la función social trata de conciliar el derecho de propiedad de cada persona con el interés de la sociedad en general, haciendo de esta manera que la propiedad juegue un rol importante en la satisfacción de las necesidades colectivas. Esta idea encuentra su fundamento último en el artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política de la República, donde señala que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, por lo tanto las limitaciones y obligaciones de la propiedad establecidas en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental no hacen más que dar una de las formas por medio de las cuales el bien común puede ser satisfecho por el Estado.

¹²⁰ RÍOS LAUTARO: Ob. Cit., página 68.

¹²¹ DELGADO DE MIGUEL JUAN FRANCISCO: “Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología”, Editorial Arazandi S.A., Pamplona España, 1992, página 66.

La función social de la propiedad, como dijo Pedro Jesús Rodríguez al defender la reforma constitucional de 1967¹²², se basa en el concepto de armonización entre el conjunto de deberes que apareja el derecho de propiedad para armonizar los derechos del dueño y de la sociedad, siendo el Estado el llamado a velar porque estos deberes se cumplan.¹²³

CAPÍTULO II

LIMITACIONES AL DOMINIO

2.1. Antecedentes Previos.

El derecho de propiedad no tiene un carácter absoluto, su ejercicio se encuentra limitado por la función social, que permite imponer limitaciones o, incluso privaciones, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley.

Las limitaciones al dominio nacen del juego de su carácter absoluto y la función social del mismo¹²⁴. A priori, la definición del artículo 582 del Código Civil señala que el derecho de dominio, a pesar de ser absoluto, no puede ejercerse contra la ley o el derecho ajeno.

¹²² Se refiere a la Ley N° 16.615 de 1967, que reformó íntegramente el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de la República de 1925.

¹²³ RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: "Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada". Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, N° 1, año 1996, página 83.

¹²⁴ DE LOS MOROS JOSÉ LUIS: "El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a la Tradición Jurídica". Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid España.

Las limitaciones al dominio afectan el ejercicio de sus facultades inherentes, pero no la esencia del mismo. Jorge Precht, señala que las limitaciones al dominio son “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de éste último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales.”¹²⁵

Lo anterior es una consecuencia lógica de la consagración contenida en el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución Política de la República: “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”

De lo señalado, podemos entender que toda limitación, en cuanto impuesta unilateralmente por el Estado en razón de una finalidad superior de bien público, configura una carga pública¹²⁶, entendiéndose por éstas las “exigencias impuestas unilateralmente por el Estado con miras a satisfacer necesidades superiores del bien público y que necesariamente inciden en el plano de los derechos subjetivos de las personas.”

Las limitaciones al dominio han sufrido distintas clasificaciones por parte de la doctrina. Sin embargo, por tratarse de una introducción, sólo nos referiremos a

¹²⁵ Citando a JORGE PRECHT, RAJEVIC MASTER ENRIQUE: “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”. Revista Chilena del Derecho, Vol. 23, N° 1, año 1996, página 46.

¹²⁶ MOHOR SALVADOR: Ob. Cit., página 284.

clasificación genérica realizada por Arturo Alessandri y Antonio Vodanovic¹²⁷. Esta distingue entre:

Restricciones genéricas: Nacen del concepto y naturaleza misma del derecho de propiedad. Pueden ser de naturaleza positiva, que afectan el ejercicio del dominio y se encuadran en la teoría del abuso del derecho, o de naturaleza negativa, que limitan la facultad de excluir.

Restricciones específicas, legales o por razón del interés social: Son establecidas por causas externas a la naturaleza intrínseca del derecho de propiedad, y siempre obedecen en último término a la función social de la propiedad.

2.2. Concepto.

A modo de premisa, cabe destacar que nuestra Carta Fundamental hace referencia a los conceptos de limitaciones y obligaciones. Corresponde analizar cuál es la diferencia entre estos conceptos.

Salvador Mohor señala que “la expresión limitación designa el conjunto de normas del Derecho Objetivo en cuanto, sometiendo la conducta externa de los individuos a los requerimientos del orden establecido, se yergue como un obstáculo impuesto al desenvolvimiento espontáneo de su actividad [...], la obligación [...] constituye una

¹²⁷ ALESSANDRI ARTURO: Ob. Cit.

limitación funcional y produce, por tanto, un efecto regulador, si se considera que cumpliéndola será posible gozar libre y pacíficamente del derecho de dominio.”¹²⁸

Para Lautaro Ríos las limitaciones deben enmarcarse dentro del concepto genérico de restricciones, ya que su imposición es respecto de la propiedad, no del titular del derecho, por lo que debe asimilarse al término de carga.¹²⁹

Finalmente, Cea inutiliza esta diferencia al señalar que “delimitación es un vocablo genérico, porque abarca las dos situaciones siguientes: Primero, las limitaciones o restricciones y las obligaciones – positivas o deberes y negativas o prohibiciones – que derivan de la función social del dominio; y segundo, los límites imperativos que impiden el abuso del derecho por el titular del mismo.”¹³⁰

A nuestro juicio, y siguiendo el planteamiento de Mohor, la acepción de obligación debe englobarse en el concepto de limitación, por cuanto la delimitación del derecho de propiedad debe mirarse desde distintos prismas, los que nos lleva a señalar que ellas no tienen como única función restringir el derecho de propiedad o su ejercicio, si no que también imponer ciertas cargas u obligaciones que permitan que este derecho de ajuste a su función social, y que por otra parte, impidan su abuso. Así, por ejemplo, podemos sostener que la obligación de pagar el impuesto territorial constituye una limitación al dominio traducida en una obligación, por cuanto la utilización de este dinero engrosa las arcas públicas y permite al Estado destinar recursos al

¹²⁸ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., páginas 284, 288 y 289.

¹²⁹ RÍOS ÁLVAREZ LAUTARO: “El Principio Constitucional de la Función Social de la Propiedad”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIV, Parte Primera, páginas 69 y siguientes.

¹³⁰ CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: Ob. Cit., página 61.

cumplimiento de los casos constitutivos de la función social, v. gr. seguridad nacional.¹³¹

El concepto genérico de limitación se encuentra en el Diccionario de la Real Academia Española, acepción tercera, donde señala: “limitar es fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien”. Podemos señalar, a priori, que las limitaciones a la propiedad apuntan a aquellas restricciones que se le imponen a su ejercicio, lo que trae como consecuencia que el titular se vea impedido de ejercer a cabalidad todas las facultades derivadas de su derecho.

En palabras de Enrique Rajevic: “entenderemos que las limitaciones al dominio son aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en cuanto al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de este último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales.”¹³²

Como ya señalamos, Salvador Mohor asimila las limitaciones al concepto de carga pública, ya que se trata de “exigencias impuestas unilateralmente por el Estado”¹³³, y “toda limitación, en cuanto impuesta unilateralmente por el Estado, en razón de una finalidad superior de bien público, configura una carga pública”¹³⁴, estas son limitaciones impuestas respecto de los derechos de las personas. Se excluirían de este concepto aquellas limitaciones que han sido impuestas por el consenso de

¹³¹ El concepto de Seguridad Nacional no se acota en la mera defensa de la soberanía y el orden público. También abarca el mantenimiento de todo el aparataje que constituyen las Fuerzas Armadas y de Seguridad Nacional.

¹³² RAJEVIC ENRIQUE: Ob. Cit., página 94.

¹³³ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 284.

¹³⁴ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

voluntades o por la declaración unilateral de voluntad, como ocurre con las servidumbres voluntarias, ya que en este caso el Estado no tiene participación en su imposición, aunque sus efectos jurídicos constituyan cargas públicas, v. gr. declaración de nulidad.¹³⁵

Ahora bien, las limitaciones al dominio no encuentran su única justificación en la función social de la propiedad, sino también, en la circunstancia de que no existen derechos absolutos. Al estar insertos en una sociedad debemos entender que un derecho tiene un límite interno, constituido por la definición del contenido de ese derecho, y uno externo, impuesto por el ordenamiento jurídico en miras de cumplir su meta del bien común. En otras palabras “los derechos y libertades, desde que se reconocen al interior del ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el mismo orden protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos.”¹³⁶

Finalmente, las limitaciones al dominio pueden ejercerse sobre las facultades de éste, sin excepción, siempre que no constituya privación, o sobre el derecho mismo, por ejemplo la prohibición que tienen los extranjeros de adquirir bienes fronterizos. Sin embargo, hay que tener presente que esta limitación, “por mandato del N° 26 del mismo artículo 19, no pueden afectar la esencia del derecho, es decir, las facultades de gozar de la cosa, bien o derechos en que consiste o radica la propiedad.”¹³⁷

¹³⁵ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 285.

¹³⁶ DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: Ob. Cit., página 15.

¹³⁷ EVANS ESPÍÑEIRA EUGENIO: “El Bien Común en el Ejercicio de Algunos Derechos Fundamentales”, Revista Chilena de Derecho, Vol. XXVIII, año 2001, página 236.

2.3. Las Limitaciones al Dominio en el Código Civil.

Como ya señalamos, nuestro Código Civil se enmarca dentro de las teorías absolutistas del derecho de propiedad, por lo tanto, se le considera un derecho absoluto y no sujeto a limitaciones establecidas en virtud de la función social de la propiedad. En efecto, el Código Civil se inspira en la concepción clásica, que considera al “dominio como una suma de derechos parciales, autónomos pero encerrados dentro de este derecho. Los derechos reales limitados son fraccionamientos o desmembramientos de la propiedad, se separan de ella y la dejan con una o más miembros o fracciones de menos.”¹³⁸

Este cuerpo legal también distingue entre los **derechos reales limitados** y **derechos reales limitativos del dominio**. Los primeros son aquellos que “no confieren todas las facultades del dominio”¹³⁹ a su titular, vale decir, el propietario se encuentra privado de la facultad de usar, gozar o disponer, como en el caso del usufructo. Los segundos, “limitan o restringen las facultades que otorga el derecho de dominio a su titular”¹⁴⁰, se diferencian de los primeros en el hecho que el titular no es privado de ninguna de las facultades de la propiedad, sino que éstas se restringen.

La Constitución de 1833, vigente a su época de dictación, no contemplaba la posibilidad de limitar el dominio. Es por esta razón que el Código Civil establece dos clases de limitaciones: aquellas que provienen del derecho ajeno, reguladas en el

¹³⁸ ALESSANDRI R. ARTURO: Ob. Cit., página 83.

¹³⁹ ROZAS VIAL FERNANDO: Ob. Cit., página 269.

¹⁴⁰ ROZAS VIAL FERNANDO: Ob. Cit., página 270.

Libro II Título VIII, y que no son limitaciones propiamente tales, ya que emanan de la autonomía de voluntad de las partes (v. gr. usufructo, propiedad fiduciaria); y las que provienen de la ley, en miras del interés público, como son las asignaciones forzosas y las servidumbres legales

A su vez, los derechos limitativos del dominio se clasifican en derechos de goce y de garantía. Los primeros, son aquellos donde se permite el uso directo de la cosa, como la propiedad fiduciaria, el derecho de uso y habitación, el usufructo y las servidumbres. Los derechos limitados de garantía son aquellos que facultan el uso indirecto de la cosa para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, por ejemplo, la prenda y la hipoteca.

Como ya señalamos, el Código Civil divide a las limitaciones al dominio en dos grupos. A continuación veremos cada uno de ellos.

El primero, está constituido por aquellas limitaciones establecidas en el Título VII del Libro II, son aquellas provenientes del derecho ajeno y emanan de la autonomía de las partes para contratar. Estas son:

La propiedad fiduciaria, regulada en los artículos 733 y siguientes del Código Civil. Es aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. Se caracteriza porque el fiduciario, que es quien goza de la propiedad hasta verificarse la condición, no puede alterar esta propiedad.

El usufructo, contemplado en el Título IX. Se define en el artículo 764 como “[...] un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible”. En esta situación el propietario se ve privado de las facultades de uso y goce, las que se encuentran en poder del usufructuario.

Los derechos de uso y habitación, establecidos en el Título IX. Se definen en el artículo 811 como “el derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación”.

Como puede apreciarse, estos casos no constituyen verdaderas limitaciones al dominio, sino contratos que traen como consecuencia la limitación de la propiedad en virtud del principio de autonomía de la contratación. En efecto, no cumplen los requisitos establecidos en la Carta Fundamental, ya que, no se justifican en la función social de la propiedad, sino que en la autonomía de voluntad de las partes. Además, atacan la esencia del derecho de propiedad al verse privado el propietario, en mayor o menor medida, de alguna de las facultades inherentes a este derecho, situación que se desdice con lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

El segundo grupo de limitaciones se constituye por aquellas establecidas en la ley. Estas deben considerarse como limitaciones propiamente tales, ya que, por una parte,

se constituyen de acuerdo al interés público – que puede considerarse como una manifestación de la función social de la propiedad – y por otra no afectan la esencia del derecho. Dentro de estas limitaciones podemos destacar, entre otras, las asignaciones forzosas, la prohibición de constituir usufructos sucesivos y la declaración de bien familiar.

2.4. Las Limitaciones al Dominio en la Constitución Política de 1980.

Nuestra Constitución Política regula las limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social del derecho de propiedad en su artículo 19 número 24 inciso 2º.

“[...] Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

El texto de la disposición fue analizado por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, específicamente, en la Subcomisión de Propiedad, donde se enfatizó que las limitaciones tienen como frontera intrínseca la esencia del derecho¹⁴¹. En palabras de José María Eyzaguirre “es necesario admitir que este derecho de propiedad ya no es absoluto, sino que puede ser restringido en virtud de de limitaciones propiamente tales y de obligaciones, que son las que consagra el texto constitucional [...], y la ley tiene a su vez un límite, que vendría a ser una contra

¹⁴¹ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Sesión N° 157, celebrada el 9 de octubre de 1975, Editorial Gendar Chile, año 1977, página 3.

excepción: no puede establecer limitaciones ni obligaciones que atenten contra la esencia del derecho.”¹⁴²

Reafirma lo dicho el Sr. Ovalle al plantear, “la esencia del derecho significa el establecimiento de los modos de adquirir, usar y gozar, y, por otra parte, las limitaciones [...], la ley no puede, con el pretexto, de regular las formas de adquirir, usar y gozar, o con el pretexto de establecer limitaciones destinadas al servicio de la colectividad, negar ni privar del derecho a su titular.”¹⁴³

Cabe señalar que Pedro Jesús Rodríguez propuso reemplazar el inciso segundo por uno que disponía: “La ley no puede afectar en caso alguno el derecho en su esencia y sólo ella puede establecer los modos de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad”¹⁴⁴. Con esta proposición pretendía destacar la esencia del derecho de propiedad como restricción a sus limitaciones, reforzando aún más la protección entregada en el inciso primero. A este respecto Alejandro Silva Bascuñán señala, “el cambio, como se propone, es bastante favorable al derecho de propiedad mismo, porque transforma una disposición que en lo fundamental está destinada a dar atribuciones al legislador dentro de ciertas bases, en una disposición prohibitiva y, por lo tanto, mucho más enfática y con consecuencias jurídicas más claras frene a una prohibición constitucional expresa.”¹⁴⁵

¹⁴² ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Ob. Cit., página 21.

¹⁴³ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Ob. Cit., página 5.

¹⁴⁴ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Sesión N° 157, celebrada el 9 de octubre de 1975, Editorial Gendar Chile, año 1977, página 3.

¹⁴⁵ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Ob. Cit., página 3.

Respecto a este límite, pero especialmente en relación a sus consecuencias prácticas, Enrique Evans señala que el fin del texto constitucional debe ser “proteger la relación titular – bien, porque garantiza la subsistencia de esa relación y el amparo contra cualquier ataque proveniente de la autoridad o de terceros. Si a alguien se le desea privar de esa relación, total o parcialmente – totalmente mediante la expropiación, o parcialmente restringiendo cualquiera de las facultades esenciales del dominio – se le deberá indemnización”¹⁴⁶. Como señala Pedro Jesús Rodríguez, las limitaciones se pueden aplicar muchas veces, pero el saldo siempre debe ser la esencia del derecho de propiedad, ya que en caso contrario se estaría hablando de una privación.

Alejandro Silva Bascuñán también se muestra de acuerdo con el razonamiento de no indemnizar las limitaciones al dominio cuando éstas no afectan la esencia del derecho. Señala que la limitación a la propiedad que se transforma en expropiatoria debe indemnizarse, porque rompe la frontera natural de esta institución, cual es la esencia misma del derecho.¹⁴⁷

Ahora bien, habiéndonos referido al elemento histórico de este artículo, procederemos a analizar su contenido.

En primer lugar, es necesario hacer referencia al hecho que esta norma distingue entre las limitaciones y las obligaciones que se imponen a la propiedad en virtud de su

¹⁴⁶ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Sesión N° 158, celebrada el 14 de octubre de 1975, Editorial Gendar Chile, año 1977, páginas 14 y 15.

¹⁴⁷ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Sesión N° 159, celebrada el 16 de octubre de 1975, Editorial Gendar Chile, año 1977, página 8.

función social. Ambos conceptos deben circunscribirse dentro de la denominación genérica de las limitaciones, ya que la restricción del derecho de propiedad tiene su justificación en la función social y comprende, no sólo su limitación material, sino que también, la imposición de una serie de cargas y obligaciones.

Ahora bien, la doctrina tiene posturas disímiles respecto de la distinción entre los conceptos de limitación y obligación. El profesor José Luis Cea considera que las primeras son en general prohibiciones de hacer algo, de manera que si se hace lo prohibido por la ley se incurre en sanción. Las segundas son, por el contrario, deberes de cumplir algo, de manera que de no cumplir lo ordenado por la ley también acarrea una sanción. Salvador Mohor expone que “la obligación [...] constituye una limitación funcional y produce, por tanto, un efecto regulador, si se considera que cumpliéndola será posible gozar libre y pacíficamente del derecho de dominio.”¹⁴⁸

En segundo lugar, se desprende del texto constitucional que las limitaciones al derecho de propiedad deben cumplir ciertos **requisitos**. A estos nos referiremos a continuación:

El primero de ellos, establece que las limitaciones deben ser establecidas exclusivamente por el legislador, pues constituye una norma excepcional que limita un derecho y, debida consideración a lo dispuesto en el artículo 63 número 2 y 20, artículos 64 y 19 N° 26 de la Constitución Política, es materia exclusiva de ley.

¹⁴⁸ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., páginas 284, 288 y 289.

Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que el legislador pueda otorgar atribuciones a la Administración para que lleve a efecto esta norma, ya que, “establecida una limitación por medio de una norma legal, que cumple los requerimientos constitucionales, es lícito y constitucionalmente permitido que el legislador encomiende su ejecución o aplicación a la Administración, en tanto ésta se ciña al ámbito predefinido por ambas normas.”¹⁴⁹

El segundo requisito, se refiere a que la limitación debe ser general para no vulnerar el principio de igualdad ante la ley. En efecto, “la generalidad de las normas satisface los requerimientos del principio sólo cuando los supuestos sobre la base de los cuales se establece responden a las exigencias de la justicia y la razón”¹⁵⁰. Este punto se relaciona estrechamente con lo dispuesto en el artículo 19 número 20 de la Constitución, que consagra la igual repartición de los tributos y cargas públicas, ya que, al establecerse esta norma de forma particular, se entiende quebrantado este principio en razón que se impone una carga específica pasando a constituir un gravamen.

El tercer requisito consiste en respetar lo dispuesto en el número 26 del artículo 19 de la Constitución, que establece como límite a las normas que regulen los derechos fundamentales respetar la esencia del mismo. En consecuencia, podemos señalar que “además de la generalidad, la limitación exige ser establecida con precisión,

¹⁴⁹ CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: Ob. Cit., página 49.

¹⁵⁰ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 291.

entendiendo por esto, que no exista duda alguna acerca de la obligación de dar, hacer o no hacer en que consista.”¹⁵¹

El Tribunal Constitucional ha señalado que toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan.”¹⁵²

Finalmente, La norma constitucional justifica la limitación al derecho de propiedad en la función social, y se basa en la necesidad de satisfacer los intereses individuales y colectivos por medio de la propiedad, logrando en la medida de lo posible, la satisfacción del bien común. Alfonso Banda señala, “las limitaciones u obligaciones que puedan imponerse al dominio por el legislador en razón de asegurar que éste cumpla su función social sólo pueden tener por fuente las señaladas taxativamente por la norma fundamental, de manera que no es aceptable interpretar la disposición en un sentido amplio.”¹⁵³

¹⁵¹ DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: Ob. Cit., página 30.

¹⁵² Sentencia Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995, considerando cuadragésimo séptimo, se pronuncia respecto del reclamo de inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre “Libertad de Opinión, Información y Ejercicio del Periodismo”.

¹⁵³ BANDA VERGARA ALFONSO: Ob. Cit.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado: “establecer, crear o instituir una obligación que afecte el dominio presupone [...], que el legislador no se limite a ello, si no que, además, lo configure en sus aspectos o elementos definitorios o características, trazando, con adecuada densidad normativa, en qué consiste el deber que impone, cuál es el motivo de función social que lo justifica, cuáles son sus delimitaciones, sobre la base de qué supuestos fácticos se torna procedente exigirla, cuál es la autoridad competente para llevarla a efecto y controlarla, a quiénes y por qué motivos se les exime de ella, etc.”¹⁵⁴

Otros autores sistematizan los requisitos de las limitaciones al dominio desde otra apreciación¹⁵⁵, señalando que estos requisitos se constituyen por:

La existencia de una norma habilitante, la que debe tratarse de una ley general y no un acto administrativo, sin perjuicio que el legislador encomiende a la Administración su ejecución o aplicación.

El contenido esencial de la limitación, constituido por el hecho que las limitaciones encuentran su propia frontera en la esencia del derecho de propiedad. En otras palabras, “de esta forma la protección que el precepto constitucional otorga, no alcanzará todo uso, goce o disposición, sino que por el contrario, tanto esas facultades como los atributos que se le reconocen son protegidos en la medida que no

¹⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ HUMBERTO: “El Principio de Reserva Legal en la Doctrina Emanada del Tribunal Constitucional”, Revista *Ius Et Praxis*, Vol. 9, N° 1, año 2003, páginas 541 a 544. se refiere a Sentencia Rol N° 370 de 9 de abril de 2003, considerando trigésimo primero.

¹⁵⁵ DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: Ob. cit., páginas 26 a 30.

comprometen otros bienes constitucionalmente garantizados, como lo son la función social, la utilidad pública o el interés nacional.”¹⁵⁶

La precisión y la no-discriminación, apuntan a las normas que establecen la limitación, pues deben precisar, sin dar lugar a dudas, la obligación que imponen, permitiendo su igual aplicación a todos los afectados.

La principal **característica** de las limitaciones a la propiedad, y uno de los puntos que la diferencia de la expropiación, radica en el hecho que las limitaciones **no pueden afectar la esencia del derecho de propiedad**. Esto significa que estas limitaciones tienen la prohibición de conculcar los atributos y facultades que individualizan a este derecho. La propia Constitución Política lo indica en el artículo 19 número 24 inciso tercero: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio [...]”, como señala Enrique Evans: “cualquier atentado que implique privación del derecho de dominio, en sí, o de cualquiera de sus atributos, vulnera la garantía constitucional y sólo puede hacerlo, en forma jurídicamente válida, una ley expropiatoria dictada con los resguardos constitucionales.”¹⁵⁷

Al respecto, José Luis Cea agrega: “Si privar del derecho es despojarlo de la titularidad, privar al derecho de su esencia es, en cambio, dejar aparente o nominalmente la titularidad, quitando su contenido. Por eso, el constituyente obturó el

¹⁵⁶ DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: Ob. Cit., página 29.

¹⁵⁷ EVANS DE LA CUADRA ENRIQUE: “Los Derechos Constitucionales”, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Tomo II, página 376.

resquicio defendiendo al dueño tanto de la privación de su derecho como de la esencia del mismo. Y puesto que el dominio en sí no vale nada sin sus posibilidades de ejercicio, privar de los atributos y facultades de ese derecho, aunque sea parcialmente, por plazo definido y tan sólo uno de aquellos componentes esenciales, es quitar la propiedad y hacer esto es, obviamente, privar a su titular de su ejercicio.”¹⁵⁸

Finalmente, y como veremos más adelante, podemos señalar que las limitaciones al dominio, en principio, no son indemnizables, siempre que no afectan la esencia de este derecho. Las limitaciones sólo restringen o circunscriben el derecho de propiedad en razón de su función social, pero no afectan su esencia, por lo que constituyen una carga pública que, por su carácter de tal, no se encuentra sujeta a limitación. Como expresa Cea “tales delimitaciones presuponen el reconocimiento y protección del dominio, pero definen o perfilan la extensión de sus atributos y facultades esenciales. Por esta razón, mientras sean delimitaciones y no privaciones, ellas no dan lugar a indemnización”¹⁵⁹. Por otra parte, Ugarte señala que “esto es verdad, siempre y cuando las restricciones no importen privación temporal o menoscabo temporal grave de un atributo esencial o facultad esencial del dominio.”¹⁶⁰

La Constitución Política sólo establece la posibilidad de indemnizar al titular por las limitaciones a su dominio cuando éstas provoquen la privación de un atributo o facultad esencial y tengan el carácter de transitorias. Así se desprende de los artículos

¹⁵⁸ CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: “Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980”, XVIII Jornadas de Derecho Público, noviembre de 1987, Universidad de Concepción, año 1988, página 63.

¹⁵⁹ CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: Ob. Cit., página 60.

¹⁶⁰ UGARTE GODOY JOAQUÍN: “Limitaciones al Dominio. De las Meras Restricciones y de Cuando dan Lugar a Indemnización”, Revista Chilena de Derecho, Vol. XXVII, año 2001, página 248.

42, 43 y 45 de la Carta Fundamental. En efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado en Sentencia Rol N° 245 de dos de diciembre de 1996, considerando trigésimo noveno: “este Tribunal destaca que si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño.”

2.5. Clasificación.

Las limitaciones al dominio han sufrido distintas clasificaciones por parte de la doctrina, tanto en el área civil donde predomina la realizada por Alessandri y Vodanovic¹⁶¹, como en el ámbito del Derecho Público, donde destaca la expuesta por Salvador Mohor.¹⁶²

En el ámbito del Derecho Privado, Vodanovic¹⁶³ distingue las restricciones de las limitaciones, las primeras son las restricciones de las facultades del dominio que señalan los límites de éste; las segundas son restricciones del contenido normal del derecho de propiedad.

El autor clasifica las restricciones en genéricas y específicas o de interés social. Son genéricas las que nacen del concepto y naturaleza misma del derecho de propiedad y pueden ser positivas, que afectan el ejercicio del dominio y se encuadran en la teoría

¹⁶¹ ALESSANDRI ARTURO: Ob. Cit.

¹⁶² MOHOR ABUAUAD SALVADOR: “Taxonomía de las Limitaciones al Dominio y Derecho a Indemnización”.

¹⁶³ Esta parte está tomada del texto de ENRIQUE RAJEVIC, Ob. Cit., página 109 y siguientes.

del abuso del derecho, o negativas, que limitan a la facultad de excluir. Son específicas, legales o por razón del interés social las establecidas por causas externas a la naturaleza intrínseca del derecho de propiedad y en atención al interés directo en virtud del cual se establecen se subclasifican en limitaciones legales de utilidad pública (seguridad, salubridad y ornato público, defensa nacional, economía social, patrimonio artístico o histórico nacional y las servidumbres administrativas) y de utilidad privada (relación de vecindad).

Por su parte Salvador Mohor, en “Taxonomía de las Limitaciones al Dominio y Derecho a Indemnización”, clasifica las limitaciones de acuerdo a diferentes criterios, existiendo una primera clasificación, a saber:

Según su **contenido o materialidad**: las limitaciones pueden ser: a) Sancionatorias, cuyo objetivo es la aplicación de una pena o sanción; b) Conciliatorias, que ajustan el ejercicio del derecho privado al interés general y se materializan en la función social de la propiedad; c) De Protección, determinadas por el derecho a la legítima defensa que tiene la sociedad frente al ataque de uno de sus integrantes; d) De Necesidad, traducidas en el sacrificio de ciertos bienes a favor de otros de mayor relevancia social; y e) De Desarrollo o Fomento, que procuran el normal desenvolvimiento de la actividad económica, como la prescripción adquisitiva.

Según su grado de **permanencia**, se clasifican en: a) Ordinarias, que acompañan permanentemente al derecho afectado, como las servidumbres de paso y de agua contempladas en el Código Civil; y b) Extraordinarias o de Emergencia, que se

configuran en situaciones de anormalidad jurídica o natural, por ejemplo, los Estados de Excepción Constitucional.

Según los **efectos** derivados de su aplicación las limitaciones serán: a) Estructurales, donde “la incidencia de la limitación se produce sobre el derecho mismo”¹⁶⁴, vale decir, la limitación se ejerce respecto del efecto de condicionar la existencia o nacimiento del derecho; b) Funcionales, que limitan el ejercicio del derecho, condicionando su goce al cumplimiento de determinadas obligaciones, v. gr. la transmisión televisiva de la franja electoral gratuita; y c) Suspensivas o Mixtas, que impiden el ejercicio del derecho durante un tiempo determinado, cabe destacar que no importan la extinción del derecho por cuanto sólo actúan durante un periodo de tiempo determinado, por esta razón no son susceptibles de indemnización; ahora bien, si el impedimento pasa a tener el carácter de permanente se transforman en indemnizables.

A su vez, las limitaciones estructurales se subclasifican en: i) Generativas, definidas como “exigencias de cuya satisfacción depende el nacimiento de un derecho”¹⁶⁵, v. gr., la exigencia de un título traslativo y un modo de adquirir el dominio; ii) Obstructivas, que impiden el nacimiento de un derecho, por ejemplo, la prohibición que pesa sobre los extranjeros para adquirir bienes raíces fronterizos; y iii) Extintivas, que producen la privación del derecho¹⁶⁶, parcial o totalmente. Estas pueden ser parciales e implicar la

¹⁶⁴ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 287.

¹⁶⁵ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

¹⁶⁶ De acuerdo a lo planteado por SALVADOR MOHOR las limitaciones pueden recaer sobre el derecho mismo o su ejercicio. De este modo él ve a la expropiación en el extremo de las limitaciones, y no como una institución independiente. Bajo este argumento se explica este tipo de limitaciones.

privación parcial del derecho, ya que equivalen a la imposición de una obligación de no hacer o no dar, como la prohibición de construir industrias en terrenos residenciales según el Plan Regulador, o totales, que privan del derecho de propiedad, como la expropiación. Estas limitaciones son susceptibles de indemnización cuando la Constitución lo acepte.

Dentro de esta clasificación, las limitaciones al derecho de propiedad no tienen el carácter de indemnizables, ya que su misión es establecer un marco compensatorio entre los intereses particulares y los sociales tutelados por el Estado. La excepción la constituye la limitación privativa total de la expropiación, donde ha sido el propio texto constitucional quien ha dispuesto su indemnización.

Salvador Mohor señala que la procedencia o improcedencia de la indemnización es independiente de la antijuridicidad y, en ciertos casos, la existencia o inexistencia de un daño. Así, no siempre la acción destinada a declarar la nulidad de un acto administrativo da derecho a indemnización, ya que ésta va ligada al daño más que a la juridicidad del acto. Por otra parte, un acto plenamente ajustado a derecho puede ser susceptible de indemnización, como es el caso de la expropiación, donde se reconoce este derecho independientemente de la existencia o inexistencia de una lesión en el patrimonio del afectado.

Agrega que el deber de indemnización del Estado proviene del propio articulado de nuestra Carta Fundamental, a través de los artículos 1º, 6º, 7º, 19 números 2º, 3º, 17, 20, 22, 23, 24 y 26 y artículo 73 inciso 2º.

Finalmente, señala distintos casos en los cuales una persona no está obligada a soportar el perjuicio derivado de la imposición de una limitación. Esta situación se genera cuando la limitación es injusta, y lo será cuando:

I. La limitación se ha establecido por medio de un instrumento, ley o reglamento en los casos permitidos por la Constitución Política, que no contempla lo dispuesto en ella o procede en su contra.

II. El acto administrativo que ejecuta la ley la contraviene, sea explícita o implícitamente.

III. La ley que establece la limitación no es de carácter general, vale decir, no está formulada en términos generales.

IV. La limitación no respete el principio de proporcionalidad en la repartición de las cargas públicas contemplado en el artículo 19 número 20 de la Constitución Política, a menos que ésta expresamente lo justifique o exista un estado de nocividad esencial. Este ha sido definido por Mohor como “el estado de confrontación con el interés general y el ordenamiento jurídico en que se encuentra el ejercicio del derecho, sea por la acción deliberada o culpable de su titular (caso típico de los delitos), sea como consecuencia del infortunio”¹⁶⁷. En este caso de peligro para la sociedad el Estado, en cumplimiento de su función de mantener el bien común, adoptará las medidas necesarias para neutralizarlo.

¹⁶⁷ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 293.

V. La limitación es establecida, aunque cumpla todos los requisitos de forma, sin que exista un fin de bien público que la justifique. Es precisamente esta finalidad la que constituye el fundamento constitucional de las limitaciones.

La segunda clasificación la hace respecto de las limitaciones constitucionales que pueden **afectar el derecho de propiedad** cumpliendo la finalidad de bien común. Desde esta perspectiva las limitaciones se clasifican en:

I. Limitaciones concentradas, nominadas y específicas: las concentradas son aquellas cuyo fundamento constitucional arranca de la existencia de un solo precepto que las establece; las nominadas, son aquellas que se identifican por la doctrina en la norma constitucional; y específicas las que se refieren a situaciones determinadas.

Estas limitaciones se agrupan en cinco clases: a) De tinte individualista tradicional, que delimitan conceptualmente los tributos y facultades esenciales del dominio, y son propias del derecho privado decimonónico y garantizan la seguridad en el ámbito de las relaciones particulares y familiares, pudiendo ser una limitación funcional, restrictiva o privativa; b) Para hacer efectiva la función social de la propiedad, consagradas en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, y cuya finalidad es “hacer compatible el ejercicio del derecho privado de propiedad con los requerimientos del interés general, su establecimiento no puede jamás significar la suspensión o privación del derecho”¹⁶⁸; c) Expropiatorias, “son aquellas destinadas a producir en el derecho de propiedad un efecto extintivo total o parcial, significativo con miras a

¹⁶⁸ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 295.

satisfacer la exigencia de utilidad pública o de interés nacional¹⁶⁹; d) Extraordinarias, que sólo se ejercen en los Estados de Excepción Constitucional, pueden ser funcionales o extintivas parciales, se caracterizan por ser transitorias y porque no se requiere dar cumplimiento al principio de proporción en la repartición de las cargas públicas. No dan derecho a indemnización, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Constitución; y e) Sancionatorias expresas, donde se incluyen las limitaciones absolutas al derecho de propiedad con el fin de sancionar ciertas conductas delictuales, como la confiscación de bienes y el comiso.

II. Limitaciones difusas, atípicas y residuales: son aquellas cuyo fundamento constitucional se constituye por la interrelación de varias normas (difusas), se aplican a todas aquellas situaciones que puedan encuadrarse en el marco jurídico que le da su fundamento (atípicas) o que no aparecen en modo directo en ninguna norma relativa al derecho de propiedad (residuales). Su fundamento constitucional se encuentra en el principio de igual repartición de las cargas públicas, consagrado en el artículo 10 N° 20 de la Constitución Política, pero esta finalidad de bien común debe obtenerse por la interrelación de varias normas constitucionales, contempladas en los artículos 1°, 6°, 7°, 8° y 19 números 3°, 8°, 21, 22 y 24 inciso 2°.

Estas limitaciones nacen y tienen su fundamento constitucional en el poder de defensa residual de la sociedad radicado en el Estado, en virtud del cual se pueden imponer limitaciones adicionales al dominio. Estas pueden llegar a privar totalmente del derecho de propiedad sin dar derecho a indemnización o permitir el

¹⁶⁹ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 296.

establecimiento de limitaciones distintas de las que se podrían establecer en virtud de la función social, pero este establecimiento, en ningún caso, puede ser arbitrario.

Pese a ser esta clasificación la más completa y acabada que existe sobre la materia, ha sido objeto de algunas críticas. Así, José Joaquín Ugarte señala que “adolece de confusiones conceptuales importantes, como equiparar las figuras de limitación y carga pública [...], y considerar como limitaciones al dominio “el cumplimiento forzado de una obligación, su resolución o, en su caso, la nulidad que pueda afectarla [...], y los tributos.”¹⁷⁰

Por su parte, Enrique Rajevic señala: “la idea de reconocer la existencia de una categoría de limitaciones “difusas, atípicas y residuales” que, en nuestra opinión, escapa claramente a la sistemática del texto constitucional en tanto esas “limitaciones” podrían extinguir el dominio sin dar derecho a una indemnización.”¹⁷¹

2.6. Efectos.

Las limitaciones al derecho de dominio producen el efecto de restringir o comprimir sus facultades, atributos y características en pos de la función social de la propiedad, y así impedir que su carácter absoluto pueda convertirse en un abuso de este derecho. Como señala Alessandri, “un dominio totalmente absoluto, sin cortapisas de clase

¹⁷⁰ UGARTE GODOY JOSÉ JOAQUÍN: Ob. Cit., página 435.

¹⁷¹ RAJEVIC ENRIQUE: Ob. Cit., página 106.

alguna, es inconcebible; no ha existido ni puede existir.”¹⁷² Estas se inspiran en “un principio de solidaridad social: las cosas objeto de dominio son útiles en primer lugar al propietario, y por su mediación, a la economía nacional; pero, en ciertos casos pueden y deben presentar también utilidad a otras personas, aunque en menor medida que la que da el dominio pleno.”¹⁷³

Ahora bien, la doctrina moderna, a diferencia de la concepción clásica, considera a la propiedad como un derecho único que comprende todos los poderes posibles de goce y disposición, vale decir, como la suma de derechos parciales y autónomos encerrados en el derecho de dominio. Así, las limitaciones a la propiedad se enmarcan dentro de este derecho absoluto, ya que el titular de la limitación no se hace dueño de esta facultad, sino que sólo del derecho constituido a su favor, por lo tanto, esta limitación no hace que una facultad salga del derecho de propiedad, sino que se mantiene dentro del mismo. Como señala Arturo Alessandri, “es absurdo decir que el propietario tiene dentro de su derecho de dominio, como parte de éste (*pars dominio*), el derecho de usufructo sobre sus bienes; así lo prueba la circunstancia de que cuando la propiedad y el usufructo se reúnen en una misma persona, no se dice que el último se agrega o junta a la primera, sino que el derecho de usufructo se extingue por confusión o consolidación.”¹⁷⁴

¹⁷² ALESSANDRI R. ARTURO, SOMARRIVA U. MANUEL Y VODANOVIC H. ANTONIO: “Tratado de los Derechos Reales”, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, 1997, página 79.

¹⁷³ ALESSANDRI R. ARTURO, SOMARRIVA U. MANUEL Y VODANOVIC H. ANTONIO: Ob. Cit., página 79.

¹⁷⁴ ALESSANDRI R. ARTURO: Ob. Cit., página 83.

Este efecto de limitar al derecho de propiedad, obviamente, debe producirse por medio de la dictación de normas imperativas o prohibitivas que regulen su ejercicio. De esta manera, las limitaciones al dominio no necesariamente imponen deberes de abstención al propietario, si no que también, ordenan la ejecución de ciertos actos, como aquellas derivadas de las relaciones de vecindad, entre la que podemos encontrar la obligación de demarcación prevista en el artículo 842 del Código Civil: “Si se ha quitado de su lugar alguno de los mojones que deslindan predios vecinos, el dueño del predio perjudicado tiene derecho para pedir que el que lo ha quitado lo reponga a su costa, y le indemnice de los daños que de la remoción se le hubieren originado”. “Para Pothier, el fundamento de esas restricciones está en el cuasicontrato de vecindad que obliga a los vecinos a usar cada uno de su heredad, de manera que no dañe a su vecino.”¹⁷⁵

De acuerdo a la clasificación de las limitaciones hecha por Mohor, debemos considerar que cada clase de limitaciones produce efectos propios, y siempre deben respetar la esencia del derecho de propiedad, es más, éstas deben encontrarse debidamente justificadas.

Las limitaciones a la propiedad pueden producir distintos efectos, pero nunca pueden llegar a afectar su esencia o extinguirlo. Sin embargo, el hecho de saber que el límite natural de estas restricciones se encuentra en la esencia del derecho de propiedad, la cual es inviolable, no quiere decir que no se pueda ver afectada esta esencia, como señala Mohor “surge, por cierto, una natural resistencia a aceptar

¹⁷⁵ ROZAS VIAL FERNANDO: Ob. Cit., página 84.

semejante conclusión, y ello es comprensible desde que la idea de limitación siempre se ha vinculado a la subsistencia del derecho¹⁷⁶. La clave es determinar claramente el punto en que las limitaciones pueden producir sus efectos normales, para que de esa forma se sepa la manera precisa en que se debe actuar para evitar infringir este límite.

Finalmente, es necesario señalar que las limitaciones deben encontrarse debidamente justificadas. De acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política, las limitaciones funcionales se justifican en la función social de la propiedad. En cuanto a la expropiación, si se la considera como una especie de limitación de acuerdo a la clasificación de Salvador Mohor, se justificará en la utilidad pública o interés nacional contemplado en el inciso tercero de la norma citada.

Sin embargo, existe un grupo de limitaciones cuya justificación arranca de la interrelación de una serie de normas constitucionales, dentro de las cuales destaca la establecida en el artículo 19 número 20 de la Carta Fundamental, que autoriza la imposición de cargas públicas siempre que su distribución sea igualitaria y responda a una finalidad de orden público. En efecto, si entendemos a la limitación como una carga pública debemos ver esta finalidad en otras normas, como puede ser el caso de las limitaciones que afectan la explotación de determinadas especies de la flora y fauna nacional en predio propios, como ocurrió con la Araucaria Araucana, caso que para muchos se justifica en la función social de la propiedad. Empero, para otro sector

¹⁷⁶ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 285.

su justificación se encuentra en las limitaciones medioambientales contempladas en el artículo 19 número 8 de la Constitución Política.¹⁷⁷

2.7. Esencia del Derecho de Propiedad.

La esencia del derecho de propiedad se compone por aquellos atributos y facultades que lo hacen único e inconfundible, y que por mandato constitucional no puede verse afectado por limitaciones. “Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose.”¹⁷⁸

El dominio se caracteriza por ser absoluto, exclusivo y perpetuo. Las facultades que le son inherentes son las de uso, goce y disposición. En efecto, “[...] el contenido esencial es el conjunto de facultades inherentes al derecho que de acuerdo a las concepciones generalmente admitidas por los juristas al momento histórico de su consagración o reconocimiento, representan aquello que le es consubstancial y sin lo cual perdería su identidad.”¹⁷⁹

¹⁷⁷ DOCTRINA CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE: Ob. Cit., página 19.

¹⁷⁸ MOHOR A. SALVADOR Y VARAS A. PAULINO: “Acerca de la Esencia de los Derechos Constitucionales y de su Libre Ejercicio que consagra el Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XVIII, año 1997, página 159. Citando al Tribunal Constitucional Español en Sentencia N° 11/81 de 8 de abril de 1981.

¹⁷⁹ MOHOR A. SALVADOR Y VARAS A. PAULINO: Ob. Cit., página 162.

Alfonso Banda, señala que “la esencia del derecho de propiedad, precisándola, la encontramos en el conjunto de aquellos atributos que la identifican de tal manera que su falta la desvirtúa y transforma haciendo desaparecer el derecho. La esencia del derecho debe cubrir justamente aquellos aspectos que son fundamentales en el dominio y que constituyen sustancialmente tal derecho.”¹⁸⁰

En palabras de José Luis Cea, “[...] puesto que el dominio en sí no vale nada sin sus posibilidades de ejercicio, privar de los atributos y facultades de ese derecho, aunque sea parcialmente, por plazo definido y tan sólo uno de aquellos componentes esenciales, es quitar la propiedad y hacer esto es, obviamente, privar a su titular de su ejercicio.”¹⁸¹

Para Lautaro Ríos, la esencia del derecho de propiedad “debe encontrarse en la propia Constitución, o, en su defecto, en el ordenamiento jurídico persistente, que hubo de servir al constituyente de necesaria referencia [...], en la propiedad, este contenido se expresa en las facultades sustanciales que comprende este derecho y que no son otras que los derechos de usar, gozar y disponer del objeto en que recae.”¹⁸²

¹⁸⁰ BANDA VERGARA ALFONSO: “Medio ambiente y función social del dominio”, Revista de Derecho (Valdivia) online ago 1998, Vol. 9, páginas 55 a 86. En World Wide Web: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100006&lng=es&nrm=iso

¹⁸¹ CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: “Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980”, XVII Jornadas de Derecho Público, Noviembre de 1987, Universidad de Concepción, 1988, página 63.

¹⁸² RÍOS ALVAREZ LAUTARO: “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIV, parte primera, página 68.

Salvador Mohor tiene una visión distinta de la esencia del derecho de propiedad. Expresa, básicamente, que tradicionalmente suele verse a este derecho como dos círculos concéntricos, donde en su centro se encuentra un núcleo constituido por la esencia del derecho, “se suele afirmar que la referencia a la esencia del derecho (artículo 19 N° 26 de la Constitución) parece poner de manifiesto la existencia de un núcleo al interior del derecho que no acepta o tolera la intromisión de limitaciones funcionales o restrictivas, y de un espacio circular exterior concéntrico que sí las aceptaría.”¹⁸³

Salvador Mohor critica esta concepción, pues esta división en dos círculos concéntricos hace pensar que aquella parte del derecho que no se encuentra limitada pasa a ser más importante que la parte limitada de éste, así sólo existiría un círculo compuesto por el conjunto de atributos y facultades [...]”. Lo que realmente ocurre es que las limitaciones que se van estableciendo, acumulando o sucediendo en el tiempo hacen pensar que lo que resta del derecho (sin limitar) parece ser más importante que la parte ya sujeta a limitaciones”¹⁸⁴.

Señala respecto de la constante tensión existente entre el derecho del titular y el derecho de la sociedad que, “la posibilidad institucional de afectar la propiedad con limitaciones [...] involucra el reconocimiento a favor de la sociedad del derecho correspondiente al establecimiento de tales limitaciones”¹⁸⁵. De esta manera, se debe establecer la esencia de este derecho de manera tal que se pueda ir ajustando a las

¹⁸³ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho a indemnización”, Revista Chilena de Derecho, Volumen XVI, año 1989, página 306.

¹⁸⁴ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 307.

¹⁸⁵ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

distintas realidades sociales existentes en cada época, y esto se logra mediante la determinación de: “un círculo, cuyo contenido está integrado por el conjunto de atributos y facultades que hacen que el derecho de propiedad sea lo que es en una época histórica determinada”¹⁸⁶.

Hace énfasis en que la esencia del derecho se debe identificar con el derecho mismo, de manera que ésta no se alterará sustancialmente a consecuencia de los cambios sociales, ya que lo que permanecerá inalterable, por lo tanto, será la “vinculación ontológica del derecho de propiedad con la finalidad a que responde.”¹⁸⁷

Concluye que “la esencia debe ser definida sólo por la relación ontológica del derecho con la finalidad a que accede, puesto que ella permanecerá a través de los tiempos”¹⁸⁸. De acuerdo a esta concepción la función del artículo 19 N° 26 de la Constitución será “cuestionar la constitucionalidad de dichas leyes y poner al tribunal en situación de decidir si la limitación establecida se ajusta o no a los requerimientos de los preceptos constitucionales, considerando el nivel de equilibrio de la interrelación sociedad – individuo a que nos referíamos.”¹⁸⁹

Finalmente, Rajevic señala que el planteamiento más acabado y completo sobre este tema lo esgrime Díez-Picazo, quien señala: “debe acudir a dos criterios complementarios, uno dogmático (parte del contenido que permite la reconocibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo) y otro de jurisprudencia de

¹⁸⁶ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

¹⁸⁷ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ob. Cit.*, página 308.

¹⁸⁸ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

¹⁸⁹ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: *Ibíd.*

intereses (la parte del contenido que resulta necesaria para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento). En base al criterio dogmático “un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos ius utendi, ius fruendi y ius disponendi.”

2.8. ¿Son indemnizables las limitaciones al ejercicio del dominio?

Las limitaciones al dominio, en principio, no son indemnizables, dado que sólo restringen o circunscriben el derecho de propiedad en razón de su función social, pero no afectan su esencia, por lo que constituyen una carga pública.¹⁹⁰

En los albores de la Carta Fundamental, el constituyente señalaba, “se protege la relación titular – bien, porque garantiza la subsistencia de esa relación y el amparo contra cualquier ataque proveniente de la autoridad o de terceros. Si a alguien se le desea privar de esa relación, total o parcialmente – totalmente mediante la expropiación, o parcialmente, restringiendo cualquiera de las facultades esenciales del dominio – se le deberá indemnización.”¹⁹¹

Como expresa José Luis Cea, “tales delimitaciones presuponen el reconocimiento y protección del dominio, pero definen o perfilan la extensión de sus atributos y

¹⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol N° 245 de 02 de diciembre de 1996, considerando trigésimo noveno, “este Tribunal destaca que si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño”.

¹⁹¹ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: Sesión N° 158, celebrada el 14 de octubre de 1975, Editorial Gendar Chile, año 1977, páginas 14 y 15.

facultades esenciales. Por esta razón, mientras sean delimitaciones y no privaciones, ellas no dan lugar a indemnización.”¹⁹²

Joaquín Ugarte señala, “esto es verdad, siempre y cuando las restricciones no importen privación temporal o menoscabo temporal grave de un atributo esencial o facultad esencial del dominio.”¹⁹³

Para Jorge Precht, las limitaciones son “[...] deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación con el ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de éste último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales.”¹⁹⁴

Dentro de las discusiones de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, Silva Bascuñan coincide con Pedro Jesús Rodríguez al señalar que las limitaciones no son susceptibles de indemnización dado que son preexistentes al derecho en sí mismo “[...] y lo único que hizo el Constituyente fue elevarlas a la categoría de deberes jurídicos, es la razón por la cual no tienen derecho a indemnización, porque no privan de nada ni se impone un gravamen que antes no tuviera desde el punto de vista substancial.”¹⁹⁵

¹⁹² CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: Ob. Cit., página 60.

¹⁹³ UGARTE GODOY JOAQUÍN: “Limitaciones al Dominio. De las Meras Restricciones y de Cuando dan Lugar a Indemnización”, En Revista Chilena de Derecho, Vol. XXVII, año 2001, página 248.

¹⁹⁴ RAJEVIC MASTER ENRIQUE: “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”. Revista Chilena del Derecho, Vol. 23, N° 1, año 1996, página 46.

¹⁹⁵ RAJEVIC MASTER ENRIQUE: Ob. Cit., página 19.

Salvador Mohor expone que las limitaciones al derecho de propiedad, clasificadas en atención a sus efectos en estructurales, funcionales y suspensivas, no tienen el carácter de indemnizables, ya su que su misión es establecer un marco compensatorio entre los intereses particulares y los sociales tutelados por el Estado. A excepción de aquellas que, afectando la esencia del derecho, causen daño, y de la expropiación, donde el autor, desde un punto de vista doctrinario, y en cuanto obstáculo para el ejercicio del derecho, la considera, en sentido amplio, como limitación extintiva. Sin embargo, no todas las limitaciones extintivas dan derecho a indemnización, como por ejemplo, la caducidad de un derecho.

Agrega el autor que existen casos en los cuales una persona no está obligada a soportar el perjuicio derivado de la imposición de una limitación y tiene, por tanto, derecho a indemnización. Estos son: a) cuando se ha establecido por medio un instrumento normativo que no es el procedente de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución; b) cuando el acto administrativo contraviene la ley que ejecuta explícita o implícitamente; c) cuando la disposición que establece la limitación no es de carácter general; d) cuando la limitación no respete el principio de proporcionalidad en la repartición de las cargas públicas, a menos que la Constitución expresamente lo justifique o exista un estado de nocividad esencial y, en general, cuando, afectando la esencia del derecho, causen daño a su titular.¹⁹⁶

¹⁹⁶ MOHOR ABUAUAD SALVADOR: Ob. Cit., página 293. Este autor ha definido estado de nocividad esencial como “el estado de confrontación con el interés general y el ordenamiento jurídico en que se encuentra el ejercicio del derecho, sea por la acción deliberada o culpable de su titular (caso típico de los delitos), sea como consecuencia del infortunio”

CAPÍTULO III

LA EXPROPIACIÓN

3.1. Concepto y elementos constitutivos.

A modo de premisa podemos señalar que la expropiación es una institución de Derecho Público por la cual se permite a la Autoridad privar a un particular de su propiedad para cumplir una finalidad de utilidad pública. Si bien no sólo por esta institución se puede privar de la propiedad a su titular, es la única que no consiste en una sanción o una carga unilateral, si no que se configura a través de un acto administrativo que, obviamente, puede ser impugnado por el particular.

La expropiación se justifica en el hecho que la propiedad no es un derecho absoluto, y puede ser privada por el Estado para cumplir su objetivo de bien común de acuerdo al mandato constitucional contenido en el artículo 1º de la Carta Fundamental. Es por esta razón que los conceptos de utilidad pública e interés nacional tienen su origen en la función social de la propiedad.

El término expropiación, etimológicamente, proviene de la conjunción de dos palabras latinas, el prefijo *ex*, “que ha dejado de ser”, y *propietas*, que significa “propiedad”, esta a su vez, proviene del adverbio latino *prope*, “cerca”, por lo que, uniendo ambos términos, la expropiación viene a señalar el fin del dominio de una persona o, en otras palabras, aquella institución por la que una persona es despojada de su propiedad.

El Diccionario de la R. A. E., la define como “acto y efecto de expropiar”, y esta, a su vez, se define como “privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes.”

Dentro de las definiciones doctrinarias podemos destacar, en el ámbito nacional, la de don Patricio Aylwin, quien la define como “el acto por el cual se priva a una persona de un bien de su dominio por decisión unilateral del Estado, por razón de utilidad pública calificada por ley y previo pago de una indemnización al expropiado”¹⁹⁷.

Otra definición la entrega Manuel Nuñez, quien señala: “la expropiación es un modo de adquirir el dominio propio del Derecho Público, distinto de institutos como la confiscación, el comiso, la requisición o los tributos, que consiste en un acto unilateral de la autoridad, permitido por una ley habilitante, a través del cual, previo procedimiento legal y pago de una justa compensación, se priva a una persona de un bien que integra su patrimonio”¹⁹⁸. Destaca en esta definición el hecho de señalar que la expropiación es modo de adquirir el dominio propio del Estado, ya que, en realidad, ésta es su función propia, que el Estado adquiera el dominio de un bien para una finalidad de utilidad pública.

¹⁹⁷ AYLWIN PATRICIO: “Derecho Administrativo”, Citado por Peñailillo Arévalo Daniel en “La Expropiación ante el Derecho Civil”, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición, 1995, páginas 13 y 14.

¹⁹⁸ NUÑEZ P. MANUEL: “La Propiedad Privada”, Ob. Cit., páginas 10 y 11.

Claudio Moraga, considera a la expropiación como “un acto de Derecho Público, mediante el cual el Estado (Fisco) o sus organismos, adquiere la propiedad de un bien ajeno, mediante el pago de la indemnización correspondiente.”¹⁹⁹

Carlos García Oviedo, señala que la expropiación es “un acto de Derecho Público, mediante el cual la Administración o un particular subrogado en sus derechos, adquiere la propiedad de un bien ajeno, mediante la indemnización correspondiente”²⁰⁰. Ahora bien, esta definición se sitúa dentro del ámbito del Derecho Administrativo Español y no es completamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico pues, en nuestra legislación, la expropiación puede realizarse directamente por el Estado o por algún organismo de Derecho Público. Esta no procede en virtud de una ley expropiatoria si no que por medio de una ley que la autoriza. Sin perjuicio de que la facultad de expropiar puede delegarse en ciertos órganos, ésta nunca podrá ejercerse por particulares ya que se trata de una facultad exclusiva del Estado por lo que, incurrir en esta situación, configuraría un acto inconstitucional y por ende nulo.

Similar a la definición anterior es la dada por Fernando Garrido, quien conceptualiza a la expropiación como “un instituto de Derecho Público que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a una Administración Pública, o a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico.”²⁰¹

¹⁹⁹ MORAGA KLENNER CLAUDIO: “Principios Esenciales de Rango Constitucional”, apuntes de clases del primer semestre del año 2002, cuarto apunte, página 23.

²⁰⁰ GARCÍA OVIEDO CARLOS: “Derecho Administrativo”. Citado por Oviedo Soto Narciso en “Nulidad de Derecho Público, Cosa Juzgada y Prescripción en un Trámite de Expropiación”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Año 63, N° 198, año 1995, página 73.

²⁰¹ GARRIDO FALLA FERNANDO: “Tratado de Derecho Administrativo”, Instituto de Estudios Públicos, Madrid España, tercera edición, 1996, volumen II, página 237.

Frente a todos los conceptos entregados, cabe señalar que la expropiación es una figura jurídica de Derecho Público, por la cual se permite a la Autoridad privar a un titular de su propiedad para cumplir una finalidad de utilidad pública, previo pago de la correspondiente indemnización, a través de un acto administrativo que, naturalmente, puede ser impugnado por el titular.

Ahora bien, existen algunas instituciones que producen efectos similares a la expropiación, privando a un particular de su propiedad. Sin embargo éstas presentan ciertas diferencias sustanciales, a saber:

La **Confiscación**, también llamada comiso, es la “privación del dominio de un bien de un particular, por parte del Estado, sin indemnización, a manera de sanción, por razones generalmente de orden público.”²⁰²

Se diferencia de la expropiación porque se trata de una sanción y, por lo tanto, no existe una indemnización en favor de la persona a quien se ha privado de su dominio. Además, de acuerdo a la Constitución Política en su artículo 19 N° 7 letra g), la confiscación sólo procede en contra de las asociaciones ilícitas.

La **Requisición**, consiste en “el apoderamiento de bienes de particulares por parte de la Autoridad, para satisfacer una necesidad colectiva urgente”²⁰³. En este caso el particular tiene derecho a indemnización, sin embargo se diferencia de la expropiación por prescindirse de la existencia de un procedimiento preestablecido para su

²⁰² MORAGA KLENNER CLAUDIO: Ob. Cit., página 24.

²⁰³ MORAGA KLENNER CLAUDIO: Ibídem.

materialización, asimismo, tampoco es necesaria la calificación por ley de la utilidad pública. Esta sólo tiene aplicación bajo Estados de Excepción Constitucional.

La **Nacionalización**, “designa el traspaso al Estado de unidades económicas o bienes de importancia fundamental de particulares o entidades extranjeras, por un interés de la Nación.”²⁰⁴

Se diferencia de la expropiación, en primer término, respecto al sujeto pasivo, ya que en este caso se tratará de empresas extranjeras o, en general, de universalidades jurídicas. En segundo lugar, la diferencia más clara se presenta respecto al régimen indemnizatorio, ya que la indemnización, que técnicamente debe adecuarse al interés nacional, podría incluso llegar a faltar.

Esta institución se consagraba en el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925, sin embargo, nuestra actual Carta Fundamental no la contempla.

3.2. Normativa vigente.

3.2.1. Decreto Ley N° 2.186.

Los principios básicos en materia de expropiación se encuentran establecidos en la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 24, incisos tercero, cuarto y quinto, que señalan:

²⁰⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 21.

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su 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.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.”

De lo recién señalado, podemos inferir que la expropiación tiene los siguientes principios básicos: a) debe ser autorizada por ley general o especial; b) debe tener por causa la utilidad pública o el interés nacional, calificado por el legislador; c) el expropiado tiene la posibilidad de revisar la legalidad del acto expropiatorio; d) el expropiado siempre tiene derecho a una indemnización que, conforme a la Constitución Política, corresponde a una reparación por el daño patrimonial efectivamente causado por la expropiación; e) la indemnización deberá ser fijada de

común acuerdo entre las partes, en caso de no producirse acuerdo la fijará el tribunal competente, debiendo pagarse en dinero efectivo y al contado; y f) el procedimiento de toma de posesión material del bien expropiado sólo podrá llevarse a cabo previo pago del total de la indemnización, y se podrá suspender cuando el juez así lo decrete con el mérito de los antecedentes.

Ahora bien, una vez establecida su regulación constitucional, cabe referirnos a lo establecido en el Decreto Ley N° 2.186, de 9 de junio de 1978.

Antes que entrara en vigencia la actual Constitución Política, y a partir del artículo 1° N° 16 del Acta Constitucional N° 3 de 1976, se constató la necesidad de establecer un procedimiento único que regulara las expropiaciones, ya que, con anterioridad, cada ley establecía un procedimiento distinto lo que provocaba confusión en su aplicación. Fue así como el 9 de junio de 1978 se publicó en el Diario Oficial la Ley Orgánica Constitucional sobre Procedimiento de Expropiaciones, aprobada por Decreto Ley N° 2.186 de 1978. En este cuerpo legal se estableció, en un texto único y orgánico, un procedimiento ágil y expedito llamado a regular las expropiaciones, derogando, a su vez, las demás normas existentes sobre la materia.

Esta ley regula, en nueve títulos y 42 artículos, más un artículo transitorio, los aspectos sustantivos y adjetivos de la expropiación.

El procedimiento establecido en esta norma será aplicable a toda expropiación cualquiera sea la ley que la autoriza o la institución que la decreta. Así lo dispone el

artículo primero: “Toda expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, cualquiera que sea la ley que la autorice o la institución que la decreta, se sujetará al procedimiento establecido en el presente texto.”

El proceso de expropiación comienza cuando la entidad autorizada por ley para expropiar ordena el estudio de la expropiación. Una copia autorizada de la resolución que ordena este estudio debe anotarse al margen de la inscripción de dominio o de la que haga sus veces, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces o de Minas del lugar donde se ubique el inmueble. Además, debe inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar o su equivalente si lo hubiere. Una vez efectuadas estas inscripciones el bien, cuya expropiación se encuentra en estudio, se hace inenajenable y produce efectos respecto de terceros. Así lo dispone el artículo 2 en sus incisos 1°, 3° y 4°: “La entidad autorizada para expropiar, por ley general o especial, podrá ordenar el estudio de la expropiación de un bien determinado.

[...] Si se tratare de bienes inscritos en el Conservador de Bienes Raíces o en el de Minas, o sujetos a cualquier otro régimen o sistema de inscripción conservatoria, dicha resolución deberá anotarse al margen de la inscripción de dominio o de la que haga sus veces e inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar o su equivalente, si lo hubiere, mediante la sola presentación de una copia autorizada de la misma. Sin estos requisitos no producirá efectos respecto de terceros.

El bien cuya expropiación se encuentre en estudio se hará intransferible una vez cumplidos los trámites a que se refieren los incisos precedentes [...].”

En el caso que este estudio no se haya ordenado, el procedimiento se iniciará con el nombramiento de una comisión de tres peritos independientes que determinarán el monto provisional de la indemnización, evacuando un informe. Lo anterior de acuerdo al artículo 4, inciso 1º: “Todo procedimiento expropiatorio se iniciará o continuará, según corresponda, con el nombramiento de una comisión de tres miembros encargada de determinar el monto provisional de la indemnización”.

Se indican, a continuación, en el Título II, los requisitos formales y los efectos del acto expropiatorio.

Cuando el Presidente de la República es quien dispone la expropiación, lo hará mediante la dictación de un Decreto Supremo. En caso que sea una entidad pública desconcentrada o descentralizada, lo hará mediante una resolución. Para todos los efectos legales el Acto Expropiatorio estará conformado por el Decreto Supremo o la resolución respectiva, según corresponda. Así lo dispone el artículo 6 en sus incisos 1º y 2º: “El Presidente de la República dispondrá la expropiación por Decreto Supremo. Cuando corresponda a alguna entidad pública desconcentrada o descentralizada, se hará mediante resolución de ésta, previo acuerdo adoptado en conformidad a las normas legales por las que se rija.

Para todos los efectos legales, tal decreto supremo o resolución constituirá el acto expropiatorio.”

El acto expropiatorio se entenderá notificado a la persona que ocupe o detente el bien expropiado una vez que se publique un extracto del mismo en el Diario Oficial. Si no ha precedido el estudio de la expropiación, el bien se hará inenajenable desde la fecha de la publicación del extracto del acto expropiatorio en el Diario Oficial.

Para que el acto expropiatorio produzca efectos respecto de terceros debe anotarse al margen de la inscripción de dominio o de la que haga sus veces e inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, o su equivalente si lo hubiere. Lo anterior, en virtud de lo señalado en los artículos 7, incisos 1, 4 y 5 y artículo 8 del cuerpo legal en estudio: “Dentro de los noventa días siguientes a la fecha del acto expropiatorio, éste se publicará en extracto, por una sola vez, en el Diario Oficial [...]. La notificación a que se refieren los incisos precedentes se entenderá perfeccionada con la sola publicación del extracto en el Diario Oficial y su fecha será la de esa publicación [...]. Si se tratare de bienes sujetos a cualquier régimen o sistema de inscripción conservatoria, el acto expropiatorio debe cumplir las formalidades establecidas en el inciso tercero del artículo 2º para que produzca efectos respecto de terceros”. Finalmente, el artículo 8 dispone: “Desde la fecha de la notificación a que se refiere el inciso cuarto del artículo anterior el acto expropiatorio producirá los efectos señalados en el inciso cuarto del artículo 2º [...].”

Ahora bien, las partes podrán fijar de común acuerdo el monto, forma y plazo de pago de la indemnización, debiendo constar este acuerdo en escritura pública. En este caso, la indemnización se pagará directamente al expropiado. Sin embargo, a falta de acuerdo, la indemnización provisional o la parte de ésta que debe pagarse de contado, será consignada a la orden del tribunal competente mediante el depósito en su cuenta corriente bancaria.

Desde el momento del pago al expropiado o de la consignación a la orden del tribunal, según corresponda, el dominio del bien expropiado quedará radicado, de pleno derecho y a título originario en el patrimonio del expropiante, y nadie podrá reclamar derecho de dominio, posesión o tenencia sobre el bien expropiado por causa preexistente. Asimismo, se extinguirá por el ministerio de la ley, el dominio del expropiado sobre el bien objeto de la expropiación o sobre la parte de éste comprendida en ella, así como los derechos reales, con excepción de las servidumbres legales, que lo afecten o limiten.

Lo anterior se desprende del artículo 20, incisos 1º y 2º: "Pagada al expropiado o consignada a la orden del Tribunal el total o la cuota de contado de la indemnización convenida o de la provisional, si no hubiere acuerdo, el dominio del bien expropiado quedará radicado, de pleno derecho, a título originario en el patrimonio del expropiante y nadie tendrá acción o derecho respecto del dominio, posesión o tenencia del bien expropiado por causa existente con anterioridad.

En la misma oportunidad se extinguirá, por el ministerio de la ley, el dominio del expropiado sobre el bien objeto de la expropiación o sobre la parte de éste comprendida en ella, así como los derechos reales, con excepción de las servidumbres legales, que lo afecten o limiten. Se extinguirán, también, los arrendamientos, comodatos y demás contratos que constituyan títulos de mera tenencia, ocupación o posesión en favor de terceros, y todas las prohibiciones, embargos, retenciones y medidas precautorias que afectaren al bien expropiado.”

En caso que las partes no lleguen a un acuerdo el monto será fijado por el tribunal competente, debiendo pagarse al contado y en dinero efectivo. Así lo señalan los artículos 10 “La indemnización definitiva se fijara de común acuerdo o por el Tribunal competente en su caso [...]”, y 11 inciso 1°: “El expropiante y el expropiado podrán convenir el monto de la indemnización, su forma y plazo de pago [...]”. Estas disposiciones, no son más que una reafirmación de lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 inciso 4 de la Constitución Política: “A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.”

De acuerdo al artículo 32, “La entidad expropiante podrá desistirse de la expropiación por decisión unilateral adoptada en el mismo órgano y de igual modo que el acto expropiatorio, en cualquier momento, hasta el trigésimo día siguiente a la fecha de la sentencia ejecutoriada que fije el monto definitivo de la indemnización”. El efecto producido por este desistimiento es que el bien en cuestión pasará a ser inexpropiable por el periodo de un año, así lo dispone el artículo 35 inciso 2°, “El bien cuya expropiación haya sido desistida o dejada sin efecto por cualquiera de los modos a que

se refiere este título, no podrá ser expropiado por la misma entidad dentro del año siguiente a la fecha en que la expropiación quedo desistida o dejada sin efecto.”

3.2.1.1. Acciones de reclamación por expropiación establecidas en el D. L. N° 2.186.

Las Acciones de reclamación establecidas en este cuerpo legal pueden referirse a aquellas que ejerce el expropiado respecto del acto expropiatorio propiamente tal o el monto de la indemnización, las que pueden ejercer terceros sobre el monto de la indemnización o aquellas incidentales de reclamación de terceros cuyos derechos son afectados por la expropiación:

Conforman el primer grupo aquellas establecidas en el artículo 9 del D. L. N° 2.186, siendo:

La **acción de reclamación por ilegalidad del acto**, establecida en el artículo 9 letra a), son aquellas que persiguen “que se deje sin efecto la expropiación por ser improcedente en razón de la inexpropiabilidad, aún temporal, del bien afectado, o fundado en la falta de ley que la autorice o en la no concurrencia de la causa legal invocada en el acto expropiatorio”. Las causales para dejar el acto sin efecto son: a) inexpropiabilidad, aún temporal, del bien afectado; b) falta de ley que autorice la expropiación; c) la no concurrencia de la causal legal invocada en el acto expropiatorio y; d) Acto expropiatorio contrario a la ley de expropiación vigente.

En segundo lugar se encuentran la **acción de reclamación por expropiación total**, consagrada en el artículo 9 letra b), en ellas se solicita al tribunal “que se disponga la expropiación total del bien parcialmente expropiado cuando la parte no expropiada del mismo careciere por sí sola de significación económica o se hiciere difícil o prácticamente imposible su explotación o aprovechamiento”. Como puede apreciarse, sólo procede respecto de la expropiación parcial, y su principal objeto es la modificación de este acto expropiatorio para que se expropie totalmente un bien, siempre y cuando la parte no expropiada careciere por si sola de significación económica o fuese difícil o imposible su aprovechamiento.

En tercer lugar se encuentra la **acción de reclamación por ampliación del acto expropiatorio**, establecida en el artículo 9 letra c), su objetivo es que “se disponga la expropiación de otra porción del bien parcialmente expropiado, debidamente individualizada, cuando ésta, por efecto de la expropiación se encontrare en alguna de las circunstancias antes señaladas”. Es similar a la acción anterior en cuanto a su fundamento, pero se diferencia en el hecho que no solicita la expropiación total del bien parcialmente expropiado, sino que la expropiación de una parte del segmento no expropiado cuando dicho retazo careciere por si solo de significación económica o fuese difícil o imposible su aprovechamiento.

Finalmente, encontramos la **acción de reclamación por ilegalidad del acto expropiatorio en cuanto a la forma y condiciones de pago de la indemnización**, regulada en el artículo 9 letra d), por ella se solicita “que se modifique el acto expropiatorio cuando no se conforme a la ley en lo relativo a la forma y condiciones de

pago de la indemnización”. Esta acción ha sido derogada tácitamente por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, ya que a falta de acuerdo, la indemnización deberá pagarse siempre de contado y en dinero efectivo.

Cabe destacar que la tramitación de todas las acciones, contempladas en el artículo 9 del Decreto Ley en estudio, se hará conforme a las normas del juicio sumario establecidas en el Código de Procedimiento Civil, sin embargo, su ejercicio no paralizará el procedimiento expropiatorio.

El segundo grupo se conforma por aquellas que tienen por finalidad **reclamar el monto de la indemnización**, éstas se encuentran establecidas en el artículo 12 inciso 1°: “La entidad expropiante y el expropiado podrán reclamar judicialmente del monto provisional fijado para la indemnización y pedir su determinación definitiva, dentro del plazo que transcurra desde la notificación del acto expropiatorio hasta el trigésimo día siguiente a la toma de posesión material del bien expropiado.”

En este caso la ley le da el derecho, tanto al expropiado como a la entidad expropiante, a reclamar ante el tribunal competente, por el monto de la indemnización que se ofrece pagar por la administración y que se fijó por la comisión de peritos. Lo que se persigue es que se aumente o disminuya el monto de la indemnización según quien intente la acción o la reconvención en su caso. Esto acontece cuando ambas partes – Expropiado y entidad expropiante – no hayan llegado a un acuerdo sobre el monto de la indemnización.

El D. L. 2.186 ha señalado, en sus artículos 12, 13 y 14, un procedimiento especial para la tramitación de este tipo de acciones:

“Artículo 13: Se tendrá como definitiva y ajustada de común acuerdo la indemnización provisional si la entidad expropiante o el expropiado no dedujeren reclamo en los términos expuestos en el artículo anterior.”

“Artículo 14: En su solicitud el reclamante indicará el monto en que estima la indemnización que deberá pagarse por la expropiación y designará un perito para que la avalúe.

La contraparte dispondrá del plazo fatal de quince días, contado desde la notificación de la reclamación, para exponer lo que estime conveniente a sus derechos y para designar a su vez un perito.

En las referidas presentaciones, las partes acompañarán los antecedentes en que se fundan; y si quisieren rendir prueba testimonial indicarán en ellas el nombre y apellidos, domicilio y profesión u oficio de los testigos de que piensan valerse. El tribunal abrirá un término probatorio, que será de ocho días, para la recepción de la prueba. Los testigos serán interrogados por el juez acerca de los hechos mencionados en las aludidas presentaciones y de los que indiquen los litigantes, si los estimare pertinentes.

Los peritos podrán emitir informe conjunta o separadamente, pero dentro del plazo que el juez señale al efecto. Son aplicables en estos casos los artículos 417, 418, 419, 420, 423, 424 y 425 del Código de Procedimiento Civil.

Vencido ese plazo, háyase o no emitido informe pericial, y expirado el término probatorio, en su caso, el juez dictará sentencia sin más trámite, en el plazo de diez días contados desde el último término vencido, sin perjuicio de las medidas para mejor resolver que estime necesario dictar, las que deberán evacuarse dentro del plazo que señale el tribunal, el que no podrá exceder del término de veinte días.

En caso de que la sentencia fije la indemnización definitiva en un monto superior a la provisional, se imputará a aquélla el monto de ésta debidamente reajustado según sea la fecha que haya considerado la sentencia para la determinación de la indemnización definitiva. Si la sentencia fijare la indemnización definitiva en una suma inferior a la provisional, el expropiado deberá restituir el exceso que hubiere percibido debidamente reajustado en la forma que determine la sentencia.

El recurso de apelación que se deduzca se regirá por las normas relativas a los incidentes.”

El tercer grupo se compone por las acciones de reclamación de terceros sobre la indemnización, su procedencia se consagra en el artículo 23 inciso 1°: “Consignada a la orden del Tribunal la indemnización o la cuota de ésta que debe pagarse de contado, a que se refiere el inciso primero del artículo 17, el juez ordenará publicar dos avisos a

costa del expropiante, conminando para que, dentro del plazo de veinte días, contados desde la publicación del último aviso, los titulares de derechos reales constituidos con anterioridad al acto expropiatorio y los acreedores que antes de esa fecha hayan obtenido resoluciones judiciales que embaracen o limiten el dominio del expropiado o el ejercicio de sus facultades de dueño, hagan valer sus derechos en el procedimiento de liquidación sobre el monto de la indemnización, bajo apercibimiento de que, transcurrido dicho plazo, no podrán hacerlos valer después sobre el monto de la indemnización.”

Esta acción se concede, en favor de terceros interesados, una vez consignada la indemnización provisoria o la cuota de ella que deba pagarse de contado en la cuenta corriente del tribunal. Para ese efecto el juez ordenará la publicación de dos avisos, a costa del expropiante, donde se apremie a los titulares de derechos reales constituidos con anterioridad al acto expropiatorio y los acreedores que antes de esa fecha hayan obtenido resoluciones judiciales que embaracen o limiten el dominio del expropiado o el ejercicio de sus facultades de dueño, para que, dentro del término de veinte días contados desde la publicación del último de estos avisos, hagan valer sus derechos en el procedimiento de liquidación, bajo el apercibimiento de que si no lo hacen, dentro de ese término, sus derechos sobre la indemnización caduquen por el solo ministerio de la ley a favor del expropiante.

Estos terceros interesados pueden ser: a) titulares de derechos reales constituidos sobre el bien expropiado con anterioridad al acto expropiatorio y; b) acreedores que,

antes del acto expropiatorio, hayan obtenido judicialmente medidas cautelares, como el embargo, sobre el bien expropiado.

Recordemos que entre el bien expropiado y la indemnización que corresponda se produce una subrogación para todos los efectos legales.

El artículo 20 establece un procedimiento especialísimo que regula la tramitación de estas acciones específicamente: “Pagada al expropiado o consignada a la orden del Tribunal el total o la cuota de contado de la indemnización convenida o de la provisional, si no hubiere acuerdo, el dominio del bien expropiado quedará radicado, de pleno derecho, a título originario en el patrimonio del expropiante y nadie tendrá acción o derecho respecto del dominio, posesión o tenencia del bien expropiado por causa existente con anterioridad.

En la misma oportunidad se extinguirá, por el ministerio de la ley, el dominio del expropiado sobre el bien objeto de la expropiación o sobre la parte de éste comprendida en ella, así como los derechos reales, con excepción de las servidumbres legales, que lo afecten o limiten. Se extinguirán, también, los arrendamientos, comodatos y demás contratos que constituyan títulos de mera tenencia, ocupación o posesión en favor de terceros, y todas las prohibiciones, embargos, retenciones y medidas precautorias que afectaren al bien expropiado. Los derechos, prohibiciones y medidas a que se refiere este inciso se mantendrán vigentes respecto de la parte que el propietario conservare en su dominio.

El conservador respectivo cancelará de oficio las inscripciones vigentes de los derechos extinguidos, al momento de inscribir la cosa expropiada a nombre del expropiante. El conservador enviará al juez que conoce del procedimiento expropiatorio copia de las inscripciones canceladas, sin cargo de impuestos ni derechos. El incumplimiento de esta obligación no obsta a la extinción de los referidos derechos.

Sin embargo, y hasta la toma de posesión material del bien, los riesgos de éste serán de cargo del expropiado y a él corresponderán los frutos o productos de su explotación.

La indemnización subrogará al bien expropiado para todos los efectos legales.

Los titulares de los derechos extinguidos podrán hacerlos valer sobre la indemnización con las mismas preferencias y privilegios que tenían, de acuerdo a las normas que se establecen en el Título VI [...].

Finalmente, encontramos la **acción incidental de reclamación de terceros cuyos derechos son afectados por la expropiación**, establecida en el artículo 20 inciso final: “El daño patrimonial efectivamente causado a los arrendatarios, comodatarios o a otros terceros cuyos derechos se extingan por la expropiación y que, por no ser de cargo del expropiado, no pueda hacerse valer sobre la indemnización, será de cargo exclusivo de la entidad expropiante, siempre que dichos derechos consten en sentencia judicial ejecutoriada o en escritura pública, pronunciada u otorgada con anterioridad a la fecha de la resolución a que se refiere el inciso segundo del artículo 2°, o de la del decreto supremo o resolución que señala el inciso primero del artículo

6°, en su caso. La acción que, para el resarcimiento de ese daño, ejerciten tales terceros, se sujetará al procedimiento incidental; pero la primera gestión deberá notificarse personalmente, o si el juez lo autoriza, por cédula, a la entidad expropiante. En ningún caso esta acción impedirá la toma de posesión material del bien expropiado.”

Esta acción se otorga a los terceros que, no teniendo un derecho real sobre la cosa expropiada, tengan, respecto de ésta, la calidad de arrendatarios, comodatarios u otras cuyos derechos se extingan por su expropiación. Podrán perseguir, contra la entidad expropiante, el daño patrimonial efectivamente causado por la expropiación, siempre y cuando tales derechos consten en sentencia judicial ejecutoriada o en escritura pública, pronunciada u otorgada, respectivamente, con anterioridad al acto expropiatorio.

Esta acción de indemnización de perjuicios se tramitará de acuerdo a las reglas del procedimiento incidental.

3.2.2. Ley General de Urbanismo y Construcción.

Como ya señalamos, el artículo 19 N° 24 inciso 3° de la Carta Fundamental, expresa que la expropiación procede sólo por “ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.”

En base a esta declaración, el D. F. L N° 458 de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcción, establece en su artículo 59 inciso 1° la siguiente declaratoria de utilidad pública:

“Decláranse de utilidad pública, por los plazos que se indican en los incisos siguientes, los terrenos localizados en áreas urbanas y de extensión urbana consultados en los planes reguladores comunales e intercomunales destinados a vías expresas, troncales, colectoras, locales y de servicio y parques intercomunales y comunales, incluidos sus ensanches.”

A modo de premisa, precisaremos los conceptos que se incluyen en este inciso primero, ya que su comprensión es de suma importancia para delimitar el ámbito de aplicación de esta norma. Estos son:

Plan Regulador Intercomunal, de acuerdo al artículo 34 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, “es el instrumento en que se contiene el desarrollo físico de las áreas urbanas y rurales de distintas comunas que, por sus relaciones, se integran a una comunidad urbana.”

Plan Regulador Comunal, según el artículo 41 del mismo cuerpo legal, “es un instrumento constituido por un conjunto de normas sobre adecuadas condiciones de higiene y seguridad en los edificios y espacios urbanos, y de comodidad en la relación funcional entre las zonas habitacionales, de trabajo, equipamiento y esparcimiento”.

Básicamente “constituyen el medio a través del cual se realiza la planificación urbana comunal, y ésta promueve el desarrollo armónico del territorio comunal”.²⁰⁵

Esta norma también señala que los terrenos sujetos a la declaratoria de utilidad pública deberán ser destinados a vías expresas, troncales, colectoras, locales y de servicio y parques intercomunales y comunales.

Según lo dispuesto en el artículo 2.3.2. del Decreto N° 183 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 19 de mayo de 1992, Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, se entiende por vías expresas, “las que establecen relaciones intercomunales y comunales”, vías troncales, “aquellas que concentran una zona urbana de una comuna”, vías colectoras, “los corredores de distribución entre la residencia y los centros de empleo y de servicios, y de repartición y/o captación hacia o desde la trama vial de nivel inferior”, y vías locales, “las que establecen relaciones entre las vías troncales”. Por su parte, los parques comunales o intercomunales se constituyen por las áreas verdes o zonas de equipamiento que tienen por finalidad establecer espacios de uso y esparcimiento para la comunidad, sea en general o por medio de sus organizaciones comunitarias.

Ahora bien, hechas las correspondientes precisiones, nos referiremos a la modificación introducida por la Ley N° 19.939 de 13 de febrero de 1992, que establece un importante mecanismo de protección del derecho de propiedad.

²⁰⁵ BRUNA CONTRERAS GUILLERMO: “Uso y Goce de la Propiedad Urbana”, Revista de Derecho Público, N° 60, año 1996, página 61.

En efecto, a partir de esta reforma se establece un plazo de caducidad para la declaratoria de utilidad pública, en base a su ubicación y destino. Este plazo, en caso de áreas urbanas, será de diez años para las vías expresas y de cinco para vías troncales y colectoras y los parques intercomunales y comunales. Si se trata de áreas de expansión urbana, el plazo será de diez años. Cabe destacar que esta norma no se aplica respecto de las áreas rurales.²⁰⁶

Este plazo podrá prorrogarse por igual periodo de tiempo, debiendo seguirse, en este caso, el procedimiento establecido para la modificación de los instrumentos de planificación territorial.

Esta caducidad soluciona el problema que existía con anterioridad, ya que no se establecía un plazo a la autoridad para la materialización de las expropiaciones, lo que afectaba la esencia del derecho de propiedad, por cuanto los propietarios de esos inmuebles se encontraban “eternamente” sujetos a expropiación, con las consiguientes prohibiciones legales de construcción o ampliaciones existentes y el detrimento a su patrimonio²⁰⁷. En definitiva, materializa el principio de que “ninguna acción del Estado, encaminada por cierto hacia el bien común, puede hacerse con lesión de un derecho esencial de una persona.”²⁰⁸

²⁰⁶ En efecto, el inciso final del artículo transitorio de la Ley N° 19.939, declara caducadas de pleno derecho las declaratorias existentes en áreas rurales.

²⁰⁷ Es necesario destacar que el artículo 99 de la Ley General de Urbanismo y Construcción señala que, en caso de la declaración de utilidad pública, el inmueble objeto de ésta tiene derecho a solicitar al Servicio de Impuestos Internos la suspensión del pago de las contribuciones hasta que la Municipalidad respectiva haga efectiva la expropiación, y siempre que no genere renta alguna.

²⁰⁸ BRUNA CONTRERAS GUILLERMO: Ob. Cit., página 60.

Sin embargo, esta norma tiene una excepción, contemplada en el inciso 6°, ya que la caducidad se produce, “a menos que el acto expropiatorio se dicte dentro del plazo de sesenta días contado desde la fecha de entrada en vigencia de la nueva declaratoria.”

Los efectos producidos por la caducidad de la declaratoria de utilidad pública, sea por el vencimiento del plazo o su renovación, se traducen en la declaración de inexpropiabilidad del bien para los mismos efectos incluidos en la declaratoria anterior, conforme al inciso 6°: “Caducada la declaratoria de utilidad pública, el inmueble afectado no podrá ser declarado nuevamente afecto a utilidad pública para los mismos usos incluidos en una declaratoria anterior, a menos que el acto expropiatorio se dicte dentro del plazo de sesenta días contado desde la fecha de entrada en vigencia de la nueva declaratoria. Expirado dicho plazo, caducará automáticamente la declaratoria de utilidad pública”. Además, “Las nuevas normas urbanísticas que se apliquen a éstas áreas deberán fijarse dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de caducidad de la declaratoria por la Municipalidad respectiva mediante Decreto Alcaldicio, previo informe de la Subsecretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, asimilándola a la zona adyacente predominante.”, de acuerdo al inciso 1°. En relación a estos efectos, el artículo 122 de la Ley General de Urbanismo y Construcción señala que en este caso, el propietario podrá solicitar la restitución del inmueble, y la Municipalidad deberá efectuarla en un plazo no superior a tres meses, contados desde el requerimiento del propietario.

Hecho un breve análisis de la modificación introducida por la Ley N° 19.939, ya citada, es necesario precisar la situación de las declaratorias de utilidad pública

existentes a la fecha de dictación de esta Ley. A este respecto, su artículo primero transitorio señala: “Las declaratorias de utilidad pública a que se refiere el artículo 59 del decreto con fuerza de ley N° 458 de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, que se encuentren vigentes a la fecha de publicación de esta ley, caducarán automáticamente, junto a sus efectos, en los mismos plazos establecidos en los incisos segundo y tercero del mencionado artículo, contados a partir de la fecha de la declaratoria, permaneciendo esta vigente, en todo caso, por un plazo de cinco años desde la entrada en vigencia de la presente ley si los lapsos faltantes fueran inferiores.”

A este respecto, la Contraloría General de la República ha señalado en dictamen N° 10.070 de 5 de marzo de 2008: “De la norma transcrita se desprende que se mantendrán vigentes por un plazo de cinco años, contados desde el día 13 de febrero de 2004, data de la entrada en vigencia de la ley en comento con su publicación en el Diario Oficial, las declaratorias de utilidad pública de los terrenos destinados a vías expresas, troncales, colectoras, de servicio y parques intercomunales y comunales, incluidos sus ensanches, cuyos plazos contados desde la entrada en vigor del respectivo plan regulador hasta la entrada en vigencia de la ley, fuesen inferiores a cinco años; también deberán cumplir este plazo de cinco años los terrenos respecto de los cuales se había cumplido con anterioridad a la publicación de la ley los plazos fijados para la caducidad [...], por ejemplo, si la declaratoria de utilidad pública de un terreno urbano que se destinaría a vía expresa, cuyo plazo es de diez años, fue efectuada ocho años antes de la vigencia de la ley, caducará no dos años después, sino en cinco años más; si la declaratoria de utilidad pública se efectuó dos años antes

de la vigencia de la ley, la caducidad se producirá dentro de ocho años desde su vigencia.”

A su vez, en dictamen N° 2.029 de 30 de abril de 2008 señala: “[...] se ha estimado menester anotar que de conformidad al artículo transitorio de la ley N° 19.939 – modificatoria del decreto con fuerza de ley N° 458, citado – las declaratorias de utilidad pública a que se refiere el aludido artículo 59, que se encuentren vigentes a la fecha de publicación de la misma, caducarán automáticamente, junto a sus efectos, en los mismos plazos establecidos en los incisos segundo y tercero del mencionado artículo, contados a partir de la fecha de la declaratoria, permaneciendo ésta vigente, en todo caso, por un plazo de cinco años desde la entrada en vigencia de la presente ley si los lapsos faltantes fueran inferiores.”

Finalmente, señala en dictamen N° 34.335 de 8 de julio de 2004 “Expresa el recurrente que la autoridad comunal [...] omitió consignar que, habiendo iniciado los trámites para regularizar la situación del inmueble, cuya edificación se remonta al año 1935, se exige que se acoja parte de él [...] la expropiación por causa de utilidad pública en una franja de 7,5 metros [...]. Por aplicación de las normas incorporadas por la Ley 19.939 y a contar de su publicación, la propiedad de la especie ha dejado de estar afecta a utilidad pública y, por lo tanto, no le resultan exigibles las restricciones previstas en los artículos 59 y 121 de la Ley General de Urbanismo y Construcción.”

En otro orden de ideas, es necesario señalar que la Ley N° 19.939, también modifica a la Ley N° 18.695 de 2001, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su artículo

33 inciso segundo, por cuanto ahora exige la aprobación del Concejo Municipal para la definición de los inmuebles que serán declarados de utilidad pública por ser vías locales, de servicios o plazas. Además se exige, para poder proceder a la expropiación, que la Municipalidad haga la correspondiente provisión de fondos.

Finalmente, cabe señalar que, sin importar el Organismo de la Administración Pública que proceda a la expropiación en virtud del artículo 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, el procedimiento debe ajustarse a lo señalado en el Decreto Ley N° 2.186, ya que la Ley N° 19.939 derogó todos los procedimientos especiales de expropiación que se contenían en las normas urbanísticas.

3.3. Análisis de los elementos constitutivos de la expropiación.

3.3.1. Los Sujetos.

La expropiación es, por definición, un acto jurídico unilateral de Derecho Público, pues se materializa por la sola voluntad del Estado manifestada en el acto expropiatorio.

El sujeto activo es el Estado quien ejerce la potestad expropiatoria a través de sus órganos competentes. Ya sea que la autorización para expropiar sea concedida por ley particular o general, siempre será el Estado a través de un órgano de la Administración y mediante la dictación del correspondiente acto expropiatorio, quien llevará a cabo la expropiación.

Un sector de la doctrina distingue entre ley de expropiación; es aquella ley particular que autoriza la expropiación y cuyos efectos normativos se agotan con la ulterior aplicación de la misma al dictarse el correspondiente acto expropiatorio, y la ley de expropiabilidad; es aquella ley general que autoriza la expropiación y cuyos efectos normativos no se agotan con la ulterior aplicación de la misma al dictarse el correspondiente acto expropiatorio, siendo susceptible de volver a aplicarse en otros bienes del mismo género mediante la dictación de uno o más actos expropiatorios, como es el caso de las Municipalidades al expropiar para la aplicación de los planes reguladores comunales. "No sólo el Estado a través de la administración centralizada puede expropiar, sino que también otras instituciones de Derecho Público, como las Municipalidades, por ejemplo; pero nunca una institución particular"²⁰⁹.

El beneficiario de la expropiación es la Administración del Estado, quien podrá cumplir su fin de bien común por medio de esta institución, caso distinto es el del beneficiario de las obras que se realizarán gracias a la expropiación, quien puede ser un sujeto privado, como en el caso de construcción de viviendas sociales. Sin embargo, han existido excepciones a esta norma general, donde se ha dictado una ley de expropiabilidad, que es aquella que "autoriza a una institución para que expropie en concreto"²¹⁰, donde el sujeto directamente beneficiado con la expropiación ha sido una entidad de derecho privado. Esto puede ocurrir si el objeto de utilidad pública se encuentra radicado en este tipo de organismo, como el caso de la "Ley N° 4.774 de 14 de Enero de 1930, que autorizó la Municipalidad de Santiago para ensanchar el área

²⁰⁹ Oviedo Soto Tarciso: Ob. Cit., página 73.

²¹⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 17.

del Club Hípico de esa ciudad; los terrenos expropiados para ese efecto ingresaron, pues, al patrimonio del Club.”²¹¹

Ahora bien, el sujeto pasivo, constituido por el titular de los bienes o derechos expropiados, sólo se configurará en caso que se substancie un juicio de reclamación, esto en razón de que “es el bien el que determina, en el fondo, quién será el sujeto pasivo.”²¹²

3.3.2. El Acto de Habilitación.

Es la ley general o especial que autoriza la expropiación. El legislador es el único que puede autorizar una expropiación, así se desprende del texto de la Constitución Política, artículo 19 N° 24 inciso 4 que señala: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su 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.”

En la Subcomisión del Derecho de Propiedad el señor Pedro Jesús Rodríguez señalaba que “la ley tenía competencia para autorizar las expropiaciones, pero la Constitución no le da competencia a la ley para expropiar. El asunto es importante, porque si la ley autoriza la expropiación, tiene que venir, a continuación, un acto expropiatorio de la autoridad administrativa que, en uso de la autorización legal

²¹¹ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 18, cifr. Nota 18.

²¹² PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 19.

concedida, que puede no usar, tome el acuerdo de expropiar. En consecuencia, el reclamo de que se trata [...] es contra el acto expropiatorio [...], se debe tener presente que no es reclamo en contra de ley, sino en contra del acto en virtud del cual se aplica la ley expropiatoria. Añade que lo mismo ocurre en materia de indemnización. La ley no puede fijarla, y sería peligroso para los propietarios que fijara la indemnización.”²¹³

De lo señalado se puede apreciar que nuestro ordenamiento jurídico sólo admite la presencia de una ley como acto de habilitación, en ningún caso podría el legislador expropiar directamente sin el concurso de la administración del estado. Esto se desprende del propio inciso 4º del número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, al disponer que la expropiación sólo puede ser en virtud de “ley general o especial que autorice la expropiación”, dejando claro que no existe la posibilidad de que una ley realice directamente la expropiación. En consecuencia, si se dicta una ley que declare la expropiación de un bien determinado y especifique la causa de utilidad pública en que se funda, es necesaria la existencia de un acto administrativo que materialice la expropiación y fije la indemnización que, como se sabe, es el mecanismo para adquirir el dominio del bien expropiado.

Como señala Silva Bascuñán “en nuestro ordenamiento jurídico, tal como quedó establecido en el debate pertinente concretado en el Acta Constitucional N° 3 de 1976, en el D. L. 2.186 y en el inciso 4 del N° 24 del art. 19 de la Carta de 1980, la ley expropiatoria, ya tenga carácter general o especial, no produce por sí sola la privación

²¹³ SILVA BASCUÑÁN ALEJANDRO: “Legalidad de la Expropiación”, Revista Chilena de Derecho, Vol. XXIII, año 1996, página 107.

del dominio sino que autoriza al poder administrador para concretarla y permite siempre al afectado reclamar de la legalidad del acto expropiatorio.”²¹⁴

3.3.3. El acto expropiatorio.

Es el medio por el cual se debe materializar la expropiación. Constituye la forma en que el expropiante declara su voluntad de expropiar un bien determinado de acuerdo al acto de habilitación otorgado por el legislador.

De acuerdo con la Constitución Política la expropiación sólo se materializa en virtud de un acto administrativo pues señala: “El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios [...]” con lo cual se subentiende la necesidad de éste último.

Por su parte el D. L. N° 2.186, en su artículo 6°, señala la forma que puede adoptar este acto administrativo; puede ser un Decreto Supremo cuando es el Presidente de la República quien dispone la expropiación, o una resolución, cuando corresponda a una entidad pública descentralizada o desconcentrada: “El Presidente de la República dispondrá la expropiación por decreto supremo. Cuando corresponda a alguna entidad pública desconcentrada o descentralizada, se hará mediante resolución de esta, previo acuerdo adoptado en conformidad a las normas legales por las que se rija.

²¹⁴ SILVA BASCUÑÁN ALEJANDRO: Ob. Cit., página 125.

Para todos los efectos legales, tal decreto supremo o resolución constituirá el "acto expropiatorio."

El acto expropiatorio es un acto administrativo, éste último se define como "una ordenación racional unilateral dictada por un órgano estatal en ejercicio de función administrativa, que destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos diversos."²¹⁵

La expropiación debe reunir todos los elementos constitutivos del acto administrativo, es decir: a) la ordenación, en cuanto implica un mandato que se traduce en la privación de la propiedad, previo pago de la indemnización correspondiente; b) la racionalidad, que se traduce en la justificación dada por el hecho de ser establecida por ley habilitante, por causa de una necesidad pública o del interés nacional y no implicar una discriminación arbitraria, lo que se logra cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 19 números 20 y 24 de la Constitución Política; c) la unilateralidad, ya que emana directamente de la Administración Pública, sin que se requiera consenso de voluntad alguna; d) que sea dictado en ejercicio de una función administrativa, respetando el principio de legalidad consagrado en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental; e) que satisfaga una necesidad pública concreta, esto es, que sea motivada por una razón de utilidad pública o interés nacional; y f) que produzca efectos jurídicos directos, traducidos en la privación de la propiedad previo pago de la correspondiente indemnización.

²¹⁵ SOTO KLOSS EDUARDO: "La Noción de Acto Administrativo en el Derecho Chileno", Revista de Derecho Público, N° 60, año 1996, página 88.

Al ser la expropiación un acto administrativo es impugnabile por el afectado, situación que se materializa en nuestro ordenamiento jurídico a través de los procedimientos de reclamo establecidos en el D. L. N° 2186.

Finalmente, cabe destacar que la institución de la expropiación no es una venta forzada, ya que, a través de la primera, se representan los intereses colectivos y sociales, no los de un particular acreedor del desposeído.

3.3.4. El Objeto.

Es el bien sobre el que recae la expropiación. Se refiere tanto a cosas corporales como incorporales, bienes muebles o inmuebles y derechos reales o personales. Lo anterior se desprende de relacionar los incisos 1° y 3° del artículo 19 N° 24 de la Constitución, en efecto, el artículo 19 N° 24 inciso 1° señala: “La Constitución asegura a todas las personas [...]. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”; por su parte el inciso 3° dispone: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio [...]”. Por lo tanto, “hay expropiación cuando se priva a una persona: (i) de su propiedad, (ii) del bien sobre que recae, o (iii) de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio.”²¹⁶

La expropiación debe materializarse respecto de un bien determinado, que no sólo puede ser corporal sino también incorporal, pues nuestro ordenamiento jurídico acepta

²¹⁶ NUÑEZ MANUEL: Ob. Cit., página 11.

la expropiación de derechos, siempre que ellos tengan un contenido eminentemente patrimonial. “La naturaleza jurídica de la expropiación de derechos se relaciona al ejercicio de la potestad administrativa, el que debe ejercerse sobre derechos reales o personales, pero sólo aquellos que posean un contenido eminentemente patrimonial”²¹⁷. Por lo tanto no serán expropiables los atributos de la personalidad, los derechos personalísimos, los derechos que emanan de las relaciones de familia, las obligaciones de hacer u otros que no sean susceptibles de evaluarse en dinero. Tampoco pueden expropiarse los bienes nacionales de uso público por no ser susceptibles de apropiación particular.

Cuando la expropiación se refiere a algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, se apunta a la situación denominada por la doctrina española como “la expropiación de segundo grado”, que es aquella institución en que, quedando el bien en poder de su dueño, se limita su propiedad de tal manera que este derecho de hace prácticamente inaplicable.

3.3.5. La causa.

De acuerdo a lo señalado por la Carta Fundamental la causa de la expropiación son la utilidad pública o el interés nacional. Es así como el artículo 19 N° 24 inciso 3 dice: “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley

²¹⁷ VILLAGRÁN ABARZÚA MARCELO: Ob. Cit., página 54.

general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.” [...]

Estos conceptos se relacionan directamente con la función social de la propiedad, ya que se trata de la utilización del bien para lograr la finalidad de bien común que tiene el Estado y, pese a ser un concepto más restringido que el de la función social pues apunta a un hecho determinado, se sigue la idea general contenida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, en el sentido que se limita la propiedad por el interés general y la posibilidad de realización social que en ella descansa.

Sin embargo el concepto de utilidad pública, a diferencia del concepto de interés nacional, no apunta, necesariamente, a un interés de la sociedad toda, sino que de una parte representativa de ella. Esto no significa, en ningún caso, una violación a la igualdad de la repartición de las cargas públicas, de hecho “la referida necesidad pública no debe entenderse solamente en el sentido de “público (populus / comunidad) [...], sino también de necesidades de las personas individualmente consideradas, o bien agrupadas en cuerpos asociativos.”²¹⁸

Ahora bien, la misma Constitución Política señala que esta utilidad pública debe ser calificada por el legislador, sea mediante ley general o especial. Esta precisión debe hacerse en términos tales que se entienda cual es la finalidad perseguida con la expropiación. A veces la ley puede contemplar causales específicas que deben concurrir para que el ente público dicte el acto expropiatorio. Además se protege así al

²¹⁸ SOTO KLOSS EDUARDO: Ob. Cit., página 95.

expropiado quién podrá ejercer su acción de reclamación si, en definitiva, no se cumple con la finalidad establecida en la ley.

Sin embargo debemos tener presente que la “precisión de la utilidad que justifica la expropiación se vincula estrechamente y, a veces, indisolublemente, con el destino del objeto expropiado”²¹⁹. En efecto, si se expropia un bien raíz para construir un Consultorio y luego se destina ese bien a una licitación pública para que sea destinado a otra finalidad, se rompe la finalidad de la expropiación, pudiendo ser alegada esta situación por el dueño del bien expropiado, produciéndose la retrocesión de ella, institución que trataremos más adelante.

José Joaquín Ugarte, desde una perspectiva civil y acercándose a la teoría neocausalista postulada por Henri Capitant, señala que “en ciencia jurídica cuando se habla de causa puede entenderse causa eficiente o causa final”. Para Ugarte la causa eficiente del acto expropiatorio sería la ley que la autoriza, identificándose con el concepto de acto de habilitación ya analizado; en tanto que la causa final sería la utilidad pública que se persigue con este acto.

Según este autor, la relación entre el bien del particular y su posibilidad de cumplir con la razón de utilidad pública, se plantea como un requisito sine qua non para la expropiación. Además la causa final de la expropiación debe mantenerse no sólo “al tiempo de decretarse el acto expropiatorio, sino también después, hasta su

²¹⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 26.

cumplimiento”²²⁰, ya que, una vez consolidado el acto expropiatorio, ésta debe mantenerse como una finalidad ya realizada. Por lo tanto si después de efectuada la expropiación se hace imposible el cumplimiento de la finalidad de utilidad pública, expresada por el legislador, la expropiación caduca y el particular tiene derecho a recuperar el bien expropiado.

En el caso señalado en el párrafo anterior nos encontramos frente a la institución de la **retrocesión**. Esta se define como “la restitución del objeto expropiado a su primitivo dueño, por incumplimiento o desviación del fin que justificaba la expropiación, o por la posterior desafectación, quedando aquella sin efecto y restituyéndose la indemnización recibida.”²²¹

Básicamente, la finalidad de esta acción es obtener la declaración de nulidad de la expropiación por el incumplimiento del fin de utilidad pública, pasando el bien expropiado a las manos de su primitivo dueño. Un ejemplo es la situación que se produciría al expropiar determinado inmueble para construir un hospital público, si posteriormente en este terreno no se construyera dicho hospital y se licitara o vendiera el terreno para fines particulares, se estaría rompiendo este fin de utilidad pública y se configura la retrocesión. Ahora bien, si se licitara este terreno a particulares para la construcción de un parque, plaza, carretera u otro fin que persiguiera una finalidad social, no se configuraría esta ruptura, ya que la materialización la obra en que se concreta la utilidad pública puede quedar en manos del Estado.

²²⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 26.

²²¹ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 30.

La retrocesión no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, lo que trae como consecuencia la existencia de opiniones dispares sobre el tema. Dentro de aquellos que la apoyan se encuentra Hugo Caldera, quien señala que ella es procedente, pese a no existir texto expreso, por cuanto si el Estado al expropiar no cumple con el principio de utilidad pública calificado por ley, desconocería el derecho de propiedad, dejando éste de ser una garantía constitucional, al efecto señala: “ella es una consecuencia natural del acto expropiatorio, por incumplimiento o desviación del fin”²²². Caldera incluso extiende este efecto de nulidad al señalar que la ley habilitante pasa a ser inconstitucional cuando “autoriza para expropiar con una finalidad distinta de la utilidad o del interés nacional”²²³. “En esos vicios, la Administración, arbitrariamente y en contra de lo ordenado por la Constitución en el art. 76º, inciso 2º, se arroga una competencia inexistente; y por arrogarse caprichosamente la atribución para cambiar, discrecionalmente, el fin específico que le ha sido conferido por la Constitución o la ley, habilitación normativa que es, esencialmente, restrictiva, aparece, en los hechos, ejercitando una competencia inexistente; en la actitud de la Administración se encuentra la causa de la nulidad del acto expropiatorio.”²²⁴

A juicio de Caldera, la retrocesión origina una causal de Nulidad de Derecho Público, de acuerdo a lo previsto en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental. En consecuencia, el Estado no adquiere el dominio del bien expropiado, por lo que el original propietario puede, en cualquier momento, alegarla, ya que esta nulidad es

²²² CALDERA DELGADO HUGO: “La Retrocesión del Bien Expropiado”, Revista de Derecho Público, N° 36, Enero – Diciembre de 1984, página 83.

²²³ CALDERA DELGADO HUGO: “La Nulidad del Acto Expropiatorio”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año 55, 1997, página 49.

²²⁴ CALDERA DELGADO HUGO: Ob. Cit., página 55.

“insanable e imprescriptible.”²²⁵

Ahora bien, en el caso que el dominio del bien haya sido adquirido por un tercero – particular – de buena fe, nos encontramos frente a una caso de venta de cosa ajena, lo que produce el efecto de que este tercero, en el evento que se cumplan los requisitos, adquiera el dominio por prescripción, quedando amparada su propiedad por el Artículo 19 número 24 de la Constitución Política. En consecuencia “los efectos de la declaración de nulidad del acto expropiatorio no pueden afectar al tercero y actual dueño del bien reclamado, en razón de la protección que presta a la estabilidad de su derecho de dominio, la garantía constitucional establecida en el art. 19 N° 24, inciso 3°. Los efectos de la declaración de nulidad del acto expropiatorio alcanzan a la Administración y al expropiado”²²⁶. Pero como el expropiado no puede quedar sin compensación alguna, ya que se produciría un enriquecimiento sin causa de la Administración, y se lesionarían las disposiciones de prestaciones mutuas establecidas en la ley, es que tiene derecho a una indemnización adicional por parte de la Administración por los perjuicios causados. Esta indemnización comprenderá “los daños morales y materiales [...] y de la indemnización total a que sea condenada la Administración habrá que rebajar el monto, actualizado, de la suma que se pagó, anteriormente al expropiado como indemnización patrimonial por el daño efectivamente causado.”²²⁷

Daniel Peñailillo también se manifiesta a favor de esta institución, pero a diferencia

²²⁵ CALDERA DELGADO HUGO: Ob. Cit., página 54.

²²⁶ CALDERA DELGADO HUGO: Ob. Cit., página 60.

²²⁷ CALDERA DELGADO HUGO: *Ibíd.*

de lo señalado por Caldera, se preocupa de los aspectos procesales y de plazos para alegar la retrocesión. En este sentido señala que “la primera deficiencia se podría subsanar con el procedimiento ordinario. La segunda conduce a las opciones de los plazos comunes de prescripción o a la imprescriptibilidad”²²⁸. Al referirse al uso de los plazos comunes o la imprescriptibilidad, pareciera caer en una confusión, ya que en el caso se trata de dos cosas distintas, pues la retrocesión viene a ser una causal de Nulidad de Derecho Público y, por lo tanto, imprescriptible, por lo que los plazos comunes de la prescripción sólo se aplicarían en el caso de que un tercero de buena fe adquiriera la propiedad por este medio.

Respecto de las prestaciones mutuas, señala que deben aplicarse las normas comunes de la acción restitutoria, “el Estado restituye el bien expropiado y el particular el valor de la indemnización, debidamente actualizado”.²²⁹ Respecto de la situación de los terceros señala que, en caso de que se restituya el bien antes de que éste pueda adquirir el dominio por prescripción, el expropiado debería indemnizarlo.

Finalmente, señala que para la actualización de la indemnización “una alternativa es el corrientemente empleado en el Derecho chileno: el Índice de Precios al Consumidor”²³⁰, ahora bien, por las posibles diferencias que el valor del bien pueda sufrir “su precisión y la circunstancia de ser justamente empleado por el D. L. N° 2.186 (arts. 17 y sgts.) para la actualización, en otros casos, abonan la adopción del IPC.”²³¹

²²⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 31.

²²⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ibídem.

²³⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ob. Cit., página 32.

²³¹ PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: Ibídem.

Al respecto, existe doctrina extranjera que también se manifiesta por su procedencia, así Walter Villegas señala: "el objeto de la expropiación es satisfacer la utilidad pública, previa calificación legal de ésta. Resulta de ese principio constitucional que si producido el desapoderamiento no se diere al bien el destino previsto se habría vulnerado la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, por cuanto ésta sólo cede ante las necesidades colectivas calificadas, y no para que el expropiante incorpore a su dominio un bien sin propósito definido o le de destino distinto del previsto en la Ley que lo afectó. Surge de ahí el derecho del expropiado a retroceder el bien."²³²

En España, donde esta institución tiene plena aplicación jurídica, se señala que "la desaparición de la causa, fundamento de la retrocesión o reversión en España, no se refiere a la causa general de la expropiación (delimitada por el Decreto de Utilidad Pública o Social), sino por la denominada *causa expropriandi*, esto es, el motivo específico por el que se expropia determinado bien, sea éste construcción de una carretera, ampliación de una vía, o cualquier otro [...]. De allí que el Supremo Tribunal Español, en decisión de 24 de noviembre de 1992, haya señalado: "para la procedencia de la retrocesión, es necesario, en primer lugar, delimitar específicamente cual es la *causa expropriandi*, para posteriormente constatar la inactividad del ente expropiante en la realización de la específica obra, o en el empleo del bien para un fin distinto."²³³

Nuestros Tribunales, no han desarrollado un criterio uniforme respecto de la

²³² VILLEGAS WALTER: "Régimen Jurídico de la Expropiación", Ediciones de Palma, Buenos Aires, página 457.

²³³ BADELL, GRAU & DE GRAZIA: "La Retrocesión". En <http://www.badellgrau.com/opiglourb53.htm>.

retrocesión. Es por esta razón que encontramos fallos que se pronuncian en ambos sentidos.

La mayoría de la jurisprudencia existente ha rechazado la acción de retrocesión. Es así, que podemos destacar una sentencia de la Corte Suprema, pronunciada respecto de las expropiaciones ocurridas con ocasión de la Reforma Agraria, que señala²³⁴: “7º Que el razonamiento de la sentencia de que se trata resulta abusivo al vincular la eficiencia y subsistencia de la expropiación con la asignación a los campesinos de los terrenos expropiados no por sólo existir en la Constitución una subordinación de tal especie sino que, además, por dos tipos de razones que derivan de la propia Ley 16.640:

a) la primera, consiste en que las propiedades adquiridas por la Corporación de la Reforma Agraria, a cualquier título, “se reputarán, en todo caso, con título saneado el que no podrá ser impugnado por causa alguna” (art. 58 de la Ley de Reforma Agraria), norma que excluye expresamente la posibilidad de entender que la entidad expropiante haya tenido su título condicional, modal o precario que pueda conducir a la pérdida del dominio que adquiere en virtud de la expropiación o, incluso, por la tradición que se haga de un bien raíz que adquiere por compra u otro título traslativo de dominio. Esta norma legal no puede ser dejada de lado por el sentenciador que analice un problema como el propuesto en la demanda iniciada en la causa en que incide este recurso;

b) la segunda en que no existe ninguna norma legal que permita declarar la

²³⁴ REVISTA FALLOS DEL MES, N° 252, página 414. En Peñailillo Arévalo Daniel, Ob. Cit., cifr. 25, páginas 37 y 38.

caducidad de la expropiación por el solo hecho de no asignarse los terrenos apropiados dentro del plazo previsto en el artículo 67 de la Ley 16.640.

8º Que estos principios se confirman por existir en los textos constitucionales normas que inequívocamente conducen a que en las expropiaciones las entidades expropiantes adquieran pura y simplemente por modo de adquirir originario el dominio de los predios expropiados, de modo tal que para que pueda entenderse que existen causales de caducidad o resolución, es necesario que la ley las imponga expresamente.

11º Que el considerando quinto del fallo que se vienen comentando no sólo admite la existencia de una limitación al dominio sobre los bienes que la Corporación de la Reforma Agraria adquirió por expropiación no objetada, sino que dio a tal destinación el carácter de un gravamen real a favor del antiguo propietario, al admitir que en virtud de tal pretendida limitación el dominio debe “revertir” a favor del expropiado. En otras palabras, sin texto que lo establece de esta manera y, en cambio, en contra de norma expresa que permite a la Corporación de la Reforma Agraria realizar todos los actos (entre los cuales se incluyen las expropiaciones que acuerde) sin otra limitación o prohibición que la que resulte de un texto expreso de la ley, y que le atribuye título saneado de toda restricción o limitación a las propiedades que adquiriera sin exclusión ni reserva alguna (artículos 2º del D. F. L. 11 y 56 de la Ley 16.640, respectivamente). La sentencia concluyó que la citada Corporación no llegó sino que adquirir la propiedad fiduciaria de los bienes expropiados, pues no otra cosa es el dominio sujeto a la limitación de tener que pasar a manos de un tercero en el evento de cumplirse una

condición como lo sería la de tener que asignar los predios expropiados dentro de cierto plazo fatal.”

Ahora bien, dentro de los fallos que han acogido la acción de retrocesión puede encontrarse uno de la Corte Suprema²³⁵, recaída sobre un recurso de queja, señala:

“3º Que la CORA en su escrito de contestación a la demanda de fojas 42 y el Fisco posteriormente ha sostenido que la acción interpuesta no existe dentro del Derecho Positivo Chileno, porque no hay disposición legal alguna que la establezca;

4º Que la afirmación indicada en el considerando que precede es efectiva, porque es cierto que no existe disposición legal alguna que la contemple;

5º Que el inciso segundo del artículo 10º del Código Orgánico de Tribunales estatuye que la reclamada intervención de los Tribunales en forma legal y en negocios de su competencia, “no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”. Así lo establece, igualmente, el inciso 2º del artículo 7º de la Constitución Política del Estado;

6º Que en estas condiciones debe recurrirse a la equidad natural, porque así se desprende de lo dispuesto en el N° 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil al establecer que la sentencia debe contener “La enunciación de las leyes, y en su defecto del principio de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”. Por su

²³⁵ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo 78, Sección 5º, página 207.

parte el artículo 24 del Código Civil también hace referencia a la equidad natural [...].

18º Que este Tribunal en sentencia de 16 de noviembre del año pasado, manifestó que la expropiación por causa de utilidad pública es un acto de autoridad que entra por completo en el dominio del Derecho Público y se rige por la Constitución Política del Estado y por las leyes que en conformidad a ella se dicten. El Acuerdo del Consejo de CORA que resuelve expropiar un predio determinado es un acto jurídico administrativo, esto es, una manifestación unilateral de voluntad de un Órgano de la Administración destinado a producir efectos jurídicos individuales o subjetivos.

A lo anterior debe agregarse que tal acto de Autoridad priva a una persona de un bien de su dominio y que debe existir una justa causa de expropiación, dentro del concepto de bien común y de función social de la propiedad.

El beneficio que con la expropiación se persigue debe estar inspirado en el principio general que es la base de todo régimen de derecho, la buena fe, por tanto no puede procederse arbitrariamente en una expropiación. Ella, como se ha dicho, debe cumplir los fines de bien común y de función social que es su fuente esencial;

19º Que la acción de retrocesión, también llamada por los tratadistas reversión del dominio, tiene lugar cuando el Órgano Expropiador no cumple con el destino asignado por la Constitución y la Ley al bien expropiado. Nuestra legislación positiva, como se ha expresado, no contempla la retrocesión, pero tampoco la suprime expresamente, como sucede en la Ley Argentina de Expropiaciones N° 13.264, de 17 de septiembre de

1948. La retrocesión implica una readquisición por no haberse destinado el bien al fin perseguido por el expropiador. Para algunos no es necesario siquiera que se cambie de destino, basta que no se haga nada, lo que implica también una violación o incumplimiento del objeto y el fin (José Canasi) [...].

22º Que si el Estado queda en libertad de expropiar a sus súbditos, basado en el interés social, como es extender el derecho de propiedad a todos ellos y no cumple en forma alguna el objetivo de una expropiación, que previamente ha sido calificada soberanamente por los representantes del pueblo, que componen los poderes colegisladores, el Derecho de Propiedad desaparece y deja de ser una de las garantías establecidas en la Carta Fundamental de la República.

Cualquier individuo, por modesto que sea, podría ser expropiado de su dominio so pretexto de que una ley expropiara su predio, para construir un camino o extender un ferrocarril y después no se cumple el objetivo que se tuvo en vista al expropiar, pasaría así que se produce una expoliación [...].

27º Que, por todo lo precedentemente manifestado, ajustándose esta Corte a la equidad natural, la ausencia de una ley expresa que establezca la retrocesión, debe concluirse que lo solicitado en la demanda debe acogerse, en el caso particular de que se trata, y que los jueces recurridos al revocar la sentencia del juez a quo y negar lugar a ella, han hecho un uso errado de sus atribuciones, incurriendo en una falta y ocasionando un agravio al recurrente que debe ser reparado por esta vía.”

3.3.6. El procedimiento

“Es la secuencia de actos administrativos y judiciales que principian con la dictación del acto expropiatorio y culminan con el pago de la indemnización y transferencia del bien expropiado”²³⁶.

Este procedimiento, conjuntamente con aquellos destinados a los distintos reclamos que puede interponer el dueño del bien expropiado, se encuentran regulados tanto en la Constitución Política como en el D. L. N° 2.186 de 9 de Junio de 1978.

3.3.7. La indemnización

El concepto básico de indemnización, en esta materia, está señalado en el artículo 19 N° 24 inciso 3 de la Constitución Política, que dice: “[...]y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, [...]”. Por lo que se le puede definir como la prestación por el daño patrimonial efectivamente causado. A su vez el D. L. 2.186, en su artículo 38, la define como el “daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma”.

Para don Manuel Núñez es “[...] el equivalente económico que compensa o subroga la pérdida que experimenta el patrimonio del individuo con ocasión de la

²³⁶ NUÑEZ MANUEL: Ob. Cit., página 11.

expropiación”²³⁷. A su vez, Silva Bascuñan equipara el concepto de indemnización con el de compensación, es decir, un reemplazo del valor del bien expropiado por otro que llega al patrimonio en términos equivalentes.

La indemnización es un elemento esencial de la expropiación y marca el punto en que el dominio del bien expropiado se traslada al patrimonio del ente expropiante. Mientras no se cancele la indemnización o no se haya renunciado expresamente por el expropiado, el dominio del bien persiste en este último.

En materia civil es necesario para la procedencia de la indemnización que exista un daño, y que éste sea cierto, que lesione un interés o derecho legítimo y que no haya sido indemnizado. Sin embargo en la expropiación no se requiere la existencia del daño, ya que la indemnización es un elemento configurador de ésta, por lo tanto, sin indemnización no existe expropiación.

La principal característica de esta indemnización es que “no posee el carácter de una reparación ex post, de un daño patrimonial ya causado por el ejercicio de la potestad expropiatoria, sino un presupuesto, ex ante, para que la misma pueda surtir sus efectos de privación.”²³⁸

La justificación de la indemnización se encuentra en el principio de la reciprocidad de las relaciones jurídicas, dispuesto en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política.

²³⁷ NUÑEZ MANUEL: Ob. Cit., página 12.

²³⁸ CORDERO EDUARDO: “La Expropiación Forzosa”, página 15. En http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/Expropiaci%3n/Expropiaci%C3B3n.pdf.

Éste establece la igualdad y proporcionalidad de las cargas públicas. La privación que sufre el expropiado de todo o parte de su dominio crea una situación de desigualdad frente a las demás personas que no se ven afectadas en su dominio. La indemnización, que debe soportar la colectividad a través de dineros públicos, viene a reestablecer esta desigualdad quebrantada. Si se ve a la expropiación como una venta forzosa, la indemnización vendría a ser el justo precio.

La indemnización debe contener un justo precio, de lo contrario se trataría de un enriquecimiento sin causa, “el justo precio en la expropiación ha de consistir en una compensación integral: esto es, en el valor de sustitución de la cosa a precios de mercado, la cantidad que el expropiado precisa para restablecer la situación patrimonial anterior a la expropiación”²³⁹. Esto quiere decir que debe abarcar la cantidad real para restablecer la situación patrimonial del expropiado.

La jurisprudencia, a su vez, ha señalado que “14º; La indemnización debe resarcir el valor del bien de que ha sido privado, reemplazándolo por otro de monto equivalente, con el objeto de evitar un menoscabo o perjuicio en su patrimonio, para lo cual la Constitución exige que debe ser pagada en dinero y al contado, salvo acuerdo en contrario de las partes [...]. 15º; Que en el mismo orden de cosas debe también indemnizar los posibles perjuicios que pueda irrogar la expropiación a quien debe soportar el deterioro de su derecho de dominio sobre un bien en aras de una causa de utilidad pública o de un interés nacional, pero en todo caso, preciso es tener presente que el monto debe determinarse equitativamente, considerando los intereses del

²³⁹ CORDERO EDUARDO: Ob. Cit., página 16.

expropiado y el de la colectividad, y que, debiendo ser completa la indemnización, no debe constituir fuente de enriquecimiento para el expropiado.”²⁴⁰

Esta indemnización comprende: a) el valor del terreno afecto a la expropiación; b) el valor de las construcciones, edificaciones, y otras obras de infraestructura que existan sobre el terreno; y c) el valor de las plantaciones, sembradíos, arborizaciones, forestaciones y demás laboríos agrícolas.

La indemnización comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante, sin embargo, este último concepto no es incluido por algunos autores.

La doctrina es uniforme al excluir el daño moral, dado el tenor del concepto de indemnización que entrega la Constitución en su artículo 19, N° 24 inciso 3° y el D. L. N° 2.186, ya que en ambos casos se señala: “[...] y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado [...]”. Por otra parte, el daño efectivo permite la compensación entre los perjuicios y beneficios que se deriven de la expropiación. Un ejemplo de esto se encuentra en el artículo 88 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, donde se dispone que “siempre que una propiedad adquiera mayor valor a consecuencia de una expropiación parcial de ella, se deducirá del monto de la indemnización el mayor valer que adquiera la parte no expropiada, con motivo del destino que se da a la parte expropiada.”

²⁴⁰ Fallo de la Itma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas del 29 de Septiembre de 1989, Revista Gaceta Jurídica, N° 183, página 18.

Cuando la indemnización es determinada judicialmente, con posterioridad al acto expropiatorio, una parte de la doctrina agrega la necesidad de pagar los intereses correspondientes al goce de la suma de dinero que le correspondía al expropiado al momento de la expropiación.

Respecto a su reajuste la jurisprudencia ha señalado: “sería faltar a la equidad no fijar el reajuste por el período comprendido entre el fallo de primera instancia que fijó la indemnización y aquel en que quede ejecutoriada varios años después.”²⁴¹

Como todo derecho personal la indemnización es renunciable por parte del expropiado, de acuerdo al principio general establecido en el artículo 12 del Código Civil. Sin embargo no puede existir un pacto en el que se acuerde su renuncia, esto por ser un elemento esencial de la expropiación.

A este respecto, la jurisprudencia ha señalado: “8º; Que la renunciabilidad de la indemnización, que se ha dicho regida por el artículo 12 del Código Civil, por esta referida a un derecho que sólo mira al interés individual del renunciante, no estando prohibida su renuncia, es inaplicable al caso de la expropiación, por el carácter de ésta; y así como se estima que el Estado o el organismo expropiante no puede renunciar en derecho a la expropiación, aunque puede de facto no utilizar la facultad concedida, del mismo modo el expropiado puede renunciar a la indemnización también de facto, no recibéndola, pero si se pacta la renuncia como requisito de la expropiación total o parcial, el pacto destruiría la institución, y no subsistiendo ésta como una convención o

²⁴¹ FALLOS DEL MES N° 359, p. 661. ROL N° 6562, CORTE SUPREMA, Queja Civil, 18 de octubre de 1988.

contrato que transfiera el dominio, el expropiado puede instar por deducir la acción reivindicatoria consecuente, como se ha procedido en el caso sublite.”²⁴²

Finalmente, podemos señalar que esta indemnización goza de una doble garantía constitucional, por una parte es requisito esencial de la expropiación y debe ser pagada antes de la toma de posesión material del bien y, por otra, se establece que en caso de no producirse acuerdo entre expropiante y expropiado respecto de la forma en que deba pagarse la expropiación, esta se pagará en la forma indicada por la Constitución, vale decir, al contado y en dinero efectivo. Tal como señala el artículo 19 N° 24 incisos 5° y 6° de la Constitución Política: “La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización [...]. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.”

La Excma. Corte Suprema²⁴³, a través del Recurso de Casación, ha ilustrado el tratamiento de la indemnización por expropiación. A este respecto, un fallo relevante es el dictado en el caso “Comunidad Galletué con Fisco”, de 7 de agosto de 1984, donde se considera que la indemnización puede ser sustentada en la equidad y la justicia.

La sentencia de casación en el fondo más reciente, dictada el 27 de septiembre de 2007, en caso “Alicia Gómez con Fisco de Chile”, declara que la indemnización se genera por el daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, el que debe ser una consecuencia inmediata y directa de ésta.

²⁴² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo 80, Sección 5°, página 81. Citado por Peñailillo Arévalo Daniel, Ob. Cit., páginas 58 y 59

²⁴³ Los casos citados se reproducen íntegramente en ANEXOS.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

A partir del estudio y análisis del dominio, su concepto a través de la historia y su evolución en los distintos contextos socio – económicos; así como de los elementos que le son inherentes, las limitaciones que pueden afectarle y la expropiación como único instrumento de privar al titular de sus atributos, podemos inferir las siguientes conclusiones:

I. El derecho de propiedad ha vivido una constante transformación en el tiempo, donde siempre ha destacado su importancia económica y social. Sin embargo, sus alcances han sufrido grandes cambios, desde una concepción absoluta en el periodo del liberalismo, tal como se puede apreciar en el artículo 582 del Código Civil, hasta el reconocimiento unánime de su función social como limitante exclusiva en su ejercicio, consagrada en el numerando 24 del artículo 19 de nuestra Constitución Política.

II. Nuestra Carta Fundamental no contempla un concepto o definición del derecho de propiedad, sólo regula su contenido, con el objeto que éste sea adaptable a los constantes cambios de la sociedad. Ahora bien, no basta la norma por si sola para evitar su vulneración, por tanto, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico establezca y regule medios que permitan mantener el orden social, así destacan el recurso de protección la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

III. El artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, al proteger el derecho de dominio, se refiere a aquel que recae sobre la propiedad adquirida. En efecto, no puede pretenderse la protección del derecho al dominio, ya que es imposible pretender que el Estado procure la propiedad a todos los habitantes de la República. Lo anterior se reafirma por lo dispuesto en el numerando 23 del artículo 19 de la Carta Fundamental, donde se garantiza la libertad para adquirir toda clase de bienes, a excepción de aquellos que se encuentran fuera del comercio, o que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.

IV. La protección del derecho de propiedad se materializa en la existencia de dos garantías. Una formal, integrada por el principio de reserva legal consagrado en el artículo 63 de la Constitución Política, que establece una doble prohibición, por una parte impide al legislador regular sobre materias no contempladas por esta norma, y por la otra, establece la imposibilidad de que las materias enumeradas en él sean reguladas por normas de inferior o distinta jerarquía. En segundo lugar, encontramos la garantía formal, nacida de la conjunción de los numerandos 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política, ésta establece un ámbito de tolerancia para la limitación del derecho de propiedad, la que, en todo caso, debe respetar la frontera constituida por la esencia del derecho.

V. El contenido esencial del derecho de propiedad o la esencia de este derecho, se constituye por aquellas características y atributos que lo hacen único e inconfundible, vale decir, por sus características de exclusividad, perpetuidad y carácter absoluto, y por sus atributos esenciales de uso, goce y disposición.

VI. La función social de la propiedad es consagrada en el inciso 2º del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política, y tiene su fundamento en el artículo 1º inciso 4º, que señala como uno de los deberes del Estado la promoción del bien común. Así, su función principal es ser un cauce de conciliación entre los intereses colectivos e individuales que existen sobre el derecho de propiedad, teniendo presente que siempre predominará el primero de ellos. Ahora bien, se relaciona con el derecho de propiedad porque constituye una doble frontera; por una parte, es fundamento para las limitaciones al dominio y, conjuntamente con el principio de reserva legal, circunscribe el ámbito de acción de éstas.

VII. Las limitaciones al dominio nacen del juego entre el carácter absoluto del derecho de dominio y su función social. Estas no sólo se justifican en la función social de la propiedad, sino que también, en la inexistencia de derechos absolutos, ya que las garantías constitucionales tienen un límite interno, constituido por la definición de su contenido, y otro externo conformado por las herramientas que existen en el ordenamiento jurídico para la mantención del bien común.

VIII. Nuestra Constitución Política establece los siguientes requisitos a las limitaciones a la propiedad: a) ser establecidas por el legislador; b) respetar el principio de igualdad en la repartición de las cargas públicas; y c) no afectar la esencia del derecho. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en Sentencia Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995, considerando cuadragésimo séptimo, ha señalado otro requisito, estableciendo que éstas deben ser establecidas con precisión, ya que se trata de normas excepcionales.

IX. El efecto producido por las limitaciones al dominio es la restricción de las facultades, atributos y características del derecho de propiedad en aras del cumplimiento de su función social, impidiendo que su carácter absoluto pueda provocar un caso de abuso al derecho.

X. Las limitaciones al dominio, en principio, no son indemnizables, ya que sólo restringen la esfera exterior del derecho de propiedad para el cumplimiento de la función social. Estas sólo se indemnizarán en caso que afecten la esencia de este derecho, conculcando lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

XI. La expropiación se justifica en el hecho que la propiedad no es un derecho absoluto, por lo tanto, la Constitución Política permite su privación al Estado para los efectos de cumplir su objetivo de bien común. En efecto, es la única institución por la que se puede privar al titular de su propiedad para el cumplimiento de la función social de la ésta, manifestada en los conceptos de utilidad pública e interés nacional.

XII. La declaración de utilidad pública o de interés nacional sólo puede ser establecida por ley, sin embargo, y de acuerdo al principio de delegación, la ley establece los casos generales, siendo la autoridad por medio de un acto administrativo (acto expropiatorio), quien la aplique en cada caso concreto.

XIII. La indemnización en la expropiación se caracteriza por ser una institución ex ante, y constituye un elemento de la esencia para que la expropiación pueda surtir efectos. En efecto, ésta goza de una doble garantía constitucional, ya que es requisito

esencial para la expropiación, y en caso de no existir acuerdo en su forma de pago, éste procederá según lo indicado en la Constitución.

Finalmente, podemos señalar en vista de lo expuesto en el presente trabajo, la siguiente conclusión final.

En conformidad a lo establecido en los numerandos 24 y 26 del artículo 19 de nuestra Constitución Política, la esencia del derecho de propiedad, constituida por los caracteres y atribuciones que lo individualizan, constituye la frontera de las limitaciones al dominio, vale decir, éstas sólo podrán limitar o restringir la zona periférica o marginal de este derecho.

Por lo tanto, en caso que una norma establezca una limitación que afecte la esencia del derecho de propiedad, vale decir, que impida su libre ejercicio, esa ley pasará a ser inconstitucional, pues vulnera la garantía constitucional funcional establecida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política.

En efecto, “si la Constitución en el numerando 26 del artículo 19 advierte que las limitaciones o restricciones no podrán afectar la esencia del derecho, y en la parte final del numerando 26 del artículo 19 previene que la ley no podrá establecer limitaciones que signifiquen someter el ejercicio del derecho a requisitos, tributos o condiciones que impidan su libre ejercicio, ello revela que *la esencia del derecho es intocable* y que

sólo tiene sentido hablar de limitaciones y restricciones si se las refiere a la parte limitable de los derechos, vale decir, a la zona marginal o periférica de los mismos.”²⁴⁴

Ahora bien, el mecanismo para revertir los efectos provocados, con el fin que la norma se ajuste a derecho, es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política.

Por último, cabe señalar que el propietario afectado tiene derecho a la correspondiente indemnización de perjuicios por el daño y menoscabo patrimonial efectivamente causado por esta situación.

²⁴⁴ VARAS A. PAULINO Y MOHOR A. SALVADOR: Ob. Cit., página 165.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACCATINO SCAGLIOTTI DANIELA: "Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad de Algunas Disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)", Revista de Derecho (Valdivia), Diciembre de 2004, Volumen17.
2. ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Gendarchile, 1977.
3. ALAN ANGELL: "Chile de Alessandri a Pinochet: En busca de la Utopía", Editorial Andrés Bello, primera edición.
4. ALESSANDRI ARTURO: "Tratado de los Derechos Reales". Editorial Jurídica de Chile. Sexta Edición. 1997.
5. BANDA VERGARA ALFONSO: "Medio ambiente y función social del dominio", Revista de Derecho (Valdivia). online. ago. 1998, Vol. 9 supl. (citado 02 Noviembre 2005), páginas 55 a 86. Disponible en la World Wide Web: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100006&lng=es&nrm=iso.
6. BARCELÓ JOAQUÍN: "Acerca del fundamento del derecho de propiedad". En http://www.cepchile.cl/dms/archivo_8461348/rev52_barcelo.pdf

7. BARRIENTOS GRANDON JAVIER: "Introducción a la historia del derecho chileno. Derechos propios y Derecho Común en Castilla", Ediciones Barroco Libreros, Santiago de Chile, Primera Edición.
8. BERTELSEN REPETTO RAÚL: "Recurso de Inaplicabilidad. Delegación de facultades legislativas en materia tributaria". IC N° 668.
9. BRAHM GARCÍA ENRIQUE: "Propiedad sin Libertad, Chile 1925- 1973, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 1999.
10. BRAVO GUILLERMO, GONZÁLEZ MARÍA, GONZÁLEZ JOSÉ Y NORAMBUENA CARMEN: "Avanzar en el tiempo y en el espacio", Editorial Salesiana, Décima Edición, 1992.
11. CALDERA D. HUGO: "La garantía constitucional del derecho de propiedad y la expropiación", Revista Chilena del Derecho, Volumen 6, año 1979.
12. CAMPOS HARRIET FERNANDO: "Historia Constitucional de Chile". Editorial Jurídica de Chile, Séptima edición, 1997.
13. CASTELLÓN HUGO Y REBOLLEDO LAURA: "Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil". Editorial Conosur, 1999.

14. CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980". En Revista Chilena de Derecho, Volumen 11, N° 2, año 1984.

15. CEA EGAÑA JOSÉ LUIS: "Delimitación y privación al dominio en la Constitución de 1980", XVIII Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1988.

16. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS: "Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena". Revista de. derecho (Valdivia). [online]. dic. 1998, Vol. 9, No. 1 [citado 24 Noviembre 2005], pp. 65-104. Disponible en la World Wide Web: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200003&lng=es&nrm=iso.

17. CORRAL TALCIANI HERNÁN: "Propiedad y cosas incorpóreas. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito". Revista Chilena del Derecho, Volumen XXIII, año 1996, página 18.

18. DELGADO DE MIGUEL JUAN FRANCISCO: "Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología", Editorial Arazandi S.A., Pamplona España, 1992.

19. DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE PRESIDENTE EDUARDO FREI RUIZ TAGLE, División Jurídico-Legislativa. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2000. volumen I.

20. ERRÁZURIZ EGUIGUREN MAXIMIANO: “Manual de Derecho Romano”, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1997, Tomo II.

21. ESPÍN CANOVAS DIEGO: “Manual de Derecho Civil Español”. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado, Tercera Edición.

22. EVANS DE LA CUADRA ENRIQUE: “Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile”, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1967.

23. EVANS DE LA CUADRA ENRIQUE: “Los Derechos Constitucionales”, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Tomo II.

24. FERNANDOIS VÖHRINGER ARTURO: “La reserva legal: una garantía que desaparece”. En Revista Chilena de Derecho, Volumen 28, Nº 2, año 2001.

25. GONZÁLEZ HOCH FRANCISCO: “Bienes, propiedad y Derechos Reales”, apuntes de la cátedra de Derecho Civil II de 1996 del profesor Enrique Barros, tomados por la alumna Pamela Rubio., Colección de Apuntes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

26. GUZMÁN BRITO ALEJANDRO: “Las cosas incorporales en la Doctrina y el Derecho Positivo”. Editorial Jurídica de Chile, 1995.

27. IGLESIAS JUAN: "Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado", Ediciones Ariel Barcelona, Sexta Edición, 1972.
28. JANA LINETZKY ANDRÉS Y MARÍN GONZÁLEZ JUAN CARLOS: "Recurso de Protección y Contratos". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
29. KIVERSTEIN ABRAHAM: "Síntesis del Derecho Civil: De Los Objetos del Derecho: Bienes". Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1984.
30. KOMMERS DONALD: "The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany", Duke University, 2º edición, 1997.
31. KUNKEL WOLFGANG: "Historia del Derecho Romano". Traducción de la cuarta edición por Juan Míquel, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.
32. LAVÍN VALDÉS JULIO: "Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente". En Revista Chilena de Derecho, Volumen 25, N° 1, año 1998.
33. MARX KART Y ENGELS FRIEDERICH: "Manifiesto Comunista", Cuadernos Marxistas, Buenos Aires, Argentina, 1998.
34. MOHOR ABUAUAD SALVADOR: "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho a indemnización", Revista Chilena de Derecho, Volumen XVI, año 1989.

35. MORA TRONCOSO LISET Y TORO ROA CLAUDIA: “Estudio Comparativo entre la Expropiación en la Constitución y los Distintos Convenios sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones que se Encuentran Ratificadas en Chile y Publicadas en el Diario Oficial entre el 27 de Abril de 1994 y el 07 de Marzo de 2003”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas, Universidad de Chile, Enero de 2004.

36. NIEVES SAN EMETRIO MARTÍN: “La Doctrina Económica de la Propiedad: De la Escolástica a Adam Smith”. Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2002, en <http://tesis.sim.ucm.es:2004/cee/ucm-t26121.pdf>.

37. NOGUEIRA HUMBERTO ALCALÁ: “El Principio de Reserva Legal en la Doctrina Emanada del Tribunal Constitucional”, Revista Ius Et Praxis, vol. 9, N° 1, año 2003.

38. NUÑEZ MANUEL: “La propiedad privada”. En http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/Manuel%20N%C3%BA%C3%blez/Propiedad%20Privada-%20Manuel%20N%C3%BA%C3%blez.doc.

39. NUÑEZ POBLETE MANUEL: “Las potestades regulatorias de los servicios públicos. A propósito de algunas reglas del Consejo Nacional de Televisión”. En Revista de Derecho Público, N° 59, enero-junio, año 1996.

40. PAREJO ALFONSO LUCIANO: “La garantía del derecho de propiedad y la Ordenación Urbanística en el Derecho Alemán”, en R.E.D.A., número 17, año 1978.

41. PEÑAILILLO ARÉVALO DANIEL: “Los Bienes: La propiedad y otros Derechos Reales”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

42. PIERRE ARRAU PEDRO: “El ámbito de la ley”. En Proceso Legislativo en Chile. Valparaíso: CEAL-UCV, 1991.

43. RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, Nº 1, año 1996.

44. RAJEVIC MOSLER ENRIQUE: “La propiedad privada frente a los planos reguladores: estudio sobre las limitaciones al dominio en la esfera de la legislación urbanística”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

45. REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIAS CHILENAS: Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 79.

46. REVISTA CHILENA DE DERECHO: volumen 8, números 1 a 6, año 1981, página 214.

47. REVISTA CHILENA DE DERECHO: volumen 19, año 1991, páginas 119 a 125, comentado por don Raúl Bertelsen.
48. REVISTA CHILENA DE DERECHO, volumen 20: Nº 1, año 1992, páginas 124 a 131.
49. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA: Tomo 65, año 1968, segunda parte, sección 1, páginas 392 y siguientes.
50. REVISTA FALLOS DEL MES: número 419, Octubre de 1993, página 1.106.
51. RIBERA NEUMANN TEODORO: "Tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Aspectos relevantes de la jurisprudencia constitucional". Revista Chilena del Derecho, número especial, año 1998.
52. RIESLE CONTRERAS HÉCTOR: "La inviolabilidad del derecho de propiedad ante la doctrina pontificia", Editorial Jurídica de Chile, 1968.
53. RÍOS ALVAREZ LAUTARO: "El principio constitucional de la función social de la propiedad", Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIV, parte primera.
54. RODRÍGUEZ PEDRO JESÚS: "La propiedad privada", Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 69, año 1972, primera parte.

55. SILVA BASCUÑÁN ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO MARÍA PÍA: “Derechos Humanos en la Constitución de 1925”. *Ius et Praxis*. [online]. 2003, vol.9, no.1 [citado 21 Noviembre 2005], p.245-257. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100013&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012.

56. SOTO KLOSS EDUARDO: “Propietarización de los derechos: No una “herejía”, sino la “esencia” de lo que es Derecho”, en Informe Constitucional 329, año 1992.

57. SOTO KLOSS EDUARDO: “En la forma que prescriba la Ley, nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 20, N° 2 y 3, año 1993.

58. SOTO KLOSS EDUARDO: “Derecho Administrativo. Bases fundamentales”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

59. UNIVERSIDAD DE ANTOFAGASTA: material de Diplomado, “La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno”. En http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/LA%20DOGM%C3%81TIC%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20PROPIEDAD%20EN%20EL%20DERECHO%20%E2%80%A6.pdf.

60. VARAS A. PAULINO Y MOHOR A. SALVADOR: “Acerca de la Esencia de los Derechos Constitucionales y de su Libre Ejercicio que Consagra el Artículo 19 N° 26

de la Constitución Política”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, número XVIII, año 1997.

61. VARAS BRAUN, JUAN ANDRÉS: “Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad. Una mirada desde el Derecho Civil”, Revista de derecho (Valdivia), Agosto de 1998, Volumen 9 supl.

62. VERGARA ALEJANDRO: “La propietarización de los derechos”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XIV, años 1991 – 1992.

63. VILLAGRÁN ABARZÚA MARCELO: “La expropiación de los derechos”. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2003.

64. WALDROM JEREMY: “Property Law”. Traducción de Mariano Soto Gajardo. Denis Paterson, Editorial Oxford, Blachwell, 1996.

65. YRARRÁZVAL C. ARTURO: “Orden Público Económico: Ficción o Realidad”. En <http://www.colegioabogados.cl/revista/15/articulo3.htm>

ABREVIATURAS

AFP	Administradora de Fondos de Pensiones
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CIES	Consortio de Investigación Económica y Social
CPR	Constitución Política de la República
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
DS	Decreto Supremo
Exc	Excelentísima
ma.	
N°,	Número, números
N°s	
OEA	Organización de Estados Americanos
RAE	Real Academia de la Lengua Española
TCC	Tribunal Constitucional de Chile
H	

ANEXOS

**REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, TOMO LXXXI (1984), Nº 2
(MAYO-AGOSTO), SECCION 1²⁴⁵**

Casación en el fondo — 7 de agosto de 1984

Comunidad Galletué con Fisco

Recurso de casación en el fondo (acción de indemnización de perjuicios) — Acción de indemnización de perjuicios (recurso de casación en el fondo) — Convención Internacional (ley de la República) — Ley de la República (convención internacional) — Protección de la fauna y flora (convención internacional) — Expropiación (limitación al dominio) — Limitación al dominio (expropiación) — Equidad y justicia (acción de indemnización de perjuicios).

DOCTRINA.— La Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, la flora y las bellezas escénicas de América, si bien en la primera etapa

²⁴⁵ CURSOS, D123A0418-1 Derecho Constitucional III 2004, Semestre Otoño, VÍCTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ, [www.u-cursos.cl/derecho/2004/1/D123A0418/1/material_docente], 08 de Diciembre de 2007.

constituyó una proposición y recomendación a sus gobiernos, una vez aprobada por el Congreso y ordenada cumplir como ley de la República, sus disposiciones o acuerdos pasaron a formar parte de la legislación nacional, con el carácter de ley, de modo que es una ley la que acepta que se protejan especies de la fauna o de la flora y aún en forma absoluta, teniéndolas como inviolables, si se las declara monumento natural.

El Decreto Supremo Nº 29 del año 1976 del Ministerio de Agricultura, puso en ejecución la ley señalada precedentemente, singularizando una especie de la flora chilena, a la araucaria araucana, como tal monumento natural y por tanto absolutamente protegida.

La prohibición inserta en el referido Decreto Supremo no tiene el alcance de una expropiación, se trata sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en una autorización de la ley, acorde con el inciso 2º del Nº 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado. Esta última nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no lo vulnera ya que se sustenta en la equidad y la justicia y por lo tanto tampoco infringe el artículo 1437 del Código Civil.

Por sentencia de 13 de diciembre de 1982, se confirmó el fallo de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, que se lee a fojas 148, que acoge las peticiones de la demanda que aparecen redactadas en forma definitiva a fojas 33 vuelta, pero previamente eliminó los motivos 11 y 12 de este último fallo y tuvo presentes además

otras consideraciones. La demanda es entablada por los copropietarios del predio Gallatué y está dirigida en contra del Estado de Chile.

El Fisco, representado por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, dedujo recurso de casación en el fondo en contra de dicho fallo, solicitando que se invalide y que se dicte nueva sentencia que rechace la demanda en todas sus partes, con costas.

El recurso sostiene que la sentencia recurrida ha infringido los incisos 1 al 5 del número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República; los incisos 1 al 5 del número 16 del artículo 1º del Decreto Ley 1552 de 1976, Acta Constitucional Nº 3, artículo 1437 del Código Civil, y número 3 del artículo 1º, número 1 del artículo 2, y número 1 del artículo 5 todos de la Convención para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, que se ordenó cumplir como ley de la República por decreto del Ministerio de Relaciones Nº 53, de 23 de agosto de 1967.

En seguida, el recurso explica cómo se cometieron estas infracciones y cómo influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

LA CORTE

Considerando:

1º) Que entre las infracciones legales que aduce el recurso, se hallaría la del artículo 1437 del Código Civil por cuanto se ha declarado la existencia de una obligación indemnizatoria sin que medien algunas de las fuentes de las que en virtud de dicha disposición legal puede provenir una obligación. La ley constitucional, admite el recurrente, es fuente de obligación, pero como se señala en otra parte del respectivo escrito, la considerada en el fallo como único fundamento de la resolución, ha sido erróneamente aplicada;

2º) Que basta la exposición anterior para rechazar la supuesta infracción al artículo 1437 del Código mencionado puesto que finalmente reconoce en el escrito de casación de fondo que el fallo considera como fuente de la obligación que impone un precepto de la Constitución Política del Estado, vale decir, que él se está a una de las fuentes admitidas por dicha disposición, a la ley, ya que la Constitución Política es en definitiva la ley fundamental a la que deben ceñirse las demás.

Ahora bien, supuesto que la mención del precepto constitucional base de la sentencia fuese erróneo, lo que será analizado posteriormente, ya no se trataría de una inobservancia del artículo 1437 sino de una infracción de esa disposición constitucional erróneamente considerada, error que, por lo demás, también ha sido representado en el recurso;

3º) Que en la casación se sostiene asimismo que el fallo vulnera la Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, la flora y las bellezas escénicas de América, Convención que para nuestro país es ley desde 1967, siendo por

consiguiente el legislador el que acepta que se proteja absolutamente una especie de la fauna o de la flora al declarársela monumento natural y por tanto inviolable, especie que en este caso fue singularizada en el Decreto Supremo número 29, del año 1976, en lo que respecta a la araucaria araucana, cuyo corte, destrucción y explotación prohibió absolutamente, declarándola monumento natural, dando en esto aplicación a la Convención aludida, o sea, a la ley, en lo que se refiere a esta especie.

No se trata, agrega el recurrente, de una expropiación, que el propio fallo niega, pero sí de una limitación legal del dominio de los propietarios de araucarias y el inciso 2° del número 24 del artículo 19 de la Constitución, que autoriza limitar el dominio por medio de una ley, no impone la obligación de indemnizar al propietario;

4º) Que el fallo reconoce que la aludida Convención es ley de la República, pero no le da el alcance de una autorización para limitar o privar del dominio o de sus atributos sino sólo de una proposición a los gobiernos que la suscribieron o que se adhieran a ella para que adopten algunas de las medidas de protección que establece, observando al respecto la legislación propia de cada país, (motivo 6º entre otros), y, respecto del Decreto Supremo, número 29, estima que por su naturaleza y dada la falta de ley autorizante, no pudo prohibir la explotación de la araucaria privando a sus propietarios de los atributos esenciales de su dominio ya que esto debió ser materia de ley expropiatoria y ni siquiera pudo limitar el dominio, pues la constitución exige también que se haga por ley (fundamento 9º);

5º) Que si bien en la etapa primaria, de simple Convención Internacional, lo que se acordó en defensa de la naturaleza de los países americanos constituye una proposición y recomendación a sus gobiernos, una vez aprobada por el Congreso y ordenada cumplir como ley de la República, como sucedió en este caso, sus disposiciones o acuerdos pasaron a formar parte de la legislación nacional, con el carácter de ley, de modo que es una ley la que acepta que se protejan especies de la fauna o de la flora y aun en forma absoluta, teniéndolas como inviolables, si se las declara monumento natural.

Por su parte el Decreto Supremo Nº 29 aludido, no hizo sino poner en ejecución dicha ley, singularizando una especie de la flora chilena, a la araucaria araucana, como tal monumento natural y por tanto absolutamente protegida;

6º) Que es evidente, entonces, que los falladores no dieron su verdadero alcance a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y a la flora, que no constituye una mera recomendación para que los gobiernos americanos adopten medidas de protección, sino que respecto de nuestro país es una ley que autoriza tomar tales medidas; ni tampoco se lo dieron al Decreto Supremo Nº 29 de 1976, que no es una mera resolución administrativa que discurre sobre materias propias de ley, sino un decreto supremo que pone en ejecución y que aplica esa ley sobre Protección a la fauna y flora, en relación con una especie determinada, la araucaria araucana, que, al declararla monumento natural, extiende sobre ella una protección total y absoluta, aceptada por esa ley.

Empero, todo esto no tiene influencia en lo decisorio, como se verá a lo largo de esta sentencia, aparte de que el recurso no da por vulneradas disposiciones legales relativas a la interpretación de la ley;

7º) Que en cuanto a la naturaleza de la prohibición que impone el Decreto Supremo Nº 29, no tiene, desde luego, el alcance de una expropiación que el propio fallo recurrido le niega, puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños de esa especie arbórea; ni tampoco se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer libremente del objeto de la propiedad; la prohibición de cortar, explotar y comerciar la araucaria no impide toda forma de goce ni tampoco toda suerte de disposición ya que no obstaculiza, por ejemplo, la venta de los bosques juntamente con el terreno, y por ende, se trata tan sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en una autorización de la ley, acorde con el inciso 2º del número 24 del artículo 19 de la Constitución.

Pero, este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera;

8º) Que en lo que atañe a la trasgresión de los incisos 1 al 5 del número 24 del artículo 19 de la Constitución y los similares preceptos del Acta Constitucional Nº 3 vigente cuando se emitió el Decreto Supremo prohibitorio de que se trata, cabe consignar:

a) que el fallo no acude a los preceptos del Acta Constitucional N° 3 relativos a la propiedad, de manera que no han podido infringirse por una errónea aplicación, como lo asevera el recurso;

b) en cuanto a la infracción del inciso 1° del número 24 que protege el dominio o propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, el fallo se inspira precisamente en ese principio para dar protección a los actores en sus pretensiones como propietarios de bosques de araucaria; así es que no se divisa cómo pudo ser trasgredido;

c) que en lo que toca a la infracción del inciso 2° del número 24 en análisis, se ha reconocido en el fundamento anterior que el alcance de la prohibición de explotar la araucaria es el de una limitación al dominio de sus propietarios, pero se ha adelantado que, a pesar de aceptarse que en este caso la ley autorizó imponer tal limitación, ello no excluye la posibilidad de que dé lugar a una acción indemnizatoria; y

d) que, en lo que se refiere a los demás preceptos del número 24 referidos en el recurso, es decir a los incisos 3, 4 y 5, es cierto que no pudieron considerarse, como lo hace el fallo, para subsumir en ellos la acción de indemnización de perjuicios a que se condena al Estado, ya que estas disposiciones establecen la obligación de indemnizar en el caso de expropiación, situación que, se ha demostrado, no ocurre, como lo reconoce el propio fallo; pero este defecto de encuadramiento de la acción indemnizatoria no significa que ella no sea justa y que esté huérfana de toda base jurídica que permita acogerla;

9°) Que, en efecto, la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia, atendidos los hechos que asienta el fallo impugnado, en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelva el conflicto suscitado. Pero desde ya se puede adelantar también que existen numerosas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado cuando se desconozcan por las autoridades o la administración, o incluso por el propio legislador, las garantías constitucionales y los derechos fundamentales que ella asegura, entre los que se encuentra el derecho de propiedad en sus diversas especies.

Por consiguiente, la invalidación del fallo por los defectos de derecho anotados en los motivos anteriores obligaría al Tribunal de casación a emitir uno nuevo que igualmente diere acogida a la demanda, con lo que resulta que tales vicios carecen de influencia en lo dispositivo

10°) Que para demostrar que es justa y equitativa la acción de cobro de perjuicios es necesario consignar en síntesis los hechos —algunos de índole jurídica—, que la sentencia asienta, hechos que por lo demás no se hallan rebatidos en el recurso:

a) La comunidad demandante ha acreditado ser dueña del predio Gallatué, ubicado en la comuna de Lonquimay (fundamento 4° del fallo de primera instancia que el de segunda hizo suyo);

b) Dicho predio, enclavado en la Cordillera de los Andes, de gran superficie, admite sin embargo como única explotación económica factible la explotación forestal y dentro

de ella, casi en forma exclusiva, la de la especie denominada pehuén o araucaria araucana (consideraciones 7º y 9º de la sentencia de primer grado y 1º, 2º, 3º y 4º de la de segunda instancia);

c) Esta especie cubre una extensión de 1.800 hectáreas del predio Gallatué, siendo susceptible de producir 4.706.000 pulgadas de madera en un lapso de 30 años (motivos 9º del fallo de primera instancia y 4º del de segunda, en la que se aceptan las conclusiones del perito);

d) Se había desarrollado en el predio Gallatué una costosa infraestructura (caminos, aserraderos, organización) con la finalidad de explotar los bosques de araucaria y algo de coigüe (fundamento 9º, letra g del fallo del juez y 4º del de segunda instancia); y,

e) Desde el 16 de abril de 1976, fecha en que se publicó el Decreto Supremo Nº 29 y en obediencia a él, los propietarios demandantes paralizaron la explotación de los bosques de su predio Gallatué, en circunstancias de que habían estado explotando la araucaria por más de 10 años, con un total de 1.200.000 pulgadas, con aprobación de la autoridad respectiva, desarrollando el plan prefijado;

11º) Que, dadas la naturaleza y entidad de los hechos que el fallo asienta y que recién se han sintetizado, forzosamente tenía que concluirse que la demanda era atendible: la prohibición del Decreto Supremo Nº 29 aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para los propietarios de Gallatué que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida

sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia;

12º) Que la razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; así, el artículo 19 número 7, letra 1 de la Carta, dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente erróneo o arbitrario el acto de procesamiento o condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que el artículo 19 número 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción, el artículo 41 en su número 8º prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en esos estados y que sean permitidas, darán lugar a indemnización en conformidad a la ley, añadiendo que también darán derecho a indemnización, las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño, y si esto ocurre en dichos

estados de excepción, con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción.

Entre otros, los artículos 1, 5, 7 y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado;

13°) Que como una síntesis cabe consignar: a) que no incurre la sentencia impugnada en infracción del artículo 1437 del Código Civil; b) que no tiene influencia en lo dispositivo que ese fallo apoye su decisión en el número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental y no en la equidad y en otras disposiciones de esa Carta que aceptan el principio de la responsabilidad del Estado cuando la propia ley o las autoridades o sus órganos administrativos traspasan y lesionan las garantías constitucionales que ella instituye, principio que tiene plena cabida en este caso; c) el alcance distinto dado a la Convención Internacional sobre Protección a la fauna y flora de los países americanos y sus bellezas escénicas, a la que se le reconoce el carácter de ley, no tiene trascendencia en la decisión por cuanto, como se ha demostrado, la ley puede ser también fuente de responsabilidad del Estado si dispone o si permite tomar medidas que lesionen o perjudiquen las garantías o derechos fundamentales que la Constitución asegura; y d) el Decreto Supremo N° 29 es válido y propio para declarar monumento natural a la especie araucaria araucana porque se basa en la ley, pero es igualmente intrascendente que la sentencia le niegue esa aptitud, ya que ello

no obsta a la responsabilidad del Estado cuando, como sucede en la especie, se lesionan con la medida los intereses patrimoniales de los titulares del derecho de dominio que la Constitución protege y asegura.

Si se acogiere el recurso por errores en la interpretación o aplicación de la ley en la calificación del Decreto Supremo N° 29, la sentencia de reemplazo, como se ha consignado, al emitirse conforme a derecho, tendría que terminar por acoger la demanda aplicando los principios de equidad y los relativos a la responsabilidad del Estado y de ahí que esos errores carezcan de influencia en lo dispositivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 767 y 787 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo formalizado a fojas 176 en contra de la sentencia de 13 de diciembre de 1982, escrita a fojas 171, con costas del recurso.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Correa y Zúñiga, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo por infracción del artículo 19 N°s. 1 a 5 de la Constitución Política, y 1437 del Código Civil, invalidar el fallo recurrido y dictar sentencia de reemplazo en virtud de las siguientes consideraciones:

1°) Que en el escrito de fojas 3, complementado por el de fojas 30, se demanda al Fisco de Chile para que se declare que debe indemnizar a la Comunidad demandante los perjuicios sufridos por la declaración de monumento natural de la araucaria araucana, que existen en el fundo Gallatué, y al cual expresan tener derecho.

La sentencia de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, escrita a fojas 150, resolvió textualmente: "Que se acoge toda la parte petitoria de la demanda, redactada en forma definitiva por el actor a fojas 33 vuelta", y en esta solicitud, la parte demandante pide "tener este escrito como el nuevo libelo que se ha de notificar a la parte demandada, acogiendo el petitorio que a continuación se reproduce:

"A) El pago a la demandante por la demandada de los perjuicios que se irrogaron en virtud de los hechos que se refieren en el libelo en juicio declarativo."

"B) Que se pague la cantidad que acredite la demandante como perjuicios irrogados a ella por la demandada en el cumplimiento incidental del fallo que recaiga en la demanda que acoja la declaración del derecho a ser indemnizado de perjuicios; y"

"C) Que se paguen las costas y gastos de la causa."

La sentencia de primera instancia de 11 de diciembre de 1981, escrita a fojas 148, resolvió: "Que se acoge toda la parte petitoria, redactada en forma definitiva por el actor a fojas 33 vuelta"; sentencia que fue confirmada por la de segunda instancia de 13 de diciembre de 1982, escrita a fojas 171, pero absolvió al apelante del pago de costas, mas no de los gastos de la causa.

2º) Que la primera infracción de ley que se imputa a la sentencia es haber

violentado los incisos 1° a 5° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, porque la indemnización de perjuicios que ellos contemplan ha sido aplicada a un caso que dichos preceptos no comprenden.

En efecto, expresa que esas disposiciones aseguran el derecho de propiedad, entregan a la ley la determinación de los modos de adquirirla, de usar y de disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; exigen ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador, para que se pueda privar de la propiedad del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, dan la oportunidad para reclamar de la legalidad del acto expropiatorio; dan al expropiado el derecho a indemnización por el daño efectivamente causado y regulan la forma en que se determinará la indemnización a que tiene derecho el expropiado.

La indemnización aludida, continúa, se contempla sólo para el caso de expropiación; de consiguiente, cualquier otro acto que pueda considerarse lesivo no dará derecho a indemnización en virtud de los citados mandatos constitucionales, sin perjuicio que puedan dar derecho a indemnización basados en otros preceptos legales, siempre que concurren los presupuestos que en ellos se exijan.

Pues bien, las normas constitucionales señaladas han sido infringidas por haberse declarado procedente una indemnización por expropiación en una situación en que ésta no ha existido.

3º) Que el fundamento 11º de la sentencia recurrida dice textualmente: "Que en estas condiciones sólo cabe declarar que el Decreto Supremo Nº 29 indicado, al privar el dominio sobre la especie vegetal denominada "Araucaria Araucana" (Koch) existente en el fundo "Gallatué", de sus atributos esenciales, consistentes en gozar y disponer de ella con el objeto de venderla, usarla, a su arbitrio, atenta contra el derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política. En este caso debieron expropiarse los bosques de la especie aludida, para cumplir con la Constitución y no habiéndose llevado a efecto ese acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios de justicia. Por otra parte, aun en el caso de considerarse que dicho Decreto Supremo sólo limitara o impusiera obligaciones al dominio, cabría llegar a la conclusión que, de todos modos, dicha infracción existiría ya que no hay ley que ordene tales limitaciones o imponga dichas obligaciones".

4º) Que el Decreto Supremo Nº 29 de 26 de abril de 1976, en su artículo 1º declaró Monumento Natural, de acuerdo a la definición y al espíritu de la "Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas naturales de América", "a la especie vegetal de carácter forestal, denominada Pehuén o Pino Chileno y cuyo nombre científico corresponde a Araucaria Araucana (Mol) C. Koch". Esta declaración, agrega, afectará a cada uno de los pies o individuos de la citada especie, cualquiera que sea su edad o estado.

Y dicha Convención, ordenada cumplir como Ley de la República por Decreto Supremo Nº 531, de 23 de agosto de 1976, en su artículo 1º dice: "Se entenderán por

Monumentos Naturales, las regiones, los objetos, las especies vivas de animales o plantas de interés estético o valor histórico o científico, a los cuales se les da protección absoluta. Los monumentos naturales se crean con el fin de conservar un objeto específico o una especie determinada de flora o fauna declarando una región, un objeto o una especie aislada, monumento natural inviolable excepto para realizar investigaciones científicas debidamente autorizadas, o inspecciones gubernamentales".

Pero los Decretos Supremos Nos. 29 y 531 no han prohibido en modo alguno la venta de la especie arbórea, como se asevera en el fundamento 11º, sino que por tener la calidad de monumento natural gozan de protección absoluta, son inviolables, como lo dispone el precepto recién transcrito. Nada impide vender la propiedad, pero con sus monumentos naturales.

5º) Que el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política establece la indemnización sólo para el caso de expropiación legal, sin decir nada de la indemnización en casos distintos.

Pero la transcripción literal del fundamento 11º acusa que los sentenciadores basándose en la misma disposición expresan: "En este caso debieron expropiarse los bosques de la especie aludida, para cumplir con la Constitución y no habiéndose llevado a efecto este acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios".

Reconoce el fundamento básico del fallo que el artículo 19 N° 24 establece la indemnización en el caso de expropiación, y además: "no habiéndose llevado a efecto este acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios de justicia", afirmación que se aparta del texto de la disposición, porque este concepto de indemnización se refiere siempre al expropiado" y no a otra persona que haya recibido perjuicios por violación de sus derechos de propiedad y que no haya sido objeto de expropiación.

6°) Que al decidirse así, el fallo ha incurrido en infracción del artículo 19 N° 24 incisos 1° al 5°, porque ha aplicado dichos preceptos a un caso no contemplado en ellos.

En efecto, se puede afirmar que se incurre en infracción de ley cuando existen contravención formal, errónea interpretación y falsa aplicación de ella.

En este caso se ha incurrido en falsa aplicación de la ley, porque se ha aplicado a una situación no prevista por ella, toda vez que se han utilizado las reglas de la expropiación a un caso en que no existe expropiación. Para poner de manifiesto esta infracción, es útil traer a colación que también existe falsa aplicación de la ley cuando no se la aplica a un caso en que debe ser aplicada.

Se lleva a la ley a donde no debe estar, o no se la lleva a donde debe estar, por lo que se produce una falsa aplicación de la ley.

En el primer caso, se lleva la ley a donde no debe estar, porque no resuelve el caso; y en el segundo, no se la lleva a donde debe estar, siendo que resuelve el caso.

Por último, en lo relativo a esta causal, la mención que se hace del N° 8° del artículo 41 de la Constitución Política, que establece: "También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen una privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño, es improcedente en el caso que se juzga, porque la indemnización aludida en el precepto se refiere a perjuicios que se causen con las medidas que se tomen en relación a un determinado estado de excepción constitucional y que pueda comprometer el derecho de propiedad; y no constituye un precepto general, sino particular indemnizatorio, y que no tiene aplicación en este caso.

7º) Que no puede aceptarse la tesis del fundamento séptimo del fallo que refiriéndose al artículo 19 de la Constitución Política del Estado dice: "Pero este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio nada estatuye respecto de la procedencia de la indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera". No puede aceptarse porque si el artículo 1437 del Código Civil señala a la ley como fuente de obligaciones, para acudirse a ella con tal objeto es necesario señalar precisamente la ley determinada que crea la obligación y no puede acudirse a la ley como pura expresión de voluntad jurídica, que nada dice, ordena o establece sobre el particular, para atribuirle la tolerancia de la acción indemnizatoria que no contempla, ni considera.

Todo lo anterior demuestra que se ha hecho una falsa aplicación del artículo 1437 del Código Civil, porque se le aplica a una situación que el precepto no contempla, por lo que la sentencia ha incurrido también en este vicio de casación de fondo.

8º) Que no puede tampoco justificarse que en el recurso de casación en el fondo se sostenga en el fundamento décimo de ese fallo "Que, en efecto, la procedencia de la acción de cobro de perjuicios tiene como sustento en este caso a la equidad y la justicia atendidos los hechos que asiente el fallo impugnado en el supuesto de que no haya ley concreta que resuelva el conflicto suscitado". Y sé agrega en el 10º "Que para demostrar que es justa y equitativa la acción de cobro de perjuicios, es necesario consignar en síntesis los hechos... etc.".

Tal aserto no puede acogerse porque el recurso de casación en el fondo es un recurso de puro derecho, pues estudia y analiza si los preceptos legales han sido o no debidamente aplicados a los hechos establecidos en la sentencia recurrida, lo que constituye un examen de cuestiones de derecho. Y si es un recurso de derecho, para juzgar el caso no puede acudir a principios de equidad y de justicia, sino a preceptos legales violados.

Así lo entendió también la Comisión Mixta encargada de informar el Código de Procedimiento Civil, en cuya sesión 36 don Miguel Luis Valdés dijo: "La casación en el fondo tiene por objeto enmendar errores de derecho y uniformar la jurisprudencia en la aplicación de las leyes y para conseguirlo no es necesario que el Tribunal revisor se

pronuncie de nuevo sobre los hechos, cuya apreciación corresponde únicamente al Tribunal que dicte la sentencia materia del recurso".

Las motivaciones anteriores hacen procedente el recurso de casación con el objeto de invalidar el fallo recurrido y dictar la sentencia de reemplazo que corresponda, sin que pueda señalarse o insinuarse su contenido en la sentencia de casación.

Redactó el Ministro señor Erbetta V., y el voto, el Ministro señor Correa. Octavio Ramírez M., Enrique Correa L., Osvaldo Erbetta V., Estanislao Zúñiga C., Enrique Urrutia M.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

CORTE SUPREMA, 27 SEPTIEMBRE 2007

Reclamación de Monto de Indemnización por Expropiación

Alicia González López con Fisco de Chile

DOCTRINA:

I. Establecido en el artículo 20 inciso 5º de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones que la indemnización subroga al bien expropiado para todos los efectos legales, ello importa que si el bien tiene la capacidad de generar frutos,

efectuada una expropiación, esta capacidad se traspasa a la indemnización, por lo cual ésta generará frutos civiles o intereses. Los intereses se deberán desde el momento de la toma de posesión material del bien, ya que es en aquel momento en el cual el expropiado ha dejado de percibir los frutos que le producía la cosa de la que fue privado, ahora subrogada por la indemnización.

II. El término indemnización, conforme al artículo 38 de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, se entenderá en dicho cuerpo legal como el daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación y que sea consecuencia inmediata y directa de ésta. Entendida en estos términos, no resulta procedente incluir en el monto definitivo de la indemnización que corresponde pagar por la expropiación una suma por la desvalorización comercial del terreno, puesto que la pérdida del valor comercial que pueda sufrir la parte del terreno no expropiado o las molestias que pudiera haber padecido el reclamante por los traslados temporales hasta lograr la construcción de una nueva casa, no son valores susceptibles de ser indemnizados, porque no corresponden a una consecuencia directa de la expropiación, sino que se trata de una consecuencia indirecta. La indemnización corresponde únicamente por la parte del terreno expropiado.

I. SENTENCIA DE CASACIÓN

Vistos:

En estos autos rol N° 4.282-2006, juicio de reclamación del monto de indemnización por expropiación caratulado “González López Alicia con Fisco de Chile”, el demandado interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel que confirmó la de primer grado en la parte que acogió parcialmente la demanda y fijó el monto definitivo de la expropiación en la suma de \$ 90.975.676, calculada al 10 de marzo del año 2000, suma a la cual deberá descontarse la cantidad consignada a título de indemnización provisional ya pagada. La diferencia que resulte deberá reajustarse de acuerdo al inciso 6º del artículo 14 del Decreto Ley 2.186, y adicionarse con intereses corrientes, que se calcularán entre la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia y la de su pago efectivo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1º) Que el recurso denuncia en un primer capítulo la vulneración de los artículos 38 del Decreto Ley N° 2.186, 19 del Código Civil y 39 del DFL N° 850 del Ministerio de Obras Públicas, denominada Ley de Caminos, sosteniendo que las consecuencias, a las que eventualmente quedaría expuesto el inmueble en cuestión, derivan directamente de la infracción por parte de la reclamante al artículo 39 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 y no del acto expropiatorio, al construir en forma definitiva su casa habitación dentro de la franja de restricción, de 35 metros.

Agrega el recurrente que, pese a que la indemnización no puede ser fuente de lucro para el expropiado, la sentencia de autos aumentó de manera exorbitante el valor del metro cuadrado del terreno, llegando a valorar la hectárea en \$ 143.960.000 y, además, aumentó el valor del metro cuadrado construido, concediendo, también indemnización por pérdida del valor comercial del terreno, lo que no corresponde; [...]

4º) Que, refiriéndose a la influencia de los errores denunciados en lo dispositivo del fallo, señala que de no haberse producido estas infracciones la sentencia habría revocado la de primer grado y mantenido la indemnización fijada por la comisión de peritos, que fuera consignada como provisoria, rechazando la indemnización por pérdida comercial, pues ello no corresponde a una consecuencia inmediata y directa de la expropiación; [...]

6º) Que yerra el recurrente al estimar infringido el artículo 14 del decreto Ley 2.186, por haber determinado el fallo impugnado el pago de intereses. En efecto, los intereses constituyen los frutos civiles de una cosa. El artículo 647 del Código Civil dispone que “Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran”.

Por su parte, el artículo 648 del mismo cuerpo legal establece que “Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales”. Finalmente, el artículo 20 del Decreto Ley 2.186, en su inciso quinto prescribe que: “La indemnización subrogará al bien expropiado para todos los efectos legales”.

Lo precedente significa que si se produce una subrogación del bien expropiado, “para todos los efectos legales”, hay que concluir que, teniendo dicho bien la capacidad de generar o producir frutos, con la expropiación esta capacidad se traspa a la indemnización, que subroga al que se expropia; así, entonces, si la indemnización subroga al bien expropiado para todos los efectos legales, se torna lógico que dicha indemnización genere también los respectivos frutos civiles o intereses;

7º) Que si bien tal efecto jurídico debe entenderse desde el momento de la toma de posesión material del bien, pues éste es el instante en que el expropiado dejó de percibir los frutos que le producía la cosa de que fue privado y a la que la indemnización subrogó, en el caso de autos la demandante no reclamó por haberse determinado el pago de intereses sólo desde que la sentencia quede ejecutoriada;

8º) Que, en lo atinente a la infracción de los artículos 38 del Decreto Ley 2.186, 19 del Código Civil y 39 del Decreto con Fuerza de Ley 850 del Ministerio de Obras Públicas, conocido como Ley de Caminos, el recurso sostiene que la sentencia aumentó de un modo exorbitante el valor del metro cuadrado del terreno, además del

valor del metro cuadrado construido, en circunstancias que la indemnización no puede ser fuente de lucro para el expropiado;

9º) Que, sin embargo, como ya se indicara en el considerandos quinto, tal aumento se determinó luego de efectuar el tribunal la valoración de los diversos medios de prueba, apreciando de acuerdo a las reglas de la sana crítica las pericias que se efectuaron en autos, por lo que, a este respecto, no ha existido la infracción denunciada;

10º) Que, finalmente, al incluir el fallo impugnado en el monto definitivo de la indemnización que corresponde pagar por la expropiación la suma equivalente a mil unidades de fomento, por desvalorización comercial del terreno, los jueces del fondo han vulnerado el artículo 38 del Decreto Ley 2.186, que prescribe que la indemnización comprende el daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación y que sea una consecuencia inmediata y directa de ella. De tal disposición aparece que la desvalorización que, como consecuencia de la expropiación pueda sufrir la parte de la propiedad no expropiada, no es indemnizable, desde que no es una consecuencia directa, sino indirecta de ella;

11º) Que, como se advierte, la sentencia impugnada efectivamente incurrió en uno de los dos errores de derecho que le fueron atribuidos en la casación de fondo, el que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, siendo éste suficiente para anularlo, por lo que corresponde acoger la nulidad de fondo planteada por el Fisco de Chile en lo que a la inclusión de la desvalorización del terreno en la indemnización se refiere.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que SE ACOGE el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile en lo principal del escrito de fojas 197, en contra de la sentencia de treinta de junio de dos mil seis, escrita a fojas 195, la que por consiguiente es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Rol N° 4.282-2006.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos decimosexto a vigésimo, que se eliminan.

Y teniendo además presente:

1º) Que el artículo 38 del Decreto Ley N° 2.186 establece que el término “indemnización” que se utilice en dicho cuerpo legal se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea consecuencia inmediata y directa de ésta;

2º) Que así, entonces, la pérdida del valor comercial que pueda sufrir la parte del terreno no expropiado, como las molestias que alega haber padecido la reclamante, derivadas de los traslados temporales hasta lograr la construcción de una nueva casa, no son susceptibles de ser indemnizados, desde que no son consecuencia directa de la expropiación. En efecto, tal como se sostuvo en el fallo de la casación, la indemnización corresponde únicamente por la parte del terreno expropiado.

Y de conformidad, asimismo, con lo dispuesto en los artículos 186 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se revoca la sentencia apelada de fecha once de octubre del año dos mil dos, escrita a fojas 134, en la parte en que otorgó la suma de \$ 15.154.090, por concepto de indemnización por la pérdida del valor comercial que sufrió la parte del terreno no expropiado, y se declara que no procede indemnización por dicho concepto.

Se confirma, en lo demás, la referida sentencia, con declaración de que el monto definitivo de la indemnización por la expropiación es de \$ 75.821.586.

Al escrito de fojas 236: Estése al mérito de autos.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Rol N° 4.282-2006.

Redacción a cargo del Ministro señor Oyarzún. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y el Abogado Integrante Sr. Rafael Gómez. Autorizado por el Secretario de esta Corte Sr. Carlos Meneses P.