



UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO.
Escuela de Pregrado.
Departamento de Derecho Público.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA:
Un intento de sistematización.

Profesor Guía: Enrique Navarro Beltrán.

Alumno Memorista: Flavio Quezada Rodríguez.

Santiago de Chile, 2011

A mi madre...

ÍNDICE.

	Pág.
I. Introducción.	1
II. El derecho de propiedad privada como derecho constitucional	5
a. Razones teóricas que impiden entender el derecho de propiedad privada como derecho fundamental.	5
b. Razones de texto positivo que impiden considerar el derecho de propiedad privada un derecho fundamental.	9
c. Refutaciones que ha planteado la doctrina para defender la fundamentalidad del derecho de propiedad privada.	11
d. Consecuencia que se siguen de entender la propiedad privada como un derecho constitucional no fundamental.	14
III. Dogmática del derecho de propiedad privada en la Constitución Chilena.	17
IV. El contenido de la propiedad privada.	25
A. La propiedad privada como régimen jurídico.	25
(1) La facultad legislativa configuradora o delimitadora del derecho de propiedad privada.	29
(a) El contenido constitucional del derecho de propiedad privada.	29
(b) Garantía de reserva legal.	36
(c) Facultad legislativa configuradora de los modos de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella.	39
(d) La función social.	43
* Sobre la cláusula de accesibilidad dominical: servicialidad e igualdad.	46
* Tratamiento dogmático de la función social stricto-sensu.	50
(e) Facultad legislativa limitadora de la propiedad en razón de la protección al medio ambiente.	54
(2) Facultad legislativa de autorizar privaciones de la propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales: Las bases constitucionales de la expropiación.	56
(a) La expropiación.	56
(b) Elementos de la expropiación.	60
(c) Requisitos constitucionales de la expropiación.	71
(3) Regulación de la propiedad/Privación de la propiedad.	74
B. La propiedad privada como derecho subjetivo.	83
(a) Titularidad del derecho de propiedad privada.	83
(b) Sujeto pasivo.	88
(c) Garantías individuales del derecho de propiedad privada.	95

V.	El objeto de la propiedad privada	97
(a)	Consideraciones generales	97
(b)	Propietarización de los derechos.	99
(c)	La función social en el derecho de propiedad sobre bienes incorporales.	104
(d)	Las diversas especies de propiedad.	105
VI.	Comentarios sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno sobre la propiedad privada.	107
i.	Jurisprudencia pre-reforma de 2005.	108
ii.	Jurisprudencia constitucional post-reforma de 2005.	118
VII.	Conclusiones	136
VIII.	Bibliografía.	140
IX.	Anexo.	149
(1)	Convención Americana de Derechos Humanos.	149
(2)	Textos constitucionales comparados.	149
(3)	Extractos jurisprudenciales de los Tribunales Superiores de Justicia.	154
a.	Jurisprudencia relevante en el período 2000-2010 en materia del contenido de la indemnización en la expropiación.	154
b.	Jurisprudencia relevante en el período 2006-2010 recaída en recursos de protección de la garantía subjetiva del derecho de propiedad privada.	196

Abreviaturas.

Art. = Artículo.

CPR = Constitución Política de la República de Chile.

CA = Corte de Apelaciones.

CS = Corte Suprema.

DL = Decreto Ley.

STC = Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno.

TCCh = Tribunal Constitucional Chileno.

Advertencia.

Cada vez que se señala un artículo sin referencia a algún texto normativo, debe entenderse perteneciente a la Constitución Política de la República de Chile.

RESUMEN.

La presente memoria pretende iniciar un tratamiento sistemático del art. 19 N° 24 inc. 1° al 5° de la Constitución Política de la República de Chile, el cual trata sobre el derecho de propiedad privada.

Parte analizando las características que presenta en tanto derecho positivado en la Constitución y que lo distinguiría de los demás derechos fundamentales, conceptualizándolo como un derecho constitucional no fundamental.

Luego, intenta identificar los principales problemas para iniciar su tratamiento dogmático.

Continúa con el análisis de su contenido normativo tanto institución jurídica como desde su faz de derecho subjetivo, pasando por las diversas potestades legislativas que lo van configurando.

Se sigue con el análisis de su objeto, deteniéndose especialmente en el problema que la doctrina ha denominado la “propietarización de los derechos”.

Por último, analiza el desarrollo que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia.

Lo anterior se sustenta con las respectivas referencias a la dogmática y jurisprudencia, tanto nacional como comparada.

I. INTRODUCCIÓN

Esta memoria es fruto de un largo período de investigación, que si bien, dada la amplitud del tema, desde un inicio partió con la humildad intelectual de no abarcar todas las problemáticas relacionadas con este derecho¹, como tampoco de escudriñar en todo lo escrito a su respecto, sino más bien fue una lectura intencionada en buscar soluciones a los puntos dogmáticamente problemáticos que permitieran, al menos, iniciar un tratamiento sistemático de la preceptiva constitucional de los primeros cinco incisos del numeral 24 del artículo 19 de nuestra CPR.

Tampoco se ahonda, y muchas veces, intencionadamente, se omiten discusiones que son presupuestos de afirmaciones acá realizadas; pero, con todo, se intenta desarrollar este trabajo jurídico de manera actualizada con los postulados contemporáneos del Derecho Constitucional sin dejar de lado lo que se considera relevante.

Un ejemplo de discusiones soslayadas, es no utilizar argumentos originalistas (citar las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o la historia de las modificaciones del Consejo de Estado y la Junta Militar) toda vez que no comparto dicha doctrina: primero, pues si el presupuesto es que el poder Constituyente estaba depositado en la Junta Militar (quien no dejó documentada sus decisiones) se debe concluir que esos trabajos son sólo propuestas y que los motivos serán insondables ante la ausencia de actas de este órgano; segundo, el presupuesto de lo anterior es creer que dicha Junta pudo, alguna vez, ser soberana, lo cual no es conciliable siquiera con el mismo texto Constitucional que consagra el principio democrático y la soberanía popular; tercero: el texto ha sufrido tantos cambios que el efectivo ejercicio del poder constituyente democrático ha cambiado radicalmente su finalidad inicial; y, por último,

¹ Así, no se desarrollan las problemáticas de las propiedades constitucionales o legales especiales (propiedad indígena, minera o intelectual, por ejemplo); las cuales pueden significar excepciones o especificaciones de lo que acá se desarrollará. Hacer dicho desarrollo constituiría la “parte especial” del derecho de propiedad privada constitucional.

las posiciones de hermenéutica constitucional contemporáneas son críticas de esta visión. En suma, existen poderosos argumentos (que por la finalidad de esta memoria no pueden ser desarrollados a cabalidad) para iniciar un proceso interpretativo del Texto Constitucional soslayando los postulados de la doctrina originalista, este trabajo pretende ser el resultado de ello. En otros términos, se prefirió interpretar de modo constitucionalmente correcto, antes que analizar qué es interpretar correctamente. Lo primero es dogmática, lo segundo es la discusión respecto a la hermenéutica jurídica (constitucional).

Por otra parte, en dicho proceso, las variadas referencias al derecho comparado se hacen siempre con el prisma escéptico de tener presente las particularidades que tiene nuestro texto fundamental, de modo de no terminar importando figuras sin asidero positivo, pero con la advertencia siempre latente de no olvidar que nuestro constitucionalismo se enmarca dentro de igual corriente occidental y que, por tanto, comparte una tradición histórico-jurídica que nos impide soslayar lo escrito en otras latitudes.

Así, cualquier trabajo dogmático no puede olvidar los importantes cambios que han desarrollado nuestra cultura jurídica y sus expresiones en el ordenamiento jurídico, toda vez que es éste quien proclama a una de sus leyes como suprema ordenadora de toda norma a dictar. No se puede hacer trabajo científico en nuestra rama sin hacerse cargo de la normatividad y supremacía de la CPR.

De este modo, la meta-tesis de este trabajo es entender que la propiedad privada ya no es lo que hace casi dos siglos fue, cuando se dictó el aún vigente Código Civil, hoy vivimos los tiempos de la propiedad privada constitucionalizada, de modo que su análisis siempre debe partir desde el texto constitucional, de su mínimo contenido constitucionalizado que informa o permite configurar el restante contenido legalmente desarrollado.

Y para emprender dicha tarea se debe partir, como ya nos ha advertido el TCCh, tanto desde un punto de vista institucional como desde las posiciones subjetivas,

recogiendo doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, haciéndose cargo de las características propias de “los cinco incisos” que configuran el régimen general de la propiedad privada en Chile.

El asiento positivo de entender así “los cinco incisos” está dado por el inciso noveno del mismo numeral referente a la propiedad sobre las concesiones mineras y el inciso cuarto del art. 19 N° 25 relativo al derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas como, también, la propiedad industrial; así mismo el estatuto referente al derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas del inciso final del art. 19 N° 24, todos los cuales reenvían a dichos incisos como régimen general de las propiedades constitucionales especiales. De esta manera, todo lo que se desarrolla en el presente trabajo puede ser aplicable a dichos estatutos especiales.

Se parte de la afirmación teórica-dogmática de la no fundamentabilidad de este derecho. Respecto a este punto, si bien tiene por presupuesto determinado concepto de derecho fundamental, no se ahonda en dicha discusión, toda vez que escapa a los objetivos de este trabajo.

Luego se pasa al análisis de este derecho como régimen jurídico, dilucidando su contenido esencial y entendiéndolo como un derecho de configuración legal con un contenido mínimo constitucionalmente delineado.

Se analizan también el régimen expropiatorio constitucional, se plantea la distinción cualitativa entre las limitaciones de la propiedad y las privaciones indemnizables desde un punto de vista crítico a la jurisprudencia del TCCh.

Se pasa posteriormente al análisis de este derecho desde un punto de vista subjetivo, analizando su titularidad como las específicas garantías que le dan eficacia y, también, los sujetos pasivos obligados.

A continuación se hace cargo del estudio del objeto de este derecho subjetivo, incluyendo en este acápite dos problemas de gran importancia: la discusión entorno a

la llamada “propietarización de los derechos” como el tema de la función social del derecho de propiedad sobre bienes incorporeales.

Se finaliza con la afirmación de nuevas tesis jurisprudenciales por parte del TCCh. Se plantea un giro profundo en su jurisprudencia en materia de derecho constitucional de propiedad privada; en donde, luego de identificarse las cuatro tesis fundamentales sostenidas por esta magistratura previa Reforma Constitucional de 2005, se expone cómo han sido abandonadas la mayoría de ellas y cuáles ha asumido su nueva doctrina.

Por último, se debe tener presente que en esta memoria, metodológicamente, se limitó el estudio jurisprudencial del TCCh hasta el año 2010 inclusive, y respecto a la de los tribunales ordinarios, sólo respecto de aquellos a los cuales la CPR considera “Tribunales Superiores de Justicia” (Corte Suprema y Corte de Apelaciones), en una selección retrospectiva de, aproximadamente, 40 fallos en los tópicos de (1) recurso de protección de la garantía del art. 19 N° 24 y (2) el contenido de la indemnización producto de una expropiación.

II. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.

El derecho de propiedad, no obstante su positivación constitucional en el art. 19 N° 24 CPR, no es un derecho fundamental. No lo es, tanto por razones teóricas que imposibilitan conceptuarlo así, como por razones de texto positivo que impiden entenderlo dentro de la categoría de lo que metafóricamente la CPR llama “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” caracterizados por su cualidad de límites del pueblo soberano. Esta característica no es una elucubración bizantina, muy por el contrario tiene consecuencias dogmáticas, y es el resultado de la comprensión de la preceptiva constitucional como un todo coherente y sistemático, criterio hermenéutico asentado en nuestra jurisprudencia constitucional.

a. Razones teóricas que impiden entender el derecho de propiedad privada como derecho fundamental.

Estas razones son de orden estrictamente lógicas². Los derechos fundamentales se entienden como aquellos derechos subjetivos públicos que reúnen ciertas características que los diferencian de otras posiciones subjetivas protegidas por el ordenamiento jurídico, lo cual es un lugar común en el constitucionalismo; esto es, son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos³.

² FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 5ª edición, Madrid, Trotta, 2006. Págs. 45-50.

³ De lo anterior surge como evidente que esta discusión tiene como supuesto determinado concepto de derecho fundamental, nosotros utilizaremos la desarrollada por el garantismo en la obra de Ferrajoli, quien define a estos derechos como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. En efecto, a nadie se le adscribe, jurídicamente, la titularidad de un derecho de propiedad privada por el hecho de ser ciudadano, persona o capaz de obrar, sino que es el resultado del juego de las potestades negociales de las personas,

A primera vista, aquellas características no son atribuibles al derecho de propiedad privada en nuestro ordenamiento jurídico, si no muy por el contrario, este es un derecho singular, disponible, alineable, privable por expropiación, transigible por libre disposición, y no personalísimo en tanto puede ser transferido tanto por actos inter vivos como mortis causa. Lo realmente central a este respecto, es su cualidad de privable de alguna de sus cualidades del contenido esencial o su totalidad, de modo que deja de ser un límite al legislador, en las hipótesis constitucionales, siendo incluso privable por completo.

Las razones de orden lógico que permiten la distinción entre un derecho constitucional –derecho de propiedad privada- y un derecho fundamental, no obstante ambos estar en el mismo catálogo, obedece a cuatro radicales diferencias entre los derechos patrimoniales y los derechos fundamentales, desarrolladas por el teórico del derecho y constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli. Cabe volver a recalcar, que dichas diferencias dicen sólo relación con la estructura de estos derechos, con su forma, y no con su contenido. No es un reproche ideológico sobre la conveniencia de entenderlo de una u otra manera, es tan sólo la consecuencia necesaria que se sigue de conceptualizar a los derechos fundamentales con las características antes señaladas. En este orden de ideas, las diferencias estructurales pueden agruparse así:

(1) Los derechos fundamentales son universales, en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales –los del derecho de propiedad, los demás derechos reales y también los de crédito- son derechos singulares, en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás. Por consiguiente, los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad. Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica. Los otros son exclusivos, es decir,

expresión del derecho a la propiedad. En FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. 3ª, Madrid, Trotta, 2007. Págs. 19 y 291.

excludendi alios, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica.⁴ Todos somos titulares del derecho a la vida, libres de manifestar nuestras preferencias políticas o creencias religiosas, en principio; pero yo y sólo yo puedo usar, gozar y disponer del bien del que soy dueño, igualmente, en principio.

(2) Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio los derechos patrimoniales –de la propiedad privada a los derechos de crédito- son derechos disponibles por naturaleza, negociables y alienables.⁵ Éstos se acumulan, aquéllos permanecen invariables. No cabe llegar a ser, en un determinado ordenamiento jurídico dado, más libre⁶; pero sí cabe ser más o menos rico, tener más o menos derechos de propiedad.

En virtud de su indisponibilidad activa, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi derecho a manifestar preferencias políticas o mi vida. Debido a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o privables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría puede privarnos de la vida o de nuestros derechos políticos.⁷ Es evidente que nada de lo anterior es atribuible al derecho de propiedad privada.

Esta diferencia se relaciona con la anterior: tan sólo la indisponibilidad asegura la universalidad. Por ejemplo, a la hora que la libertad pudiera ser comercializable – disponible- dejaría de ser universal, pues algunos serían esclavos al vender su libertad y otros no⁸. A la inversa, la disponibilidad del derecho de propiedad privada, como de los demás derechos patrimoniales obsta, lógicamente, a su universalidad: algunos tienen muchos bienes bajo su propiedad, otros muy pocos o, sencillamente, nada.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Pág. 46.

⁵ Ibid. Pág. 47.

⁶ La amplitud de la libertad y los demás derechos fundamentales depende de las consideraciones metajurídicas que conlleven a un cambio de legislación, reforma constitucional u operación constituyente; pero no a consideraciones de orden jurídico

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Pág. 47.

⁸ En el supuesto que la disponibilidad de derechos fundamentales no implique la disponibilidad de la cualidad de sujeto de dichos derechos

(3) Mientras los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas. Los primeros se identifican con las mismas normas o reglas generales que los atribuyen. En cambio, los segundos son siempre actuaciones singulares dispuestas por actos a su vez singulares y pre-dispuestas por normas que los prevén y sus efectos.⁹ Por ejemplo: mi propiedad sobre un inmueble no está dispuesta en la norma fundamental, si no que predispuesto por el Código Civil mediante el respectivo título –compraventa, por ejemplo- y su respectivo modo de adquirir: tradición; lo primero mediante escritura pública, lo segundo mediante la respectiva inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo... sólo siguiendo las respectivas normas del derecho común puedo llegar a ser propietario de un inmueble. Por el contrario, no está predispuesto como efecto de algún acto previsto que alguien sea titular del derecho a ser tratado de manera igualitaria sin discriminaciones arbitrarias. Ferrajoli, llama a las normas fundamentales que disponen inmediatamente las situaciones expresadas mediante ellas, normas téticas; mientras que las que predisponen situaciones jurídicas como efectos de actos previstos por ellas, normas hipotéticas, que son las que establecen los derechos patrimoniales.

(4) Por último, mientras los derechos patrimoniales son derechos horizontales, los derechos fundamentales son verticales. En un doble sentido. Ante todo en el sentido que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilistas, mientras que las que se producen entre los titulares de los derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo (sólo o también) frente al Estado¹⁰. En el segundo lugar, y sobre todo, en el sentido que mientras a los derechos patrimoniales corresponden la genérica prohibición de no lesión, a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden a prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Op. Cit. Pág. 49.

¹⁰ Es por ello, que las acciones constitucionales de protección y amparo, como la acción de amparo económico tienen un carácter tuitivo y no contravencional; aún en el caso que el origen de la lesión al derecho fundamental sea un particular.

Antes de finalizar este apartado, cabe distinguir que estas objeciones lógicas no son pertinentes para el caso del derecho a la propiedad, garantizado en el art. 19 N° 23; en tanto que en este numeral se establece la posibilidad privada de adquirir y disponer de bienes, que es la expresión de la capacidad privada de actuación jurídica, o potestad negocial, que, como faceta de la capacidad jurídica, puede ser un derecho fundamental (en tanto estar positivado), como lo es en el caso de la CPR.

De esta manera tan sólo quedan dos posibilidades: o seguir forzando en incluir en el catálogo de derechos fundamentales un derecho que en nada tiene de similar al resto y, por tanto, renunciar a entender a los derechos fundamentales como universales, indisponibles, inviolables, etc.; o considerar que la propiedad privada no es, porque no puede lógicamente ser, un derecho fundamental.

b. Razones de texto positivo que impiden considerar el derecho de propiedad privada un derecho fundamental.

En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales reúnen las características teóricas (empíricamente contingentes respecto a su positivación¹¹) que desarrollara Ferrajoli (no obstante tener particularidades respecto de la titularidad de determinados derechos que ya ha advertido sistemáticamente la doctrina¹²). Aquellas, como ya se expuso, no las comparte el derecho de propiedad privada. De este modo, cabe desarrollar cómo lo anteriormente expuesto se reafirma por la configuración positiva del derecho de propiedad privada constitucionalizado.

Primeramente, esta afirmación no es algo extraño en el derecho comparado, así el destacado administrativista español Jesús Leguina Villa plantea que la propiedad

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág. 37-72.

¹² ALDUNATE, Eduardo. La Titularidad de los Derechos Fundamentales. Estudios Constitucionales: revista del Centro de Derecho Constitucional. Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003. Págs. 187-201.

privada no es en sentido estricto un derecho fundamental, lo que sería una decisión consciente del constituyente español¹³.

Respecto a la pertinencia de esta distinción, y a modo de adelantarse al reparo que puede hacerse en atención al texto positivo español, cabe apuntar la diferencia que existe entre la Constitución Española y la Chilena al respecto: mientras la primera, en su art. 33 regula el derecho de propiedad privada, el cual se encuentra en la Sección 2ª del Capítulo segundo del Título I, intitulada “De los derechos y deberes de los ciudadanos”; y no, en cambio, en la Sección 1ª de esos mismos Capítulo y Título que lleva por rúbrica “De los derechos fundamentales y de las libertades pública”; la segunda regula este derecho en el art. 19 N° 24 que se encuentra en el Capítulo III titulado “De los derechos y deberes constitucionales”, cuyo enunciado de todos los numerandos versa “La Constitución asegura a todas las personas:”.

De lo anterior, no puede derivarse que tienen igual relevancia constitucional el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho a la educación o salud que el derecho de propiedad por encontrarse todos en el mismo capítulo –cabe precisar que con esto no me hago parte de la ya descartada doctrina que ve jerarquía de dichos derechos en virtud al orden en que están en el art. 19, muy por el contrario, es el resultado del intento de un tratamiento sistemático-. Todos los primeramente enunciados tienen aquellas características que permiten conceptualarlos como derechos fundamentales directamente vinculados con la personalidad humana, respecto de la cual está al servicio el Estado; mas no así, el derecho de propiedad. Las características principales son:

(1) Mientras ningún otro derecho del catálogo del art. 19 CPR puede ser objeto de negociación privada, esto es, son indisponibles; el derecho de propiedad privada es disponible, y así, objeto de negociación, incluso de comerciabilidad por expresa disposición constitucional (art. 19 N° 24 inciso 2º primera parte CPR, la cual otorga al

¹³ LEGUINA, Jesús. El Régimen Constitucional de la Propiedad Privada. Derecho Privado y Constitución. Número 3, Mayo-Agosto 1994. Pág. 10.

legislador la facultad de configurar el régimen de disposición de este derecho, con lo cual subentiende su disponibilidad).

(2) Mientras ningún otro derecho subjetivo del catálogo del art. 19 CPR puede ser privado mediante el ejercicio de la facultad regulatoria de los derechos fundamentales, por cuanto el legislador tiene como límite de dichos límites el contenido esencial que obsta a la privación de aquellos derechos (art. 19 N° 26 CPR), lo cual es plenamente coherente con entender que dichos derechos son límites de la soberanía (art. 5 inciso 2° CPR), de modo que pueden entenderse como derechos inviolables en su contenido esencial; por su parte, el derecho de propiedad privada es un derecho subjetivo que puede ser privado por el poder público según el procedimiento expropiatorio, por expresa disposición constitucional (art. 19 N° 24 inciso 3° CPR), procedimiento que permite no sólo ingerencias en su contenido esencial, sino que también su ablación total según las hipótesis constitucionales.

De este modo, que aquello que la Constitución Española preceptúe expresamente no se haga en la Chilena, no obsta a entenderlo de igual manera; muy por el contrario, un criterio hermenéutico sistemático que entienda a la Constitución como un todo coherente debería llegar a tal conclusión.

c. Refutaciones que ha planteado la doctrina para defender la fundamentalidad del derecho de propiedad privada.

Primera refutación: Se ha afirmado que la posibilidad de ser propietario cumple con las características antes mencionadas: inherente, imprescriptible, intransferible e intangible, y que, su contenido esencial sería una barrera infranqueable al legislador¹⁴. Pero esta postura, si bien se encuentra en lo correcto, dice referencia al derecho a la propiedad, el cual es claramente diferente al derecho de propiedad; en otras palabras, sí sería un Derecho Fundamental la posibilidad de acceder a la propiedad privada, más

¹⁴ En el contexto de la discusión Española, en términos similares: LÓPEZ, Francisca. El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XXXIX (2006). Pág. 335-362.

no el ostentar la propiedad actual respecto de algún bien determinado. Por lo demás, en nuestra Constitución se encuentra consagrado en otro numeral (19 N° 23), y es, estructuralmente, diferente. Esta distinción se justifica, además, toda vez que el derecho a la propiedad, a diferencia del derecho de propiedad, es el que permite el ejercicio de la potestad negocial.

Segunda refutación: se ha afirmado que, al menos, respecto de determinados bienes es necesaria la protección estatal ya que no sería posible el ejercicio de los demás derechos si no se goza de bienes materiales que lo permitan, en otras palabras, que se debe proteger y asegurar el acceso a un determinado mínimo de bienes materiales que permita el ejercicio de los demás derechos¹⁵ (especialmente la libertad, piénsese en el art. 3 de la Constitución Italiana). Pero, si se analiza bien, dicho argumento dice relación con los derechos sociales, más no con el derecho de propiedad. La característica estructural de diferenciación está con que los primeros no dicen relación con bienes materiales determinados, mientras que el segundo sí. Por ejemplo, si es funcional al ejercicio de la libertad tener un hogar donde vivir de manera adecuada con la familia; mas es prescindible a ella un supuesto derecho fundamental a poseer una lujosa mansión en un lugar muy exclusivo de la capital. Lo primero sí es un derecho fundamental, lo segundo, claramente, no.

Por último, la tercera refutación, a mi juicio el más fuerte en relación a la Constitución española, no tiene aplicación dada la claridad de nuestro texto constitucional. Se afirma que si bien el derecho de propiedad puede ser privado en la hipótesis de expropiación, la indemnización correlativa que exige la Constitución debe ser su equivalente económico en valor monetario, de modo que el patrimonio no habría variado¹⁶. Es lo que se llama el principio de intangibilidad patrimonial. En consecuencia, el derecho fundamental tras el derecho de propiedad sería el patrimonio que no puede verse disminuido, ni siquiera si existen poderosas razones de índole

¹⁵ En similar sentido, se ha señalado por REY, Fernando. La propiedad privada en la Constitución Española. Pág. 183-187.

¹⁶ Así lo señalan García de Enterría y Fernández. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Vol. 2. 12ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2004. Págs. 269, 276-277.

social o colectivo que justifiquen la expropiación (piénsese que, desde este punto de vista, ninguna política redistributiva sería constitucional, incluso los tributos serían inconstitucionales).

Dicho argumento no tiene cabida en nuestra Constitución por dos razones:

Primero, la indemnización que exige nuestro texto sólo debe cubrir el daño patrimonial efectivamente causado, no todo daño. De modo que, en estricto rigor, no está obligado el Estado a indemnizar más allá de ese límite (no obstante pudiera hacerlo si consideraciones de índole extrajurídica lo ameritaran), en este mismo sentido la Corte Suprema ha señalado que no procedería, en consecuencia, indemnizar el lucro cesante¹⁷ (elemento que dicha doctrina considera necesario para cubrir lo que llama “valor de mercado del bien” –fíjese en la falta de reconocibilidad de sus términos en los textos mismos-).

Sin perjuicio de lo discutido que es la procedencia de la indemnización del lucro cesante en la expropiación, el propio TCCh ha señalado:

“...los menoscabos o detrimentos en el patrimonio no bastan para dar por establecida la infracción constitucional alegada [derecho de propiedad privada]”¹⁸.

En otros términos, ha reconocido que luego del ejercicio de las potestades públicas en este derecho existen menoscabos o detrimentos patrimoniales no amparados por las garantías propietarias; desde otra perspectiva, que el “derecho de propiedad privada” no equivale a “patrimonio”.

¹⁷ La no indemnizabilidad del lucro cesante es una posición identificable en la jurisprudencia de la Corte Suprema, no obstante existe la posición contraria en fallos recientes. El TCCh se ha inclinado por la tesis contraria. Esta memoria plantea que es jurídicamente correcta la posición que plantea no indemnizabilidad como se explicará en la sección pertinente.

¹⁸ STC Rol N° 1266-08-INA.

Así, no se consagra en Chile la intangibilidad patrimonial, pues, como ha señalado el propio TCCh, es indubitada la primacía del interés general por sobre el particular del expropiado (STC Rol N° 1038-2008).

Segundo, el desarrollo legislativo de este derecho señala que el daño debe ser directo para ser indemnizado.

Si bien este segundo argumento puede ser rebatido arguyendo la inconstitucionalidad de dicha exigencia, el primero deja en claro la inexistencia de la intangibilidad patrimonial en Chile, por lo demás, en los países en que se ha desarrollado dicha teoría (muy discutida por cierto) no contemplan en sus Constituciones más expresión que el deber indemnizatorio estatal ante la expropiación, lo cual difiere de la estricta expresión de nuestra CPR.

d. Consecuencias que se siguen de entender la propiedad privada como un derecho constitucional no fundamental.

Si bien es cierto que las diferencias entre la regulación española y la chilena muestran su mayor acento en este aspecto¹⁹, no puede desconocerse la relevancia de la distinción, que está dada por lo siguiente:

(1) No es inherente a la personalidad humana configurada constitucionalmente: en tanto la titularidad de derechos de propiedad es contingente al resultado del ejercicio de la potestad negocial de los particulares, el ejercicio de la potestad pública expropiatoria, como, también, su contenido es el resultado de la configuración legal que se haga de él. Cabe perfectamente la hipótesis constitucional de la enajenación total de derechos de propiedad por parte de alguna persona o que no llegue a ser titular de ninguno. Por ejemplo, piénsese en el caso de aquella mujer con enfermedades mentales que fue encerrada en un gallinero desnuda por parte de

¹⁹ LEGUINA, Jesús. Op. Cit. Así, por dicha cualidad no procede a su respecto la acción de amparo; y a diferencia de los derechos fundamentales, su limitación y delimitación no es materia de ley orgánica, sino de ley simple.

terceros y que durante años vivió en esa condición: existían momentos en los cuales no era titular de derecho de propiedad alguno²⁰, mas sí de todos sus derechos fundamentales.

(2) No es un derecho prioritario en la relación de servicialidad del Estado para con la “persona humana” que prescribe el art. 1 inciso 3º: A la hora de respetar los derechos y garantías constitucionalmente establecidos en su deber de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, el derecho de propiedad privada aparece en un segundo plano, lo que no obsta a la efectividad del contenido de todas sus garantías constitucionales, en relación a los demás derechos del art. 19. Esto es particularmente relevante, en tanto que, el Estado en cumplimiento del anterior mandato constitucional es de suyo propio que chocará con el derecho de propiedad²¹, y ante ello, y por lo mismo, la propia constitución le otorga dos relevantes facultades: a. La configuración de su contenido y delimitación en atención a la función social; b. La potestad expropiatoria. Igual razonamiento puede encontrarse tras un relevante fallo del TCCh (STC Rol 1038-2008) en donde expresó que “desde que el fundamento de la expropiación radica en la función social de la propiedad (...), lo que permite al Estado de modo excepcional privar del dominio de un bien a una persona, es indubitado que *la primacía del interés general por sobre el particular del expropiado* hace necesario prescindir de la voluntad de éste último, quien no puede oponerse a la expropiación.” Esto es, ante la propiedad, consideraciones de bienestar colectivo hacen necesario sacrificar dicho derecho.

Por otro lado, el Estado está en el deber de respetar el derecho y sus garantías en los términos que establece la Constitución: sólo puede delimitarlo, limitarlo o privarlo como ella lo establece.

²⁰ Sí habría sido titular de propiedad de aquellos bienes de consumo que le fueron entregados para su sobrevivencia, pero se habrían extinguido al consumirse; y piénsese también que aquellos bienes que se le entregaban para su abrigo, en vez de hacerlo en donación, se le hacía a título de comodato.

²¹ Este punto será desarrollado más adelante al tratarse la función social de la propiedad privada.

(3) No constituye un límite a la soberanía en el sentido del art. 5 inciso 2º dado (1):

La misma Constitución permite que sea privado, pero respetando las garantías que establece para ello. Cabe precisar a este respecto, que como ya se explicará, esto es cierto respecto al derecho subjetivo de propiedad, no a la propiedad privada como institución (que es inderogable).

III. DOGMÁTICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA.

Un sector de la doctrina ha denunciado la falta de sistematicidad en el tratamiento dogmático de la propiedad privada en la CPR por parte de nuestra práctica jurídica general²².

Como siempre, los afanes ideológicos, que se explican por la historia política y constitucional reciente²³, son los que permiten entender la oscuridad en el tema al compararlo con el desarrollo en otras latitudes.

En suma, el principal (meta)problema de la dogmática constitucional en este tema es no hacerse cargo de la complejidad que tiene desde un punto de vista iuspublicista, el cual debe hacerse cargo tanto de la perspectiva de las potestades legislativas, como de las garantías subjetivas; esto es, de qué es lo que puede o no hacer el legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales a la hora de delimitar, limitar o privar la propiedad privada y cuáles son las garantías que tiene el particular en ello, desde una óptica garantista-sistemática; y no poner casi todo el acento en esto último, como lo hace la doctrina tradicional, siguiendo pautas marcadamente iusprivatistas de cuño clásico²⁴. En suma, el quid está en hacerse cargo de la supremacía constitucional.

²² Así, con perspectiva crítica: CORDERO Quinzacara, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)* v.19 n. 1. Valdivia Julio 2006. Págs. 125 – 148. También ALDUNATE Linaza, Eduardo. Limitación y expropiación: Silla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, vol. 33 n. 2. Págs. 285 – 303.

²³ Toda la doctrina tradicional lo explica de buena manera, pero un buen desarrollo histórico de las regulaciones constitucionales se puede encontrar en EVANS de la Cuadra, Enrique. *Los derechos constitucionales*. Tomo III, 2ª Edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. Págs. 213 – 230.

²⁴ Se hace el reparo, en tanto existe tratamiento doctrinal comparado que desde la dogmática civil plantea la necesidad de reconfigurar el entendimiento de la propiedad privada como exigencia de su constitucionalización (en el contexto de la constitucionalización en general de relaciones privadas en las constituciones contemporáneas) y sus efectos en el derecho privado; en esta línea COLINA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*. Barcelona, Ed. José María Bosch Editor, 1997. Ver también, respecto la influencia de los derechos fundamentales en general en las

Lo anterior, puede considerarse la meta-tesis de esta memoria, el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho requiere entender la propiedad privada ya no desde la óptica de del Derecho Civil, sino que ha advenido en un problema propio del Derecho Constitucional.

En efecto, hemos vivido un proceso cuyo resultado es la constitucionalización del Derecho Privado²⁵.

Luego de la crisis del Estado liberal de Derecho, debido a la frustración de las expectativas de igualdad (Libertad, Igualdad, Fraternidad) producto de una igualdad formal que profundizó las desigualdades de facto (la “Cuestión Social”), y como producto de las transacciones entre los sectores liberales y socialistas, ante el temor de los primeros de una “Revolución Social”, y el interés de los segundos por cumplir su programa de transformaciones sociales, surge, como producto histórico genuino del pensamiento (o síntesis) Socialdemócrata, la necesidad de acordar en el texto constitutivo de la comunidad política ciertas limitaciones a las relaciones de poder en el mundo privado; de modo que las Constituciones ya no sean sólo un instrumento contra la arbitrariedad del poder estatal (para los burgueses), sino también, un instrumento contra la arbitrariedad del poder privado (para los obreros).

La primera Constitución en asumir este desafío es la Alemana de 1919, la cual pretende crear un orden jurídico, económico y social justo, dando cabida a todo un conjunto de nuevos principios que, por primera vez en la historia del

relaciones entre particulares, o eficacia hacia terceros de los derechos fundamentales (“Drittwirkung der Grundrechte”): STARCK, Christian. Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. N° 66. Septiembre-Diciembre, 2002.

²⁵ Respecto al desarrollo histórico del derecho de propiedad privada, no se profundiza, toda vez que hacerlo sería inmiscuirse en un tema ampliamente desarrollado, con problemáticas propias que escapan a los objetivos de esta memoria. Sólo se analizan los fundamentos históricos necesarios para la dogmática del derecho de propiedad privada.

Tres capitales trabajos fueron consultados en esta memoria: En la doctrina nacional, CORDERO, Eduardo. De propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° XXXI, Valparaíso, 2008. Págs. 493-525. REY, Fernando. Op. Cit. Págs. 1-120. COLINA, Rafael. Op. Cit. Págs. 21-80.

constitucionalismo, entrañan la recepción en un texto constitucional de la ideología socialdemócrata y el inicio del Estado social, como punto intermedio entre el capitalismo y el socialismo²⁶. De este modo se pretende compaginar la existencia del mercado, con una regulación del mismo que posibilite la articulación de políticas redistributivas a favor de los sectores sociales menos favorecidos²⁷.

En este contexto de compromiso, se obtiene la redacción definitiva del art. 153 de la Constitución de Weimar, en donde la propiedad ya deja de ser un derecho subjetivo natural, sagrado, absoluto, ilimitado, perpetuo, de resistencia ante el poder Estatal (antítesis del poder absoluto del Rey), para ser un derecho per se limitable, mediante la creación de la fórmula consistente en funcionalizar la propiedad privada a los intereses generales, en términos de dicha norma: “La propiedad obliga. Su uso debe servir al bien de la comunidad”.

En otros términos, esta ligazón de los intereses individuales a los intereses generales legitimará la imposición, en vía legislativa, de límites que, lejos de ser considerados excepcionales, se encuadran dentro de la normalidad. De esta manera, la Constitución alemana de 1919 pretende la consecución, en el ejercicio del derecho de propiedad, de un delicado equilibrio entre el interés individual y el bien social de la comunidad²⁸.

Lo relevante de la fórmula socialdemócrata es que juridifica a nivel constitucional, no sólo las relaciones jurídico-públicas que se entablan entre el Estado y los individuos a él sometidos, sino también las relaciones de los ciudadanos privados entre sí, hallándose, de este modo, en la Constitución una adecuada respuesta al despotismo económico de los particulares. Es así como por vez primera se produce en Weimar la constitucionalización del Derecho Privado²⁹.

²⁶ COLINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 43.

²⁷ Ibid. Pág. 45.

²⁸ Ibid. Pág. 46.

²⁹ Ídem.

No obstante, será preciso esperar hasta la Ley Fundamental de Bonn para que los principios económicos y sociales que, en un primer momento se recogen en Weimar, tengan total efectividad, porque es entonces cuando la ideología socialdemócrata se asienta y el Estado social pasa a ser una realidad consolidada³⁰.

De este modo, la propiedad privada en los ordenamientos jurídicos que siguen este modelo en sus Constituciones, como el nuestro, no es la contenida en los Códigos Civiles; sino la consagrada en su Texto Fundamental, que se constituye en el contenido mínimo de la propiedad privada a ser desarrollada legislativamente mediante las constantes, comunes o normales limitaciones que establece el Legislador.

El origen de este proceso en nuestro constitucionalismo se haya en la Reforma Constitucional del 20 de enero de 1967, Ley Nº 16.615, dictada bajo el Gobierno del Presidente don Eduardo Frei Montalva, que introduce la función social como la posibilidad de nacionalización de recursos naturales. Este gobierno, como clara expresión de lo explicado en esta memoria, señaló que esta reforma tuvo dos objetivos: profundizar el proceso de reforma agraria, para lo cual se dictó la Ley Nº 16.640, de 28 de julio de 1967, y facilitar la remodelación y modernización de los principales centros urbanos del país y la ejecución de obras públicas de importancia regional.

Este proceso se profundiza con la Ley de Reforma Constitucional Nº 17.450, de 16 de julio de 1971, cuya finalidad central fue permitir la nacionalización de la Gran Minería del Cobre y de la Compañía Minera Andina, bajo el Gobierno del Presidente don Salvador Allende.

Si bien, el texto actual de la Constitución fue redactado en un proceso histórico de discutida interpretación (Gobierno Militar o Dictadura Cívico-Militar), mantiene el quid de este proceso: la funcionalización de un derecho subjetivo al interés general.

³⁰ Ibid. Pág. 47.

En síntesis, como producto histórico, para entender la propiedad privada en Chile, se debe necesariamente partir desde la Constitución.

La consecuencia dogmática de mayor relevancia en este proceso será que las constituciones contemporáneas separan la garantía de la propiedad como régimen jurídico del derecho subjetivo de propiedad, como explica el profesor Eduardo Cordero³¹.

En Chile, como se explicó, recién la CPR de 1925 viene a introducir la regulación y fin legitimador de la propiedad en su función objetiva al introducir la posibilidad legislativa de delimitaciones de la propiedad fundadas en intereses colectivos, dada la influencia del constitucionalismo social; hasta antes el alcance de este derecho se refería tan sólo a su aspecto subjetivo conforme a la tradición liberal expresada típicamente en la Quinta Enmienda de la Constitución Norteamericana y la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 2 y 17), en donde lo central era la “intangibilidad” de la propiedad y el pago de toda indemnización ante privaciones de ella. Esto es, lo central era la garantía subjetiva del propietario.

Así, se introduce en Chile la fórmula alemana: “la propiedad obliga” que pervive en lo esencial hasta hoy (art. 19 N° 24 inc. 2). Es la consagración constitucional definitiva de la propiedad como instituto: su explicación histórica es la necesidad de establecer la garantía de que la propiedad no se convierta en una fórmula vacía impotente ante el legislador y sus leyes sociales, lo cual en el caso chileno es aún más evidente. Y por otro lado, no se puede desconocer que la propiedad ha dejado de ser un derecho absoluto, y por tanto, a priori ilimitable; muy por el contrario, su propio contenido constitucional y legal obsta a entenderlo así³².

De esta manera, la positivación de una nueva forma de conceptualización de la propiedad, realizada en la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, impone el deber dogmático de desarrollar las implicancias de dicha función social, lo que

³¹ CORDERO Quinzacara, Eduardo. Op. Cit.

³² En relación al constitucionalismo contemporáneo en general: COLINA, Rafael. Op. Cit. Págs. 21-47.

adquiere particular relevancia en el control de constitucionalidad a priori, tema que no ha sido aprehendido en toda su complejidad por parte del TCCh.

Por otra parte, la introducción de la posibilidad legislativa de establecer obligaciones y limitaciones a la propiedad que no conllevan la carga fiscal del pago de indemnización; y por otra, la garantía subjetiva del pago de indemnización previa a las privaciones de la propiedad o a sus atributos o facultades esenciales; implica el segundo esfuerzo dogmático de establecer las diferencias entre una y otra; área que la jurisprudencia del TCCh tampoco ha sido capaz de iluminar satisfactoriamente y que adquiere cada vez más relevancia dadas las nuevas facultades de control de constitucionalidad a posteriori del TCCh con las reformas constitucionales del 2005. Pero este problema, a su vez, requiere, como se desarrollará, hacerse cargo del primero.

De esta manera, se debe desarrollar las implicancias dogmáticas de la doble faz que ha adquirido el derecho de propiedad privada constitucional, lo cual no es más que la consecuencia lógica del reconocimiento genérico de la fórmula de la «doble faz de los derechos fundamentales»³³. Este reconocimiento genérico de una faz subjetiva y objetiva de estos derechos ya lo ha dado la nueva jurisprudencia del TCCh, que ha manifestado:

“...la doble naturaleza que, en la actualidad, se reconoce a los derechos fundamentales, en cuanto facultades subjetivas reconocidas a su titular (naturaleza subjetiva) y, también, como elementos fundantes y estructuradores de todo el ordenamiento jurídico positivo (naturaleza objetiva)” (STC Rol N° 1173-08-INC)

De este modo, a nuestra cultura jurídica le hace falta sumir de modo generalizado en el tratamiento dogmático de cada derecho fundamental lo que la jurisprudencia constitucional nos ha llamado a elaborar.

³³ En igual sentido, en referencia a la doctrina y jurisprudencia española. REY MARTÍNEZ, Fernando. La Propiedad Privada en la Constitución Española. P 313.

En relación a ambas problemáticas, aparece el tema del estatus constitucional de los bienes incorporales, tema que requiere además del esfuerzo dogmático de establecer sus ambas dimensiones³⁴.

Por último, asumida las características propias de este derecho, y la necesidad de sistematizarlo con el resto de la preceptiva constitucional, se nos plantea el problema consistente en si puede considerarse entre nosotros la “accesibilidad a la propiedad” como un mandato al legislador a la hora de configurar el derecho de propiedad constitucional. El quid de este asunto está en resolver si el no haber establecido de modo expreso en su preceptiva la Constitución soslaya este asunto, o si, desde un entendimiento sistemático, puede entenderse incorporado (ya sea dentro de la función social o dentro de un mandato paralelo del legislador a hacerse efectivo en su desarrollo de este derecho).

Así, identificados los puntos problemáticos, se les irá desarrollando en el presente intento de sistematización inicial de este derecho, teniendo presente la prevención del Tribunal Constitucional Español en el sentido que el art. 33 de su Constitución, que consta de tres apartados: “no pueden ser artificiosamente separados” (STC Español 37/1987), ya que como plantea Jesús Leguina, en “la interpretación sistemática que ha de regir su aplicación, todos ellos configuran el estatuto de la propiedad privada en nuestro sistema constitucional”³⁵. Lo mismo puede decirse del art. 19 N° 24 que en su primer inciso enuncia la propiedad privada como derecho constitucional, en el segundo establece las potestades legislativas delimitadoras del derecho, en especial su función social; y en los incisos 3º, 4º y 5º que establece las bases constitucionales de la potestad expropiatoria con su paralela garantía subjetiva del particular ante privaciones del derecho o sus atributos o facultades esenciales.

³⁴ Dada la complejidad de este tema, no se trabajará a fondo, sino tan sólo en lo que sea funcional a los objetivos de esta memoria.

³⁵ LEGUINA, Jesús. Op. Cit. P 9. En igual sentido BARNÉS, Javier. El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978. En [Propiedad, expropiación y responsabilidad : la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia](#). Coordinado por Javier Barnés. Editorial Tecnos, 1996. Pág. 28.

En síntesis, los puntos críticos a desarrollar son:

1.- La aplicación de la fórmula general de la doble faz de los derechos constitucionales a la propiedad privada.

2.- La distinción entre delimitación legislativa no indemnizable del derecho con privaciones que deben ser indemnizadas.

3.- La plausibilidad de entender como mandato constitucional la “accesibilidad de la propiedad privada a todos”.

4.- El status constitucional de la propiedad sobre bienes incorporales.

El esquema a utilizar será el de hacer un tratamiento general de este derecho, para luego, en el tema que se considere pertinente, realizar la dilucidación de los puntos críticos. Para ello, se seguirá el siguiente esquema:

1.- Contenido de la propiedad privada: el haz de facultades jurídicas otorgadas al titular de dicho derecho para defender su esfera individual objeto del derecho, cual es el resultado del ejercicio de las facultades legislativas dominicales que configuran esta institución. En otras palabras, la faz objetiva y subjetiva de este derecho.

2.- El objeto de la propiedad privada: la esfera espacial y temporal de autodeterminación configurada por el art. 19 N° 24 inc. 1° al 5°.

IV. EL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA.

A. La propiedad privada como régimen jurídico.

La doctrina de las garantías institucionales de origen alemán, recibida en España³⁶, tiene su contrapunto dogmático-constitucional chileno a propósito de la propiedad en el trinomio del art. 19 N° 8, 24 y 26; en tanto que la CPR establece además de un derecho subjetivo del propietario, la existencia de la propiedad privada como instituto, respecto de la cual el legislador tiene las facultades de adecuarlo y configurarlo a la realidad socio-económica cambiante, pero no pudiendo desconocer su existencia³⁷; ahora, como ya se explicó, puede privarse a un sujeto del derecho de propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, pueden ser muchos los sujetos en dicha situación si se cumplen los requisitos constitucionales; pero el legislador está absolutamente impedido de desconocer como institución jurídica la propiedad privada: el legislador puede privar derechos de propiedad, mas no puede derogar la institución del dominio.

³⁶ ESTEVE Pardo, José. Garantía Institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11, n. 31, Madrid, Enero-abril 1991. Págs. 125 – 129. TORRES Estrada, Pedro. La Autonomía Municipal y su Garantía constitucional directa de protección. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005. Págs. 31 – 38. En su tratamiento dogmático: BARNÉS, Javier. Op. Cit. Pág. 31. COLINA, Rafael. Op. Cit. Págs. 336-345. KIMMINICH, Otto. La propiedad en la Constitución Alemana. En [Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia](#). Coordinado por Javier Barnés. Editorial Tecnos, 1996. Pág. 158. LEGUINA, Jesús. Op. Cit. Pág. 10. En igual sentido exponiendo la jurisprudencia constitucional española, pero con un acento crítico: REY, Fernando. Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. Derecho Privado y Constitución. Número 3, Mayo-Agosto 1994. Págs. 175-176. Se debe reparar, que Fernando Rey Martínez si bien comparte la doctrina de la doble faz, considera errado doctrinariamente ver en la vertiente objetiva la aplicación de la doctrina de las garantías institucionales.

³⁷ El Tribunal Constitucional Español, en el mismo sentido, ha sostenido que “el derecho de propiedad aparece regulado en el art. 33 de la Constitución, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual”. Citado en COLINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 339. También ha sostenido, pero de manera general a todos los derechos fundamentales, el TCCh en la STC Rol N° 1173-08-INC antes citada.

De esta manera, la propiedad privada se alza como una institución co-temporánea o posterior a la existencia estatal que se positiviza en la CPR; así, no como algo pre-estatal que sea simplemente reconocido constitucionalmente; en otras palabras, del simple hecho de la tenencia material originaria, la CPR convierte ese hecho en jurídico al reconocer la propiedad privada como institución, la cual es desarrollada legalmente (y ejecutada reglamentariamente art. 32 n° 6) ³⁸. En palabras de Eduardo Aldunate, a propósito de las limitaciones de la propiedad y el contenido esencial: “Puesto que el dominio no se encuentra constitucionalmente preconfigurado, sino solamente protegido en su contenido esencial que es indisponible para el legislador, resulta que la actividad regulatoria de la ley, que no lesiona ese núcleo, más que *limitadora* de una entidad (que no existe como tal en un momento constitucional previo), es *delimitadora* del dominio. En este sentido, la expresión “límites” en la dogmática constitucional de la propiedad no alude a la restricción de un contenido constitucionalmente predefinido que el legislador viene a constreñir, sino que simplemente al resultado de la actividad legislativa que define el régimen dominical: en ese sentido, regulación, delimitación y limitación del dominio se tornan equivalentes.”³⁹ Esta posición no sólo tiene expreso sustento constitucional positivo, como se expondrá, sino que también desarrollo dogmático de destacados juristas nacionales⁴⁰, sustento en todo el derecho comparado

³⁸ Sólo puede haber propiedad privada luego del pacto social, antes, la fuerza solo permite tener materialmente un bien de manera contingente ante las relaciones intersubjetivas de fuerza. Por ello, lo que el constitucionalismo clásico hace es petrificar cierto status resultante de las interrelaciones originarias; será el constitucionalismo social, el que inyectará aceite al engranaje de la propiedad dinamizándola, otorgándole el carácter de instituto que desarrollará el legislador según los límites constitucionales. Respecto a la propiedad como institución estatal –en sentido contractualista- a modo de ejemplo de su corriente filosófico-política ver ROUUSEAU, J.J. El Contrato Social. Madrid, Ed. EDAF, 1978. Págs. 62 - 65. En la misma línea se inscribe la carta que en septiembre de 1789 Thomas Jefferson envió a su amigo James Madison, según comenta Francisco García Costa, en donde afirma vigorosamente y sin ambages que la propiedad de la tierra pertenecía en usufructo a los vivos y que, precisamente por ello, los muertos no tenían ningún poder o derecho sobre la misma; esto es, como explica García Costa, que toda generación puede y debe configurar libremente su modelo dominical. GARCÍA, Francisco. Op. Cit. Pág. 282.

³⁹ ALDUNATE Linaza, Eduardo. Op. Cit. Págs. 292 – 293.

⁴⁰ El derecho de propiedad como un derecho de configuración legal tanto en el sentido jurídico como teórico-político en NOVOA, Eduardo. El Derecho de Propiedad Privada. Concepto, evolución y crítica. 2ª Edición corregida y ampliada, Centro de Estudios Políticos Latinoamericano Simón Bolívar, 1989. Pág.s 68-71. En su sentido jurídico constitucional, rescatando la relevancia del desarrollo legislativo de los derechos fundamentales: ZÚÑIGA, Francisco. Inconstitucionalidad sobrevenida y límites al derecho de propiedad. Gaceta Jurídica, N° 289. Pág. 26.

homologable⁴¹, tanto en su doctrina como jurisprudencia⁴², y ha sido objeto de pronunciamiento del TCCh que expresamente reconoce que el legislador delimita el derecho de propiedad (no limita) en razón de su función social⁴³, en otras palabras, que es un derecho de configuración legal⁴⁴.

De esta manera, la CPR en el art. 19 N° 24 otorga al legislador facultades que se pueden sistematizar en dos, en tanto institución jurídica:

1. Facultad configuradora o delimitadora del contenido del derecho de propiedad privada (facultad de establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella; la facultad de establecer sus limitaciones y obligaciones que deriven de su función social y la facultad de establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos –la propiedad privada- o libertades para

⁴¹ Así, los art. 33 y 53 de la Constitución Española; art. 14 y 19 de la Constitución Alemana o Ley Fundamental de Bonn; art. 42 de la Constitución Italiana.

Se excluyen las Constituciones Norteamericana y Francesa (ver la Quinta Enmienda en la primera; y el Preámbulo en relación a los art. 2 y 17 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la segunda) en tanto no tienen en sus textos elementos homologables a nuestro texto positivo: sólo garantizan a la usanza liberal-burguesa clásica la garantía subjetiva del derecho de propiedad privada.

⁴² Así, en España: Con abundante jurisprudencia, BARNÉS, Javier. Op. Cit. Pág. 27. Con jurisprudencia, LEGUINA, Jesús. Op. Cit. Págs. 12-15. Desde una perspectiva crítica, pero que admite esta posición como la mayoritaria en la jurisprudencia constitucional: REY, Fernando. Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. Op. Cit. Pág. 196. En Italia: ROLLA, Giancarlo. La regulación constitucional de la propiedad privada en Italia según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 5, 2005. Pág. 541. En Alemania: KIMMINICH, Otto. Op. Cit. Pág. 155 y SCHWABE, Jürgen. 50 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán [Traducción de Marcela Anzola Gil]. Honrad Adenauer Stiftung. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2003. Pág. 304.

⁴³ El TCCh, a propósito de la reserva legal en materia de propiedad privada, señala que “establecer, crear o instituir una obligación que afecte el dominio presupone, ...que el legislador no se limite a ello sino que, además, lo **configure** en sus aspectos o elementos definitorios o característicos, trazando, con adecuada densidad normativa, en que 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.” (STC Rol 370-2003, en su considerando trigésimo primero) (El destacado es nuestro).

⁴⁴ El TCCh a propósito del art. 19 N° 24 señala: “Se partirá por sostener que dicha disposición reconoce el derecho de propiedad, pero no establece un tipo de propiedad determinada. La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad “en sus diversas especies”. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador **configure**”. (STC Rol 1298-2009-INA, en su considerando cuadragésimocuarto).

proteger el medio ambiente). La dilucidación dogmática de esta facultad requiere la sistematización tanto de la segunda parte del inc. 2º y 3º del N° 24 del art. 19, como de los numerales 8 y 26 del mismo artículo de la CPR. Es este el punto clave para establecer las diferencias entre limitaciones y obligaciones con la expropiación según el texto constitucional chileno⁴⁵.

2. Calificar por ley especial o general las causas de utilidad pública o interés nacional que permiten privar a alguien de su propiedad, del bien sobre el que recae o facultades o atributos esenciales del dominio. Esto es, las bases constitucionales de la expropiación.

Esto es, la CPR encarga al legislador la configuración del régimen de propiedad privada.

⁴⁵ ALDUNATE Linaza, Eduardo. Op. Cit. Pág. 289. CEA Egaña, José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías Constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988. Págs. 184 y 190 – 194. VERDUGO, Mario., PFEFFER, Emilio. y NOGUEIRA, Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I. 2ª Edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Págs. 310 – 312. EVANS de la Cuadra, Enrique. Op. Cit. Págs. 234 – 238.

(1) La facultad legislativa configuradora o delimitadora del derecho de propiedad privada.

(a) El contenido constitucional del derecho de propiedad privada:

El derecho de propiedad privada, garantizado en el art. 19 N° 24, al igual que todo el catálogo del art. 19 está amparado en la garantía genérica del art. 19 N° 26, esto es, el límite al legislador de no afectación de los derechos en su esencia.

Esta técnica garantista proviene del constitucionalismo de posguerra alemán (Ley Fundamental de Bonn, art. 19) replicado en su paralelo transicional democrático español⁴⁶ (Constitución Española de 1978, art. 53.1), y que es el resultado de la “búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa”⁴⁷.

De esta manera, dicha garantía aparece con una doble faz⁴⁸:

1.- Aspecto negativo: como una prohibición o limitación al legislador ordinario. En el sentido que, como ha dicho la jurisprudencia constitucional española⁴⁹, “corresponde...al legislador ordinario que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulse, siempre que no pasen más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y el límite genérico del art. 53” (nuestro art. 19 N° 26). Añadiendo luego, que “el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción (...) vuelve a ser una decisión política que tiene que

⁴⁶ COLINA, Rafael. Op. Cit. Págs. 349-350.

⁴⁷ PAREJO, Luciano. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. Revista Española de Derecho Constitucional. Volumen 1, Número 3, Septiembre-Diciembre, 1981. Pág. 169.

⁴⁸ Ibid. Pág. 170.

⁴⁹ La cual no obstante no reparar en la diferencia entre derechos fundamentales y la propiedad como derecho constitucional no-fundamental

adoptar el legislador ordinario sin más límites que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse ilimitados⁵⁰. Como explica Luciano Parejo, “los derechos fundamentales, como cualquiera otros derechos subjetivos, no son ilimitados, sino que están sujetos a todo un sistema de límites, y que la garantía constitucional de un contenido esencial en los mismos tiene la condición de barrera infranqueable (de límite) al resultado del proceso de concreción de todos los límites posibles⁵¹”.

Aunque, respecto del derecho de propiedad privada, se debe reparar en que, como expone el español Javier Barnés, “el contenido esencial del derecho de propiedad, nótese bien, y por expresa previsión constitucional (art. 33.3 [Constitución Española]), puede ser desconocido en las condiciones establecidas mediante la institución expropiatoria, sin que, por tanto, se incurra en inconstitucionalidad, al contrario de lo que acontece cuando se desborda el contenido constitucional de otros derechos, inmunes «en todo caso» (art. 53.1) a la erosión del legislador⁵²”. Pero, de igual manera, debe recalcar que dicha erosión legislativa del contenido esencial de la propiedad privada tan sólo procede, en Chile, en las hipótesis constitucionales de expropiación (con todas sus garantías específicas) del art. 19 N° 24 incisos 3º, 4º y 5º y en los casos de confiscación y comiso del art. 19 N° 7 letra g). Esto es, no puede el legislador so pretexto de delimitar el contenido legal del derecho de propiedad privada erosionar el contenido esencial de éste. Dicha interpretación es coherente con la demás preceptiva constitucional de los art. 1 inciso 3º, 5 inciso 2º segunda parte, y los art. 6 y 7.

Ahora, lo anterior es relativamente cierto, en el sentido que desde un punto de vista subjetivo, el derecho de propiedad puede ser privado o erosionado su contenido esencial; pero desde un punto de vista objetivo, en consideración a la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de la propiedad privada con un núcleo constitucionalmente definido en su contenido esencial –aspecto positivo-, es legislativamente inderogable.

⁵⁰ Citado por el autor. PAREJO, Luciano. Op. Cit. Pág. 173.

⁵¹ Ibid. Pág. 177.

⁵² BARNÉS, Javier. Op. Cit. Pág. 46.

2.- Aspecto positivo: como una afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos. Esto es, la propiedad privada, al igual que los demás del catálogo del art. 19, tiene un mínimo sustancial constitucionalmente positivado, de manera que, al igual que los demás derechos constitucionales, se alza como una pieza constructiva imprescindible e insustituible (al menos en ese contenido nuclear) del entero ordenamiento (aspecto de garantía institucional).

Ambos aspectos son paralelos y complementarios en nuestro art. 19 N° 26, que dado su texto positivo impide que se importe a nuestro ordenamiento jurídico la doctrina alemana que distingue entre derechos sujetos que en su desarrollo legislativo están garantizados por el contenido esencial y los que no (Hendrichs y Model-Müller⁵³); esto en razón a que dicha doctrina lo hace en base a distinguir aquellos derecho que remiten al legislador ordinario la delimitación positiva del contenido del derecho los cuales, y por ello mismo, no estarían garantizados por el contenido esencial; de aquellos que tan sólo tienen reserva de ley simple que sí lo estarían. Lo anterior no puede plantearse entre nosotros en tanto el contenido esencial vincula, por texto expreso, los preceptos legales que por mandato de la CPR regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza. Por lo cual, la facultad delimitadora del contenido de derechos constitucionales igualmente tiene por límite el contenido esencial del derecho.

En suma, la propiedad -como derecho subjetivo público- es un derecho privable de su contenido esencial en las hipótesis constitucionales (lo que lo distingue de todos los demás derechos del 19, y obsta a entenderlo como derecho fundamental según se explicó); pero, desde un punto de vista objetivo –como Derecho objetivo público- es un derecho inderogable por su contenido esencial (como todos los demás derechos del art. 19)⁵⁴. En concreto: el legislador puede expropiar, confiscar o comisar la propiedad

⁵³ Citados y explicados en PAREJO, Luciano. Op. Cit. Pág. 178.

⁵⁴ Parejo, siguiendo a Hendrichs plantea algo similar respecto del contenido esencial de todos los derechos fundamentales, posición de la que soy escéptico, pero que comparto plenamente respecto del derecho de propiedad privada o la libertad económica –derechos típicamente de configuración legal-. El autor lo explica así: “El concepto de derecho fundamental de que parte el artículo 19.2 GG no es igual a derecho

privada de los particulares, mas no puede dictar una ley en la que derogue y elimine la propiedad privada del ordenamiento jurídico.

De esta manera, la discusión se centra en cuál es dicho contenido mínimo constitucionalmente configurado del derecho de propiedad privada.

Tempranamente, el TCCh definió el contenido esencial, enmarcándose en la misma tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español⁵⁵, señalando:

“La esencia del derecho debemos conceptuarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado 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” (STC Rol 43-1987).

Cabe destacar que este punto diferencia la garantía del contenido esencial español, alemán, o italiano del chileno: en ninguno de ellos se establece positivamente que “impedir el libre ejercicio” forma parte del contenido esencial, en tanto haga irrealizable el derecho, lo entran más allá de lo razonable o lo prive de tutela jurídica, no obstante tener desarrollo jurisprudencial en base a la garantía del contenido esencial⁵⁶.

de los diferentes ciudadanos individualmente considerados, sino a derecho fundamental como categoría general. Dicho de otro modo, aquel precepto no garantiza los derechos de cada individuo (derecho subjetivo público), sino las disposiciones constitucionales que los reconocen (el Derecho objetivo público)”. Ibid. Pág. 184.

⁵⁵ Ibid. Pág. 185-186.

⁵⁶ COLINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 362-380.

Entonces, la pregunta para desentrañar el contenido constitucional del derecho de propiedad se debe formular así:

¿Qué es aquello que le es consustancial al derecho de propiedad privada del art. 19 N° 24 de manera tal que si se le priva de aquellas características deja de ser reconocible, aquello infranqueable al legislador, de manera que si lo entraba más allá de lo razonable o lo hace irrealizable incurre en inconstitucionalidad?

Una primera respuesta la da la misma Constitución, y se entiende que dicho contenido es vulnerado, en tanto no se le da la posibilidad de realizarlo al entrarlo más allá de lo razonable cuando se le priva de tutela jurídica, esto es, de la posibilidad de su ejercicio subjetivo amparado por el ordenamiento jurídico.

Así, la respuesta está dada por las siguientes características:

(1) *Las facultades de uso, goce y disposición del titular del derecho*⁵⁷: son aquellas facultades esenciales que configuran la propiedad privada; tan así, que si alguno de ellos es privado obliga al Estado al pago de la correspondiente indemnización al particular.

a. Facultad de uso: es la que le permite al propietario servirse del bien.

b. Facultad de goce o aprovechamiento: la que le permite al titular del derecho percibir para sí los frutos y/o productos que sea susceptible de producir.

c. Facultad de disposición: la que le permite enajenarla, consumirla o transformarla.

⁵⁷ Reconocen como elementos del contenido esencial el uso, goce y disposición, entre otros: VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto. Op. Cit. Págs. 308 – 309. EVANS de la Cuadra, Enrique. Op. Cit. Págs. 231– 233. También el TCCh al señalar “El modo de usar, gozar y disponer, por su parte, es lo que se denomina atributos o facultades del dominio” (STC Rol N° 1298-2009-INA), en el mismo sentido: STC Rol N° 146, STC Rol N° 226. En términos generales, la doctrina constitucional española y alemana también comprende estos aspectos en el contenido esencial, pero englobando dentro del goce la facultad de uso, según la bibliografía consultada.

d. Estas tres facultades son lo que configura la utilidad individual del titular que debe ejercer en vistas a la función social de su derecho que es el atributo esencial de la propiedad.

De esta manera, se excluyen las consideraciones de la doctrina tradicional en el sentido de considerar como atributos de la propiedad la elasticidad, perpetuidad o su carácter absoluto como pertenecientes al núcleo esencial, lo que conllevaría a introducir dogmáticamente elementos (si bien tradicionales en la doctrina civilista continental) que obstan a la propia regulación constitucional de la propiedad⁵⁸: ¿Cómo explicar, por ejemplo, el carácter absoluto de la propiedad con las delimitaciones y obligaciones que derivan de su función social o las restricciones específicas que puedes establecer el legislador para proteger el medio ambiente; o la perpetuidad con la facultad legislativa de autorización calificada de expropiación o el procedimiento de adquisición de la propiedad según el DL 2.695, cual es un régimen de propiedad establecido en virtud de las facultades configuradoras del legislador⁵⁹ o la tradicional prescripción adquisitiva, más aún teniendo presente que la institución de la herencia es de carácter legal, más no constitucional como en España o Alemania; y, por último, la elasticidad ante obligaciones y limitaciones permanentes que se derivan de su función social, típicamente, la regulación urbanística; toda vez que de existir dicha función de la propiedad jamás podrá expandirse hacia lo absoluto⁶⁰? Menos sostenible parece el atributo de inviolabilidad que plantean los profesores Verdugo, Nogueira y Pfeffer⁶¹, ante la expropiación: el único derecho subjetivo privable del catálogo del art. 19 es precisamente éste. Plantear lo contrario es tratar de decir algo sin decir nada, ya que reconocer sustento constitucional a lo que cierta doctrina civilista considera atributos de

⁵⁸ En igual sentido, y planteando la necesidad de un replanteamiento desde la dogmática civil de la propiedad privada desde la perspectiva de la constitucionalización de este derecho. COLINA, Rafael. Op. Cit. Capítulo II.

⁵⁹ Expresamente así se señaló por parte del TCCh: "...la Constitución entrega a la ley establecer los modos de adquirir la propiedad, cosa que hace justamente el Decreto Ley N° 2695" (STC Rol N° 1298-2009-INA, considerando trigésimo).

⁶⁰ Cabe hacer la prevención, que la elasticidad entendida como el atributo de la propiedad de poder expandirse y contrarse (propiedad nuda y propiedad plena como extremos) contingentemente, dicha posibilidad no es más que la reiteración de la protección del núcleo esencial del derecho; esto es, el reconocimiento de la existencia del haz de facultades de la propiedad (uso, goce y disposición).

⁶¹ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto. Op. Cit. Pág. 309.

la propiedad en base a construcciones dogmáticas a partir del Código Civil –uno de los posibles regímenes propietarios que puede establecer el legislador, y que incluso la doctrina civilista más actualizada ha superado- choca con la normativa constitucional expresa; y si la salida dogmática es considerar lo que prescribe la CPR como excepciones, es tratar de convertir la regla en excepción y la excepción en regla.

La práctica de la doctrina constitucional de adopción de figuras dogmáticas desarrolladas infraconstitucionalmente sin respaldo positivo en la misma CPR ha sido asumida sin reparos críticos por la jurisprudencia del TCCh, un ejemplo respecto de lo que se comenta lo constituye el segundo párrafo del considerando 12º de la STC Rol 334 – 2001, en donde el tribunal, si bien no expresa cuáles serían los atributos de la propiedad a que se refiere la CPR, a través de una cita, los considera algo distinto a las facultades; para luego en la misma sentencia (!) utilizar como equivalentes los términos de atributos y facultades respecto de la disposición en la parte final del considerando 18º. Con todo, pareciera que no es un tema zanjado en su jurisprudencia como se desprendería en otro de sus fallos (STC Rol 506 – 2006).

Así, se seguiría, como lo hace el profesor Aldunate, que “mientras el respectivo derecho de dominio conserve en alguna medida, por mínima que sea, la conjunción de los atributos de disposición, de uso y de goce, podría ser reconocido como dominio. Esta solución ha sido también la propuesta por la doctrina comparada”.⁶²

(2) *La función social de la propiedad*: es aquel atributo esencial de la propiedad que la hace compatible con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad, la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Es así, ya que nuestra Constitución, al igual que la española y alemana, reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades del titular sobre las cosas o bienes, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a los valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad

⁶² ALDUNATE Linaza, Eduardo. Op. Cit. Pp 292.

social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido constitucional del derecho de propiedad privada⁶³.

En igual sentido se ha pronunciado el TCCh en donde al definir la función social expresa que la propiedad tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad⁶⁴; para años más tarde acoger de modo expreso que la función social está inserta en el contenido intrínseco, esencial de la propiedad privada:

“...las limitaciones y obligaciones son “restricciones o acotamientos al ejercicio, común u ordinario del derecho” (...). Estas son “intrínsecas al concepto de propiedad, de modo que es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño” (...). Dicha función “es parte del derecho mismo y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él...es expresión del principio de solidaridad por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la Sociedad Política y a la realización concreta del bien común en ella”⁶⁵.

(b) Garantía de la reserva legal.

Como en casi todos los derechos constitucionales del art. 19⁶⁶, la delimitación, limitación, y en este caso, la autorización para la privación de este derecho o su contenido esencial es una facultad legislativa; la cual, dadas las características institucionales de nuestro régimen político deben ser sistematizadas con la facultad

⁶³ LEGUINA, Jesús. Op. Cit. Pág. 13; en iguales términos la jurisprudencia constitucional española en sus sentencias 13/1987, 227/1988 y 170/1989, entre otras; en el mismo sentido BARNÉS, Javier. Op. Cit. Págs. 47-49; también KIMMINICH, Otto. Op. Cit. Pág. 160. Entre nosotros, CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004. Pág. 354.

⁶⁴ STC Rol 245-246a -1996.

⁶⁵ STC Rol N° 1298-2009-INA

⁶⁶ La excepción la constituye el art. 19 N° 13 inciso 2°, en donde se entrega a las “disposiciones generales de policía” la regulación del derecho de reunión en las plazas, calles y demás lugares de uso público.

presidencial del art. 32 N° 6 que establece la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En el art. 32 N° 6 se establece tanto la potestad reglamentaria autónoma como la facultad reglamentaria de ejecución de las leyes⁶⁷. De esta manera, el problema se plantea en torno a cual es el espacio que podría caberle a estas potestades o si están excluidas de aquello.

(1) Facultad delimitadora o configuradora del contenido del derecho de propiedad privada (art. 19 N° 24 inciso 2°): “*Sólo la ley puede...*”.

Si bien, en la jurisprudencia constitucional española se ha entendido que la reserva de ley del art. 33.2 de su Constitución es una reserva de ley flexibilizada⁶⁸, algo que es difícilmente sostenible en nuestro ordenamiento jurídico, las consecuencias que desarrolla tal jurisprudencia son concordantes a las que ha desarrollado nuestro TCCh en el sentido de entender que dicha reserva “prohíbe toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamento independientes o extra legem, pero no a la remisión del Legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos”⁶⁹.

Para Humberto Nogueira el TCCh fija un criterio al respecto al determinar que “la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio”, precisando que ella sólo puede ser ejercida, “nada más que para regular cuestiones de detalle, de relevancia

⁶⁷ “...el Poder Constituyente estableció en el artículo 32, N° 8°, de la Carta Fundamental, dos clases de potestad reglamentaria: a) la “autónoma” que es aquella que ejerce el Jefe del Estado y que reconoce como fuente inmediata la Constitución misma y que versa sobre materias que no sean propias del dominio legal, y b) “la de ejecución” destinada a facilitar, a dar debida aplicación a la ley y cuya causa directa es ésta y su origen mediato es la Carta Política” (STC Rol N° 325).

⁶⁸ REY, Fernando. Op. Cit. Pág. 177; en el mismo sentido BARNÉS, Javier. Op. Cit. Pág. 51; y LEGUINA, Jesús. Op. Cit. Pág. 16.

⁶⁹ ZÚÑIGA, Francisco. Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria. *Ius et Praxis*, 2001, vol.7, N° 2. Pág. Pág. 177.

secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica” (STC 370-2003, considerando vigésimo tercero).⁷⁰

En suma, las consecuencias son:

- a. Interdicción de la potestad reglamentaria autónoma en la delimitación del derecho de propiedad privada; esto es, de la deslegalización⁷¹.
- b. Permiso de la potestad reglamentaria de ejecución en aquellas pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica; lo que cobra especial relevancia en materias técnicas, como en la regulación urbanística.

(2) Potestad Expropiatoria: Ley general o especial que autorice la expropiación.

Si bien los términos positivos de la convocatoria legislativa en la autorización de la expropiación son menos restrictivos que el espacio dado al legislador delimitante del contenido del derecho, el tema está tan minuciosamente tratado en el DL 2186 sobre procedimiento de expropiaciones que no aparece problemático el tema en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad. Lo anterior no obsta a la necesidad de hacerse cargo del problema dogmático de establecer el espacio de la potestad reglamentaria en la configuración del procedimiento expropiatorio, ya que el legislador bien podría reglamentar con nuevos criterios la materia.

⁷⁰ NOGUEIRA, Humberto. El principio de reserva legal en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional. *Ius et Praxis*, 2003, vol.9, N° 1. Págs. 541-544. En igual sentido, respecto de la jurisprudencia anterior, entendiéndose que el TCCh reitera su doctrina inclinada a una concepción de reserva legal absoluta en cuanto al derecho de propiedad, en ZÚÑIGA, Francisco. Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria. Op. Cit. Págs. 105-178. En el mismo sentido, señalando que el reglamento “pormenoriza” y “particulariza” la ley reguladora de derechos que debe ser “específica” y “determinada” (STC Rol N° 325).

⁷¹ En el mismo sentido las STC Rol N° 115, de modo más claro en la STC Rol N° 146.

Con todo, y siguiendo con matices a José Luis Cea, se puede plantear que la reserva legal en materia de expropiación tiene, al menos, cuatro aspectos que se siguen directamente:

1. Sólo la ley puede expropiar.
2. Sólo la ley puede autorizar la expropiación.
3. Dicha ley debe fundarse en razones utilidad pública o el interés nacional.
4. El legislador es quien calificará la causal invocada.

(c) Facultad legislativa configuradora de los modos de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella.

El legislador a la hora de configurar el derecho de propiedad privada tiene la facultad de establecer los modos de adquirir, usar, gozar o disponer de ella; de manera que en tanto institución jurídica, que tiene garantizado un contenido mínimo en la misma CPR, puede delimitar el cómo se ejercerán estas diferentes facultades, ya sea de manera más amplia o más restringida según sus consideraciones de orden político que actualizan el ejercicio de la soberanía popular (art. 4 y 5 inciso 1º), mas no puede desconocer o privar a esta institución de las facultades subjetivas de uso, goce o disposición como tampoco la posibilidad de llevar a ser titular del derecho de propiedad (art. 19 N° 23 y art. 19 N° 24 inciso 2º)⁷². En suma, el legislador tiene la facultad de establecer legalmente, y el Presidente de la República, la de ejecutar dichos mandatos, los modos de ejercicio de este derecho.

⁷² Así lo reconoció expresamente el TCCh: "...el constituyente se mantiene neutro frente a las preferencias constitutivas del legislador al momento de definir "el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social" (STC Rol N° 1298-2009-INA).

De esta manera, se sigue que la regulación establecida en el Código Civil es una de las regulaciones posibles constitucionalmente⁷³, como expresamente lo ha señalado el TCCh⁷⁴: el legislador puede establecer diferentes regímenes propietarios adicionales, modificar a los ya existentes o directamente suprimir algunos.

En una primera etapa, el TCCh no se pronuncia directamente respecto a este tema, pero, al menos, no negó esta tesis, y es más, pareciera ser la que está detrás de las razones de de dicho fallo, en tanto al presentarse la posibilidad de declarar inaplicable por inconstitucionalidad normativa del DL 2695 no lo hace en base al art. 19 N° 24 (STC Rol 707-2007); en una segunda etapa, acepta expresamente lo acá planteado al declarar la constitucionalidad del DL 2695 (STC Rol 1298-2009-INA).

En aquella primera etapa, el TCCh tuvo la ocasión de pronunciarse sobre esta facultad legislativa, como se mencionó, pero rehusó hacerlo de manera definitiva, así en aquel fallo se le planteó el siguiente problema por parte de la Primera Sala Civil de la Corte Suprema, la cual requirió de oficio la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los art. 15 y 16 del DL 2695, de 1979, que fija normas para

⁷³ En el mismo sentido la doctrina y jurisprudencia comparada. En España sintetizando la jurisprudencia constitucional de su país, señalando que “de ahí la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae”. REY, Fernando. Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. Op. Cit. Pág. 175. En Italia, comentando y sintetizando la jurisprudencia constitucional en la materia: “Si se atribuye al legislador el poder de determinar los contenidos de las facultades que corresponden a los propietarios, se reconoce que no es posible una visión unitaria del instituto de la propiedad privada. La propiedad no tiene un contenido unívoco y no posee una estructura homogénea; más bien existen regulaciones diferentes según la naturaleza y las características de los bienes tomados en consideración. Es indudable, por ejemplo, que las facultades que corresponden al propietario de un terreno edificable son diferentes de aquellas que tiene el propietario de un bien cultural o de valor ambiental. El propietario de un propietario agrícola puede ejercitar facultades diversas respecto del propietario de un terreno situado en el centro histórico de una ciudad.

En conclusión: se puede afirmar, por tanto, que la Constitución Italiana reconoce y tutela el derecho de las personas para ser propietarios, pero presupone la existencia, no de una, si no más bien de una multiplicidad de formas de propiedad.” ROLLA, Giancarlo. Op. Cit. Pág. 543.

⁷⁴ “No existe una legislación que haya sido erigida por el constituyente en modelo de todas las demás propiedades. Ello habría significado constitucionalizar una determinada legislación; rigidizar las definiciones del legislador; y abrir un debate sobre la protección de las propiedades constituidas a partir de un diseño propio, distinto a ese pretendido modelo común. Por lo demás, esta Magistratura ha declarado la inaplicabilidad de preceptos del Código Civil en varias oportunidades” (STC Rol N° 1298-2009-INA)

regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, expresando en dicho oficio:

“que, sin desconocer la competencia legislativa para establecer el modo de adquirir el dominio, también es relevante que nadie pueda ser privado de su propiedad sino por la forma que establece la propia Constitución, la que, en el caso sub lite, podría aparecer exigua y diversa de los plazos ordinarios fijados por el mismo legislador; por lo que se podría estar en presencia de una contradicción con el art. 19 N° 24 de la Carta Fundamental”.

El problema planteado ante la magistratura constitucional es un punto crítico que requiere dilucidación: Si nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre el que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino por una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador; entonces, cómo puede alguien dejar de ser propietario en razón de los modos de adquirir el dominio que establezca el legislador que no tenga que reducirse en la expropiación; en otras palabras, pareciera que la misma CPR consagra un modo diferente de ser privado de la propiedad, y este es, el ejercicio de la facultad legislativa de configuración de los modos de adquirir el dominio, que, evidentemente, debe ser sistematizada con las demás garantías constitucionales. Esta tesis aparece coherente con los fundamentos de la institución de la expropiación, que nace como garantía constitucional contra las arbitrariedades del poder público estatal⁷⁵, específicamente, con la incorporación al patrimonio estatal de un bien privado; pero que no dice relación a la regulación legal de la circulación de los bienes y la constitución de los regímenes de propiedad para el ejercicio de la potestad negocial de las personas; y, además, aparece del todo coherente con el mandato constitucional del Estado de servicialidad a la persona

⁷⁵ Así en el constitucionalismo clásico expresado en la Quinta Enmienda de la Constitución Norteamericana y los art. 2 y 17 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ver al respecto BON, Pierre. El estatuto constitucional del derecho de propiedad en Francia. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25 N° 3. P 533 – 547 (1998), Sección Estudios. También, DELAVEAU Swett, Rodrigo. La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 3. P 411-438 (2006).

humana, promover el bien común y su deber de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1º). Serán estos razonamientos los que acogerá en su segunda etapa (STC Rol N° 1298-2009-INA).

Este conflicto es de suyo relevante, ya que como reconoce el TCCh en el considerando décimo del fallo de su primera etapa, “el Decreto Ley N° 2.695, de 1979, configura un sistema especial para regularizar la posesión y adquirir la propiedad de determinados bienes raíces, apartándose de las normas que sobre la materia contempla el Código Civil, sistema que, en lo medular, consiste en que la solicitud del interesado, poseedor material al menos durante cinco años de un bien raíz cuyo avalúo fiscal no supere el que señala el artículo 1º y habiéndose cumplido los requisitos y trámites que contempla el mencionado cuerpo legal, la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales (hoy Ministerio de Bienes Nacionales) ordena la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, resolución que se considera como justo título y que, una vez inscrita, da al interesado la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales y, expirado el plazo de un año, le hace dueño del inmueble por prescripción, cancelándose también las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como las de otros derechos reales, si las hubiere, y prescribiendo toda acción emanada de cualquier derecho real.” De esta manera, alguien, contra su voluntad por un acto de la autoridad administrativa plenamente autorizada por el legislador se ve privado de su dominio (tanto del derecho de propiedad sobre el bien corporal como de los bienes incorporales, según el caso) pero sin mediar expropiación sino en ejercicio de la facultad constitucional del legislador de establecer los modos de adquirir el dominio.

Si bien, el TCCh en su primera etapa acoge la inaplicabilidad en base a la discriminación arbitraria con razones bastante criticables⁷⁶, reconoce la existencia de

⁷⁶ Se desprendería del considerando décimotercero que el TCCh se convierte en una especie de guardián que resguarda la aplicación de las intenciones del legislador, lo que, al tratarse de un Decreto Ley, aparece más difícilmente sostenible, y la vez, se aparta de sus criterios tradicionales, señalando al respecto: “DECIMOTERCERO.- Que aunque en abstracto, como se ha dicho, el procedimiento de saneamiento del dominio de la pequeña propiedad rural y urbana regulado en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979, aparece como un modo especial de adquirir el dominio legalmente establecido y que tiene

dicho conflicto sin entrar a pronunciarse respecto de él directamente, lo cual no ocurrirá sino hasta el fallo STC Rol N° 1298-2009-INA. De ello se puede seguir que, en una primera etapa, el TCCh reconoce que la facultad legislativa y que en ejercicio de ella, el legislador puede establecer diferentes regímenes de propiedad, siendo el del Código Civil una de las posibles regulaciones, mas no la única. Esto, aunque implícito en el fallo, parece ser lo más razonable, pues una interpretación amplia –excesiva- del inc. 3° del n° 24 del art 19 respecto a la facultad legislativa que se comenta, podría llegar al absurdo de considerar la inconstitucionalidad de la prescripción adquisitiva o de los demás modos de adquirir el dominio que establece el derecho común, ya que nadie podría, en caso alguno, ser privado de su propiedad sino mediante la expropiación; absurdo no sólo porque se haría imposible el tráfico privado de bienes, si no que se convertirían en letra muerta tanto la facultad legislativa del art. 19 N° 24 inc. 2° como otros derechos fundamentales (art. 19 N° 21, por ejemplo). Por lo demás, si el TCCh hubiera considerado inconstitucional la normativa del DL 2.695 por efectuar privaciones de la propiedad sin los requisitos constitucionales, así lo habría declarado.

Lo anterior se verá reafirmado en su segunda etapa, en la que acoge en plenitud el razonamiento acá planteado (STC Rol N° 1298-2009-INA).

(d) La función social.

En la actualidad se plantea la crisis y/ o la superación de la visión liberal-clásica y absoluta del derecho de propiedad privada⁷⁷; como sintetiza Eduardo Novoa, en dicho

una causa justificada que hace razonable su especialidad frente a las normas generales sobre posesión y dominio de los bienes raíces del Código Civil, sin que pueda estimarse que entrañe una privación inconstitucional de la propiedad, en su aplicación concreta al caso de que conoce actualmente la Primera Sala de la Corte Suprema resulta contrario a la Constitución, pues significaría resolver un conflicto sobre posesión y dominio de bienes raíces rurales de acuerdo con normas legales –los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979 diversas a las disposiciones generales contenidas en el Código Civil, sin que, a juicio de este Tribunal, concurren en la especie los motivos que justifican la aplicación de aquellas normas especiales, las cuales, en caso de ser utilizadas, constituirían una diferencia arbitraria y podrían dar origen a una privación inconstitucional de la propiedad”.

⁷⁷ El primero en exponerlo de manera sistemática, y difundiendo en el ámbito académico la función social de la propiedad, que más tarde se verá positivada en la mayoría de los ordenamientos constitucionales, fue León Duguit, aunque el mismo autor reconoce que toma dicha idea de August Comte. DUGUIT, León. Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón. Traducción de Carlos

cambio participan las ideas de autores tan variados como Marat, Fauchet, Roux, Varlet, Proudhon, Comte, Von Ihering, Gierke y Duguit. Y no solo son variados, sino hasta incluso contradictorios, toda vez que su génesis no es jurídica, sino más bien emerge en el pensamiento social y político⁷⁸.

Pero es Duguit quien “presenta una nueva faz la tesis de la propiedad función-social. En su opinión, todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Por ello, el que tiene capital debe hacerlo valer aumentando la riqueza general y sólo será protegido si cumple esta función. Con ello modifica Duguit la base jurídica sobre la que descansa la protección social de la propiedad: ésta deja de ser un derecho del individuo y se convierte en una función social”⁷⁹.

Este cambio, entre guerras, asumirá un talante antiliberal que se expresará en una nueva relación individuo/estado en los Estados autocráticos (fascista italiano, nacionalsocialista alemán, franquista español): no se van a considerar ya entidades heterogéneas, sino que el Estado se concibe hegelianamente como una síntesis superadora de las instancias individuales y sociales, en donde la función social será comprendida dentro del interés estatal por obtener una mayor productividad y rentas nacionales. “De este modo se invertía la relación dominical entre sujeto y objeto, no considerándose más los bienes en función del sujeto, sino al revés, por lo que se concedía la tutela jurídica no a quien era titular del bien, sino sobre todo a quien lo disfrutaba de una manera concordante con el interés general. Ello provocaba que mientras el Estado liberal primaba a los propietarios respecto de los no-propietarios, el Estado autocrático no sólo conservaba tal discriminación sino que añadía todavía una ulterior discriminación entre propietarios con capacidad empresarial y propietarios sin ella. Por eso puede afirmarse que «la concepción fascista no era una *superación* de la concepción liberal, sino una *degeneración* de la misma [laneli]»⁸⁰.

G. Posada. 2ª Edición corregida y aumentada, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1920. P167-198.
COLINA, Rafael. Op. Cit. Capítulo I.

⁷⁸ REY, Fernando. La Propiedad Privada en la Constitución Española. Op. Cit. Pág. 352.

⁷⁹ NOVOA, Eduardo. Op. Cit. Pág. 47.

⁸⁰ REY, Fernando. La Propiedad Privada en la Constitución Española. Op. Cit. Pág. 356.

Pero con el advenimiento del nuevo constitucionalismo de posguerra, la fundamentación y entendimiento de la función social cambiará nuevamente de rumbo, serán las concepciones socialdemócratas (en torno a la idea de justicia social) y, sobre todo, cristiano-social (el bonum commune cristinano) italianas y alemanas las que asignarán una nueva tarea al Estado de hacer posible el acceso de todos a la propiedad privada, su visión era que el ser del Estado debía consistir en crear condiciones sociales más equitativas, favoreciendo a los no-propietarios e impidiendo la excesiva expansión de los más poderos económicamente⁸¹.

Esta nueva visión será recogida por el actual texto constitucional, tanto por la redacción del principio de servicialidad (del texto original) como del principio de igualdad (de la Reforma del 2005).

Si bien, la propiedad privada del art. 19 N° 24 no deja de ser un derecho para convertirse en una función social, si no que se constitucionaliza como un derecho individual con una función social entregándose a su respecto potentes facultades al legislador para configurarlo, limitarlo o privarlo.

Que esté establecido de esta manera obliga a un esfuerzo dogmático para aprehender sus consecuencias jurídicas, que por de pronto, y como ya se puede concluir con todo lo expuesto anteriormente, impiden entender la propiedad como la entiende la doctrina clásica del derecho civil⁸², y siguiendo ella, como lo hace buena parte de nuestra doctrina constitucional tradicional.

Dicho esfuerzo dogmático debe partir por sistematizar los principios de servicialidad e igualdad, desarrollar sus consecuencias y relaciones con la función social. De este modo, será en este punto donde se deberá abordar el problema sobre la existencia y

⁸¹ Ibid. Pág. 357.

⁸² Ver especialmente: NOVOA, Eduardo. Op. Cit. Págs. 5-44. También en ROLLA, Giancarlo. Op. Cit. Págs. 540-543.

contenido de la cláusula de accesibilidad dominical, como, consecuentemente con ello, el tratamiento dogmático de la función social de la propiedad privada.

- Sobre la cláusula de accesibilidad dominical: servicialidad e igualdad.

El principio de servicialidad, en los términos constitucionalmente positivado, puede ser entendido como la primacía jurídico-constitucional de la persona humana (positivación de la primacía axiológica del ser humano⁸³). Esto es, la primacía de la persona como valor, o sea, del valor de la persona, y, por tanto de todas sus específicas y diversas identidades, así como de la variedad y pluralidad de los puntos de vista externos (ético-político) expresados por ellas. En términos positivos, la dignidad de las personas con que parte su enunciado el primer artículo de la CPR, implica que será el Estado, en tanto creación humana, el que deberá estar a nuestro servicio y no al revés; esto es plenamente coherente con entender a Chile una República Democrática (y no totalitaria o autoritaria). Por lo mismo, no es de extrañar que tan pronto se declara la dignidad de las personas, se señale en el mismo artículo que el Estado estará al servicio de la persona humana.

La primacía axiológica del ser humano es el valor sobre el que se basa la moderna tolerancia: que consiste en el respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los correspondientes puntos de vista, es el permitir a todos y todas la mayor realización espiritual y material que sea factible, en los términos del art. 1 inciso 3º. Así, la tolerancia puede ser definida como la atribución de idéntico valor a cada persona: mientras, la intolerancia es el desvalor asociado a alguna persona por su particular identidad.

El valor primario de la persona humana con su corolario en la tolerancia, son los elementos constitutivos del principio de igualdad jurídica: “un principio complejo, que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales.” Sólo de esta manera puede entenderse de manera sistemática el art. 1 inciso 3º con los demás

⁸³ Ver FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. 5ª Edición, Madrid, Trotta, 2001. Págs. 905-908.

derechos fundamentales, en especial los derechos sociales (art. 19 N° 2; 3; 8; 10; 11;16;18; y 19).

Así, este principio tiene una doble cara complementaria:

a) Igualdad Formal: En este sentido, igualdad y diferencias no sólo no son antinómicas, sino que se implican recíprocamente. El valor de la igualdad, según esta acepción, consiste precisamente en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás. Y esto vale para individualizar los confines tanto de la tolerancia, que reside en el respeto de todas las diferencias que forman las diversas identidades de las personas, como de lo que, al revés, reside en la inadmisibilidad de sus violaciones.

b) Igualdad Sustancial: acá la igualdad radica en el desvalor asociado a las diferencias de orden económico y social de las que provienen, los obstáculos que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana; esto es, aquellos que contribuyen a crear las condiciones sociales que permiten a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible. En este segundo sentido las diferencias, en lugar de ser rasgos de las diversas identidades de las personas, se convierten en privilegios o discriminaciones sociales que deforman la identidad y determinan la desigualdad de aquéllas, perjudicando al mismo tiempo su igual valor. Lo son aquellas que obstaculizan la vida, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas.

Con esta acepción, siempre teniendo presente la primera, se conviene que las personas deben ser consideradas tan iguales como sea posible y que, por consiguiente, no se debe prescindir del hecho que son social y económicamente desiguales. Por claridad conceptual, se consideran a estas desigualdades, y a las protegidas por la igualdad formal, diferencias.

Esta doble cara de la igualdad, si bien es complementaria, no se implican necesariamente de una forma determinada; esto es, determinada protección de la igualdad formal no implica determinada configuración de la igualdad sustancial y viceversa. No obstante, si tienen cierta conexión: la inexistencia de lo segundo implica la ineffectividad del primero y la negación de la persona como valor desde un plano fáctico; y al contrario, el no reconocimiento de la igualdad formal conlleva la negación de la persona humana como valor y deja sin fundamento la igualdad sustancial, y así su prescindencia jurídica y/o política (desde un punto de vista racional o de fundamentación). De esta manera, la cara de justicia distributiva por parte del Estado de aquellos bienes que permiten el desarrollo de la personalidad humana, es un mandato constitucional, que opera como razón adicional para delimitar, limitar o privar el derecho de propiedad privada. La justicia distributiva que implica la accesibilidad de todos a determinados bienes materiales (accesibilidad dominical) que permitan el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales es un mandato estatal que se incorporará al interior de la función social.

En palabras de la propia constitución: Es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, como promover el desarrollo equitativo y solidario del país (art. 1 inc. Final y art. 3). Es decir, es un deber del Estado promover la justicia distributiva.

De este modo, el problema previo a la determinación del contenido de la cláusula de accesibilidad dominical, cual es el de su existencia debe resolverse por su afirmativa, entendiéndola incorporada en la función social de la propiedad privada como expresión de mandatos constitucionales de actuación estatal en razón de criterios de justicia distributiva.

Esta solución no sólo se deduce de un adecuado entendimiento de la normativa constitucional como un todo coherente y sistemático, sino que también ha tenido sustento doctrinal y jurisprudencial en el derecho comparado homologable. En efecto,

en España tampoco se ha positivado una cláusula de accesibilidad dominical, pero se ha resuelto por la afirmativa con razones sistemáticas similares a las acá expuestas⁸⁴.

Concordando con aquella doctrina española en este sentido, se puede afirmar, entonces, que la función social contiene la cláusula de accesibilidad dominical en el sentido de hacer accesible a todos las personas el disfrute de de todos aquellos bienes corporales e incorporeales que permiten hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo de permitir a cada persona su mayor realización espiritual y material con lo cual se asegura su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, con especial atención en procurar un desarrollo equitativo y solidario en todas las regiones, provincias y comunas de nuestro territorio nacional.

Este tema tampoco ha sido obviado por el TCCh que, si bien con una argumentación análoga, llega a similares conclusiones decidiendo asentar dogmáticamente la accesibilidad dominical en el art. 19 N° 23⁸⁵, lo cual, a nuestro entender, sería un error, toda vez que en nuestra tradición constitucional, como en nuestra historia constitucional⁸⁶ reciente ha estado siempre asociado al derecho de propiedad privada; y, desde un punto de vista dogmático, la configuración de un sistema de adquisición del dominio que permita la accesibilidad dominical es el resultado del ejercicio de las potestades legislativas del art. 19 N° 24, y, en especial, a las referentes a la función social. Con todo, sea cual sea el asidero positivo de esta cláusula, lo cierto es que hoy es innegable su existencia.

⁸⁴ Así, Fernando Rey, A. M. López, Javier Barnés. Se debe hacer el reparo que si bien el primero concuerda con la existencia de esta cláusula, no comparte con los otros su incorporación a la función social. Sobre la discusión, las tesis de estos autores ver: REY, Fernando. La Propiedad Privada en la Constitución Española. Op. Cit. Pág. 174-183.

⁸⁵ Así señaló: "...el art. 19 N° 23 permite que con el fin de promover el acceso a la propiedad, y con ello lograr el mandato de bien común de obtener la mayor realización espiritual y material posible de las personas, el Estado diseñe mecanismos para convertir a las personas en propietarios". STC Rol N° 1298-2009-INA.

⁸⁶ Art. 10 CPR de 1925: "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 públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la comunidad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes". (El destacado es nuestro).

- Tratamiento dogmático de la función social stricto-sensu:

Este atributo de la propiedad, según Giancarlo Rolla, “impone al legislador, o al acto reglamentario, la obligación de valorar las situaciones de pertenencia y de tomar en consideración también los intereses sociales que, en las situaciones específicas, entran en juego. Es decir, el legislador debe realizar una atenta ponderación entre el interés individual y el social en relación con las características de los bienes”⁸⁷.

De esta manera, desde un punto de vista objetivo el derecho de propiedad privada tiene un aspecto invariable común a todos los regímenes propietarios que establezca la ley; con la contracara de un derecho de propiedad, como derecho subjetivo, cuyo contenido deriva de las diferentes valoraciones de los intereses que haga el legislador, especialmente en el cumplimiento de sus mandatos constitucionales.

Como explica Jesús Leguina, la Constitución ha querido que la propiedad privada, como institución jurídica y como derecho subjetivo, satisfaga simultáneamente los intereses de sus titulares y los intereses sociales o colectivos que resulten involucrados en el uso y disfrute de cada tipo de bien. Ello significa naturalmente que no es ni puede ser igual la función social que haya de cumplir la propiedad de todo tipo de bienes, cualquiera que sea la naturaleza, el género o clase a que pertenezcan, pues, como ha desarrollado la jurisprudencia constitucional española, la función social de la propiedad, con arreglo a las cuales las leyes han de delimitar el contenido propio de ésta, opera, en efecto, no sólo en *abstracto*, por así decir, para establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también en *concreto*, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 149/1991)⁸⁸.

Pero como previene Javier Barnés, “ciertamente, esa tipicidad viene determinada no sólo por la naturaleza del bien (p.ej., en el caso de la propiedad agraria o forestal) sino también por la decisión del legislador (particularmente, en las formas de propiedad que

⁸⁷ ROLLA, Giancarlo. Op. Cit. Pág. 549.

⁸⁸ LEGUINA, Jesús. Págs. 14-15

tienen un contenido artificial, como la urbana). De ahí que éste pueda imprimirle connotaciones, matices o sesgos diversos, en cada tiempo y lugar. En suma, la función social de la propiedad no se expresa con igual intensidad en todos los ámbitos. Así, mientras la propiedad sobre las cosas y, en particular, la propiedad inmueble (por excelencia, la agraria), ha sido la que tradicionalmente más ha interiorizado la función social, la propiedad intelectual e industrial parece en ciertos extremos menos «permeable», a la idea de función o hipoteca social⁸⁹.

En suma, la función social del derecho de propiedad delimitará el contenido de la propiedad privada, le dará la medida, conformará su contenido, que se manifiesta en concreto en los diferentes regímenes propietarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico (aguas, bienes incorporales, propiedad intelectual, propiedad de inmuebles declarados monumentos nacionales, etc.), de esta manera, representa una suerte de título habilitante del legislador para disciplinar el régimen jurídico de cada forma de propiedad al tiempo que constituye la medida o el criterio básico para delinear desde su interior cuál sea el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho⁹⁰. La consecuencia práctica e inmediata de lo anterior, es que el propietario está obligado a soportar, sin compensación económica, el detrimento o menoscabo que pueda experimentar su derecho, como consecuencia de las facultades legislativas en la materia, que constituyen el contenido del derecho y son expresión de la función social.

De este modo la propiedad privada se manifiesta como “atribución no incondicional al particular”⁹¹ ya que, legítimamente el legislador puede:

⁸⁹ BARNÉS, Javier. Op. Cit. Pág. 40. En el mismo sentido, respecto a la propiedad del suelo, la jurisprudencia constitucional alemana ha señalado: “El hecho de que el suelo y la tierra sean indispensables y no sean susceptibles de acrecentarse, impide por completo dejar su uso al libre juego de las fuerzas y deseos de los individuos; un ordenamiento social y legal justo obliga además a que el interés general por el suelo sea tenido en cuenta en mayor medida que para el caso de otros bienes patrimoniales”. SCHWABE, Jürgen. Op. Cit. Pág. 298.

⁹⁰ Ibid. Págs. 40-41.

⁹¹ REY, Fernando. La Propiedad Privada en la Constitución Española. Op. Cit. Pág. 360.

1.- Reducir el contenido de la propiedad (es decir, no atribuir al propietario determinadas facultades dominicales, con el límite, por cierto, de su contenido esencial. V. gr. el ius edificandi).

2.- Condicionar el ejercicio de las facultades atribuidas.

3.- E, incluso, el establecimiento de obligaciones de ejercitar o no determinadas facultades (sobre la base de una libre apreciación o de acuerdo a modalidades previamente señaladas).

Dilucidado lo que formalmente contiene la función social (facultades legislativas respectivas), cabe preguntarse sobre lo que sustancialmente se refiere (más allá de lo ya planteado como mandato al legislador de ponderar los intereses colectivos e individuales del propietario a la hora de configurar el régimen jurídico de la propiedad privada). Y es acá, donde cabe hacerse cargo del problema sobre la taxatividad de las causales que según la CPR comprende la función social. Este punto, respecto del tratamiento sistemático que acá se propone, sólo adquiere relevancia en relación a la cláusula de accesibilidad dominical.

La doctrina nacional mayoritaria, cuya síntesis puede encontrarse en los postulados de J. L. Cea⁹², plantea, principalmente, en base a argumentos de tipo originalista, que la función social sólo contendría o comprendería como causales de delimitación legislativa las cinco que expresamente se señalan (Intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas⁹³ y la conservación del patrimonio ambiental).

⁹² CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derecho, Deberes y Garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2004. Págs. 538-539.

⁹³ Esta causal ha sido (deficientemente) definida por el TCCh, señalando: “...entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes” (STC Rol N° 976-07-INA).

Pero, dicha discusión es del todo irrelevante⁹⁴, al menos, respecto a la cláusula de accesibilidad dominical. Es así, ya que no puede sino ser un interés general de la nación, cual es depositaria de la soberanía (art. 5), y por tanto, artífice de la creación del Estado al cual le otorga un fin específico (el bien común en los términos del art. 1) y lo entiende de determinada manera (servicial al ser humano), el que su creación (Estado) cumpla con el fin propio que le asignó (servicialidad). De este modo, la discusión sobre el contenido de los intereses generales de la nación no puede desvincularse, esto es, está inescindiblemente unido a los mandatos estatales constitucionalmente establecidos, como son el principio de servicialidad, solidaridad y bien común.

Esta interpretación ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia constitucional, en efecto, el TCCh en su STC Rol N° 634-2006 señaló que:

“...la Constitución reconoce la existencia de intereses que merecen protección jurídica como, por ejemplo, en el artículo 19 N° 23, que contempla la posibilidad de imponer limitaciones o requisitos a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes si así lo establece una ley de quórum calificado, por razones de “interés nacional”; o en el numeral 24, inciso segundo, del mismo artículo, cuando se define el ámbito de la función social de la propiedad precisando que comprende “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”; o, finalmente, en el numeral 24, inciso séptimo, cuando se afirma que “la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”.

⁹⁴ De hecho, el TCCh ni siquiera ha subsumido en determinada causal cada limitación de la propiedad para considerarla legítima constitucional. Así, en la STC Rol N° 1182-08-INA en donde señala la “obviedad” que significa entender que el “derecho de prenda general de los acreedores” es una legítima limitación al derecho de propiedad; o en la STC Rol N° 1564-09-INA, en donde se limita a señalar como fundamento de una limitación a la función social.

Podrá sostenerse que todas estas referencias dicen relación con intereses supraindividuales. No obstante, una interpretación finalista, como la que tradicionalmente ha propiciado esta Magistratura Constitucional, debe llevar a la conclusión de que la primacía de la persona, unida al principio de servicialidad del Estado, tal y como se consignan en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, permite que el ordenamiento jurídico reconozca y regule la protección de intereses individuales legítimos que resulten acordes con los valores y principios constitucionales. Naturalmente, cuando así no ocurre, el propio ordenamiento jurídico desplaza la protección del interés particular dando primacía a valores o principios inherentes a la misma vida en sociedad”.

(e) Facultad legislativa limitadora de la propiedad en razón de la protección al medio ambiente.

En la misma línea del proceso de transformación del concepto tradicional de propiedad privada, como se expuso en el apartado anterior, la Constitución establece el deber del Estado de preservar la naturaleza, para lo cual, no tiene tan sólo la herramienta intrínseca de configuración del derecho de propiedad privada en razón a su función social de conservación del patrimonio ambiental; sino que también la facultad legislativa de establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, y dentro de ellas, el derecho de propiedad.

De esta manera, el legislador desde dentro de la propiedad puede establecer regímenes propietarios que sean funcionales a la conservación del patrimonio ambiental y desde fuera de ella restringirla de manera específica para proteger el medio ambiente, ambas sin contraprestaciones pecuniarias públicas al particular por parte del Estado.

Esta es la única interpretación que puede darle sentido al art. 19 N° 8 inc. 2º y al art. 19 N° 24 inc. 2 en lo referente a que la función social comprende la conservación del patrimonio ambiental, toda vez que entenderlo de otra manera implicaría asignar

significados iguales a ambas, lo cual pugna con los criterios interpretativos que el mismo TCCh ha desarrollado⁹⁵.

Con todo, no obstante la propia su propia jurisprudencia referente a la interpretación constitucional, el TCCh no ha desarrollado con claridad esta distinción, incluso pareciera caer en el error de entenderlos de igual modo⁹⁶.

En suma, las delimitaciones y limitaciones configuran el derecho que será puesto en el tráfico negocial; lo que dista mucho de las privaciones que a este nivel vienen a significar un ataque externo que justifica toda una serie de garantías para el expropiado⁹⁷, lo cual se desarrolla en el siguiente apartado.

⁹⁵ A modo de ejemplo: STC Rol N° 5 y STC Rol N° 43.

⁹⁶ Por ejemplo, ha señalado: “Es del caso recordar que la propia Carta Fundamental señala, en el numeral 8° de su artículo 19, que es deber del Estado velar por que (sic) el derecho al medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, en tanto que el numeral 24° del mismo artículo entiende que la función social de la propiedad comprende la preservación del patrimonio ambiental, dentro de la cual cabe la conservación de los caudales de aguas, de lo cual deriva el deber del Estado de adoptar todas las medidas para evitar su agotamiento” (STC Rol N° 1309-2009-INA).

⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Vol. 2. 12ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2004. Pág. 242. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Vol. 2. 3ª Edición, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002. Pág. 440.

(2) Facultad legislativa de autorizar privaciones de la propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales: Las bases constitucionales de la expropiación.

Es precisamente esta institución, tan propia del Derecho Público, la que distingue el derecho de propiedad privada de todos los demás derechos constitucionales: el legislador está habilitado para autorizar la privación del derecho o de alguna de sus facultades o atributos esenciales. De esta manera “cruzar el umbral del contenido esencial supone introducirse en el espacio de la expropiación, lo que determina el deber de indemnizar”⁹⁸.

Cabe precisar que nuestra CPR expresamente no consagra la doctrina de la garantía de la integridad patrimonial⁹⁹: cuando el Estado expropia, no está en la obligación de indemnizar todos los daños que genere, sino tan sólo el daño patrimonial que efectivamente haya causado, lo que, como ha señalado jurisprudencia de los tribunales ordinarios, no incluye el daño moral, ni el lucro cesante, el daño futuro o los daños indirectos.

En nuestra CPR, esta garantía se formula en términos de una prohibición condicionada: “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 una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador” (art. 19 N° 24).

(a) La expropiación:

Es un instituto de Derecho Público mediante el cual un sujeto puede ser privado de su derecho de propiedad privada sobre un bien a favor de un sujeto diverso: en consecuencia, la especificidad de la expropiación consistiría en la transferencia

⁹⁸ BARNÉS, Javier. Op. Cit. Pág. 46.

⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Pág. 269. En especial P 276-325.

coactiva de la titularidad de la propiedad del particular al Estado¹⁰⁰. A lo que se debe agregar, que dado el texto positivo chileno, también la hay cuando un atributo o facultad esencial de la propiedad es afecta a un interés público.

De esta manera, lo que justifica la indemnización es precisamente esa transferencia patrimonial que produce un enriquecimiento en el patrimonio público¹⁰¹ por lo que debe ser la sociedad toda la que compense ese enriquecimiento al particular, pero como se hace en razón de utilidad pública o de interés nacional, dicha compensación no será total, sino tan sólo respecto del daño patrimonial efectivamente causado. Este elemento es relevantísimo, pues es lo que diferencia claramente las delimitaciones de las privaciones¹⁰²: en aquellas no existe ningún enriquecimiento del patrimonio público, tan sólo en pos de intereses sociales se regula la propiedad y, al no haber dicha transferencia patrimonial y teniendo por trasfondo tanto facultades legislativas constitucionalmente otorgadas como mandatos constitucionales expresos de actuación (servicialidad, bien común, etc.), no se justifica su compensación mediante indemnización y, por lo mismo, la CPR no la establece. En estos casos jamás existirá una ablación total de la titularidad del bien, o de alguna facultad o atributo esencial de la propiedad, como tampoco una destinación al interés público de dichos elementos patrimoniales que enriquezcan la colectividad, pues estos, que la caracterizan, de manera de hacerla reconocible, configuran los haces de contenido patrimonial de este derecho; esto se ejemplifica si se considera que el legislador civil ha reglamentado la disponibilidad de dichos haces patrimoniales¹⁰³.

¹⁰⁰ ROLLA, Giancarlo. Op. Cit. Pág. 550. En el mismo sentido el TCCh quien ha señalado que “En la expropiación, en cambio, el Estado priva a alguien de su dominio para incorporarlo a su patrimonio y luego destinarlo a una finalidad pública, definida o no previamente en detalle” STC Rol N° 1298-2009-INA, lo cual ha sido reafirmado en la STC Rol N° 1576-2009-INA.

¹⁰¹ Así lo ha reconocido la doctrina nacional: ALDUNATE, Eduardo. Op. Cit. Pág. 299. Como la doctrina comparada más autorizada: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Págs. 244-246. Quien plantea que “En efecto, donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario o de una suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica en su posición común de «gestor del público», no hay expropiación, sino actos de poder que no generan un deber de indemnizar”.

¹⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Págs. 244-246.

¹⁰³ A modo ejemplar, el derecho real de usufructo, el uso y habitación o las servidumbres convencionales.

Similar razonamiento pareciera seguir el TCCh¹⁰⁴ en la sentencia donde rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad de las cesiones gratuitas de terrenos para fines públicos a la hora de urbanizar, entre otras consideraciones, porque “lejos de constituir un daño patrimonial para el dueño procura un beneficio pecuniario para él”, esto es, no concurre una transferencia patrimonial, pero que será luego explicitado en posteriores sentencias:

“...en la expropiación el Estado adquiera la propiedad de que coactivamente ha privado al administrado [...] En la expropiación el Estado priva a alguien de su dominio para incorporarlo a su patrimonio”

¹⁰⁵

Otro importante criterio identificador de la expropiación que ha desarrollado el TCCh lo constituye su coactividad¹⁰⁶; lo que a contrario sensu lleva a afirmar que de si la causa de la privación patrimonial se encuentra en un acto voluntario, tampoco estaremos en presencia de la expropiación: la decisión de ejercicio de la potestad expropiatoria es unilateral por parte del Estado.

Inescindiblemente unido a este instituto se encuentra el pago de la correspondiente indemnización, respecto de la cual el particular expropiado tendrá siempre derecho a su pago, pero sólo respecto del daño patrimonial efectivamente causado. De esta manera, de no existir indemnización estaremos ante otra institución, mas no ante la expropiación. En el mismo sentido, García de Enterría y Fernández plantean que “la indemnización es, pues, un elemento esencial de la institución expropiatoria; si no está presente, estaremos en presencia de otra institución esencialmente diferente”¹⁰⁷. Pero a diferencia de España, acá no estamos ante una conversión del bien privado en su equivalente económico; si no que en una compensación equilibrada teniendo presente el menoscabo patrimonial del particular y las necesidades de utilidad pública o interés nacional, ante los cuales, los intereses individuales se encuentran subordinados; todo

¹⁰⁴ STC Rol N° 253-1997.

¹⁰⁵ STC Rol N° 1576-2009-INA. En el mismo sentido la STC Rol N° 1298-2009-INA.

¹⁰⁶ STC Rol N° 541-2006, STC Rol N° 552-2006 y Rol N° 1576-2009-INA.

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Pág. 277.

cual da por resultado que tan sólo se indemnicen los daños patrimoniales efectivamente causados y no todos los daños. Obviamente, lo anterior no obsta a que el legislador y/o la administración, dentro de sus respectivas facultades constitucionales, decidan ampliar los daños indemnizables; con todo, lo relevante es que aquello no lo exige la CPR.

Todos estos planteamientos han sido recogidos casi en su integridad por la importante STC Rol N° 1576-2009-INA, la cual sistematiza la posición del TCCh respecto al concepto de expropiación¹⁰⁸.

En suma, expropiación significa una transferencia patrimonial por potestad pública de un bien o facultad o atributo esencial de este derecho, de un sujeto a otro mediante la potestad coactiva estatal, en donde el particular expropiado tendría siempre derecho al pago de una indemnización por todos los daños patrimoniales que efectivamente hayan sido causados por la decisión pública y que en el procedimiento que se siga para su privación se respeten todas las garantías que la CPR establece a su respecto.

De esta manera, la expropiación tiene una doble cara: una faz objetiva que se expresa a través de la potestad expropiatoria y una faz subjetiva que se manifiesta en el cúmulo de garantías subjetivas del expropiado¹⁰⁹. Es precisamente la tensión entre ambos aspectos lo que permite comprender los principios de este régimen.

¹⁰⁸ La caracterización de esta institución que se hace en dicho fallo será analizado en el capítulo respectivo, dedicado al análisis de la nueva doctrina jurisprudencial del TCCh.

¹⁰⁹ En similar sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Págs. 213-214.

(b) Elementos de la expropiación¹¹⁰:

a) *Sujetos*:

(i) El sujeto activo o sujeto expropiante.

Es el titular activo de la potestad expropiatoria¹¹¹, el cual siempre es el Estado, y especialmente, la administración, ya sea a través de alguno de sus órganos centralizados o descentralizados.

Es aquí donde se plantea el problema de la posibilidad de leyes expropiatorias, y si nuestro ordenamiento constitucional las permite. En este sentido, la posición que aparece como más razonable es aquella desarrollada por la jurisprudencia española¹¹², que nos es del todo aplicable, en tanto se puede decir que en Chile no existe una reserva constitucional de la potestad expropiatoria a favor de la administración, pues de las normas de la CPR no se sigue su prohibición, muy por el contrario, el inciso 3º del N° 24 del art. 19 CPR establece la posibilidad de dictación de leyes de expropiación que sean especiales, esto es, determinando la expropiación del bien de que se trata en sí misma¹¹³. Ahora, ante esto se hace el reparo, por un sector de la doctrina nacional, por cuanto al reunirse en un acto las fases legal y administrativa se privaría al particular de su derecho a acudir a la judicatura para impugnar el acto expropiatorio¹¹⁴, lo cual es errado, por cuanto de no concurrir el supuesto de hecho de la norma, el particular puede perfectamente reclamar de la legalidad del acto despojatorio o vía de hecho ante los tribunales ordinarios: quien ejecute la ley expropiatoria puede apartarse de sus

¹¹⁰ Se utiliza la sistematización de NAVARRO, Enrique. La expropiación: análisis constitucional y administrativo. (Artículo facilitado por el mismo autor).

¹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Pág. 224.

¹¹² Jurisprudencia de los famosos fallos del caso RUMASA. Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit. Pág. 430.

¹¹³ De la misma posición: PEÑAILILLO, Daniel. La expropiación ante el derecho civil. 2º Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 1995. Pág. 20.

¹¹⁴ CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Op. Cit. Pág. 547.

supuestos e incurrir en vía de hecho la cual será controlada por los tribunales ordinarios de justicia según mandata la CPR.

Por último, sólo cabe señalar que la doctrina comparada más autorizada desecha la posibilidad de concebir expropiaciones judiciales, por cuanto, en estricto rigor, dichas privaciones patrimoniales no son expropiaciones¹¹⁵.

En suma, la potestad expropiatoria puede ser ejercida tanto por el legislador como por la administración, siendo este último el caso típico y el que regula el régimen general expropiatorio en nuestro derecho.

(ii) El sujeto pasivo o expropiado.

Es el particular titular del bien que sufre su transferencia coactiva por causa de interés nacional o utilidad pública o la ablación de alguno de sus atributos o facultades esenciales al momento de la toma de posesión material¹¹⁶. En tanto la condición de expropiado no es una condición personal, si no “real u ob rem (es expropiado una persona en la medida en que sea titular de los bienes o derechos a expropiar; la transmisión de tales derechos a otra persona confiere a ésta la condición de expropiado), parece claro que esta figura carece de límites subjetivos: no hay personas exentas, por razones de status subjetivos, de la posibilidad de ser expropiadas, sino sólo en función de que los bienes de que son titulares sean o no susceptibles de expropiación”¹¹⁷.

¹¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Págs. 222-223. En el mismo sentido SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit. Pág. 431.

¹¹⁶CS, 30/07/2001, Rol N° 4293-2000.

¹¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit. Pág. 432. En el mismo sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Pág. 227-231. También, entre nosotros: PEÑAILILLO, Daniel. Op. Cit. Págs. 19-20.

b) Autorización legislativa.

Esta puede ser general o especial. De esta manera, la administración requiere que el legislador autorice el ejercicio que haga de la potestad expropiatoria; o puede el mismo legislador autorizar una expropiación en una ley especial en donde establezca los bienes expropiables dejando a la administración tan sólo el deber de cumplir el mandato legal.

c) Causa expropiandi.

Siguiendo la tradición revolucionaria francesa¹¹⁸, nuestra CPR establece que sólo se puede privar a una persona de alguno de sus bienes o de alguna de sus facultades o atributos esenciales si existe un interés público que lo justifique; esto es, no puede ser un acto arbitrario sino justificado en las causales de “utilidad pública” o “interés nacional”. Cabe destacar que la calificación de procedencia de dicho interés público, que encuadre dentro de las causales constitucionales, es una facultad exclusiva y excluyente del legislador, toda vez que es la misma CPR la que lo establece expresamente. De este modo el juez o la administración son incompetentes para calificar dicha procedencia; y por tanto, la administración requerirá siempre que la ley declare la utilidad pública o interés nacional para proceder a realizar el acto expropiatorio.

Por último, debe precisarse que la CPR no exige una afectación del bien expropiado al interés público específico que justificó la expropiación, lo que es indispensable es que haya una causa de utilidad pública o interés nacional declarada por el legislador, pero ese fin público puede ser alcanzado a través de diferentes utilizaciones de los bienes expropiados, o las circunstancias de interés público pueden cambiar de manera que el bien ya expropiado sea más acorde a dichos intereses si se utiliza para un fin distinto. En suma, es indiferente a la causa expropiandi el destino que reciban los bienes expropiados, siempre que el elegido sirva al fin expropiatorio al momento de

¹¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit. Pág. 446.

consumarse la expropiación¹¹⁹. Incluso, puede ocurrir que la causal justificatoria de la ablación patrimonial haya desaparecido por completo una vez realizada la expropiación. Todo esto, ya que la causal es un requisito previo que debe existir al momento de expropiar, mas no un requisito constante que condicione los efectos expropiatorios. En otras palabras, en Chile no tiene sustento constitucional (y tampoco legal) la figura de la reversión o retrocesión^{120 121}. Así, se puede sostener entre nosotros lo mismo que ha planteado la jurisprudencia española, en el sentido de entender que la reversión es un derecho de entera configuración legal y que no se encuentra contenido en la garantía constitucional del derecho de propiedad privada¹²². Así, mientras no lo establezca el legislador o el constituyente no existirá en nuestro ordenamiento jurídico.

d) Objeto.

Según nuestra Constitución, pueden ser tanto bienes corporales como incorporales, tanto en las hipótesis de privación total del derecho, como cuando se le priva de alguna de las facultades o atributos esenciales del dominio. En efecto, pueden ser uno o varios bienes determinados, mas no la universalidad de bienes, entendido como patrimonio, por cuanto en dicha hipótesis estaríamos ante otra institución: la confiscación. Esta se caracteriza por el traspaso coactivo del patrimonio privado a la titularidad estatal de una universalidad de bienes, la cual tiene una limitada causal de aplicación por mandato expreso de la CPR¹²³.

¹¹⁹ En igual sentido LEGUINA, Jesús. Op. Cit. Págs. 23-24

¹²⁰ Como lo definen García de Enterría y Fernández; reversión es el “derecho con que se habilita al expropiado para recuperar el bien que fue objeto del a expropiación «en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante o desapareciese la afectación» (art. 54 LEF)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Págs. 326.

¹²¹ En el mismo sentido la jurisprudencia mayoritaria de la Excma. Corte Suprema. Ver. PEÑAILILLO, Daniel. Op. Cit. Págs. 36-49.

¹²² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit. Págs. 462. Con una perspectiva crítica a dicha jurisprudencia: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. Cit. Págs. 327-328. También lo plantea por separado GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después. Revista de Administración Pública. Nº 156. Septiembre- Diciembre 2001. Págs. 265-266.

¹²³ Similar delimitación conceptual realiza el TCCh en la STC Rol Nº 541-2006, en la cual se señala: “Confiscación es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “pena o sanción

e) Procedimiento.

Es el mecanismo tendiente a ejecutar la dictación del acto expropiatorio, incluyendo la impugnación judicial, la fijación de la indemnización y la toma de posesión material del bien. Se encuentra regulado en la Ley Orgánica Constitucional de Procedimiento de Expropiaciones, DL-2186. En síntesis, está sujeta a un procedimiento de Derecho Público¹²⁴.

f) Acto expropiatorio.

Es el acto administrativo específico que, ejecutando la autorización legislativa, dispone la expropiación.

g) Indemnización.

Es la compensación económica que está obligado a pagar el Estado por el daño patrimonial real o efectivamente causado, constatado y que sea una consecuencia directa e inmediata de la expropiación¹²⁵, y que para su determinación se sujeta a las normas del DL 2186.

Debe ser fijada de común acuerdo o por sentencia judicial, y ser pagada totalmente previa a la toma de posesión material del bien expropiado, en dinero efectivo al

consistente en la apropiación por el Estado de la totalidad del patrimonio de un sujeto”. En doctrina, se la considera como un apoderamiento de los bienes de una persona –generalmente cuando ellos constituyen una universalidad-, los que se traspasan desde el dominio privado al del Estado, sin ley que justifique la actuación ni proceso en que se ventilen los derechos del afectado.

[...]Que, en la especie la disminución patrimonial del obligado deriva de una sentencia dictada en un proceso cuyo procedimiento regula la ley, no compromete una universalidad de bienes y el traspaso de éstos se produce desde un dominio privado a otro.

Forzoso es concluir, entonces, que la sanción civil derivada del precepto en examen no constituye la pena de confiscación de bienes y, cuando más, incide en el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, que deriva de la función social de la propiedad, referida a su utilidad pública.

¹²⁴ STC Rol N° 1576-2009-INA

¹²⁵ CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Op. Cit. Pág. 549.

contado, a menos que las partes acuerden otra cosa, por consiguiente, como ha concluido el TCCh:

“...no es requisito de la esencia de la expropiación que el expropiado cobre y perciba la cuota al contado ni el saldo diferido de la indemnización, porque esta es decisión suya, cuya omisión es inimputable al ente expropiante”¹²⁶.

En este punto cabe analizar la discusión sobre la fórmula de cálculo de la indemnización establecida en la CPR. Este ha sido un tema muy discutido en la jurisprudencia de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, y ha sido recientemente fallado por el TCCh¹²⁷.

Los puntos críticos están en dilucidar la constitucionalidad del art. 38 del DL N° 2186; para luego, si se acepta su legitimidad, analizar, en base al desarrollo legal de la materia cuáles daños resultan indemnizables y cuales no, todo ello en el contexto de la naturaleza del instituto expropiatorio, como su fundamentación y el expreso texto constitucional.

El art. 38 del DL N° 2186 señala que:

“...cada vez que en esta ley se emplea la palabra "indemnización", debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, *y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma*”¹²⁸.

Respecto a su constitucionalidad se han planteado dos posturas:

¹²⁶ STC RoI N° 552-2006.

¹²⁷ STC RoI N° 1576-2009-INA

¹²⁸ El destacado es nuestro.

(1) Su inconstitucionalidad: Se señala, en síntesis, que la frase final de dicho artículo agregaría un requisito adicional al monto de la indemnización, de modo que no se estaría resarcando la totalidad de los daños patrimoniales efectivamente causados, toda vez que, de ellos, deberán excluirse los que no sean consecuencia directa e inmediata de los mismo. En suma, se limita la garantía indemnizatoria contrariando la CPR. Esta tesis ha sido desechada tanto por el TCCh como por la Corte Suprema¹²⁹, no obstante la Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado a su favor¹³⁰.

(2) Su Constitucionalidad: Esto ha sido ya zanjado por parte del TCCh, quien, al señalar cuáles daños deben ser indemnizados, expresó:

“Finalmente, los daños deben ser producto de la expropiación. La Constitución dice que se indemniza el daño “causado” por ella. Tiene que haber, por tanto, una relación de causalidad entre el acto expropiatorio y el daño. De ahí que el D.L. 2.186 señale que los daños deben ser “una consecuencia directa e inmediata de la misma”¹³¹.

¹²⁹ Reiteradamente aplica, sin ningún reparo, dicho artículo. A modo de ejemplo: CS, 01/10/2010, Rol N° 5902-2008.

¹³⁰ En efecto, señaló: “De lo expuesto se colige que la Carta Fundamental no exige que el daño patrimonial sea una consecuencia directa e inmediata de la expropiación, pues aquel requisito sólo es contemplado en la ley, razón por la cual el lucro cesante no queda excluido del “daño patrimonial efectivamente causado” a que alude la Constitución, de manera que, si se logra probar la certeza de que el expropiado dejará de ganar una suma al verse privado del bien de su dominio, que constará como un hecho de la causa, queda con ello establecido como daño efectivamente causado” CA Santiago, 14/04/2008, Rol N° 7228-2007.

¹³¹ STC Rol N° 1576-2009-INA. En una argumentaciones análogas, la Corte Suprema ha señalado: “La Carta Fundamental como la ley Orgánica de Expropiaciones, disponen que el expropiado tiene derecho a que se le indemnice por el daño patrimonial efectivamente causado. A su vez, el artículo 38 de este último cuerpo legal, explicita que el daño debe ser consecuencia directa e inmediata de la expropiación. En el caso sublite, frente al hecho que la propiedad quedó sin salida directa a ninguna de las carreteras, los sentenciadores estimaron que ello tenía como motivo la expropiación cuya consecuencia era la desvalorización del remanente no expropiado. Sin embargo, tal afirmación constituye un error, por cuanto la calificación de “daño directo” ha sido mal aplicada. En efecto, con la sola dictación del acto expropiatorio, no se produjo la pérdida de acceso, sino que ésta se materializó con motivo de la ejecución de las obras en la carretera. Es decir, la elaboración de su diseño fue la que tuvo incidencia en la forma de acceder, por lo que, de ninguna manera puede estimarse que la expropiación sea la *causa* directa del tema planteado” CS, 08/05/2008, Rol N° 4988-2006; “La indemnización es procedente, según el artículo 38 del decreto ley 2186, cuando existe, en primer lugar, un perjuicio, daño o detrimento en el patrimonio del afectado, esto es, cuando ha habido alteración o disminución causado por una expropiación, lo que implica la existencia de una *relación de causalidad* entre el proceso expropiatorio y el perjuicio” CS, 27/07/2004, Rol N° 212-2004 (Los destacados son nuestros). En similares términos, pero utilizando la expresión “relación de cercanía”: CS, 30/12/2003, Rol N° 3506-2003; CS, 23/10/2003, Rol N° 3956-2002.

En síntesis, es evidente que la causalidad, como elemento de imputación de la obligación indemnizatoria, alcanza tan sólo a los daños que puedan ser directa e inmediatamente atribuidos al acto de autoridad en que consiste la expropiación. En otros términos, resulta poco razonable, en el contexto de intereses sociales en juego constitutivos de mandatos constitucionales, imponer la carga al fisco de indemnizar daños que ni siquiera puedan serle atribuidos. Además es contrario al expreso texto de la Constitución, toda vez que ésta exige que los daños sean patrimoniales y efectivos, esto es, que se refiera a lesiones a una titularidad propietaria perteneciente al patrimonio del sujeto pasivo de la expropiación y no a eventuales o posibles (indirectos o mediatos) daños que pudieran tener o no una relevancia patrimonial para el sujeto.

Despejada entonces la duda sobre la constitucionalidad del art. 38 del DL N° 2.186, corresponde analizar la fórmula constitucional de indemnización en la expropiación, esto es, el alcance de la expresión “daño patrimonial efectivamente causado”.

En esta materia, el TCCh ha tenido la oportunidad de pronunciarse¹³², estableciendo una doctrina propia en la materia, que acoge cierta jurisprudencia de la Corte Suprema. Con todo, aún no se puede afirmar que se haya resuelto adecuadamente este punto, en especial, en lo referente a si es indemnizable o no el lucro cesante.

De partida, siguiendo al TCCh, es indudable que sólo se indemnizan daños, esto es, “una disminución o pérdida de valor patrimonial por el despojo de que es objeto el expropiado. Sin perjuicio, no hay indemnización. No se pueda pagar por amenaza o tentativa de expropiación”¹³³.

También es indiscutible que no se indemnizan todos los daños. “Sólo se cubren los daños patrimoniales. Con ello se excluye el daño moral”¹³⁴.

¹³² STC Rol N° 1576-2009-INA.

¹³³ Ídem.

¹³⁴ Ídem. En este mismo sentido, y con una argumentación que bien permitiría calificar el derecho de llaves como un daño moral, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló: “El derecho de llaves demandado, no cabe dentro la denominación de daño patrimonial efectivamente causado, puesto que aquel

Ya se concluyó, que, además, dicho daño debe ser directo e inmediato.

Ahora, cabe hacerse cargo de la problemática que envuelve el aceptar o no la indemnizabilidad del lucro cesante en atención a la expresa disposición constitucional.

Al respecto, se debe señalar que se han sustentado dos posturas, la que acepta que se indemnice el lucro cesante y la que lo rechaza, ambas con apoyo jurisprudencial.

(1) Indemnizabilidad del lucro cesante: Esta postura ha sido recogida en diversos fallos de la Corte Suprema y es la que adoptó finalmente el TCCh en su fallo Rol N° 1576-2009-INA¹³⁵, el argumento central está dado por entender que el daño patrimonial está compuesto tanto por lo que se pierde actualmente como las utilidades que se dejan de ganar. Incluso la Corte Suprema ha señalado que, dado que la pérdida patrimonial corresponde al valor económico de mercado del bien expropiado, se incluiría el lucro cesante, toda vez que es un elemento de aquel¹³⁶. También, en este mismo sentido, dicha Corte ha argumentado que, dado que el art. 20 del DL 2186 establece que la indemnización subroga al bien expropiado para todos los efectos legales, ella también produce los respectivos frutos civiles¹³⁷.

corresponde a una costumbre que se ha impuesto en los casos de arriendo de locales comerciales y que consiste en una cifra que subjetivamente se fija al efecto y que correspondería a la clientela que concurriría hasta el local comercial ya sea por costumbre o por la fama que haya adquirido éste. De esta manera, esta suma de dinero demandada corresponde a una utilidad que no podrá percibir, o más bien dicho, traspasar a terceros, por lo que resulta concluir que no está comprendida en las normas que autorizan la expropiación” CA, Santiago, 25/07/2002, Rol N° 829-2002.

¹³⁵ En efecto, en dicho fallo se señala: “Y de los daños patrimoniales, se indemnizan tanto el daño emergente como el lucro cesante. Esta Magistratura ha señalado que el daño patrimonial “es descrito como un empobrecimiento patrimonial, sea por pérdida o menoscabo en los bienes de la víctima del ilícito, sea por privación de la ganancia, utilidad o provecho que, de no mediar el ilícito dañoso, puede natural y previsiblemente obtener” STC Rol N° 1576-2009-INA.

¹³⁶ CS, 11/03/2010, Rol N° 1945-2008; en un sentido análogo: CS, 02/11/2004, Rol N° 2656-2004; CS, 31/08/2004, Rol N° 354-2004; CS, 27/07/2004, Rol N° 4041-2003; CS, 24/07/2008, Rol N° 212-2004

¹³⁷ CS, 28/10/2008, Rol N° 2835-2007; CS, 29/04/2008, Rol N° 707-2007; CS, 31/08/2004, Rol N° 462-2004; CS, 29/07/2004, Rol N° 167-2004; CS, 29/07/2004, Rol N° 5594-2003; CA, Santiago, 16/03/2007, Rol N° 3233-2006; CA, Valparaíso, 14/10/2005, Rol N° 1824-2004.

(2) No indemnizabilidad del lucro cesante: El principal argumento estaría dado en que estas expectativas de utilidad (ciertas o no) aún no han ingresado al patrimonio del expropiado, de modo que deja, por tanto, de ser un daño patrimonial efectivo, directo e inmediato. La razón de lo anterior está en que el derecho subjetivo de la propiedad no ampara las meras expectativas o las simples posibilidades de rentabilidad, como reconoce la Corte Suprema¹³⁸, puesto que sólo protege posiciones jurídicas patrimoniales que ya ha adquirido el sujeto¹³⁹. Igual consideración es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Alemán¹⁴⁰. Y en esta misma línea se ha pronunciado jurisprudencia de Tribunales ordinarios¹⁴¹, la cual, en un fallo de relevancia¹⁴², señala:

“De acuerdo al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y el artículo 38 del D.L. N° 2.186, el daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación es el que realmente se ha ocasionado con dicho acto, no constituyéndolo aquél que se hace consistir en haberse impedido, por al

¹³⁸ En efecto, la Corte Suprema ha señalado: “no es procedente indemnizar la desvalorización de la parte no expropiada del inmueble, ya que con ello se indemniza un daño que no proviene inmediata y directamente del acto expropiatorio” CS, 25/05/2004, Rol N° 4781-2004, en el mismo sentido: CS, 13/04/2004, Rol N° 257-2004, CA, Rancagua, 18/12/2003, Rol N° 20489. En una argumentación análoga respecto a la improcedencia de indemnizar la pérdida de capacidad de construcción en un terreno: CS, 30/12/2003, Rol N° 3506-2003. Utilizando expresiones similares: “Esto significa que el daño debe provenir en forma directa del acto de expropiación y que se debe referir al que se cause en el momento del mismo evento y no al que podría devenir, de acuerdo con consideraciones futuristas, esto es, de circunstancias que podrían concretarse o no, o eventualidades que podrían o no acaecer” CS, 30/12/2003, Rol N° 4537-2002.

¹³⁹ En igual sentido KIMMINICH, Otto. Op. Cit. Pág. 161.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ A modo ejemplar, la siguiente jurisprudencia: “Que la indemnización causada por la expropiación de un terreno debe responder al justo valor considerado al momento de ejercerse el acto de autoridad expropiatorio, lo que equivale a decir que la reparación del perjuicio corresponde a la del daño emergente ocasionado al dueño afectado y, en tanto tal, requiere ser cierto para que pueda ser indemnizado”. CA, Chillán, 16/09/2003, Rol N° 26.725. “La indemnización causada por la expropiación, debe corresponder al justo valor considerado al momento de ejercer el acto de autoridad expropiatorio, lo que significa que la reparación del perjuicio debe ser equivalente al daño emergente causado al dueño afectado y él debe ser cierto para la procedencia de la indemnización. Motivo por el que debe descartarse las meras posibilidades y ceñirse al destino real y efectivo del predio al ocurrir la expropiación, pues sólo en tal medida se repara el daño real efectivamente ocasionado con motivo del acto expropiatorio, esto es, el perjuicio directo e inmediato”. CA, Chillán, 23/12/2002, Rol N° 26.105. “la “pérdida de rentabilidad” son lucro cesante, que reiteradamente la jurisprudencia ha declarado no indemnizable en estos procedimientos” CA, Rancagua, 02/07/2004, Rol N° 21122.

¹⁴² CS, 10/05/2001, Rol N° 4545-2000.

menos ocho meses, el acceso de vehículos al local comercial de propiedad del recurrente y con ello las ventas de combustibles y servicios que no pudieron prestarse, y las eventuales ganancias”.

“En efecto, estas circunstancias no constituyen un daño real y efectivo, ya que se trata de ganancias que no se obtuvieron y que podrían haberse obtenido, por lo cual deben calificarse como lucro cesante. Además, una cosa es que un local comercial como el de la especie funcione y otra cuestión muy distinta, que obtenga ganancias; es decir, en la especie se trata sólo de meras expectativas que se confunden con la obtención efectiva de ganancias y que, como tales, son de muy difícil –si no imposible– comprobación”.

“No obstante lo anterior, hay que dejar precisado que el concepto de inmovilidad productiva que utiliza el recurrente, no conduce necesariamente a concluir en que se dejó de obtener ganancias, porque producción no equivale a utilidades, de suerte que, con otra denominación, se está invocando un lucro cesante que, como se ha dicho antes, no se dio por probado en el juicio”.

Un último argumento se haya en entender que la indemnización en la expropiación tiene una naturaleza jurídica distinta de la indemnización extracontractual, toda vez que proviene de un acto de la autoridad administrativa en ejercicio de potestades constitucionales y bajo el prisma de ponderaciones de intereses públicos¹⁴³, de modo que no puede aplicársele su lógica que excluye consideraciones colectivas en su determinación (las que son médula central de esta institución).

En suma, esta última postura, dada la argumentación ya señalada, en especial, el hecho que el lucro cesante no haya ingresado al patrimonio del expropiado y que, por tanto, al ser privado no constituya un daño efectivo, resulta ser la más adecuada en

¹⁴³ En este sentido: “En el procedimiento de expropiaciones no existe una supuesta responsabilidad extracontractual. En la especie no se trata de un problema de tal carácter, sino que de una expropiación, vale decir, un acto de la autoridad administrativa”. CS, 30/07/2007, Rol N° 4293-2000.

una sistemática acorde al texto expreso de nuestra Constitución, sólo así se puede entender la correcta afirmación de la Corte Suprema en el sentido que “la indemnización constituye una compensación, a quien ha sido privado o despojado de un bien de su propiedad. No corresponde en relación con bienes de que no ha sido privado el afectado”¹⁴⁴.

De este modo, no puede ser consistente señalar que “no resulta viable, a la luz de dicha normativa constitucional y legal, indemnizar por algo que no se ha expropiado, por que ello no constituye, en tal sentido, un daño directo ni inmediato”¹⁴⁵ y luego señalar que es procedente el lucro cesante; toda vez que el lucro cesante se caracteriza precisamente por no haber ingresado al patrimonio del sujeto pasivo al momento de perfeccionarse la expropiación. Esto es, o se indemniza el daño efectivo, directo e inmediato, como se desprende del art. 19 N° 24 inc. 3 CPR o se indemniza el lucro cesante; para esto último pueden haber poderosas razones de orden moral, pero la Constitución no la exige.

Por último, se debe hacer la prevención que desde una interpretación sistemática del DL 2186 se podría llegar a argumentar la indemnizabilidad del lucro cesante con buenas razones, como lo ha resuelto la Corte Suprema en base al art. 20 de la misma ley, pero lo que acá se sostiene es que ello, si bien pudiera constituir una exigencia legal, no lo es a nivel constitucional.

(c) Requisitos constitucionales de la expropiación.

- a) Declaración de utilidad pública o interés nacional que el legislador califica y formula, ya sea a través de ley general o especial.

De esta manera, la autorización de la expropiación es una materia reservada a la ley; la cual sólo autoriza dicho procedimiento, correspondiendo a la autoridad

¹⁴⁴ CS, 23/11/2004, Rol N° 4745-2004.

¹⁴⁵ CA, Santiago, 26/03/2009, Rol N° 11067-2005, en similar sentido: CS, 14/10/2008, Rol N° 2834-2007.

administrativa su ejecución. Esta puede disponer en forma general la expropiación de varios bienes de propiedad privada o en forma específica uno de ellos.

En consecuencia, es el legislador el único constitucionalmente habilitado para dicha calificación, de modo que el TCCh no puede controlar su contenido, tan sólo el cumplimiento de que los fundamentos para la decisión legislativa expropiatoria se hallen en dichas dos hipótesis (utilidad pública o interés nacional)¹⁴⁶, es un control meramente formal, y jamás dirigido a la sustancia de la calificación, basta, por tanto, su sola referencia. Por ejemplo, no podrá revisar si es efectiva la necesidad de interés nacional o utilidad pública que el legislador faculta a la administración a expropiar determinados terrenos para construir un puerto; pero sí podría declarar inconstitucional que se permita expropiar sin señalar causal que lo justifique.

Esta es la única solución posible, pues permitir un control sustancial implicaría permitir la revisión de la calificación legislativa, facultad exclusiva y excluyente del Congreso.

Si la Constitución no quisiera excluir a otros órganos de dicha calificación, no habría señalado que dicha ley (facultad legislativa) debe ser calificada (sustancia) por el titular de su dictación (legislador); excepción al silencio que guarda respecto a otras facultades legislativas; así, la única forma de darle operatividad a la locución “calificada por el legislador”, es negarle la posibilidad a todo otro órgano estatal (TCCh, por ejemplo) de calificar la utilidad pública o interés nacional que motiva expropiar. La única exigencia del legislador, controlable por la jurisdicción constitucional, es la expresión de causa.

¹⁴⁶ Dicha interpretación encuentra su sustento en la doctrina del principio de deferencia al legislador, cuyo fundamento último está en la presunción de validez o de juridicidad de la actuación de los órganos del Estado (esto último, reconocido en la STC Rol N° 309).

- b) Autorización, habilitación o mandato que el mismo legislador otorga a la autoridad administrativa para que expropie un bien determinado.

Como consecuencia de lo anterior, debe dictarse un acto administrativo expropiatorio que ejecute la autorización o mandato legislativo.

(3) Regulación de la propiedad / Privación de la propiedad.

Para el profesor Aldunate, en concordancia con la segunda etapa de jurisprudencia constitucional alemana en la materia¹⁴⁷, se pueden establecer criterios de diferenciación y separación conceptual entre privaciones y limitaciones, lo cual conlleva a desechar la tesis del TCCh sobre la existencia de limitaciones u obligaciones expropiatorias, esto es, la idea de regulaciones expropiatorias (como se las denomina en la jurisprudencia de Estados Unidos¹⁴⁸), según el TCCh existiría un continuo conceptual entre limitaciones y privaciones, de manera que entre una y otra habría una zona grisácea en donde las limitaciones legislativas podrían ser tan graves que se tratarían de expropiaciones de facto y que por tanto deberían cumplir los requisitos constitucionales de éstas, principalmente, a saber, el pago de indemnización. Esto es, la diferencia entre limitaciones y privaciones se reduciría a la gravedad de la intromisión en la propiedad.

Esta tesis del TCCh puede encontrarse con claridad, en varias sentencias, y se puede decir que sería ya una tesis asentada de dicho tribunal. Así, en la STC Rol N° 245-246 (acumulados) – 1996, en su considerando 34 expresa:

“Al no establecer el Decreto cómo se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho a dominio”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ ALDUNATE Linaza, Eduardo. Op. Cit. Pág. 296.

¹⁴⁸ No obstante los reparos que se pueden plantear a las tesis ahí sostenidas, una excelente recopilación descriptiva con pretensiones de sistematicidad se puede encontrar en DELAVEAU Swett, Rodrigo. Op. Cit. Págs. 411-438.

¹⁴⁹ Esta sentencia es particularmente criticable, ya que recogiendo criterios desarrollados por la Corte Suprema y con pretensiones de sistematicidad dogmática aplica el antiguo art. 41 N° 8 (actual 45 inc. 2°) en normalidad institucional. La crítica contundente a dicho razonamiento se encuentra en ALDUNATE Linaza, Eduardo. Op. Cit. Págs. 287 – 288.

Similares consideraciones pueden encontrarse en la STC Rol 334 – 2001 en sus considerandos 16 al 20, en donde, si bien se sustenta la inconstitucionalidad en la privación de un facultad esencial del dominio (disposición), lo efectivo es que no ocurre una ablación de ella, sino una excesiva regulación que implicarían una privación a juicio del Tribunal. En la misma línea en la STC Rol 506 – 2006 en su considerando 22 señaló:

“Que la distinción entre “privar” de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”. Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de

seguridad social (considerandos 19 y 20 del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334).”

Posteriormente, en esta misma sentencia utiliza el criterio de “regulaciones expropiatorias” como parámetro de constitucionalidad. Igual criterio se mantiene en la reciente STC Rol N° 1141-2008-INA, sentencia que si bien, conjuntamente a la Rol N° 506-2006, configuran una nueva doctrina constitucional en materia de propiedad en la jurisprudencia del TCCh, que más adelante se expondrá, tienen en común el aceptar la tesis de la distinción cuantitativa (y no cualitativa) entre limitaciones y privaciones.

El fundamento de dicha construcción se remonta a la importación por parte del TCCh de la doctrina del famoso fallo de la Corte Suprema “Comunidad Galletué con Fisco”¹⁵⁰, según el cual, y de acuerdo al antiguo art. 41 N° 8¹⁵¹ (actual art. 45 inc. 2º) de la CPR, es procedente la indemnización de daños causados por limitaciones a la propiedad que privan de atributos o facultades esenciales, en el contexto de estados de excepción constitucional, de modo tal que si las limitaciones “gravosas” son indemnizables en contextos de excepción constitucional tanto más debieran serlo en estados de normalidad en donde existe plenitud de ejercicio de los derechos que la CPR asegura.

La anterior argumentación estaría basada en el asentado criterio jurisprudencial de interpretación sistemática de la preceptiva constitucional; pero, como repara Eduardo Aldunate¹⁵², de quien se toman dos poderosos argumentos, no reparó en aspectos de capital importancia:

Primero, que precisamente un análisis sistemático habría considerado que entre el art. 19 N° 24 y el art. 41 N° 8 antiguo existe una diferencia estructural, cual es que en el

¹⁵⁰ CS, 07/08/1984, Rol N° 16.743-1984.

¹⁵¹ Dicha norma establecía: “8º Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. 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”.

¹⁵² ALDUNATE Linaza, Eduardo. Op. Cit. Págs. 287-288.

primero las limitaciones son establecidas por el legislador (y por tanto, ejercicio legítimo de las facultades legislativas configuradoras de los regímenes dominicales); mientras que en el segundo se refiere a intervenciones administrativas, y, por tanto, en intromisiones anómalas en la esfera subjetiva tutelada por el derecho constitucional de propiedad privada, que si bien están plenamente justificadas en un contexto de excepción constitucional, implican un detrimento en la legítima esfera del titular amparada por la CPR. Es precisamente dicha anomalía la que justifica la indemnización.

Segundo, la estructura del antiguo art. 41 N° 8 correspondía a lo que técnicamente es una intervención en sentido estricto, y, por tanto, sólo puede ser calificada en el caso concreto, como lo indica la necesaria presencia del daño como requisito de procedencia de la indemnización. La limitación, en estado de excepción, puede ser brutalmente restrictiva del contenido esencial del derecho, pero si no se causa daño, no dará lugar a la indemnización.

Ahora, si bien es cierto el sustento comparado de la figura de las regulaciones expropiatorias, y en aquello acierta el TCCh, no puede desconocerse que la minuciosa (para algunos excesiva¹⁵³) reglamentación de la CPR en la materia dista mucho de los textos constitucionales en virtud de los cuales se generó dicha figura; muy por el contrario, la efectiva reglamentación positiva de la facultad legislativa de limitación y establecimiento de obligaciones y la garantía subjetiva ante privaciones de la propiedad o sus atributos o facultades esenciales, hace poco riguroso importar aquellas figuras sin el trabajo dogmático previo de dilucidar la posibilidad jurídica de su introducción, precisamente, todo indicaría que el texto constitucional lo impide. Esto es muy relevante ya que, al menos, dada la reglamentación chilena no es posible entregar el tema al tratamiento tópico, pues ya está definido positivamente la estricta separación entre limitaciones y privaciones a la luz de las normas del art. 19 en sus numerales 8 inc. 2º, 24 inc. 2º a 3º y 26 que conforman un todo coherente y sistemático al respecto.

¹⁵³ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago de Chile, Ed. LOM, 2006. Pág. 235.

Dada la regulación de la materia, deja de ser problemática la distinción como lo es en el derecho comparado, y así, Aldunate señala que “la solución pasa, entonces, por una separación de los planos en que se evalúa la constitucionalidad de una regulación, por una parte, y la de una expropiación, por otra, o, más precisamente: por el desarrollo de criterios o estándares de control para la regulación de la propiedad (como limitación o delimitación) independientes de los efectos concretos de la misma; y, por otro lado, por el logro de precisión en el concepto de expropiación.”¹⁵⁴ De esta manera desarrolla cuatro criterios de control de regulación legislativa, los que compartimos en términos generales:

1. No afectación a la esencia del derecho, esto es, como un haz de facultades en que sea reconocibles las de uso, goce y disposición, sin condicionar la extensión de las mismas (lo relevante es la existencia del haz; esto es, que haya algún modo de ejercicio del uso, goce y disposición, siendo irrelevante para estos efectos la gravedad de la intromisión a la esfera subjetiva concreta del propietario respecto de cualquiera de estas facultades).
2. Debe ser susceptible de ampararse bajo la noción de función social.
3. De no concurrir 2, debe fundarse en la facultad legislativa de restricciones específicas a ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.
4. De no concurrir 2 ó 3, debe poder justificarse como solución legislativa para conciliar el conflicto de derechos o la armonización del derecho de propiedad con principios constitucionales.

“Entendido así, el examen de constitucionalidad de la regulación constitucional del dominio tiene siempre carácter abstracto, sin que valga, en este nivel, la consideración

¹⁵⁴ Plantea también el autor, que otro tema distinto es si, con ocasión del análisis de regulaciones de la propiedad dentro del marco constitucional, es posible encontrar casos en que, en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas (y no bajo el concepto de expropiación) surja un causa indemnizatoria para los afectados en concreto con determinada regulación. ALDUNATE Linaza, Eduardo. Op. Cit. Pág. 296.

de las variables hipótesis de hecho que podrían producir menos cabo patrimonial particularmente gravoso.”¹⁵⁵

Es por lo anterior, que resulta particularmente criticable la sentencia sobre la deuda subordinada (STC Rol 207 – 1995), pues si el examen de constitucionalidad de la regulación de la propiedad es en abstracto, no cabe duda que debe serlo más aún cuando el análisis se hace en sede de control de constitucionalidad a priori de un proyecto de ley; esto es, lo relevante es que la regulación (limitaciones y obligaciones) de la propiedad será inobjetable si pasa el test de constitucionalidad, y que para ello son razones constitucionalmente irrelevantes las posibles lesiones concretas a posiciones jurídicas subjetivas.¹⁵⁶ A este respecto cabe precisar, que lo irrelevante es a nivel de constitucionalidad de la regulación, no a nivel de responsabilidad. Constitucionalmente, esta postura aparece como la más razonable, no sólo desde un punto de vista dogmático de la propiedad, como por razones procesales constitucionales, si no también por la necesaria sistematización que requiere con el principio democrático del art. 4º, expresado en el art. 5º a propósito de la soberanía popular ejercida por las autoridades que la CPR establece, específicamente el Congreso Nacional como órgano dinamizador del ordenamiento jurídico; ya que las tesis más duras sobre los derechos adquiridos que se expresan en el fallo de la deuda subordinada conllevan a una especie de congelamiento del ordenamiento jurídico incompatible con el texto mismo de la CPR.

Por otro lado, como se expresó antes, el desarrollo dogmático comparado en el que se aceptan institutos como la regulación expropiatoria se debe a que en dichos ordenamientos no existe la densidad normativa-constitucional que existe entre nosotros.

Así, en Estados Unidos su Constitución en la Quinta enmienda establece que a nadie se le privará de la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización. Tan escueta

¹⁵⁵ Ibid. Pág. 297.

¹⁵⁶ CORDERO Quinzacara, Eduardo. Op. Cit.

regulación constitucional explica el desarrollo jurisprudencial de la “regulación expropiatoria”. Por ello, no existen razones de peso para importar dicha figura como lo ha hecho la jurisprudencia del TCCh y como lo piden directamente académicos de la línea de Fermandois y Delaveau¹⁵⁷.

Similar figura se da en Francia con la idea de “privaciones encubiertas”¹⁵⁸, que también tiene su explicación con la regulación material de la propiedad en la Constitución Francesa. En su art. 34 se refiere tan sólo escuetamente a la facultad configuradora del legislador de las directrices fundamentales del régimen propietario, es el principio de reserva legal en la materia. Mientras que las normas sustantivas más relevantes a propósito de la propiedad se encuentran en los art. 2 y 17 de la Declaración de 1789¹⁵⁹; en el primero incluye a la propiedad entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre respecto del cual es finalidad de toda asociación política su conservación; por su parte, en el segundo artículo se establece que la propiedad es un derecho sagrado e inviolable, respecto del cual nadie puede ser privado de ella si no es por causa de necesidad pública, legalmente constatada y bajo condición de una justa y previa indemnización.

Lo relevante es destacar que en ambas regulaciones no existe sustento positivo que permita establecer la distinción y separación conceptual entre regulaciones y privaciones de la propiedad o de la esencia del derecho (sus atributos o facultades entre nosotros). Ya que no tienen un similar a nuestro art. 19 N° 26, como tampoco tienen en sus textos constitucionales la función social de la propiedad, ni elevan a nivel de requisito de procedencia constitucional de la expropiación la ablación de alguna de las facultades esenciales del dominio como lo hace nuestro art. 19 N° 24 inc. 3°. Esta es una relevante razón por la cual la figura de la regulación expropiatoria no tendría

¹⁵⁷ DELAVEAU Swett, Rodrigo. Op. Cit.

¹⁵⁸ BON, Pierre. Op. Cit. Pág. 539.

¹⁵⁹ “Como es sabido, una de las particularidades de la Constitución de 1958, i.e. la Constitución actual de la V República, radica en la ausencia casi absoluta en su articulado (arts. 1 a 93) de disposiciones relativas a los derechos fundamentales. La mayor parte de los mismos se hallan reconocidos de forma indirecta a través de su Preámbulo, donde se proclama solemnemente ‘la vinculación del pueblo francés a los derechos humanos y al principio de soberanía nacional y tal como se encuentran definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946’, i.e. la Constitución del régimen anterior de la IV República. BON, Pierre. Op. Cit. Pág. 534.

cabida, ya que, las típicas hipótesis de dicha figura son solucionables con la normativa constitucional chilena ya sea como considerando algunas “regulaciones expropiatorias” como efectivas limitaciones u obligaciones de la función social de la propiedad o como privaciones de la propiedad o alguno de sus atributos esenciales: Ni en España, Alemania, Italia, Francia o Estados Unidos se establece en sus respectivas constituciones que se entra al terreno de la expropiación cuando se priva de alguno de las facultades o atributos esenciales de la propiedad. La ausencia en sus textos constitucionales de normas que establezcan como causal de expropiación la ablación de alguno de sus facultades esenciales (ya sea en su figura expresa como en la CPR o a modo de garantía general de los derechos constitucionales al modo de la cláusula de esencialidad –en el caso norteamericano o francés-) sería una importante explicación de la razonabilidad de sustentar la tesis del continuo conceptual entre regulaciones y privaciones en sus ordenamientos jurídicos y para excluirla del nuestro.

Como ya se explicó, en Alemania no existe la especificación antes mencionada, pero, no obstante ello, se llega a una solución similar a la que aquí se plantea. En efecto, se partió con una tesis similar a la del juez Holmes en *Pennsylvania Coal vs. Mahon Co.*¹⁶⁰ de la continuidad conceptual expresada entre nosotros en los fallos ya citados del TCCh; pero “a partir de dos decisiones de 1979 y 1981, (...) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha marcado un cambio de rumbo (...), desarrollando la doctrina de la separación (*Trennungslehre*), según la cual las limitaciones y expropiaciones son dos categorías conceptualmente distinguibles y separadas, de tal modo que una regulación delimitadora/limitadora (*Inhalts- und*

¹⁶⁰ “Con toda tranquilidad podríamos afirmar que se trata del “Madison v/s Marbury” de la regulación expropiatoria. *Pennsylvania Coal v/s Mahon* es el primer y más citado caso de la Corte Suprema de Estados Unidos referido a la regulación expropiatoria.” En dicho fallo, la tesis central es la siguiente: “La regla general es, al menos, que mientras la propiedad puede ser regulada a cierto punto, si esta regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación. (...) En general no es común que las desgracias del hombre o sus necesidades vayan a justificar que transfiera estos daños a los hombros de su vecino. Estamos en peligro si nos olvidamos que el fuerte deseo público de mejorar la condición pública no resulta suficiente para garantizar la obtención de este deseo, mediante un atajo distinto a la vía constitucional de pagar por ese cambio...”. DELAVEAU Swett, Rodrigo. La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana. Op. Cit. Pág. 415 – 416.

Schrankenbestimmung) de la propiedad no puede llegar a transformarse en una expropiación.”¹⁶¹

En conclusión, no se ven razones de peso para mantener la figura foránea de las regulaciones expropiatorias o privaciones encubiertas en nuestra jurisprudencia constitucional; muy por el contrario, el TCCh tiene el desafío de desarrollar una dogmática propia de la regulación constitucional nacional según exige el propio texto de la CPR.

Ahora, no puede desconocerse que en muchas legislaciones sectoriales para casos que, según los criterios anteriores, no serían hipótesis de privaciones, si no de delimitaciones, ha sido el legislador el que, no obstante no estar obligado constitucionalmente a establecerlo, por consideraciones de orden político o de conveniencia social ha señalado la procedencia del pago de indemnización.

Si bien, la jurisprudencia nacional que ha acogido la tesis contraria, que por lo demás es el origen de la doctrina del TCCh en la materia, tiene por importante confesor al destacado civilista y profesor Daniel Peñailillo, quien plantea que en aquellos casos de limitaciones gravosas “la situación no parece justa”¹⁶², y ha sido la misma Corte Suprema la que, en el famoso caso Galletué con Fisco, decidió otorgar la procedencia de la acción de cobro de perjuicios en base a razones de equidad y justicia¹⁶³. Esto es, son razones extrajurídicas las que llevan a sustentar esas tesis, pero no el riguroso trabajo dogmático de hacerse cargo de las particularidades del texto constitucional.

¹⁶¹ ALDUNATE Linaza, Eduardo. Op. Cit. Pág. 296.

¹⁶² PEÑAILILLO, Daniel. Op. Cit. Pág. 66.

¹⁶³ CS, 07/08/1984, Rol N° 16.743-1984. Considerando 9°.

B. La propiedad privada como derecho subjetivo.

(a) Titularidad del Derecho de Propiedad Privada.

La identificación de la calidad de titular de los derechos del art. 19 con la de persona natural, en nuestra CPR, no es una afirmación de validez general; no obstante, el primario constitucionalismo de las Declaraciones de fines del siglo XVIII, asoció los derechos fundamentales a los hombres en cuanto hombres y miembros de la comunidad política.¹⁶⁴

Es la redacción y características propias de cada derecho las que determinan su titularidad en nuestra CPR¹⁶⁵. Respecto de nuestro tema surge la interrogante de si, además de las personas naturales –nacionales y extranjeras-, pueden ser titular de derecho de propiedad privada en los términos del art. 19 N° 24 personas jurídicas -nacionales y extranjeras- y/o personas simplemente morales.

(1) Personas morales: son aquellos colectivos que carecen de personalidad jurídica. La escasa dogmática constitucional nacional en el tema es unánime en reconocer que tales asociaciones pueden tener el carácter de titular de derechos del art. 19¹⁶⁶ (por ejemplo, la familia –art. 19 N° 4-).

Como ya se explicó, el derecho de propiedad privada en tanto no es un derecho que sea inherente a la persona humana, puede perfectamente tener por titular una persona moral. Dicha titularidad no puede sino ser a modo de comunidad, en tanto lo que el art. 19 N° 24 ampara es la propiedad, mas no la posesión. Por este motivo el ejercicio de la acción de protección procede por afectaciones que reúnan las cualidades del art. 20, esto es, tan sólo cuando sea posible cualificar como derecho indubitado el derecho de propiedad privada que se está amenazando o perturbando (lo cual se reafirma por las

¹⁶⁴ ALDUNATE, Eduardo. La Titularidad de los Derechos Fundamentales. Op. Cit. Pág. 188-189.

¹⁶⁵ Ibid. Especialmente Págs. 193-197.

¹⁶⁶ Ibid. Pág. 193. En el mismo sentido, según cita Aldunate, Nuñez Poblete y Soto Kloss.

características propias de esta acción constitucional¹⁶⁷). Así, a modo de ejemplo, sería perfectamente procedente la legitimidad activa en el recurso de protección por parte de los herederos como copropietarios de la masa hereditaria ante amenazas, perturbaciones o privaciones por actos u omisiones arbitrarias o ilegales de alguna autoridad pública; por lo demás, el Estado tiene el deber constitucional de proteger las familias y propender a su fortalecimiento¹⁶⁸.

Lo anterior, lleva a excluir la hipótesis de titularidad singular de un bien que se pone a disposición de un grupo; pues en dicho caso, el titular del derecho constitucional será la determinada persona y no la colectividad.

(2) Personas Jurídicas de Derecho Privado¹⁶⁹: No obstante los derechos fundamentales¹⁷⁰ están vinculados de manera directa a la noción de dignidad humana, servicialidad del Estado, universalidad de estos derechos a todas las personas naturales; en la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada se ha discutido la cualidad de titulares de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas de derecho privado, siendo en general admitida la afirmativa. Así, en Alemania, por texto constitucional expreso, en España por un desarrollo jurisprudencial, y entre nosotros parece ser un lugar común la afirmativa, tan así que ni siquiera ha generado la polémica que ha causado en otras partes.

¹⁶⁷ ZÚÑIGA, Francisco. El recurso de protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Año 14, Número 2, 2007. Págs. 131-157.

¹⁶⁸ QUEZADA, Flavio. Concepto Constitucional de Familia. En Debates Jurídicos y Sociales. Universidad de Concepción. Año 1 N° 1, 2008. Págs. 35 – 45.

¹⁶⁹ No obstante la jurisprudencia constitucional alemana ha aceptado la titularidad de derechos fundamentales para personas jurídicas de derecho público en casos excepcionalísimos, mediando al respecto norma constitucional expresa al respecto que puede llevar a dicha construcción; en nuestro país, como en España se ha rechazado directamente. Las objeciones son tanto de texto positivo como por razones de orden teórico. Así, ALDUNATE, Eduardo. Op. Cit. Págs.198-199; también, REY, Fernando. La propiedad privada en la Constitución Española. Op. Cit. Págs. 233-248. Respecto del derecho europeo GÓMEZ MONTORO, Ángel. La Titularidad de Derechos Fundamentales por Personas Jurídicas: un intento de fundamentación (1). Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. N° 65. Mayo-Agosto, 2002. Págs. 49-105.

¹⁷⁰ A este nivel, se torna irrelevante la distinción entre derechos fundamentales y derechos no fundamentales constitucionales, como es la propiedad.

El profesor Aldunate, siguiendo a Gómez Montoro, sintetiza la problemática en los siguientes términos: “Si, primariamente, se les otorga a los derechos fundamentales el carácter de derechos innatos, y se les vincula de manera directa a la noción de dignidad humana, no es posible afirmar, con carácter general, que las específicas formas de colaboración individual a las que el ordenamiento otorga el carácter de personas jurídicas gocen, ellas mismas, en cuanto tales personas jurídicas, de derechos fundamentales. Nuestras disposiciones constitucionales ofrecen una constelación de preceptos que da cuenta fielmente de una visión de los derechos constitucionales como derechos reconocidos a los individuos; la relación del artículo 19 con las disposiciones del artículo 1º, inciso I, en que se alude a derechos innatos de las personas, y del artículo 5º inciso II, en que se alude a los derechos que emanan de la naturaleza humana, son fuertes argumento a favor de restringir la titularidad de los derechos fundamentales a los individuos de la especie humana”¹⁷¹.

No obstante lo anterior, si bien nuestra CPR no define la persona jurídica ni garantiza de modo expreso su existencia y status respecto del Estado, en equivalencia al de las personas naturales, cabe afirmar que existe un claro fundamento constitucional de las personas jurídicas de Derecho Privado, lo cual explica que nuestro TCCh las haya elevado a categoría de titulares de derechos fundamentales, de manera implícita en sus fallos, y que ello no haya generado polémica en nuestro ambiente jurídico.

Los argumentos que se pueden plantear son, principalmente, tres:

- i. La regla de la no distinción: donde no ha distinguido la CPR, no le cabe al interprete distinguir; por tanto, si el art. 19 establece un catálogo de derechos asegurados a todas las personas, y no se excluye a las jurídicas, no cabe entonces excluirlas por vía interpretativa.
- ii. La filosofía inspiradora del Texto Fundamental dista mucho de un liberalismo individualista extremo, a la hora que reconoce la autonomía de

¹⁷¹ ALDUNATE, Eduardo. Op. Cit. Pág. 195.

los cuerpos intermedios para la consecución de sus fines, y reconoce el derecho de asociación sin permiso previo (art. 1º inciso 3º y art. 19 Nº 15).

- iii. El Estado, según el art. 1º inciso 4º, está mandatado a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece; a la vez que aquellos derechos, no sólo debe respetarlos, sino también promoverlos, según establece el art. 5º inciso 2º. De esta manera, el Estado debe crear las condiciones que permitan el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual, respecto de la libertad económica tan sólo puede hacerse mediante la protección y promoción de su típica forma asociativa: las sociedades (típica persona jurídica de derecho privado).

Así, puede concordarse con lo señalado por Gómez Montoro: “hoy puede afirmarse que en el origen de toda persona jurídica-privada está el ejercicio de un derecho fundamental o, en otros términos, que el negocio jurídico por el que se crea una entidad moral es al mismo tiempo manifestación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados”¹⁷². Pero con todo, su fundamento sigue siendo mediato o indirecto, por cuanto el reconocimiento de su titularidad dice relación con el efectivo ejercicio de derechos fundamentales por parte de personas naturales¹⁷³. Por ello, la titularidad no es amplia, sino restringida a aquellos derechos que por su naturaleza le sean aplicable en vistas de las razones que justifican su titularidad.

En suma, se concluye, vía interpretación, la misma construcción jurisprudencial española que ha sido reconocida de manera expresa en la Ley Fundamental Alemana en su art. 19 i. III “Los derechos fundamentales rigen también para personas jurídicas en la medida en que le sean aplicables según su naturaleza”. Similar disposición se

¹⁷² GÓMEZ MONTORO, Ángel. Op. Cit. Pág. 86.

¹⁷³ Ibid. Pág. 95.

encuentra en el art. 12 i. II de la Constitución Portuguesa¹⁷⁴. Así, aparte de los casos en que el propio Texto Constitucional reconoce la titularidad de derechos a personas jurídicas, resulta en otros del contenido de la protección del respectivo derecho.

En esta misma línea puede colocarse la jurisprudencia del TCCh, que si bien no ha desarrollado una doctrina expresa respecto de la problemática de la titularidad, ha tenido la ocasión de analizar el tema en relación a la autonomía de los grupos intermedios y la libertad para la consecución de sus fines¹⁷⁵.

Entonces, lo que cabe analizar en seguida, es si dada la naturaleza del derecho de propiedad privada y su consagración constitucional, son las personas jurídicas de derecho privado titulares de este derecho a nivel constitucional.

Respecto a la titularidad del derecho constitucional de propiedad privada, una importante razón de texto para sustentar la tesis afirmativa está en el art. 19 N° 15 inciso 2º, en tanto establece que las asociaciones pueden gozar de personalidad jurídica en conformidad a la ley; luego, la forma en que dichas organizaciones ejercen dicha personalidad, en el ámbito de las relaciones intersubjetivas horizontales o particulares, es a través del ejercicio de la potestad negocial (circulación de bienes). Esto es resultado de una sistematización entre la libertad económica –art. 19 N° 21-; y el deber del Estado de reconocimiento y amparo de los grupos intermedios, garantizándoles su adecuada autonomía – art. 1 inciso 2º-. La afirmación anterior, a su vez, supone titularidades sobre los bienes transferibles, con lo cual, el fundamento último para la efectividad de los anteriores enunciados iusfundamentales se encuentra en aceptar la titularidad de personas jurídicas sobre derechos de propiedad privada. En síntesis, las personas jurídicas son titulares de dominio en los términos constitucionales¹⁷⁶.

¹⁷⁴ En el mismo sentido ALDUNATE, Eduardo. Op. Cit. Pág. 197. También en la afirmativa, pero no en estos términos: CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004. Pág. 46.

¹⁷⁵ STC Rol N° 226-1995.

¹⁷⁶ ALDUNATE, Eduardo. Op. Cit. Págs. 195-201.

Cabe, con todo, hacer la prevención que plantea el constitucionalista español Fernando Rey Martínez refiriéndose a la propiedad sobre los medios de producción: “Recordemos, no obstante, que en este tipo de propiedad (la preponderante en las sociedades capitalistas desarrolladas) la función personal que cumple (en cuanto proyección de la libertad en el ámbito económico) es mínima en comparación con la denominada precisamente propiedad personal, por lo que las posibilidades de su conformación normativa de acuerdo a criterios de función social por el legislador son mayores”¹⁷⁷. No obstante las precisiones que se pueden plantear en nuestro contexto jurídico positivo respecto a la propiedad privada como proyección de la libertad en el ámbito económico, dicha posición es sustentable entre nosotros en base, principalmente del principio de servicialidad en los términos antes explicados¹⁷⁸.

(b) Sujeto pasivo.

A este respecto, es indiscutible que es el Estado el llamado a respetar la propiedad privada, como así también todas las demás personas jurídicas de derecho público. Estos son los obligados de modo directo. Esto no es más que expresión de los principios de constitucionalidad y legalidad del actuar público.

Por otra parte, dado el desarrollo legal a este respecto, tampoco parece cuestionable el hecho que los particulares (personas naturales, jurídicas o morales) también se encuentran en una situación pasiva respecto al titular dominical (v. gr. piénsese en los delitos patrimoniales o en la vetusta acción reivindicatoria). Pero el alcance de esto, por cuanto se trata de un derecho constitucional, establecido con un rango superior vinculante a toda la normativa, obliga plantearse la discusión referente al efecto que los derechos constitucionales tienen en las relaciones interparticulares.

¹⁷⁷ REY, Fernando. La propiedad privada en la Constitución Española. Op. Cit. Págs. 240-241.

¹⁷⁸ Véase en especial la nota N° 12. Es decir, el fundamento de ser presupuesto de la libertad es una discusión a nivel de derechos sociales como aseguramiento al acceso de bienes materiales que permitan el efectivo ejercicio de la libertad; mas no a nivel de la propiedad privada. Con todo, es un tema que requiere tratamiento aparte.

A este respecto, se debe partir con la advertencia que lo planteado previamente sobre la no fundamentabilidad de la propiedad privada, a este nivel aparece como irrelevante, pues el presupuesto básico del problema es la consagración constitucional de dichos derechos en un texto que goza de supremacía y obligatoriedad. Es por ello, que a este nivel de la discusión, el distinguir entre derecho constitucional no fundamental y derecho fundamental pierde relevancia. En otras palabras, la CPR vigente es normativa y, además, contiene una ordenación dominical precisa y determinada (aunque, por supuesto, abierta y determinable). Por ello, hay que plantearse, en el nuevo marco de relaciones Constitución/Código/Ley especial, el problema de la eficacia del derecho constitucional de propiedad privada en el tráfico jurídico privado.

Este problema surge, como antes se explicó, con el constitucionalismo de entreguerras, con la Constitución de Weimar se produce un cambio radical en los sistemas jurídicos occidentales consistente en la constitucionalización del derecho privado¹⁷⁹.

Desde dicha experiencia comparada, los textos constitucionales establecen regulaciones de las relaciones particulares-particulares, en donde los derechos fundamentales se convierten en áreas excluidas no sólo de las decisiones públicas, sino también de las decisiones privadas, de manera que se convierten en un límite ya no sólo para los poderes públicos, sino también para los poderes privados¹⁸⁰. Es lo que se conoce en Alemania como “Drittwirkung der Grundrechte” o eficacia hacia terceros de los derechos fundamentales¹⁸¹.

A su respecto existen, según Christian Starck, varias doctrinas pero que producen siempre como resultado “el determinar la medida de la vinculación a los derechos fundamentales entre los particulares por medio de una legislación de Derecho Privado

¹⁷⁹ COLINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 46.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Op Cit. Págs. 47-48.

¹⁸¹ STARCK, Christian. Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. N° 66. Septiembre-Diciembre, 2002. Pág. 65.

que sea conforme a los derechos fundamentales, o por medio de las sentencias de la jurisdicción civil, que sean igualmente conforme a estos derechos”¹⁸². Según el autor, los derechos fundamentales, en cuanto Derecho Constitucional gozan de un rango jurídico superior al Derecho ordinario, y en consecuencia también al Derecho Privado, no es posible impedir la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado.

Algunas constituciones ya lo han establecido expresamente, como el art. 35 de la nueva Constitución federal suiza (1998) que señala: “los derechos fundamentales deben aplicarse a todo el ordenamiento jurídico”. Y “las autoridades deben velar para que los derechos fundamentales, en la medida en que sea adecuado, sean efectivos también entre los particulares”. Pero no sólo en Suiza se deciden a favor de los derechos fundamentales los conflictos entre estos y el Derecho Privado, también son entendidos así los deberes de los Estados derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸³.

El tema de la influencia de los derechos fundamentales en la normativa privada ha tenido su desarrollo más avanzado en Alemania, y a su respecto su doctrina y jurisprudencia ha desarrollado dos posturas más menos diferenciables¹⁸⁴:

- (1) *La doctrina de la eficacia inmediata*: Esta vinculación se derivaría de la función que los derechos fundamentales tienen como principios jurídicos objetivos para todo el ordenamiento jurídico. Una variante de esta doctrina encuentra su fundamento en la garantía estatal de la autonomía privada. El Estado tiene que respetar los derechos fundamentales, a través de la regulación jurídica, de las sentencias judiciales y de la ejecución forzosa cuando se mueva en el campo del Derecho Privado: es decir, eficacia hacia terceros sobre la legislación estatal y sobre la jurisdicción en el ámbito civil. La fuerza de la doctrina de la vigencia inmediata de los derechos fundamentales en el Derecho Privado hay

¹⁸² Ibid. Pág. 66.

¹⁸³ Ibid. Pág. 75.

¹⁸⁴ Ibid. Pág. 66-69.

que verla en que su influencia alcanza en igual medida a la legislación y a la aplicación de la ley.

(2) *La doctrina de la eficacia mediata*: Esta doctrina sobre el orden jurídico privado emplea conceptos jurídicos abiertos, que necesitan ser «rellenados», para así introducir en la interpretación de las normas de Derecho Privado los valores de los derechos fundamentales. Se fundamenta en que el Derecho Privado y la Constitución no están el uno junto al otro sin relacionarse, sino que los derechos fundamentales, en cuanto orden objetivo de valores, tienen vigencia en todos los ámbitos del Derecho.

Sin embargo, ambas doctrinas no se alejan mucho, así lo sostiene Nipperdey¹⁸⁵, el fundador de la doctrina de la eficacia inmediata hacia terceros, en tanto dan cuenta de un cambio de significado de los derechos fundamentales con la Ley Fundamental de Bonn. Pero el mismo autor limita claramente este cambio de significado, en el sentido de que sólo “alguna prescripción de los derechos fundamentales...junto a su carácter de derecho fundamental tiene la importante función de principio inmediatamente vigente para el conjunto del ordenamiento jurídico y con ello también del Derecho Privado”. Con ello se piensa claramente en una especial influencia de los derechos fundamentales en la legislación y en la interpretación de las cláusulas generales del Derecho Privado.

En síntesis, en lo que ambas doctrinas concuerdan es que la interpretación que se haga de casos de derecho privado implican un doble test por parte de la dogmática¹⁸⁶: (1) Verificar que en el caso concreto se hayan cumplido las exigencias legales aplicables; (2) Ponderar si la solución encontrada al tenor del Derecho Privado están en concordancia con el orden de valores de los derechos fundamentales.

¹⁸⁵ H.C. NIPPERDEY: «Die freie Entfaltung der Persönlichkeit» en K. A. BETTERMANN y H.C. NIPPERDEY (eds): Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Vol. 4, Tomo 2, Berlín, 1962, págs. 748 y siguientes. Citado en STARCK, Christian. Op. Cit. Pág. 67.

¹⁸⁶ Dada la complejidad, amplitud y relevancia de este tema en el ámbito de la interpretación jurídica aplicable a un caso concreto (en la hermenéutica jurídica jurisdiccional) no será tratado, de modo de centrarse en las nuevas exigencias de la interpretación doctrinaria.

El TCCh ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema a propósito del derecho a la salud en el sistema de AFP (STC Rol N° 976-2007), en un polémico fallo se manifiesta de manera clara asumiendo la doctrina alemana del “Drittwirkung der Grundrechte”, su postura puede sintetizarse con dos considerandos, en donde plantea:

“Que, con sujeción al artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía;” para más adelante afirmar “Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos;” de lo cual sigue razonando “Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella. En este sentido, pertinente es recordar la reflexión de autorizada doctrina, en uno de cuyos libros se lee que esa cualidad de la Ley Suprema:

“apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y obligación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones “inter privados”) de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla –ni por acción ni por omisión–” Germán Jr. Bidart Campos: El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 88-89;”.

Si bien de los planteamiento anteriores se puede seguir posturas similares a la doctrina de la eficacia inmediata; lo que nos importa recalcar es el planteamiento de esta magistratura a la hora de afirmar que la CPR “irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella”. Esto es, incluso el Derecho Privado se ve irradiado por los Derechos Fundamentales, de manera que ninguna de sus normas puede contradecirlos.

Lo anterior no puede obviar la doctrina ya asentada en nuestra magistratura constitucional sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, de modo que, teniendo presente el asiento o fundamento positivo tanto del efecto hacia terceros de los derechos constitucionales como de la presunción de constitucionalidad, deben ambas posturas conciliarse.

El principio de presunción de constitucionalidad ha sido planteado, entre la constante jurisprudencia al respecto, a propósito del proceso de declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 116 del Código Tributario, convirtiéndose dicho fallo en el que asienta esta doctrina del Tribunal¹⁸⁷ en la nueva magistratura post-

¹⁸⁷ “Que, por otra parte, debe considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta Fundamental.” STC Rol N° 681-2006. Considerando séptimo.

reformas constitucionales del 2005. Este principio lo ha definido en los siguientes términos (STC Rol N° 309-2000):

“Que el primero se ha denominado de “presunción de constitucionalidad” por algunos y “presunción de legitimidad”, por otros, vinculándose estrechamente con el que unos últimos denominan “de conformidad a la Constitución”. Sin embargo, cualquiera que sea la denominación, lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella. Este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre si y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley. Este principio ha sido constantemente aplicado por este Tribunal como lo evidencian las sentencias dictadas en las causas Roles N°s. 257, 271, 293 y 297, entre otras;”.

Por tanto, si la ley goza de presunción de constitucionalidad, y los derechos fundamentales influyen en las relaciones de privados y en la normativa aplicable a ello; entonces, lo más razonable ante ambos planteamientos parece ser la postura menos ambiciosa respecto al efecto “irradiador” de los Derechos Fundamentales, la cual, al menos, bien puede sostener que la interpretación de la normativa privada aplicable a las relaciones privados-privados debe realizarse conforme a los preceptos constitucionales; esto es, si determinada normativa permite una interpretación en diversos sentidos, la más correcta jurídicamente será la que más se ajuste a las exigencias normativas de estos derechos. Este es el nuevo desafío del Estado Constitucional de Derecho ante el cual el Derecho legalmente desarrollado no puede estar ajeno.

Así, la postura más adecuada jurídicamente es la que surge de la compatibilización de las doctrinas del TCCh sobre la eficacia hacia terceros de los derechos establecidos en la CPR y la presunción de constitucionalidad de la ley que, a su vez, impiden importar la doctrina de efecto inmediato de los primeros.

(c) Las garantías individuales del derecho de propiedad privada.

El derecho subjetivo de propiedad privada se desprende del enunciado mismo del art. 19: “La Constitución asegura a todas las personas: 24º El Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

Respecto de este derecho la CPR establece las siguientes garantías:

1.- Prohibición de deslegalización: aparece como una garantía para las personas, en tanto tener una reserva legal conlleva las garantías propias de la ley en sentido material (generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad)¹⁸⁸ (art. 19 N° 24 inciso 2º).

2.- Prohibición a los poderes públicos de privación de la propiedad, del bien sobre el que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, si no media una autorización legislativa que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional. (Art. 19 N° 24 inciso 3º)

3.- Tutela judicial ante ilegalidades del acto expropiatorio. (art. 19 N° 24 inciso 3º)

4.- Derecho a la indemnización previa a la toma de posesión material del bien expropiado por el daño patrimonial efectivamente causado. (art. 19 N° 24 incisos 3º y 4º).

¹⁸⁸ Ver el desarrollo crítico al concepto de ley tradicional y la síntesis de conceptualización en base al texto constitucional, en ZÚÑIGA, Francisco. Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. 2º Edición, LexisNexis, Santiago, 2007. Págs. 77-93.

5.- Tutela judicial ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales que impliquen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos, mediante la acción constitucional de protección. (art. 20)

6.- Tutela judicial ante daños ocasionados por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades por falta de servicio. (art. 38 inciso 2º y art. 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; art. 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; y art. 42 de la Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud).

7.- Tutela judicial ante privaciones del dominio o de alguna de sus atributos o facultades esenciales ocasionados por el Estado-Legislator.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Ver especialmente Ibid. Págs. 116-128.

V. EL OBJETO DE LA PROPIEDAD PRIVADA.

(a) Consideraciones generales.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha generado una diversificación de los estatutos de propiedad en atención al objeto sobre el que recae el derecho, que se resiste en ocasiones a su unificación conceptual¹⁹⁰. O, como ha planteado el TCCh, “La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad ‘en sus diversas especies’. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure”¹⁹¹.

El concepto unitario de propiedad se abandona a favor de la idea de la diversidad de propiedades, según sea la naturaleza del objeto, lo cual implica que con cada situación jurídica habrá de tener un contenido diferente¹⁹².

Sin embargo, por más que se predique la diversificación, este punto de vista presupone, como un a priori lógico, una idea central de la propiedad, a partir de la cual se enjuicien los diferentes estatutos. Esta idea central, para Fernando Rey, hoy no es otra que la propiedad privada constitucional, cuyo contenido esencial y cuya exigencia de tutela judicial unifican los diferentes estatutos dominicales que se derivan de los diversos objetos posibles del derecho¹⁹³. Y, respecto al texto chileno, incluso propiedades privadas constitucionales encuentran su “idea central” en el contenido establecido en los primeros cinco incisos del art. 19 N° 24.

Como bien distingue Fernando Rey, no se puede confundir objeto de la propiedad privada con su contenido¹⁹⁴, pues mientras lo primero es la esfera espacial y temporal

¹⁹⁰ En la misma línea: REY, Fernando. La propiedad privada en la Constitución Española. Pág. 253.

¹⁹¹ STC Rol N° 1298-2009-INA

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Ibid. Pág. 254.

¹⁹⁴ Idem.

de autodeterminación configurada por el art. 19 N° 24 inc. 1° al 5°, mientras que lo segundo es el haz de facultades jurídicas otorgadas al titular del derecho para defender aquella esfera, lo cual debe ser funcional a los intereses colectivos, como ya se desarrolló en el capítulo anterior.

Dicha esfera espacial y temporal está delimitada por la misma CPR, la cual, a diferencia de otros textos, señala expresamente el objeto del derecho ya que el art. 19 N° 24 asegura a toda persona “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”.

La primera consecuencia necesaria de este primer inciso está en el reconocimiento expreso que este es un derecho de configuración legal, de modo que no existe un modelo legal único que haya sido alzado como común y de cualidad constitucional, sino que su contenido es delimitado por el legislador. Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia del TCCh, como ya se mencionó.

Lo segundo, que dicha esfera espacial y temporal se amplía a “toda clase de bienes” ya sean “corporales e incorporales”.

No es problemática, por ser algo de “sentido común” en la comunidad, la relación jurídica que se plantea entre el contenido (facultades) del derecho que se ejerce sobre el objeto del derecho (esfera espacial y temporal). Lo problemático se halla cuando el contenido se ejerce sobre un objeto constituido por contenido de otros derechos. Esto es, cuando el objeto está constituido por bienes incorporales.

En este respecto, la jurisprudencia del TCCh ha tenido un avance argumental de envergadura en la misma línea de lo acá planteado, al señalar que:

“...debe tenerse presente que la Constitución, en el número 24° de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para la propiedad sobre bienes corporales y para la que recae en bienes incorporales, por lo

que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de cada una de ellas”¹⁹⁵.

En consecuencia, el quid del tratamiento dogmático de la propiedad sobre derechos está en dilucidar cuáles son las diferencias “ineludibles” o estructurales de su propia “naturaleza” que la distingue del dominio tradicional.

Como ya se señaló al inicio de este trabajo, uno de los puntos críticos que requiere dilucidación dogmática es cómo juega todo lo anteriormente desarrollado respecto de los bienes incorporales, así, nos detendremos en la famosa discusión sobre “la propietarización de los derechos”.

(b) La propietarización de los derechos.

El entendimiento de este punto crítico como algo problemático en nuestro ambiente jurídico ya se hizo patente en la conocida discusión entre los profesores Vergara y Soto Kloss de 1992¹⁹⁶.

Fue ahí donde se hizo famosa la frase académica que bautizó el fenómeno jurisprudencial de explosión en la extensión del amparo judicial de las esferas dominicales privadas referentes a bienes incorporales: la propiedad sobre derechos como “la propietarización de los derechos”.

¹⁹⁵ STC Rol N° 1309-2009-INA

¹⁹⁶ En dicha discusión sostuvo el profesor Vergara que lo que él denomina “la propietarización de los derechos” y su amparo jurisdiccional vía recurso de protección en base al derecho de propiedad privada, es “abiertamente corrosiva del concepto de propiedad, constituyendo a la vez un vicio dogmático y una relajación de este concepto”, a lo cual Soto Kloss refuta afirmando que aquello sería la esencia del derecho. Ver VERGARA BLANCO, Alejandro. La propietarización de los derechos. Propiedad sobre los derechos. En Informe Constitucional, Doctrina Constitucional, Informe 322, Santiago, 1 de junio de 1992; e Informe 323, Santiago, 2 de junio de 1992; y SOTO KLOSS, Eduardo. En Informe Constitucional, Doctrina Constitucional, Informe 329, Santiago, 10 de junio de 1992.

Por su parte, el profesor Brahm ve en la jurisprudencia alemana de entreguerras un importante desarrollo de este fenómeno como especie de freno ante las tendencias socializadoras de la época. Ver BRAHM, Enrique. La propietarización de los derechos en la Alemania de entreguerras. Revista Chilena de Derecho, vol. 19 N° 3, 1992. Págs. 411-414.

El hecho de este fenómeno ha sido visto con ojos críticos por parte de la doctrina en cuanto sería el efecto de un relajo jurisprudencial en la técnica jurídica, y en parte un relajo dogmático en los demás operadores jurídicos.

Tan así, que el profesor Vergara planteó que no sólo se generalizó la figura, sino que también se hizo un abuso de ella, pues no sólo se ha extendido a los derechos, sino a otras formas, técnicas o situaciones.

Así, sólo a modo de ejemplo: propiedad sobre el empleo, sobre una concesión, sobre una concesión de un bien nacional de uso público, la calidad de estudiante universitario, la del subarrendatario para usar el bien raíz, sobre la función de empleado público, sobre beneficios previsionales, etc¹⁹⁷.

De esta manera, el profesor Vergara concluye que el anterior fenómeno condujo a la propiedad, entre nosotros, a una crisis dogmática.

Destacados autores nacionales asumieron el reto y han aportado importantes luces para ir analizando la problemática de la propiedad de bienes incorporales. Así, Enrique Barros, Andrés Jana y Juan Carlos Marín en 1996, el primero en un artículo y los segundos en una obra conjunta, han abordado de manera destacada el problema¹⁹⁸.

Se plantea que los derechos personales tienen una diferencia interna respecto de los derechos reales, y ella sería la contingencia del efectivo cumplimiento de la prestación que éste representa, en estos derechos su titularidad es perfectamente compatible con el incumplimiento.

Es por ello, que el legislador civil los trata como “una especie de propiedad”, frase que echa luces sobre cómo entender su protección constitucional.

¹⁹⁷ Ver las abundantes citas en: VERGARA BLANCO, Alejandro. Op. Cit. Pág. 4.

¹⁹⁸ BARROS, Enrique. El recurso de protección como medio de amparo de los contratos. En Instituciones Modernas del Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago, 1996. Págs. 322-336; y JANA, Andrés y MARIN, Juan Carlos. Recurso de protección y contratos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

Cuando el art. 19 N° 24 establece la protección constitucional del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes incorporales no puede estar diciendo que garantiza el efectivo cumplimiento de las prestaciones que representa el derecho, por cuanto ello no es posible en atención a las características propias de estos, muy por el contrario, desde una perspectiva subjetiva, siguiendo a Barros¹⁹⁹, lo que se ampara es la titularidad del derecho (esta tesis ha sido asumida por el TCCh²⁰⁰); a lo cual debemos agregar que desde una perspectiva objetiva lo que se resguarda es la existencia de amparo a dicha titularidad, esto es, la existencia de la institución de la propiedad privada sobre bienes incorporales entendida como el régimen jurídico que permita resguardar la titularidad de dichos derechos.

Así, lo criticable (desde un punto de vista dogmático) no sería la existencia de propiedad sobre derechos, si no la extensión del amparo más allá de la titularidad abarcando incluso posiciones o situaciones que afectan la contingencia del cumplimiento. Lo primero no sería problemático pues, independientemente de nuestras preferencias sobre cómo debería ser el derecho, la CPR sí garantiza la titularidad; y lo segundo sería de verdad el fenómeno de la propietarización como causa corrosiva del tratamiento dogmático de la propiedad en tanto extiende la garantía de esta a hipótesis no constitucionales.

Ahora, como ya se explicó antes, la utilidad individual (uso, goce y disposición) y la función social constituyen el contenido constitucional de la propiedad privada en su régimen general, y que en cuanto tal, constituye también los elementos mínimos configuradores del dominio sobre bienes incorporales desde la óptica del art. 19 N° 24.

Este aspecto, que puede parecer una obviedad ante todo lo antes desarrollado, no ha sido tan claro dentro del fenómeno de la propietarización, pues se han planteado

¹⁹⁹ BARROS, Enrique. Op. Cit. Págs. 326-327.

²⁰⁰ Así lo reconoce el TCCh al razonar que no se vulnera el derecho de propiedad sobre bienes incorporales nacidos del contrato de concesión si no se desconoce su titularidad (STC Rol N° 694-06 y 695-06 acumulados). En el mismo sentido, respecto de la titularidad sobre derechos provisionales (STC Rol N° 1260-08-INA).

hipótesis jurisprudenciales que amparan situaciones con consecuencias patrimoniales pero que no tienen naturaleza propietaria o dominial.

Así, cuando se acepta la existencia de un derecho de propiedad sobre el bien incorporal “empleo” o “matrícula universitaria”, se podrá elucubrar sobre la posibilidad de su ejercicio con función social, se podrá incluso plantear que caben ejercicios de uso y goce de dichos derechos, ¿pero puede plantearse que se puede disponer de ellos?... y ha sido tradicionalmente dicha facultad la más identificadora del derecho de propiedad: la facultad de disposición identifica al propietario, quien podrá desprenderse de las de uso o goce en relación a su utilidad individual, pero a la hora que pierde la de disposición, pierde la propiedad. Cabe precisar que las prohibiciones de enajenación ya pactadas, ya legalmente establecidas, no constituyen una privación de esta facultad siempre que sean temporales, no indefinidas y dentro de márgenes de tiempo razonables.

Por ello, en una buena línea, sentencias de la Corte Suprema han planteado:

“Que el derecho a la función y a la permanencia en el empleo no puede ser considerado como un bien incorporal integrante del derecho de propiedad, al carecer en sí de un valor pecuniario, ni ser transferible o transmisible, atributos propios del dominio, por lo cual no se estima lesionada la garantía constitucional del art. 19 N° 24”²⁰¹.

²⁰¹ CS, 21/01/1999, Rol N° 206-99, confirma la sentencia de la CA, Concepción 05/01/1999, Rol N° 290-98. El destacado es del autor que las cita. Citado en ALDUNATE, Eduardo. Tutela jurisdiccional y configuración constitucional del derecho de propiedad. En BORDALÍ, Andrés (coordinador). Justicia constitucional y derechos fundamentales. 2ª edición, Santiago, Ed. Lexis Nexis y Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007. Pág. 162. En un mismo sentido la Corte Suprema ha señalado: “...salta entonces a la vista la impropiedad de alegar un supuesto derecho de dominio respecto del cargo que han desempeñado en las filas de la institución policial los recurrentes, ya que ello importaría que éstos, en relación a sus cargos, han podido usar, gozar y disponer arbitrariamente de los mismos. Esto significa, ni más ni menos, que se sostiene que podrían vender, ceder dichos cargo o realizar a su respecto cualquier otro acto jurídico, lo que no puede ser más ajeno a la naturaleza jurídica de un empleo en una entidad pública, cualquiera que ella sea” CS, 10/06/2010, Rol N° 32-59-2010. En idénticos términos pareciera razonar el TCCh, quien, a propósito de una discusión similar, señala: “sobre el empleo público no tiene el funcionario un derecho de propiedad homologable al que tutela el numeral 24° del artículo 19 constitucional, sino un derecho a la función, el que se traduce en su permanencia en el cargo respectivo mientras no se configure una causal legal de cesación en el mismo, que es lo que ha acontecido

En el mismo sentido, también afirmó:

“Que la propiedad o dominio protegido por la Carta Fundamental se refiere a un derecho de directo contenido patrimonial, transferible, transmisible, renunciable y prescriptible, que puede recaer sobre cosas incorpóreas, pero que no se extiende a cualquier beneficio, prerrogativa o interés que corresponda a un titular...”²⁰².

Teniendo lo anterior por presupuesto, bien ha concluido el TCCh señalando:

“...la propiedad no se extiende a factores subjetivos o de orden afectivo o personales que impliquen un valor del bien por sobre el precio de mercado, a voluntad de su propietario”²⁰³.

En la misma línea se ha pronunciado el TCCh cuando declara que existe derecho de propiedad del trabajador sobre sus cotizaciones provisionales por cuanto se trata de “*un derecho de claro contenido patrimonial*”²⁰⁴.

En suma, se puede establecer que la propiedad privada constitucional sobre bienes incorpóreas garantiza su titularidad y la existencia del régimen dominical sobre dicha titularidad, a la vez que se le aplica a su respecto el contenido general de la propiedad

en el caso materia de nuestro examen. No es, pues, el derecho a la función un derecho incorporado al patrimonio de su titular, ni mucho menos un derecho negociable como lo es el de dominio, sino un derecho estatutario, por entero sometido a la regulación unilateral del legislador, propia del Derecho Público”; rechazando así una supuesta vulneración al derecho de propiedad privada (STC Rol N° 1133-08-INA). En el mismo sentido, se señala que no estaría amparado por las garantías propietarias derechos de carácter no patrimonial en las STC Rol N° 1424-09-INA y STC Rol N° 1490-09-INA.

²⁰² CS, 09/07/1997, Rol N° 1700-97, confirma la sentencia de la CA, La Serena 19/05/1997, Rol N° 21334. El destacado es del autor que la cita. En ALDUNATE, Eduardo. Op. Cit. En un mismo sentido se ha señalado por la jurisprudencia: “Respecto de la invocación del derecho de propiedad del alumno sobre su calificación, debe señalarse que no es posible apreciarla desde el punto de vista patrimonial, puesto que para ello sería necesaria la asignación a ésta de una estimación pecuniaria, lo que no es procedente porque dicho acto sólo dice relación con la evaluación de los conocimientos del alumno” CS, 31/08/2010, Rol N° 2921-2010.

²⁰³ STC Rol N° 1204-08-INA.

²⁰⁴ STC Rol N° 519-2006.

privada de los primeros cinco incisos del art. 19 N° 24. El contenido patrimonial directo de estos derechos constituye un elemento diferenciador de otras situaciones con consecuencias patrimoniales que no constituyen derechos subjetivos amparados por la garantía.

(c) La función social en el derecho de propiedad sobre bienes incorporales.

Como antes ya se expuso, la función social es parte integrante del contenido esencial de la propiedad privada constitucional y es también un potente título habilitante al legislador para configurar los regímenes propietarios.

Dicha funcionalización debe también ser aplicada a los bienes incorporales, según ha reconocido expresamente la jurisprudencia del TCCh, en un giro argumentativo de envergadura, según más adelante se explicará.

Así lo dice expresamente en la sentencia STC Rol N° 505-2006, en su considerando décimo séptimo:

“Tampoco hay nada en la naturaleza del derecho de propiedad sobre bienes incorporales que impida limitarlos en razón de la función social de la propiedad”.

Idéntico razonamiento sigue en la sentencia STC Rol N° 506-2006, el cual ha sido reafirmado recientemente en la STC Rol N° 1309-2009-INA.

De esta manera, ya no cabe duda de la operatividad de la función social en los bienes incorporales, de manera que su configuración legal tiene por título habilitante de establecimiento de obligaciones y (de)limitaciones a esta institución.

(d) Las diversas especies de propiedad.

El ejercicio de las facultades legislativas configuradoras de los regímenes dominicales ha dado por resultado diversas especies de propiedad que tienen sus estatutos propios y, por consiguiente, sus particulares problemáticas constitucionales, esto último constituyendo la parte especial del derecho de propiedad privada constitucional.

A modo enunciativo y ejemplificador se expondrán diversos regímenes propietarios, haciendo referencia a las normas centrales de estos:

- Propiedad indígena, Ley N° 19.253.
- Propiedad intelectual, regulada en el art. 19 N° 25 inc. 1º, 2º y 4º y Ley N° 17.336.
- Propiedad industrial, regulada en el art. 19 N° 25 inc. 3º y 4º y DFL N° 3 de 2006
- Propiedad de bienes declarados monumentos nacionales, Ley N° 17.288.
- Propiedad urbana, Ley General de Vivienda y Urganismo DFL N° 458, con su respectivo desarrollo reglamentario (Decreto N° 47 del ministerio del ramo, entre otros) y Ley N° 18.101 que fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos.
- Propiedad rural, regulada, entre otros, en diversas artículos del Código Civil, el DL N° 993 que fija disposiciones especiales sobre arrendamiento de predios rústicos, medierías y otras formas de explotación por terceros; el DL N° 574 sobre la propiedad austral; el DL N° 3.557 sobre protección agrícola; Ley de Bosques Decreto N° 4.363; y DL N° 3.516 sobre división de predios rústicos.
- Propiedad sobre concesión minera, regulada en el art. 19 N° 24 inc 6º al 10, el Código de Minera y su respectivo reglamento.
- Propiedad sobre derechos de aprovechamientos de aguas, regulada en el art. 19 N° 24 inc.11, el Código de Aguas y su respectivo desarrollo reglamentario.
- La copropiedad inmobiliaria, Ley N° 19.537.

- La propiedad familiar, regulada por los respectivos mandatos constitucionales en este sentido, el Código Civil en sus art. 141 a 149 y la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.
- La propiedad fiscal, DL N° 1.939.
- La pequeña propiedad raíz, DL N° 2.695.

VI. COMENTARIOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA.

La nueva magistratura constitucional post-reforma del 2005 ha realizado un giro jurisprudencial de gran envergadura en su entendimiento del derecho de propiedad; dando un tratamiento mucho más sistemático a este derecho, de manera que cada vez aparece con más fuerza la idea que es posible sostener la existencia de una doctrina del TCCh en nuestro tema.

Si bien es discutible la existencia de una “doctrina jurisprudencial” en la materia hasta antes de la reforma del 2005, los lineamientos pueden encontrarse, principalmente en dos fallos: el referente a la deuda subordinada, redactado por el Ministro García Rodríguez, Rol N° 207 de 1995 y el de las playas, redactado por la Ministra Bulnes Aldunate, Rol N° 245-246 –acumulados- de 1996.

El golpe certero a las posiciones pre-reforma, se inicia con el fallo sobre el proceso modernizador del Puerto de Arica Rol N° 467-2006, redactado por el Ministro Navarro Beltrán; se va consolidando con los fallos de las eléctricas Roles N° 505-2006 y 506-2006, ambos redactados por el Ministro Correa Sutil, avanzándose en este camino con los nuevos fallos sobre playas, Roles N° 1141-2008 y 1215-2008-INA, también redactados por el Ministro Correa Sutil, y las cuestiones de constitucionalidad planteadas por un grupo de senadores respecto de la Ley General de Educación del mismo año, Rol N° 1361-2009, redactado por los Ministros Navarro y Carmona.

Dicho proceso parece encontrar su síntesis o culminación en las sentencias (redactadas por el Ministro Carmona) Rol N° 1298-2009-INA, la que aporta revolucionarias tesis como conclusiones decantadas de la argumentación previa que se iniciara post-reforma; como también la sentencia Rol N° 1309-2009-INA en materia propiedad sobre bienes incorporales; finalizando con la Rol N° 1576-2009-INA que da luces sobre las bases constitucionales de la expropiación.

Si bien, el mismo Tribunal arguye que sus nuevas atribuciones habrían sido decisivas para su giro, la verdad es que tan sólo ahora la jurisprudencia ha sido capaz de delimitar las características del control de constitucionalidad y su aplicación respecto a los derechos fundamentales. Esto, pues sólo ahora el Tribunal ha establecido los elementos configuradores del control de constitucionalidad en abstracto y en concreto (nueva atribución post-reforma), cuestión que en los fallos de la deuda subordinada y de las playas es impresionantemente soslayado, o al menos, oscurecido. De esta manera, no es que las nuevas atribuciones hayan traído por consecuencia el giro, si no que el Tribunal, enhorabuena, ha comenzado a asumir sus desafíos dogmáticos poniéndose al día en relación a la jurisprudencia constitucional comparada en la materia.

i. Jurisprudencia pre-reforma de 2005.

Los tópicos tratados en la materia, previa Reforma Constitucional de 2005, podrían ser caracterizados como un régimen ultratuitivo de la propiedad privada, que iba más allá del propio texto constitucional, que dejaba inoperante la función social, contra la uniforme jurisprudencia de la misma magistratura en materia de hermenéutica iusfundamental²⁰⁵, confundiendo el análisis abstracto de normas con el concreto, como también el lugar dogmático de la expropiación y la responsabilidad del estado administrador, como el ámbito aplicativo del actual art. 45 inc. 2.

1. Fallo de la deuda subordinada:

Esta sentencia, en sede de control de constitucionalidad a priori, ante el requerimiento formulado por diversos diputados, establece la inconstitucionalidad de un proyecto de ley que derogaba el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada, según la cual

²⁰⁵ En sus primeros años, el Tribunal asentó por criterio hermenéutico el analizar la Constitución como un todo coherente y armónico, en donde se encuentra vedado al intérprete en su labor dejar sin efecto algún precepto constitucional. Así, los Roles N° 5 y 43 como el puntapie inicial de esta doctrina.

los accionistas preferentes tienen el derecho de acordar por mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas que gocen de preferencia en la Junta General de accionistas no repartir dividendos, produciéndose por el sólo ministerio de la ley su capitalización y emitiéndose con cargo a ella acciones preferidas con derecho al total de los dividendos.

Las razones, a nuestro entender, relevantes dogmáticamente para acoger el requerimiento son básicamente dos:

(i) Se entiende que, en virtud de la incorporación a los contratos de la legislación vigente en el momento de su celebración, los particulares se hacen propietarios de derechos adquiridos sobre aquella, basándose en el principio de la confianza legítima de las personas en la estabilidad del ordenamiento jurídico. De manera que si el legislador quiere cambiar la normativa debe expropiar dichos derechos con todas las garantías constitucionales respectivas²⁰⁶. Por tanto, al haber sólo una ley derogatoria, y no expropiatoria –con su correspondiente indemnización-, sería inconstitucional por vulnerar la garantía constitucional del derecho de propiedad privada sobre bienes incorporales.

Esta síntesis reconstructiva puede ver su fundamento en los siguientes pasos argumentativos del fallo:

“CUADRAGESIMOPRIMERO.- Que, por las mismas razones, no puede sino entenderse que el accionista que fue llamado a participar de esta inversión con las características excepcionales así configuradas, lo hizo tanto teniendo en consideración esas condiciones y características como **con la certeza de incorporarse a un régimen legalmente establecido que contemplaba precisamente esas condiciones**. No se incorporaba a una actividad económica reglada por las normas que comúnmente se

²⁰⁶ Principalmente, (i) Indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado; (ii) Reclamación judicial ante ilegalidad del acto expropiatorio.

aplican a ella, sino a una operación especialmente tipificada, con rasgos y caracteres propios que le daban un sistemático tratamiento;”²⁰⁷.

Para más adelante sostener:

“QUINCUAGESIMOPRIMERO.- Que de cuanto precedentemente se ha expuesto, se concluye que desde el momento en que los inversionistas en acciones preferidas de la banca endeudada con el Banco Central celebraron sus contratos de adquisición de acciones, aceptando por consiguiente los estatutos respectivos, adquirieron simultáneamente el derecho a que los dividendos de esas acciones podrían llegar a ser capitalizados y transformarse en nuevas acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en los excedentes. De esta manera, ellos actuaron con **la certidumbre conferida por la ley y el contrato suscrito de la aplicación de un régimen de normalidad de participación en las inversiones futuras así generadas**. Este derecho a emitir su voto en la Junta de Accionistas para dar origen a esa capitalización y efectivamente así aprobarla, **se incorporó desde su mismo inicio, a su derecho de dominio sobre los bienes que así estaba adquiriendo**, llevando asimismo implícito desde ese propio momento el que esas nuevas inversiones tendrían el régimen de participación normal referido;”²⁰⁸.

De esta manera, expone en el considerando sexagésimo:

“Debe tenerse presente que, en todo caso, ese menoscabo sólo permitiría al legislador establecer esas limitaciones u obligaciones y **no la privación de derechos adquiridos que es lo que el proyecto de ley contempla.**”²⁰⁹.

²⁰⁷ El destacado es nuestro.

²⁰⁸ Ídem.

²⁰⁹ Ídem.

Con lo cual le permite sostener la existencia de derecho de propiedad sobre la legislación vigente:

“SEXAGESIMOTERCERO.- Que fue precisamente el hecho de celebrar el contrato de adquisición de las referidas acciones preferidas lo que determinó indefectiblemente la incorporación al patrimonio de los accionistas **de los derechos establecidos en la legislación vigente a la época de su adquisición**. Fue efectivamente aquel hecho, la circunstancia fáctica con aptitud suficiente para traer como consecuencia **la incorporación inmediata de un derecho de carácter patrimonial, protegido por la garantía consagrada en el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política y, por lo tanto, estableciendo una limitación a las atribuciones del legislador en el sentido de carecer de facultades para alterarlo, menoscabarlo o anularlo por una norma posterior;**²¹⁰.

Y sustenta lo anterior, en donde queda en evidencia el principio de confianza legítima, en lo siguiente:

“SEXAGESIMOSEPTIMO.- Que, asimismo, la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la **seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza** de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que

²¹⁰ Ídem.

aquéllas con las cuales quién los realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior, que tal como se ha reconocido en el Derecho Comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la **retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución;**²¹¹.

(ii) En razón de lo anterior, se seguiría, no obstante no expresarse en el fallo, que la función social que permite establecer limitaciones y obligaciones no indemnizables en la propiedad privada no tendrían cabida en materia contractual, constitucionalizándose así una especie de intangibilidad de los contratos vía interdicción de la retroactividad de la ley basado en el principio de confianza legítima.

2. Fallo de las playas:

En esta sentencia, en sede de control de constitucionalidad a posteriori de un Decreto Supremo, en base a requerimientos formulados por un grupo de senadores y diputados se pide que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1 de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, el cual desarrollaba el art. 13 del Decreto Ley 1.939, de 1977, en donde se establece el deber de los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos de facilitar de manera gratuita el acceso a éstos, para afines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

Los criterios centrales para admitir la inconstitucionalidad del decreto, pueden ser sintetizados en las siguientes ideas centrales:

²¹¹ Ídem.

(i) Hace suya la idea de regulaciones expropiatorias desarrolladas en el derecho comparado (especialmente en la jurisprudencia norteamericana²¹²), según las cuales existiría un continuo conceptual entre limitaciones y privaciones, de manera que entre una y otra habría una zona grisácea en donde las limitaciones legislativas podrían ser tan graves que se tratarían de expropiaciones de facto y que por tanto deberían cumplir los requisitos constitucionales de éstas, principalmente, a saber, el pago de indemnización. En suma, la diferencia entre limitaciones y privaciones se reduciría a la gravedad de la intromisión en la esfera subjetiva del propietario.

Así, en la STC Rol 245-246 (acumulados) de 1996, en su considerando 34 expresa:

“Al no establecer el Decreto cómo se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir **en la práctica** más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho a dominio”²¹³.

(ii) Lo anterior encontraría sustento constitucional en la antigua disposición del art. 41 N° 8, referente a los estados de excepción (actual art. 45 inc. 2º) en donde se establece que las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley y que también darán derecho a aquellas 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. Por tanto, si en estado de excepción (en donde las facultades intromisivas a esferas tuteladas constitucionalmente se amplían) se indemnizan las limitaciones dañosas, más aún debiera hacerse en estados de normalidad constitucional.

²¹² No obstante los reparos que se pueden plantear a las tesis ahí sostenidas, una excelente recopilación descriptiva con pretensiones de sistematicidad se puede encontrar en DELAVEAU Swett, Rodrigo. Op. Cit. Págs. 411-438.

²¹³ El destacado es nuestro.

(iii) Cada vez que un decreto supremo (o ley) establezca una regulación expropiatoria o privación será inconstitucional si no establece expresamente el deber indemnizatorio.

Así, en la STC Rol 245-246 (acumulados) de 1996, en su considerando 42 expresa:

“Que, interpretando las normas constitucionales en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran el texto, este Tribunal estima que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, **sin pago de indemnización**, atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado;”²¹⁴

De esta manera, la posición pre-reforma configura un régimen ultratuitivo de la propiedad privada con las siguientes características:

(i) Van más allá del propio texto constitucional:

En este punto, nos remitimos a todo lo expuesto respecto a la corrección dogmática de distinguir cualitativamente entre delimitaciones/limitaciones de la propiedad privada con sus privaciones que se hiciera al tratar la expropiación, de manera que no es rigurosa la importación de la figura de las “regulaciones expropiatorias” como lo hace esta jurisprudencia.

(ii) Deja, en la práctica, inoperante la función social en materia contractual:

En síntesis, de tener presente que casi toda limitación causará algo reclamable como “daño”, se tiene que difícilmente podrá el legislador ejercer sus facultades propia de todo régimen democrático, como tampoco el Presidente de la República en su

²¹⁴ Ídem.

deber de ejecutar la ley, por cuanto cada vez que se quiera modificar el ordenamiento jurídico, se deberá tener que pagar indemnizaciones; más aún respecto de la facultad legislativa, y reglamentaria ejecutiva de ella, en la adecuación de los regímenes propietarios a la realidad social cambiante y a los intereses generales mediante la función social. En la práctica, se le impone una exigencia adicional extraconstitucional a la función social.

Esto aparece, de manera casi evidente, en el fallo de la deuda subordinada, en donde se sigue de su razonamiento una tesis de intangibilidad de los contratos incompatible con la función social en esta clase de propiedad.

(iii) Contradican la jurisprudencia uniforme en materia de hermenéutica constitucional:

Como en el mismo fallo de las playas se cita: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía”, de manera que ningún precepto puede dejarse sin efecto vía interpretativa. Tesis desarrollada en el Rol N° 33, de 1985 y mantenida hasta hoy.

Se contradice esta tesis, a la hora que dejan sin efecto la facultad legislativa configuradora de los regímenes propietarios consistente en la potestad de establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y sus limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, que permite al legislador adecuar esta institución a la realidad histórica cambiante.

(iv) Confunden el análisis abstracto de normas con el concreto, escapando del ámbito de sus competencias:

El Tribunal sostiene que el régimen configurado para los accionistas preferentes configuraría un todo sistemático, coherente y excepcional. Y parecería entonces, que

dicha excepcionalidad, como especie de “privilegio legal”, otorgaría la propiedad sobre el derecho que se pretendía derogar. Así lo sostiene:

“TRIGESIMO.- Que, consiguientemente, la situación comprendida en la cuestión de constitucionalidad promovida, no afecta normas legales aplicables a la regulación de la generalidad de las instituciones bancarias o financieras, así como tampoco corresponde a la totalidad de las personas que tengan la calidad de accionistas de entidades bancarias. Su ámbito, está restringido a un **determinado y particular grupo de accionistas de también determinadas entidades bancarias, ya que sólo para las situaciones que a unos y otras afectaba se dictó la disposición de la Ley N° 18.401 que el proyecto busca derogar;**²¹⁵.

Lo anterior no puede si no desmentirse, por cuanto la ley analizada, como el mismo fallo lo reconoce, se le aplica a un grupo de personas, que no perderán su derecho, si no que lo verán restringido en su ejercicio: no pierden sus acciones, si no la facultad de ejercer uno de sus derechos de accionistas de determinada manera.

Pero, con todo, lo más interesante es el criterio de la “excepcionalidad”, que no se da en el caso, y es forzada en el razonamiento del Tribunal, por cuanto su aplicación es respecto de aquel grupo de personas que se han sometido a un régimen determinado atendidas ciertas circunstancias históricas que lo justificaron; de manera que no siendo un privilegio que podría caer dentro del ámbito de lo arbitrario, era una modalidad de ejercicio de un derecho legal de los accionista a la cual se podía optar para incentivar la inversión en el mercado bancario; de manera que, perdiendo su justificación material, el legislador es plenamente libre para adecuarlo a la nueva realidad social.

Por lo demás, ni siquiera debió considerarse las concretas posiciones subjetivas afectadas con el proyecto derogatorio, por cuanto, cuando se realiza un análisis de

²¹⁵ El destacado es nuestro.

constitucionalidad de una norma, este es abstracto, pasando ello a ser irrelevante, y así a desbordar de manera amplia y flagrante su ámbito competencial.

Esto lo vemos en el considerando cuadragésimoquinto en su parte final, en donde se establece lo siguiente:

“CUADRAGESIMOQUINTO.- Que, como es obvio, la **incidencia** que tendría una modificación de los derechos inherentes a las acciones a las que se concedió el tratamiento tantas veces indicado en los considerandos precedentes, tiene, asimismo, **una natural repercusión en la entidad bancaria emisora de esas acciones**, ya que, en virtud de las consecuencias aplicables al derecho a votar y decidir de esos accionistas, se producirán para el respectivo banco efectos directos en sus procesos de capitalización y de proyección operacional consiguiente. De esta manera, **la cuestión que afecta a las personas accionistas**, hará que consecuentemente sean también afectadas las instituciones bancarias pertinentes, forjándose para unos y otros los respectivos efectos económicos;”²¹⁶.

Esto es, el Tribunal considera no sólo la afectación concreta de posiciones subjetivas; si no también, sus efectos en la entidad bancaria. Consideraciones del todo ajenas al control abstracto de constitucionalidad, consistente, como el mismo Tribunal lo ha planteado últimamente, en un cotejo hermenéutico entre el precepto legal y el Texto Fundamental, de manera que, si ninguna interpretación hace salvar su constitucionalidad²¹⁷, no podrá ingresar al ordenamiento jurídico, criterio planteado en la jurisprudencia pre-reforma²¹⁸ y reconocido post-reforma²¹⁹.

²¹⁶ Ídem.

²¹⁷ STC Rol N° 1361-2009.

²¹⁸ A modo de ejemplo, Rol N° 5 sobre el Control de Constitucionalidad de la LOC de Concesiones Mineras.

²¹⁹ Así, a modo de ejemplo, Rol 1243, de 2009 sobre el Control de Constitucionalidad de la Ley que establece los nuevos Tribunales Tributarios y Aduaneros.

(v) Confunde el lugar dogmático de la expropiación en relación a la responsabilidad del estado administrador:

Toda vez que si se establece en una ley una expresa facultad reglamentaria ejecutiva, y en el respectivo reglamento o acto administrativo se vulnera un derecho fundamental, por la doctrina de la responsabilidad del estado administrador será procedente la indemnización respectiva para resarcir el daño. Por tanto, no es inconstitucional por no establecer el deber indemnizatorio, si no el establecimiento de irresponsabilidad o la negación directa de dicha garantía individual.

(vi) Confunde el ámbito aplicativo del antiguo art. 41 N° 8 (actual 45 inc. 2°):

Si bien es cierto que establece la indemnizabilidad de limitaciones, en el contexto de estado de excepción, ello se realizaría a través de actuaciones administrativas y no legislativas; de manera que sigue siendo coherente con la configuración constitucional general del derecho de propiedad del art. 19 N° 24 en donde se impide la intromisión a las facultades o atributos esenciales a los órganos administrativos sin el debido sustento legal, pero se permite la configuración legislativa, siempre que no constituya una ablación de alguno de ellos, en donde el Presidente de la República sólo tiene facultad normativa ejecutiva de ley del art. 32 N° 6²²⁰.

ii. Jurisprudencia constitucional post-reforma 2005.

La anterior jurisprudencia sufrirá un cambio revolucionario, de las cuatro tesis anteriores, tres serán cambiadas en el sentido totalmente contrario, dándole un tratamiento mucho más sistemático a este derecho.

Los cambios se inician con los fallos de las eléctricas de 2007 (Roles N° 505 y 506) y del puerto de Arica en 2006 (Rol N° 467), avanza con los nuevos fallos de las playas

²²⁰ En el mismo sentido, ALDUNATE, Eduardo. Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. Revista Op. Cit. Págs. 287-288.

de 2009 (Roles N° 1141 y 1215) y las cuestiones de constitucionalidad de la Ley General de Educación del mismo año (Rol N° 1361), culminando en las sentencias Rol N° 1298-2009-INA, sobre el DL 2695; Rol N° 1309-2009-INA en materia propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas; finalizando con la sentencia Rol N° 1576-2009-INA en materia de expropiación.

La nueva doctrina pueda sintetizarse, de manera reconstructiva, en cuatro puntos:

(i) Se admite la legitimidad constitucional de limitaciones en razón de la función social en derechos de propiedad sobre bienes incorporales emanados de contratos. Se echa por tierra los esbozos de la idea de la intangibilidad de los contratos.

Así lo dice expresamente en el primer fallo de las eléctricas (Rol N° 505) en su considerando décimo séptimo:

“Que si bien existen diferencias evidentes en la propiedad que puede ejercerse sobre bienes corporales e incorporales, la Constitución, en el número 24 de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para ambas especies de propiedad, por lo que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de una y otra. En lo que importa al caso, el numeral 24 del artículo 19, en su inciso 2º, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública. Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad. Al establecer

reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada, la Carta Fundamental establece unos mismos criterios, cualquiera sea el origen o título de la propiedad adquirida. **Tampoco hay nada en la naturaleza del derecho de propiedad sobre bienes incorporeales que impida limitarlos en razón de la función social de la propiedad**²²¹.

Idéntico razonamiento sigue en la sentencia de las eléctricas dos (Rol N° 506), como en el fallo referente a la propiedad sobre derechos de aprovechamiento de aguas (Rol N° 1309-2009-INA).

(ii) En el fallo sobre la modernización del puerto de Arica se enuncia la inexistencia de derecho de propiedad sobre la legislación vigente en base a la confianza legítima, para luego asentarse en términos generales y explícitos en el fallo de la ley general de educación. De esta manera, se niega la posibilidad de adquirir derechos de propiedad sobre normas generales y abstractas en la línea del administrativista español Eduardo García de Enterría²²².

Así, en la sentencia sobre el puerto de Arica se establece²²³:

“TRIGESIMO SEXTO: Que no cabe admitir el razonamiento de la requirente en cuanto a que su representada sería titular de una suerte de “derecho adquirido” sobre la actividad, desde el momento que la legislación no la ha privado del ejercicio de la misma, si no que ha establecido la forma en que puede efectuarse la actividad de muellaje -en un esquema monooperador, bajo un sistema de licitación-, la que ciertamente puede ser

²²¹ El destacado es nuestro.

²²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. Revista de Administración Pública. N° 159. Septiembre-diciembre 2002. Págs. 173-206. Sin explicitar estos razonamientos, llega a una similar conclusión la STC Rol N° 1452-09-INA, al señalar: “...Que, así y a juicio de esta Magistratura, no puede sostenerse la existencia de un derecho de propiedad sobre beneficios tributarios, como el conferido por el inciso tercero del artículo 18 de la Ley N° 19.578”.

²²³ STC Rol N° 467-2006.

realizada por la propia peticionaria, que conserva su calidad de habilitada, tanto que según consta de autos tendría en la actualidad el carácter de una empresa subcontratista;

TRIGESIMO SEPTIMO: Que sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero “derecho de propiedad” sobre toda la legislación, **de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional en atención a la naturaleza del título de la requirente;**²²⁴

Si bien, de lo anterior se desprende una argumentación sólo referente a la aplicación del caso concreto de los criterios de García de Enterría, en el fallo sobre cuestiones de constitucionalidad de la Ley General de Educación (STC Rol N° 1361-2009) esta interpretación se amplía a una general aplicación:

“SEXAGESIMOTERCERO: Que, además, sobre el régimen jurídico que crea el legislador en ejercicio de sus potestades constitucionales, los beneficiarios no tienen derechos adquiridos. Así lo ha resuelto el Tribunal anteriormente con ocasión del cambio de régimen jurídico en materia portuaria.”

(iii) Se mantiene como parámetro de control de constitucionalidad la institución de las regulaciones expropiatorias.

Esta tesis puede encontrarse con claridad, en varias sentencias, pudiendo afirmarse que se encuentra ya asentada. Así, en la STC Rol 245-246 (acumulados) y la STC Rol

²²⁴ El destacado es nuestro.

Nº 334, como ya se explicó. En la misma línea en la STC Rol 506–2006, en donde se señala:

“Que la distinción entre “privar” de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”. Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19 y 20 del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334).”

Posteriormente, en esta misma sentencia utiliza el criterio de “regulaciones expropiatorias” como parámetro de constitucionalidad. Igual criterio se encuentra en la sentencia Rol Nº 1141-2008-INA.

(iv) Se entiende que una ley será inconstitucional cuando, al privar o limitar gravemente el dominio, niega la pretensión indemnizatoria; pues si no lo establece, siempre el particular tendrá la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios por responsabilidad del estado administrador.

Así se desprende del razonamiento del nuevo fallo playas de abril de 2009 (Rol N° 1215-2008-INA):

“TRIGESIMOSEPTIMO. Que, desde luego, no es claro que el precepto que se impugna establezca que el Estado, a través del Intendente, pueda imponer y fijar la limitación al dominio sin indemnización. Lo que literalmente éste establece es que el propietario debe facilitar gratuitamente el acceso por su propiedad a las playas de mar, ríos o lagos. Bien pudiere entenderse que, al disponerlo así, lo que el precepto prohíbe es que el propietario colindante cobre a los usuarios por el derecho a paso que debe concederles gratuitamente. Tal sería una interpretación que en nada afectaría el derecho del propietario afectado a cobrar una indemnización del Fisco, cuando el Intendente Regional le imponga esta obligación fijando las correspondientes vías de acceso.”

De lo anterior, se sigue, entonces, que la inconstitucionalidad se configura cuando el legislador establece alguna cláusula de irresponsabilidad de las actuaciones administrativas lesivas a derechos constitucionales, de manera que puede entenderse la responsabilidad del estado administrador como una garantía institucional. De esta manera, el no establecimiento de la procedencia indemnizatoria en nada obsta a los particulares a reclamar su debida compensación en sede de responsabilidad del estado.

Esta interpretación va en la misma línea que plantea el Ministro Navarro, quien concurre con su voto a la decisión y hace consideraciones adicionales que bien valen destacar:

“SEXTO: Que, así las cosas, el llamado del legislador preconstitucional es a que la autoridad adopte su decisión, en cuanto a ordenar el acceso gratuito a los habitantes, a través de un acto administrativo fundado y en el marco de un debido proceso, “evitando causar daños innecesarios a los afectados”, materia esta última que deberá apreciar y ponderar en su oportunidad -y de acuerdo al mérito del asunto- el juez de la instancia en una acción judicial de lato conocimiento, ciertamente distinta de la prevista en el artículo 13 que se impugna;

SEPTIMO: Que, en relación a esto último, **no debe olvidarse que un principio fundamental de nuestro Estado de Derecho es el de la responsabilidad (artículos 6 y 7), en términos tales que “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”**. Ello debe complementarse con lo estatuido por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, conforme a la cual “el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado” (artículo 4)²²⁵.

Por tanto, si una ley habilita actuación administrativa y niega la indemnización sería inconstitucional; pero si sólo no la establece no tendría problemas constitucionales pues de manera general cualquier particular puede demandar el resarcimiento de los daños que le ocasione la falta de servicio de los órganos de la administración del estado.

²²⁵ Ídem.

En síntesis, se le da relevancia constitucional a la función social, se sistematiza este derecho con la responsabilidad del estado y se equilibra la protección de la propiedad con los intereses generales.

(v) En la importante sentencia Rol N° 1298-2009-INA sobre el DL 2695, se concluye la consagración de una cláusula de accesibilidad dominical en nuestro texto fundamental en base a una argumentación delimitante entre los ámbitos regulatorios del art. 19 N° 23 y N° 24. Se señala:

“TRIGESIMOSÉPTIMO. Que mientras el artículo 19 N° 24° protege a los que tienen algún tipo de propiedad, la norma que se analiza faculta para que la propiedad llegue al mayor número de personas”.

Respecto al art. 19 N° 23 se expresa:

“TRIGESIMONOVENO. Que este derecho tiene dos dimensiones. Una negativa, que impide que se establezcan obstáculos abusivos o excesivos para adquirir todo tipo de propiedades. Y una positiva, que permite establecer incentivos para adquirir la propiedad de bienes o derechos.

Este derecho permite o legitima que el legislador no prohíba o impida acceder a la propiedad, o bien facilite llegar a ella a través de variados instrumentos. La ley puede utilizar mecanismos típicos del derecho común o diseñar otros distintos a partir de éstos o confeccionar otros completamente originales”.

Lo anterior lo sistematiza con el principio de servicialidad como la finalidad estatal en el bien común:

“...el 19 N° 23° permite que con el fin de promover el acceso a la propiedad, y con ello lograr el mandato de bien común de obtener la mayor realización

espiritual y material posible de las personas, el Estado diseñe mecanismos para convertir a las personas en propietarios”.

En consecuencia, dicha cláusula se convierte en un título habilitante para que el legislador configure regímenes propietarios que permitan la mayor accesibilidad posible a la mayor cantidad de personas, como el establecimiento de sistemas legales de incentivo al dominio, en suma, es un título habilitante para el ejercicio de políticas públicas (legislativas y ejecutivas) redistributivas de derechos dominicales.

(vi) En atención a las facultades legislativas delimitantes del derecho de propiedad privada, se ha señalado que este sería un derecho de configuración legal, toda vez que “no hay [...] una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure” STC Rol N° 1298-2009-INA.

Así se explica en el siguiente considerando:

“CUADRAGESIMOCUARTO. Que luego de enmarcado el Decreto Ley N° 2.695 en el artículo 19 N° 23 de la Constitución, debemos continuar el análisis de los reproches efectuados en el requerimiento respecto del artículo 19 N° 24°.

Se partirá por sostener que dicha disposición reconoce el derecho de propiedad, pero no establece un tipo de propiedad determinada. La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad “*en sus diversas especies*”. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure. De hecho, el propio constituyente se refiere a algunas de ellas: la minera (artículo 19 N° 24°), la que recae en los derechos de agua (artículo 19 N° 24°), la intelectual y artística (artículo 19 N° 25°), la que recae sobre los bienes que deben pertenecer a la Nación toda (artículo 19 N° 23°).

No existe, entonces, una propiedad general y propiedades especiales; existen sólo propiedades distintas, con estatutos propios. La Constitución garantiza el derecho de propiedad, cualquiera fuera éste. No hay en la Constitución un modelo a partir del cual se configuren las distintas propiedades. En este sentido, el constituyente se mantiene neutro frente a las preferencias constitutivas del legislador al momento de definir “*el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social*”. No existe una legislación que haya sido erigida por el constituyente en modelo de todas las demás propiedades. Ello habría significado constitucionalizar una determinada legislación; rigidizar las definiciones del legislador; y abrir un debate sobre la protección de las propiedades constituidas a partir de un diseño propio, distinto a ese pretendido modelo común. Por lo demás, esta Magistratura ha declarado la inaplicabilidad de preceptos del Código Civil en varias oportunidades (por ejemplo, STC roles N° 1340, 1185 y 943). De ahí que, en este fallo, este Tribunal se aparte de lo resuelto en la sentencia rol N° 707.

Con esta apertura a la heterogeneidad de estatutos de la propiedad, se buscó amparar “*en forma amplia este derecho, cualquiera que sea su significación patrimonial o la forma de propiedad, sea esta última individual, familiar, comunitaria, etc.*” (Informe con Propositiones e Ideas Precisas, reproducido en Revista Chilena de Derecho V. 8, n° 1-6, 1981, pág. 212).

Lo anterior no impide que el legislador construya los diversos estatutos de la propiedad otorgando a una propiedad el carácter de común o supletoria de otras. Pero esa es una opción del legislador, no del constituyente.

Dicho carácter común o supletorio explica que la propiedad definida en el Código Civil, especialmente la que recae sobre inmuebles, se utilice para construir dogmáticamente el dominio. Pero ello no es más que una opción metodológica o pedagógica, inspirada en la tradición, en la potencia y

prestigio de sus comentaristas, y en la abundante jurisprudencia en torno a ella; pero no es un mandato constitucional. Por ello, si el legislador se aparta de ella, no necesita justificar de modo particular esa regulación”.

(vii) En el fallo STC Rol N° 1298-2009-INA también se reconoce que la función social es parte integrante del contenido esencial de la propiedad privada, en consecuencia, es intrínseca a la propiedad, no un elemento extrínseco que limita. Así, las “limitaciones y obligaciones” que establezca el legislador no aparecen como algo a priori ilegítimo, sino todo lo contrario, como algo consustancial al derecho de propiedad privada constitucional.

Así lo explica el Tribunal citando doctrina nacional:

“Finalmente, las limitaciones y obligaciones son *“restricciones o acotamientos al ejercicio, común u ordinario, del derecho”* (Cea, J.L.; ob. cit.; pág. 534). Estas son *“intrínsecas al concepto de propiedad, de modo que es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño”* (Cea, J.L.; ob. cit.; pág. 534). Mientras las “limitaciones” son, en general, prohibiciones de hacer algo, las “obligaciones” son mandatos de hacer (Cea, J.L.; ob. cit; pág. 537). Ambas medidas deben fundarse por el legislador en la “función social de la propiedad”. Dicha convocatoria al legislador obedece a que éste es el “ponderador de las necesidades públicas” (Vivanco, A.; ob. cit.; pág. 461). La función social supone *“el empleo o uso racional de la propiedad en armonía con los intereses colectivos”* (Molina G., H.; ob. cit.; pág 224). Dicha función *“es parte del derecho mismo y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él... Es expresión del principio de solidaridad por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la Sociedad Política y a la realización concreta del bien común en ella.”* (Cea, J.L.; ob. cit.; pág. 535)”.

(viii) Respecto al concepto, fundamento y naturaleza de la expropiación, el valor jurisprudencial de la STC Rol N° 1576-2009-INA está en la sistematización de los variados pronunciamientos anteriores. Dada la extensión de la argumentación de éste, se hará una reconstrucción esquemática de lo planteado:

La expropiación, entonces:

- (1) Es un mecanismo de resguardo al derecho de propiedad;
- (2) Es una garantía de larga tradición en nuestro constitucionalismo;
- (3) Que se conceptualiza en base a siete elementos:
 - (i) Es una privación de la titularidad de un bien o de un derecho;
 - (ii) Es un acto de autoridad, lo que, a su vez implica dos cosas:
 - (a) un privado jamás podrá llevarla a cabo, toda vez que pertenece al Estado dicha facultad; y
 - (b) se trata de una transferencia coactiva, pues es independiente de la voluntad del propietario o aún contra ella;
 - (iii) Está sujeta a un procedimiento de derecho público, dicho procedimiento tiene tres fases:
 - (a) La primera corresponde al legislador, quien debe calificar la causal de la expropiación y otorgar la potestad para expropiar.
 - (b) La segunda es la fase administrativa, en que se dicta el acto expropiatorio.
 - (c) Y la tercera es la etapa judicial, que es eventual, pues se da en el caso de que haya divergencias sobre el acto expropiatorio o sobre la indemnización.
- (iv) Es un acto unilateral de la Administración, es decir, que no viene precedido ni justificado en conducta alguna del expropiado.
- (v) Es el ejercicio de una potestad pública. La existencia de esta potestad es lo que distingue un genuino acto expropiatorio de una vía de hecho. En esta última hay un apoderamiento puramente fáctico de bienes privados por la

Administración, sin que medie declaración expresa ni procedimiento expropiatorio²²⁶.

(vi) Implica una transferencia patrimonial, por cuanto en la expropiación el Estado adquiere la propiedad de que coactivamente ha privado al administrado. En la expropiación el Estado priva a alguien de su dominio para incorporarlo a su patrimonio y luego destinarlo a una finalidad pública, definida o no previamente en detalle²²⁷.

(vii) En la expropiación hay una causal que la explica. Se expropia por utilidad pública o por el interés general; no como consecuencia de alguna obligación particular que pesa sobre el administrado, ni como producto de alguna sanción que se pretende imponer al mismo²²⁸. Dicha causal, por una parte, es el motivo por el cual se expropia; y, por la otra, debe ser calificada y declarada por una ley.

(4) Respecto al contenido de la indemnización expropiatoria, el primer paso argumental se da en la STC Rol N° 1038-2008-INA, en donde se señala que la indemnización “reemplaza el valor patrimonial de la propiedad expropiada”, en consecuencia, existiría una especie de “intangibilidad patrimonial” que amplía considerablemente el ítem indemnizable en esta sede.

En efecto, ahí se señala:

“DECIMOTERCERO: Que, en segundo lugar, el Constituyente exige para que se pueda privar de la propiedad por causa de expropiación, que el dueño -expropiado- sea indemnizado por el Estado por el daño patrimonial efectivamente causado. Toda expropiación –ejercida legítimamente- implica el deber correlativo de indemnizar, compensando en dinero la pérdida

²²⁶ Este punto lo toma de la STC Rol N° 541-2006.

²²⁷ Esta característica ya la había desarrollado en estos términos en la STC Rol N° 1298-2009-INA

²²⁸ Igual criterio en STC Rol N° 541-2006.

patrimonial del expropiado. Esta indemnización viene a constituir una suma de dinero que reemplaza el valor patrimonial de la propiedad expropiada”.

Si bien lo anterior es difícilmente sostenible dado nuestro expreso texto fundamental, el TCCh tuvo que trabajar más su línea argumental hasta delimitar claramente “lo indemnizable”, lo cual, si bien se aparta de las líneas defendidas en esta memoria, permite sostener que ya existe una clara posición del tribunal en la materia.

En efecto, según la STC Rol N° 1576-2009-INA el “daño patrimonial efectivamente causado” cubre:

- (1) Sólo los daños, por tanto no puede convertirse este instituto en fuente de enriquecimiento sin causa del expropiado;
- (2) De ellos, sólo los daños patrimoniales, en consecuencia, se excluyen los daños morales;
- (3) Los daños patrimoniales se componen tanto del daño emergente como del lucro cesante;
- (4) El daño debe ser efectivo, en consecuencia, no eventual o hipotético;
- (5) Debe existir una relación de causalidad entre la expropiación y los daños, se indemnizan sólo los causados por ella; esto es, deben ser una consecuencia directa e inmediata de la misma.

Dada la relevancia de este tema, se exponen los pertinentes considerandos de esta sentencia:

“16. Que la fórmula de la indemnización que establece el actual texto constitucional puede ser entendida, preliminarmente, tanto por vía de negación como por vía de afirmación. Desde la primera óptica, se trata de que la indemnización no constituya enriquecimiento para el expropiado; y, desde la afirmación, debe reparar el daño patrimonial efectivamente causado (Mendoza, Ramiro; La potestad expropiatoria en la Constitución de

1980; en Navarro Beltrán, Enrique; 20 años de la Constitución chilena 1981-2001; Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001, p. 395).

La doctrina nacional ha sido particularmente enfática en rechazar cualquier fuente de lucro en la indemnización. Así, ha señalado que *“el resarcimiento del perjuicio económico provocado por la expropiación tiene, por ende, que ser completo pero no más que ello, excluyéndose que pueda derivar en fuente de lucro o enriquecimiento sin causa”* (Cea, José Luis, ob.cit., p. 549). En el mismo sentido, Vivanco sostiene que *“la indemnización en ningún caso puede configurar un elemento de lucro o ganancia para el expropiado: La indemnización que se debe al expropiado debe corresponder al perjuicio efectivamente causado a éste a consecuencia de la expropiación y no puede ser un negocio para el propietario, ya que este acto de autoridad se ejecuta persiguiendo fines que interesan a toda la colectividad.”* (Vivanco, Angela, ob.cit., p. 465). Asimismo, Fermandois entiende que *“existe claridad en que la indemnización no puede, en caso alguno, significar al expropiado un beneficio superior al daño que se le ha causado: se trata de dejar patrimonialmente indemne al afectado, pero jamás beneficiarlo con una utilidad adicional, que constituiría un enriquecimiento sin causa... Por lo tanto, la indemnización no puede convertirse en fuente de lucro para el expropiado, pues su objetivo esencial es equiparar los daños sufridos por éste, y no generarle ganancias o utilidades adicionales. Esto se justifica en el fin esencial de la expropiación, que persigue un bien colectivo y no uno individual”* (Fermandois, Arturo, ob.cit., p. 396”).

“17. Que queda por analizar la parte afirmativa de la fórmula constitucional. Un primer antecedente es que durante su elaboración en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se indicó que la fórmula excluía la indemnización del daño moral. Asimismo, se rechazó utilizar la expresión “actual”, porque ella dejaría fuera de la indemnización al lucro cesante en los casos en que procediera. Con la expresión “efectiva” se excluyen los

perjuicios eventuales que puedan causarse (Verdugo, Pfeffer y Nogueira; Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, p. 308; y Molina, Hernán, ob.cit., p. 227).

En conclusión, desde este punto de vista positivo, Evans sostiene que *“la indemnización comprenderá la reparación pecuniaria total del daño patrimonial efectivamente causado, comprendiendo el daño emergente, el lucro cesante, los perjuicios directos y los previstos o que debieran preverse por el expropiante. Se trata de dejar patrimonialmente indemne al afectado, pero jamás beneficiarlo con una utilidad adicional, que constituiría un enriquecimiento sin causa. Si por algún concepto se produce para el expropiado un beneficio patrimonial, éste deberá compensarse con el daño causado.”* (Evans de la Cuadra, Enrique; Los Derechos Constitucionales, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 1999, p. 375);

18. Que un segundo elemento de análisis de la fórmula es lo que la doctrina entiende por ella.

Esta ha considerado que el daño patrimonial que se indemniza comprende las dos formas típicas de este tipo de perjuicio: *“la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes (daño emergente) o como la frustración de ventajas económicas esperadas (lucro cesante)”* (Nogueira, Humberto, ob.cit., p. 229).

Ha agregado que para que la indemnización no provoque un enriquecimiento ni un injustificado deterioro en su patrimonio, hay que atender al valor de sustitución de la cosa expropiada. *“El monto a indemnizar comprende indiscutible y primeramente el valor real del bien que se expropia, el que en nuestro sistema está dado por el valor que el mercado asigna al bien ya que es allí donde el expropiado debe encontrar su equivalente y, para determinar ese valor (objetivo, patrimonial) se encarga a peritos su apreciación”* (Mendoza, Ramiro, ob.cit., p. 396). Dicho

valor de mercado impide una valoración subjetiva en la tasación, como pueden ser los valores afectivos sobre el bien;”.

Siguiendo dicha argumentación, el TCCh concluye que los elementos que componen la indemnización serían los siguientes:

“En primer lugar, la expropiación debe producir un daño. Es decir, una disminución o pérdida de valor patrimonial por el despojo de que es objeto el expropiado. Sin perjuicio no hay indemnización. No se puede pagar por amenaza o tentativa de expropiación. La doctrina ha definido el daño como “una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba” (Barros Bourie, Enrique, “Tratado de responsabilidad extracontractual”, Ed. Jurídica de Chile, 2006, págs. 220-221); en el mismo sentido, para Abeliuk daño es “todo detrimento que sufre una persona, ya sea en su patrimonio material o moral” (Abeliuk Manasevich, René, “Las obligaciones”, T. II, Ed. Jurídica de Chile, 2001, 5ª ed., pág. 730).

En segundo lugar, no se indemnizan todos los daños. Sólo se cubren los daños patrimoniales. Con ello se excluye el daño moral. Y de los daños patrimoniales, se indemnizan tanto el daño emergente como el lucro cesante. Esta Magistratura ha señalado que el daño patrimonial “es descrito como un empobrecimiento patrimonial, sea por pérdida o menoscabo en los bienes de la víctima del ilícito, sea por privación de la ganancia, utilidad o provecho que, de no mediar el ilícito dañoso, pudo natural y previsiblemente obtener. El daño moral, en cambio, es definido por los autores como aquel sufrimiento o menoscabo originado por la lesión de un derecho que no tiene directamente una significación económica. Barros Bourie señala: “en el derecho de la responsabilidad civil se habla de daño moral en simple oposición al daño económico o patrimonial. Por eso, la definición más precisa de daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial, de modo

que el daño moral es el daño extrapatrimonial o no patrimonial’. (Obra citada, p. 287) (STC rol N° 943/2008). Pero el daño patrimonial producido debe cubrirse íntegramente.

En tercer lugar, el daño debe ser efectivo. Es decir, debe ser real, no eventual o hipotético.

Finalmente, los daños deben ser producto de la expropiación. La Constitución dice que se indemniza el daño “causado” por ella. Tiene que haber, por tanto, una relación de causalidad entre el acto expropiatorio y el daño. De ahí que el D.L. 2.186 señale que los daños deben ser “una consecuencia directa e inmediata de la misma” (artículo 16) [sic];”.

VII. CONCLUSIONES.

1.- El desarrollo dogmático del derecho de propiedad privada plantea importantes (y complejas) problemáticas, que obligan a quien se inmiscuya en esta tarea a adoptar posiciones en cada discusión.

2.- Esta memoria se planteó como un trabajo que no sólo identificara discusiones y sus respectivas posiciones, sino ir tomando posturas, de modo razonado y coherente a una interpretación constitucional “jurídicamente correcta”. No quería ser sólo una constatación, tanto como una propuesta de tratamiento sistemático de uno de los derechos del art. 19 más citado, alegado en estrados y problematizado por la jurisprudencia. Dicho objetivo, se cree lograr: se plantea que una posición sistemática de este derecho debe concluir:

- a. La propiedad privada es un derecho constitucional no fundamental, y, por consiguiente:
 - i. No es inherente a la personalidad humana configurada constitucionalmente.
 - ii. No es un derecho prioritario en la relación de servicialidad del Estado para con la persona humana.
 - iii. No constituye un límite a la soberanía en el sentido del art. 5 inc. 2º en su perspectiva subjetiva.

- b. La fórmula de la doble faz de los derechos es imprescindible para el adecuado entendimiento de la propiedad privada (como derecho subjetivo y como régimen jurídico).

- c. Mientras su faz subjetiva nos muestra un derecho subjetivo constitucional no fundamental privable por la potestad expropiatoria (respetando sus respectivas

garantías), desde su perspectiva institucional aparece como un régimen jurídico inderogable con un contenido constitucional mínimo (existencia de facultades individuales –usar, gozar y disponer- y su funcionalización al interés colectivo – función social-).

- d. El estricto apego a nuestro texto constitucional, su finalidad de amparar posiciones subjetivas funcionales al interés colectivo y basándonos en una adecuada interpretación objetiva y subjetiva de este derecho, conllevan a adoptar la doctrina de la distinción cualitativa entre limitaciones y privaciones de la propiedad.
- e. La cláusula de la accesibilidad dominical es un mandato constitucional incluido en el contenido de la función social.
- f. La garantía del art. 19 N° 24 ampara también los bienes incorporales, los cuales deben tener un contenido patrimonial o pecuniario y serles reconocibles las facultades individuales propias del derecho de propiedad, en especial, la de disposición.
- g. Respecto a los créditos, la garantía ampara, por la propia naturaleza de estos, su titularidad y no la contingencia de su cumplimiento.
- h. Sobre los puntos críticos de la indemnización en la expropiación, se debe señalar: que ella no incluye el lucro cesante y que el art. 38 del DL 2186 es constitucional.

3.- Para dilucidar las problemáticas centrales que este derecho plantea, debe realizarse en un tratamiento dogmático general, el cual debe incluir, a lo menos:

- a. Su naturaleza jurídica: derecho constitucional no fundamental de configuración legal y ejecución reglamentaria.

- b. Su perspectiva subjetiva: los haces amparados a los sujetos titulares de éste (utilidad individual funcionalizada a los intereses colectivos).
- c. Su perspectiva objetiva, centrada en desarrollar los alcances de las facultades legislativas configuradoras de los regímenes dominicales:
 - i. Facultad de establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella;
 - ii. La de establecer sus limitaciones y obligaciones que deriven de su función social;
 - iii. La de establecer restricciones específicas para proteger el medio ambiente.
 - iv. La de calificar por ley especial o general las causas de utilidad pública o interés nacional que permiten privar a alguien de su propiedad, del bien sobre el que recae o facultades o atributos esenciales del dominio (bases constitucionales de la expropiación).
- d. El objeto de la propiedad privada: la esfera espacial y temporal de autodeterminación configurada por el art. 19 N° 24 inc. 1° al 5°.

4.- El TCCh antes de la reforma del 2005 tenía un déficit grave en su doctrina sobre la propiedad privada, adoptando tesis ultratuitivas ajenas al texto expreso de la CPR y carentes de un tratamiento sistemático coherente; pero luego de dicha reforma, en ejercicio de sus nuevas facultades, y teniendo la ocasión de numerosos pronunciamientos en este tema, ha asumido el reto dogmático, ha cambiado su doctrina anterior y centrándose en consideraciones estrictamente jurídicas ha desarrollado una doctrina propia, que si bien no se comparte en su totalidad en este trabajo, es indiscutible el gigantesco avance que ha significado en nuestro contexto jurídico. Hoy, más que ayer, es insoslayable su jurisprudencia para entender adecuadamente las normas interpretadas en este trabajo.

5.- Por último, el presente no constituye un compendio de respuestas a todas las preguntas jurídicas que plantea este derecho, muy por el contrario, deja abierta varias,

lo cual es el costo obligatorio del haberse centrado en determinadas problemáticas que se consideran capitales, según se explica en los capítulos iniciales de este trabajo. Así, por ejemplo, queda para un tratamiento futuro si instaurar la expropiación sanción requiere una reforma constitucional, un tratamiento dogmático que aplique las tesis de esta memoria en las propiedades constitucionales y legales (parte especial del derecho de propiedad privada en la CPR), la institución de la nacionalización, el desarrollo histórico acabado de este derecho en el constitucionalismo chileno, entre otras interrogantes que, de seguro, se realizará el lector.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

i. Autores.

ALDUNATE, Eduardo. La Titularidad de los Derechos Fundamentales. Estudios Constitucionales: revista del Centro de Derecho Constitucional. Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003.

----- Limitación y expropiación: Silla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, vol. 33 n. 2.

BARNÉS, Javier. El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978. En [Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia](#). Coordinado por Javier Barnés. Editorial Tecnos, 1996.

BON, Pierre. El estatuto constitucional del derecho de propiedad en Francia. Revista Chilena de Derecho. Vol. 25 N° 3.

CEA Egaña, José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías Constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

----- Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.

COLINA, Rafael. La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978. Barcelona, Ed. José María Bosch Editor, 1997.

CORDERO Quinzacara, Eduardo. De propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° XXXI, Valparaíso, 2008.

----- La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. Revista de Derecho (Valdivia) v.19 n. 1. Valdivia Julio 2006.

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago de Chile, Ed. LOM, 2006.

DELAVEAU Swett, Rodrigo. La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3.

DUGUIT, León. Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón. Traducción de Carlos G. Posada. 2º Edición corregida y aumentada, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1920.

ESTEVE Pardo, José. Garantía Institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11, n. 31, Madrid, Enero-abril 1991.

EVANS de la Cuadra, Enrique. Los derechos constitucionales. Tomo III, 2ª Edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 5ª edición, Madrid, Trotta, 2006.

----- *Derecho y Razón*. 5ª Edición, Madrid, Trotta, 2001.

----- Los fundamentos de los derechos fundamentales. 3ª Edición, Madrid, Trotta, 2007.

GARCÍA, Francisco. El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978. Criterio Jurídico, Santiago de Cali, Vol. 7, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después. Revista de Administración Pública. Nº 156. Septiembre- Diciembre 2001.

----- El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. Revista de Administración Pública. Nº 159. Septiembre-diciembre 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Vol. 2. 12ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2004.

KIMMINICH, Otto. La propiedad en la Constitución Alemana. En [Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia](#). Coordinado por Javier Barnés. Editorial Tecnos, 1996.

LEGUINA, Jesús. El Régimen Constitucional de la Propiedad Privada. Derecho Privado y Constitución. Número 3, Mayo-Agosto 1994.

LÓPEZ, Francisca. El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión). Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXIX, 2006.

NAVARRO, Enrique. La expropiación: análisis constitucional y administrativo. (Artículo facilitado por el mismo autor).

NOGUEIRA, Humberto. El principio de reserva legal en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional. *Ius et Praxis*, 2003, vol.9, no.1.

NOVOA, Eduardo. El Derecho de Propiedad Privada. Concepto, evolución y crítica. 2ª Edición corregida y ampliada, Centro de Estudios Políticos Latinoamericano Simón Bolívar, 1989.

PAREJO, Luciano. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Volumen 1, Número 3, Septiembre-Diciembre, 1981.

PEÑAILILLO, Daniel. La expropiación ante el derecho civil. 2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 1995.

QUEZADA, Flavio. Concepto Constitucional de Familia. En *Debates Jurídicos y Sociales*. Universidad de Concepción. Año 1 N° 1, 2008.

REY, Fernando. La propiedad privada en la Constitución Española. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

------. Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada. *Derecho Privado y Constitución*. Número 3, Mayo-Agosto 1994.

ROLLA, Giancarlo. La regulación constitucional de la propiedad privada en Italia según al jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 5, 2005.

ROUUSEAU, J.J. *El Contrato Social*. Madrid, Ed. EDAF, 1978.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. 2. 3ª Edición, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002.

SCHWABE, Jürgen. 50 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán [Traducción de Marcela Anzola Gil]. Honrad Adenauer Stiftung. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2003.

STARCK, Christian. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22. N° 66. Septiembre-Diciembre, 2002.

TORRES Estrada, Pedro. *La Autonomía Municipal y su Garantía constitucional directa de protección*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.

VERDUGO, Mario., PFEFFER, Emilio. y NOGUEIRA, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I. 2ª Edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

ZÚÑIGA, Francisco. Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria. *Ius et Praxis*, 2001, vol.7, Nº 2.

----- El recurso de protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Año 14, Número 2, 2007.

----- Inconstitucionalidad sobrevenida y límites al derecho de propiedad. Gaceta Jurídica, Nº 289.

----- Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. 2º Edición, LexisNexis, Santiago, 2007.

ii. Jurisprudencia consultada²²⁹.

- Jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional Chileno:

1. STC Rol Nº 5, de fecha 09/11/1981.
2. STC Rol Nº 12, de fecha 16/07/1982.
3. STC Rol Nº 33, de fecha 24/09/1985.
4. STC Rol Nº 43, de fecha 24/02/1987.
5. STC Rol Nº 115, de fecha 03/12/1990.
6. STC Rol Nº 146, de fecha 21/04/1992.
7. STC Rol Nº 207, de fecha 10/02/1995.
8. STC Rol Nº 226, de fecha 31/10/1995.
9. STC Rol Nº 245-246 (acumulados), de fecha 02/12/1996.
10. STC Rol Nº 253, de fecha 15/04/1997.
11. STC Rol Nº 309, de fecha 04/08/2000.
12. STC Rol Nº 325, de fecha 26/06/2001.
13. STC Rol Nº 334, de fecha 21/08/2001.
14. STC Rol Nº 370, de fecha 09/04/2003.
15. STC Rol Nº 373, de fecha 22/07/2003.

²²⁹ Ordenadas según la fecha de su pronunciamiento.

16. STC Rol N° 467-2006, de fecha 14/11/2006.
17. STC Rol N° 541-2006, de fecha 26/12/2006.
18. STC Rol N° 505-2006, de fecha 06/03/2007.
19. STC Rol N° 506-2006, de fecha 06/03/2007.
20. STC Rol N° 519-2006, de fecha 05/06/2007.
20. STC Rol N° 694-06 y 695-06 acumulados, de fecha 05/07/2007.
21. STC Rol N° 634-2006, de fecha 11/08/2007.
22. STC Rol N° 698-2006-INA, de fecha 14/09/2007.
23. STC Rol N° 707-2007, de fecha 25/10/2007.
24. STC Rol N° 767-07, de fecha 30/10/2007.
25. STC Rol N° 790-2007, de fecha 11/12/2007.
26. STC Rol N° 552-2006, de fecha 11/03/2008.
27. STC Rol N° 980-2007-INA, de fecha 13/05/2008.
28. STC Rol N° 976-07-INA, de fecha 26/06/2008.
29. STC Rol N° 944-2007, de fecha 13/08/2008.
30. STC Rol N° 1038-2008-INA, de fecha 14/08/2008.
31. STC Rol N° 1133-08-INA, de fecha 18/11/2008.
32. STC Rol N° 1182-08-INA, de fecha 18/11/2008.
33. STC Rol N° 991-07, de fecha 29/01/2009.
34. STC Rol N° 1266-08-INA, de fecha 29/01/2009.
35. STC Rol N° 1217-08-INA, de fecha 31/01/2009.
36. STC Rol N° 1141-2008-INA, de fecha 17/03/2009.
37. STC Rol N° 1173-08-INC, de fecha 16/04/2009.
38. STC Rol N° 1215-2008-INA, de fecha 30/04/2009.
39. STC Rol N° 1260-08-INA, de fecha 07/05/2009.
40. STC Rol N° 1361-2009, de fecha 13/05/2009.
41. STC Rol N° 1204-08-INA, de fecha 28/05/2009.
42. STC Rol N° 1363-09-CPR, de fecha 28/07/2009.
43. STC Rol N° 1228-08-INA, de fecha 03/12/2009.
44. STC Rol N° 1424-09-INA, de fecha 31/12/2009.
45. STC Rol N° 1490-09-INA, de fecha 31/12/2009.
46. STC Rol N° 1298-2009-INA, de fecha 03/03/2010.

47. STC Rol N° 1309-2009-INA, de fecha 20/04/2010.
48. STC Rol N° 1452-09, de fecha 05/08/2010.
49. STC Rol N° 1564-09-INA, de fecha 07/12/2010.
50. STC Rol N° 1576-2009-INA, de fecha 16/12/2010.

- Jurisprudencia emanada de los Tribunales Superiores de Justicia:

- A. Corte Suprema.

1. CS, 20/12/2000, Rol N° 4337-2000.
2. CS, 10/05/2001, Rol N° 4545-2000.
3. CS, 21/06/2001, Rol N° 4025-2000.
4. CS, 30/07/2001, Rol N° 4293-2000.
5. CS, 13/03/2003, Rol N° 395-2003.
6. CS, 23/10/2003, Rol N° 3956-2002.
7. CS, 31/12/2003, Rol N° 4537-2002.
8. CS, 31/12/2003, Rol N° 3506-2003.
9. CS, 13/14/2004, Rol N° 257-2004.
10. CS, 29/06/2004, Rol N° 4507-2003.
11. CS, 27/07/2004, Rol N° 212-2004.
12. CS, 27/07/2004, Rol N° 4041-2003.
13. CS, 27/07/2004, Rol N° 926-2004.
14. CS, 29/07/2004, Rol N° 5594-2003.
15. CS, 29/07/2004, Rol N° 167-2004.
16. CS, 31/08/2004, Rol N° 462-2004.
17. CS, 31/08/2004, Rol N° 354-2004.
18. CS, 29/09/2004, Rol N° 3218-2003.
19. CS, 02/11/2004, Rol N° 2656-2004.
20. CS, 21/10/2004, Rol N° 4035-2004.
21. CS, 23/11/2004, Rol N° 4745-2004.
22. CS, 26/05/2005, Rol N° 3828-2004.
23. CS, 25/05/2005, Rol N° 4781-2004.

24. CS, 29/08/2005, Rol N° 3828-2004.
25. CS, 11/05/2006, Rol N° 6547-2005.
26. CS, 16/05/2006, Rol N° 969-2006.
27. CS, 23/04/2007, Rol N° 1468-2007.
28. CS, 17/07/2007, Rol N° 3397-2007.
29. CS, 31/07/2007, Rol N° 2878-2007.
30. CS, 21/08/2007, Rol N° 3321-2007.
31. CS, 29/09/2007, Rol N° 4800-2007.
32. CS, 29/10/2007, Rol N° 4932-2006.
33. CS, 08/11/2007, Rol N° 5627-2007.
34. CS, 21/11/2007, Rol N° 4804-2007.
35. CS, 29/04/2008, Rol N° 707-2007.
36. CS, 08/05/2008, Rol N° 4988-2006.
37. CS, 12/08/2008, Rol N° 4407-2008.
38. CS, 14/10/2008, Rol N° 2834-2007.
39. CS, 28/10/2008, Rol N° 2835-2007.
40. CS, 18/08/2009, Rol N° 4958-2009.
41. CS, 21/09/2009, Rol N° 1156-2008.
42. CS, 25/01/2010, Rol N° 9595-2009.
43. CS, 11/03/2010, Rol N° 1945-2008.
44. CS, 25/03/2010, Rol N° 9552-2009.
45. CS, 19/04/2010, Rol N° 2077-2010.
46. CS, 10/06/2010, Rol N° 3259-2010.
47. CS, 23/06/2010, Rol N° 3377-2010.
48. CS, 05/07/2010, Rol N° 4101-2010.
49. CS, 31/08/2010, Rol N° 2912-2010.
50. CS, 15/09/2010, Rol N° 6499-2010.
51. CS, 01/10/2010, Rol N° 5902-2008.
52. CS, 21/10/2010, Rol N° 6544-2010.
53. CS, 29/10/2010, Rol N° 6543-2010.

B. Cortes de Apelaciones.

1. CA, Valdivia, 02/08/2000, Rol N° 10983-2000.
2. CA, Concepción, 29/08/2000, Rol N° 471-2000.
3. CA, Santiago, 16/04/2001, Rol N° 7012-1996.
4. CA, Santiago, 25/07/2002, Rol N° 829-2002.
5. CA, Rancagua, 18/12/2003, Rol N° 20489.
6. CA, Rancagua, 02/07/2004, Rol N° 21122.
7. CA, Valparaíso, 14/10/2005, Rol N° 1824-2004.
8. CA, Santiago, 04/04/2006, Rol N° 810-2006.
9. CA, Valparaíso, 02/05/2006, Rol N° 173-2006.
10. CA, Santiago, 16/03/2007, Rol N° 3233-2006.
11. CA, Santiago, 24/09/2007, Rol N° 1281-2007.
12. CA, Talca, 12/02/2008, Rol N° 1606-2007.
13. CA, Santiago, 17/04/2008, Rol N° 7228-2007.
14. CA, Arica, 10/06/2008, Rol N° 184-2008.
15. CA, Concepción, 27/08/2008, Rol N° 3499-2005.
16. CA, Santiago, 26/03/2009, Rol N° 11067-2005.
17. CA, Puerto Montt, 02/09/2009, Rol N° 160-2009.
18. CA, Coyhaique, 17/03/2010, Rol N° 4-2010.
19. CA, Arica, 07/09/2010, Rol N° 284-2010.
20. CA, Chillán, 27/09/2010, Rol N° 119-2010.
21. CA, Iquique, 15/10/2010, Rol N° 477-2010.
22. CA, Iquique, 15/10/2010, Rol N° 444-2010.
23. CA, Concepción, 11/11/2010, Rol N° 437-2010.
24. CA, Iquique, 12/11/2010, Rol N° 508-2010.
25. CA, Talca, 15/11/2010, Rol N° 709-2010.
26. CA, La Serena, 15/11/2010, Rol N° 582-2010.
27. CA, Concepción, 22/11/2010, Rol N° 472-2010.
28. CA, Puerto Montt, 24/11/2010, Rol N° 271-2010.
29. CA, Santiago, 24/11/2010, Rol N° 5144-2010.
30. CA, Santiago, 24/11/2010, Rol N° 4065-2010.

31. CA, Copiapó, 03/12/2010, Rol N° 332-2010.
32. CA, Chillán, 10/12/2010, Rol N° 146-2010.
33. CA, Concepción, 13/12/2010, Rol N° 474-2010.
34. CA, Arica, 13/12/2010, Rol N° 98-2010.
35. CA, Temuco, 14/12/2010, Rol N° 1815-2010.
36. CA, Talca, 27/12/2010, Rol N° 395-2010.

IX. ANEXO:

(1) Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin entrar a la discusión sobre la ejecutividad directa o no de estas normas (cuestión ajena a esta memoria), se desprende claramente, que dada la amplitud de ellas y la minuciosidad de nuestro texto constitucional, la normativa internacional nada reparan a todo lo desarrollado acá.

Esta convención, establece:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

(2) Textos constitucionales comparados.

Acá se expondrán los textos comparados consultados. Cuando se hacía referencia al derecho constitucional homologable al chileno se entendía al español, alemán y español (como ejemplos del constitucionalismo continental europeo), toda vez que

consagran, como nosotros, la propiedad privada como derecho subjetivo y como régimen jurídico, incorporando su función social y la garantía del contenido esencial.

Se exponen también los textos norteamericanos y francés, por cuanto muestran la consagración constitucional clásica del liberalismo, la cual no incorpora la función social ni la garantía del contenido esencial.

Respecto al constitucionalismo latinoamericano, se copian los artículos pertinentes de la Constitución de la Nación Argentina y de la República Bolivariana de Venezuela; la primera como expresión de una consagración liberal clásica de la propiedad privada, pero en un contexto de una constitución reformada y actualizada en derechos fundamentales sociales; la segunda como ejemplo de lo que cierta doctrina llama “el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, por cuanto sería expresión de una corriente que consagra nuevos derechos y quitándole el antiguo papel central que tenía la propiedad privada, en esta misma línea estaría el constitucionalismo boliviano y ecuatoriano.

a. Constitución Española:

Artículo 33:

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Artículo 53:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.

Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)

b. Constitución Alemana o Ley Fundamental de Bonn:

Artículo 14: 1. La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. / 2. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. / 3. La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.

Artículo 19: 2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

c. Constitución de la República Italiana:

Art. 42: La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares.

La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización.

La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.

La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia.

d. Constitución de los Estados Unidos:

Quinta enmienda: Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

e. Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Artículo 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 17.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.

f. Constitución de la Nación Argentina.

Artículo 14- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 17- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Artículo 28- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

g. Constitución Bolivariana de la República de Venezuela:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Artículo 116. No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o

cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

(3) Extractos jurisprudenciales de los Tribunales Superiores de Justicia.

La selección de los períodos no obedece más que a un criterio de limitación en el número de sentencias estudiadas, se hizo una selección retrospectiva de, aproximadamente, cuarenta fallos en los tópicos que se mencionan.

a. Jurisprudencia relevante en el período 2000-2010 en materia del contenido de la indemnización en la expropiación.

1.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 01/10/2010, Rol N° 5902-2008:

“Cuando la ley que regula el procedimiento de expropiaciones utiliza la expresión “indemnización”, debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma. En la especie, la alegación del recurrente referente a una equívoca interpretación de la ley, basada en una errada consideración de rubros no resarcibles, los que en concepto del recurrente no dicen relación con el concepto legal de “indemnización” a que se refiere la norma decisoria litis, debe ser desestimada pues este eventual quebrantamiento no es tal, toda vez que aún reconociendo la impropiedad de ser aludidos en el fallo en revisión, del examen de su contenido se concluye que el valor tasado por metro cuadrado de terreno expropiado, corresponde a una apreciación prudencial del valor comercial del inmueble por parte de los jurisdicentes, fundada estrictamente en la prueba rendida en autos, la que fue valorada legalmente en el juicio. Por ende, si bien los sentenciadores hicieron alusión en su dictamen a estos ítems cuestionados, esta mención es meramente referencial, sin que se vislumbre que su aparente consideración fuera determinante al momento de tasar el justo

valor del predio expropiado, por lo que sólo cabe concluir que el presunto error de derecho denunciado carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo”.

2.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 11/03/2010, Rol N° 1945-2008:

“Décimo: Que, por su parte, por daño patrimonial efectivamente causado por una expropiación debe entenderse la pérdida que representa para el afectado la privación de su propiedad, lo que importa que lo que se ha de indemnizar, en primer lugar, es aquello de que se ha privado al afectado por un proceso de tal naturaleza. A falta de otra prueba, la pérdida corresponde al valor económico de mercado del bien expropiado, concepto que comprende la rentabilidad que pueda producir en el futuro a su dueño, del mismo modo como en el precio de un bien cualquiera está incluida la utilidad que se espera que ese bien pueda producir. En consecuencia, al establecerse el valor de mercado del bien expropiado en la especie, debe incorporarse a la valoración efectuada la aptitud del bien para producir rentas futuras”.

3.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21/09/2009, Rol N° 1156-2008:

“SEPTIMO: Que en cambio, al confirmar los sentenciadores la sentencia de primer grado que aumentó la indemnización fijada por la comisión de peritos estableciendo el valor del metro cuadrado de los terrenos expropiados en \$17.000 pese a que señalaron que tal aumento no se encuentra acreditado, han incurrido en el error de derecho denunciado en el primer capítulo del recurso, por cuanto se está indemnizando un daño que no se encuentra probado en la causa, infringiéndose con ello el artículo 38 del Decreto Ley N° 2186 que establece que la indemnización se refiere al daño efectivamente causado con la expropiación y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma”.

4.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 26/03/2009, Rol N° 11067-2005:

“10º) Que establecido el alcance y ámbito de aplicación de la norma fundamental del artículo 19 número 24 de la Constitución Política del Estado y de la normativa del Decreto Ley 2.186, especialmente en su artículo 38, de conformidad con lo expuesto en los Considerandos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º precedentes; debiendo la indemnización expropiatoria circunscribirse al daño o perjuicio efectivamente causado como consecuencia inmediata y directa del acto expropiatorio, y debiendo su estimación y pago corresponder al valor del bien efectivamente expropiado, esto es, dado el carácter compensatorio del mismo, resulta imperativo concluir que las pretensiones de la demandante relativas al terreno remanente son improcedentes, en cuanto se refieren a eventuales daños o perjuicios por eventual depreciación de éste, en cuanto no resulta viable, a la luz de dicha normativa constitucional y legal, indemnizar por algo que no se ha expropiado, porque ello no constituye, en tal sentido, un daño directo ni inmediato, máxime cuando no se ha ejercitado el derecho conferido por el artículo 9º de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones. Y ello sin perjuicio de que, a mayor abundamiento, tampoco resultan acreditadas en autos las pretendidas desvalorizaciones del remanente del predio expropiado, a la luz de lo expuesto en el Considerando octavo precedente”.

5.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 28/10/2008, Rol N° 2835-2007:

“1) Si la indemnización subroga al bien expropiado para todos los efectos legales (conforme al inciso quinto del artículo 20 del Decreto Ley 2.186), resulta evidente que dicha indemnización -la ya definitivamente establecida puesto que la ley no la limita a las provisionales al hablar simplemente de indemnización- genere también los respectivos frutos civiles o intereses a favor del expropiado, y ese 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 producía la cosa de que fue privado y a la que la indemnización subrogó. (Considerando 12º sentencia Corte Suprema).

2)El artículo 38 del decreto ley 2.186 dispone que cada vez que en esta ley de emplee la palabra “indemnización” debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma. Como la indemnización subroga al bien expropiado es claro que, en tanto ella no sea regulada por sentencia definitiva, no está determinada la suma final, y por ende la mayor parte que genera los intereses. Cuando tal situación se produce, recién se establece sobre qué diferencia se han generado los frutos civiles o intereses, sin que ello implique una fijación contraria a la ley o anterior a la época en que se determina el monto del derecho, porque éste -percibir los intereses o frutos civiles- está predeterminado por la ley, y lo que resta, cuando se produce discusión sobre el monto, es saber respecto de que diferencia -si se resuelve aumentar la indemnización provisional- hacerlo efectivo. (Considerando 13º sentencia Corte Suprema)”.

6.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 14/10/2008, Rol N° 2834-2007:

“Tercero: Que, entrando al análisis del recurso, cabe considerar que el artículo 38 del decreto ley 2.186 establece que el término “indemnización – que se utiliza en dicho cuerpo legal–, se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación y que sea una consecuencia inmediata y directa de ésta;

Cuarto: Que en consecuencia, al incluir el fallo, impugnado en el monto de la indemnización que debe recibir el reclamante por la expropiación parcial del inmueble de su propiedad, el resarcimiento de la pérdida potencial en el uso de la parcela, no sólo en el presente, sino ante una enajenación

voluntaria futura, ha vulnerado el artículo 38 antes citado, como quiera que de tal disposición resulta que la desvalorización que pueda experimentar la parte del inmueble no expropiada no es susceptible de ser indemnizada, por ser una consecuencia indirecta del acto expropiatorio. En efecto, la indemnización que contempla el artículo 38 es por lo efectivamente expropiado, lo que importa el daño directo e inmediato. La pérdida potencial en el uso de la parcela no es susceptible de ser indemnizada en virtud de esta disposición desde que tal concepto dice relación con la parte del predio que no ha sido afectada por la expropiación, respecto de la cual el particular dispone de la acción contemplada en el artículo 9 del decreto ley 2.186, e incluso de las reglas generales sobre indemnización;

Quinto: Que, como se advierte, la sentencia impugnada efectivamente incurrió en los errores de derecho que le fueron atribuidos en la casación, los que influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, siendo suficiente para anularlo, por lo que corresponde acoger la nulidad de fondo planteada por el Fisco de Chile”.

7.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 27/08/2008, Rol N° 3499-2005:

“La indemnización, que jurídicamente consiste en la reparación de carácter pecuniario que debe pagarse por un daño o perjuicio causado, en el ámbito de la expropiación se define como la suma de dinero que el expropiado recibe por el bien de cuyo dominio se le priva y por los perjuicios que se le causan. Conforme a la Constitución y a la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, la indemnización ha sido limitada a los daños patrimoniales, pero sin restringir la extensión ni la diversidad de éstos, con tal que sean “efectivamente causados” por la expropiación y que exista una relación directa e inmediata de causalidad entre ella y los perjuicios que ocasiona (considerandos 1º y 2º).

La indemnización debe ser “adecuada”, “justa”, “equitativa” e “integral o completa”, pues debe compensar todo el daño que se causa al expropiado con la privación del bien de su dominio, a fin que su patrimonio no sufra menoscabo. Para su regulación, debe contemplarse el valor del inmueble y los perjuicios provenientes de la expropiación, avaluándose según el orden de cosas existentes en el momento en que se verifica la expropiación y ceñirse al destino real y efectivo del precio al ocurrir ésta (considerandos 3º y 4º)”.

8.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 08/05/2008, Rol N° 4988-2006:

1) La Carta Fundamental como la ley Orgánica de Expropiaciones, disponen que el expropiado tiene derecho a que se le indemnice por el daño patrimonial efectivamente causado. A su vez, el artículo 38 de este último cuerpo legal, explicita que el daño debe ser consecuencia directa e inmediata de la expropiación. En el caso sublite, frente al hecho que la propiedad quedó sin salida directa a ninguna de las carreteras, los sentenciadores estimaron que ello tenía como motivo la expropiación cuya consecuencia era la desvalorización del remanente no expropiado. Sin embargo, tal afirmación constituye un error, por cuanto la calificación de “daño directo” ha sido mal aplicada. En efecto, con la sola dictación del acto expropiatorio, no se produjo la pérdida de acceso, sino que ésta se materializó con motivo de la ejecución de las obras en la carretera. Es decir, la elaboración de su diseño fue la que tuvo incidencia en la forma de acceder, por lo que, de ninguna manera puede estimarse que la expropiación sea la causa directa del tema planteado.(Considerando 13º sentencia Corte Suprema).

2) El artículo 20 del decreto ley N° 2186 dispone que 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, estableciendo además, que 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. Se prescribe, además, por la misma disposición, que “La indemnización subrogará al bien expropiado para todos los efectos legales”. Así, teniendo dicha propiedad la capacidad de generar o producir frutos, con la expropiación esta capacidad se traspasa a la indemnización que subroga al bien de que se trate, por lo que resulta evidente que dicha indemnización, la ya definitivamente establecida puesto que la ley no la limita a las provisionales, genere también, los respectivos frutos civiles o intereses a favor del expropiado y ese efecto jurídico debe entenderse desde el momento de la toma de posesión material del bien, pues este es el instante en que el expropiado dejó de percibir los frutos que producía la cosa de que fue privado y a la que la indemnización subrogó.(Considerando 17º sentencia Corte Suprema)

9.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/04/2008, Rol N° 707-2007:

Debe consignarse que los intereses constituyen los frutos civiles de una cosa. En efecto, 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 texto 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 2186 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 dicha propiedad la capacidad de generar o producir frutos, con la expropiación esta capacidad se traspaša a la indemnización, que subroga al bien de que se trate. 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 (Considerando 13º sentencia Corte Suprema).

10.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 17/04/2008, Rol Nº 7228-2007:

La indemnización a que está obligado el Fisco para con el dueño del bien expropiado, es la suma de dinero que éste percibe por el bien de cuyo dominio se le priva y por los perjuicios que se le causan (considerando 6º)

Conforme a la Carta Fundamental –artículo 19 Nº 24 inciso 3º–, el expropiado tiene derecho a la indemnización por el daño “efectivamente causado”, la que es fijada de común acuerdo o por vía judicial, mientras que la ley Orgánica de Expropiaciones dispone que cada vez que dicha Ley usa la voz “indemnización”, ella debe ser entendida como el daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea su consecuencia directa e inmediata.

De lo expuesto se colige que la Carta Fundamental no exige que el daño patrimonial sea una consecuencia directa e inmediata de la expropiación, pues aquel requisito sólo es contemplado en la ley, razón por la cual el lucro cesante no queda excluido del “daño patrimonial efectivamente causado” a que alude la Constitución, de manera que, si se logra probar la certeza de que el expropiado dejará de ganar una suma al verse privado del bien de su dominio, que constará como un hecho de la causa, queda

con ello establecido como daño efectivamente causado. Entonces, acreditada la existencia de un contrato de arrendamiento, al cual le quedaban meses para expirar cuando se tomó posesión material del inmueble, los meses de renta que el propietario expropiado dejó de percibir, deben considerarse como un perjuicio efectivamente causado por el acto expropiatorio, pues de no mediar éste, el actor hubiera podido percibir tales ganancias (considerandos 7º, 8º y 11º).

11.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/10/2007, Rol N° 4932-2006:

Por daño patrimonial efectivamente causado por una expropiación debe entenderse la pérdida que representa para el expropiado la privación de su propiedad y que esa pérdida corresponde al valor económico de mercado del referido bien.

Por perjuicios indemnizables, al claro tenor de la norma del artículo 38 del DL 2186, se debe entender los directos, esto es, los que han surgido como consecuencia directa e inmediata de la expropiación, por lo que procede el rechazo de todo otro daño que no provenga de ello, como aquellos que surjan de los gastos en que eventualmente deben incurrir los expropiados en la búsqueda de un nuevo inmueble para residir, puesto que se trata de situaciones indirectas que, en el caso de llegar a constituir un perjuicio, no caben dentro de los términos del artículo 38 del decreto ley N° 2.186.

12.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16/03/2007, Rol N° 3233-2006:

Al establecer el inciso 5º del artículo 20 del DL N° 2.186 – ley orgánica sobre el procedimiento de expropiaciones– que la indemnización expropiatoria subroga al bien expropiado para todos los efectos legales, se llega a la conclusión que, teniendo la propiedad la capacidad de generar frutos, tal capacidad se traspa a la indemnización, pero habiéndose

efectuado la consignación del monto provisorio, es totalmente lógico que aquella cantidad deje de generar intereses o frutos civiles a favor del expropiado. Ahora bien, si la indemnización subroga al bien expropiado para todos los efectos legales, es correcto decir que dicha indemnización – la ya definitivamente establecida– genera también los respectivos frutos civiles o intereses, y aquel efecto jurídico debe entenderse desde el momento de la toma de posesión material del bien, pues ése 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. Es de total justicia lo anterior porque no se puede concebir la circunstancia de que se cancele varios años después de producido un proceso expropiatorio una mayor indemnización en dinero respecto de un bien y por el valor que tenía al momento de tal acto, independientemente de que el predio pudiere después haber adquirido otra plusvalía, pero que ese pago se haga desprovisto de sus frutos.

13.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 11/05/2006, Rol N° 6547-2005:

Se casa de oficio fallo de segunda instancia por haberse dictado en sala constituida por un ministro recusado, encontrándose dicha recusación sin resolver. El fallo de primera instancia y el de segunda, rechazan demanda de retrocesión respecto de terreno expropiado, por no haberse destinado éste a los fines para los cuales se decretó su expropiación, ello por cuanto la indemnización habría subrogado el derecho de dominio sobre el predio y porque habrían prescrito las acciones de la demandante. No habiendo norma expresa a este respecto se falla basándose en los principios de equidad, sin perjuicio de que existe jurisprudencia en contrario.

14.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 14/10/2005, Rol N° 1824-2004:

Debe indemnizarse al expropiado por aquello de que éste es privado en forma directa, y bajo ninguna circunstancia por aquello de que no se le priva y que permanece en su patrimonio, por no haber sido objeto de la expropiación. Por ende, cualquier variación negativa en el valor del resto de terreno, u obras adicionales para dejar operativo el terreno no expropiado, no debe indemnizarse (Considerando Séptimo, Corte de Apelaciones de Valparaíso). La indemnización, que subroga al bien expropiado, debe comprender el derecho a los frutos que éste produzca, por ende comprende los intereses corrientes para operaciones reajustables, sobre el mayor valor resultante de la fijación del monto de la indemnización definitiva, en relación al de la indemnización provisoria (Considerandos Duodécimo y Decimocuarto, Corte de Apelaciones de Valparaíso).

15.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/08/2005, Rol N° 1211-2005:

No se da lugar a la reparación del daño moral, por no constar en autos, fehacientemente en qué consistiría este daño. Además la Carta Fundamental, debido a la utilidad pública o interés nacional que reviste la expropiación, contempla la indemnización por la privación del dominio y por los perjuicios que se causen, sólo por el daño patrimonial efectivamente causado.

No existe la debida concordancia en la parte petitoria de los respectivos recursos de apelación y de casación en el fondo, entre lo pedido en uno y en otro, pues mientras en el primero se solicitó que se declarará prescrita la acción y en subsidio se rebajará el monto de la indemnización, en el segundo solamente se pide el rechazo de la demanda y no la disminución del monto a indemnizar como se había solicitado en la apelación.

Siendo el de casación un recurso de derecho estricto, dicha falta de concordancia trae como consecuencia que éste no puede prosperar y debe ser desestimado.

16.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 26/05/2005, Rol N° 3828-2004:

Señalar que los intereses a la indemnización definitiva se calcularán desde la fecha en que la sentencia que la fije quede ejecutoriada, constituye un error de derecho de tal entidad que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, por lo que se acoge el recurso de casación deducido. En reemplazo de la sentencia anulada, se establece que procede conceder los citados intereses desde la fecha de la toma de posesión material del bien expropiado y hasta la fecha de pago efectivo.

17.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 25/05/2005, Rol N° 4781-2004:

Deben acogerse los recursos de casación en el fondo interpuestos por el reclamante y por el Fisco de Chile en contra de la sentencia impugnada, en razón que, respecto del primer caso, no corresponde haber supeditado la procedencia de los intereses impetrados en la demanda, como elementos de la indemnización, al evento de la mora. Y, respecto del segundo caso, no es procedente indemnizar la desvalorización de la parte no expropiada del inmueble, ya que con ello se indemniza un daño que no proviene inmediata y directamente del acto expropiatorio.

18.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 23/11/2004, Rol N° 4745-2004:

La determinación del monto de la indemnización que debe otorgarse a raíz de un proceso de expropiación, constituye una cuestión fáctica que queda a cargo de los jueces del fondo. Éste, como hecho de la causa, no es susceptible de revisión mediante un recurso de nulidad de fondo, salvo que

se denuncie y compruebe la infracción de disposiciones reguladoras del valor de la prueba. (Considerandos 8º y 9º sentencia Corte Suprema).

La indemnización constituye una compensación, a quien ha sido privado o despojado de un bien de su propiedad. No corresponde en relación con bienes de que no ha sido privado el afectado y que permanecen en su patrimonio, como ocurre con los remanentes con superficie útil en la parte no expropiada. Sin perjuicio de la facultad que otorga el artículo 9 del decreto ley 2186, respecto a todo lo que les reste o en alguna porción, para pedir que les sea expropiada toda la propiedad o parte de ella, bajo los supuestos que esta norma establece. (Considerandos 12º y 13º sentencia Corte Suprema).

Respecto al proyecto habitacional proyectado, no existe certeza sobre su construcción, por lo que se trata de un hecho futuro, sujeto a de condiciones que impiden considerarlo para establecer el valor del terreno, por lo que el lucro cesante a que hacen referencia no constituye un rubro que deba ser indemnizado, a propósito de la expropiación. (Considerando 15º sentencia Tribunal de Letras, en el mismo sentido Corte de Apelaciones).

19.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21/10/2004, Rol Nº 4035-2004:

El valor comercial del terreno está determinado por el mercado, que funciona en base a las transacciones reales que se realicen, por lo que, al igual que la determinación del justo precio en la lesión enorme, ha de estarse a los valores fijados en transacciones que se hubieren realizado sobre bienes del mismo sector y similares características al expropiado y en una época cercana al de la expropiación, y no a otras consideraciones como las que el perito estima para aumentar o castigar, como señala, el valor, como lo son deterioro de productividad o la espera de plusvalía por el desarrollo de la zona o la no existencia de voluntad de vender, puesto

que el perjuicio debe provenir en forma directa del acto de expropiación y se debe referir al que cause en el mismo evento y no al que hipotéticamente podría producirse (Considerando Cuarto, Corte de Apelaciones de Temuco).

La fijación del monto definitivo de la indemnización que se ha de pagar respecto de un bien expropiado -en la especie el valor del metro cuadrado de terreno-, constituye una cuestión de hecho que, por lo tanto, queda entregada a los jueces del fondo, que han de llegar a ella merced al examen y análisis de los antecedentes probatorios que proporcione el proceso, y de la ponderación que de ellos deben realizar, con lo que dicha materia se encuentra fuera de las posibilidades de ser revisada a través de una casación de fondo (Considerandos Quinto y Sexto, Corte Suprema).

20.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 02/11/2004, Rol Nº 2656-2004:

Por daño patrimonial efectivamente causado por una expropiación debe entenderse la pérdida que representa para el afectado la privación de su propiedad, lo que importa que lo que se ha de indemnizar, en primer lugar, es aquello de que se ha privado al afectado por un proceso de tal naturaleza. A falta de otra prueba, la pérdida corresponde al valor económico de mercado del bien expropiado, concepto que comprende la rentabilidad que pueda producir en el futuro a su dueño.

Al establecerse el valor de mercado del bien expropiado en la especie, ya se ha incorporado a la valoración, efectuada la aptitud del bien para producir rentas futuras.

No obstante, el fallo de segundo grado, ha incorporado como característica que debe ser considerada, la supuesta aptitud industrial del terreno, de que se trata; añadiendo que también es apto para actividad comercial, toda vez que el predio es agrícola, pero existen negocios colindantes de la clase

que se señalan. Lo razonado por el fallo impugnado, y lo resuelto, vulnera el tenor del artículo 38 del D.L. N° 2.186, que sólo permite la indemnización del daño patrimonial afectivamente causado con la expropiación. La indemnización constituye una compensación, esto es, una suma de dinero que viene a compensar o a reemplazar el bien expropiado, pero en su real valor actual. (Considerandos 11º, 12º y 13º de sentencia de casación).

Efectivamente se produjo la transgresión del artículo 38 del D. L. N° 2186, y como consecuencia de ello, del artículo 19 del. Código Civil, debido a que el primero fue inadecuadamente interpretado por el fallo impugnado, todo, con influencia sustancial en lo dispositivo, desde que merced a lo expuesto se concedió una indemnización improcedente. (Considerando 15º de sentencia de casación).

21.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/09/2004, Rol N° 3218-2003:

Cuando por disposición de ley, los terrenos quedan en calidad de bienes de utilidad pública, no se les sustrae del comercio, el propio recurrente los adquirió en plena vigencia del plan regulador comunal. En buenas cuentas, no ha sufrido perjuicio con la circunstancia alegada. Por otra parte, no existe norma legal que fije plazo a los municipios para concretar una expropiación de un bien que ha sido declarado de utilidad pública. El que no se concrete la expropiación puede tener muy diversas causas, incluso, falta de recursos económicos por parte del municipio, o por la priorización de otras necesidades o aun, por determinarse que ha de llevarse a cabo la expropiación de otros bienes, sin que se pueda responsabilizar a la municipalidad, por los perjuicios que hubiere podido sufrir el actor con motivo de las limitaciones impuestas por la ley al bien de su dominio. La potestad entregada a los municipios para expropiar esta clase de inmueble es discrecional, de modo que no cabe la posibilidad legal, de exigir el ejercicio de esa potestad en cualquier tiempo. No cabe confundir la potestad de expropiar con el concepto de servicio público, cuya falta

podiera originar indemnizaciones al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; de manera que la falta de ejercicio de dicha potestad, no puede ser incluida en ninguna de las hipótesis de falta de servicio, que es fuente de responsabilidad para las municipalidades. En conclusión, no existe responsabilidad del municipio, por los eventuales perjuicios causados por no haberse llevado a cabo la expropiación del inmueble, por tratarse de una facultad para cuyo ejercicio la ley no ha fijado un plazo, no existiendo norma que obligue a desafectar el inmueble del plano regulador, en caso, de que la expropiación no se lleve a cabo en un tiempo determinado. (Considerandos 10º, 11º, 12º y 13º sentencia Corte Suprema).

22.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 31/08/2004, Rol N° 354-2004:

La parte no expropiada del predio no resulta indemnizable. No constituye un perjuicio patrimonial efectivamente causado con la expropiación y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma. Se trata de una situación indirecta que, en el caso de llegar a constituir un perjuicio, no cabe dentro de los términos del artículo 38 del decreto ley 2186. Con todo la ley proporciona a quien se sienta afectado en lo que les reste del inmueble de que se les privó, para solicitar que se les expropie todo dicho resto o una parte de él. Ello determina además, que este supuesto perjuicio no resulte indemnizable. Es contrario a la lógica pretender indemnización respecto a este capítulo, pero manteniendo el bien que se supone afectado, en el patrimonio del demandante, lo que importaría, de accederse a ello, permitir un enriquecimiento sin causa. En efecto, el querer continuar en el dominio del predio, lleva al Tribunal a concluir que a raíz de dicho procedimiento, el bien no ha perdido su valor ni aquel es de la entidad que se pretende. Considerando 12º y 13º sentencia Corte Suprema.

Por daño patrimonial efectivamente causado por una expropiación debe

entenderse la pérdida que representa para el afectado la privación de su propiedad, y que, a falta de otra prueba, esa pérdida corresponde al valor económico de mercado del bien expropiado, concepto que ya comprende la rentabilidad que pueda producir en el futuro a su dueño, lucro cesante, del mismo modo como en el precio de un bien cualquiera, está incluida la utilidad que se espera que ese bien pueda producir. Si en el presente caso se incluyera además el lucro cesante, el expropiado sería indemnizado doblemente por el mismo concepto. Considerando 19º sentencia Corte Suprema.

La determinación del monto de la indemnización constituye una cuestión de hecho. Así, el valor fijado por los jueces del fondo, resulta inamovible para el Tribunal de Casación. Esto, salvo denuncia y comprobación de infracción de leyes reguladoras del valor de la prueba, de aquellas que establezcan parámetros legales, fijos de apreciación de su mérito, que son normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, y que importan verdaderas limitaciones a la discrecionalidad judicial, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento. En consecuencia, para que se produzca infracción de tales disposiciones es necesario que se haya incurrido en error de derecho en su aplicación. Considerandos 14º y 15º sentencia Corte Suprema.

23.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 31/08/2004, Rol N° 462-2004:

El hecho de que la ley no se ocupe de la regulación de intereses en relación al monto de la indemnización por expropiación, no implica necesariamente su exclusión, a menos que la propia ley la disponga en forma expresa, lo que no es el caso. En tal evento, entonces, hay que acudir a las normas generales (Considerando Vigésimo, Sentencia de Casación, Corte Suprema). Teniendo la propiedad la capacidad de generar o producir frutos, con la expropiación esta capacidad se traspa a la indemnización, que subroga al bien de que se trate. Pero como ya se ha

efectuado la consignación de un monto provisorio, a la orden del tribunal, resulta lógico que esta cantidad deje de generar intereses o frutos civiles a favor del expropiado. Respecto de la fracción restante, en el caso de que el tribunal fije una indemnización de monto superior, se torna lógico que dicha indemnización genere también los respectivos frutos civiles o intereses. Y ese efecto jurídico debe entenderse desde el momento de la toma de posesión material de 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 (Considerando Vigésimo Cuarto, Sentencia de Casación, Corte Suprema). Los intereses serán los corrientes para operaciones reajustables a que alude la ley N° 18.010 (Considerando Undécimo, Sentencia de Reemplazo, Corte Suprema).

24.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/07/2004, Rol N° 167-2004:

Si la indemnización subroga al bien expropiado para todos los efectos legales, se torna lógico que dicha indemnización, la ya definitivamente establecida, puesto que la ley no la limita a la provisional al hablar simplemente de indemnización, genere también los respectivos frutos civiles o intereses. Y ese 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. Conclusión que se desprende de lo dispuesto en el artículo 20 incisos cuarto y quinto y reafirma el artículo 38 del decreto ley 2186. En consecuencia, como la indemnización subroga al bien expropiado, en tanto ella no sea regulada por sentencia definitiva en el juicio de reclamo, no está determinada la suma final y, por ende, la mayor parte que genera los intereses. Cuando tal situación se produce, recién se establece sobre qué diferencia se han generado los frutos civiles o intereses, sin que ello implique una fijación contraria a la ley o anterior a la época en que se determina el monto del derecho, porque éste, percibir los intereses o frutos civiles, está

predeterminado por la ley y lo que resta, cuando se produce discusión sobre el monto, es saber sobre qué diferencia, si se resuelve aumentar la indemnización provisional, hacerlo efectivo. En consecuencia, con el reajuste, se persigue mantener el valor adquisitivo del dinero, dicha finalidad se consigue plenamente al establecerse el valor de la indemnización definitiva, en Unidades de Fomento, y en cuanto a los intereses, ellos proceden desde la fecha de la toma de posesión material del bien expropiado. Intereses que corresponden a los corrientes para operaciones reajustables. Considerandos 12º, 13º, 15º y 16º sentencia de casación, Corte Suprema, sentencia de reemplazo, Corte Suprema.

25.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/07/2004, Rol N° 5594-2003:

Si la indemnización subroga al bien expropiado para todos los efectos legales, se torna lógico que dicha indemnización, la ya definitivamente establecida, puesto que la ley no la limita a la provisional al hablar simplemente de indemnización, genere también los respectivos frutos civiles o intereses. Y ese 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. Conclusión que se desprende de lo dispuesto en el artículo 20 incisos cuarto y quinto y reafirma el artículo 38 del decreto ley 2186. En consecuencia, como la indemnización subroga al bien expropiado, en tanto ella no sea regulada por sentencia definitiva en el juicio de reclamo, no está determinada la suma final y, por ende, la mayor parte que genera los intereses. Cuando tal situación se produce, recién se establece sobre qué diferencia se han generado los frutos civiles o intereses, sin que ello implique una fijación contraria a la ley o anterior a la época en que se determina el monto del derecho, porque éste, percibir los intereses o frutos civiles, está predeterminado por la ley y lo que resta, cuando se produce discusión sobre el monto, es saber sobre qué diferencia, si se resuelve aumentar la

indemnización provisional, hacerlo efectivo. Sin embargo, en autos, al no haberse pedido en la demanda, los frutos, intereses, desde la toma de posesión material, sino de una posterior, sólo es posible su solución a partir de ésta, esto es, desde la fecha de notificación de la demanda y hasta la de pago efectivo. Cabe añadir que los intereses que procede otorgar serán los corrientes para operaciones reajustables. Considerandos 16º, 18, 19º y 20º sentencia de casación, Corte Suprema, sentencia de reemplazo, Corte Suprema.

La impugnación de las costas no puede hacerse por medio de un recurso de casación. Lo anterior porque su fijación constituye una cuestión accesoria e incidental del juicio, que no forma parte, naturalmente, de la sentencia definitiva; y, además, porque lo que a su respecto se decida no constituye una resolución susceptible de ser atacada por dicha vía, pues no pone término al juicio ni hace imposible su continuación, esto es, se trata de una resolución que, por su naturaleza jurídica, no es impugnable por medio de una casación. Considerando 13º sentencia de casación, Corte Suprema.

Resulta redundante fundar un recurso de casación en normas constitucionales, que se limitan a establecer derechos o garantías de orden general, cuando dichos derechos o garantías tienen consagración y protección en reglas de rango inferior, como ocurre en el presente caso, en que lo relativo a la reclamación de monto de indemnización por expropiación tiene una copiosa legislación, constituida por el decreto ley 2186 y el Código de Procedimiento Civil, que entrega las herramientas jurídicas necesarias que permiten acudir de casación, sin que resulte menester invocar la Constitución Política de la República, como ha ocurrido en la especie. Considerando 12º sentencia de casación, Corte Suprema.

26.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 27/07/2004, Rol N° 926-2004:

De acuerdo con el artículo 38 del decreto ley N° 2.186, que constituye la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, la indemnización ha de corresponder a un "daño patrimonial efectivamente causado" y que "sea una consecuencia directa e inmediata de la misma". En este punto cabe recordar que la indemnización es el resarcimiento de un daño o perjuicio, y la idea de "daño" entraña todo detrimento, molestia o dolor que por causa de otro sufra un individuo en sus bienes o persona, y puede ser directo o indirecto. Que sea directo significa que ha de ser "derecho o en línea recta"; e inmediato, que debe ser "contiguo o muy cercano a otra cosa" y también "que sucede en seguida, sin tardanza", según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

En una expropiación lo que se ha de indemnizar es lo que guarda relación de cercanía con el hecho que ha originado el perjuicio, y que, en la actual situación, es en primer lugar, el propio bien de que, mediante un acto expropiatorio, se ha privado al propietario, perjuicio que, debe comprender la aptitud de generar ganancia o lucro que el bien pueda tener en determinado caso; y si la propiedad ordenada expropiar tiene construcciones u otros bienes que, al tenor de lo que disponen los artículos 568, 569 y 570 del Código Civil, deben considerarse como inmuebles, y de que también se priva a su propietario por el acto de expropiación, resulta evidente que deberán comprenderse en la determinación del monto indemnizatorio, pues de ellos también habrá una privación y, por ende, un daño directo e inmediato.

Sin embargo, es diverso el caso de todo aquello que carezca de los caracteres esbozados y, en forma particular, el supuesto daño que el propietario estime que se produce en aquella parte del bien que permanece en su poder porque no fue objeto de expropiación, pero que, a raíz de ella, habría sufrido una supuesta disminución de su valor comercial,

porque no se trata de un daño ni directo ni inmediato, y en su determinación siempre estará presente la subjetividad de quien lo pretenda.

El artículo 9 del D.L. N° 2.186 otorga a los afectados por procesos expropiatorios el derecho de solicitar que se disponga la expropiación total del bien parcialmente expropiado o de otra porción del mismo, cuando ésta, por efecto de dicho proceso, careciere por sí sola de significación económica o se hiciere difícil o prácticamente imposible su explotación o aprovechamiento.

27.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 27/07/2004, Rol N° 4041-2003:

Por daño patrimonial efectivamente causado por una expropiación debe entenderse la pérdida que representa para el afectado la privación de su propiedad y que, a falta de otra prueba, esa pérdida corresponde al valor económico del mercado del bien expropiado, concepto que ya comprende la rentabilidad que pueda producir en el futuro a su dueño. Por lo tanto, son ajenos al concepto de daño y de indemnización, supuestos perjuicios derivados de especulaciones sobre ganancias futuras, o meras expectativas de algún beneficio.

28.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 27/07/2004, Rol N° 212-2004:

La indemnización es procedente, según el artículo 38 del decreto ley 2186, cuando existe, en primer lugar, un perjuicio, daño o detrimento en el patrimonio del afectado, esto es, cuando ha habido alteración o disminución causado por una expropiación, lo que implica la existencia de una relación de causalidad entre el proceso expropiatorio y el perjuicio. Además, se requiere que sea consecuencia directa e inmediata del mismo, importando lo primero que se desprende en línea recta y no colateral o indirecta de dicho proceso, y que sea inmediato significa que ha de surgir

enseguida, de manera continua o muy cercana, y por oposición a mediato o lejano. Por daño patrimonial efectivamente causado por la expropiación debe entenderse la pérdida que representa para el afectado, su propietario, la privación de la propiedad y que debe corresponder al valor de mercado del bien expropiado, concepto este que ya comprende la rentabilidad que pueda producir a futuro a su dueño, del mismo modo como en el precio de un bien cualquiera está incluida la utilidad que se espera que ese bien pueda producir en el futuro a favor del propietario. En consecuencia, al establecerse el valor de mercado del bien expropiado, se ha incorporado a esa valoración la aptitud que el bien posee para producir rentas futuras, de modo que si en la indemnización se incluyera además el lucro cesante, el reclamante sería indemnizado doblemente por el mismo concepto, lo que importaría un enriquecimiento sin causa, y el acto de expropiación vendría a constituirse en fuente de lucro para el afectado. Considerandos 15º, 16º, 18º y 19º sentencia de casación, Corte Suprema.

En la especie, no existe el vicio de haber sido dada la sentencia en contra de otra pasada en autoridad de cosa juzgada, porque las expresiones de los Jueces del Fondo que se han esgrimido como fundamento para desechar la demanda, en lo tocante a la porción de terreno que no es de propiedad del demandante, no pecan sino de desafortunadas, desde que técnicamente la razón del rechazo es ésta y no la falta de legitimación activa, excepción que aparece rechazada por interlocutoria pasada en autoridad de cosa juzgada. En efecto, si bien la razón entregada por los Jueces del Fondo ha sido confusa, lo decidido por ellos es lo correcto, porque no siendo propietario de dicha sección del inmueble, el expropiado no resultó afectado o perjudicado por su expropiación y, no es legítimo que reciba indemnización. Aun de estimarse concurrente este vicio, carecería de influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia, porque en caso de anularse ésta, en la de reemplazo que hubiere de dictarse no podría sino rechazarse la demanda en lo tocante al paño de terreno referido, por haber quedado sentado como hecho inamovible del proceso que no es

propiedad del demandante. Es decir, no resulta posible que haya una decisión diversa de la que se reprocha mediante el recurso de nulidad de forma el que, por todo lo expuesto, no puede prosperar y debe ser desestimado. Considerandos 10º y 11º sentencia de casación, Corte Suprema.

29.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/06/2004, Rol N° 4507-2003:

Que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del decreto ley N° 2.186, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, por "indemnización" debe entenderse el daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma, por lo que debe comprenderse en ella el valor del terreno expropiado y de los árboles o especies vegetales existentes en él (Considerando Noveno, Jorge Quintana Miranda, Juez del Primer Juzgado Civil de Chillán). Que la indemnización causada por la expropiación de un terreno debe responder al justo valor considerado al momento de ejercerse el acto de autoridad expropiatorio, lo que equivale a decir que la reparación del perjuicio corresponde a la del daño emergente ocasionado al dueño afectado y, en tanto tal, requiere ser cierto para que pueda ser indemnizado (Considerando Tercero, Corte de Apelaciones de Chillán). Que la fijación del monto de la indemnización constituye una cuestión de hecho y, por tanto, a cargo de los Jueces del Fondo. Del mismo modo, para el reajuste, materia sobre la que el D.L. N° 2.186 no entrega ninguna norma, salvo la referida al reajuste de la suma consignada a título de indemnización provisional, los magistrados podrán atenerse a normas que establezcan principios generales, como por ejemplo la contenida en el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, ha de entenderse que los jueces referidos están habilitados para establecer en su fallo, una forma de calcular el reajuste que sea razonable, como a contar desde la fecha del fallo de primer grado (Considerando Noveno, Corte Suprema). Que resulta una redundancia fundar una casación en disposiciones constitucionales,

cuando dichos preceptos establecen principios o garantías de orden general, los que usualmente tienen desarrollo en preceptos de inferior jerarquía (Considerando Undécimo, Corte Suprema).

30.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 13/04/2004, Rol N° 257-2004:

Que en una expropiación, lo que se ha de indemnizar es lo que guarda relación de cercanía con el hecho que ha originado el perjuicio. Este perjuicio debe comprender la aptitud de generar ganancia o lucro que el bien pueda tener en determinado caso; y si la propiedad ordenada expropiar tiene construcciones u otros bienes que, al tenor de lo que disponen los artículos 568, 569 y 570 del Código Civil, deben considerarse como inmuebles, y de que también se priva a su propietario por el acto de expropiación, resulta evidente que deberán comprenderse en la determinación del monto indemnizatorio, pues de ellos también habrá una privación, y por ende, un daño directo e inmediato (Considerando Sexto, Corte Suprema). Que, sin embargo, es diverso el caso de todo aquello que carezca de los caracteres esbozados y, en forma particular, el supuesto daño que el propietario estime que se produce en aquella parte del bien que ha permanecido en su poder, esto es, que no fue objeto de expropiación, pero que a raíz de ella habría sufrido una supuesta disminución de su valor comercial, por la muy simple razón de que no se trata de un daño ni directo ni inmediato y en su determinación siempre estará presente la subjetividad de quien lo pretenda, que se inclinará naturalmente por estimarlo en más (Considerando Séptimo, Corte Suprema). En efecto, el artículo 9 del D.L. N° 2.186 otorga a los afectados por procesos expropiatorios el derecho de solicitar que se disponga la expropiación total del bien parcialmente expropiado o de otra porción del mismo, cuando ésta, por efecto de dicho proceso, careciere por sí sola de significación económica o se hiciere difícil o prácticamente imposible su explotación o aprovechamiento. De este modo, en el presente caso, si la afectada estima que aquello que no se le expropió perdió significación o

desmereció grandemente en su valor, debió haber hecho uso de aquellas acciones, pues la obtención de una indemnización en relación con un bien del que no se le ha privado al expropiado y que permanece en su patrimonio importaría un enriquecimiento sin causa para quien lo obtuviere (Considerando Octavo, Corte Suprema).

31.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30/12/2003, Rol N° 3506-2003:

Comenzando el análisis, de la casación, hay que traer a colación el artículo 14 del D.L. N° 2.186, orgánico sobre procedimiento de expropiaciones. En líneas generales, se refiere a ciertos requisitos del reclamo, además de contener reglas de procedimiento. El inciso sexto, que es el que se ha estimado vulnerado e interesa para efectos de resolver, dispone que "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 precepto referido es, imperativo en orden a que si se ordena fijar la indemnización definitiva en un monto superior a la provisional, debe imputarse a ella el monto de ésta, debidamente reajustado.

El fallo de primera instancia opta por considerar el valor asignado al metro cuadrado de terreno expropiado por la comisión pericial, aumentándolo en un porcentaje en relación con los factores de recargo y depreciación que concurren en la especie, por deslindar los terrenos con una carretera de primer nivel y por tener una parte uso industrial exclusivo, considerando además, factor de depreciación por menor urbanización y limitación de uso por franja exclusivas según Ley de Caminos y Plan Regulador. De esta manera, el fallo impugnado efectivamente transgredió el artículo 14 inciso

sexto del D.L. N° 2.186, cuyo texto se reprodujo, puesto que para el cálculo pertinente, no dispuso el reajuste de la indemnización provisional consignada, como lo ordena en forma perentoria dicha disposición legal, incurriendo así en un vicio que autoriza desde ya la anulación de esa sentencia.

No obstante lo recién estampado, se estima del caso fijar un criterio en relación con el rubro reclamado por concepto de las franjas de terreno no expropiadas que habrían quedado en situación de desmedro por la construcción de la carretera, que fue lo que motivó el proceso de expropiación. El artículo 38 del D.L. N° 2.186 dispone que "Cada vez que en esta ley, se emplea la palabra "indemnización", debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma." Del examen de dicha norma se colige que lo que se ha de indemnizar es en primer lugar, el valor del propio bien objeto del acto de expropiación que ha de contener, indudablemente, todo aquello que éste tenga adherido, como construcciones y plantaciones, así como la aptitud que el bien pudiere tener para generar ganancia. Ello, porque la ley requiere que los daños sean directos, esto es, que deriven en línea recta de la expropiación y, además, que no sean mediatos, sino que haya entre ambos una relación de cercanía. Lo anterior no es el caso de lo pedido en relación con la franja de terreno en que, según la demanda, no se podrá efectuar legalmente construcción alguna, porque tal circunstancia, aún de entrañar perjuicios, no es directa sino indirecta y, además no es inmediata y, a mayor abundamiento, deriva de disposiciones legales preexistentes al decreto de expropiación, o sea, de circunstancias totalmente ajenas al acto de expropiación.

Refuerza lo afirmado el hecho de que la ley ha previsto en forma expresa, pero separadas, las circunstancias en que se han basado las pretensiones del reclamante en relación con la referida franja de terreno, ya que ha

otorgado las acciones del artículo 9º del D.L. N° 2.186 para que el afectado pueda obtener la expropiación de aquellas secciones de terreno que pierdan significación económica o no pudieren explotarse o aprovecharse.

Por todo lo antes reflexionado es que resulta ser inadmisibile una pretensión de obtener indemnización por el mencionado concepto, esto es, una supuesta pérdida de capacidad de construir en un terreno, pero manteniendo dicho bien inmueble en poder del reclamante, lo que significa simplemente que se le estaría indemnizando por algo de lo que no se le ha privado y de lo que tampoco quiere desprenderse.

32.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30/12/2003, Rol N° 4537-2002:

El inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, dispone que "En los negocios a que se refiere el inciso segundo del artículo 766 sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º y 8º de este artículo y también en el número 5º, cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido".

Por su parte, el artículo 766, en su inciso segundo, hace referencia a los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, como es el que nos ocupa, ya que se rige por las disposiciones del D.L. N° 2.186, Orgánico de Procedimiento de Expropiaciones, sin que se trate del caso de excepción que la misma norma establece.

Toda la casación de fondo gira sobre el presunto error de derecho en que habría incurrido la sentencia que se impugna al no acoger la demanda de reclamo, en razón de que el terreno fue tasado como agrícola, siendo urbano, lo que incrementaría su valor. Sin embargo, hay que señalar que el fallo referido, consigna que no se probó que el predio expropiado tuviera un destino comercial, ni una autorización del municipio respectivo, como

era menester, para instalar establecimientos comerciales, de modo tal que no ha logrado probar que su predio tuviera un mayor valor el que no hubiera sido considerado por la comisión de peritos. Tiene, luego, por no probados los fundamentos del reclamo.

Un terreno, para los efectos de la indemnización por un proceso expropiatorio, vale por lo que es el momento de la expropiación y no por lo que podría llegar a ser en el futuro, esto es, por su potencialidad, porque ello escapa a lo que señala el artículo 38 del D.L. N° 2.186. En efecto, según dicha disposición, que se dio por infringida, "Cada vez que en esta ley se emplea la palabra "indemnización", debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma". Esto significa que el daño debe provenir en forma directa del acto de expropiación y que se debe referir al que se cause en el momento del mismo evento y no al que podría devenir, de acuerdo con consideraciones futuristas, esto es, de circunstancias que podrían concretarse o no, o eventualidades que podrían o no acaecer.

Por lo anterior que los jueces del fondo han estado acertados cuando señalan lo que se consignó previamente, porque atiende a la doctrina que se ha expuesto, ya que resulta evidente, que si se alega un destino diferente del bien expropiado, debe probarse al momento, de la expropiación, por lo que han de existir circunstancias demostrativas de lo que se quiere establecer, en este caso, lo que interesaba a la recurrente.

De esta manera, quedando aquello sentado como hecho de la causa, resulta inamovible para esta Corte Suprema, que no puede variar los que soberanamente han dado por establecidos los jueces del fondo, porque esta finalidad no se aviene con la naturaleza jurídica del recurso de casación, de ser un medio de impugnación jurídico procesal. Esto es, que analiza la legalidad de una sentencia, en cuanto a si las disposiciones de

ley se aplicaron a los hechos concretos que los referidos magistrados han dado por establecidos. En efecto, la única forma como la Corte de Casación podría alterar los hechos, sería a través de la denuncia y comprobación de infracción de leyes reguladoras de la prueba que fijen parámetros legales fijos o determinados de apreciación o ponderación de la misma, o sea, que obliguen a los jueces a cargo de la instancia a fallar en un determinado sentido. De ocurrir lo anterior, y constatado que fuere la Corte quedaría dotada de una herramienta jurídica que permitiría la anulación del fallo impugnado y, en la sentencia de reemplazo pertinente podría, ciertamente, fijar otros hechos nuevos.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto no ocurrió en el caso de la especie, en que no sólo no se estimó como vulnerada ninguna norma reguladora de la prueba sino que tan sólo se denunció como violentada una disposición de carácter adjetivo, como lo es el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, que no hace más que consagrar un principio que es obvio: que las sentencias han de dictarse conforme al mérito del proceso, por lo que su mención en nada ayuda a la postura del recurso. Sin embargo, hay que prevenir que tal mandato debe cumplirse por los jueces del fondo, que son soberanos en la tarea de apreciación de la prueba rendida, así como de la extracción de las pertinentes conclusiones, las que no pueden serles impuestas por las partes, ni estimadas ilegales, sólo porque no han satisfecho las pretensiones de una de las partes.

33.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 18/12/2003, Rol N° 20489:

Tanto la Constitución Política del Estado, en su artículo 19 N° 24, como el D.L. N° 2.186 de 1978 en su artículo 38, establecen claramente lo que es indemnizable en casos de expropiación. Nuestra Carta Fundamental señala que el expropiado tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado; por su parte el decreto ley de

procedimiento de expropiaciones expresa que cada vez que en ella se emplea la palabra indemnización, debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado por la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma (Considerando Noveno, Corte de Apelaciones de Rancagua). Que para clarificar lo anterior, y en una completa armonía, el artículo 9 y 12 del decreto ley mencionado señalan cuáles son los reclamos que el expropiado puede hacer valer ante el tribunal competente, los que se resumen en los siguientes: 1) que se deje sin efecto la expropiación por ser improcedente, 2) que se disponga la expropiación total del bien parcialmente expropiado cuando la parte no afectada del mismo careciere por sí sola de significación económica o se hiciera difícil o prácticamente imposible su explotación o aprovechamiento, 3) que se disponga la expropiación de otra porción del bien parcialmente expropiado; 4) que se modifique el acto expropiatorio cuando no se conforme a la ley, y 5) reclamo del monto provisional fijado para la indemnización (Considerando Décimo, Corte de Apelaciones de Rancagua). Que de las normas citadas, no aparece posible que la parte afectada por la expropiación reclame indemnización para compensar las pérdidas que se sufren con ocasión del efecto negativo sobre el valor comercial de la propiedad que queda sin expropiar, dado que la ley no le concede dicha acción, sino que aquellas mencionadas en las letras b) y c) del artículo 9 del decreto ley 2.186. Por lo anterior, no es dable acceder a lo solicitado por la reclamante, en cuanto se le indemnice para compensar las pérdidas que se sufren con ocasión del efecto negativo sobre el valor comercial de la propiedad que queda sin expropiar (Considerando Undécimo, Corte de Apelaciones de Rancagua).

34.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 23/10/2003, Rol N° 3956-2002:

Que en la expropiación lo que se ha de indemnizar es aquello que guarda una relación de cercanía con el acto o hecho que ha originado el perjuicio y que, en el presente caso, es indudablemente y en primer lugar, el propio

bien de que, mediante un acto de expropiación, se ha privado al propietario, perjuicio que debe comprender la aptitud de generar ganancia o lucro que este bien pueda tener en determinado caso; y si la propiedad ordenada expropiar tiene construcciones u otros bienes que, al tenor de lo que disponen los artículos 568, 569 y 570 del Código Civil, deban considerarse como inmuebles, y de que también se priva a su propietario por el acto de expropiación, resulta evidente que deberán comprenderse en la determinación del monto indemnizatorio, pues de ellos también habrá una privación directa e inmediata (Considerando Decimoquinto, Corte Suprema). Que, sin embargo, distinto es el caso de todo aquello que no tenga los caracteres que se han esbozado y, en forma muy particular, lo que el propietario estime que deberá construir en reemplazo de aquello de que se le priva, porque no habrá un daño ni directo ni inmediato y en su fijación siempre estará presente la subjetividad de quien lo pretenda, que naturalmente se inclinará por estimar en más aquello que se le expropia. De esta forma, encontrándose todos aquellos conceptos señalados por el expropiado, relativos a rubros que no constituyen el daño causado por la privación del terreno, ya tasado en la suma de \$ 58.021.000, y que el recurrente ha llamado "nuevos accesos; estabilizado y playa de estacionamiento de camiones, estabilizado y losa de acceso, construcción de nueva portería, construcción de caseta para romana, obra civil y báscula, nuevamente estabilizado y losa, en relación con lo anterior, cierre perimetral, nueva iluminación adicional y nueva playa de estacionamiento de vehículos", ha de entenderse que no constituyen daños directos ni inmediatos causados por el acto expropiatorio (Considerando Decimosexto, Corte Suprema).

35.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 13/03/2003, Rol Nº 395-2003:

La indemnización causada por la expropiación, debe corresponder al justo valor considerado al momento de ejercer el acto de autoridad expropiatorio, lo que significa que la reparación del perjuicio debe ser equivalente al daño

emergente causado al dueño afectado y él debe ser cierto para la procedencia de la indemnización. Motivo por el que debe descartarse las meras posibilidades y ceñirse al destino real y efectivo del predio al ocurrir la expropiación, pues sólo en tal medida se repara el daño real efectivamente ocasionado con motivo del acto expropiatorio, esto es, el perjuicio directo e inmediato. Considerandos 3º y 4º sentencia Corte de Apelaciones de Chillán.

Debe considerarse que al momento de valorarse el inmueble expropiado, que éste forma parte de la franja de restricción establecida en el artículo 39 del dfl 850, Ley de Caminos, y en el artículo 57 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, que prohíbe toda construcción de carácter definitivo en su extensión con el objeto de precaver futuros ensanches de los caminos nacionales. En este sentido, el valor del inmueble debe necesariamente ser menor porque se encuentra afecto a esta restricción de construcción, circunstancia relevante considerando que el reclamante alega la existencia de un valor potencial comercial del predio, asimismo, debe advertirse que al momento de tasar el lote, el predio al cual pertenecía presentaba un uso agrícola-erriazo, circunstancia que castigaba también su valor. Sin embargo, del mérito del plano remitido por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Chillán Viejo traído a la instancia a fojas 167, se desprende que éste es de carácter urbano. Considerandos 6º, 7º y 8º sentencia Corte de Apelaciones.

Consta del certificado, que el recurrente no compareció para continuar con la tramitación del recurso. Así, según lo dispuesto en los artículos 779 y 200 del Código de Procedimiento Civil, deberá declararse desierto el expresado recurso.

36.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25/07/2002, Rol N° 829-2002:

El derecho de llaves demandado, no cabe dentro la denominación de daño patrimonial efectivamente causado, puesto que aquel corresponde a una costumbre que se ha impuesto en los casos de arriendo de locales comerciales y que consiste en una cifra que subjetivamente se fija al efecto y que correspondería a la clientela que concurriría hasta el local comercial ya sea por costumbre o por la fama que haya adquirido éste. De esta manera, esta suma de dinero demandada corresponde a una utilidad que no podrá percibir, o más bien dicho, traspasar a terceros, por lo que resulta concluir que no está comprendida en las normas que autorizan la expropiación.

37.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30/07/2001, Rol N° 4293-2000:

El perjuicio de la expropiación lo sufre quién tiene la calidad de propietaria del inmueble a la fecha de toma de posesión material. Considerando 6º sentencia Corte Suprema.

En el procedimiento de expropiaciones no existe una supuesta responsabilidad extracontractual. En la especie no se trata de un problema de tal carácter, sino que de una expropiación, vale decir, un acto de la autoridad administrativa. Considerando 9º sentencia Corte Suprema.

38.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21/06/2001, Rol N° 4025-2000:

De conformidad con lo que dispone el artículo 38 del decreto ley N° 2.186, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiación, cada vez que en esta ley se emplea la palabra indemnización, debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma.

De acuerdo con dicha norma, la expropiación entonces no sólo debe comprender la cifra nominal que se fije provisional o definitivamente, sino que también los intereses pertinentes, que corresponden a los frutos civiles de dicha suma. En la especie, éstos sólo fueron otorgados a contar desde la fecha en que el fallo quede ejecutoriado, con lo cual se infringió la norma anteriormente señalada, del cual surge que la indemnización debe comprender todo el daño efectivamente causado y en el presente caso corresponde que ellos sean otorgados desde la fecha solicitada, hasta la de pago efectivo pues, tal como lo sostiene el recurrente, a esa fecha el fallo fijó el valor de la indemnización y por consiguiente desde ella han de comenzar a devengarse los referidos intereses, ya que de otro modo no se cumple con el precepto indicado, entregándose una indemnización incompleta.

Al no entenderlo de este modo, los jueces recurridos vulneraron el precepto mencionado, cometiendo una infracción que esta Corte debe reparar por lo cual el recurso de casación en el fondo debe ser acogido.

Los dos capítulos del recurso del Fisco de Chile giran en torno a la circunstancia de que el fallo habría exigido un requisito que la ley no contempla, como lo es el señalamiento de la suma en que, al reclamar el monto de los perjuicios, debe hacer. Al respecto cabe manifestar que según el artículo 4º del decreto ley Nº 2.186, que rige la materia, el 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. El artículo 5º agrega que el monto provisional de la indemnización a la fecha de la expropiación será, para todos los efectos legales, el que determine la comisión referida en el artículo anterior.

El artículo 12 del decreto ley de que se trata dispone que la entidad expropiante y el expropiado podrán reclamar judicialmente del monto provisional fijado para la indemnización y pedir su determinación definitiva y, según el 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. El artículo siguiente, el 14, indica que en su solicitud el reclamante indicará el monto en que estima la indemnización que deberá pagarse por la expropiación y designará perito para que la avalúe.

Conforme lo que se ha referido precedentemente, lo reclamable es el monto de la indemnización, esto es, La suma de varias partidas, según la definición que de dicho término hace el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, de donde se infiere que sólo es posible a las partes discutir sobre la suma fijada por la respectiva Comisión, pero no respecto de las diversas partidas o capítulos que componen la indemnización establecida, puesto que la ley no ha contemplado dicha posibilidad y por el contrario, al establecer que junto con su solicitud el reclamante debe indicar el monto en que él estima la indemnización que deberá pagarse, excluye la posibilidad de negar o rechazar algún rubro, capítulo o partida que la Comisión ha considerado para fijar la suma respectiva puesto que si lo hace, como ha ocurrido en la especie, efectivamente no estaría en obligación de señalar alguna suma, lo que demuestra en forma palmaria que lo que se puede cuestionar es solamente el monto en que la Comisión ha establecido. (Sentencia de Corte Suprema).

39.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 10/05/2001, Rol N° 4545-2000:

De acuerdo al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y el artículo 38 del D.L. N° 2.186, el daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación es el que realmente se ha ocasionado con dicho acto, no constituyéndolo aquél que se hace consistir en haberse

impedido, por al menos ocho meses, el acceso de vehículos al local comercial de propiedad del recurrente y con ello las ventas de combustibles y servicios que no pudieron prestarse, y las eventuales ganancias.

En efecto, estas circunstancias no constituyen un daño real y efectivo, ya que se trata de ganancias que no se obtuvieron y que podrían haberse obtenido, por lo cual deben calificarse como lucro cesante. Además, una cosa es que un local comercial como el de la especie funcione y otra cuestión muy distinta, que obtenga ganancias; es decir, en la especie se trata sólo de meras expectativas que se confunden con la obtención efectiva de ganancias y que, como tales, son de muy difícil –si no imposible– comprobación.

No obstante lo anterior, hay que dejar precisado que el concepto de inmovilidad productiva que utiliza el recurrente, no conduce necesariamente a concluir en que se dejó de obtener ganancias, porque producción no equivale a utilidades, de suerte que, con otra denominación, se está invocando un lucro cesante que, como se ha dicho antes, no se dio por probado en el juicio.

40.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16/04/2001, Rol N° 7012-1996:

La retrocesión, entendida como el derecho del expropiado para reclamar y recuperar el dominio de los bienes expropiados por la alteración o desvirtuación de la finalidad que sirvió de fundamento al acto expropiatorio, no está prevista en precepto alguno del derecho chileno. Si bien este pretendido efecto satisface el eventual interés del antiguo propietario, cuyo derecho fue subrogado por las indemnizaciones que recibió, desatiende en cambio el fin superior de utilidad pública que se perseguía con la expropiación, lo que sería una muy seria alteración en la jerarquía de los

intereses jurídicos, al colocar los derechos extinguidos o eventuales del expropiado a quien ya se indemnizó, por sobre el interés superior de la colectividad.

Con todo, la aceptación del criterio antes señalado no importa permitir a la autoridad que desconozca o violente los fines de utilidad pública que se persiguieron con la expropiación, pues para impedir tal nocivo resultado, la sanción del acto que contravenga tal finalidad no puede ser la ineficacia de aquella, con la cual se consagraría la violación de la ley, sino por el contrario la nulidad del acto que la contraviene, así se desprende de los artículos 4º y 6º de la Constitución Política del Estado y de los artículos 59 y 111 de la ley N° 11.860.

A mayor abundamiento, aún si se considerara que la expropiación es un contrato de compraventa forzada, no puede considerarse que la condición resolutoria tácita consiste en la obligación del Estado para con el dueño del bien expropiado a dar a éste un determinado destino, pues la única obligación que contrajo fue la de pagarle la indemnización que se ajustó con él. Lo contrario sería alterar la naturaleza de la modalidad: no es una condición es un modo, por ello su incumplimiento no resuelve el derecho, según lo establece el artículo 1090 del Código Civil.

41.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 20/12/2000, Rol N° 4337-2000:

Conforme a lo establecido en autos, puede estimarse conforme al valor relativo de las probanzas, especialmente de la testimonial de la reclamante y la testimonial de los reclamados, que el valor del inmueble asciende a una suma estimada entre \$ 20.000.000 y \$ 23.858.800, lo que ha sido determinado por los peritos de ambas partes que fueron designados conforme lo dispone el artículo 14 del D.L. N° 2.186.

La prueba rendida por la reclamante no es suficiente para que se estime

que el valor de la expropiación es superior a la propia estimación que el perito y testigo de su parte estimó, ya que el perito presentado por ella conforme al procedimiento en su informe y siguiente no desvirtúa la tasación del documento que fue acompañado por la propia reclamante a su demanda.

La prueba testimonial de la reclamada (SERVIU), se ha limitado a reafirmar que el informe de tasación de la comisión que fijó el precio de la expropiación en la suma de \$ 14.854.030 reajustada a la fecha de la consignación en la suma de \$ 15.024.242, no considera otros antecedentes que los que la propia comisión estimó, por lo que debe estimarse su testimonio sin antecedentes objetivos que lo avalen.

En este tipo de juicios es determinante para la fijación del monto de la indemnización que debe pagarse, sobre otras pruebas la estimación hecha por los peritos, la que estimada conforme a las reglas de la sana crítica pueden dar por válido que la suma a pagar debe estimarse entre \$ 20.000.000 y \$ 37.500.000, suma esta última que por la propia presentación del reclamante quien presenta al tasador y testigo rebaja la suma de \$ 23.858.800, es decir, que la propia prueba de la reclamante merma el informe del perito presentado a su costa.

Lo argumentado por la reclamante, en orden al plus valor del inmueble, por su vecindad al mar y a un parque de recreación no puede ser tenido en consideración toda vez que dicho lugar pese a su ubicación no puede ser tenido como terreno residencial, dadas las condiciones del inmueble en sí y de sus posibilidades futuras; como lo señala el informe del perito de la reclamada que indica que dicho inmueble no podría en el futuro ser objeto de ampliación.

Con lo anteriormente considerado debe concluirse que el monto de la indemnización puede establecerse en la suma de \$ 22.500.000 cantidad

equidistante entre lo determinado por el tasador y testigo de la reclamante y lo establecido por el perito designado por el propio SERVIU.

En cuanto al lucro cesante reclamado que solicita la reclamante no se dará lugar a él, toda vez que en los procedimientos expropiatorios éste no está considerado sino que es parte de la misma estimación del valor total de la suma en que se estima el valor de lo expropiado. (Considerandos 20º al 25º de la sentencia de Primera Instancia).

42.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 29/08/2000, Rol N° 471-2000:

La indemnización expropiatoria es la suma de dinero que el expropiado recibe por el bien de cuyo dominio se le priva y por los perjuicios que se le causan, y que busca resarcir, compensar o igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra.

Esta indemnización comprende el daño patrimonial efectivamente causado y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma, comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, en la medida que cumplan con los requisitos previstos en la Constitución y en el artículo 38 del D.L. 2186. Asimismo, para determinar el valor del daño patrimonial aludido, que se causa a la expropiada con la expropiación y que sea una consecuencia directa e inmediata de ella, hay que atender a los antecedentes probatorios producidos en los autos. Si éstos son contradictorios, cabe que el sentenciador realice una adecuada ponderación de los mismos, a objeto de determinar en forma equitativa y prudente el valor de lo que corresponde indemnizar.

43.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 02/08/2000, Rol N° 10983-2000:

Que el daño patrimonial que debe ser indemnizado en este tipo de operaciones comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, debiendo pagarse el valor comercial de la propiedad expropiada atendiendo a distintos criterios que debía considerar la Comisión de Peritos Tasadores la pretensión del reclamante debe fundarse precisamente en antecedentes que lleven a esta sentenciadora establecer que no se consideraron ciertos elementos para la fijación de la indemnización provisional. (Considerando 5°).

44.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 02/07/2004, Rol N° 21122:

En la especie, la demanda reclama un aumento de la indemnización correspondiente a los rubros terreno y plantaciones, los que considera en forma conjunta.

Reviste particular importancia, a este respecto, una pericia, la que apreciada conforme a las reglas de la sana crítica no puede sino producir plena prueba. Ello porque además de la calidad de agrónomo que inviste, su pericia es particularmente acuciosa y seria, explica con detalle los parámetros que ha tenido en vista para opinar y mantiene una estricta secuencia lógica para arribar a sus conclusiones. Pero además cabe otorgar especial valor a ese informe porque proponiendo un alza en la indemnización, lo emite el perito que ha designado en el juicio el propio Fisco; esto es, se trata de un perito de la confianza del demandado, como que él lo ha designado. No es admisible, entonces, que pueda sin más pasarse por sobre su parecer cuando estima que debe alzarse la indemnización provisional, porque entonces se tendría que prescindir de la prueba que rinde la propia demandada cuando ella le perjudica; la prueba

que una parte presente en juicio y que contradiga sus asertos de la etapa de discusión, es particularmente importante, por la precisa circunstancia de que se trata de probanzas que esa misma parte ha querido presentar y por ende ha querido que tengan peso. Sin perjuicio, y además de lo razonado, el peritaje debe preferirse a otro emitido, por parecer fruto de un análisis más profundo desde que el segundo se extiende a puntos que claramente no corresponden a perjuicios directos sufridos como consecuencia de la expropiación de que se trata y para fijar algunas de las sumas que propone, acude a parámetros errados, y estimar esa superficie total en base a lo registrado por el Servicio de Impuestos Internos y no en base a los títulos del inmueble, como correspondía. El informe no está desvirtuado, por ningún antecedente en contrario, de manera que apreciado conforme a las reglas de la sana crítica se le debe dar valor de plena prueba.

Como la demanda surte efectos procesales cuando se produce la notificación, ese debe ser el día hasta el que deberá correr el reajuste. Todos los demás puntos que la demanda contiene son ajenos al daño inmediato y directo producido con la expropiación. Así, los llamados "daños permanentes" y la "pérdida de rentabilidad" son lucro cesante, que reiteradamente la jurisprudencia ha declarado no indemnizable en estos procedimientos; o, en el mejor de los casos, pérdida del valor del retazo no expropiado, que no cabe reclamar por esta vía, sino mediante la acción que la ley concede para pedir la expropiación del remanente. Esto último es también lo que ocurre con los capítulos "retazo de terreno aislado" y "frutales en retazo aislado", cuestiones materia de otra acción, distinta a la presente.

b. Jurisprudencia relevante en el período 2006-2010 recaída en recursos de protección de la garantía subjetiva del derecho de propiedad privada.

1.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 27/12/2010, Rol N° 395-2010:

I. La decisión del Intendente y la consiguiente actuación de la municipalidad –recurrida– en cuanto a proceder a la liquidación del contrato y concretar la regularización del cobro de la boleta de garantía, es un acto administrativo sujeto a las normas establecidas en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos y, por consiguiente, debió notificarse dichos actos al contratista –recurrente– a objeto que ejerciera los recursos administrativos que pudieran corresponderle. Al no hacerlo, la municipalidad recurrida ha actuado ilegalmente, conculcando el derecho de propiedad que tiene el recurrente sobre los efectos del contrato respectivo, por lo que corresponde acoger el recurso de protección y ordenar que se notifique al contratista de la resolución que tome o haya tomado la municipalidad, a objeto que aquél, si lo estima pertinente a sus derechos, deduzca los recursos administrativos que correspondan (considerando 9º).

II. El oficio remitido por el alcalde la municipalidad al banco emisor, comunicándole que procederá a cobrar las boletas de garantía tomadas a favor de la municipalidad por la empresa constructora –recurrente–, lo que se le comunica para su conocimiento y fines que procedan, no tiene el carácter de acto administrativo al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, ya que los actos administrativos son decisiones formales que emiten los órganos de la Administración en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública, en cambio, lo que hizo la municipalidad recurrida fue hacer efectiva la caución avisando al banco, quien como emisor tenía la obligación de informar al tomador. En consecuencia, el acto de iniciar el cobro de la caución no puede ser

considerado un acto ilegal o arbitrario que vulnere el derecho de propiedad del contratista sobre las boletas de garantía. Tampoco era necesario notificar previamente el referido acto siguiendo la suerte del acto administrativo, ya que ello puede llevar a la caducidad de la boleta (considerandos 10º y 12º).

2.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 14/12/2010, Rol N° 1885-2010:

I. La existencia de un procedimiento de reclamación judicial respecto de la resolución que revoca el reconocimiento oficial de una escuela de conductores, no importa la inadmisibilidad del recurso de protección, puesto que en la teoría contemporánea de los derechos humanos las acciones constitucionales constituyen garantías o derechos públicos subjetivos de los gobernados. En tal perspectiva, no es posible obstruir o limitar que una persona pueda recurrir a los tribunales de justicia solicitando la revisión de los actos administrativos y, en definitiva, si procediere, el restablecimiento del imperio del derecho (considerando 3º).

II. De acuerdo a los artículos 8º y 37 del DS N° 251 de 1999, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, podrá revocarse el reconocimiento oficial de una escuela de conductores profesionales cuando no diere cumplimiento a los planes, programas, docencia e infraestructura que determinaron su reconocimiento. Corresponde al SEREMI de Transportes adoptar la referida medida administrativa. Para que proceda, es necesario que el incumplimiento esté revestido de una gravedad que amerite la revocación, pues de no ser así, la atribución otorgada quedaría sujeta a una discrecionalidad que la Carta Fundamental no permite. En efecto, si va a existir una afectación de los derechos, ésta debe ser proporcionada y no arbitraria (considerandos 4º y 5º).

En la especie, si bien la escuela de conductores recurrente ha incurrido en

una serie de falencias, por un lado, ellas no importan el incumplimiento de los planes, docencia e infraestructura y ha estado llano a superar las inconveniencias, lo que amerita no una actuación contumaz, sino una actuación de respeto y cumplimiento a lo señalado por la autoridad y, por otro, la recurrida no ha aplicado en forma escalonada apercibimientos a la escuela de conductores antes de aplicar la revocación, por lo que la medida adoptada por la autoridad constituye un acto arbitrario que vulnera las garantías de los artículos 19 N°s. 2, 21 y 24 de la Constitución, desde que se ha actuado de manera arbitraria respecto a un particular, impidiéndole el ejercicio de una actividad económica en desmedro de su libertad económica, lo que sin duda afecta su inversión y patrimonio (considerandos 6° y 7°).

3.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 13/12/2010, Rol N° 98-2010:

La conducta de la Fiscalía Regional y del Director Regional de Aduanas, consistente en no devolver al recurrente el camión de su propiedad, su carga y acoplado, incautados en el marco de una investigación hace más de tres meses, en la cual no se ha formalizado a nadie, constituyen equívocos administrativos que vulneraron el derecho de propiedad del recurrente, por cuanto no pudo ejercer su derecho respecto de dichos móviles, de manera que corresponde acoger el recurso de protección. Sin embargo, habiéndose efectuado la devolución del camión y su remolque por el Servicio de Aduanas al recurrente, no corresponde adoptar medidas para restablecer el imperio del derecho (considerandos 3° a 5°).

4.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 13/12/2010, Rol N° 474-2010:

De acuerdo al artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la construcción, reconstrucción, reparación, alteración,

ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la Dirección de Obras Municipales, a petición del propietario. Por su parte, el artículo 119 del mismo texto legal exige que toda obra de urbanización o edificación se ejecute con sujeción estricta a los planos, especificaciones y demás antecedentes aprobados por la Dirección de Obras Municipales. En consecuencia, la conducta del recurrido consistente en efectuar faenas de construcción sin contar con los permisos que la ley exige para ello, constituye un acto ilegal que afecta, a lo menos en grado de amenaza, el derecho de propiedad del recurrente –vecino del recurrido–, por lo que corresponde acoger el recurso de protección. No es óbice para concluir así, la circunstancia que las obras desplegadas respeten las condiciones técnicas exigidas en materia de construcción, puesto que lo relevante en esta acción cautelar es el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales exigidos para que se ejecute la construcción (considerandos 6º a 8º).

5.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 10/12/2010, Rol Nº 146-2010:

Si bien la decisión del alcalde recurrido mediante la cual declara incompatible con el desempeño del cargo la salud del recurrente – profesional de la educación–, poniendo término a su nombramiento como docente titular en el liceo donde ejercía sus funciones y declarando la vacancia del cargo, fue adoptada en el marco de sus atribuciones legales, se trata de una decisión arbitraria, desde que no aparece motivada en criterios de razonabilidad, como por ejemplo, el buen servicio del establecimiento educacional donde el recurrente prestaba servicios, sino en la simple sumatoria de los días de licencia de éste, proceder que vulnera la garantía constitucional del derecho de propiedad del docente, quien tenía incorporado a su patrimonio, como derechos incorporales, la

remuneración básica mínima nacional y la estabilidad en el empleo (considerandos 5º, 6º y 10º a 12º).

En efecto, la potestad discrecional que concede el artículo 148 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales al alcalde para declarar la salud incompatible con el desempeño del cargo, no significa que el decreto respectivo pueda carecer de la debida razonabilidad que deben tener los actos de la Administración. Así, fundada la decisión impugnada únicamente en una simple sumatoria de los días de licencia, ello contraviene el espíritu del Estatuto precitado y del Estatuto Docente, pues intrínsecamente los artículos 144 letra c), 147 letra a) y 148 del primero y 72 letra h) del segundo suponen que la condición de salud del funcionario afecte la buena marcha del establecimiento. Por lo demás, la salud del docente no resultaba incompatible con el desempeño del cargo, por cuanto continuó prestando servicios al día siguiente que se extinguió su última licencia (considerandos 7º a 9º).

6.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 03/12/2010, Rol N° 332-2010:

Acreditado que recurrente y recurrido celebraron un contrato de arrendamiento sobre un bien raíz, con el primero como arrendatario y el segundo como arrendador, sigue que aquél es titular de un derecho que le permite usar y gozar del inmueble, hasta que se ponga término al contrato de arrendamiento por alguna de las causales establecidas en la ley. En ese entendido, la circunstancia alegada por el recurrido en orden a que el arrendatario habría incumplido la obligación de pagar las rentas de arrendamientos, le da derecho para demandar la restitución por dicho hecho, pero no para haber, por vías de hecho, tomado posesión del inmueble. En efecto, ante la mora en el pago de las rentas de arrendamiento, no desaparece el derecho del arrendatario al uso y goce de

la cosa entregada en arrendamiento, en tanto no haya acuerdo entre las partes o una sentencia judicial que así lo determine.

El recurso de protección resulta procedente para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes, por lo que no es óbice para su procedencia el hecho que existan actualmente investigaciones criminales y un juicio civil de terminación de contrato de arrendamiento pendientes entre las mismas partes (considerandos 4º y 5º).

Por lo expuesto, la conducta del recurrido, consistente en impedir el uso y goce del inmueble al recurrente, tomando posesión de él, constituye una acción de facto y unilateral que importa una manifestación de autotutela, proscrita por el ordenamiento jurídico, ilegal y arbitraria, y atentatoria de las garantías del artículo 19 N°s. 2, 21 y 24 de la Carta Fundamental: la igualdad ante la ley, el derecho a ejercer una actividad económica lícita y el derecho de propiedad (considerando 6º).

7.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24/11/2010, Rol N° 4065-2010:

Si bien la calidad de empleados de la Administración Pública a contrata es eminentemente temporal o transitoria, y que la permanencia del empleo en el tiempo está entregada a la necesidad de la institución de contar con sus servicios y existencia de recursos presupuestarios, ello no autoriza a los jefes de servicios para hacer uso del mismo de manera completamente discrecional, según su personal apreciación y decisión, es decir, infundadamente. En otros términos, ni la administración ni el ente encargado de fiscalizar la aplicación de la normativa legal vigente, se encuentran facultados para disponer y autorizar la desvinculación de un funcionario público a contrata antes del término del plazo de la

contratación, sin que exista justificada causa legal o contractual. La autoridad está obligada a fundamentar sus decisiones, transparentando las razones jurídicas y fácticas que le sirven de sustento. A esta conclusión se arriba conforme a los artículos 5º y 13 inciso 2º de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado y 16 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (considerandos 7º a 9º).

Por lo antedicho, si las resoluciones impugnadas –que ponen término anticipado a las contrataciones de los recurrentes– no cumplen con la obligación de expresar los argumentos que les sirven de fundamento, desde que no contienen expresión ni análisis de los antecedentes jurídicos y de hecho que motivan la decisión, ni existe en ellos un juicio razonado como fundamento real y preciso de la decisión adoptada respecto de cada uno de los recurrentes, se concluye que las referidas resoluciones aparecen desprovistas de razonabilidad, constituyendo un acto ilegal y arbitrario que vulnera las garantías del artículo 19 N.ºs. 2 y 24 de la Carta Fundamental: la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad. En efecto, atenta contra la igualdad ante la ley por cuanto no se divisa la razón de un tratamiento distinto en el caso de los recurrentes que han sido excluidos de la Administración; y contra el derecho de propiedad porque se les ha privado del derecho a permanecer en sus funciones hasta el 31 de diciembre del año en curso mientras cumplan sus obligaciones funcionarias, recibir las remuneraciones correspondientes y no ser removidos por procedimientos ilegítimos (considerandos 10º a 13º).

8.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24/11/2010, Rol N.º 5144-2010:

Si bien la calidad de empleados de la Administración Pública a contrata es eminentemente temporal o transitoria, y que la permanencia del empleo en el tiempo está entregada a la necesidad de la institución de contar con sus servicios y existencia de recursos presupuestarios, ello no autoriza a los

jefes de servicios para hacer uso del mismo de manera completamente discrecional, según su personal apreciación y decisión, es decir, infundadamente. En otros términos, ni la administración ni el ente encargado de fiscalizar la aplicación de la normativa legal vigente, se encuentran facultados para disponer y autorizar la desvinculación de un funcionario público a contrata antes del término del plazo de la contratación, sin que exista justificada causa legal o contractual. La autoridad está obligada a fundamentar sus decisiones, transparentando las razones jurídicas y fácticas que le sirven de sustento. A esta conclusión se arriba conforme a los artículos 5º y 13 inciso 2º de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado y 16 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (considerandos 6º a 8º).

Por lo antedicho, si las resoluciones impugnadas –que ponen término anticipado a las contrataciones de los recurrentes– no cumplen con la obligación de expresar los argumentos que les sirven de fundamento, desde que no contienen expresión ni análisis de los antecedentes jurídicos y de hecho que motivan la decisión, ni existe en ellos un juicio razonado como fundamento real y preciso de la decisión adoptada respecto de cada uno de los recurrentes, se concluye que las referidas resoluciones aparecen desprovistas de razonabilidad, constituyendo un acto ilegal y arbitrario que vulnera las garantías del artículo 19 N.ºs. 2 y 4 de la Carta Fundamental: la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad. En efecto, atenta contra la igualdad ante la ley por cuanto no se divisa la razón de un tratamiento distinto en el caso de los recurrentes que han sido excluidos de la Administración; y contra el derecho de propiedad porque se les ha privado del derecho a permanecer en sus funciones hasta el 31 de diciembre del año en curso mientras cumplan sus obligaciones funcionarias, recibir las remuneraciones correspondientes y no ser removidos por procedimientos ilegítimos (considerandos 9º a 12º).

9.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 24/11/2010, Rol N° 271-2010:

I. Atendida la naturaleza del recurso de protección, la Corte se encuentra facultada para determinar la garantía o garantías que se observan conculcadas, sin que sea limitante para ello que el recurrente no señale específicamente él o los derechos vulnerados, considerando especialmente que esta acción cautelar ha sido instituida por la Carta Fundamental sin formalismos de ningún tipo que obsten para que el que se sienta perjudicado reclame (considerando 3°).

II. En la especie, el recurrente sólo reprobó una vez dos asignaturas en un módulo de un semestre, sin que la universidad recurrida explique las razones por las cuales a este alumno no se le otorgaron los derechos a cursar por segunda vez dichas asignaturas, ni a cursarlas en la modalidad de tutoría o gracia que contempla el Reglamento Académico, privándosele injustificadamente de su calidad de alumno regular, vulnerándose su derecho de propiedad sobre dicho bien incorporal y su derecho a la igualdad, por no otorgársele las oportunidades que el Reglamento Académico contempla. En consecuencia, la pérdida de la calidad de alumno regular fue antirreglamentaria, constituyendo un acto ilegal y arbitrario que atenta contra las garantías constitucionales antes referidas, por lo que corresponde acoger el recurso de protección y disponer que la universidad mantenga la calidad de alumno regular del recurrente, restituyéndolo a clases con todos sus derechos y obligaciones (considerando 7°).

10.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 22/11/2010, Rol N° 472-2010:

El ejercicio de la potestad anulatoria debe someterse a la regulación que establece el artículo 53 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, de acuerdo con el cual la invalidación procede, previa audiencia del interesado y dentro de dos años, contados desde la notificación o publicación del acto que se pretende dejar sin efecto. Resulta claro, entonces, que uno de los límites al ejercicio de la potestad de invalidación es el cumplimiento del requisito consistente en dar audiencia del interesado.

En consecuencia, el actuar de la municipalidad recurrida consistente en eliminar a la recurrente de la lista de funcionarios públicos con derecho a percibir un bono post laboral, mediante un decreto alcaldicio modificatorio, sin dar audiencia al interesado, por cuanto la recurrente no fue debidamente emplazada para ser oída y sin dar siquiera inicio a un procedimiento invalidatorio, en circunstancias que se estaba dejando sin efecto un acto administrativo a través de otro acto de la misma índole, constituye un acto ilegal y que produjo como consecuencia una perturbación en la garantía del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, el derecho de propiedad, desde que el cese del beneficio denominado bono post laboral necesariamente hubo de causarle a la recurrente perjuicios de índole patrimonial (considerandos 4º a 7º).

11.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 15/11/2010, Rol N° 582-2010:

De acuerdo al artículo 71 de la Ley N° 18.591, no todos los créditos fiscales universitarios fueron traspasados del Fisco al Fondo Solidario de la respectiva institución de educación superior, sino sólo aquellos con vencimiento a partir del año 1988. Por su parte, el artículo 1º de la Ley N°

19.989 incorporó la retención de la devolución de impuestos como mecanismo de recaudación más efectivo en beneficio del Fondo Solidario y su artículo 12 precisó que son considerados deudores de los créditos solidarios todos aquellos que resulten de la aplicación de las Leyes N°s. 18.591, 19.287 y 19.848. En consecuencia, habiéndose concedido el crédito universitario a la recurrente bajo las disposiciones del DL N° 3.541 y del DFL N° 4 de 1981 –no bajo las Leyes N°s. 18.591, 19.287 y 19.848– y siendo su vencimiento anterior al año 1988, no resultaba aplicable a su respecto la facultad de retención prevista en el artículo 1° de la Ley N° 19.989. En efecto, se trata de un crédito fiscal universitario que se rige conforme a un régimen legal distinto que no contemplaba esa medida de apremio (considerandos 4° a 7°).

El principio de legalidad de los actos de la Administración obliga a los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y las leyes, de modo que cualquier transgresión significa que sus actuaciones no son válidas, carecen de todo valor jurídico y, por ende, de ellas no nace derecho alguno. Por tanto, la Tesorería Regional no podía ejercer la facultad de retención respecto de aquellos deudores de crédito universitario regidos por un estatuto legal diferente, no siendo excusa aducir que se detenta la calidad de ente meramente ejecutor en cumplimiento de una instrucción o mandato de otra institución pública o privada. Al haberlo hecho, sin tener facultad legal para hacerlo, los recurridos –quienes han requerido y practicado la retención– han incurrido en una actuación ilegal, que infringe el derecho de propiedad de la recurrente, al privarla de la devolución que legalmente le correspondía (considerandos 8° y 9°).

12.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 15/11/2010, Rol N° 709-2010:

La construcción levantada por el recurrido, que impide la normal funcionalidad de ventanales de los dormitorios del departamento del recurrente y que no ha sido autorizada por la totalidad o mayoría de los propietarios del edificio ni por la autoridad municipal, afecta las garantías del artículo 19 N°s. 4, 5 y 24 de la Carta Fundamental. En efecto, junto con afectar la luz y ventilación que deben captar los referidos ventanales, la improvisada construcción perturba la vida privada de los moradores del departamento; la inviolabilidad del hogar; y el derecho de propiedad, toda vez que se ha adosado al muro externo del departamento del recurrente una construcción ajena, no autorizada por él ni por instancia o autoridad competente alguna (considerandos 1° a 3°).

13.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, de fecha 12/11/2010, Rol N° 508-2010:

Si bien la resolución que puso término anticipado a la contrata del recurrente no es ilegal, desde que fue dictada en el ejercicio de las facultades que entregan al Director del Servicio de Salud los artículos 36 letra f) del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, consistente en ejercer las funciones de administración del personal destinado al establecimiento, en tanto correspondan al ámbito del mismo, y 23 letra g), consistente en designar a los funcionarios, poner término a sus servicios y, en general, ejercer respecto del personal todas las facultades que correspondan a un jefe superior de servicio descentralizado, considerando, además, que el Estatuto Administrativo consagra la transitoriedad de los empleos a contrata; lo cierto es que resulta arbitraria, toda vez que carece de fundamentos o de explicación que la justifique, vulnerando las garantías del artículo 19 N°s. 1, 2 y 24 de la Carta Fundamental, la integridad psíquica, la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad: la primera, por

cuanto el término anticipado de la labor del recurrente afecta su bienestar psíquico, la segunda, por cuanto el obrar de la autoridad recurrida carece de basamento y la última, porque se afecta la propiedad sobre las remuneraciones del funcionario (considerandos 3º y 4º).

14.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 11/11/2010, Rol N° 437-2010:

El ejercicio de todo derecho tiene como limitación el ejercicio del derecho de los demás. Acreditado, por un lado, que el recurrente tiene un contrato de arrendamiento con el recurrido, que se encuentra vigente y, por otro, que el recurrido cerró con candado el acceso al inmueble arrendado, impidiendo al recurrente desarrollar su actividad económica, se concluye que se vulnera la garantía del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, el derecho de propiedad, que resguarda el uso y goce del inmueble arrendado por el recurrente. En efecto, el recurrido alteró el ejercicio por parte del recurrente de su derecho a usar y gozar de la cosa arrendada, por lo que corresponde acoger el recurso de protección, cuya finalidad es mantener el status quo vigente en el desenvolvimiento de los derechos para impedir las acciones de facto que alteran el orden jurídico. En este mismo sentido, es una norma general de derecho que nadie puede hacerse justicia por sí mismo. El estado de las cosas no puede ser alterado, sin perjuicio de los derechos que el recurrido pudiere hacer valer en el procedimiento que corresponda, por lo que, al menos en las actuales circunstancias, debe respetarse el uso y goce del inmueble arrendado (considerandos 5º a 9º).

15.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/10/2010, Rol N° 6543-2010:

De acuerdo al artículo 99 de la Carta Fundamental, en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por

la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer. Por su parte, la LOC de Municipalidades dispone que estos entes serán fiscalizados por la Contraloría General de la República, y que en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, podrá ésta emitir dictámenes jurídicos sobre las materias sujetas a su control. Por lo tanto, los informes jurídicos emitidos por la Contraloría son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización, entre ellos, las municipalidades (considerando 3º, sentencia Corte de Apelaciones).

De lo expuesto se colige que la conducta del alcalde recurrido consistente en negarse a cumplir con lo ordenado por la Contraloría Regional, en orden a dejar sin efecto el decreto alcaldicio que aplicó la medida disciplinaria de destitución al recurrente, reemplazándolo por otro que aplique a éste una sanción proporcional al mérito de los antecedentes, constituye un acto ilegal y arbitrario que vulnera el derecho de propiedad del recurrente sobre las remuneraciones que le corresponde percibir como funcionario municipal. La conducta del alcalde importa, además, una infracción a sus deberes funcionarios, comprometiendo su responsabilidad administrativa (considerandos 4º, sentencia Corte de Apelaciones y 1º y 2º, sentencia Corte Suprema).

16.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21/10/2010, Rol Nº 6544-2010:

La Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Ello está en concordancia con lo que establece el Código Civil en el sentido de que el dominio es el derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno, pues la propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

En la especie, de los preceptos legales pertinentes y de los hechos

establecidos se colige que la acción de protección deducida es improcedente, puesto que la recurrente no es dueña de la propiedad singularizada, sino que únicamente de derechos hereditarios, de manera que carece de legitimidad activa para recurrir de protección, como también de la pasiva, puesto que quien ejecutó los actos que se reprochan lo habría hecho a través de la Dirección Regional de Obras Hidráulicas, la que estaba autorizada para usar la faja vial de caminos públicos de tuición de la Dirección de Vialidad que ejecutó la empresa contratista.

17.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, de fecha 15/10/2010, Rol N° 444-2010:

La actividad desplegada por la municipalidad recurrida, transformando el cargo titular de docente que detenta la recurrente en contrata y en interino su cargo de orientadora titular, resulta arbitraria e ilegal, toda vez que constituye una serie amenaza al desempeño de ésta en el establecimiento educacional, que podría desembocar en el corto plazo en una importante disminución de su jornada laboral, y su consecuente detrimento económico, no exhibiendo tal proceder una justificación razonable, si se considera que ella presenta un contrato de trabajo de la propia recurrida, que le reconoce la calidad de titular en la función de orientadora. Ello da cuenta claramente de una alteración en una situación de hecho preexistente a favor de la recurrente, pues se pretende desconocer los efectos y alcances de la convención celebrada, sin que existan otros antecedentes que justifiquen ese actuar, careciendo por lo mismo de seriedad y lógica, lo que la transforma en arbitraria. La situación expuesta vulnera las garantías del artículo 19 N°s. 2, 16 y 24 de la Carta Fundamental: la igualdad ante la ley, ya que se ha ejercido una discriminación en el intento de modificar las condiciones en que la recurrente desarrolla sus funciones; la libertad de trabajo, porque no la ha podido ejercer en su amplia manifestación; y el derecho de propiedad, desde que tiene derecho a la estabilidad en el empleo y a que no se vean

mermadas sus remuneraciones, salvo que exista una causa legal que posibilite un cambio en sus funciones o una rebaja en sus ingresos remuneratorios, que no ha sido el caso (considerandos 5º y 6º).

18.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, de fecha 15/10/2010, Rol Nº 477-2010:

No obstante la definición que se hace de los empleados a contrata en el artículo 3º del Estatuto Administrativo, como aquéllos de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución, y lo que dispone el artículo 10, acerca de la precariedad en la duración de los servicios, para poner término anticipado a dichos servicios debe invocarse alguna de las causales de cesación previstas en su artículo 146 y cumplir con el principio de juridicidad que deben observar los órganos de la Administración Pública, consagrado en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental y 2º de la LOC de Bases Generales de la Administración, que es un límite a la discrecionalidad de la Administración y una garantía al funcionario a quien va a afectar el acto.

Por lo expuesto, si la autoridad recurrida se limita a poner término a la contrata del recurrente invocando “razones del servicio”, causal que no corresponde a las exigidas en el artículo 146 del Estatuto Administrativo, dicho proceder adolece de ilegalidad y arbitrariedad, además de vulnerar las garantías del artículo 19 N°s. 1, 2 y 24 de la Constitución. En efecto, conculca el derecho a la integridad física y psíquica por cuanto priva al recurrente de su única fuente de ingreso, en forma imprevista; atenta contra la igualdad ante la ley, en el sentido que todos los funcionarios que desempeñan cargos en calidad de contrata deben hacerlo hasta el 31 de diciembre, sin que exista fundamento fáctico que justifique su desvinculación; y, finalmente, vulnera el derecho de propiedad respecto de la remuneración que le correspondía percibir al recurrente hasta la fecha del término de la contrata (considerandos 7º y 9º a 11º).

19.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 27/09/2010, Rol N° 119-2010:

El artículo 2º del Código del Trabajo, además de reconocer la función social del trabajo, otorga al Estado la misión de amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su empleo y, también, la de velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios, labor esta última que corresponde, en representación del Estado, a la Dirección del Trabajo, y en cuya virtud ésta debe fiscalizar la aplicación de la ley. Sin embargo, tales facultades deben ejercerse sólo cuando dicho Servicio se encuentre ante situaciones de infracción a las normas laborales, o sea, cuando con su actividad de fiscalización se sorprendan ilegalidades claras, precisas y determinadas que le compete sancionar (considerandos 6º y 7º).

Por lo expuesto, si el fiscalizador de la Inspección del Trabajo procedió a interpretar por sí las cláusulas contractuales relativas a los permisos de los dirigentes sindicales, determinando que no era procedente el descuento a las remuneraciones de éstos, con motivo del exceso de tiempo sobre las 6 horas semanales a que tenían derecho, basando su decisión en la interpretación que hace de la conducta pretérita de la empresa recurrente frente a situaciones idénticas y en las cuales no se efectuó el referido descuento, imponiéndole una multa, se concluye que el fiscalizador se arrogó facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dicha materia, esto es, de los juzgados de letras del trabajo, quienes, de acuerdo al artículo 420 letra a) del Código del ramo conocen de las cuestiones o controversias derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales y colectivos del trabajo. En estas condiciones, el actuar del fiscalizador es ilegal y vulneratorio de las garantías del artículo 19 N°s. 3 inciso 4º y 24 de la Carta Fundamental. En efecto, en primer lugar, atenta contra la garantía de no ser juzgado por comisiones

especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta, desde que asumió, en la práctica, la función de juzgar que pertenece constitucionalmente a los tribunales de justicia y, en segundo lugar, vulnera el derecho de propiedad, toda vez que la multa improcedente significa un menoscabo patrimonial para la empresa recurrente (considerandos 8º a 11º).

Debe ser desestimada la alegación de la Inspección del Trabajo en cuanto a que el recurso de protección no es un sustituto procesal, porque si la Administración aplica como sanción una multa y para ello previamente se ha conculcado una garantía constitucional respecto de la cual se concede acción de protección, este arbitrio resulta procedente y, además, porque tratándose de hechos indubitados y de la afectación de garantías fundamentales amparadas por el recurso de protección, éste resulta admisible a objeto de dejar sin efecto la sanción impuesta (considerando 12º).

20.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 15/09/2010, Rol N° 6499-2010:

Al momento de deducir la trabajadora –recurrente– el recurso de apelación ante la Superintendencia de Seguridad Social, el procedimiento establecido para determinar si se encontraba afectada por alguna de las contingencias que prevé la Ley sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales no había concluido, por lo cual no se encontraba firme la decisión emitida por la Comisión Médica de Reclamos que había resuelto que su afección provenía de un accidente del trabajo. Siendo así, los beneficios derivados de la citada Ley a que, en dicho estado, la recurrente podía acceder, estaban sujetos a la condición de que la decisión administrativa final estableciera que concurrían a su respecto los requisitos para poder exigirlos, en la especie, que confirmara la resolución apelada o determinara que lo suyo era una enfermedad profesional. Mal podría decirse, entonces, que era titular del derecho de dominio sobre tales

beneficios, ya que aún cuando en primera instancia se había evaluado como portadora de una invalidez parcial que la hacía acreedora a los mismos, dicha decisión estaba sujeta a revisión por la autoridad máxima en la materia, de manera que no había una declaración definitiva de su derecho a los mismos (considerando 8º, sentencia Corte de Apelaciones).

Lo mismo acontece con la indemnización del artículo 35 de la Ley sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, que la recurrente tenía derecho a percibir, toda vez que dicha prestación estaba sujeta a que se hubiere mantenido la calificación de la dolencia de la trabajadora como una de origen laboral. Tan claro es que no existe un derecho de dominio del trabajador sobre la pensión o indemnización –o sobre el derecho a percibirlas– que el artículo 63 de la referida Ley establece la posibilidad de que su pago termine en cualquier momento, producto de la revisión que se haga de la incapacidad. Esta norma señala “Las declaraciones de incapacidad serán revisables por agravación, mejoría o error en el diagnóstico y, según el resultado de estas revisiones, se concederá o se terminará el derecho al pago de las pensiones, o se aumentará o disminuirá su monto” (considerando 10º, sentencia Corte de Apelaciones).

En estas condiciones, no siendo la recurrente titular del derecho de propiedad que dice afectado por la actuación de la recurrida, que califica su dolencia como una enfermedad de origen común y no como una patología laboral, el recurso de protección no puede sino ser desestimado (considerando 11º, sentencia Corte de Apelaciones).

21.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 07/09/2010, Rol N° 284-2010:

La ampliación del auto de posesión efectiva decretada resuelta por el juez recurrido, concediendo la calidad de herederos a quienes ya la tenían por resolución debidamente inscrita sin emplazar al recurrente, resultaba del

todo improcedente, más todavía si en la solicitud de ampliación se omite a otros herederos, lo que trae como consecuencia que la sucesión se componga por herederos reconocidos en tres resoluciones judiciales, situación que sin duda conspira en contra de la certeza jurídica. En efecto, la ampliación del decreto que concede la posesión efectiva bien puede efectuarse cuando el que lo solicita no haya sido considerado en él en calidad de heredero, pero no cuando el que habiendo obtenido tal reconocimiento en una gestión precedente pretenda hacer caso omiso al referido, y pretenda ahora ser incorporado a fin de lograr una subinscripción a la inscripción especial de herencia, dejando incluso fuera a sus coherederos. En tales condiciones, la resolución del juez se aparta de la legalidad y vulnera el derecho de propiedad del recurrente, quien fue privado de su calidad de poseedor de un bien raíz inscrito. No cabe por una gestión voluntaria dejar sin efecto y vulnerar una inscripción de dominio ya practicada y vigente, por carecer el tribunal de las facultades para hacerlo y en razón de los efectos legales que ella produce, toda vez que tal inscripción sólo puede ser dejada sin efecto mediante el juicio respectivo en que las partes interesadas, previo emplazamiento correspondiente, expongan lo conveniente a sus derechos (considerandos 14º a 18º).

La jurisprudencia ha señalado que es arbitraria la orden de privar a alguien de su calidad de poseedor de un bien raíz inscrito, mediante la cancelación de la inscripción de dominio, como efecto de actuaciones realizadas en un juicio en que tal poseedor no es parte, no ha sido emplazado ni se le ha siquiera oído. Además, tal resolución es contraria a las normas que regulan la posesión inscrita, cuya cancelación sólo puede producirse por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, y es obvio que el decreto judicial a que se refiere el artículo 728 del Código Civil es el que deriva de un juicio dirigido contra aquel poseedor y no el que proviene de un litigio que no le empece

por no haber sido parte en él ni habersele notificado en forma alguna sus actuaciones (considerando 21º).

22.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 31/08/2010, Rol Nº 2912-2010:

I. La Carta Fundamental permite presentar el recurso de protección a cualquier persona, en nombre del titular del derecho fundamental vulnerado, sin necesidad de mandato previo ni habilitación legal para comparecer en su nombre. La legitimación procesal, por consiguiente, corresponde a cualquier persona que sufra un menoscabo en el legítimo ejercicio de un derecho tutelado, sin perjuicio de que recurra el afectado por sí o por cualquiera a su nombre, entendiéndose que debe tratarse de persona hábil para comparecer en juicio y contar con la aquiescencia del que sufre el agravio (considerando 3º, sentencia Corte de Apelaciones).

II. La rebaja en la nota del examen del alumno, a cuyo favor se recurre de protección, no constituye un acto ilegal o arbitrario, desde que se encuentra acreditado que el ajuste o rebaja en la nota le fue comunicado en forma inmediata y en su presencia, antes que se retirase de la sala y previo a continuar con el siguiente examen. En estas condiciones, desestimada la existencia de un acto ilegal o arbitrario que afecte las garantías constitucionales, corresponde rechazar el recurso de protección (considerandos 4º, 7º y 8º, sentencia Corte de Apelaciones y 6º, sentencia Corte Suprema).

III. Respecto de la invocación del derecho de propiedad del alumno sobre su calificación, debe señalarse que no es posible apreciarla desde el punto de vista patrimonial, puesto que para ello sería necesaria la asignación a ésta de una estimación pecuniaria, lo que no es procedente porque dicho acto sólo dice relación con la evaluación de los conocimientos del alumno (considerando 5º, sentencia Corte Suprema).

23.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 05/07/2010, Rol N° 4101-2010:

No merece dudas que la Isapre está legitimada para adecuar el precio base del plan de salud en análisis puesto que el artículo 197 inciso tercero del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de Salud de 2005 contempla la posibilidad de revisar dicho precio base de los planes a que alude, pero la facultad que esta norma contempla no es discrecional sino una reglada. Del examen de la carta de adecuación remitida a la reclamante aparece evidente que no se observaron las exigencias que ella dice respetadas, como tampoco se indica los antecedentes que demuestren la efectiva variación de los factores relativos a los gastos de salud, sea en relación con los costos de las prestaciones médicas, sea con el aumento de las mismas, en circunstancias que es de su cargo proporcionar los medios necesarios para establecer que la revisión obedeció a criterios de racionalidad frente a alteraciones objetivas. De lo dicho, cabe concluir que el acto en revisión y adecuación del precio base del plan de salud que mantenía la afiliada con la isapre recurrida, ha sido realizado en forma tal que no se respetó la legislación vigente, por lo que cabe calificarla al tenor del artículo 20 de la Constitución de la República, como una situación fáctica que ha perturbado el legítimo ejercicio del derecho de propiedad que asiste a la actora respecto del contrato de salud, suscrito entre las partes, toda vez que dicha alza, determinada en forma unilateral e injustificada por la recurrida, afecta de manera directa su patrimonio, al obligársele a efectuar sin el debido fundamento, un mayor desembolso monetario.(Considerando 5º, 6º y 7º sentencia Corte de Apelaciones).

24.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 23/06/2010, Rol N° 3377-2010²³⁰:

Las posibles infracciones a la aludida Ordenanza (la General de Urbanismo y Construcciones), no deberían afectar la vigencia de normas de rango constitucional como las relacionadas con la materia que se debate,

²³⁰ La Corte Suprema confirma el fallo de instancia.

específicamente el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, que está asegurado por la Constitución a todas las personas, según reza el artículo 19 en su N° 24, garantía que podría verse afectada por un acto como el que se pretende ejecutar, cual es la demolición de un muro medianero situado en el inmueble de propiedad del recurrente. El derecho de propiedad contemplado en el artículo 582 del Código Civil otorga a su titular la facultad de gozar y disponer de él, pues bien, es el ejercicio de estas facultades las que resultarían vulneradas si se acepta la demolición de determinada obra construida en propiedad ajena sin la anuencia de su dueño, como es el caso.(Considerando 5º sentencia Corte de Apelaciones).

25.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 10/06/2010, Rol N° 3259-2010:

En tanto el dominio es un instituto propio del derecho civil, que tiene definición legal en el artículo 582 del Código Civil, salta entonces a la vista la impropiedad de alegar un supuesto derecho de dominio respecto del cargo que han desempeñado en las filas de la institución policial los recurrentes, ya que ello importaría que éstos, en relación a sus cargos, han podido usar, gozar y disponer arbitrariamente de los mismos. Esto significa, ni más ni menos, que se sostiene que podrían vender, ceder dichos cargo o realizar a su respecto cualquier otro acto jurídico, lo que no puede ser más ajeno a la naturaleza jurídica de un empleo en una entidad pública, cualquiera que ella sea. Incluso en el sector privado, resulta imposible sostener que se tiene un derecho de propiedad sobre cualquier empleo y esta Corte, en los múltiples casos sobre reclamos por despidos de que conoce, no ha tenido oportunidad de enfrentarse a una afirmación semejante. Lo mismo cabe señalar en relación con la afirmación de que se incorporó al patrimonio de quienes recurren el derecho a la carrera funcionaria de oficial de Carabineros de Chile. Ello tampoco constituye un derecho de propiedad, sino que es la simple consecuencia de ser titular de algún cargo público, y encontrarse en una institución en la que exista

carrera funcionaria. (Considerando 9° y 10° sentencia Corte de Apelaciones).

26.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 19/04/2010, Rol N° 2077-2010:

El recurso de protección de garantías constitucionales constituye jurídicamente una acción destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes y que están señalados en la Constitución Política de la República mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

En la especie, de la apreciación de todos los elementos de juicio que proporciona el recurso, fluye como consecuencia que la entidad recurrida infringió la garantía del artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho de propiedad, por cuanto, la sanción de multa impuesta a la recurrente resulta claramente atentatoria contra dicha salvaguarda constitucional, la cual, atendida a su monto y cómo fue aplicada, presenta claramente tiznes de ilegalidad (no existe un procedimiento previamente establecido para su imposición, no regula la posibilidad de una etapa contradictoria, ni se estipula forma de impugnación), y carácter expropiatorio.

27.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 25/03/2010, Rol N° 9552-2009:

Que la resolución que dispuso la liberación del servicio del recurrente – carabinero– por haber sido sancionado por “conducta mala”, atendido su carácter transitorio, no deba ser objeto del trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, no significa que el funcionario castigado quede desvinculado para todos los efectos de las filas de la institución –Carabineros de Chile–, sino su consecuencia es suspender o liberar del servicio al funcionario afectado, manteniendo su

condición de personal activo y como tal las remuneraciones inherentes al empleo, entretanto lo resuelto no adquiriera firmeza (considerandos 10º, sentencia Corte de Apelaciones y 2º, sentencia Corte Suprema).

En consecuencia, la conducta del recurrido –Jefe de Contabilidad y Finanzas de Carabineros– consistente en suspender el pago de las remuneraciones al recurrente constituye un acto ilegal y arbitrario, que afecta su derecho de propiedad, toda vez que se ha visto privado de las remuneraciones a que tiene derecho (considerando 11º, sentencia Corte de Apelaciones).

28.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de fecha 17/03/2010, Rol N° 4-2010:

La existencia de un contrato de personal de la salud que ha sido renovado año a año continuamente por un largo periodo de años, no implica que por ese hecho exista propiedad sobre el empleo, por lo que la notificación de término de contrato por la no renovación anual del mismo (se renovó sólo por un mes), no resulta ilegal ni arbitraria.

La función de servidor público no puede ser objeto de una apropiación patrimonial como aquella que proporciona el dominio, según la definición que de este derecho real se formula en el artículo 582 del Código Civil, puesto que las facultades que dicha disposición reconoce a sus titulares no se avienen con la naturaleza de la función pública y de los cargos destinados a servirla, para cuya protección y resguardo el ordenamiento consagra otros derechos, como es el derecho a estabilidad en el empleo que constituye la facultad de los servidores públicos de conservar su cargo en el servicio administrativo, al que se han incorporado legalmente, mientras no concurra alguna causal idónea para la expiración de funciones.

29.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 25/01/2010, Rol N° 9595-2009:

I.-La conducta de la Dirección del Trabajo de comunicar multas impagas de la reclamante por infracción a las leyes del trabajo con el objeto de que sean difundidas a través de un registro o banco de datos no es una facultad que expresamente le haya otorgado la ley para la realización de su cometido y, al hacerlo, dicho acto adolece de ilegalidad por cuanto prescinde de los basamentos sobre los cuales está construido el sistema de fiscalización y aplicación de las disposiciones laborales, incurriéndose en la ilicitud que pretende evitar el artículo 7º de la Constitución Política.

El principio de legalidad establece que nadie puede atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra potestad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido por la Constitución y las leyes, debe tenerse presente que no existe texto legal alguno que haya conferido expresamente a la reclamada, como lo ordena la norma constitucional, la autoridad o derechos que le permitan llevar a cabo el acto por el que se ha recurrido de protección y, por lo tanto, éste ha de ser calificado como ilegal.

La conducta ilegal antes descrita vulnera la garantía constitucional contemplada en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho de propiedad, por cuanto afecta la capacidad comercial de la actora y específicamente su gestión comercial en lo que respecta a su capacidad de crédito, su capacidad de negociación con los proveedores y en la relación con sus clientes, motivos que llevan a este tribunal a dar acogida a la presente acción constitucional.

II- (Corte de Apelaciones) Ley N° 19.628, relativa a la protección de datos de carácter personal, establece que sólo se puede informar datos de carácter personal en la medida que verse sobre algunas de las obligaciones a que se refiere esta disposición. Por su parte, el artículo 20 de la misma ley establece: “El tratamiento de datos personales por parte de

un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”.

En consecuencia, resulta que sólo se puede informar sobre datos de carácter personal en la medida que aquellos versen sobre alguna de las obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial a que se refiere el artículo 17 de la ley citada con precedencia, y no las deudas que traen su origen en multas cursadas por la Dirección del Trabajo.

30.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 02/09/2009, Rol Nº 160-2009:

Todo individuo tiene un derecho de propiedad sobre la imagen corporal, como bien incorporal, el que comprende dos claras esferas o dimensiones: a) un aspecto positivo, que se manifiesta en el derecho de la persona para usar, gozar y disponer libremente de su imagen reproduciéndola, divulgándola y publicándola, por cierto, con cualquier fin lícito y b) uno negativo, consistente en el derecho a impedir que terceros, con cualquier fin y sin su anuencia o autorización obtengan, reproduzcan, publiciten o divulguen su imagen. De lo expuesto, se colige que la utilización legítima de la imagen de un individuo por parte de cualquier tercero presupone, necesariamente, de la autorización expresa de aquél (considerandos 7º y 8º).

En consecuencia, la utilización por parte del servicio recurrido de la imagen del rostro del recurrente sin su autorización, divulgándola por medio de letreros publicitarios de difusión de proyectos propios del servicio de que se trata, emplazado en la vía pública, importa una acción ilegal que vulnera el derecho de propiedad que a él corresponde sobre un bien incorporal personalísimo y subjetivo como lo es su imagen física o corporal, debiendo ser acogido el recurso de protección (considerandos 9º y 13º).

No puede considerarse como autorización para utilizar la imagen de una persona la circunstancia de aparecer sonriendo en la fotografía que le fue tomada, pues ello podrá importar aquiescencia para que se capte o registre su imagen, pero no para que ésta sea empleada, posteriormente, en un proyecto o programa de difusión publicitaria cuyos fines, alcances y contenidos no le fueron debida y oportunamente informados (considerando 10º).

31.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 18/08/2009, Rol Nº 4958-2009:

Que como puede advertirse de los antecedentes del recurso, falta uno de los requisitos que precedentemente se indicó como básico para el planteamiento y acogimiento de una acción cautelar como la de autos, esto es, la existencia de un derecho que pueda ser vulnerado con la actuación de los recurridos. En efecto, el derecho que invocan los recurrentes respecto del cargo que desempeñaban en la Junta de Vecinos antes señalada no reviste el carácter de ser, según su significado legal, un derecho de propiedad de aquellos que recaen sobre ciertas clase de bienes incorporales y del cual pueda ser privado para reclamar de protección, como quiera que no podría verse afectado su ejercicio respecto de ningún atributo o potestad de los que son esenciales al dominio como lo establece el precepto del N°24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, dado que no tiene en sí las facultades que son inherentes y que singularizan a la propiedad, ni menos ser objeto de un acto jurídico que reporte algún beneficio para disponer del mismo con alguna utilidad que tenga significado legal.

En efecto, al decir el artículo 583 del Código Civil que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad no quiere significar que sea un derecho distinto al derecho de dominio (que se llama también de propiedad) y que define el artículo 582 del Código Civil, sino que es el

mismo derecho de propiedad o dominio, pero que por la naturaleza de las cosas sobre las cuales recae tiene una forma diversa, cuyo es el alcance que tiene la expresión "especie de derecho de propiedad" y cuyo sentido guarda estrecha relación con el pasaje del inciso 1° del N°24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

32.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 12/08/2008, Rol N° 4407-2008²³¹:

El derecho a la imagen de una persona natural se encuentra amparado por el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, que está referido a la propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, entre los cuales, sin duda, se encuentra el derecho primeramente mencionado. En efecto, cada individuo es dueño de su imagen, como atributo de su personalidad y únicamente puede disponer de la misma su titular, sin que nadie esté facultado para utilizarla sin su consentimiento.

En estas condiciones, exponer la fotografía del recurrente de protección en un diario de amplia circulación, sin contar con su anuencia, aun a pretexto de que la persona no era lo que se quería destacar, sino una tienda comercial, importa vulnerar su derecho de propiedad sobre un bien incorporal como lo es la imagen, pues si la intención era promocionar las instalaciones y productos del local comercial, no existe justificación legítima para aceptar que, sin la voluntad del titular, una empresa se promueva y lucre con la imagen personal de un tercero ajeno a su giro (considerando 6°, sentencia Corte de Apelaciones).

²³¹ Corte Suprema confirma fallo de instancia.

33.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de fecha 10/06/2008, Rol N° 184-2008:

I. Los actos desplegados por los alumnos de un establecimiento de educación superior, consistentes en “tomarse” sus dependencias e instalaciones, no afectan las garantías del artículo 19 N°s. 11 y 16 de la Carta Fundamental, la libertad de enseñanza y la libertad de trabajo, ya que éstas guardan relación con otros aspectos no afectados por las “tomas” y actividades de presión ejecutadas por los estudiantes universitarios. En efecto, la “toma” de un establecimiento no es un acto capaz de afectar la libertad de abrir, organizar y mantener establecimiento educacionales, ni de afectar el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo (considerandos 6° y 7°).

II. Sin embargo, la “toma” de una sede de un establecimiento de educación superior constituye una actuación ilegal de los estudiantes universitarios, pues vulnera el legítimo ejercicio del derecho de propiedad de que es titular la Universidad, por cuanto se han perturbado las facultades de uso y goce que emanan del dominio, al no poder darle a las dependencias la destinación para la cual fueron habilitadas (considerandos 8° y 9°).

34.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 12/02/2008, Rol N° 1606-2007:

La ley ampara el derecho de dominio y garantiza el poder vivir dentro del grado de normalidad que resulta acorde a las circunstancias, aunque debe ceder una cuota razonable del ejercicio de tales prerrogativas, debido al interés colectivo superior que significa, por ejemplo, el mejoramiento de la vía pública y su entorno.

Por esta razón, si bien no es posible, ante las molestias que importan para el dueño de un predio las obras realizadas en el predio vecino para mejorar

las vías públicas, disponer la paralización total de las faenas frente a su hogar, sí corresponde ordenar que la empresa que realiza las construcciones, que le han ocasionado daño y molestias, manteniendo expedito el acceso peatonal y vehicular para ingresar y salir de la propiedad del recurrente, absteniéndose de intervenir, de cualquier forma, en el inmueble pareado con la casa del reclamante, prohibiéndose su demolición o desmantelamiento, y que, por último, evite los trabajos de movimientos de tierra, traslado de materiales o cualquier otro que genere ruidos molestos o polución, en la zona inmediatamente aledaña al predio del recurrente.

35.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21/11/2007, Rol N° 4804-2007:

Para acoger el presente recurso se requiere, además, que se haya vulnerado alguna de las garantías que enumera el artículo 20 de La Constitución Política. En el caso que nos ocupa se han estimado como infringidos tanto el derecho de propiedad como el derecho a la honra.

Respecto del primero de ellos, no se advierte que la comunicación que hace un organismo público de una deuda de la cual es acreedor para que sea difundida a través de un registro que maneja una empresa particular, no obstante su ilicitud, pueda afectar aquel derecho constitucional, puesto que la referida difusión carece naturalmente de la idoneidad para hacer efectivo el pago de una eventual deuda que mantenga el afectado.

En lo que dice relación con el derecho a la honra, que también se ha estimado como infringido, si bien no genera mayor controversia el reconocimiento dado a las personas jurídicas de su derecho a la buena reputación o prestigio de que pueden gozar ante los demás, del tenor de la norma contenida en el N° 4 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental se infiere que el aludido atributo de la buena fama que puede invocar una persona jurídica no se encuentra protegido por el citado precepto

constitucional; la conclusión a la que se ha arribado arranca del propio texto de la mencionada disposición, de lo que se sigue que nuestro constituyente sólo quiso cautelar el buen nombre de la persona natural, por tratarse de un valor ligado íntimamente a la personalidad humana que merecía ser protegido como un bien jurídico específico.(Considerando 6º y 7º sentencia de Corte Suprema).

36.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 08/11/2007, Rol N° 5627-2007²³²:

El acceder a la seguridad social conlleva restricciones y disciplinas que se traducen en serias limitaciones a la propiedad y sus atributos. Así, la obligación de ahorrar un porcentaje de las remuneraciones, la prohibición de disponer de dichos ahorros durante un largo lapso, la privación de su administración y las restricciones al destino que pueden darle las Administradoras, son algunas de sus expresiones, que derivan de la función social del dominio, que dispone el número 24º del artículo 19 de la Constitución. La voluntad del constituyente ha sido establecer exigencias en torno al derecho de propiedad para la debida consecución de la seguridad social. La previsión social como componente fundamental del derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19 N° 18 de nuestra Constitución, no es independiente a los cambios que afectan las situaciones familiares y a los pactos implícitos que la distribución del trabajo doméstico representa para los integrantes del dicho núcleo familiar.

37.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29/09/2007, Rol N° 4800-2007:

Que si bien la recepción definitiva, al igual que las autorizaciones administrativas en general, no constituyen actos administrativos que incorporen derechos en el patrimonio del interesado, ya que se trata de la remoción de obstáculos que la norma ha puesto para el ejercicio de un derecho anterior como lo es, en este caso, el derecho de dominio sobre el

²³² Corte Suprema confirma fallo de instancia.

inmueble del que se es propietario, constituyen lo que en doctrina se conoce como actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia –revocación –y que sólo pueden serlo por razones de ilegalidad –invalidación–.

Que, según lo señalado, no existiendo en el otorgamiento de la recepción definitiva un vicio de legalidad y siendo un acto de contenido favorable al particular, no ha podido ser revocado ni invalidado por la autoridad, por lo que al hacerlo se ha afectado la garantía del derecho de propiedad contemplado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política que se tiene, no sobre el certificado de recepción definitiva, sino sobre el ejercicio del derecho de dominio sobre el inmueble en que el permiso recae y que éste ha habilitado.

38.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24/09/2007, Rol N° 1281-2007:

El actuar de la AFP recurrida, consistente en considerar en el cálculo de la pensión de vejez del recurrente a su ex cónyuge de matrimonio anulado bajo el régimen de la antigua Ley de Matrimonio Civil como potencial beneficiaria de pensión de sobrevivencia no es ilegal ni arbitrario porque ha seguido las directrices entregadas por el ente fiscalizador competente, ni vulnera el derecho de propiedad del recurrente respecto a la propiedad de su pensión de vejez.

Si se considera que a la Superintendencia de AFP se le ha encomendado regular e interpretar las leyes del ramo con el objeto de proteger la seguridad social, que es una garantía constitucional, las instrucciones que imparte ordenando incluir como beneficiaria de pensión de sobrevivencia a la mujer anulada que vive a expensas del causante, quien se encuentra en desmedro en su derecho de protección social por no estar incluida

expresamente como beneficiaria así como por no tener como derecho una compensación económica –como lo establece la nueva Ley de Matrimonio Civil–, reafirma el espíritu del legislador en orden a no dejarla en indefensión y sin seguridad de sus ingresos. En efecto, armonizando la coexistencia de la garantía constitucional del derecho de propiedad con el derecho a la seguridad social, los particulares están obligados a disponer de su patrimonio en aras de este último derecho, coartando la libre disposición, o en otras palabras, el constituyente establece exigencias en torno al derecho de propiedad para la debida consecución de la seguridad social, siempre teniendo en consideración la función social del dominio, consagrada en la misma garantía del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

39.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 21/08/2007, Rol N° 3321-2007:

Que en la especie se invoca como vulnerada por quien plantea la acción de protección la garantía prevista en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, expresada en el derecho de propiedad que dice ostentar sobre el cargo de presidente del Directorio del Comité de Agua Potable Rural de Caimanes; pretensión que resulta insustentable, desde que respecto de semejante función o investidura no existe a favor de quien la ejerce u ostenta un derecho de dominio o propiedad con los atributos y facultades que a éste le son inherentes, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 582 del Código Civil; que define y caracteriza tal derecho dentro del ordenamiento jurídico nacional y cuyo sentido se recoge en el artículo 19 N° 24 inciso 1° de la Carta Fundamental.

Que en estas condiciones, la acción constitucional no puede prosperar.

40.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 31/07/2007, Rol N° 2878-2007:

6º) Que al respecto ha de tenerse presente que el derecho que invoca el médico funcionario en orden a pretender gozar de un feriado adicional especial, en razón de la permanencia que aduce tener en su específica función, no reviste el carácter de ser, según su significado legal, un derecho de propiedad de aquellos que recaen sobre cierta clase de bienes incorporales y del cual pueda ser privado para reclamar de protección, como quiera que no podría verse afectado su ejercicio respecto de ningún atributo o potestad de las que son esenciales al dominio, como lo establece el precepto del N° 24 del artículo 19 de nuestro estatuto fundamental, dado que no tiene en sí las facultades que son inherentes y que singularizan al dominio, ni menos ser objeto de un acto jurídico que le reporte algún beneficio para disponer del mismo con alguna utilidad que tenga significado jurídico.

Al decir el artículo 583 del Código Civil que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad, no quiere significar que sea un derecho distinto al derecho de dominio (que se llama también de propiedad) y que define el artículo 582 del Código Civil, sino que es el mismo derecho de propiedad o dominio, pero que por la naturaleza de las cosas sobre las cuales recae tiene una forma diversa, cuyo es el alcance que tiene la expresión “especie de derecho de propiedad y cuyo sentido guarda estrecha relación con el pasaje del inciso 1º del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

7º) Que en estas condiciones, la acción constitucional carece de asidero.

41.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 17/07/2007, Rol N° 3397-2007²³³:

La concesión de transporte público de pasajeros no conlleva los atributos o facultades esenciales del dominio. De manera que el recurso de protección fundado en la conculcación del derecho de propiedad sobre tal concesión, carece de causa de pedir (Considerando Quinto y Sexto, Corte de Apelaciones de Valdivia).

42.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 23/04/2007, Rol N° 1468-2007:

El recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio. Es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto ilegal o arbitrario y que provoque alguna de las situaciones que se han indicado, afectando una o más de las garantías constitucionales protegidas.

La garantía del derecho de propiedad consagrada en el N° 24 del citado texto normativo no se extiende a la calidad de socio.

43.- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 16/05/2006, Rol N° 969-2006:

Se debe señalar, como en forma reiterada lo ha hecho esta Corte Suprema, que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en

²³³ Corte Suprema confirma fallo de instancia.

esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Constituye requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto ilegal -esto es, contrario a la ley, según la acepción o definición contenida en el artículo 1º del Código Civil- o arbitrario -producto del mero capricho de quien incurre en él-, que provoque alguna de las situaciones que se han indicado y que afecten una o más de las garantías constitucionales protegidas. Sólo en caso de darse alguna de las dos primeras exigencias, que no son copulativas, según surge de la redacción del precepto Constitucional que la consagra, cabría entrar al análisis de las garantías constitucionales que pudieren estar amagadas o afectadas, ya que de otro modo esta última tarea podría no revestir utilidad.

La imagen corporal es un atributo de la persona y, como tal compete a ésta el uso de su reproducción por cualquier medio con fines publicitarios o lucrativos; conforma en consecuencia, un derecho incorporal protegido por la norma constitucional del 19 N° 24 de la Constitución.

Cabe precisar que, tal como lo reconoce el propio recurrente, éste trabajó para la empresa recurrida, y la utilización de su imagen para la promoción de la misma, debe entenderse que lo fue con su autorización, no encontrándose acreditado que el actor haya solicitado a la recurrida que se eliminara su imagen de la página "web" de esta última. (Considerandos 1º, 2º, 5º y 6º de Sentencia de Corte Suprema).

44.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 02/05/2006, Rol N° 173-2006:

El derecho a la imagen corporal constituye la facultad de la persona para disponer de su imagen, pudiendo autorizar a terceros retratarla,

reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inofensiva. Se trata de un derecho subjetivo, incorporal, personalísimo, y se encuentra amparado por la garantía de la propiedad (Considerando Tercero). La difusión del proyecto educacional de un colegio privado por diversos medios, incluyendo Internet, tiene como fin comercializar un servicio educativo. De manera que la utilización de la fotografía de un menor en ella tiene fines comerciales, conducta ilegal si no se cuenta con la aprobación y delimitación de su uso por los representantes legales del niño, y que vulnera el derecho a la imagen de éste (Considerandos Sexto y Séptimo).

45.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 04/04/2006, Rol N° 810-2006:

Para que proceda el recurso de protección, se requiere que, efectivamente, se hayan realizado actos o incurrido en omisiones, con carácter de arbitrarios o contrarios a la ley, que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de un derecho del reclamante que se encuentre garantizado y amparado por el texto constitucional. No es un hecho discutido en autos, que la recurrente suscribió con la recurrida un contrato de prestación de servicios educacionales.

Encontrándose el contrato señalado vigente, la alumna tenía derecho a solicitar de CFT Inacap, que la colegiatura de dicho semestre se financiara a través del Sistema de Crédito con Garantía Estatal, toda vez que como el propio recurrido lo ha reconocido - Inacap aceptó participar de este nuevo sistema de financiamiento, informando su decisión a la Comisión Administradora del Sistema de Créditos para Estudios Superiores en su oportunidad, consta también en autos que en los meses previos a la postulación de los alumnos, la recurrida divulgó una información acerca de las condiciones académicas para postular al crédito con garantía estatal que resultó ser diferente y contradictoria con la decisión que, a ese respecto, finalmente adoptó.

La buena fe es un principio general del derecho, que encuentra plena manifestación en el ámbito de las relaciones contractuales. En efecto, la exigencia de la buena fe en la ejecución de los contratos (consagrada en el artículo 1546 del Código Civil) impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio, en las tratativas preliminares, hasta los momentos posteriores, incluso, a la terminación del contrato. En la fase precontractual, la buena fe está representada por el deber de informar que tienen ambos contratantes acerca de todas las condiciones que rodean el contrato que se pretende celebrar y exige que cada uno de ellos presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar claro, lo que implica no sólo abstenerse de afirmaciones equívocas o inexactas, sino también de silencios o reticencias que pueden conducir a una equivocada representación de los elementos del contrato. En el caso que examinamos, resultaba de vital importancia informar a los alumnos que se matriculaban en CFT Inacap, acerca del cambio introducido en las condiciones publicitadas con anterioridad para postular al crédito garantizado por el Estado, por lo que no era suficiente informar a través de la página web las condiciones actualmente exigidas. El haber cambiado las condiciones previamente publicitadas constituye un hecho nuevo que le generaba a la recurrida una responsabilidad mayor, atendido que debió estar consciente que, con su publicación de noviembre de 2005, pudo haber captado un contingente de personas interesadas que, con esa información, había tomado la decisión de matricularse en ese centro de formación técnica. El estándar de la buena fe objetiva es flexible y debe ir precisándose en forma casuística, según las circunstancias de cada caso. En la especie, CFT Inacap tenía que ser necesariamente más cuidadoso a consecuencia del riesgo creado y asumir la responsabilidad de informar adecuadamente a los interesados acerca del cambio. Si bien la actuación de la recurrida es ilegal, en cuanto burló la ley del contrato al no cumplir con el deber de informar correcta y adecuadamente a la recurrente -quien estaba haciendo

la opción de matricularse en esa institución- y fue caprichoso su actuar al no haber asumido el riesgo de su deficiente información y haber desahuciado el contrato unilateralmente, sin prestar atención a la responsabilidad que le cabía en los hechos. La buena fe, una vez más, debió llevar al recurrido en la ejecución del contrato, a no hacerle exigible a la alumna el cumplimiento de un requisito académico que, por su negligencia, ella no estaba en condiciones de cumplir. La recurrente celebró un contrato de prestación de servicios educacionales con la recurrida, que se mantiene vigente, del cual emana un derecho personal o de crédito, que la habilita para exigir que CFT Inacap le entregue los servicios educacionales correspondientes al semestre lectivo otoño, en el programa de Técnico en Enfermería. Como se sabe, las cosas incorporales son derechos reales o personales y de acuerdo a lo preceptuado en el Código Civil, resulta que también existe una especie de propiedad sobre las cosas incorporales (artículo 583), lo que nos autoriza a sostener que el titular de los derechos personales emanados de una relación contractual tiene un derecho de dominio sobre los mismos. Este dominio, entendido en los términos amplios antes descritos, es un derecho que se encuentra garantizado en la Constitución Política (artículo 19 N° 24), toda vez que ésta asegura a todas las personas la propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. Sobre la base de lo que se viene diciendo, es evidente que la actuación de la recurrida, al impedir el legítimo ejercicio del derecho de la recurrente, emanado del contrato de prestación de servicios educacionales, ha vulnerado la garantía constitucional antes indicada y procede, en consecuencia, otorgarle la protección que es debida a través de la acción cautelar intentada. Y se ordenara a la recurrida dar curso a la solicitud de la recurrente de financiar el costo de su colegiatura en el programa de estudios en que se encuentra matriculada, a través del sistema de Crédito con Garantía Estatal, establecido en la ley 20.027 (Considerandos 1º, 2º, 3º, 6º, 8º, 9º de Sentencia de Corte de Apelaciones).

