



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

LA INDEMNIZACIÓN COMO GARANTÍA EN LA EXPROPIACIÓN Y SUS CONTRASTES
ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE 1925 Y 1980.

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

Camilo Gustavo Lefort Valenzuela

Profesor guía: Sr. Salvador Mohor Abuaud

Santiago, Chile

2016

Introducción.....	4
Capítulo I Perspectiva Histórica y Principios en la Propiedad y Expropiación	6
1.- Descripción histórica de la institución de la expropiación.	6
1.1.- Antecedentes preliminares.	6
1.2.- Dominio eminente y soberanía.	7
1.3.- Principio de legalidad.....	11
1.4.- Función social de la propiedad.	14
Capitulo II Expropiación e Indemnización, conceptos y construcción jurídica.	17
2.- Concepto y elementos de la Expropiación.	17
2.1.- Concepto de Expropiación.....	17
2.2.- Elementos de la Expropiación.	21
2.2.1.- Sujetos.	22
2.2.2.- Objeto de la expropiación.	23
2.2.3.- Causa de la expropiación.....	25
2.2.4.- Proceso expropiatorio.	27
2.2.5.- Indemnización.	29
Capitulo III Indemnización, procedimiento, concepto y aplicación.	31
3.- Procedimiento expropiatorio e indemnización.....	31
3.1.- Procedimiento expropiatorio.	31
3.2.- Indemnización en la expropiación y concepto.	33

Capítulo IV Indemnización Equitativa y Constitución Política de la República de 1925	36
4.- Indemnización equitativa en la Constitución de 1925	36
4.1.- Antecedentes Preliminares.....	36
4.2.- Indemnización de Perjuicios en la Constitución Política de 1925.....	39
4.3.- Modificaciones a la Constitución de 1925 en materia de expropiación e indemnización.	43
4.3.1.- Ley N°16.615 de 1967	43
4.3.2.- Ley N°17.450 de 1971	47
4.4.- Concepto de Indemnización Equitativa a la luz de la Constitución de 1925.....	48
Capítulo V Indemnización por Daño Patrimonial y Constitución política de la República de 1980.....	52
5.- Indemnización por daño patrimonial en la Constitución de 1980.....	52
5.1.- Antecedentes Preliminares.....	52
5.2.- Indemnización por daño patrimonial efectivamente causado en la Constitución Política de 1980	58
5.3.- Modificaciones a la Constitución de 1980 en materia de expropiación e indemnización.	63
5.4.- Elementos adicionales a la indemnización por Daño Patrimonial efectivamente causado en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución y la Jurisprudencia.....	64
Capítulo VI Contrastes entre la Indemnización equitativa e Indemnización por daño efectivamente causado en las Constituciones Políticas de la República de 1925 y 1980.	68
6.- Contrastes y elementos preliminares.	68

6.1.- Elementos de encuentro y desencuentro en las Constituciones Políticas de la República de 1925 y 1980.	70
Capítulo VII Conclusiones.....	72
Bibliografía	75

Introducción

La presente tesis aborda en forma general la institución de la expropiación, su desarrollo histórico y los principios que la conforman, principalmente en torno al concepto de propiedad, para posteriormente analizar en formas más específica a la indemnización como garantía de la expropiación, su desarrollo y el contraste entre la indemnización, a propósito de la Constitución Política de la República de 1925 y de 1980.

El primer capítulo, realiza un breve desarrollo de los principios sobre los cuales se comprende la institución de la expropiación, como dominio eminente, soberanía, principio de legalidad y actividad administrativa, con la finalidad de entender la evolución de estos principios y como construyen el núcleo de la configuración jurídica de la expropiación a propósito de la propiedad.

En el capítulo segundo, se explica la configuración actual del concepto de expropiación, tanto a través de antecedentes legislativos como doctrinales, prosiguiendo con la identificación de los elementos de la expropiación y como estos componen actualmente la institución.

El capítulo tercero, entra en el núcleo de la presente tesis, ya que identifica el proceso expropiatorio a la luz de la legislación vigente y se analiza en particular el elemento indemnizatorio con la finalidad de comprender su construcción jurídica. Se avanza en la construcción del concepto y alcance actual de la indemnización, a la vista de los procesos históricos en la materia.

El capítulo cuarto profundiza la materia en estudio, con un análisis de la construcción de la figura de la expropiación y en especial el elemento indemnizatorio, a propósito de la Constitución Política de la República de 1925, analizando la historia legislativa que desemboca en su establecimiento constitucional. Establece cuáles son sus esenciales características y como se determinó doctrinalmente, a propósito de la figura de la indemnización equitativa.

El capítulo quinto abordará la institución de la indemnización por daño patrimonial efectivamente causado, a propósito de las modificaciones realizadas al alcance de la expropiación, el análisis que se realizará de la figura de la indemnización construida por la legislación modificatoria y el proceso de discusión de la Constitución Política de la República de 1980.

El capítulo sexto presentará el contraste entre la indemnización equitativa e indemnización por daño patrimonial efectivamente causado, indicando los puntos de encuentro y desencuentro

entre ambos modos de determinación pecuniaria de la indemnización, los principios que entran en disputa, la distancia entre ellas y principales diferencias.

Finalmente, las conclusiones nacerán a la luz de la investigación realizada, enfocando sus resultados en la figura de la indemnización como elemento de garantía de la expropiación, observación de las modificaciones legislativas y la Constitución Política de la República de 1925 y 1980, como se presenta la indemnización dentro de nuestro actual sistema expropiatorio a propósito de la Carta Magna vigente, consecuencia de las indicaciones históricas, políticas y jurídicas, principalmente del siglo XX. Esperamos comprender como el contexto político e histórico, refleja visiones sobre la doctrina e ideología, específicamente de la propiedad, que van construyendo y modificando, la institución de la expropiación y la indemnización a lo largo del desarrollo jurídico nacional.

Capítulo I

Perspectiva Histórica y Principios en la Propiedad y Expropiación

1.- Descripción histórica de la institución de la expropiación.

El presente capítulo tiene como finalidad establecer los inicios de la institución de la expropiación, buscando comprender su evolución histórica y su desarrollo jurídico principalmente y a propósito de la teoría de la propiedad.

1.1.- Antecedentes preliminares.

La descripción histórica de una institución tan trascendental y poderosa como la expropiación se debe realizar principalmente desde una perspectiva político jurídico, comprendiendo que su existencia, aplicación y carácter, está determinada por los procesos políticos y las teorías jurídicas inherentes a la época en que se desenvuelve. Donde surgen visiones matizadas, distintas o contrapuestas, sobre la idea de propiedad y la forma en la cual esta se relaciona entre particulares y Estado.

No podemos entender la expropiación, ni su desarrollo histórico, sin comprender los alcances de su aplicación y su relación inherente con la propiedad, no solo en la actualidad, sino a través de toda su existencia jurídica, desde la antigüedad a la modernidad liberal.

Por lo cual, la descripción histórica se fundamentará en los principios que orientan la propiedad y su posicionamiento frente al Estado, como fundamento para comprender su aplicación, los pilares históricos que la justifican y la interrelación con los pensamientos de la época que la cuestionan, direccionan y finalmente determinan.

1.2.- Dominio eminente y soberanía.

El punto de partida de un trabajo sobre la expropiación, se encuentra en el concepto de dominio eminente y su relación con la soberanía, principalmente a propósito de la propiedad.

En derecho romano, el dominio o poder sobre algo cesaba en la medida que dicho poder ya no se ostentara activamente. En este sentido, se hace fácil identificar a la lanza mediante la cual concreta la conquista con el dominio. Una vez que la propiedad finalmente es entendida como un derecho, comienza a proponerse como una libertad o pequeño señorío. La defensa de este pequeño señorío se entendía justificaba el uso de la fuerza, pero ésta función protectora se encontraba encomendada a la sociedad. En contrapartida, la misma puede entrometerse en el derecho de propiedad en tanto sea necesario para su conservación, determinado por la utilidad pública.¹

El dominio eminente tiene su antecedente en las donaciones regias que en el derecho medieval los reyes hacían a título privado a los vasallos. Estas donaciones eran reversibles a condición de que éste se mantuviera leal a su Señor. El emperador tenía vedada esta posibilidad, pues su misión era acrecentar el imperio. Detrás de esta noción de lealtad, se comenzaba a construir a la vez el de jurisdicción, en tanto la relación del Señor con la propiedad ya no era derechamente el dominio sino la de protección en tanto parte del reino.²

Hugo Grocio es citado reiteradamente en la producción académica nacional relativa al dominio eminente³. Este autor señala derechamente que la propiedad de los sujetos se encuentra “bajo el dominio eminente del Estado”, situación que lo habilita para “usar o aun enajenar esa propiedad”, tanto en situaciones de extrema necesidad como de utilidad pública.⁴

Andrés Bello al respecto escribe:

“La utilidad pública exige que el soberano tenga la facultad de disponer de todas las especies de bienes que pertenecen colectiva o distributivamente a toda la

¹ Vázquez de Menchaca, Fernando. *“Algunos conceptos fundamentales para el nacimiento de los derechos humanos”*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.

² Salustiano de Dios, Javier. *“Historia de la propiedad: la expropiación”*. Salamanca: VII Encuentro Interdisciplinar, 2010.

³ Vergara Blanco, Alejandro. “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas.” *Revista chilena de Derecho*, 21 (1988): 87-110.

⁴ Grocio, Hugo “De Juri Bellit et Pacis”. Extraído de: Guzmán, Alejandro. “La sistemática del Derecho Privado en el “De iure belli ac pacis” *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 26, (2004): 156-186.

nación; al establecerse la cual, se presume que no concedió a los particulares la propiedad de ciertas cosas sino con esta reserva. La facultad de disponer, en caso necesario, de cualquier cosa contenida en el Estado, se llama dominio eminente o simplemente dominio.

Hay, pues, dos especies de dominio inherentes a la soberanía: el uno semejante al de los particulares, que es el que se ejerce sobre los bienes públicos; y el otro superior a éste, en virtud del cual puede el soberano disponer, no sólo de los bienes públicos, mas también de las propiedades de los particulares, si la salud o la conveniencia del Estado lo requiere”⁵.

Vergara Blanco⁶ explica que Bello entiende la soberanía como una construcción con base en dos componentes: (i) la facultad de imperio sobre la persona del súbdito y; (ii) la facultad del dominio eminente sobre los bienes del súbdito. Las que a su vez se deben separar entre aquellas que dejan el bien en el patrimonio del súbdito, como por ejemplo el establecimiento de impuestos y las que desplazan la cosa del patrimonio del individuo, como es el caso de la expropiación.

En una perspectiva histórica y en el mismo sentido, Juan Carlos Cassagne relaciona la supremacía del príncipe con el *ius politiae*:

“(...)En dicho período la supremacía del príncipe se apoyó en el ius politiae que lo facultaba a ejercer sobre los administrados el poder necesario a fin de procurar el orden público y el bienestar general y que reconocía su origen en la pax publica del derecho regio.

Ese sistema consagró un poder ilimitado, no sujetando la intervención fundada en el ius politiae a ningún precepto o principio legal ni consuetudinario.

Entre las instituciones, hoy contemporáneas, que contribuyeron entonces a engrosar el ius politiae se encuentran, entre otras, la expropiación por causa de utilidad pública, la competencia en razón del territorio u y las instrucciones y circulares (...)”⁷

⁵ Bello, Andrés. “Derecho Internacional, en: “Obras Completas -”, citado en Vergara Blanco, Alejandro. “El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”. *Revista chilena de derecho*, 15 (1988): 716-747.

⁶ (Vergara 92)

⁷ Cassagne, Juan Carlos. “*Derecho Administrativo*” Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo – Perrot, 1998.

No es azaroso el ejemplo otorgado, con respecto a la figura del príncipe y la expropiación. Debemos comprender en este sentido que la expropiación se justifica a propósito del poder que el príncipe necesita para legitimar su existencia y funcionamiento, apelando a la utilidad pública, pero con todas las herramientas de control y definición sobre el proceso.

Por ende, como primera conclusión, podemos indicar que el dominio eminente se elevó como una construcción teórica dirigida a justificar una actividad del Estado caracterizada por intervenir en el derecho de propiedad de los particulares, en cualquier intensidad, hasta incluso eliminarlo o limitarlo completamente, por causa de utilidad pública.⁸ Hoy en día, el dominio eminente ha sido reemplazado por una elaboración mucho más eficaz y moderna; el principio de legalidad.

Si bien ambos principios se relacionan con la soberanía, se diferencian en tanto el dominio eminente es una concreción de ésta y la ley un mandato que en este caso habilita o permite, en dicho mandato reside la soberanía. Estas modificaciones dentro de la concepción jurídica, se sustentan en las modificaciones ideológicas en el desarrollo de cada una de estas teorías y la propia práctica de sus instituciones.

El principio de legalidad supone una regla general de prohibición o limitación en el actuar de la Administración, salvo que ésta se encuentre habilitada legalmente. Formulada como regla, el principio de legalidad se relaciona con el concepto de lesividad, en tanto existiría un daño latente, si no existiere control sobre quien puede restringir nuestros derechos a través de sus actos en sus facultades. En su formulación, se relaciona con el concepto de potestad y así se puede caracterizar a la potestad según la fuente normativa que autorice la actividad de la Administración, y por lo tanto, se exige una existencia previa y una investidura o habilitación para entregar dicha potestad.

Comprendiendo este entendimiento, la relación con la potestad del legitimado activo, coincide con la "Publicación" del dominio eminente⁹ siendo relacionado únicamente a la participación del Estado, reforzada por la apreciación tradicional que relaciona los bienes públicos con el dominio eminente.

⁸ Villar Ezcurra, José. *"Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares"*. Madrid: Editorial Civitas, 1999.

⁹ Cordero Quinzacara, Eduardo. "La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno", *Revista de Derecho*, 19 (2006):125-148.

Esta concepción del principio de dominio eminente, construido teóricamente por la doctrina es concordante con la fuente original¹⁰, sin perjuicio de las críticas a este principio, proveniente principalmente de las corrientes liberales¹¹.

Los sistemas liberales, basados en los principios de la sociedad burguesa¹², posteriores al proceso revolucionario francés, determinaron a la propiedad como un derecho subjetivo incluido en la naturaleza del hombre, como una expresión fundamental de su existencia¹³.

El iusnaturalismo racionalista eleva al hombre a un ser libre que se constituye en sociedades con la finalidad de proteger su existencia, en virtud de su naturaleza, estableciendo un espectro de derechos inherentes a su condición, los cuales son inalienables. Esta concepción liberal, rompiente con la ideología conservadora del feudalismo, determina a la propiedad como una especie dentro del género del derecho subjetivo, manifestándose como un instrumento para el ejercicio de la libertad individual.

La Propiedad dentro de este paradigma, se convierte en un derecho absoluto, el cual no está sujeto a limitación alguna, solo entendiendo el desprendimiento de este derecho, ante un consentimiento propio de quien es dueño. En este modelo, la autoridad tiene el límite de los requisitos generales de la regulación de la libertad individual, reforzando la elaboración doctrinal del concepto de principio de legalidad.

¹⁰ (Vergara 92)

¹¹ (Cordero 128)

¹² Sanz Díaz, Benito. *“Historia del Pensamiento Político Moderno”*. Valencia: Universidad de Valencia, 2012

¹³ Aldunate Lizana Eduardo. “Limitación y Expropiación, Scilla y Caribidis de la Dogmática constitucional de la propiedad”. *Revista Chilena de Derecho PUC*, 33 N°2 (2006): 285-303

1.3.- Principio de legalidad.

El liberalismo, con la nueva comprensión sobre el hombre y la propiedad, entro en contradicción con el principio del dominio eminente proveniente de las corrientes feudales, debido a la concepción del derecho de propiedad en la función de un sujeto abstracto, que en el supuesto de hecho de la norma, resalta como receptor de las consecuencias y efectos jurídicos.

La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁴, en su artículo 17 dispone:

“La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité”.

Elevando el derecho de propiedad a la categoría de sagrado e inviolable; cuya vulneración solo puede obedecer a la necesidad pública, legalmente comprobada, exigida en forma evidente; siempre y cuando proceda una indemnización justa y previa.

¿Por qué nace esta percepción de la propiedad? ¿Política y Económicamente, cuál es su finalidad?

Por un lado, el liberalismo burgués debía superar el poderío del Estado feudal, para ello, quebrar la esencia del control territorial que acumulaban los miembros de la monarquía, los inmuebles y fincas principalmente, se convertía en un piso mínimo, esencial, para modificar las lógicas económicas y políticas existentes¹⁵.

Esto en la lucha por el alma de la sociedad liberal, significaba fundar una propiedad libre de cargas, atribuyendo la plena disposición y derechos al dueño.

No solo desde una perspectiva política, también económica, los principios del liberalismo burgués, como la autonomía de la libertad o la libertad contractual, no se entendían sin la libre disposición de la propiedad, protegida normativamente frente al Estado.

¹⁴ Declaration des Droits de L'homme Et Du Citoyen du 26 Aout.

¹⁵ Rodotà, Stefano. *“El terrible derecho”*. España: Estudios sobre la propiedad privada, 1986.

Esta conclusión, ampliamente compartida por la doctrina, no hace más que confirmar el gran sentido histórico que posee el derecho de propiedad¹⁶ y como su construcción liberal, surge a propósito de la disyuntiva política y económica en la cual se enfrentaba el modelo feudal y liberal.

En este mismo orden, el principio de legalidad se entiende, a propósito de esta construcción liberal, como una disposición limitativa al poder estatal, en cuanto orden constitucional de respeto a la propiedad. Es esta percepción liberal la que obliga a la administración a subsumirse al derecho, situación equidistante a la relación del derecho y la administración en la época feudal.

Hoy cualquier tipo de administración pública no sometida al derecho solo puede ser entendida como un contrasentido¹⁷.

A nivel normativo nacional, el profesor Hugo Caldera rescata a propósito de nuestra construcción constitucional, una determinación de consideraciones paradigmáticas dentro de nuestro ordenamiento:

*“Con la Constitución Política de 1833, por primera vez, en la historia constitucional chilena, se contempla que la calificación de la utilidad del Estado, el motivo de la expropiación, debe ser pronunciado por ley, literalmente.”*¹⁸

La construcción de este principio de la legalidad, a propósito de la propiedad y la expropiación, podemos retrotraerlo a nuestra primera constitución, siendo en este sentido, un refuerzo histórico jurídico de los planteamientos que más adelante estableceremos a propósito del presente estudio y con la finalidad de entender en completitud la construcción teórica de la expropiación.

Llama la atención el debate establecido entre grandes legisladores de la época, como lo son Antonio Varas y Luis Amunátegui, en cuanto al carácter constitucional o inconstitucional que asumía la declaración de utilidad pública como causa del proceso expropiatorio:

¹⁶ Ihering, Rudolf Von. *“El fin del Derecho”* Buenos Aires: Biblioteca de Filosofía y Sociología, 1987.

¹⁷ Osvaldo Oelckers, Camus. “El Principio de Legalidad como Supuesto de la Potestad Administrativa”. *Revista de Administración Pública*, 1 (2010):111-151.

¹⁸ Caldera Delgado, Hugo. *“Tratado de Derecho Administrativo”* Tomo II, Santiago: Ediciones Parlamento Ltda., 2001.

“(…) Ello es evidente; pero no nos prueba que así se satisfaga debidamente el objeto que la Constitución ha tenido en vista al asegurar la inviolabilidad de las propiedades. Si no se quiere correr el riesgo de que la garantía constitucional se convierta en una vana ilusión, mediante la condescendencia del Congreso en dictar leyes genéricas de expropiación que hagan depender de decretos del Ejecutivo una calificación de utilidad que corresponde a este, es menester entonces admitir que la expropiación no debe verificarse sino calificándose su utilidad por una ley especial en cada caso particular (…)”¹⁹

Queda en evidencia la discusión exegética al interior de la fuente doctrinal constitucional nacional, entre los principios de dominio eminente y el principio de legalidad. Prevalciendo el principio de legalidad como veremos posteriormente en este estudio.

A continuación de esta observación histórica, pero a propósito de las construcciones posteriores asociadas al principio de legalidad y para efectos de este trabajo, no entendemos necesario abordar la clasificación que realiza la doctrina respecto al principio de legalidad en materia administrativa. Sin embargo, es necesario abordar el concepto de potestad para entender el principio de legalidad al interior de la expropiación, como un requisito lógico en su aplicación y construcción jurisprudencial.

La función dual de la potestad, tanto como prohibición de actuar y de validez del acto de la administración, realizado en cumplimiento al principio de legalidad, lleva a comprender a la expropiación como una facultad potestativa de la administración, en cuanta autoridad que produce los efectos jurídicos normados. El desenvolvimiento de esta potestad como poder jurídico general y abstracto no tiene objeto singularmente determinado, ni sujetos especialmente obligados.²⁰ En este sentido, la expropiación solo se puede entender con su confirmación realizada en actos, no desde un punto de vista normativo, sino como actos jurídicos, relacionados con los poderes de sacrificio otorgados y protegidos constitucionalmente.

¹⁹ (Caldera 372)

²⁰ (Oelckers 122)

1.4.- Función social de la propiedad.

Es necesario, como opinión y a propósito de nuevas teorías sobre la propiedad, referirnos a la llamada “Función Social” de la propiedad.

Al desarrollo del liberalismo se enfrenta, a suerte de contrapeso, en su visión económica y jurídica; principalmente desde Europa; una visión moderna de la propiedad, principalmente vinculada a principios comunitaristas, provenientes de una interpretación civilista del régimen jurídico, a la par e inclusive por sobre una interpretación constitucionalista²¹.

El avance de los pensamientos de carácter socialista, provocó una confrontación jurídica en distintos regímenes jurídicos, donde se cuestionó el carácter desigualitario de los códigos civiles de la época, enfrentando en el campo de las ideas, distintas posiciones y generando a la vez, modificaciones de carácter libertario al interior de los ordenamientos.

La propiedad como institución estratégica de la sociedad liberal y como elemento esencial de esta nueva doctrina sobre la propiedad, replicando lo sucedido entre la propiedad feudal y la propiedad liberal, no iba a quedar fuera de este enfrentamiento de ideas. Una percepción orientada a la Francia revolucionaria, ponía en las mismas palabras de Rousseau el planteamiento sobre la propiedad, no desde la liberalidad, sino desde su función social:

“(...) Mi pensamiento (...) no es destruir totalmente la propiedad particular, porque esto es imposible, sino encerrarla en los límites más estrechos. En una palabra, quiero que la propiedad del Estado sea lo más grande y fuerte posible, y la del ciudadano tan pequeña y débil como se pueda”²²

Esta visión de la función de la propiedad, fuera de la cita dispuesta, ha sido interpretada en dos sentidos. Por una parte se orienta a la defensa de la propiedad privada y por otra sobre el entendimiento de la propiedad en cuanto a su función social.²³

Para efectos de este estudio, la función social de la propiedad viene a constituirse como un paradigma que hace entender el carácter social de la propiedad y la confrontación de una posición liberal y otra socialista dentro de esta construcción doctrinal jurídica. Existe claridad

²¹ Cordero Quinzacara Eduardo. “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31 (2008): 493-525.

²² Casel, Robert. “*La metamorfosis de la cuestión social, una crónica del asalariado*” Barcelona: Paídos, 2005.

²³ (Casel 256)

sobre el gran espectro de concepciones político ideológico existente dentro de esta confrontación teórica y práctica, pero para estos efectos del presente estudio satisface la observación la concepción de dos frentes opuestos.

Sin perjuicio de esta bifurcación de ideas, la doctrina no ha sido pacífica en ningún sentido. Cada una de estas confrontaciones va generando repercusiones en la configuración del derecho de propiedad, siendo un proceso de síntesis el que construye los alcances, límites, restricciones o limitaciones de este derecho²⁴.

Observamos como en 1925 el Señor Briones Luco²⁵, a propósito de la discusión en materia de propiedad, enuncia:

“Quien manifiesta que el concepto de la propiedad ha sido modificado por las nuevas orientaciones sociales, de manera que cree que esta disposición debe ser modificada dejando establecido, en primer término, la idea de que la propiedad es una función social”

En la misma temática, el Señor Enrique Oyarzún procede a establecer una importante aclaración respecto de la función social de la propiedad:

“El señor Oyarzún (Enrique) estima también que la redacción de este número de ser modificada y expresada que hay conveniencia en considerar la idea expresada por el señor Briones Luco, en orden a la limitación de las propiedades demasiado extensas; pero que no está de acuerdo con él en lo relativo a que la propiedad es una función social, porque la propiedad es una hecho, el ejercicio del derecho de propiedad, sí que es una función social.”²⁶

Esta visión fue secundada por los señores Manuel Hidalgo, J. Guillermo Guerra y refutada por los señores Barro Borgoño y Romualdo Silva Cortés, principalmente, siendo zanjada definitivamente la discusión con la intervención del Presidente señor Arturo Alessandri²⁷, que derivó en la existencia de la función social de la propiedad.

²⁴ (Cordero 498)

²⁵ Evans de la Cuadra, Enrique *“Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile”*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1967

²⁶ (Evans de la Cuadra 14)

²⁷ (Evans de la Cuadra 14-25)

Esta visión, concretada normativamente con las disposiciones legislativas en materia de aguas, compraventa y expropiación, sumado a la degradación de la concepción liberal de la propiedad, orienta al derecho hacia la idea del beneficio y la utilidad social. Potencia la creación del principio de pluralidad de la propiedad, en atención a las distintas funciones que cumple la propiedad, generando un punto de inflexión con respecto al modelo civil liberal de la propiedad, principalmente originado en la doctrina alemana y comprendido dentro del proceso constitucional post guerra²⁸. Es la disposición constitucional de la Constitución de Weimar de 1919 la que establece los avances en la comprensión social de la propiedad, ratificado posteriormente con las disposiciones constitucionales provenientes del fin de la segunda guerra mundial, que permiten entender un avance, desde una sociedad entendida en el Estado liberal burgués a un Estado social de Derecho.

Por último, cabe identificar la existencia de la teoría de la pluralidad de propiedad, asociada principalmente al desarrollo de la teoría de la función social de la propiedad que plantea una ruptura en el paradigma liberal de la propiedad potenciando un nuevo tronco doctrinal, pero en la norma sustantiva su alcance no se observa, por ende y para efectos de este estudio no será necesario su desarrollo.

Por lo anterior, los alcances de esta construcción político social de la propiedad no se ven reflejados en el ordenamiento nacional en la misma profundidad que lo hicieron las teorías liberales, pero si se observan en la construcción constitucional posterior a la Constitución de 1925 y anterior a la Constitución de 1980.

²⁸ (Cordero 501)

Capítulo II

Expropiación e Indemnización, conceptos y construcción jurídica.

2.- Concepto y elementos de la Expropiación.

Procederemos en este capítulo a establecer el concepto de expropiación y cuáles son los elementos que la componen, para comprender su naturaleza y alcance.

2.1.- Concepto de Expropiación.

El concepto de expropiación, actualmente, no se encuentra claramente identificado en nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual debemos construirlo desde las consideraciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinal.

Si bien existe todo un sistema normativo que regula, limita, permite o sistematiza la figura de la expropiación, no existe uniformidad sobre su determinación conceptual, entendiendo una construcción en el derecho nacional, el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia.

Como primer antecedente, la expropiación en su forma institucional, ha sido determinada legislativamente en la Constitución Política de la República, en el capítulo de los derechos fundamentales y a propósito del derecho de propiedad, la disposición es la siguiente:

“Capítulo III

DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES

Artículo 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.

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

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

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.”²⁹

Las modificaciones constitucionales en la materia, han sido bastas y periódicas³⁰ a lo largo de la historia del Derecho Nacional, lo que nos permite concluir previamente lo poco pacífico que ha sido la materia dentro de nuestro ordenamiento, por ende, es comprensible el poco atrevimiento que ha tenido el legislador en arribar a un concepto de expropiación restringido, potenciando más su aplicación.

Posteriormente el Decreto Ley N° 2.186, que se presenta como la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, dio cuenta de lo fútil de avanzar hacia un concepto de indemnización estricto, como se verá posteriormente, procediendo a identificar cuáles son las causas que justifican la existencia de la institución:

Artículo 1°.- Toda expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, cualquiera que sea la ley que la autorice o la institución que la decreta, se sujetará al procedimiento establecido en el presente texto.³¹

Este primer artículo de la norma reguladora, determina las causales que justifican la procedencia y legalidad de la expropiación, ponderando su requisito de aplicación en mayor medida que el concepto mismo o sus características, entendiendo que en la práctica, la situación efectiva será la misma, procediendo un concepto restringido o amplio.

Para la Real Academia de la Lengua, el concepto expropiar, se define como:

“1. tr. Dicho de la Administración: Privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes.”³²

²⁹ Constitución Política de la República. Artículo 19 N° 24 Inciso 3° y siguientes.

³⁰ Las más llamativas son las modificaciones de la Ley 15.295, Ley 16.615, además de la misma modificación presentada en la Constitución Política de la República.

³¹ Decreto Ley N° 2.186 de 1978, Artículo N°1.

³² Consulta digital Diccionario Real Academia de la Lengua, recurso electrónico.

Esta definición resalta los elementos fundamentales en el concepto de expropiación, incluyendo enfáticamente las características que posee esta institución.

El derecho comparado no se aleja de esta definición, tanto en el derecho mexicano:

“(...) La expropiación es una acto de naturaleza administrativa mediante el cual se priva a los particulares de la propiedad de un bien inmueble por utilidad pública.”³³

Como en el derecho español:

“(...) cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.”³⁴

No dista en absoluto, de las interpretaciones asumidas por la doctrina nacional, donde destaca la definición realizada por el Profesor Patricio Aylwin:

“(...) el acto por el cual se priva a una persona de un bien de su dominio por decisión unilateral del Estado, por razón de utilidad pública calificada por ley y previo pago de una indemnización al expropiado”³⁵

Estas definiciones conceptuales de la institución de la expropiación nos permiten formular una definición propia:

Acto administrativo que faculta al Estado a limitar o privar a una persona de la propiedad de la cual es legítimo dueño, en cuanto esta limitación o privación responda a un interés social o utilidad pública, retribuyendo la respectiva indemnización y que esta sea realizada en la forma prevista por Ley.

Junto con esta definición, es necesario identificar a la expropiación en cuanto al tipo de limitación que produce, ya que esta categorización permitirá identificar los efectos buscados

³³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. “Expropiación, amplitud del concepto de utilidad pública y limitaciones a la propiedad privada”. México: Biblioteca Jurídica Virtual, 2006.

³⁴ Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

³⁵ Aylwin, Patricio. Azócar, Brunner, Eduardo. “Manual de Derecho administrativo”, Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello, 1996.

por la institucionalidad legitimada para su uso. En este sentido, es oportuno la siguiente indicación:

“(...) Desde el punto de vista de su contenido o materialidad, las limitaciones puede clasificarse en (...); de desarrollo o fomento (si su institucionalización obedece a la necesidad de procurar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas o de promover su desarrollo por la acción de los particulares (...))”³⁶

Finalmente, acorde a lo anterior y aun cuando podemos encontrar un marco más ajustado con el cual se pueda establecer una clasificación más acuciosa para la figura de la expropiación, a propósito de sus efectos limitativos (efectos extintivos, efectos restrictivos³⁷) para las finalidades del presente estudio, se entiende como principal efecto de la expropiación, con respecto al objeto, la extinción en caso de ser total y la restricción de derechos en caso de parcial.

³⁶ Mohor Abuaud, Salvador. “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”. *Revista Chilena de Derecho*, 16 (1989): 283-308.

³⁷ (Mohor 288)

2.2.- Elementos de la Expropiación.

La Expropiación, como institución, debido principalmente a sus poderosos efectos sobre el dominio, entiende un conjunto de elementos esenciales para su procedencia y validez. Estos elementos se entienden como requisitos que determinan la procedencia o no de la indemnización³⁸, justificándose en su procedencia de muchas formas, pero adquiriendo su mayor credencial, en cuanto a la justicia social que otorga a dicha institución, la existencia de requisitos cuyo ejercicio son herramientas que equiparan a todos frente a la ley.

No profundizaremos en la legalidad como elemento de la expropiación, sino que revisaremos los elementos desde un punto de vista primordialmente práctico, para enfocarnos en el avance de este trabajo, en los elementos más asociados a la finalidad de este trabajo.

En este mismo sentido, la indemnización, como elemento de la expropiación será revisada en su conjunto en el próximo capítulo.

³⁸ (Mohor 291)

2.2.1.- Sujetos.

Para la procedencia de la Expropiación, debe existir primeramente un sujeto activo, el cual posea la facultad (potestad) de iniciar el proceso expropiatorio, cumpliendo con los requisitos determinados por la ley y estableciendo como finalidad el interés de la sociedad representado en un sujeto. Este expropiante, está reconocido en el Estado, en forma centralizada o descentralizado, como lo son las municipalidades.

Esta facultad expropiatoria se ejerce según la potestad constitucional, otorgada para el ejercicio del acto expropiatorio, como se desprende del Artículo N°19, Numero 24.

La finalidad de la Expropiación, el interés de la nación, deja de manifiesto que el beneficiario no es solamente el Estado, sino todos aquellos que se ven beneficiados por los resultados que se generen del proceso expropiatorio, sin perjuicio de ellos, existe la posibilidad de que un proceso expropiatorio sea realizado para entregar beneficios a un particular, pero nunca será el particular el que podrá realizar la expropiación³⁹.

Como sujeto pasivo encontraremos a quien se ve afectado por el proceso expropiatorio, tanto en la vulneración o limitación de su derecho de dominio sobre el bien objeto de la expropiación, como también en la indemnización o derechos que posee frente al sujeto activo. En este sentido el sujeto pasivo no está identificado hasta la concretización del proceso expropiatorio.

Ambos sujetos conforman las partes inmediatamente involucradas en el procedimiento expropiatorio, sin perjuicio de terceros que pueden participar posteriormente en diversos grados. En este sentido, en caso de judicialización de la expropiación, vemos generalmente peritos, testigos, terceros coadyuvantes, excluyentes o independientes, entre otros.

³⁹ En este sentido disponemos como referencia la Ley 4.774 de 14 de enero de 1930 que entrega terrenos expropiados al Club Hípico de Santiago, para el ensanchamiento de sus terrenos. Norma disponible en Biblioteca del Congreso Nacional.

2.2.2.- Objeto de la expropiación.

Se debe entender como aquel bien, corporal o incorporal, mueble o inmueble, derecho real o derecho personal, sobre el cual se ejerce el acto expropiatorio.

Esta concepción resulta a propósito de lo dispuesto en nuestra Carta Magna, en cuanto se entenderá que la expropiación se presenta sobre los atributos o facultades del dominio, sobre bienes corporales o incorporales, excluyendo solamente los derechos extra patrimoniales.

El objeto de la expropiación, como elemento de esta, es asunto bastante pacífico en la doctrina nacional, entendiéndose que la disposición constitucional y legal no dejan margen a interpretación.

El Profesor Soto Kloss dispone:

“(...) La constitución ha precisado que puede ser 1) un bien, o 2) un atributo esencial, o 3) una facultad esencial del dominio; (...)”⁴⁰

No existe duda, la constitución y la doctrina es clara.

Conjuntamente con la disposición constitucional, el DL N° 2.186, que establece el procedimiento de expropiación, no complica su aplicación tampoco. Complementado el objeto dispuesto en la constitución y limitando su aplicación sobre bienes afectados por la inexpropiabilidad.

Por ende, solo se entenderán como objeto no factible de expropiación, aquellos de carácter extra patrimonial y aquellos sometidos a causales de inexpropiabilidad temporal. El resto, son objetos susceptibles del acto expropiatorio.

En esta misma línea, podemos observar la identificación sobre bienes incorporales dispuesta en la doctrina con respecto a los derechos que pueden ser objeto, entendido en forma subjetiva, sobre el cual toma sus efectos el acto expropiatorio:

⁴⁰ Soto Kloss, Eduardo. *“Derecho Administrativo. Bases fundamentales”*, Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

“(...) o bien sobre el derecho mismo. Esta última alternativa es la que precisamente puede llegar a significar la extinción del derecho cuando el efecto restrictivo que le es inherente para a comprometerlo integralmente. (...)”⁴¹

Esta orientación del objeto nos permite concluir el objeto y su identificación, no sobre los objetos corporales únicamente, ampliando su alcance a los objetos incorporeales.

Finalmente, la determinación del objeto establece el sujeto pasivo y por tanto su procedencia e individualización, dentro del acto expropiatorio, es un elemento esencial para la correcta concurrencia de la expropiación. En este mismo sentido, en torno a la potestad entregada al municipio, también se determina en forma particular cual será el sujeto activo en la expropiación. Por lo cual la construcción del sujeto pasivo está determinada por el mismo acto.

⁴¹ (Mohor 284)

2.2.3.- Causa de la expropiación.

La Constitución Política de la República no deja espacio a interpretaciones, ampliaciones o restricciones al concepto de causa, estipulando en forma clara:

“(...) Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador (...)”

Debido a la importancia que asume la propiedad en la sociedad liberal, su limitación solo puede entenderse a propósito de un carácter de utilidad o interés, público o nacional, lo que se puede entender como una determinación de requisitos en su entendimiento bastante amplia al momento de establecer la causa.

En este mismo plano, debemos entender que la propiedad asume una “función social”⁴², delimitada apropiadamente por el mismo legislador:

“(...) cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. (...)”⁴³

Entonces, la misma ley dispone cuales serían los casos en que no procede la expropiación y en cuales sí. Solo procederá en los casos previstos por la ley, según los requisitos indicados y bajo el procedimiento orgánico existente, toda otra causal que no sea aquella determinada constitucionalmente, tendrá el carácter de inconstitucional y podrá ser impugnada por las acciones determinadas por la ley para estos casos.

A propósito del concepto de limitación, el Profesor Mohor dispone, con respecto a los límites sobre la propiedad y efectos, la existencia de ciertos efectos jurídicos impuestos por el Estado independiente de la voluntad del sujeto pasivo solo en aras de la consideración superior del bien público⁴⁴, lo que nos permite entender que la mera existencia de esta causa, sin importar la voluntad bilateral o unilateral del sujeto pasivo, permite la procedencia de la expropiación.

⁴² (Soto 95)

⁴³ Constitución Política de la República

⁴⁴ (Mohor 286)

Referente a este elemento, es válido, desde el punto de vista del autor del presente texto, referirse a lo dispuesto por el profesor Hugo Caldera:

“(...) No es al legislador a quien, técnicamente, correspondería calificar la utilidad pública o el interés social comprendidos en cada expropiación, específicamente considerada, ya que ello sería, lógicamente, imposible, en consideración al carácter permanente e indeterminado que conlleva la atribución conferida a la Administración por la ley general. En este caso, la ley, al otorgar una autorización en blanco, viene a presumir que en las futuras expropiación que la Administración decreta estará comprendida la utilidad pública o el interés social que exige la Constitución. (...)”⁴⁵

El razonamiento no deja de llamar la atención, atendido al elemento causa, ya que se estima que en la práctica la determinación de la utilidad pública o interés social no reside en el legislador, como se dispone expresamente por la norma, sino que el mismo legislador traspasa ese margen potestativo a la administración facultada por ley para producir efectos expropiatorios. En este sentido, la causa pareciese perder fuerza como elemento de la expropiación en cuanto ha sido desnaturalizada en sus efectos prácticos, para dar pasó a una visión de la propiedad, en cuanto en su carácter de función social, más allá de su comportamiento normativo.

⁴⁵ (Caldera 372)

2.2.4.- Proceso expropiatorio.

Existen autores que disponen el proceso expropiatorio como un elemento de la expropiación⁴⁶ pero también se puede entender a propósito del elemento causa, en cuanto la legitimación entregada en su existencia, como acto que habilita la procedencia de la expropiación.

Sea cual sea la forma o la naturaleza otorgada al proceso, no existe discusión en entender lo esencial del acto de habilitación y el acto expropiatorio como fundamento práctico del proceso expropiatorio.

En este sentido el acto de habilitación, se entiende dentro de la potestad que la Constitución y la Ley entregan a los sujetos activos para la procedencia de la expropiación. Esta habilitación entregada por el legislador se entiende de lo dispuesto primeramente en nuestra constitución:

“(...) sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación (...)”

Y de las facultades potestativas entregadas a los sujetos activos:

“(...) En el caso de requerirse la expropiación de bienes y derechos necesarios para la construcción de las obras y sus servicios complementarios, ésta se llevará a efecto en virtud de la declaración de utilidad pública establecida en el artículo 105 del decreto supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, y conforme al procedimiento establecido en el decreto con fuerza de ley N° 2.186, de 1978(...)”⁴⁷

Por tanto, comprendemos que la expropiación, se sustenta en el principio de legalidad que rige las facultades potestativas del sujeto activo. No podemos comprender la expropiación sin la existencia de una norma que la permita, siendo acorde este proceso con los principios del derecho público.

Entonces, se debe entender que el acto de habilitación es la autorización constitucional y legal que entrega el legislador a sujetos activos para proceder con el proceso de expropiación, no se debe confundir el acto de habilitación con el acto expropiatorio⁴⁸, ya que el primero responde

⁴⁶ Peñailillo Arévalo, Daniel. *“La expropiación ante el Derecho Civil”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

⁴⁷ Se indica como ejemplo lo dispuesto en la Ley de concesiones de obras públicas. Artículo 15 Inciso 2°

⁴⁸ Silva Bascuñán Alejandro. *“Legalidad de la Expropiación”*. Santiago: Revista Chilena de Derecho, Vol. XXIII, 1996.

a la potestad expropiatoria y el segundo al acto en sí mismo. El acto de habilitación es un requisito previo al acto expropiatorio y la vez es justificación de este.

El acto expropiatorio es el medio que permite la concretización de la expropiación, como aquella determinación volitiva que emana del sujeto activo y que radica sobre un objeto determinado, acorde a las normativas dispuestas para su procedencia y como consecuencia del acto de habilitación.

Este acto tiene su origen en la potestad expropiatoria entregada por el legislador al sujeto activo, donde coincide la facultad con la forma y se materializa por el decreto supremo emitido por el Presidente de la República o por la autoridad descentralizada facultada para ello.

Este acto debe cumplir con los requisitos dispuestos en el Decreto Ley N° 2.186 y se considerará, respecto a todos los efectos legales posibles, como el acto expropiatorio en sí.

2.2.5.- Indemnización.

La indemnización se entiende como un elemento de la expropiación por todos los autores estudiados, unos dentro del mismo proceso de expropiación⁴⁹ o como un elemento de justicia entre el Estado y los particulares⁵⁰.

Sin perjuicio de la visión doctrinal en la materia, la constitución no deja margen de error o interpretación:

“(...) El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales (...)”⁵¹.

La necesidad de establecer una indemnización, se puede sustentar en la propia Constitución que reconoce expresamente este derecho a indemnización independiente de la existencia o no de una lesión en el patrimonio del expropiado⁵²

En este mismo sentido, es lógico observar que la obligación de indemnizar se basa en los principios constitucionales que exigen por parte del Estado la búsqueda del bien común, evitando en este sentido cualquier tipo de discriminaciones arbitrarias, hecho que se manifestaría en el caso de que el expropiado tuviese que soportar la carga que deriva de un proceso expropiatorio.

Otro elemento a tener en consideración es la aleatoriedad de la expropiación y como dicha aleatoriedad determina la necesidad de procedencia de indemnización como sustento para determinar la distribución igualitaria determinada por constitución. La aleatoriedad de verse afectado a la expropiación debe distribuir la carga, en caso de afectación, lo más efectivamente posible.

⁴⁹ (Cordero 128)

⁵⁰ (Cassagne 316)

⁵¹ Constitución Política de la República. 19 N°24

⁵² (Mohor 290)

De todas formas, el análisis de la indemnización, en una forma más específica y temporal, será realizado en capítulo aparte, para efectos de establecer en mejor modo el rol dentro de la expropiación.

Capítulo III

Indemnización, procedimiento, concepto y aplicación.

3.- Procedimiento expropiatorio e indemnización.

La revisión sucinta que se hará del procedimiento expropiatorio surge a propósito de la importancia que presenta la forma dentro de la expropiación, ante ello, se revisará en forma breve los principales elementos de la Ley 2.186 que establece la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones.

3.1.- Procedimiento expropiatorio.

Para comenzar, debemos remitirnos al artículo N°1 del DL 2.186 de 9 de junio de 1978, el cual dispone:

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

Ante esta contundente disposición, solo queda proceder a observar las etapas del proceso expropiatorio, a fin de entender en forma posterior, el funcionamiento de la indemnización.

Primeramente, existe una fase preliminar o de estudio, en la cual, el sujeto activo procederá a realizar el estudio del bien determinado, publicando previamente la resolución que autoriza el estudio en el Diario Oficial e inscribiendo dicho extracto en el registro de prohibiciones y gravámenes del bien, solo en el caso de los bienes inmuebles. Desde el cumplimiento de estos pasos, la propiedad asume el carácter de intransferible.

Posterior a ello o si se inicia la gestión, según corresponda, se nombrará una comisión de tres miembros, para efectos de determinar un monto provisional de indemnización junto con la ayuda de los peritos designados. El monto provisional de la indemnización será el que determine esta comisión junto al trabajo de los peritos.

A continuación, se decretará por parte del Presidente de la República, la resolución que posee la información solicitada por ley, fecha, bien, rol, ley expropiatoria, causa, propietarios, monto provisional de indemnización, comisión que fije valor, forma y plazos de pago, que se llamará acto expropiatorio.

90 días después de la fecha de este Decreto Supremo, este será publicado en el Diario Oficial y un diario de asiento jurisdiccional, además de enviar copia del Decreto a la fuerza policial para que notifique al propietario del bien. Esta notificación se entenderá realizada con la mera publicación en el Diario Oficial.

Dentro del plazo de 30 días después de la publicación en el Diario Oficial, el expropiado podrá presentar sus descargos ante el juez competente. No es necesario analizar, para las actuales pretensiones de este estudio, el proceso de reclamación.

Una vez sorteado el proceso de reclamación, se deberá fijar la indemnización definitiva, de común acuerdo o por tribunal competente. En caso de que sea el expropiante o el expropiado el que reclame el monto de la indemnización en instancia judicial, será el tribunal quien la resuelva, previo proceso.

Resuelto el monto de la indemnización, procederá su pago, en la forma determinada por ley, generando los efectos dispuestos (dominio del bien radicado a título originario en el patrimonio del expropiante)

Finalmente, procederá la toma de posesión del bien y la inscripción del acto expropiatorio en el respectivo registro.

Si bien esta pequeña descripción del procedimiento expropiatorio no incluye todas las vicisitudes plausibles existentes, para efectos del estudio, es suficiente, en cuanto dispone el orden temporal que se deberá tener en consideración dentro de la gestiones del procedimiento y como la indemnización se presenta como una garantía de la expropiación.

3.2.- Indemnización en la expropiación y concepto.

La expropiación no puede ser entendida dentro de nuestro ordenamiento nacional sin la existencia de la indemnización, como elemento esencial y de justicia, garantía que tiene el expropiado.

La Constitución Política de la República dispone claramente:

“(...)El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales (...)”.

En esta misma línea, el Artículo 38 del DL 2.186 que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones dispone:

“Artículo 38.- 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.”⁵³

Esta indemnización, determinada como elemento esencial de la expropiación por nuestra Carta Magna y nuestra legislación, ha sido conceptualizada correctamente por el profesor Daniel Peñailillo y el profesor Manuel Núñez:

“(...) es aquella suma de dinero que el expropiado recibe por el bien de cuyo dominio se le priva y por los perjuicios que se le causan (...)”⁵⁴

“(...) el equivalente económico que compensa o subroga la pérdida que experimenta el patrimonio del individuo con ocasión de la expropiación (...)”⁵⁵

Acorde es nuestra legislación y la doctrina, la indemnización debe ser entendida como la retribución pecuniaria que merece la persona que sacrificó un bien de su dominio a propósito de la expropiación. De plena claridad es el comentario del Profesor Mohor:

⁵³ Decreto Ley N° 2.186 de 1978

⁵⁴ (Peñailillo 57)

⁵⁵ Núñez Manuel, “La propiedad Privada”. Antofagasta: Universidad de Antofagasta, recurso electrónico.

“(…) Hay pues un elemento aleatorio que determina que no todos los que potencialmente se encuentran expuestos a la aplicación de la norma experimenten la limitación, pero que, sin embargo habrán de ser favorecidos con los beneficios anexos a la limitación expuesta a unos pocos. De ahí es que para satisfacer las exigencias de una distribución igualitaria de la carga sea necesario reconocer a los afectados el derecho a indemnización. De este modo se obtiene la repartición de la carga indemnizatoria entre los contribuyentes que en definitiva habrán de recibir los beneficios sociales que reporta este tipo de limitaciones, y se satisfacen las exigencias de la distribución igualitaria a que se refiere el artículo 19 N°20 inciso 1° de la Constitución. Se trata de evitar que quienes potencialmente se encontraban expuestos a la aplicación de la limitación en cuestión (por ejemplo, todos los dueños de predios de la región o de la provincia en que se instaló la torre eléctrica) se beneficien gratuitamente de la carga impuesta a unos pocos (el o los dueños de predios concretamente afectados con la instalación de las torres en sus respectivos terrenos). Podría decirse que los “seleccionados” se encuentran en un estado de necesidad, puesto que habrán de experimentar una lesión inminente en aras de un bien jurídico considerado superior, no existiendo una vía alternativa eficaz que puede ser utilizada por la autoridad. El derecho a una indemnización les reconcilia con el interés general.”⁵⁶

Esta construcción jurídica justifica la procedencia de la indemnización a propósito de las indicaciones constitucionales sobre la distribución igualitaria de las cargas públicas, esta concepción acertada construye un plano indemnizatorio, en el cual la sociedad responde con justicia los actos o hechos que podrían ser considerados injustos.

En este mismo sendero y obedeciendo a la necesidad de cuestionar la indemnización al interior de la expropiación, ¿Es suficiente este argumento jurídico y/o social y/o político que justifica la procedencia de la indemnización, desde una orientación del interés social? Pregunta válida que debe ser respondida a propósito de las disposiciones doctrinales en torno a la propiedad.

Desde una percepción sustantiva, el argumento surge a propósito de los preceptos que impelen a realizar los actos acorde a las exacciones del bien común a propósito de la Carta Magna que expresamente prohíbe las discriminaciones arbitrarias⁵⁷. No existe discusión alguna en este sentido, ya que las normas constitucionales son claras, la indemnización se

⁵⁶(Mohor 292, 293)

⁵⁷ (Mohor 290)

constituye a propósito de la obligatoriedad dispuesta por la Constitución Política de la República.

Desde un punto de vista social, no es justo dentro de una sociedad democrática la limitación de los derechos en virtud de la necesidad de desarrollo nacional, en perjuicio de un grupo reducido de habitantes, no solo desde la perspectiva de la distribución de cargas públicas, sino desde la base sustantiva que plantean los principios del liberalismo.

En este contexto es conforme repasar el concepto de indemnización a propósito de su construcción como garantía. Si bien se puede determinar que es la Ley la que establece la indemnización en caso de expropiación, a lo menos en forma general, la importancia de la indemnización no queda sometida al precepto legal, sino que debe ser entendida por su rol de garantía efectiva de distribución igualitaria, “por vía de substitución”⁵⁸.

Concluimos que no existe discusión sobre la procedencia de la indemnización ante un procedimiento expropiatorio, es un tema resuelto tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. Solo existen vicisitudes sobre la forma en la cual se debe cuantificar y como debe proceder dicha retribución pecuniaria, elementos de forma que en ningún momento hacen pensar en la no procedencia de esta garantía. Esta discusión doctrinal, jurisdiccional, pero por sobre todo la evolución normativa que se ha presentado en los cuerpos constitucionales, es la que da sentido al presente trabajo.

⁵⁸ (Mohor 293)

Capítulo IV

Indemnización Equitativa y Constitución Política de la República de 1925

4.- Indemnización equitativa en la Constitución de 1925

En el siguiente capítulo analizaremos los antecedentes y elementos que determinan la institución de la expropiación a la luz de la Constitución de 1925.

4.1.- Antecedentes Preliminares

La Constitución Política de la República de 1925 debe ser comprendida a propósito de la inmutabilidad que presentó la Constitución Política de 1833⁵⁹ y sus posteriores cambios, en el contexto de un ambiente político agitado, con el Presidente Arturo Alessandri arrastrando a la clase política y dirigente a un estado Presidencialista, apuntando a la reconstrucción constitucional de la sociedad chilena⁶⁰. Posteriormente y entre los factores políticos históricos a mencionar debemos resaltar el famoso “Ruido de Sables” liderado por el ejército, proceso acontecido por la aprobación de la dieta parlamentaria; postergando la discusión de las leyes sociales, y azuzado por el ejecutivo, la irrupción de los movimientos socialistas de carácter marxista que ponían en boga una irrupción del modelo constitucional existente, llamando a una asamblea constituyente.

La intervención militar de 9 de septiembre de 1924 y la creación del comité militar encabezado por el General Luis Altamirano, junto con la disolución del congreso y el proceso político de 23 de enero de 1925, que reposicionaba al Presidente Arturo Alessandri al mando de la nación, potenciaron la creación de un ambiente de inestabilidad constitucional en el cual se desarrolló la discusión constituyente, guiada y presidida por el mismo Presidente Arturo Alessandri, culminando en un plebiscito legitimador criticado por la sociedad debido a las evidentes intervenciones realizadas desde el ejecutivo.

Esta nueva constitución se entiende como un giro hacia un presidencialismo, en desmedro de un sistema parlamentarista impulsado desde 1891. La nueva Carta Magna fue promulgada el 18 de septiembre de 1925, en un ambiente social polarizado, con inestabilidad económica,

⁵⁹ (Evans de la Cuadra 11-12)

⁶⁰ Correa, Sofía. *“Los procesos constituyentes en la historia de Chile”*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015

política y social, creada por una comisión de 30 personas elegidas y lideradas por el ejecutivo⁶¹.

La inestabilidad producida por este proceso, fue de tal carácter, que potencio el pronunciamiento del Coronel Carlos Ibáñez del Campo y la llegada de las posteriores repúblicas socialistas. Tal fue el nivel de agitación que esta nueva Constitución entro en vigencia recién a fines de 1932.

Durante toda su existencia, la Constitución de 1925 se configuro como una Carta Magna de índole principalmente presidencialista, otorgando al ejecutivo poderes amplios en la realización de las funciones de su cargo.

Dentro de este agitado proceso de discusión constitucional y de inestabilidad social, debemos observar la nueva disposición constitucional en materia de expropiación:

“ART. 10.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

(...) 10. ° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho a que ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública;(…)”⁶²

Primero debemos comprender los principios que componen, dentro de esta construcción constitucional, la idea de propiedad. Como analizamos en el primer capítulo, existe un desarrollo de las ideas liberales, provenientes principalmente de la burguesía nacional que se enfrentaba a los principios de la propiedad como función social, provenientes principalmente de los pensamientos europeos socialistas. De este conflicto de ideas y principios la

⁶¹ Salazar, Gabriel. Pinto, Julio. *“Historia Contemporánea de Chile I” Estado, legitimidad y ciudadanía*. Santiago: Ediciones LOM, 2010.

⁶² Constitución Política de la República de 1925.

constitución de 1925 no quedo ajeno, pero primando los pensamientos liberales burgueses nacionales.

El primer y principal indicador de esta victoria de los principios liberales, se encuentra en las primeras tres frases del artículo constitucional dispuesto con anterioridad:

*“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: (...) 10. ° La inviolabilidad de todas las propiedades, **sin distinción alguna**”.* Resaltado añadido.

Esta concepción de la propiedad y su marcado carácter liberal, se refleja en el entendiendo de que la propiedad debe ser asumida como un elemento absoluto dentro del desarrollo de las personas, en cuanto cualquiera, fuese cual fuese, el origen patrimonial de la propiedad, se entendía bajo los términos de la garantía constitucional⁶³, lo que era coincidente con los pensamientos prevalecientes a la época de su redacción.

Resulta obligatorio mencionar la modificación que establece:

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

La modificación desde Utilidad del Estado a la idea de Utilidad Pública, establece una conceptualización más amplia, incluyendo los Intereses Generales de la Nación, lo que se puede entender⁶⁴ como una reivindicación poderosa del Interés General por sobre el Interés Particular, dentro del ordenamiento jurídico.

Finalmente, debemos comentar la discusión asociada al carácter teórico de la propiedad, que por primera vez en su historia dispone, por razones del bien colectivo, limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad⁶⁵, abriendo un nuevo concepto doctrinal sobre el derecho de propiedad, perfilándose a la postre como una herramienta esencial en las aras del progreso.

⁶³ (Evans de la Cuadra 13)

⁶⁴ (Evans de la Cuadra 13)

⁶⁵ (Evans de la Cuadra 25)

4.2.- Indemnización de Perjuicios en la Constitución Política de 1925

A propósito de la indemnización, el articulado constitucional dispone en forma expresa el articulado para el cálculo de la indemnización:

“(...) En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en juicio correspondiente.”⁶⁶

Este articulado se presenta como una continuidad de la disposición existente en la Constitución de 1828, en cuanto esta dispone la consagración del reconocimiento del derecho de propiedad y contiene la garantía de que la limitación a la propiedad privada solo será a propósito de la necesidad pública. Esto deriva en que la indemnización deberá ser pagada previamente a la expropiación, potenciando esta garantía del derecho de propiedad, en cuanto la exigencia del pago previo de la indemnización se convierte en un elemento de la expropiación que garantiza la invulnerabilidad de la propiedad⁶⁷.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que la disposición establecida en el Art. 117 de la Constitución Política de 1823 establece, con anterioridad:

“(...) A ninguno puede privarse de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado de notoriamente grave, y con previa indemnización.”⁶⁸

Lo cual puede ser comparado con lo dispuesto en la Constitución de 1828, la cual dispone en su Art. 17:

“(...) Ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, o de aquellos a que tiene legítimo derecho, ni de una parte de ellos por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial. Cuando el servicio público exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, e indemnizado de los perjuicios en caso de retenérsela.”⁶⁹

Pareciese ser que ambas disposiciones encontraron su cauce en las mismas afluencias con las que se dispone la constitución de 1833:

⁶⁶ Constitución Política de la República de 1925

⁶⁷ (Caldera 369)

⁶⁸ Constitución Política de la República de 1823

⁶⁹ Constitución Política de la República de 1828

“(...) 5° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustará con él, o se evaluare a juicio de hombres buenos; (...)”⁷⁰

Esta disposición establece por primera vez la existencia de la calificación de la utilidad del Estado y como motivo de la expropiación una ley⁷¹.

Es un insumo principal para este estudio, entender que la Constitución de 1833 no establece manifiestamente el carácter equitativo de la indemnización, en comparación con la Constitución de 1828, manteniendo solamente la identificación de pago previo⁷². El proceso establecido en la Constitución de 1833 entrega la indemnización al acuerdo de voluntades o a la estimación de peritos, entendiendo como tal a los hombres buenos.

Desenvuelve en este sentido la Constitución de 1925 la forma de establecer la indemnización, disponiendo:

“(...) En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.”⁷³

Esta indicación en la forma del cálculo de la indemnización permite evidenciar una proposición dual, basada en el acuerdo de voluntades, por una parte la determinación será establecida de común acuerdo “se ajuste con él” y en caso de que no exista acuerdo “se determine en juicio correspondiente”. Esta norma viene a establecer figuras que deben ser entendidas a propósito de un proceso expropiatorio, bajo este precepto constitucional, los que serán analizados a continuación.

⁷⁰ Constitución Política de la República de 1833

⁷¹ (Caldera 370)

⁷² (Caldera 371)

⁷³ Constitución Política de la República de 1925

Indemnización Previa

Procede, según las disposiciones constitucionales estudiadas con anterioridad, una indemnización de carácter previo como garantía en la determinación de esta, en cuanto a la importancia que se le confiere al derecho de propiedad, que obliga al Estado a entregar la retribución pecuniaria antes de proceder con la limitación del dominio.

Este elemento de la indemnización solo puede ser concebido bajo la concepción liberal que determino su germinación en la raíz de las constituciones del periodo de ensayos constitucionales y que se mantuvo dentro de la normativa constitucional de 1925, en cuanto a que la propiedad debe ser comprendida desde un punto de vista absoluto, sin importar las indicaciones refractarias de los procesos sociales de la época.

Que se ajuste con él.

Este elemento de la garantía de la indemnización como elemento de la expropiación es observado también en la Constitución de 1833, en cuanto la indemnización tiene que ser acorde o ajustada al precio de la propiedad que será expropiada. Esta indicación entrega la determinación del monto pecuniario a indemnizar al acuerdo de voluntades, debido a la indicación textual de ajuste, como forma bilateral de determinar un valor del bien. No cabe duda que la continuación de esta forma de determinar el valor de la indemnización, desde el año 1833, se recoge a propósito del liberalismo europeo existente en el contexto, que sitúa al Estado en una posición de igualdad frente al particular, ya que la determinación voluntaria de dicho valor solo puede ser posible bajo parámetros liberales de Estado y Administración, donde no exista una categoría de superioridad por parte del Estado al momento de la negociación del precio.

Se determine en juicio correspondiente.

Esta indicación de determinación del valor de la indemnización ante la falta de acuerdo entre las partes, se observa como una construcción jurídica, en cuanto la Constitución de 1828 dispone la procedencia de una sentencia judicial como elemento de forma para que proceda la expropiación. Posterior a ello la Constitución de 1833 dispone que la valuación de este valor será determinado a juicio de hombres buenos, estableciendo un carácter pericial al proceso de determinación de la indemnización, lo cual no se aleja de las concepciones que se presentan frecuentemente en los juicios, por parte de los peritos en la materia.

Finalmente la Constitución de 1925 al disponer a los tribunales de justicia como aquellos llamados a resolver ante la falta de acuerdo de las partes, no es más que una profesionalización en la determinación de los valores a pagar, estableciendo un marco objetivo dentro del cual procederá este rateo.

Estos elementos, conjuntamente, se convierten en las garantías que, a propósito de la Constitución, se establecen para un proceso expropiatorio. Siendo la indemnización, su procedencia y cuantificación, un elemento que viabiliza la reparación de los daños que se provocan a propósito de los límites establecidos al derecho de dominio.

Las modificaciones posteriores, no hicieron más que ratificar esta situación, encontrando una extravagante mezcla entre los principios liberales y los principios de la función social de la propiedad.

4.3.- Modificaciones a la Constitución de 1925 en materia de expropiación e indemnización.

Las disposiciones constitucionales asociadas al artículo 10 N°10 de la Constitución Política de la República de 1925 fueron modificadas profusamente, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Estas modificaciones, transformaron en forma sustantiva lo dispuesto por la Carta Magna de 1925, por lo cual se vuelve necesario un estudio más acotado de cada una de ellas.

4.3.1.- Ley N°15.295 de 1963

El 8 de octubre de 1963 se promulga la Ley N° 15.295 que establece la reforma constitucional introduciendo modificaciones relativas a la toma material de la posesión de bienes expropiados bajo las causales de utilidad pública, relacionando dichas disposiciones con expropiación de los bienes inmuebles de carácter rural que estuviesen en una situación de abandono o sobre los cuales exista una mala utilización manifiesta.

Debido al carácter especial de la norma, no es necesario estudiarla en demasía, pero resulta conveniente establecer, que la presente modificación permitió la distribución de tierras, potenciando el carácter agropecuario del país, estableciendo un proceso indemnizatorio distinto permitiendo el pago parcelado de dicha indemnización.

Finalmente llama la atención la permisión que realiza la norma respecto de la toma material de la posesión del bien expropiado, antes de determinar un acuerdo respecto del monto de la indemnización respectiva⁷⁴.

4.3.2.- Ley N°16.615 de 1967

La Ley N° 16.615 de 20 de enero de 1967 modifico integralmente el artículo 10 N°10, incluyendo conceptualizaciones y modificaciones que para efectos de este estudio deberán ser analizadas en cuanto a su alcance:

“10.- El derecho de propiedad en sus diversas especies.

⁷⁴ (Evans de la Cuadra 29)

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 identificación expresa de una función social de la propiedad, se condice con la época y el contexto político jurídico en la cual se determinó esta modificación, evidenciando en nuestro sistema normativo el desarrollo de los principios de la función social de la propiedad. Llama la atención la identificación del concepto realizada por el legislador, como se observa párrafo seguido:

“La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.”

Esta conceptualización de la función social de la propiedad, es claramente una refracción sustantiva sobre las visiones y principios que se poseían de la propiedad. Se modifica, orientado a la nueva propuesta teórica sobre la propiedad y el dominio, el derecho absoluto que planteaba la constitución de 1925, estableciendo un régimen de actos y causales que justificaban la expropiación en este sentido⁷⁵.

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

Se fortalece la idea de propiedad social y se incluye la existencia de los recursos naturales dentro de esta función social de la propiedad, lo cual es una confrontación directa a los propietarios previos de dichos recursos naturales.

“Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, calificada por el legislador.”

⁷⁵ (Caldera 373)

Adicionalmente, se establece como premisa la ley general o ley especial como forma de autorizar la expropiación ante causales de utilidad pública, procediendo a establecer directamente el criterio de interés social como causal de expropiación, modificando en este sentido lo dispuesto a dicha fecha en la materia.

“El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.”

Aquí se presenta una definición estratégica radical, desde un punto de vista normativo, sobre la procedencia de la indemnización y su cálculo. Por una parte se dispone que el monto y las condiciones de pago se determinan en forma equitativa, en cuanto esta enunciación hace eco del acuerdo mutuo que existía entre el Expropiador y el Expropiado sobre los montos que corresponden indemnizar y las condiciones de pago. Siempre asociado a los intereses de la colectividad o interés social y de los respectivos sujetos pasivos de la expropiación.

Subsiguientemente se indica que será la Ley la cual establecerá las pautas para la fijación de esta indemnización, ante ello podemos observar que las leyes de expropiación por causal de utilidad del estado de 1838 y 1857, normativa vigente al momento de publicación de esta modificación, indica un proceso de cálculo de la indemnización que se basaba en la designación de tres peritos vecinos del lugar donde se encontraba el bien expropiado, quienes generaban la respectiva tasación. Cuando existía diferencia entre los montos propuestos por estos peritos, el valor se fijaba en base al promedio resultante de las estimaciones parciales⁷⁶. La indemnización se consignaba o entregaba directamente al expropiado, momento desde el cual se autorizaba la toma material del bien y aun cuando expresamente se imposibilitaba recurrir contra el acto, se entregaba una acción para efectos de reclamar el monto determinado como indemnización, siendo resuelto el asunto por tribunal competente, de la jurisdicción del bien expropiado.

⁷⁶ (Caldera 375)

Vemos como se establece un régimen de cálculo indemnizatorio que altera las reglas existentes a la fecha de dicha modificación:

“Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine. La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

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

Por una parte se establece la forma de establecer el monto de la indemnización dentro del rubro agropecuario y las condiciones bajo las cuales se puede determinar su pago, se potencio la relación de los derechos de aguas y la expropiación de estos en la idea de concesión, para finalmente recalcar la necesidad del pago previo de la indemnización en la pequeña propiedad agrícola y la propiedad urbana. Esta normativa fue configurando en forma legislativa los elementos que posteriormente veremos reflejado en la ley.

Sin perjuicio de los elementos presentados, asociados a la garantía indemnizatoria de la norma, se debe indicar el carácter instrumental que presenta la modificación constitucional en cuanto permite al Estado acceder a los medios jurídicos necesarios para permitir el proceso de reforma agraria y la remodelación urbana necesaria en el contexto histórico⁷⁷. Esta indicación se ve poderosamente reforzada por las intervenciones provenientes del gobierno

⁷⁷ (Evans de la Cuadra 395)

de la época, en cuanto se vislumbra el carácter de herramienta que asume la reforma y como propendió el proceso de desarrollo agropecuario nacional⁷⁸.

4.3.2.- Ley N°17.450 de 1971

La ley de nacionalización de la gran minería del cobre, como también se conoce a la ley 17.450, establece un proceso, a nivel expropiatorio e indemnizatorio, que debe ser entendido en un estudio más acabado, como ha sido en el trabajo profundo determinado por la doctrina⁷⁹, pero que en términos generales obedece a los sistemas de cálculo de las indemnizaciones por proceso de nacionalización por daño patrimonial más que por justicia.

4.3.3.- Decreto Ley N° 2.186 de 1978

La publicación del Decreto Ley N° 2.186, se condice con la discusión llevada a cabo en la Comisión de Estudios de la Nueva constitución, en cuanto a sus modificaciones y alcances.

Vemos en este Decreto Ley la instauración de los conceptos que posteriormente se implementaran en la Constitución Política de la República de 1980, como principal elemento para nuestro estudio, queda observar las disposiciones del artículo 38, el cual establece en forma expresa:

“Artículo 38.- 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.

Con esta disposición expresa, observada previamente en el Acta Tercera y la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, trabajada a propósito de las indicaciones otorgadas en la materia, se genera un cambio sustancial en la forma de comprender el modo de determinar el monto de la indemnización respectiva. Estos cambios serán analizados en mayor profundidad en el próximo capítulo.

⁷⁸ (Evans de la Cuadra 396)

⁷⁹ Consultar proceso de nacionalización de la minería en Chile. Consultar Memoria de Pregrado “LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN MINERA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO”. Orostica Ortega, Amaro. Universidad de Chile, 2014.

4.4.- Concepto de Indemnización Equitativa a la luz de la Constitución de 1925.

Los antecedentes entregados, permiten construir la figura de la Indemnización Equitativa como aquel modelo de retribución pecuniaria determinado por el legislador para calcular el valor efectivo correspondiente a la compensación que se debe al sujeto pasivo en una expropiación.

La Constitución de la República de 1925, referente a la expropiación y a su indemnización, originalmente presentan la siguiente disposición:

“(...) se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él (...)”

La modificación de 1967 dispuso en este sentido:

“(...) El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados (...)”

Observando que la disposición se reorienta a la idea de pago determinado equitativamente, muy cercano a un acuerdo de voluntades.

Por esto es necesario observar la evolución del concepto y la idea de equidad.

Las disposiciones civilistas obligan a quien ejerce el daño o limita el derecho, a indemnizar los perjuicios ocasionados por dicho daño o limitación. Este principio indemnizatorio no se entendía a propósito del estado feudal, donde el príncipe poseía la facultad de generar daños y limitaciones al dominio sin consecuencias jurídicas. .

La posterior arremetida ideológica liberal, con sus principios individualistas, obligo a superponer al Estado a las mismas reglas que existían para los particulares en materia de daños y limitaciones al dominio, indicando la obligación de indemnizar por sus actos, cuando estos causasen perjuicios.

Por lo anterior es necesario comprender, para poder observar la evolución de esta concepción de indemnización, que actualmente, en nuestro orden y a propósito del Derecho Público, la indemnización está más orientada a la existencia de un daño que a la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo⁸⁰. Lo que debe ser entendido a propósito de la concepción liberal de la responsabilidad y daño, más allá de la voluntad. También es necesario

⁸⁰ (Mohor 289)

precisar que esta orientación de carácter indemnizatorio del Estado, asociado germinalmente a la función social de la propiedad, se manifiesta en su forma más profunda ante un acto de derecho plenamente justificado como lo es la expropiación, por lo cual podemos entender, bajo las normas, regulaciones y en general el marco jurídico existente e indicado precedentemente, que la indemnización se debe entender como la retribución económica equitativa y justa que recibe quien ve afectado o limitado su derecho.

A efectos de comprender en mayor sentido la concepción equitativa de la indemnización, debemos proceder a indicar la discusión en la materia sucedida en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, para la nueva Constitución de 1980. Es necesario observar la siguiente opinión de la subcomisión de propiedad, sobre la cual recae la materia:

“El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización” —dice el texto actual— “cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente”. La Subcomisión prefirió establecer: que “la indemnización deberá cubrir el total de los perjuicios que se causen al propietario expropiado”, en vez de referir el concepto de “indemnización” a un padrón ideal, como es la equidad, que puede prestarse a interpretaciones. Esto no se hizo pensando en que la indemnización no deba ser equitativa, por lo que se dejó expresa constancia en la Subcomisión, que el sentido y alcance del concepto “equitativo” lo entendía como sinónimo de más justo, que es una de las acepciones que tiene en el diccionario. Sin embargo, se prefirió suprimir ese término con el objeto de precisar aún más el derecho del expropiado, y para enfatizar que él se radicará en la indemnización de los perjuicios.”⁸¹⁸²

Esta indicación de la Comisión Ortuzar deja en evidencia la interpretación que 50 años después se hacía de la disposición constitucional de 1925, en cuanto al principio de equidad construido para establecer el monto de la indemnización. Sin perjuicio de ello, vale indicar la defensa del Sr. Rodríguez en la materia:

“(…) Manifestó que personalmente no se extraña ni le preocupa que, en último término, se consagre constitucionalmente una norma tan amplia como la ahora vigente, porque, aun cuando pueda parecer vaga, es una norma que no está más allá de lo que hasta este momento se ha establecido en materia de regulación del monto de indemnizaciones

⁸¹ Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, Tomo I (772-773)

⁸² Historia de la Constitución Política de la República, art. 19 N° 24. (54)

en el campo de la responsabilidad civil y penal, en el que la regulación queda entregada, en definitiva, a la sola apreciación de los tribunales, como lo prueba el Título XV del Libro IV del Código de Procedimiento Civil que se refiere a una apreciación “prudencial” del juez. Por otra parte, la práctica forense ha demostrado la utilidad de la norma constitucional que asegura una indemnización equitativa, pues los tribunales, fundados en ella y en principios generales de derecho, han interpretado leyes como la de reforma agraria en beneficio de los expropiados, en procura de una regulación equitativa y en obediencia al mandato constitucional. Agregó que la consideración de los intereses de la comunidad puede ser motivo para restringir la indemnización, pero también puede conducir al pago de una indemnización superior al valor del bien expropiado cuando aquellos intereses aconsejen el pago del costo de reemplazo para asegurar, por ejemplo, la continuidad de una empresa de servicio público o de las llamadas estratégicas. Por esta razón, establecer que el monto de la indemnización se determinará tomando en consideración sólo los intereses de los expropiados, podría impedir ese pago mayor, y lo mismo sucedería si se agregara el calificativo de “compensatoria”, que es restrictivo y no siempre fácil de determinarse.”

De esta observancia se concluye que en la práctica, principalmente la judicial, el concepto de indemnización equitativa había mutado, desde la contraposición de los intereses de la sociedad y el particular a una construcción jurisprudencial consciente y asociada a los daños realizados.

Por ende, debemos entender que el concepto de indemnización equitativa fue asociado y desarrollado en torno al concepto de justicia y sobre un padrón moral⁸³ que debe influir en la determinación del monto de esta indemnización, tomando en consideración los intereses de la sociedad y del expropiado, pero considerando, en un enfoque positivo, que el interés de la sociedad ya se encuentra manifestado en la propia expropiación. Este concepto de equidad tiene como finalidad otorgar una protección a la propiedad asumiendo el interés del expropiado más allá del valor propio u otra consideración pecuniaria de la propiedad. Esta concepción equitativa se reafirma y sostiene en cuanto el Estado debe determinar la indemnización desde la equidad o justicia, pero sin olvidar la crítica asociada a la subjetividad del concepto de equidad.

⁸³ Historia de la Constitución Política de la República, art. 19 N° 24. (189)

¿Es equitativa una indemnización que toma en consideración tanto los intereses del expropiado como los intereses de la sociedad sobre dicha expropiación? ¿Puede el Estado atribuirse unilateralmente la capacidad de determinar la indemnización equitativa?

La respuesta pareciese apuntar a que bajo esta categorización indemnizatoria, el Estado es parte y juez, circunstancia imposible bajo la concepción de subintendencia del Estado ante el derecho de las ideas liberales, pero que fue solucionada, o al menos fue tratada de solucionar, por la construcción jurisprudencial y los conflictos originados en su esfera de atribuciones, sosteniendo la ineficacia de la legislación positiva, esperando que la decisión judicial se oriente correctamente en la idea de justicia⁸⁴.

Por ello surge una exigencia posterior, en orientación a asegurar las garantías de la propiedad privada, exigiendo un marco jurídico más acorde y objetivo para la determinación del monto de la indemnización. La determinación de la indemnización equitativa, en un comienzo establecida en la simple razón de los intereses privados y estatales, entra a disponer una existencia limitada bajo la figura del daño patrimonial, orientando la nueva visión, desde una construcción jurídica moral a un desarrollo civilista.

No es extraño contemplar una construcción dogmática jurídica, previa a la determinación legislativa, del modo de determinar la indemnización. Considerando que la homogénea ideología liberal buscaba asegurar, como premisa previa, lo más importante a nivel ideológico para la nueva sociedad posterior al golpe militar de 1973, la propiedad privada como elemento fundante y primordial en la construcción de las relaciones económicas neoliberales.

⁸⁴ Historia de la Constitución Política de la República, art. 19 N° 24. (280)

Capítulo V

Indemnización por Daño Patrimonial y Constitución política de la República de 1980.

5.- Indemnización por daño patrimonial en la Constitución de 1980

No nos referiremos a los antecedentes previos al golpe de estado de 1973, debido a que fueron analizados en el capítulo anterior. En este capítulo revisaremos los elementos esenciales a tener en consideración para la construcción de la del concepto de daño patrimonial efectivamente causado.

5.1- Antecedentes Preliminares

Con la intervención militar de 1973, comenzó el fin de la Constitución Política de la República de 1925, que posteriormente se reflejó en su derogación y la toma del poder legislativo por parte de los militares⁸⁵. Junto con la clausura del congreso y la determinación de un nuevo carácter de poder ejecutivo.

Este nuevo escenario generó un paradigma en la legislación nacida en la última década en importantes materias del derecho, desde los gobiernos populares del Presidente Frei al Presidente Allende. Tanto en forma como en fondo, se derogaron y crearon nuevas normas, que por cierto se planteaban legitimadas por su propia existencia, sin discusión legislativa y que se entendían en gran parte sostenidas por la acción u omisión del Poder Judicial⁸⁶.

En este sentido, frente a dicha confrontación ideológica, la norma indemnizatoria podría entenderse ajena a las razones propias del liberalismo burgués y alejado por supuesto de la función social de la propiedad, generándose como fuente legal la utilidad sobre la norma que establecía para los fines de una sociedad direccionada a un régimen de carácter cívico militar conservador, sin un claro sustento ideológico en su comienzo, solo con la colaboración de intelectuales que dentro del momento histórico en el cual se ubicaron, propendieron a una construcción neoliberal de la sociedad y que por tanto debían buscar remecer desde las bases, a través de la Constitución Política de la República, las lógicas jurídicas que no cumplieren con su objetivo jurídico buscado, normas neoliberales que permitieran la inclusión del libre

⁸⁵ (Correa 66)

⁸⁶ Benito Sanchez, Belen. "Jueces y dictadura: legitimidad, impunidad y apoliticismo colaborador en Chile". Revista Andamios, 4 N°8 (2008): 304

mercado, limitando al Estado a meros aspectos jurídicos y económicos, sin participación en el mercado.

Como ejemplo se puede observar las disposiciones de transición, que entre 1973 y 1976, fueron asociadas principalmente a la funcionalidad del Estado, casi totalmente en tática, sin que se modificaran aspectos de fondo, ya que ante situaciones que requiriesen dicho esfuerzo, la respuesta más simple estaba dada por la práctica inexistente y judicialmente denegada. Durante este periodo histórico las normas se centraron en el funcionamiento del aparato estatal y su determinación frente a las necesidades de mandato orquestada por los militares⁸⁷.

Paralelo a ello y tomando en consideración la necesidad de dar fondo a un proyecto más liberal económicamente y conservador en su carácter social, se constituye el 24 de septiembre de 1973 la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, la cual será posteriormente el lugar de encuentro de las doctrinas constitucionales erigidas por pensamientos neoliberales⁸⁸, donde resalta la construcción económica de miembros provenientes de la escuela de Economía de Chicago y como traspasaron sus teorías económicas a nivel constitucional. Esta comisión de estudios fue la principal fuente de discusiones normativas y acuerdos ideológicos, que cambiaron de una vez y para siempre, en forma sustantiva, la legislación actual y cuyos resultados empezaron a observarse desde 1976 y en adelante.

El Acta Constitucional Tercera de 1976⁸⁹, proceso legislativo que nace de la discusión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República y que es ratificado por el Ejecutivo, dispone con respecto a la determinación de los derechos fundamentales constitucionales, la siguiente indicación sobre el derecho de propiedad:

“(...) No obstante, nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá

⁸⁷ Tomar en consideración normas como el DL N°521 de 1974 que crea la DINA o el DL N° 1589 de 1976 que autoriza el traspaso de USD 1.017.000.000 como sobresueldo para la Armada.

⁸⁸ La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile estuvo compuesta por el Sr. Rafael Eyzaguirre Echeverría (secretario), Sr. Jaime Guzmán Errázuriz, Sr. Alejandro Silva Bascuñán, Sr. Jorge Ovalle Quiroz, Sra. Alicia Romo Román, Sr. Enrique Evans de la Cuadra, Sr. Sergio Diez Urzúa y Sr. Gustavo Lorca.

⁸⁹ Acta Constitucional N° 3. D.L. 1552 del Ministerio de Justicia, de 11 de septiembre de 1976.

reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo en contrario, la indemnización debe ser pagada en dinero efectivo, de inmediato o en un plazo máximo de cinco años en cuotas iguales, una de las cuales se pagará de contado y el saldo en anualidades a partir del acto expropiatorio mediante la entrega de pagarés del Estado o garantizados por éste. En casos calificados en que el interés nacional lo exija, la ley podrá ampliar este plazo hasta diez años. En todo caso, el monto de la indemnización se pagará reajustado desde la fecha de la expropiación, de modo que mantenga un valor adquisitivo constante y con los intereses que fije la ley.

Esta modificación sustancial al Artículo 10 Numero 10 de la Constitución Política de la República de 1925, trae cambios sustantivos en cuanto aumentan los grados de protección hacia la persona frente al Estado, especialmente cuando procede un proceso expropiatorio. Por una parte se establece la posibilidad de que el expropiado realice una reclamación del acto expropiatorio propiamente tal, frente a los tribunales de la república⁹⁰. Esta modificación permite entender el brío que la nueva normativa constitucional entrega al individuo para con el Estado, posibilitando la reclamación del acto expropiatorio, frente a los tribunales ordinarios y aun cuando existían indicaciones en este mismo sentido⁹¹, no deja de ser llamativo la nueva redacción y la posición de la acción recursiva dentro del texto.

Sumamos a esto que, paradójicamente, se establece una continuidad de la función social de la propiedad, lo que resulta llamativo con las pretensiones del liberalismo, pero que se entiende a propósito de la fuerza de dicho principio y su alcance, principalmente en torno a la afección que puede tener sobre la propiedad. La función social de la propiedad no puede ser negada o rechazada dentro de esta construcción ideológica, en cuanto su construcción no se determina únicamente desde un punto de vista ideal, sino como una necesidad económica para establecer las correcciones y modificaciones sobre la propiedad a fin de implementar todos aquellos procesos o proyectos económicos y comerciales. En mi opinión, principalmente

⁹⁰ (Caldera 384)

⁹¹ (Caldera 385)

entorno al resguardo de la inversión extranjera, que no fuesen afectados por la alta protección normativa entregada a la propiedad y permitan determinar límites con causales per se⁹².

Posterior a esta Acta Constitucional, surge el D.L. N° 2.186 de 1978, más conocida como la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, que viene a modificar la estructura, en forma y fondo, del proceso expropiatorio. Estableciendo indicaciones y en algunos casos, modificaciones, sustanciales a los aspectos que a la fecha de su promulgación y publicación se tenían como rectores en cuanto a la expropiación. Para la doctrina, la principal modificación es la existencia de un recurso de nulidad contra el acto expropiatorio, a través de un juez ordinario, con causales más amplias, como la falta de ley, inexpropiabilidad e inexistencia de causa legal⁹³. Acorde a ello y más importante para nuestro estudio es necesario evidenciar la modificación sustancial a los procedimientos existentes a dicha fecha, y por supuesto la indicación, que a la postre se refleja en la Constitución Política de la República de 1980, sobre la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, cuyo monto se fijara entre las partes y en discordancia entre estas, por el juez.

Con la finalidad de comprender las modificaciones constitucionales, se debe observar las discusiones sostenidas en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile o conocida también como Comisión Ortuzar, donde se analizó la materia a propósito de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, realizando una, densa y completa, explicación y posterior discusión sobre el funcionamiento de esta norma⁹⁴ llama la atención la relación que hacen los miembros de la CENC entre la indemnización provisional y la indemnización definitiva⁹⁵, la reajustabilidad de la indemnización⁹⁶, posesión material previa indemnización⁹⁷, determinación del daño patrimonial efectivamente causado⁹⁸, materias que se discuten ampliamente y que procederemos a analizar en cuanto al valor que entregan al presente estudio.

⁹² Historia de la Constitución Política de la República, art. 19 N° 24. (238)

⁹³ (Caldera 390)

⁹⁴ (CENC. Tomo VIII, 15 a 43).

⁹⁵ (CENC. Tomo VIII, 108 a 111).

⁹⁶ (CENC. Tomo VIII, 116 a 118).

⁹⁷ (CENC. Tomo VIII, 390 a 393).

⁹⁸ (CENC. Tomo VIII, 537 a 571).

Estas modificaciones sistemáticas a la Constitución Política de la República de 1925, el Acta Constitucional Tercera y la promulgación de la Ley Orgánica de Expropiaciones, junto a las discusiones existentes en la CENC, desembocaron en un articulado de la Constitución Política de la República de 1980, el cual se redactó de la siguiente manera:

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

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

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

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

Esta redacción plasmada en la Constitución Política de la República de 1980 debe ser entendida a propósito de los procesos técnicos, doctrinales y legislativos generados antes del golpe militar de 1973 y las posteriores indicaciones generadas a propósito de la doctrina neoliberal cívica militar, principalmente a propósito del Acta Constitucional Tercera y la Ley Orgánica de Expropiaciones.

Asumir en este sentido un carácter liberal de la propiedad o determina la función social como elemento constitutivo de esta dinámica legislativa es de extrema complejidad, ya que si bien encontramos grandes modificaciones de orientación liberal y/o neoliberal, como la protección a la propiedad y sus respectivas garantías, no quedan lejanas las disposiciones orientadas a

la función social de la propiedad dentro de las causales y alcances existentes para la procedencia de la expropiación.

La indicación general que se puede advertir, apoyado en la doctrina⁹⁹, es el afianzamiento del derecho de propiedad de las personas, otorgando garantías más efectivas a los particulares dentro de la expropiación, tanto en la posibilidad de reclamar la legalidad del mismo acto, hasta la determinación de los montos de la indemnización, lo cual en ningún caso se contradice con las indicaciones generadas a propósito de la teoría de la función social de la propiedad.

Por ende podemos concluir previamente que las disposiciones en materia de expropiación, de la Constitución Política de la República de 1980 se deben interpretar como una adecuada protección al derecho de la propiedad privada y la adecuación de este derecho a las vicisitudes de la teoría neoliberal de mercado¹⁰⁰.

⁹⁹ (Caldera 391)

¹⁰⁰ (Caldera 393)

5.2.- Indemnización por daño patrimonial efectivamente causado en la Constitución Política de 1980

La construcción del concepto de daño patrimonial efectivamente causado debe ser entendida a propósito de la integración de las normas civilistas dentro de la indemnización, específicamente los avances en materia de daño emergente y lucro cesante, y como estos se interrelacionan con la idea de daño patrimonial e indemnización.

Desde la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución nace un debate en torno a la materia¹⁰¹, especialmente en cuanto al carácter de equidad e interés de la sociedad, especialmente relacionando dicho interés ya manifestado en la expropiación y que no debía ser considerado en la determinación del monto de la expropiación. La misma conclusión se observa posteriormente en cuanto se dispone la función social de la propiedad puede entenderse como parte del interés social definido para la fijación de una indemnización equitativa, pero que esta determinación de la función social no tiene ni puede tener relación directa con la determinación del monto de la indemnización:

“(...) De ninguna forma el interés colectivo puede estar en la privación o reducción del valor de la indemnización que representa al bien expropiado.”¹⁰²

Claramente estas determinaciones rompen con la indemnización equitativa, entendida a la fecha de la discusión, como forma de determinar el monto indemnizatorio. Estableciendo para efectos del cálculo del monto pecuniario de la indemnización, al interés social como un elemento externo y ajeno al acto expropiatorio mismo, lo que se entiende como un contrasentido en cuanto la expropiación es en sí mismo un proceso que se origina en el interés social.

Las indicaciones presentadas por la Subcomisión de Derecho de Propiedad, establecieron la necesidad de construir y generar una nueva normativa complementaria a las disposiciones constitucionales para evitar que estas mismas disposiciones de carácter constitucional fueran meramente pragmáticas¹⁰³ y asumieran sustancia frente al ordenamiento. Esta necesidad sustentó la cuna doctrinal para la publicación del D.L. 2.186 de 1978, entendiendo dentro de esta normativa que es la indemnización la verdadera garantía del derecho a la propiedad

¹⁰¹ (CENC. Tomo I, 773)

¹⁰² (CENC. Tomo IV, 932)

¹⁰³ (CENC. Tomo IV, 903)

privada que se manifiesta en el ordenamiento nacional y que se entiende a propósito de las teorías neoliberales económicas.

En esta orientación, el Sr. Evans establece sus aprehensiones con respecto a la indicación que determinan que el expropiado tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios, incluyendo en dicho concepto de perjuicio tanto el lucro cesante como el daño emergente¹⁰⁴, lo cual podía derivar, eventualmente, en lucro para el expropiado.

Frente a ello, el Sr. Ortuzar explicita la necesidad de complementar la idea con las disposiciones del Código Civil, en cuanto los perjuicios serán los previstos, directos y que por cierto lo serán el daño emergente y el lucro cesante.

Posterior a ello, el presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, Sr. Eyzaguirre entrega la, contundente, opinión de la Subcomisión:

“(…) Advierte que el espíritu de la Subcomisión es justamente cubrir el daño emergente y el lucro cesante, pero jamás entrar a cubrir perjuicios indirectos”.¹⁰⁵

Dicha indicación transmite la orientación otorgada por la jurisprudencia¹⁰⁶ en cuanto se debe entender el daño patrimonial efectivamente causado desde un punto de vista civilista, que incluya tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Al respecto el Sr. Ortuzar trata de limitar el nivel conceptual entregado a la idea de indemnización y perjuicio que podía ser interpretado en forma diversa a lo buscado por el legislador:

“(…) expresa que entiende que al referirse a los perjuicios habrá que aplicar las disposiciones y normas generales que establece el Código Civil, y que, por lo tanto, los perjuicios indemnizables serían los perjuicios previstos, directos, y, naturalmente, el daño emergente y el lucro cesante. No los indirectos ni los imprevistos. Cree que ésta es la buena interpretación del precepto.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ (CENC. Tomo V, 479, 480)

¹⁰⁵ (CENC. Tomo V. 481)

¹⁰⁶ Revista Corte Suprema, 3 de enero de 1955 Rev. T. 52 sec. 1ª, p.1

¹⁰⁷ Historia de la Constitución Política de la República, art. 19 N° 24. (541)

Ante ello, el Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, aclara la diferencia entre la concepción asociada a la responsabilidad contractual y la idea de perjuicio, frente a los fines perseguidos y en especial a propósito del perjuicio en la indemnización.

Avanzando en la materia, en la sesión N° 167 se profundiza en las garantías relativas al derecho de propiedad, comenzando por los planteamientos del Sr. Evans en cuanto a la extensión que debe otorgarse al derecho a la indemnización.

La primera indicación del Sr. Evans alude a la amplia terminología usada y que en virtud de las clasificaciones indemnizatorias determinadas por el Código Civil, no se permite aclarar correctamente la procedencia de perjuicios directos, indirectos, previstos o imprevistos. Esta falta de minuciosidad en la redacción de la norma¹⁰⁸ podría convertir a la indemnización más allá de una herramienta de compensación económica, en una verdadera instancia de lucro para el expropiado.

La discusión recae en cuanto se entiende que el lucro cesante, como elemento indemnizatorio de la expropiación, pudiese constituirse como una fuente de lucro indebido, dicha indicación nace enfrentando ideas que perfilan la función social de la propiedad frente a un carácter más liberal de la propiedad¹⁰⁹.

La Constitución de 1980 determina, a propósito del proceso expropiatorio, indicaciones en materia de indemnización desde su fuente generadora:

“(...) El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado (...)”¹¹⁰.

Esta disposición es una manifestación cierta del cambio que se orientó dentro de la legislación en cuanto al establecimiento de las garantías del expropiado, tanto desde el derecho a recurrir por la legalidad del acto como de la indemnización en cuanto garantía para el expropiado, con respecto al daño patrimonial efectivamente causado al sujeto pasivo de la expropiación.

¹⁰⁸ A la fecha de esta sesión de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, la norma disponía que se obliga indemnizar “los perjuicios causados”.

¹⁰⁹ Historia de la Constitución Política de la República, art. 19 N° 24. (548)

¹¹⁰ Constitución Política de la República de 1980, Art. 19 N° 24, inciso 2

En este mismo sentido se establece el modo por el cual se determinará la respectiva indemnización:

“(...) la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.

Como observamos anteriormente, se potencia la convención de voluntades como principal avío en la fijación del valor de la indemnización, estableciendo, dentro de la lógica garantista liberal del derecho de propiedad, la posibilidad de recurrir a tribunales para determinar efectivamente el monto de dicha indemnización. Elemento acorde a las disposiciones orientadas desde la jurisprudencia y la doctrina.

Posteriormente observamos con respecto a la forma como procederá el pago:

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

Estableciendo la continuidad de las lógicas garantistas entregadas al expropiado, en cuanto al entendimiento de que el pago al contado es la forma más efectiva de percibir el pago.

Es necesario entender, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones de la expropiación, para con el particular, la posterior indicación:

“(...) La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización (...).”

Si bien es una garantía observada con anticipación, su redacción expresa solventa la fuerza que se entrega al derecho de propiedad, debido a que se dispone expresamente que no habrá transferencia del dominio mientras no exista pago, aun considerando que la deuda proviene del ente más rico y poderoso. Posteriormente dispone indicaciones ante la falta de acuerdo de las partes sobre el monto a indemnizar:

“(...), la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. (...).”

Se entrega a peritos la determinación del valor provisional, necesario para la toma de posesión, como método de sacar de la esfera del Estado dicha decisión, siguiendo la lógica garantista sobre la propiedad.

Finalmente se establece, la posibilidad de suspender, según antecedentes invocados dentro de un proceso de reclamación, la toma de posesión del bien expropiado:

“(…) En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión (…)”

Sin lugar a dudas el nuevo ordenamiento normativo plantea potentes herramientas de garantía a favor del particular, sujeto a un proceso expropiador, frente al Estado.

Es este orden normativo dispuesto en la máxima instancia legislativa de la nación la que nos hace entender, con respecto a esta indemnización, la obligación de satisfacer pecuniariamente el **daño patrimonial efectivamente causado**, lo que junto con la Ley Orgánica de Expropiaciones, específicamente la redacción de su artículo 38 y a propósito de la norma constitucional, refiere que el monto a indemnizar debe responder a todo aquellos daños **que sean una consecuencia directa e inmediata de la misma**¹¹¹. Así lo ha entendido, inclusive, el Consejo de Defensa del Estado, entidad que posee como principal finalidad la defensa de los intereses de la sociedad y por tanto del Estado, especialmente en relación al proceso de expropiación donde tendrán una función subjetiva en su desarrollo, debido a solicitudes de particulares de indemnizar daños indirectos y no inmediatos.¹¹²

Estos dos factores, confirmados profusamente a nivel legislativo, como veremos a continuación, determinan la principal herramienta que debe ser tomada en consideración, para establecer el monto pecuniario indemnizatorio de la expropiación y que por tanto permiten distinguir los cambios asociados a las normas de cálculo de la indemnización de la expropiación, tanto en la Constitución Política de la República de 1925 como en la de 1980.

¹¹¹ Art. 38 del Decreto Ley N° 2.186 de 1978

¹¹² Peña Mardones, Cristóbal. “Algunas consideraciones acerca de las acciones de reclamación por expropiación” *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, 1 (2001)

5.3.- Modificaciones a la Constitución de 1980 en materia de expropiación e indemnización.

La Constitución Política de la República de 1980 establece un régimen de propiedad y expropiación, que denota la desembocadura de pensamientos asociados al neoliberalismo implementado por la escuela de los Chicago Boys, potenciando la propiedad privada frente al Estado¹¹³. Sin perjuicio de ello, también existe la necesidad de que ciertos privados puedan hacer prevalecer sus proyectos e inversiones por sobre otros privados, para ello, la intervención Estatal, como poder legítimo, es necesario. Por lo cual si bien se estableció un fuerte régimen de garantías para efectos de proteger la propiedad, también se permitió la existencia de la expropiación como una potente y necesaria forma de limitar los derechos de dominio.

Es tan transversal esta teorización constitucional del proceso expropiatorio, que las modificaciones posteriores que ha presentado la Ley Orgánica de Expropiación no han buscado cambios en los conceptos ideológicos o en las construcciones teóricas, sino en indicaciones de plazos en la forma, como la Ley N° 19.939 que establece la caducidad en la declaratoria de utilidad pública contenida en los planes reguladores o la Ley N° 20.791 sobre alcances de la declaratoria de expropiación y construcción o modificación de la propiedad una vez establecida la declaratoria.

Para efectos de este estudio y en cuanto a su objetivo central, la indemnización como garantía de la expropiación, no existen modificaciones atinentes desde la Constitución de 1980 que sean relevantes para el estudio en curso.

¹¹³ (CENC. Tomo IV, 905)

5.4.- Elementos adicionales a la indemnización por Daño Patrimonial efectivamente causado en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución y la Jurisprudencia.

El concepto de Daño Patrimonial efectivamente causado fue acuñado, con contundencia, a propósito del Acta Constitucional Tercera de 1976¹¹⁴ donde se estableció modificaciones a las disposiciones relativas a la expropiación en la Constitución Política de la República de 1925. Específicamente en las indicaciones de indemnización, se determinó la siguiente mención:

“(...) y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, (...)”.

Esta indicación vino a modificar ostensiblemente las indicaciones normativas, no las jurisprudenciales que ya seguían su camino propio, preliminares en la materia, con especial atención a la determinación de la indemnización.

No es necesario referirse a la fórmula de determinación del precio por el acuerdo entre las partes, debido a su carácter voluntario y que dicho acuerdo se debe entender en cuanto existe un daño patrimonial efectivamente causado, elemento que se discute a propósito de la determinación judicial del monto de la indemnización¹¹⁵.

En este sentido, es necesario indicar que este nuevo entendimiento normativo fue discutido arduamente en las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República como ya vimos con anticipación, de cuyas discusiones, podemos obtener varias ideas y pensamientos que colaboraron tanto en su construcción como en la legitimación del texto que formula el modo de determinar la indemnización en nuestra carta magna, desde una precisión más doctrinal.

Las primeras indicaciones van asociadas al momento temporal que se debe considerar para efectos del cálculo del monto a indemnizar. Por una parte, el Sr. Evans indica que dentro de la indicación de indemnización, específicamente a continuación del párrafo que establece la indemnización por el valor patrimonial efectivamente causado, la necesidad de incluir el siguiente párrafo *“(...) a la fecha de la sentencia que ponga término”*¹¹⁶, ante esta situación el Sr. Rodríguez explica la finalidad del proceso:

¹¹⁴ Acta Constitucional N° 3. D.L. 1552 del Ministerio de Justicia, de 11 de septiembre de 1976.

¹¹⁵ (CENC. Tomo IX, 19)

¹¹⁶ (CENC. Tomo VIII, 538)

“(…)si un juicio de expropiación ha demorado dos años y el juez dicta sentencia hoy, le es muy difícil retrotraer sus valores a dos años antes, por lo que es mejor que rija el valor actual y, al fijarlo, es evidente que considerará el reajuste que ha experimentado la cosa desde el momento de la expropiación hasta ahora. Por eso, precisamente, para que no quede implícito, sino que dicho de modo expreso que la disposición constitucional se cumple y se observa de esa manera, se puso la frase “para dar cumplimiento hasta entonces al precepto constitucional que ordena su reajuste”.¹¹⁷

Esta indicación permite entender la finalidad última de proteger el monto de la indemnización en cuanto al momento del término del conflicto que determina el valor. Ante ello el Sr. Evans y el Sr. Guzmán convencen la inexistencia de necesidad de incluir dicha frase, en cuanto los tribunales por sí mismo establecen el monto en virtud de la fecha de inicio del procedimiento e incluyen reajustes.

Posteriormente existe una discusión sobre el alcance de la indicación y la necesidad de que este explicitado ya que esta corresponderá a la fecha que se tendrá en consideración para determinar el valor real de la indemnización.

Ante esta discusión el Sr. Guzmán y el Sr. Evans confirman la necesidad de disponer la existencia del precepto primeramente y posteriormente indicar:

“(…) El tribunal fijará la indemnización en el valor actual de los daños efectivamente causados (...)”¹¹⁸

Lo que se condice con la necesidad de indemnizar los daños efectivamente causados, incluido el reajuste, con la indicación actual. Esta discusión pone en efectivo punto de vista la suposición tacita de los miembros de la Comisión con respecto al entendimiento del daño patrimonial efectivamente causado.

Posteriormente y ante la intervención del Sr. Ovalle se discute sobre el alcance de la indicación *valor actual* en cuanto se entiende el daño patrimonial efectivamente causado al momento de la expropiación y que dicho valor asociado al daño deberá ser reajustado a la fecha del pago.

¹¹⁷ (CENC. Tomo VIII, 538)

¹¹⁸ (CENC. Tomo VIII, 541)

Posteriormente, el Sr. Guzmán dispone en forma de cierre y a propósito del principio que determina la indicación relacionada al daño efectivamente causado:

“(…) Es el principio en virtud del cual lo que se indemniza son los daños producidos al momento de la expropiación, en el monto que dichos daños representaban a esa fecha, obviamente, todo esto en moneda dura, de valor adquisitivo constante, como dice el texto constitucional. Pero, si se pudiera detectar en forma nítida que, en moneda dura, el monto del daño ha experimentado una variación sustancial, no hay que estar, para fijar el monto de ese daño, al valor que tenga en el momento en que dicte la sentencia el juez, sino al que tenía en el momento de la expropiación, fuere éste mayor o menor que aquél.”¹¹⁹

De estas indicaciones se fortalece la idea determinada con anterioridad para el carácter de responsabilidad patrimonial asumido por la indemnización, en cuanto se indemnizarán los daños producidos al momento de la expropiación, sin importar las variaciones que recibe la propiedad durante una fase litigiosa de discusión sobre el valor, esta misma indicación va en concordancia con la disposición que establece el reajuste del valor de la indemnización, en cuanto no se observará el valor del bien expropiado al momento de la sentencia, sino el reajuste sobre el valor establecido al momento de la expropiación.

Posteriormente, existe una disyuntiva entre el Sr. Ovalle y el Sr. Guzmán, que termina concluyendo que el Acta Constitucional Tercera ordena indemnizar los daños efectivamente causados al momento de la expropiación, lo que se entiende como el daño producido al principio del acto expropiatorio y en la misma línea, se concordó el criterio sobre los riesgos que establece que es de cargo del expropiante, desde el acto expropiatorio y siempre y cuando la expropiación se consume.¹²⁰

Finalmente, desde un punto de vista práctico la concepción del término daño patrimonial efectivamente causado, se puede observar la causa de la Corte Suprema ROL N°2656-2004, en cuanto a la idea establecida por los jueces en los considerandos del fallo:

“7°) Que, luego, el recurrente precisa que la regla del artículo 38 es clara, en orden a que dispone que cada vez que la ley emplea la palabra "indemnización", debe entenderse que ella se refiere al daño patrimonial efectivamente causado con la

¹¹⁹ (CENC. Tomo VIII, 565)

¹²⁰ (CENC. Tomo VIII, 579)

expropiación, y que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma, de manera tal que ninguna razón autoriza al fallador a desatender su tenor literal, aún bajo el pretexto de buscar el espíritu de la norma.”

A propósito del artículo 38 del D.L. 2.186 que determino la Ley Orgánica de Expropiaciones, referido con anterioridad y que establece la obligación de indemnización. Este mismo fallo de la Corte Suprema dispuso cierre sobre la aplicación de la norma:

“11°) Que, 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 ya comprende la rentabilidad que pueda producir en el futuro a su dueño, del mismo modo como en el precio de un bien cualquiera está ya incluida la utilidad que se espera que ese bien pueda producir.”

Posteriormente se refuerza el planteamiento ya establecido con respecto a los daños directos:

“Tal como se ha destacado previamente, en sentencias que abordan el mismo problema, 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, y no en el que pueda derivar de alguna circunstancia futura o incierta, esto es, que podrá o no hacerse efectiva o llegar a concretarse, estimándola como actual y efectiva, y considerándola así, como pérdida, refiriéndose a la aptitud industrial y también comercial, además de agrícola.”

No cabe duda alguna sobre la dirección inequívoca que han tomado tanto la doctrina como la jurisprudencia en el entendimiento de la indemnización por daño patrimonial y las consecuencias efectivas que derivan de esta para la comprensión actual de la institución.

Capítulo VI

Contrastes entre la Indemnización equitativa e Indemnización por daño efectivamente causado en las Constituciones Políticas de la República de 1925 y 1980.

6.- Contrastes y elementos preliminares.

Desde un comienzo la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución estableció la necesidad de avanzar en la modificación de la Constitución en cuanto al concepto de indemnización, determinando distancia sobre el concepto de indemnización equitativa¹²¹, por cuanto era necesario precisar en forma clara las garantías del expropiado y como dicha garantía se radicaba en la institución de la indemnización de perjuicios.

Los contrastes, diferencias y similitudes, entre ambas categorizaciones de determinación de indemnización, se basan en los procesos jurídicos y políticos que fueron determinando la configuración jurídica de la propiedad.

En este sentido, observamos que la indemnización equitativa se presenta como una solución construida dentro del carácter teórico de justicia, más a propósito de la necesidad de entregar al expropiado una compensación económica por parte del Estado, frente al menoscabo que sufría debido a la limitación de su derecho de dominio; que una construcción dogmática asociada a la indemnización desde un punto de vista civil.

La indemnización equitativa es la respuesta que genera el sistema ideológico liberal, permeado y reflejado en la Constitución de la República de 1925, para establecer niveles de protección a la propiedad, frente al Estado. Una respuesta más básica y previa de la idea de la indemnización como garantía.

Observamos posteriormente que la injerencia civilista a nivel constitucional no había sido entendida dentro del marco jurídico que determinaba el monto pecuniario, pues se entendía que la conceptualización de equidad sobre el monto a indemnizar era suficiente para determinar un justo valor. Esta conjetura jurídica, que asumía caracteres jurisdiccionales la mayoría de las veces, no diviso la posibilidad real de que el interés de la sociedad ya se encontrara protegido con la mera procedencia de la expropiación, en cuanto su principal

¹²¹ (CENC. Tomo I, 773)

objetivo no era la existencia de una indemnización equitativa, sino la limitación al derecho de dominio que el particular poseía.

Frente a ello la indemnización por daño patrimonial efectivamente causado, vino a suponer una respuesta del ordenamiento, claramente asociado a los principios civilistas desarrollados por la doctrina y el derecho comparado, en especial con la teoría de la indemnización. Esto permitió entender los efectos de establecer un punto medio entre los intereses de la sociedad y de los particulares, siendo que para la sociedad, manifestada en la figura del Estado, se determinaba esta limitación como un elemento de su interés, por sobre el interés del privado.

Ante ello los teóricos asintieron en la construcción de este sistema de cálculo de la indemnización, la concreción del termino daño efectivamente causado provino de las corrientes civilistas que asumieron el mando en las teorías de la indemnización, potenciando los caracteres de consecuencias directas e inmediatas de los actos. El cambio en este sentido, se vio apoyado por los tribunales de justicia, los cuales enfrentaron estos procedimientos bajo las mismas premisas.

Es complejo y tiende a resultar infructuoso tratar de establecer diferencias sustantivas entre ambos tipos de forma de determina la indemnización, principalmente por que se plantean más como un proceso de desarrollo jurídico en la doctrina y legislación, que como un punto de inflexión y discusión entre ambos pensamientos teóricos. Pareciera ser que el proceso de cambio, mediante la intervención de la judicatura, permitió la procedencia de un proceso pacífico y sostenido en la modificación jurídica que se dio a cabo en los procesos previos a la generación de la Constitución de 1980 y posteriormente en su normativa.

Las principales determinaciones irían asociadas a elementos ajenos al elementos que sustenta la procedencia indemnizatoria, elemento de este estudio, propiamente tal y se enfocarían más en elementos de forma, como la procedencia de actuaciones y reclamaciones, determinación de peritos en la concurrencia del monto, procedencia de tribunales ante la falta de acuerdo y en general elementos que sustantivamente influenciaban la norma, más no así el fondo ideológico determinado para establecer la compensación pecuniaria.

Sin perjuicio de estas indicaciones, se presentarán un pequeño boceto de los principales elementos que configuran la expropiación a propósito de la Constitución de 1925 y 1980.

6.1.- Elementos de encuentro y desencuentro en las Constituciones Políticas de la República de 1925 y 1980.

Los principales elementos que debemos considerar, serán aquellos indicados en la Constitución Política de la República de 1925:

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

Este encabezado se contrapone al dispuesto en la Constitución de 1980:

“La Constitución asegura a todas las personas: (...) 24° El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”

Salta a la vista como el desarrollo del concepto se complejiza, implicando dentro de la propiedad, sus distintas especies, redundando posteriormente en los bienes corporales e incorporeales.

Posteriormente, observamos las causales de la procedencia de la expropiación de la Constitución de 1925:

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

Por su parte la Constitución de 1980 dispone:

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.”

Llama considerablemente la atención como se posiciona en ambos casos la ley como elemento que justifica la procedencia de la indemnización, a la vez que se orienta las causales en forma de Utilidad Pública, ampliando conceptualmente el concepto a interés nacional.

No deja de llamar la atención la clara identificación de los elementos propios del liberalismo que orientaron en forma fáctica ambos articulados, lo que se observa en el inicio del articulado

plantea la restricción a cualquiera para determinar cualquier tipo de prohibición sobre los elementos de la propiedad.

Posteriormente encontramos la Ley como aquel elemento que justifica la procedencia del acto, siendo la Constitución de 1925 más cercana a la determinación del Juez como dirimente, cuya indicación fue sustraída del texto de la Constitución de 1980 por encontrarse tratada en el D.L. 2.186.

A esto debemos tener por establecido las indicaciones asociadas a la indemnización de la Constitución de 1925:

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

En cuanto a las disposiciones de la Constitución de 1980 en la materia, observamos:

“y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.”

Aquí se ve el centro de las modificaciones, a nivel constitucional, del presente estudio. La Constitución de 1925 es sin lugar a dudas un avance en la determinación de los derechos y garantías que poseen los particulares frente a la propiedad. Pero es la Constitución de 1980, a través de los fallos de los tribunales primeramente, luego en las disposiciones legales y finalmente en su impresión constitucional la que determina la verdadera garantía que poseen los particulares frente al Estado. Es este cuerpo legal el que determina el derecho del expropiado a recibir el daño patrimonial efectiva, entendido como directo e inmediato, causado.

Capítulo VII

Conclusiones

La expropiación se debe entender como una institución en extrema compleja, desarrollada durante siglos en la percepción ideológica de los planteamientos políticos de las distintas etapas, para proyectar a través del Derecho las posiciones políticas y económicas reinantes. Desde el paso de la propiedad feudal a la liberal, con sus disyuntivas sociales, la expropiación es el reflejo del tratamiento que el Estado da a la propiedad, sin tener mayor finalidad que constituir, a propósito de su funcionamiento, las herramientas económicas jurídicas suficientes para el desarrollo de sus postulados.

Se debe comprender que por sobre todas las cosas, la propiedad y la expropiación son una misma alma frente a la sociedad. Su construcción, modificación y aplicación radica principalmente en los efectos que las ideas coetáneas han generado sobre los cuerpos legales, doctrinales y jurisprudenciales.

Aterrizando la expropiación dentro de nuestro ordenamiento, su construcción conceptual se asocia esencialmente a su práctica funcional, determinándose como una institución que encuentras sus elementos en la práctica expropiatoria. Sujeto activo y pasivo, objeto sobre el cual recae la expropiación, causa de expropiación, proceso de expropiación e indemnización son los elementos que determinan su procedencia y validez.

Estos elementos de la expropiación permiten observar cómo se configura la estructura de la expropiación y como, efectivamente, su ejercicio está fuertemente limitado a la correcta procedencia del Estado, el interés público o la indemnización, sin los cuales no se podría ejercer ni configurar su aplicación y por cuanto conceptualización.

En forma general, el procedimiento expropiatorio esta intrínsecamente relacionado con la indemnización, como garantía del expropiado. Principalmente debido a la necesidad de proteger al expropiado frente al Estado en el proceso expropiatorio, en base al principio que prohíbe las discriminaciones arbitrarias y la igualdad de las personas ante las cargas públicas.

La evolución jurídica de la expropiación y de la indemnización, nos permite entender la figura de la indemnización equitativa como un proyecto que nace al alero de la indicación de justicia que rodeaba la nueva y recién implementada teoría de la función social de la propiedad. En este sentido se observa un avance sostenido desde los procesos constitucionales de principio del siglo XIX a las teorías constitucionalistas que dieron nacimiento a la Constitución de 1925.

La indemnización equitativa se presentaba como la razón justa de compensación a quien había sufrido los daños por parte del Estado, un estado de equilibrio entre los intereses de la sociedad y los intereses del particular afectado. Pero la práctica llevo a entender que los intereses de la sociedad ya se veían manifestados y satisfechos por el solo proceso expropiatorio, dicha comprensión llevo a la doctrina a temer que la indemnización equitativa podía constituirse casi como un beneficio pecuniario para el expropiado, chocando con el principio del enriquecimiento sin causa.

La construcción jurisprudencial, genero un avance radical en esta materia comprendiendo el carácter civilista de la indemnización y otorgando en este sentido, fallos que orientaron a la indemnización al daño patrimonial por sobre la equidad subjetiva que podía eventualmente otorgar el Estado, lo cual fue absorbido por la CENC acercando la civilidad al procedo indemnizatorio.

La Constitución de 1980, con sus procesos previos, tanto doctrinales como jurisprudenciales, construyeron y sustentaron el concepto de indemnización por daños patrimoniales efectivamente causados. Esta construcción del modelo de cálculo indemnizatorio se presenta como una respuesta a un ordenamiento que no respondían a la verdadera necesidad de proteger y garantizar, ante su vulneración, el derecho a la propiedad.

La indemnización por daños patrimoniales efectivamente causados es la mayor garantía que se presenta; tanto por el legislador, doctrina y jurisprudencia; frente a la poderosa institución de la expropiación. Ante ello, no podemos comparar en términos jurídicos esta garantía con la disposición de la Constitución de 1925, no por el elemento sustantivo de la norma, si no por los pensamientos ideológicos, doctrinas y en general entendimiento sobre la propiedad que configuraron el momento histórico y por tanto el contexto jurídico de la Constitución.

En este sentido concluimos que las diferencias entre ambas formas de determinar la indemnización nacen del carácter histórico ideológico, la visión que como sociedad se tiene sobre la propiedad y la protección que se otorga al expropiado. La indemnización equitativa es la respuesta a una sociedad que busca proteger a la propiedad frente al Estado y la indemnización por daños efectivamente causados es el reflejo de la protección determinada a los particulares limitados en sus derechos, desde una posición liberal y la función social que cumple la propiedad como ente de desarrollo y libertad económica.

Es significativo recalcar que la expropiación y la indemnización por daño patrimonial efectivamente causado se observa antes de su consagración en la Constitución Política de la República de 1980, inclusive antes del Acta Constitucional Tercera, su observancia en la jurisprudencia indica la existencia prematura y su aplicación, radicando principalmente su procedencia en dos causas, por un lado la aplicación de la teoría de la Función Social de la propiedad y por otro lado la fuerza que obtiene el liberalismo a propósito de la indemnización al poder utilizar sus efectos en el desarrollo económico general de la economía.

Finalmente solo cabe rescatar que aun cuando existieron vaivenes políticos y económicos dentro de la historia que influenció ambas Constituciones, los principios liberales y de la función social se mantuvieron incólumes dentro de la búsqueda de proteger la propiedad mediante su principal garantía, la compensación pecuniaria, del daño causado. Esta conclusión final es la que busca transmitir el presente trabajo, sin perjuicio de las ideas, la expropiación encuentra su mejor contexto jurídico en la Función Social que cumple y es la indemnización la más importante garantía que el legislador otorgó a su funcionamiento.

Bibliografía

Libros y revistas

1. Vázquez de Menchaca, Fernando. "Algunos conceptos fundamentales para el nacimiento de los derechos humanos". Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
2. Salustiano de Dios, Javier. "Historia de la propiedad: la expropiación". Salamanca: VII Encuentro Interdisciplinar, 2010.
3. Vergara Blanco, Alejandro. "El dominio eminente y su aplicación en materia de minas." Santiago: Revista chilena de Derecho, 1988.
4. Guzmán, Alejandro. "La sistemática del Derecho Privado en el "De iure belli ac pacis" Valparaíso: Revista de estudios histórico-jurídicos (n.26), 2004.
5. Bello, Andrés. "Derecho Internacional, en: "Obras Completas -", citado en Vergara Blanco, Alejandro. "El dominio eminente y su aplicación en materia de minas". Santiago: Revista chilena de derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 15, Nº 1, 1988.
6. Cassagne, Juan Carlos. "Derecho Administrativo" Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo – Perrot, 1998.
7. Villar Ezcurra, José. "Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares". Madrid: Editorial Civitas, 1999.
8. Cordero Quinzacara, Eduardo. "La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho chileno", Santiago: Revista de Derecho, Vol. XIX, Nº1, 2006.
9. Sanz Díaz, Benito. "Historia del Pensamiento Político Moderno". Valencia: Universidad de Valencia, 2012.
10. Aldunate Lizana Eduardo. "Limitación y Expropiación, Scilla y Caribidis de la Dogmática constitucional de la propiedad". Santiago: Revista de Derecho Vol Nº33 Nº2, 2006.

11. Rodotà, Stefano. "El terrible derecho". España: Estudios sobre la propiedad privada, 1986.
12. Ihering, Rudolf Von. "El fin del Derecho" Buenos Aires: Biblioteca de Filosofía y Sociología, 1987.
13. Osvaldo Oelckers, Camus. "El Principio de Legalidad como Supuesto de la Potestad Administrativa". Madrid: Revista de Administración Pública, 2010.
14. Caldera Delgado, Hugo. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II, Santiago: Ediciones Parlamento Ltda., 2001.
15. Evans de la Cuadra, Enrique "Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile", Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1967
16. Cordero Quinzacara Eduardo. "De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad". Valparaíso: Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XXXI, 2008.
17. Casel, Robert. "La metamorfosis de la cuestión social, una crónica del asalariado" Barcelona: Paídos, 2005.
18. Aylwin, Patricio. Azócar, Brunner, Eduardo. "Manual de Derecho administrativo", Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello, 1996.
19. Mohor Abuauad, Salvador. "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización". Santiago: Revista Chilena de Derecho, Vol. XVI, 1989.
20. Soto Kloss, Eduardo. "Derecho Administrativo. Bases fundamentales", Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
21. Peñailillo Arévalo, Daniel. "La expropiación ante el Derecho Civil". Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
22. Silva Bascuñán Alejandro. "Legalidad de la Expropiación". Santiago: Revista Chilena de Derecho, Vol. XXIII, 1996

23. Correa, Sofía. "Los procesos constituyentes en la historia de Chile". Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015
24. Salazar, Gabriel. Pinto, Julio. "Historia Contemporánea de Chile I" Estado, legitimidad y ciudadanía". Santiago: Ediciones LOM, 2010.

Memorias y recursos electrónicos.

25. Expropiación Regulatoria: Tratamiento diferenciado entre administrado nacional y administrado extranjero.
Carolina Patricia Cardemil Saavedra. - Daniel Isaac Garcés Paredes. Disponible en forma digital en:
http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/cardemil_c/html/index-frames.html
Revisado el 2 de enero de 2016.
26. Estudio comparativo entre la expropiación en la constitución política de la república de Chile y los distintos convenios sobre promoción y protección recíproca de las inversiones que se encuentran ratificados por Chile y publicados en el diario oficial, entre el 27 de abril de 1994 y el 07 de marzo de 2003
Liset Angélica Mora Troncoso - Claudia Andrea Toro Roa. Disponible en forma digital en:
http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2004/mora_l/html/index-frames.html
Revisado el 29 de diciembre de 2015.
27. Análisis crítico de la jurisprudencia en materia de Expropiación.
María Jose Rojas Orellana. Disponible en forma digital en:
http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2005/bejar_f/html/index-frames.html
Revisado el 18 de noviembre de 2015.
28. Análisis de la indemnización del lucro cesante en los procedimientos expropiatorios regidos por el Decreto Ley No 2.186 de 1978.
Avila Calderon, Francisco Javier. Disponible en forma digital en:
http://dspace.otalca.cl:8888/ciencias_juridicas_y_sociales/avila_calderon.pdf
Revisado el 18 de septiembre de 2015.
29. Hugo Grocio, De Juri Belli et Pacis, extraído del completísimo trabajo Guzmán, Alejandro. (2004). La sistemática del Derecho Privado en el "De iure belli ac pacis" de

Hugo Grotius. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (26), 156-186. Recuperado en 14 de septiembre de 2015, Disponible en forma digital en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600006&lng=es&tlng=es.

Revisado el 5 de septiembre de 2015.

30. Bello, Andrés, Derecho Internacional, en: “Obras Completas -”, citado en Vergara Blanco, Alejandro, El dominio eminente y su aplicación en materia de minas. *Revista chilena de derecho*, ISSN 0716-0747, Vol. 15, N° 1, 1988, págs. Disponible en forma digital en:

<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1199/310683.pdf?sequence=1>

Revisado el 22 de septiembre de 2015.

31. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2, pp. 285 - 303 [2006]
Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. Eduardo Aldunate Lizana. Disponible en forma digital en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000200005&script=sci_arttext&tlng=en

Revisado el 28 de septiembre de 2015.

32. Núñez Manuel, “La propiedad Privada” Antofagasta: Universidad de Antofagasta, recurso electrónico. Disponible en forma digital en:

http://www.uantof.cl/cs_juridicas/%20diplomado%20material/%20Manuel%20N%C3%BA%C3%blez/Propiedad%20Privada-%20Manuel%20N%C3%BA%C3%blez.doc

Revisado el 18 de septiembre de 2015.

33. *Declaration des Droits de L'homme Et Du Citoyen du 26 Aout*. Recurso Electronico. Disponible en forma digital en:

http://media.education.gouv.fr/file/03_mars/13/8/Livret_pedagogique_170138.pdf

Revisado 11 de octubre de 2015.

34. www.bcn.cl

35. www.cde.cl

36. www.rae.cl

Legislación utilizada.

37. Constitución Política de la República de Chile de 1823, 1828, 1833, 1925 y 1980.

38. Acta Constitucional N°3, Decreto Ley N° 1552 de 1976.
39. Ley N°4.774, 15.295 y 16.615.
40. Decreto Ley N° 2.186 de 1978.
41. Decreto Ley N°521 de 1974.
42. Decreto Ley N°1589 de 1976.
43. Decreto N° 900 de 1991 del Ministerio de Obras Públicas.