

**El derecho de propiedad privada en el constitucionalismo chileno:  
origen, evolución y proyección.**

Tesis para optar al grado de Magíster en Ciencia Política

Profesora guía: Claudia Heiss Bendersky

Estudiante: Guillermo Herrera Monsalva

Santiago, diciembre de 2017

*Lo mío es tuyo y lo tuyo es mío*

## **INDICE**

Capítulo I	Presentación	<b>4</b>
Capítulo II	Marco teórico y Estado del arte	<b>13</b>
Capítulo III	Evolución del derecho de propiedad en las principales constituciones de Chile (1833, 1925 y 1980)	<b>23</b>
Capítulo IV	Derecho de propiedad en la Constitución de 1980	<b>41</b>
Capítulo V	Conclusiones	<b>49</b>
Bibliografía		<b>58</b>

## CAPÍTULO 1. PRESENTACIÓN

### 1.1. Introducción y problema

El año 2005 las reformas introducidas a la Constitución de 1980 eliminando algunos de los denominados “enclaves autoritarios”, hicieron coincidir a una parte importante del mundo político y académico que la impronta dictatorial y antidemocrática de esta carta magna se disipaba ante ésta y otras reformas, incluidas las de 1989. Otra lectura, sin embargo, se realizó en cuanto a dos elementos: en primer lugar, las reformas eran insuficientes para una verdadera institucionalidad democrática ya que, por ejemplo, mantenía el sistema electoral binominal y los altos quórum; y en segundo lugar a pesar de las reformas introducidas, estas no combatían la legitimidad de origen de dicha Constitución, promulgada durante la dictadura militar encabezada por el general Augusto Pinochet (1973-1990).

Años más tarde, y bajo un contexto de efervescencia social y ante la proliferación de movimientos sociales que cuestionaban el modelo institucional especialmente lo referido a educación o medio ambiente, el impulsor de la Reforma Constitucional antes mencionada, el ex presidente Ricardo Lagos Escobar en una entrevista al diario *The Clinic* publicada en diciembre del año 2015, advertía también sobre la necesidad de reformular las bases de la institucionalidad constitucional: *“La gente tiende a apostar a que una nueva Constitución es el inicio de una nueva etapa, de una nueva era, y yo tiendo a coincidir con eso”*.

Si bien es cierto que permanentemente han existido sectores que han cuestionado la legitimidad de la Constitución de 1980, a contar de las movilizaciones estudiantiles del año 2011 la discusión sobre este tópico ha ido aumentando no solo en círculos académicos y políticos, sino también en la opinión pública<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Encuesta Cadem Plaza Pública publicada el 28 de diciembre del año 2015. Un 76% contesta afirmativamente ante la pregunta “¿Está de acuerdo o en desacuerdo con que Chile necesita una nueva constitución? La tendencia se mantuvo durante todo el 2015, con un porcentaje mayor al 70%.

Desde la academia, el tema constitucional se ha abordado desde diferentes perspectivas: desde la teoría política, (Ruiz Tagle, Cristi, 2014), el constitucionalismo y el derecho (Cordero, 2006; García y Contreras, 2014) o la economía política (Loo, 2009). Básicamente, se ha intentado establecer un análisis en variadas perspectivas de la Constitución, partiendo en sus orígenes, y “mecanismos de trampa” (Atria, 2013), pasando por su contenido y sus implicancias en los asuntos públicos, en la política económica del Estado (Loo, 2009) y, a nuestro juicio, uno de los elementos que mayormente influye en las directrices económicas del país, en la distribución de la riqueza y en la discusión de los derechos sociales: el derecho de propiedad. (Ruiz Tagle, Cristi, 2014)

El derecho de propiedad puede ser interpretado desde distintas estructuras o paradigmas: liberalismo clásico (Locke, 2010; Barceló, 1993) o liberalismo democrático (Macpherson, en Ruiz, 1984); republicanismo (Raventós, 2015) o neoliberalismo (Guerrero, 2010). Para el caso chileno, es imperativo el análisis del derecho de propiedad desde la óptica liberal, aun cuando ésta pueda verse influenciada por otras sensibilidades de acuerdo a los contextos y escenarios históricos y políticos en los cuales se inserten los cambios constitucionales.

Para dimensionar el derecho de propiedad en Chile, el quiebre institucional de 1973 y la construcción de la Constitución de 1980 representa un momento especial en la historia política y económica en el cual el derecho de propiedad adquiere una protección especial, prevaleciendo los principios de libertad personal y económica, subsidiaridad y no intervención estatal (Ruiz Tagle, Cristi, 2014), distanciándose de los cambios, especialmente en lo referido a la función social, materializados a partir de 1925 y especialmente evidenciados con las reformas constitucionales de 1967<sup>2</sup>, lo cual ha impedido, en parte, los procesos de democratización y acceso a derechos sociales, como también ha cercenado el rol económico y redistributivo del Estado.

De este modo, la discusión en función al derecho de propiedad y la evolución que ha tenido en las tres principales constituciones (1833, 1925 y 1980) destacando la situación actual evidenciada en la última de éstas es el propósito de esta tesis, dirigida a la obtención del grado de Magister en Ciencia Política.

---

<sup>2</sup> Las reformas constitucionales de 1967 ampliaron la noción de función social de la propiedad, otorgándole al Estado mayores herramientas legales. Esto permitió dos procesos de extrema importancia para la historia política y económica de Chile: la reforma agraria y la chilenización y nacionalización de la minería del cobre.

Se quiere demostrar que la Constitución de 1980, en lo referido al derecho de propiedad, si bien mantiene parte importante de la estructura de su antecesora, estrecha el margen de acción del Estado en su dimensión individual, haciendo este derecho prácticamente inviolable por la comunidad, lo cual retrocede si se compara con la función social presente en la Constitución de 1925 y las reformas constitucionales respectivas, especialmente la de 1967 y 1971 (Reforma agraria y nacionalización de la minería del cobre) donde destaca la dimensión colectiva de este derecho.

En relación a la propuesta de investigación, ésta se ha querido abordar de acuerdo a tres preguntas de investigación. La primera de ellas, explicativa y tronco principal del proyecto, se fundamenta en la necesidad de presentar una evolución histórica del derecho de propiedad en Chile, considerando los elementos de cambio y continuidad: **¿cuál ha sido la evolución histórica del derecho de propiedad en el marco constitucional de Chile?**

Una segunda pregunta, en un tono más analítico, se alza en búsqueda de los conceptos inspiradores de la última carta constitucional de Chile, para a partir de allí generar una evaluación y lectura teórica: **¿qué elementos teóricos sustentan el derecho de propiedad estipulado en la Constitución de 1980?**

Nuestra hipótesis sostiene que la tradición liberal ha estado presente en todas las constituciones nacionales, desde el Reglamento Constitucional de 1812 hasta la Constitución de 1980, por lo cual se ha transformado en la línea teórica más importante, especialmente en lo referido a las garantías constitucionales. El derecho a la vida, a la libertad de prensa, a la propiedad son tópicos comunes, solo matizados de acuerdo a los contextos políticos y económicos que subyacen a la construcción y el afinamiento constitucional necesario.

Se concluye que, en lo medular, el derecho de propiedad privada ha estado siempre bajo una lógica liberal; la función social de este derecho fue siendo cada vez más abierto y democratizador, lo que colapsa con la dictadura militar y su producción constitucional. El legado fundamental de la dictadura fue la protección de la propiedad privada de los intentos democratizadores que pudiesen surgir en el futuro. Si durante el siglo XX el derecho a propiedad fue asumiendo paulatinamente una lógica más colectiva dada la participación de nuevos actores, desde el 11 de septiembre de 1973 se

destruyen aquellos cambios, dejando al derecho de propiedad como una institución anterior al Estado lo que se conoce como derecho subjetivo<sup>3</sup> y con pocos mecanismos para su modificación.

De ese modo, el tratamiento de la propiedad en la Constitución de 1980 disminuye la noción colectiva del derecho de propiedad, estableciéndolo como parte de las reglas del juego y contribuyendo a un sistema que, en los últimos años, ha ido disminuido fuertemente sus niveles de legitimidad y representatividad (Luna, 2016).

## 1.2. Metodología

Metodológicamente esta investigación se inserta en la teoría política, y por ello dentro de un discurso normativo. Cabe explicitar que el elemento guía de este trabajo, que es el de poder, está intrínsecamente ligado al tratamiento de la propiedad privada. La forma de abordar la problemática, esto es, la relación entre el derecho de propiedad y los mecanismos de poder en Chile *“es una forma de analizar tanto las instituciones sociales, especialmente aquellas vinculadas con el ejercicio del poder, como las relaciones de los individuos con ellas”*. (Marsh y Stoker, 1997: 34, en Chuliá, 2012: 84)

Los márgenes disciplinares son la ciencia política (como ya se indicó, referido a las relaciones de poder); la filosofía o teoría política (utilización de conceptos, evolución del pensamiento político) y la historia (historicidad de los acontecimientos e instituciones, además de la evolución histórica del pensamiento político). Se excluyen otras miradas disciplinares, como la perspectiva jurídica, propia del derecho constitucional, aun cuando se pueda utilizar como evidencia a algún argumento teórico. En términos generales el enfoque institucionalista histórico será un elemento central en el desarrollo de la investigación, puesto que serán consideradas aquellas cuestiones amplias, argumentos temporales y la centrada atención en el contexto en el cual se presentan los cambios de la noción del derecho de propiedad, tanto en su perspectiva teórica (evolución del pensamiento) como en los cambios políticos, económicos e históricos más concretos (Pierson y Skocpol, 2008)

---

<sup>3</sup> De acuerdo con la teoría constitucional, derecho subjetivo es aquel que está ligado directamente al individuo, que no está sujeto a intervención de la comunidad política, y que por lo tanto su conformación es anterior a ella.

Específicamente el tratamiento de la investigación gira en torno a los siguientes enfoques (Chuliá, 2012):

1. Explicativo: es aquel enfoque que se concentra en la explicación de los procesos políticos a través de elementos causales. Para efectos de nuestra propuesta, la necesidad de clarificar el tratamiento de la propiedad privada desde la búsqueda de orígenes históricos, políticos y económicos adquiere de una relevancia mayúscula.
2. Analítico: consiste en determinar y clarificar conceptos claves y fundamentales. A lo largo del trabajo, será imperativo la descomposición analítica para así determinar la relación entre los conceptos y la praxis del tratamiento constitucional de la propiedad.
3. Histórico: indudablemente que la evolución histórica de la propiedad sirve de base para su posterior análisis y prescripción. Además, la formación profesional del autor de este trabajo incide en la utilización de este enfoque.

Para la concreción de nuestros objetivos, se ha de utilizar dos métodos esenciales: la recopilación bibliográfica y el análisis de contenido. De las fuentes de información a utilizar, las constituciones son un elemento central, además de las actas de redacción de la Comisión para una nueva Constitución. Sumado a esto se necesitará fuentes bibliográficas asociadas a la temática, tanto aquellas referidas a la noción de propiedad privada como aquellas referidas al ordenamiento legal que ésta implica. Se ha tratado de tener una amplia gama de posturas e interpretaciones sobre el derecho de propiedad a nivel general y en Chile para a partir de allí poder establecer las conclusiones sobre la investigación.

Respecto del trabajo empírico, se utilizará análisis de contenido (Ruiz, 1996) para establecer los lineamientos particulares de cada carta constitucional y así establecer la evolución del derecho de propiedad en el ordenamiento institucional del país, destacando elementos de continuidad y cambio.

El presente trabajo se estructurará en cinco capítulos. El capítulo I corresponde a la presentación del tema, la introducción, metodología a emplear, preguntas de investigación, hipótesis y objetivos tanto general como específicos. Se expone el esqueleto metodológico de la investigación, a través de las necesarias interrogantes que darán forma a la estructura del informe.



El capítulo II corresponde al marco teórico de la investigación. Es sumamente importante tener en cuenta los trabajos y enfoques que han tratado el derecho de propiedad privada para desde ahí asumir una posición, abriendo el abanico conceptual. Por lo tanto, si el capítulo I establece el esqueleto metodológico, el capítulo II es el esqueleto conceptual.

En el capítulo III se asiste al tratamiento de la evolución histórico temporal del derecho de propiedad en las tres principales constituciones chilenas (1833, 1925, 1980) bajo un análisis de contenido y un enfoque histórico. Además de lo anterior, se pondrán en perspectivas los resultados bajo una discusión teórica.

En el capítulo IV se abordará el derecho de propiedad en un ejercicio más analítico relacionándolo con tres conceptos claves. Finalmente, en el capítulo V se señalarán las principales conclusiones de la investigación.

### 1.3 Planteamiento del problema

El derecho de propiedad es a nuestro juicio uno de los derechos más importantes e influyentes en el ordenamiento constitucional y económico de un país. La problematización parte de si este derecho se considerará patrimonial (Ferrajoli, 2006), esto es, solamente asociado a una cosa, o en su defecto será considerado como anterior al Estado y por lo tanto parte del *iusnaturalismo*, y por ello, una barrera ante el accionar colectivo de las instituciones representativas de la sociedad (Nedelsky, en Cristi, 2007). En base a dicha discusión, será menester identificar ¿cómo ha entendido la tradición constitucional chilena el derecho de propiedad?, ¿De qué forma ha evolucionado el derecho de propiedad desde el Reglamento Constitucional de 1812 hasta la Constitución de 1980?

Respecto de esta última, ¿cuáles son los fundamentos teóricos que la sustentan? Neoliberalismo, subsidiariedad, individualismo, libertad, entre otros, pudiesen ser parte del relato constitucional, especialmente cuando el énfasis del derecho de propiedad, que no ha sido modificado hasta la fecha, se da en el resguardo civil, por un lado, y en la libertad económica, por otro.

Además de lo anterior, también se ha querido adherir a la discusión pública sobre una propuesta constitucional en función del derecho de propiedad. Siguiendo la línea de quienes proponen un cambio constitucional, especialmente en lo referido al origen (Salazar, 2015) y sus mecanismos de trampa (Atria, 2015), el aporte de este trabajo es sobre ¿qué cambios requiere del derecho de propiedad para insertarse en una sociedad equitativa, libre y democrática?

Lo anterior especialmente respecto a la crisis de representatividad que nuestro país y la poca conexión entre el sistema de partidos formal con la sociedad civil, lo que coloca a Chile como una democracia desarraigada, la antípoda de la democracia delegativa de Guillermo O'Donnell, esto es, un sistema que si bien posee altos niveles de rendición de cuenta horizontal (fiscalización a organismos estatales, transparencia y circulación de información) posee una baja rendición de cuenta vertical, lo que se traduce en un sistema político desconectado de la sociedad civil, lo que dificulta la representatividad y legitimidad (Luna, 2016).

Los amarres constitucionales son parte de la estructura institucional que hoy se encuentra seriamente cuestionada, y ello se evidencia en dos aspectos: por un lado la baja representatividad de los partidos políticos formales (Luna, 2016) y en segundo lugar la baja participación electoral desde la implantación del voto voluntario.

En síntesis, la rigidez del derecho de propiedad se asocia a variados elementos: el primero, referido a la concentración de la riqueza ante la imposibilidad del Estado de intervenir en ella; el segundo, otorgando al sector privado la posibilidad de ofrecer derechos sociales (Lovera, 2009) y por lo tanto, asociando su satisfacción al poder adquisitivo de los ciudadanos; tercero, la relación cada vez más denunciada entre elite política y elite económica, especialmente ante el poco interés de la primera en someter a deliberación popular los cimientos de un sistema que a todas luces ha acrecentado el poder e influencia de la segunda. De este modo, si bien es cierto el derecho de propiedad no es un elemento causal del descontento social, a nuestro juicio se inserta y contribuye en dicho malestar.

## 1.4. Objetivos

### OBJETIVO GENERAL:

Caracterizar como se ha entendido en la tradición constitucional chilena el derecho de propiedad, precisando los fundamentos teóricos que le sustentan.

### OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Caracterizar la evolución histórico-temporal de la noción de propiedad a través de las tres principales constituciones chilenas (1833, 1925 y 1980).
- Reconocer elementos de continuidad y cambio referidos a la noción de propiedad privada a través de las tres principales constituciones.
- Discutir la noción de propiedad a partir de tres conceptos claves: subjetivismo, subsidiariedad y neoliberalismo.

## CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE

### 2.1. Derecho de propiedad

En los últimos años ha aumentado la discusión en torno a la legitimidad que tiene la Constitución de 1980, esto debido al origen y a ciertos mecanismos de dicha carta magna. Además, han surgido movimientos<sup>4</sup> e investigaciones académicas<sup>5</sup> que llaman a promover un ejercicio que reoriente las principales directrices del Estado, de sus instituciones y definiendo cuál es el rol de la sociedad civil en el ejercicio democrático, especialmente a su rol constituyente. Por otro lado, hay quienes sostienen que la Constitución de 1980 le ha dado estabilidad y gobernabilidad al país, estableciendo reglas claras para los distintos agentes económicos y que aquello genera crecimiento económico<sup>6</sup>.

Más allá de lo sustantivo de esta discusión, conviene inmiscuirse en los aspectos de fondo que sustentan los derechos y obligaciones que depara la Constitución 1980, y el derecho de propiedad sin lugar a dudas es uno de más relevantes.

Es enriquecedor el aporte de Renato Cristi y Pablo Ruiz Tagle, quienes han construido una argumentación que focaliza en la Constitución de 1980 la materialización del miedo a los procesos democratizadores que se generaron en Chile desde la década de los 60, pero especialmente en los 70. Especialmente significativo es la asociación entre la construcción del ordenamiento constitucional de 1980 bajo la dictadura de Augusto Pinochet y las ideas de Carl Schmitt en torno al poder constituyente señalado por éste como principio monárquico<sup>7</sup>, esto es cuando un grupo de personas, a partir de la voluntad política, asume para sí el poder constituyente, otorgándose legitimidad, siempre y cuando esta sea reconocida por el resto de la comunidad política. En Chile,

---

<sup>4</sup> Marca AC, en general un grupo sin militancia política que considera la idea de una asamblea constituyente como mecanismo de construcción de una nueva Constitución. Además de este grupo, deben sumarse variadas organizaciones que históricamente han demandado el reemplazo de la Constitución vigente.

<sup>5</sup> Pablo Ruiz Tagle (2014), Renato Cristi (2014), Fernando Atria (2013), entre otros.

<sup>6</sup> Arturo Fermandois, Diario El Pulso, jueves 02 de julio de 2015

<sup>7</sup> De acuerdo a Cristi y Ruiz Tagle (2014), Carl Schmitt distingue dos sujetos de poder constituyente: el pueblo y el príncipe. En ese sentido, la idea fuerza del autor es que la Constitución de 1980 se inserta en la lógica schmittiana de poder constituyente bajo la influencia de ésta en Jaime Guzmán, uno de los articuladores ideológicos de dicha carta magna. La justificación tanto del golpe de Estado de 1973 como de la Constitución de 1980 se sustentaría con las propias palabras de Schmitt: *“una constitución es legítima cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente, en cuya decisión descansa, es reconocida”* (2014, p.136)

aquello se ejemplificaría con la Junta Militar y los civiles que asumen de facto a partir de 1973, imponiendo su voluntad política (Cristi y Ruiz Tagle, 2014)

A juicio de los autores (Cristi, Ruiz Tagle, 2014) uno de los principios que sustentan fuertemente el espíritu de la Constitución y de su noción reaccionaria tiene relación con la protección a la propiedad privada. Lo anterior también es tratado por Kelsen y Nedelsky quienes denuncian que la noción de derechos subjetivos, aquellos anteriores al Estado o *iusnaturalistas* son barreras de exclusión destinados a proteger la libertad individual de toda interferencia, lo que aísla a las personas y debilita los lazos sociales (Cristi, 2007). Para estos autores, la propiedad privada debe ser un derecho socializado, intersubjetivado y no ser considerado simplemente como un derecho *a una cosa*.

En la discusión sobre derechos fundamentales y patrimoniales, la diferencia entre ellos radica en que los primeros no se pueden ni comprar ni vender (Bovero, 2005), mientras que los segundos son negociables y alienables (Ferrajoli, 2006). También es posible establecer dos nociones de derecho para el caso de la propiedad privada, a saber: como derecho fundamental en el entendido que ese derecho es a adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad y como derecho patrimonial entendiéndolo simplemente como la acción de poseer (Ferrajoli, 2006)

Lo anterior es fruto de una discusión más profunda, y tiene relación con la naturaleza del derecho, donde se separan dos elementos constitutivos de su esencia: el *iuspositivismo*, aquel derecho positivo y objetivo, y el *iusnaturalismo*, base ontológica de los cuerpos constitucionales y legales circunscritos a la esfera individual (Bobbio, 2010)

Los defensores de la propiedad como derecho fundamental, suelen también hacer la diferencia que hace Ferrajoli, pero la diferencia radica en que la noción individual del derecho descansa en la libertad económica y no en el derecho de propiedad, que es simplemente la evidencia de esta acción. *“Las libertades económicas, por su parte, implican la ausencia de coacción estatal y privada sobre las decisiones que adoptan las personas en ejercicio de las facultades de uso, goce y disposición de los derechos de propiedad”* (Castro y Maqueda 2014: 84).

Desde el constitucionalismo, los trabajos referidos a la propiedad centran la discusión en la noción de este como derecho patrimonial o derecho fundamental (Quezada, 2011). En esta línea, la primera posición sostiene que la propiedad posee una mayor flexibilidad respecto a la alienación, esto es, su traspaso de una persona a otra, mientras que la segunda acepción es más rígida ya que

corresponde a la noción subjetiva e inviolable que posee no solo la propiedad, sino que todos los derechos fundamentales (García y Contreras, 2014).

A través de la historia, la propiedad privada era un aspecto que, al menos en la cosmovisión grecorromana, fue vista como parte de la órbita privada sin injerencia relevante en el espacio público (*polis* o *res-publica*) (Arendt, 2009). Hay aportes sobre la diferenciación en el mundo clásico entre la propiedad como *cosa* y como *derecho*, donde existía una línea de división más clara que en el liberalismo tradicional (Barceló, 1993), optando este último por la noción de derecho natural anterior a la conformación de la sociedad (Bobbio, 2010). A juicio de los detractores de esta posición más cercana al iusnaturalismo, lo anterior reforzaría la libertad individual, pero degradaría a la comunidad, a la polis, separando y enfrentando lo público con lo privado (Cordero, 2006)

Las obras de Thomas Hobbes y John Locke dieron a la propiedad la noción de derecho civil y natural, respectivamente. De relevancia es la obra de Locke, especialmente donde presenta su pensamiento en torno a la propiedad, en el *Segundo Tratado del gobierno civil* (Locke, 2010). El autor señala que la propiedad emana de la acción del hombre hacia naturaleza: “*cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo*” (Locke, 2010: 27)

Tras la modernidad, pero fundamentalmente a partir del siglo XIX con la consolidación del capitalismo en lo económico y del Estado liberal en lo político, el constitucionalismo se transformó en la garantía a la libertad negativa (ausencia de coacción) o la *libertad de los modernos* (Bobbio, 2010), y con ello el derecho a la propiedad privada terminó transformándose en la materialización de la libertad individual, el límite hasta el cual el Estado puede llegar (Barceló, 1993). Fue así que se advirtió la necesidad de una regulación factual y estatal sobre la propiedad originada por las vicisitudes del capitalismo mercantil financiero. “*La evolución mencionada culminó en la Inglaterra del siglo XVII y ello constituyó un impulso para que el pensamiento político, jurídico y filosófico replanteara el problema de la propiedad de bienes*” (Barceló, 1993).

Los postulados de Locke han sido fuentes de controversia, en especial en lo referido a la falta de límites de la propiedad que ocurre a partir de la introducción del dinero, lo cual permite el proceso de acumulación de capital, lo que asociaría la obra de Locke con las formas más rapaces del capitalismo moderno (C.B. Macpherson, en Locke 2010), aun cuando el propio Locke menciona que

el *“hombre puede apropiarse de una cosa por su trabajo en la medida en que le es posible emplearla con provecho para su vida antes que se eche a perder. Lo que excede a ese límite es más de lo que le corresponde y les pertenece a otros”* (Locke, 2010: 34). Siguiendo en la línea contractualista, Jean Jacques Rousseau sostiene que la propiedad privada es el origen de la sociedad civil: *“El primero que, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir: Esto es mío, y encontró gentes lo bastante simples para creerlo, ése fue el verdadero fundador de la sociedad civil”* (Rousseau, en Miranda, 1997: 325).

La mirada hacia la propiedad privada por parte de pensadores republicanos ha diferido respecto del liberalismo tradicional porque a diferencia de este último, el republicanismo no coloca a la propiedad como un derecho fundamental, sino que por el contrario, comprende que ésta constituye una amenaza para la *civis* republicana (Arendt, 2009). Desde el republicanismo democrático se señala que, ante la desigualdad de ingresos y riqueza entre los ciudadanos, es menester un sistema de propiedad social, especialmente en sociedades capitalistas, que no permita que los sectores más vulnerables a la dominación pudiesen ver cercenados sus márgenes de libertad. Fundamentalmente ser libre significa decidir sobre sí mismo y no poseer ningún poder que entorpezca la decisión personal, ya que esta última permite el ejercicio de la libertad política (Raventós, 2015)

Desde corrientes más críticas, como el marxismo, se advierte que existe una relación directa entre la consolidación del capitalismo en Europa y la relevancia de la noción de propiedad para el liberalismo clásico, asimismo como la configuración del Estado moderno. Así se refiere Marx a la noción de propiedad: *“Los modernos escritores franceses, ingleses y norteamericanos se manifiestan todos en el sentido de que el Estado solo existe en función de la propiedad privada, lo cual se ha incorporado ya a la conciencia habitual”* (Marx, 2005: 72).

Inclusive desde el mismo liberalismo, pero más crítico, se ha abierto una discusión sobre los límites discursivos y prácticos de la propiedad, todo lo anterior bajo la obra de C.B. Macpherson (Ruiz, 1984). Este autor rompe con la concepción liberal tradicional y la óptica economicista que prioriza la libertad individual, la cual a su juicio rechaza cualquier cooptación o limitación desde lo social o comunitario al derecho de propiedad, lo que denomina la *“teoría del individualismo posesivo”* (Macpherson, en Ruiz, 1984). El autor apela a la condición *“desigual”* del gozo de la propiedad, y de los peligros que esta situación puede ocasionar a la democracia liberal (Vilajosana, 1987).



Es así que, para el liberalismo clásico la propiedad es el límite entre la libertad individual y el Estado, en donde éste último no tiene injerencia, dada la noción natural de este principio y su condición de iusnaturalismo (Bobbio, 2010). Esta mirada ontológica de la propiedad ha sido puesta en perspectiva para el caso chileno, indicada como la que prevalece en los orígenes de la construcción de la Constitución de 1980 (Cristi, Ruiz Tagle, 2014)

Otro punto de vista en respuesta a la teoría de la justicia de Rawls, plantea la “teoría retributiva”, la cual considera que la propiedad a partir de lo que llama principio de justicia de adquisición y transferencia, es justa aun cuando existiesen diferencias en su distribución. Lo anterior en ningún caso faculta a la intervención estatal, salvo lo que el autor llama el principio de detección de injusticias (Nozik, 1990) el cual ha sido ampliamente criticado dado su generalidad e impracticabilidad en la vida real.

## 2.2 Propiedad en el constitucionalismo chileno

Para el caso de Chile y desde su ruptura definitiva con España en 1818, el derecho de propiedad siempre tuvo una impronta liberal, especialmente influenciada por la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 (García y Contreras, 2014). Desde una mirada constitucional la propiedad ha estado asociada principalmente a la noción subjetiva, esto es, desde y hasta la perspectiva individual del sujeto, soslayando la esfera colectiva de la propiedad (Cordero, 2006).

Las primeras constituciones decimonónicas poseían en su esencia el respeto y la garantía por la propiedad, también en concordancia con la experiencia anglosajona y francesa (Cristi, Ruiz Tagle, 2014). Además se establecía su expropiación como un elemento extraordinario a la norma y asociado al “bien de la patria” y acompañado de las compensaciones correspondientes (García y Contreras, 2014).

Desde una perspectiva histórica y económica, la Constitución de 1833, nacida bajo el alero del modelo portaliano, se inserta en lo que Gabriel Salazar (2003) denomina *tercera fase (apogeo) del modo de producción y acumulación colonial*, caracterizado fundamentalmente por el auge de las materias primas (cobre, trigo) y la apertura comercial, además de la implantación forzosa del Estado conservador y la expansión territorial, por lo cual la convivencia entre la noción liberal de la propiedad privada y el modelo de república autoritaria acaecido en Chile en la década de 1830 fue factible e inclusive complementaria.

Hacia el siglo XX, la evolución de la noción de propiedad se evidencia en la Constitución de 1925. En el contexto de la Encíclica *Rerum Novarum*, la cuestión social y el nacimiento del Estado Benefactor en Europa y luego en América Latina, los textos constitucionales comenzaron una serie de modificaciones acorde a los nuevos tiempos al reconocer que se pueden imponer limitaciones a la propiedad privada por razones de orden social y de intereses generales. Existe un cambio sutil en el tratamiento de la propiedad en la Constitución de 1925, la cual acompaña el artículo sobre este derecho la noción de “función social”, la cual debía someterse al bien común y por ello entregaba al legislador mayores herramientas legales para, por ejemplo, modificar el régimen de propiedad del campo chileno con la Reforma Agraria de 1967 (Cristi, Ruiz Tagle, 2014) o con la Ley de Nacionalización del Cobre de 1971.

Otros autores sostienen que la Constitución de 1925 se contextualizó en un amplio proceso de transición al capitalismo industrial, unido a la aparición de la clase obrera industrial (Salazar, 2003). Más allá va Juan Carlos Gómez (2004), quien señala que la construcción de la democracia desde 1920 en Chile ha sido permanentemente limitada y constreñida por los poderes sociales, económicos y políticos de las clases propietarias, las cuales se han constituido en la frontera misma de la democracia plena. Así solamente entre 1967 y 1973 (con la Reforma Agraria y la sindicalización campesina) el derecho de propiedad privada se amplió y, por ende, profundizó la democratización de la sociedad (Gómez, 2004).

En la actualidad y a propósito de la historia reciente de Chile, los trabajos se han dirigido al origen de la Constitución de 1980: al quiebre institucional de 1973 y a la ilegitimidad en el poder constituyente de la Junta Militar (Atria, 2013; Cristi, Ruiz Tagle, 2014), aun cuando se ha tratado de legitimar bajo la conceptualización schmittiana (Gaete, 1981), en virtud de la cual el pueblo no es el único depositario del poder constituyente (Levinger, en Cristi, Ruiz Tagle, 2014).

De esta manera, el carácter refundacional de la dictadura se evidencia en las “orientaciones fundamentales” que Pinochet envía a la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, en donde *“postula la idea de una ‘nueva democracia’, caracterizada como ‘autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social’, uno de cuyos pilares sería una estructura económico-social que reforzará la libertad del hombre frente al ‘estatismo avasallador’”,* en el cual el derecho de propiedad jugará un rol preponderante, y por ello constituiría una regla esencial básica del nuevo relato neoliberal que se aplicará en Chile (García y Contreras, 2014; Cristi, 2008).

### 2.3 Propiedad en la Constitución de 1980

El análisis de la Constitución de 1980, en lo que cierne a su legitimidad y su esencia, ha sido una fuente de discusión no solo desde el ámbito politológico o constitucional, sino que también en relación a la historia reciente.

Aunque la referencia no sea explícita en torno al derecho de propiedad, varios trabajos sobre la transición política y la *re-visión* de la constitución de 1980 que proliferaron a fines de los años 90 y comienzos de los 2000 (Otano, 2006; Portales, 2000; Moulian, 2002; Cavallo, 1998) sirven de base para el cuestionamiento de la legalidad en cuanto al origen de la constitución y todo el aparato institucional de allí emergido.

Tras la experiencia de la Unidad Popular, la dictadura militar se refugia en la antípoda del relato económico de la Unidad Popular, esto es, en el principio de subsidiariedad, negando la necesidad ontológica del Estado (Cristi, 2014). Al respecto, Jaime Guzmán señalaba que *“mientras el hombre, - ser sustancial – tiene un destino eterno, el Estado – ser relacional – agota su existencia procederá dentro del tiempo”* (Guzmán, en Cristi, 2014: 17) Se ha puesto acento en la relevancia de la propiedad en la construcción institucional del país más allá de ejercicio democrático de las mayorías: *“las principales instituciones –el derecho de propiedad ilimitado, el Estado subsidiario y otras-, deben ser substraídas a la voluntad política mayoritaria* (Vergara, 2007)

Este punto ha sido trabajado tanto desde el derecho constitucional (Cordero, 2006), como desde la filosofía política (Cristi, Ruiz Tagle, 2014). Otros autores también han puesto en perspectiva además de la legitimidad de la Constitución, sus mecanismos de cooptación del rol político de las personas, socavado a favor de las elites o la clase política y empresarial (Atria, 2013). Lo anterior, desde la perspectiva de Juan Pablo Luna (2016), sería parte del resultado de despolitización de la sociedad chilena durante los 90´ y los 2000´ a favor de la estabilidad política post dictadura que a la larga distorsionó los lazos entre la sociedad civil y el sistema de partidos (rendición de cuentas vertical), lo que ha generado una distancia entre las elites y la sociedad, y por ende, un grave problema de representatividad.

Si la Constitución de 1925 entregaba al Estado la facultad de determinar la función social de la propiedad, la de 1980, que asegura el derecho de propiedad (libertad económica) y no la propiedad en sí misma, reserva la aplicación de la función social por parte del legislador a cualquier acción expropiatoria, asegurando la imposibilidad de violación del atributo esencial del dominio, lo que en términos legales hace poco posible la violación a este derecho sin ser considerado como un acto

inconstitucional (García, 2014), y en términos políticos significa el sometimiento o rigidez ante incursiones democráticas (Nedelsky, en Cristi, 2007)

## 2.4. Chile y neoliberalismo

El neoliberalismo tiene una lógica económica, y se define como la estrategia de desarrollo utilizada por países capitalistas que, tras el fin del ciclo expansivo en la década de los 70, sustituye el modelo de *Welfare State* (Ferrada, 2000) para reemplazarlo por lo que Nozick (1991) llama *Estado mínimo*. Esta corriente posee un relato apegado a la libertad económica (Castro y Maqueda 2014) personal del individuo como mecanismo de incentivos, los que sumandos, en definitiva, representan el bien común (Loo, 2009). Crítico de esta posición es C.B. Macpherson, quien sostiene que el liberalismo individualista tiene entre sus orígenes a las obras de Adam Smith y John Locke, la teoría del individualismo posesivo, que enfatiza el liberalismo en la libertad personal y su prolongación en la propiedad privada, estas últimas principales directrices del liberalismo económico del siglo XX (Macpherson, en Ruiz, 1984). El autor cuestiona el carácter individualista de la propiedad, reemplazándola o proponiendo una mirada colectiva la cual debe asegurarse a todos los miembros de una comunidad. Se transparenta, en el mundo real, la relativa facilidad de la unión entre el Estado democrático liberal y las lógicas individualistas de la economía de mercado (Ruiz, 1984).

El neoliberalismo en Chile irá de la mano con los cambios de la política económica de parte de la dictadura militar. El relato constitucional irá en la línea oficial del régimen (no podía ser de otra manera). De esta forma, la constitución económica, esto es, principios y reglas generales constitucionales que regulan el régimen político económico de un Estado determinado, estará fuertemente influida por las directrices ideológicas del régimen de facto (Ferrada, 2000) y que en ese sentido pretenderá regular la acción del Estado en la economía y preservar la iniciativa creadora del hombre, a juicio de ellos, base de la creación de riqueza. (Cea, en Ferrada, 2000)

El neoliberalismo aplicado en Chile durante el régimen militar se validará a sí mismo en nombre de la libertad. Más allá de la apología del régimen a estas ideas, las líneas en defensa de este precepto se encuentran en el argumento que sostiene que existe una libertad natural y que la propiedad necesariamente se proyecta en ella, algo que Locke manifiesta en la relación entre trabajo y propiedad, entendiéndose esta última como una prolongación de la primera (Locke, 2010). Joaquín Barceló (1993) también entrega una relevancia a la propiedad privada más allá de lo “patrimonial”,

asegurando que ésta define un “espacio intencional”, que no es sino un espacio en donde la persona tiende a realizarse bajo sus propios márgenes.

Amadeo y Morresi (2002) sostienen que el individualismo del modelo liberal equipara la libertad y la propiedad, ante lo cual es posible determinar que el carácter privado y en algunos casos, concentrado de los medios de producción están abiertamente ligados al liberalismo y su individualismo poseedor (Amadeo, Morresi, 2002). Otros autores (Vargas, 2007:71) enfatizan el punto cuando sostiene que *“el Estado liberal se ha convertido en un instrumento de colaboración del desarrollo del capitalismo transnacional”*. Desde otra lectura, más cercana a la libertad económica, Susana Jiménez de Libertad y Desarrollo<sup>8</sup>, manifiesta que la protección del derecho de propiedad *“constituye un requisito indispensable para el desarrollo, por cuanto el derecho exclusivo de usar los bienes e intercambiarlos a voluntad son condiciones necesarias para asignar eficientemente los recursos y generar mayores oportunidades de creación de riqueza para la sociedad. Así lo ha demostrado, de hecho, la evidencia empírica”*.<sup>9</sup>

Finalmente destacar el abanico de diferentes teorías que problematizan sobre la propiedad privada. Aun cuando es un concepto emergido de la tradición liberal también se discute desde otras concepciones, como el republicanismo, el marxismo o teoría crítica. La concepción sobre la propiedad privada estará estrechamente ligada a la corriente teórica con la cual se mire. Tras este ejercicio de recopilación bibliográfica, en el siguiente capítulo se expondrá la evolución del derecho de propiedad a través de la historia constitucional de Chile.

---

<sup>8</sup> Think Tank o Centro de pensamiento asociado a sectores liberales en lo económico.

<sup>9</sup> Columna publicada en Diario Financiero y en página web <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2015/10/derecho-de-propiedad-bajo-amenaza-2/>

### **CAPÍTULO 3: EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LAS PRINCIPALES CONSTITUCIONES DE CHILE (1833, 1925 y 1980)**

En este capítulo se presentarán los principales lineamientos del derecho de propiedad que se han plasmado en los textos constitucionales del Chile republicano, estableciendo elementos de continuidad y cambio. Lo anterior para reforzar nuestra hipótesis que sostiene que, a través del tiempo, especialmente durante el siglo XX, el derecho de propiedad se fue ampliando y democratizando, acorde a las exigencias de las estrategias de desarrollo económico y al proceso de democratización que vivirá Chile. Dicho proceso fue interrumpido por el golpe militar y la Constitución de 1980, que reduce los alcances mayoritarios y democratizadores del derecho de propiedad, y que en la actualidad ha contribuido, junto con otros elementos, a la concentración de la riqueza, el cercenamiento de derechos sociales (Lovera, 2009) y la disociación entre la ciudadanía y los canales formales de representación, como por ejemplo los partidos políticos (Luna, 2016)

Para ordenar el análisis, se presentará para cada constitución una contextualización histórico-política y económica. Posteriormente se presenta su articulado, considerando aspectos generales. Finalmente se construirá un cuadro de síntesis y comparativo, donde se establecerán diferencias o similitudes entre cada una de las constituciones para así evidenciar, por un lado, la evolución de dicho articulado, pero también destacando elementos de continuidad y cambio que reforzarán nuestra hipótesis.

### 3.1. Constitución de 1833

#### 3.1.1 Contexto histórico-político

Tras la emancipación de España, las nuevas repúblicas americanas debieron iniciar un proceso de construcción de los nuevos Estados, fundamentalmente a partir de la inexperiencia y del ensayo-error (Jocelyn Holt, 1992). En el caso chileno se destaca el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 que intentó un ejercicio de autonomía respecto de la Corona. Tras el gobierno de Bernardo O'Higgins (1818-1823) se inicia un periodo que la historiografía tradicional denominó de "anarquía", mientras que nuevas perspectivas han reconfigurado este periodo como de "organización". No es intención de este trabajo adscribir por alguna de ellas, sino más bien comprender este periodo como preámbulo a lo que será la creación de la Constitución de 1833, que surge a partir de la victoria de los grupos conservadores por sobre los liberales, bandos que se disputan el poder de la naciente república.

El triunfo "pelucón" en Lircay origina la hegemonía conservadora en el periodo 1830-1861. El ideario conservador se cimienta en un autoritarismo republicano, donde la centralización del poder a nivel institucional y territorial es el eje de un ordenamiento que pretende imponer y acelerar la consolidación del Estado. En sintonía con lo anterior, la constitución promulgada en 1833 manifiesta los principales pilares de este pensamiento: excesivo poder presidencialista, religión católica, apostólica y romana como oficial y una estructura centralizadora en la capital (Santiago de Chile). La configuración de la Constitución de 1833 responde a los valores liberales y burgueses imperantes en la época. En el caso del derecho de propiedad, el CODE francés además de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, plantean la existencia de este derecho a partir del individualismo con carácter absoluto. Lo anterior obedece a que dicha declaración establece la existencia de cuatro derechos naturales imprescriptibles: la libertad (individual); la seguridad; la resistencia a la opresión y la propiedad. Este nuevo ordenamiento marca un punto de inflexión respecto a la propiedad feudal, plural, desmembrada y lastrada de cargas reales, características que en el nuevo ordenamiento institucional debían de restarse (Cordero AÑO; Aldunate, 2008). Por lo tanto, la protección constitucional del derecho de propiedad que da la Carta de 1833 (además de las de 1826 y 1828) está ligada indestructiblemente a la consagración de este derecho con el movimiento revolucionario francés.



Además de la Constitución, existirá otra norma jurídica que aportará los lineamientos del derecho de propiedad en las primeras décadas de la república: el Código Civil de 1857. Este último se basa en un pseudo absolutismo propietario, proveniente del derecho francés, el cual está cimentado en un modelo liberal y burgués, aboliendo el derecho feudal y todos sus resabios (Novoa, 2010)

### 3.1.2. Contexto económico

El monopolio comercial impuesto por España a sus colonias ultramarinas fue un condicionante en la estrategia de desarrollo utilizada por la mayoría de los países tras el quiebre con la metrópoli. El libre comercio se transformó en la panacea de las nacientes repúblicas, especialmente motivadas por el estrecho margen del monopolio comercial que no permitió aprendizajes relevantes en materia de producción interna, además de la influencia de las potencias comerciales e industriales de los primeros años del siglo XIX: Inglaterra y los estados alemanes.

La mentalidad de la elite en ese momento fue de abrirse al mercado externo, participando de la economía mundial y de las ventajas comparativas, especialmente a partir de la década de 1830, que coincide con un boom exportador de materias primas, especialmente trigo y algunos minerales, como el cobre o posteriormente el salitre.

La modernización económica, o la idea de “progreso” bajo el prisma de la modernidad será atender la evolución del capitalismo ultramarino como estrategia de desarrollo acorde a los planes de mundialización del progreso material (Salazar y Pinto, 2010). Es así que esta estrategia de desarrollo hacia afuera corresponde a un elemento relevante en función a la protección del derecho de propiedad privada, en sintonía también con la mayoría de las constituciones americanas y europeas.

### 3.1.3. Derecho de propiedad Constitución de 1833

*“(…) 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 ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos”.*

Artículo 5, Constitución Política de la República de 1833

### 3.1.4. Código Civil de 1857

*“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosas, se llama mera o nuda propiedad”.*

Artículo 582, Código Civil, 1857

Tanto la Constitución de 1833 y el Código Civil de 1857 otorgan una protección al derecho de propiedad, considerado un derecho absoluto e individual. A diferencia de las posteriores, la Constitución de 1833 no estipula mecanismos regulatorios o limitantes (más allá de la “utilidad pública”), debido a que durante gran parte del siglo XIX no existían amenazas a la libre disposición de los bienes, dada la convicción liberal de todas las fuerzas políticas y el establecimiento del voto censitario, que permite una suerte de filtro y uniformidad de las elites respecto de la propiedad, lejanas a la acción política de grupos revolucionarios anarquistas o socialistas, que entrarán en escena, al menos en Chile, a fines del XIX y en las primeras décadas del siglo XX.

Como características del derecho de propiedad en la Constitución de 1833 es posible destacar:

- Es el articulado menos extenso de las tres constituciones (1833, 1925 y 1980)
- Utiliza el concepto de inviolabilidad para su limitación
- La limitación corresponde a la utilidad del Estado o de una sentencia judicial
- Se limita a la noción del titular acerca el goce y la disposición.

Respecto del El Código Civil se recoge lo siguiente:

- En vez de derecho de propiedad, habla de dominio (en donde explicita que debe entenderse como lo mismo)
- Gozar y disponer arbitrariamente, se acerca a la noción absoluta e individual, esto es, sin la cooptación estatal o de la comunidad.
- Separa tanto el derecho objetivo (propiedad) como del subjetivo (goce y disposición arbitraria, o derecho)

## 3.2. Constitución de 1925

### 3.2.1 Contexto histórico-político

Las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX fueron, en términos históricos, bastante convulsionadas, no solo en Chile, sino que en gran parte del globo. A nivel local, la Guerra Civil de 1891 había consolidado un modelo oligárquico en la conducción del Estado, siendo los partidos políticos y la elite los principales actores formales. No obstante (o consecuencia directa de aquello) en este mismo periodo se incubará el principal actor social y político del siglo XX chileno: el proletariado (Salazar, 2003) que a partir del movimiento sindical se transformará en un actor relevante en el sistema político chileno.

De acuerdo a los trabajos de Timothy Scully (1992), si durante gran parte del siglo XIX la ruptura o clivaje se da en la pugna clerical-anticlerical (y además como proceso intraelite), a fines de este siglo e inicios del XX esta estará enfocada en la contradicción capital-trabajo. Se irá generando un movimiento obrero de carácter informal, fundamentalmente anarquista y luego formal, al alero de la Federación Obrera de Chile, el nacimiento de los partidos Comunista y Socialista, quienes darán importantes espacios para que las demandas de las clases populares tengan canalización, algo totalmente fuera de las lógicas partidistas decimonónicas.

En el mundo la situación era similar: movimientos populares que, aunque de mediana data en Europa a diferencia de Chile y América Latina, venían exigiendo demandas que les permitiesen incluirse totalmente en la prosperidad de las economías más poderosas del planeta en ese momento (fines del siglo XIX). Es así que la protección del derecho de propiedad tendrá dos hitos relevantes respecto a la nueva configuración que se hará de este derecho en las reformas o nuevas constituciones del siglo XX: las ideas socialistas de fines del siglo XIX y la mayor intervención estatal en la economía tras la Primera Guerra Mundial y la Crisis de 1929 (Cordero y Aldunate, 2008). Además de lo anterior, conviene también destacar la proliferación de las ideas socialcristianas de la Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, que darán sustento ideológico a los partidos de centro asociados al catolicismo social que en Chile tendrá su máxima expresión en el proyecto político de la Falange Nacional después conocido como el partido Demócrata Cristiano.

La evolución del sentido del derecho de propiedad posterior a la Primera Guerra Mundial se sustenta en la posibilidad de imponer frenos a los abusos de la noción absoluta de la propiedad y dotarla de un sentido social. Esto, sin embargo, jamás se entendió como una privación o abolición de este derecho, sino más bien como una forma de democratización de la propiedad en su noción objetiva,

es decir, en los alcances que el legislador o el Estado pudiesen hacer de este derecho para darle legitimidad al principal cambio respecto al derecho de propiedad de la Constitución de 1925 en relación a la de 1833: la *función social*.

### 3.2.2. Contexto económico

Durante el siglo XIX, especialmente a partir de la década de 1830, Chile experimentó un boom exportador, acorde a la alta demanda de materias primas de los países industriales, tales como Inglaterra, Estados Unidos o Alemania. En 1880, el ciclo del salitre consolidó la experiencia de un comercio libre y una estrategia de desarrollo hacia afuera.

No obstante, hay dos situaciones coyunturales que pulverizan la economía local: la invención del salitre sintético y la crisis del liberalismo económico no intervencionista, más conocida como la Crisis del 29. Según un estudio de la Liga de las Naciones, Chile fue el país más golpeado por la crisis: hacia el año 1932 las exportaciones chilenas habían caído un 78,3% mientras que las importaciones se reducían en un 83,5% (Salazar y Pinto, 2010)

Con estos hechos y datos, comienza en Chile un proceso de transición hacia otra estrategia de desarrollo económico, acorde a la experiencia del resto del mundo, a saber: una mayor intervención del Estado en los asuntos económicos, especialmente en el esfuerzo por sustituir las importaciones, pero también disminuir la dependencia económica de los grandes centros productivos mundiales: el modelo ISI (Industrialización por sustitución de importaciones), o lo que Gabriel Salazar (2003) denomina como la primera fase de transición de la economía colonial a la economía industrial y capitalista.

### 3.2.3. Derecho de propiedad en la Constitución de 1925

*10." La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna. Nadie puede ser privado de la de su dominio; ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley, En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública;*

*11." La propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si ésta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente".*

Artículo 10 N°10 y 11, Constitución Política de la República de Chile de 1925

Como características del derecho de propiedad en la Constitución de 1925 es posible destacar:

1. La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna
2. Limitación en base a la utilidad pública, sentencia judicial, mantenimiento del progreso del orden social, los intereses generales del Estado, la salud de los ciudadanos y la salubridad pública.
3. Aplicación de los conceptos de expropiación e indemnización, que a diferencia de la carta magna anterior, se explicitan sus mecanismos de pago en caso de existir.

Aparte de la Constitución promulgada en septiembre de 1925, es imperativo rescatar la Reforma Constitucional de 1967, que amplía el articulado sobre el derecho de propiedad, y otorga elementos legales para una mayor intervención del Estado.

### 3.2.4. Reforma Constitucional de 1967

*Sustituyese el N° 10 por el siguiente:*

*"10.- El derecho de propiedad en sus diversas especies.*

*La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la*

*utilidad y salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes. Cuando el interés de la comunidad nacional lo 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. 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. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado. Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine”*

Reforma Constitucional del 18 de enero de 1967

Respecto de la Reforma Constitucional de 1967 se recoge lo siguiente:

1. El aseguramiento de la función social y hacerla accesible a todos.
2. La función social de la propiedad comprende: los intereses generales del Estado; la utilidad y salubridad pública; el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.
3. Posibilidad de la ley de asegurar el dominio exclusivo del Estado de los recursos naturales y de los bienes de producción “cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan”
4. Se explicita las condiciones del pago de indemnización en caso de expropiación.

### 3.3. Constitución de 1980

#### 3.3.1 Contexto histórico-político

Sin lugar a dudas el texto constitucional de 1980 está estrechamente ligado a las vicisitudes del golpe cívico-militar de 1973, sus elementos causales y consecuencias.

Los procesos de apertura y democratización del periodo 1932-1973, tanto desde la óptica política como económica, produjeron un semillero de rechazo en los grupos propietarios y conservadores, especialmente durante las décadas de cambios estructurales, esto es en los años sesenta y setenta. Incluso los campesinos, que fueron excluidos de la protección jurídica y política de la propiedad agrícola con la ley N°8.811 de 1947 (que hacía referencia a la sindicalización) comienzan a contar de 1967 a participar de una democratización real con la reforma a la propiedad agrícola (Reforma Agraria) y la sindicalización campesina, también el año 1967 (Gómez, 2004).

Durante la segunda mitad del siglo XX se producen cambios radicados en dos modificaciones al derecho de propiedad: a) la introducción de la función social de la propiedad en la reforma constitucional de 1967 y la Nacionalización de la gran minería del cobre de 1971 que quiebran el paradigma absoluto e individualista del derecho de propiedad, que, a pesar de la discusión en su momento, ambas fueron aprobadas por un amplio consenso entre las principales fuerzas políticas. A pesar de ello, en 1970, tras el triunfo del presidente Salvador Allende, la Democracia Cristiana, a fin de entregar su apoyo en el Congreso (en ese momento el balotaje no existía y ante un empate entre postulantes a la presidencia, era el poder legislativo quien zanjaba) y de asegurar el respeto al estado de derecho y al espíritu democrático, exige a la Unidad Popular su apoyo explícito al Estatuto de Garantías Democráticas (Carrasco, 1970).

Este derecho durante el siglo XX fue examinado en relación a su función, protección y convivencia ética y política, a partir de la exigencia de nuevos actores o movimientos sociales y la histórica desigualdad de la riqueza en Chile (Amunátegui, 2012), y por ende, el golpe cívico-militar de 1973 también tiene entre sus motivaciones la reacción a la ampliación y democratización del derecho de propiedad a sectores no propietarios.

La experiencia de la Unidad Popular, en donde se limitaba, restringía o privaba los atributos y facultades del dominio a juicio de los detractores de dicho régimen, condicionó que la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución (CENC), órgano creado por la dictadura militar a fin de entregar una propuesta constitucional a fin de ser plebiscitada, considerara al derecho de propiedad como



garantía constitucional protegida y amparada a través del recurso de protección (San Martín, 2011): *“un régimen que desconozca o debilite el derecho de propiedad, desconoce o debilita la democracia y asfixia la capacidad creadora del Hombre que es el gran motor que impulsa el desarrollo de los pueblos”* (Comisión de Estudios de una Nueva Constitución)

En definitiva, la Constitución de 1980 juntó el dominio privado protegido pero limitado de la Constitución de 1925 y el dominio que cumple una función social de la reforma constitucional de 1967 (Evans, 1986). Es decir, la función social deja de ser un imperativo colectivo dirigido por el Estado y pasa a ser el bien común neoliberal: la suma de los intereses individuales. Es así que la función social queda implícita en el derecho mismo y no necesita de una “fuerza” o institución externa que se encargue de canalizarla.

### 3.3.2. Contexto económico

Tras el cambio de estrategia de desarrollo en los años 30, el modelo de sustitución de importaciones al que Chile adhirió, ya en la década de 1950 comienza un paulatino declive. Si bien es cierto hubo un aumento de la producción industrial en el país, lo que fomentó un alza de puestos de trabajo y un fuerte proceso de urbanización, aun no se eliminaban dos de los males estructurales de la economía chilena: la dependencia externa y la inflación.

Para sortear dichas consecuencias, especialmente la inflación, el gobierno del presidente Carlos Ibáñez del Campo (1952-1958) contrató a la misión estadounidense Klein Sacks para que entregase estrategias para sortear la crisis. Dicha misión entregó sus resultados y entre ellos se destacan medidas aperturistas en lo comercial y restrictivas en relación al gasto público. En su momento dichas medidas fueron rechazadas por el gobierno dado lo impopular que resultarían. Algunas de ellas serían impuestas por la dictadura militar (1973-1990) décadas más tarde.

La modificación del régimen de propiedad, en dos áreas sensibles (el campo y la minería del cobre) aumentó el control estatal sobre recursos que habían estado bajo el dominio de las clases dirigentes o terratenientes (para el caso del campo) y el capital foráneo (especialmente la minería del cobre) abriendo la posibilidad de un cambio económico drástico. La reacción ante este proceso de apertura democratizadora de la propiedad solo podía finalizar bajo la imposición de un nuevo orden autoritario, lo cual fue posible bajo la figura de un golpe de Estado de 1973.

Tras éste, la junta militar se hace asesorar por un grupo de economistas de la Universidad Católica, quienes habían realizado estudios en la Escuela de Chicago (Chicago Boys), y quienes proponen a

las nuevas autoridades cambios estructurales en materia económica: fin del Estado empresario, apertura comercial, disminución del gasto social (para controlar la inflación) y la introducción de un principio que no solo configuraría el ámbito económico, sino que también social: la subsidiariedad, que reemplaza la injerencia del Estado en los asuntos de la sociedad por la autonomía y la libertad individual. De este modo, este principio se entenderá como la no injerencia del Estado en los asuntos de la sociedad y el bien común pasa a ser la suma de intereses individuales (Loo, 2009).

Tras la introducción de esta transformación de la economía chilena, comienza un periodo donde las cifras avalan a sus precursores: equilibrio macroeconómico, aumento considerable del PIB, masificación de productos en los hogares chilenos (televisión, refrigeradores, etc), disminución de la inflación; todo aquello denominado como el “milagro chileno”. Sin embargo, dicho milagro dejó una deuda: la alta concentración de la riqueza, que se ha mantenido en el tiempo (PNUD, 2016)

### 3.3.3. Derecho de propiedad en la Constitución de 1980

*23º.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes;*

*24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

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

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

*26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.*

Artículo 19, N°23, 24 y 26 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980

Como características del derecho de propiedad en la Constitución de 1980 es posible destacar:

1. Es el articulado más extenso en relación a las constituciones de 1833 y 1925.
2. El dominio de la Nación de los elementos de la naturaleza y que son comunes a todos.
3. Exigencia de un quórum calificado para las limitaciones o requisitos de adquisición de ciertos dominios.
4. Derecho de propiedad aplicado a bienes corporales e incorporales.
5. Cambio de los intereses generales del Estado a la Nación.
6. Función social aplicada a los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.
7. Posibilidad de reclamo de ilegalidad del proceso del acto expropiatorio, teniendo siempre derecho a indemnización.
8. Protección a los derechos en su esencia.

### 3.4.1 Análisis de contenido evolución articulado del derecho de propiedad en las constituciones de 1833, 1925 y 1980

Criterios\ Categorías	Constitución de 1833	Constitución de 1925 (*Reforma constitucional de 1967)	Constitución de 1980
<b>Extensión articulado (en palabras)</b>	94	584 (427 corresponden a la Reforma Constitucional de 1967)	321
<b>Conceptos clave</b>	Derecho Dominio Utilidad del Estado Indemnización	Dominio Derecho Intereses generales del Estado Indemnización Función social (*) Distribución de la propiedad (*) Dominio de uso público (*)	Interés nacional Bienes corporales e incorporales Función social Legalidad del acto expropiatorio Indemnización Ley de quorum calificado
<b>Limitación al derecho de propiedad</b>	Sentencia judicial Utilidad del Estado	Progreso del orden social Intereses generales del Estado Función social (*)	Pertenencia a la Nación Seguridad nacional Interés nacional Utilidad y salubridad pública Conservación del patrimonio medioambiental
<b>Función social</b>	No aparece explícita	Intereses generales del Estado Utilidad y salubridad pública Aprovechamiento de las energías productivas (*) Elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes (*)	Intereses generales de la Nación Seguridad nacional Utilidad y salubridad pública Conservación del patrimonio medioambiental
<b>Modificación del derecho de propiedad</b>	Utilidad del Estado calificada por una ley	Expropiación por razón de utilidad pública calificada por una ley	Ley de quorum calificado

Fuente: Elaboración propia

Respecto de los datos el análisis se hará a partir de los criterios comparativos señalados: extensión del articulado, conceptos clave, limitación del derecho de propiedad, función social de la propiedad y modificación del derecho de propiedad. Las tres categorías serán las Constituciones de 1833, 1925 y 1980.

Extensión del articulado: existe una importante diferencia entre las tres categorías, especialmente la primera respecto del resto. Llama también la atención la extensión de la de 1925, considerando no obstante la reforma constitucional de 1967. Aquello se explica en la relevancia para el contexto del derecho de propiedad, así como también sus limitaciones colectivas.

Conceptos clave: hay una importante diferencia entre las tres categorías. Sin embargo, es notoria la referencia hacia el Estado en las dos primeras constituciones, mientras que en la de 1980 se hable de *interés nacional*. El rechazo a la labor del Estado en la economía nacional (Cristi y Ruiz Tagle, 2013) pudiese sostener esta situación. También los conceptos en la reforma constitucional de 1967 (*función social, distribución de la propiedad y dominio de uso público*) son evidencia del tratamiento de la Constitución de 1925 a este derecho. En la constitución de 1980, es posible detectar dos conceptos importantes: *bienes incorporales*, los cuales son un elemento novedoso en dicha carta magna y responde a la importancia del capital financiero en un contexto de libertad económica; y en segundo lugar el de *ley de quorum calificado*, que es un mecanismo de cambio constitucional, y que desde algunas lecturas se asocia a impedimentos para su modificación, asegurando el mantenimiento materia económica y también institucional (Atria, 2013).

Limitación del derecho de propiedad: en este criterio es posible encontrar las principales semejanzas. Más allá que la hipótesis de esta investigación señale que la noción de propiedad de 1980 es neoliberal, este criterio señala los principales elementos de continuidad, lo que en cierto modo desacreditaría dicha hipótesis. Sin embargo, es posible destacar la constitución de 1925 y especialmente con las reformas de 1967 cuando sostiene que la principal limitación a este derecho es la función social que además aparece explicitada, a diferencia de la constitución de 1980, donde si bien existe a la seguridad o interés nacional, no se clarifican sus alcances.

Función social de la propiedad: en este criterio se encuentran las principales diferencias, y ello radica también en la especificidad del mismo. Lisa y llanamente en la Constitución de 1833 no aparece

mencionada; en la constitución de 1925 sí aparece mientras que en la de 1980 se disuelve en los *intereses generales de la Nación* (y no del Estado), *salubridad pública y seguridad nacional*.

Modificación del derecho de propiedad: en las tres categorías se señala que la modificación de este derecho es a través de una ley; pero solo la constitución de 1980 la especifica: *ley de quorum calificado*, aquella que requiere de la mayor parte de legisladores para aceptar su modificación.

### 3.4.2 Elementos de continuidad y cambio

Es preciso atender a la evolución del derecho de propiedad en las tres Constituciones tratadas, además de las reformas u otros cuerpos legales que mencionen dicho derecho. En este sentido, es correcto afirmar la naturaleza o esencia de cada articulado: el derecho de propiedad en la Constitución de 1833 posee un enjambre liberal y burgués; la de la Constitución de 1925 sumando la Reforma Constitucional de 1967 pone de manifiesto la propiedad como función social; mientras que la de Constitución de 1980 hace énfasis en una propiedad subjetivista, esto es, centrada en el titular del derecho (Cordero, 2006) y por ello, individualista.

De este modo, estamos en condiciones de señalar que la evolución del derecho de propiedad en el constitucionalismo chileno mutó desde un derecho absoluto e ilimitado en la Constitución de 1833, propio del contexto histórico de ese momento, es decir, una lucha encarnada con los últimos resabios del Absolutismo, hasta la Reforma Constitucional de 1967 donde se configura la noción de función social, otorgando herramientas jurídicas al Estado para ejercer dominio sobre materias estratégicas (minería, agricultura, energía) que iban en directa relación a la estrategia de desarrollo implementada durante los años 30, tras la crisis del liberalismo económico no intervencionista y el nacimiento del Welfare State.

Tras el golpe militar de 1973, y especialmente el trato dado a la propiedad por la Constitución de 1980, ésta se inserta en la lógica subjetivista, es decir, se entiende al derecho de propiedad como afecto solamente al arbitrio del propietario, lo cual sustentaba teóricamente y jurídicamente la estrategia neoliberal que se implementa en Chile a fines de los años 70.

Asimismo, para los esfuerzos de apertura democratizadora de la sociedad, especialmente los grupos populares o las clases medias, la Constitución de 1980 se transforma en un retroceso a dichas perspectivas. El derecho de propiedad muta nuevamente en un derecho absoluto, libre de intervención estatal (o al menos con altos grados de dificultad) y puntualizado en el principio de

subsidiariedad propio del neoliberalismo o la economía de mercado, aun cuando mantiene ciertas ideas sobre la utilidad de la propiedad para la nación.

En el siguiente capítulo abordaremos al derecho de propiedad privada en la carta de 1980 a partir de tres conceptos claves: subjetivismo, subsidiariedad y neoliberalismo, que son precisamente aquellos elementos de cambio que podemos evidenciar en relación a las versiones anteriores.



## CAPÍTULO 4: DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

En el presente capítulo abordaremos con mayor profundidad la noción del derecho de propiedad en la Constitución de 1980. Ya establecida su evolución temporal tratada en el capítulo precedente, conviene ahora puntualizar a la noción vigente en la actualidad. Para ello, asociaremos a la propiedad a partir de tres conceptos que a nuestro juicio sostienen el fundamento de la propiedad de la Constitución de 1980. En lo central, se hará un desglose de este derecho a partir de: a) subjetivismo; b) subsidiariedad y c) neoliberalismo. Lo anterior ayudará a reforzar la hipótesis en el sentido que este derecho se inserta en una lógica economicista, legalista y protectora de las transformaciones realizadas por la dictadura militar y que en lo estructural no ha sufrido modificaciones una vez recuperada la democracia.

### I. Subjetivismo

¿Es la propiedad un derecho fundamental? Antes de responder conviene una aclaración: cuando se habla de propiedad se deben distinguir dos ámbitos: el primero consiste en el acceso a detentar propiedad, a adquirirla sin un contrapeso estatal o libertad negativa. Esta sí corresponde a un derecho fundamental. Sin embargo, lo anterior se ha confundido con el segundo ámbito, que corresponde a la propiedad misma, a su ámbito “patrimonial”, lo que ha permitido y legitimado la acumulación de riquezas. Esta segunda noción del derecho de propiedad es lo que el jurista italiano Luigi Ferrajoli encasilla como derechos de autonomía y secundarios, *“que consistirán en derechos de autonomía privada ejercidos fundamentalmente a través de actos negociables de libre disposición sobre derechos patrimoniales”* (Ferrajoli, 1998: 294), por ello transables y alienables.

La lógica de Ferrajoli es que los derechos fundamentales no pueden ser objeto de negociación ni ser expropiables. La propiedad sí lo es, por lo cual no es posible hacer un paralelismo, por ejemplo, entre ésta y la libertad de asociación o expresión. Aun así, en los dos últimos siglos se ha considerado a este derecho de suma importancia, dado el ejercicio de libertad y autonomía frente al Estado, y de esta forma es sacralizado como una condición anterior a él, anterior a cualquier comunidad de personas que disponga su naturaleza o esencia. Esto, a nuestro juicio, también está

estrechamente ligado al desarrollo y consolidación de las dinámicas del capitalismo mercantil y su acumulación en Europa (Marx, 2005) y que será eyectado hacia el resto del mundo.

Respecto a la noción de derecho, es que se abre una discusión teórica que tratará de sugerir una separación entre lo que el positivismo jurídico del siglo XIX señala como derecho objetivo y derecho subjetivo. El primero, y como diría Arendt (2009: 64), asociado al espacio público, emerge de la comunidad política y de las leyes, mientras que el segundo, es parte del *iusnaturalismo*<sup>10</sup> del Hombre.

Estos derechos, señalan algunos autores, deben estar dotados de legitimidad por parte de la comunidad política. Nedelsky ha señalado que estos derechos deben ser intersubjetivos, esto es, socializados y reconocidos por todos. El derecho de propiedad se transforma por lo tanto en un acto de reconocimiento (Nedelsky, en Cristi, Ruiz Tagle, 2014)

Cuando no es así, y se asume que el derecho de propiedad es por sí mismo un acto individual, que resguarda la autonomía y la libertad, esta noción (derecho subjetivo) se transforma en barreras de exclusión destinadas a romper los lazos sociales y proteger a la propiedad de toda injerencia de la comunidad a través de los mecanismos legales o de la acción del Estado (Kelsen, en Cristi, Ruiz Tagle, 2014). En esta misma línea, Waldrow (en Cristi, 2007:21) afirma que las relaciones propietarias no pueden entenderse como la simple interacción entre las personas y las cosas, sino que más bien se trata de relaciones entre las mismas personas.

Las críticas a la concepción economicista de la propiedad también se refuerzan desde el propio liberalismo. Como ya se ha mencionado la teoría del individualismo posesivo ha sostenido que no es posible comprender a la propiedad como un derecho el cual no todos pueden aspirar. Aquello lo hace precisamente contrario a la naturaleza de cualquier derecho fundamental, su universalidad, y por ello esta condición subjetiva que en caso chileno es central carcome los intentos democratizadores de la sociedad impidiendo la cohesión social y el sentido de identidad y pertenencia.

---

<sup>10</sup> Derechos anteriores al Estado y de la comunidad política.

En la Constitución de 1980 se puede evidenciar lo anterior con un derecho de propiedad celosamente protegido. De hecho, esta señala que todos los derechos individualizados en el artículo 19 *“no podrán afectar (las normativas más específicas emanadas del legislador) los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (Artículo 26, Constitución Política de la República de Chile)*. Es así que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial (Evans, 1986) Esto, sumado a los exigentes quórum de modificación en función a reformas constitucionales hace excepcionalmente escasas las opciones de vincular democráticamente la voluntad mayoritaria al artículo 19 y la constitución misma. Estos amarres o trampas (Atria, 2013) son expresiones contra mayoritarias definidas por los artífices del modelo institucional post- golpe militar.

Lo anterior no es casualidad. El régimen de propiedad debía estar en sintonía con el modelo de sociedad que las autoridades de facto querían imponer, esto es, una sociedad individualista e individualizada de acuerdo a la propiedad (entendida también como un ejercicio de libertad personal) que podría acumular, especialmente aquellos grupos adherentes al nuevo régimen y que conspiraron para la derrota de la *“vía chilena al socialismo”*. La propiedad se transforma en una herramienta institucional que se impone por sobre las mayorías, arguyendo su condición de derecho fundamental especialmente ligado a la noción de libertad.

Dentro de las líneas argumentativas del nuevo marco constitucional, se desprende también la relación que hace Jaime Guzmán respecto del hombre y el Estado, señalando que *“el hombre goza de una prioridad ontológica y de finalidad respecto de la sociedad. De ello se deriva que el Estado es un instrumento que debe estar al servicio del hombre, y no al revés. Ya que, mientras el hombre tiene un destino eterno, el Estado agota su existencia perecedera dentro del tiempo”* (Actas de la CENC, en Cristi, Ruiz Tagle, 2014), lo que impone a los derechos consagrados por la Constitución una impronta de trascendencia de tipo cristiana. Es así que Guzmán, al considerar al Estado como ser relacional, no le atribuye el rol canalizador de las mayorías legítimas, sino que es simplemente una herramienta para la acción trascendente del hombre en su naturaleza individual y privada.

En síntesis, el concepto que refleja la noción de propiedad del constitucionalismo chileno hoy en día es el subjetivismo, esto es, la protección de los propietarios antes que la institución jurídica misma (Cordero, 2006), que pretende legitimar el orden legal positivo, al mismo tiempo que limitar la interferencia del Estado o la comunidad en él. Es así que la propiedad será presentada como un principio fundamental de autonomía y libertad del hombre (Barros, 2015), esto es, un resguardo ante

un estatismo democratizador (Cristi, Ruiz Tagle, 2014) y un espacio de realización personal e individual (Barceló, 1993)

## II. Subsidiariedad

En Chile, la evolución del derecho de propiedad, tratada en el capítulo precedente, ha dejado de manifiesto que, si bien es cierto que siempre hubo una impronta liberal en las constituciones nacionales, desde 1925 hasta 1971 este y otros derechos se fueron ampliando hacia sectores no propietarios.

Es así que el golpe militar de 1973 y la posterior construcción de la Constitución de 1980 deben ser entendidos, en parte, producto de la reacción de una minoría propietaria temerosa de los afanes estatistas y democratizadores de los gobiernos del periodo 1938-1973 (Gómez, 2005): “*el deterioro del derecho de propiedad y el menosprecio por la libertad son antecedentes directos del quiebre institucional de 1973*” (Fermandois, 2010: 211, en Cristi, Ruiz Tagle, 2014: 15). Ésta se encarga de establecer los nuevos márgenes jurídicos y políticos del derecho de propiedad: en primer lugar, es el más extenso de todo el artículo 19, en el cual se incluyen además los derechos de propiedad en el sector minero y derecho de aguas; en segundo lugar, incorpora la noción de bienes incorporales, la cual estaba ausente hasta ese momento en el marco constitucional del país y en tercer lugar, el derecho de propiedad se hace resguardar por la alta exigencia de quórum para su modificación. Es interesante también otro cambio en la conceptualización del derecho de propiedad, especialmente referido a los cambios que los intereses generales de la comunidad (Estado o Nación) pudiesen ocasionar, no a la esencia del derecho, pero sí las circunstancias en que este derecho quedaría en una posición discrecional. Hasta la Constitución de 1925, se habla de los intereses generales del *Estado*, mientras que la de 1980 cambia este concepto por el de *Nación*. No es objeto de este trabajo superponer ambos conceptos, solo que queda de manifiesto el profundo rechazo de la dictadura cívico-militar al rol del *Estado* en el entendido que éste es manifestación política de las mayorías, mientras que el concepto de *Nación* queda de una forma más abstracta en lo procedimental, puesto que si bien la soberanía reside esencialmente en ella, ¿bajo qué parámetros la *Nación* puede modificar el diseño constitucional e institucional de la propiedad, o hacer notar y respetar la función social? Solamente bajo la acción del legislador, representante de la *Nación*, pero que no puede ni

afectar la esencia del derecho ni tampoco reformarla a nivel constitucional, dada las altas exigencias de los quórum.

Lo expuesto anteriormente evidencia la intencionalidad de hacer calzar el nuevo tipo de modelo de desarrollo económico fundado en el libre mercado, la libre empresa y en el emprendimiento individual. De esta manera, la propiedad de la Constitución de 1980 está ligada intrínsecamente al concepto de subsidiariedad, el cual se define como la no injerencia del Estado en los asuntos de la sociedad, donde la búsqueda del bien común se logra cuando los individuos logran sus intereses personales (Loo, 2009), prevaleciendo siempre la persona por sobre la organización política. Aquello es similar a la noción de subjetivismo en el derecho, por lo cual no es extraño establecer una relación entre ambos conceptos, y que, por lo mismo, el derecho de propiedad en Chile se sustente en ambos. Ya en el artículo 1 inciso N°3 la Constitución de 1980 sostiene que el *“Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.* (Constitución Política de Chile), lo que evidencia el carácter de dicha carta magna. Además de la subsidiariedad, *“los principios neoliberales individualistas respetan la tradición cristiana del hombre y sociedad, así como la servicialidad del Estado, que reconoce derechos superiores y anteriores a él”* (Fernandois, 2010: 229, en Cristi, Ruiz Tagle, 2014: 15). De esta manera, los derechos sociales introducidos en la Constitución de 1925 ceden terreno en su avance en 1980 a favor de una constitución neoliberal, que privilegia la provisión de necesidades a la acción privada (Lovera, 2009).

Por lo tanto, el Estado verá cercenados sus atributos para poder articular un derecho de propiedad acorde a las exigencias de la comunidad. Jaime Guzmán, uno de los precursores del pensamiento subsidiario y gremialista (esto es, la existencia de sociedades intermedias entre la persona y el Estado y libremente generadas) en Chile, justificaban la existencia de una constitución y ordenamiento de esas características ante el avance del estatismo. Es así que *“una constitución gremialista le parece la mejor manera de frenar la política redistributiva propia de un estado democrático”* (Cristi, Ruiz Tagle, 2014: 19)

### III. Neoliberalismo

En Chile el tratamiento del derecho de propiedad se asociará con las estrategias de desarrollo económico imperantes, y tras el Golpe Militar de 1973 y la reestructuración económica de las autoridades de facto, este derecho quedará especialmente constituido bajo un paradigma neoliberal. Básicamente, este paradigma entiende que el mercado es quien asigna mejor los recursos y genera la riqueza, sin la intervención estatal, provista esta última de una excesiva carga burocrática e ineficiente: *“el neoliberalismo rechaza la igualdad republicana y considera la desigualdad como motor fundamental para activar el crecimiento económico”* (Mirowski, 2009: 438, en Cristi, Ruiz Tagle, 2104: 20)

Fue así que, para evitar la experiencia de la Unidad Popular, que restringía o privaba los atributos y facultades de dominio a través de la expropiación, la CENC protegerá al derecho de propiedad no solo a través del rango de garantía constitucional, sino que también otorgará herramientas legales para su tutela, como el recurso de protección (San Martín, 2011). Es así que la propiedad privada solo puede entenderse si ésta es individual, generando incentivos para su acumulación y crecimiento, pieza clave para una sociedad de libre mercado.

Con lo anterior, el derecho de propiedad plasmado en el artículo 19 de la Constitución de 1980 legitima y legaliza el proyecto de economía de mercado. Legítima porque presenta este derecho como individual e inviolable, haciendo sumamente difícil que la autoridad política esté por sobre su noción subjetiva, incentivando a los ciudadanos a asumir nociones y características sociales en la construcción del proyecto neoliberal. A escala menor, a través de la estimulación del consumo, la propiedad parece atractiva para todas las personas, mientras que a escala mayor la propiedad es la condición *sine qua non* de acumulación, no solo de riqueza, sino que de poder económico y también político.

Pero además de la protección del derecho de propiedad, también se debe considerar una serie de medidas destinadas a amparar al mercado como asignador de recursos y generador de riqueza. Lo anterior explicado por la privatización de los distintos derechos sociales, que ha permitido una mercantilización de servicios básicos en regla con el principio de subsidiariedad, que otorga a las personas la responsabilidad de satisfacer sus necesidades. Es claro el mensaje cuando se señala

que “un régimen que desconozca o debilite del derecho de propiedad, desconoce y debilita la democracia y asfixia la capacidad creadora del hombre que es él el gran motor que impulsa el desarrollo de los pueblos. (...) la nueva normativa que contiene el anteproyecto, junto con fortalecer del derecho de propiedad, reconoce la importante función social que cumple” (Actas de la CENC, en Novoa, 2010)

Respecto a la función social, introducida en nuestra legislación a partir de la Reforma Constitucional de 1967, la carta magna actual la ha limitado severamente. Esto porque se sostiene que la propiedad tiene en sí misma una función social (Evans, 1986), por lo cual no existe una necesidad de establecer márgenes objetivos de delimitación, como lo fueron, por ejemplo, la ley de Reforma Agraria o la Nacionalización del Cobre. La función social deja de ser un imperativo colectivo y pasa a ser la suma de incentivos e intereses personales entendidos como el bien común neoliberal.

De esta manera la Constitución de 1980 instituye un modelo concreto de organización de las relaciones económicas en Chile, básicamente a partir de la búsqueda incesante de crecimiento económico; estabilidad macroeconómica, libertad de los agentes económicos, mercado como asignador de recursos y esencialmente la protección a la propiedad privada (Ferrada, 2000). Lo anterior en regla con la transición circulacionista de carácter comercial y financiera de crecimiento “*hacia afuera*” (proyecto neoliberal) y el fin definitivo del proyecto nacional desarrollista (Salazar, 2003)

Los defensores de la protección absoluta de la propiedad, sostienen que la existencia de ésta bajo esos márgenes facilita la teoría del intercambio espontáneo de la economía, propia de una sociedad de libre mercado y libre empresa; asegura la paz social ante catástrofes naturales o sociales, evitando la lucha *ius in omnia*<sup>11</sup>; y asegura la paz social ante la incertidumbre que generaría en los agentes económicos la discrecionalidad del derecho de propiedad (Barros, 2015).

En síntesis, la noción de propiedad privada presente en la Constitución de 1980, además de la impronta liberal propia de la tradición constitucional chilena, esta intrínsecamente ligada a los tres conceptos aquí propuestos: subjetivismo, subsidiariedad y neoliberalismo o economía de mercado. Asimismo, estos tres conceptos están relacionados entre sí al ser parte de la estructuración de una

---

<sup>11</sup> O la aplicación de justicia del todos contra todos, propia del estado natural hobbesiano.

sociedad individualista, disociada de la comunidad política y elemento primario de un modelo de desarrollo instalado en Chile, que más allá de la posición ante este, lo que es claro es que el derecho de propiedad en nuestra institucionalidad se comporta coherentemente con el relato construido a partir de estos conceptos.



## CAPITULO V: CONCLUSIONES

### I.

Finalmente, el presente capítulo expondrá las principales conclusiones de este trabajo. En esa línea, conviene dirigirse a los objetivos y preguntas de investigación, para, por un lado, advertir sobre los principales lineamientos y además comprobar o desmentir la hipótesis. La evolución histórica del derecho de propiedad en el marco constitucional de Chile y los elementos teóricos que la sustentan, especialmente en la Constitución de 1980 fueron nuestras interrogantes.

En definitiva, hemos querido caracterizar la evolución del derecho de propiedad privada en el constitucionalismo chileno puntualizando en las tres principales cartas fundamentales que ha tenido Chile (1833, 1925 y 1980) pero particularizando una lectura más meticulosa en la que corresponde la institucionalidad actual (1980). Tentativamente, señalamos que, a pesar de que la propiedad en el constitucionalismo chileno posee una fuerte inclinación liberal, a medida que transcurrió el siglo XX esta se fue ampliando a sectores no propietarios y a la capacidad de regulación estatal de la misma. Aquello finaliza con el golpe militar y la Constitución de 1980, que otorga a la propiedad una protección superlativa y privatiza derechos sociales, con lo cual el mercado es un actor central. Esto a nuestro juicio constituye un retroceso al proceso de democratización de la sociedad.

### II.

En relación a la evolución de la propiedad, y como se ha repetido hasta el hartazgo en este trabajo, desde la formación de Chile en su dimensión republicana, la institucionalidad establecida desde allí y especialmente a partir de la Constitución de 1833 siempre tuvo una fuerte influencia del liberalismo (García y Contreras, 2014) y especialmente en el ámbito económico.

Además de lo anterior, la lógica de crecimiento hacia afuera o de libre mercado establecida en Chile a mediados del siglo XIX permitió acomodar los principios liberales a la idea de un derecho de propiedad más cercano a una óptica individual, y que por ende no sufrió mayores alteraciones a lo largo de dicho siglo. Como evidencia de lo anterior, y tal como fue señalado en este trabajo, el articulado sobre el derecho de propiedad de la Constitución de 1833 fue el menos extenso de las

tres constituciones estables que ha tenido Chile: el consenso de la clase política y la clase propietaria fue eficaz y ante ello no hubo necesidad de generar fuertes lineamientos para resguardar la propiedad.

Hacia el siglo XX, nuevas dinámicas económicas, políticas y sociales comienzan a configurar cambios no solo en la visión de la propiedad, sino que también en aspectos centrales de la convivencia social. El ingreso de los sectores medios y populares a las vicisitudes del poder durante gran parte del siglo XX, que en Chile se expresarán en el modelo político institucional y también en la legislación constitucional. En este sentido, cabe destacar la Constitución de 1925 y las reformas de 1967 y 1971 referidas a la reforma agraria y la nacionalización del cobre, respectivamente, que como hemos señalado acá, ampliaron la participación y el acceso a sectores no propietarios (Gómez, 2004).

Por eso que, a nuestro juicio, la ruptura institucional de 1973 no solo se refiere al proceso político, sino que también a lo cultural y económico. Este último ámbito se verá muy condicionado por las convicciones de libre mercado de las nuevas autoridades de facto. De este modo la noción de propiedad en la Constitución de 1980 corresponde a un retroceso desde la mirada colectiva de los derechos.

El proceso de transición desde gobiernos autoritarios a regímenes democráticos durante la década de los 80' y 90' trajo consigo un proceso de fortalecimientos de derechos ciudadanos a través del cambio constitucional, alineado con las transformaciones sociales acaecidas tras dicho proceso. En Chile los cambios realizados se concentrarán en las reformas constitucionales de 1989 y del 2005, ninguna de ellas con la intención de reformular el derecho de propiedad privada. Al origen ilegítimo de la constitución sumamos también la incapacidad de los actores políticos de proponer una alternativa que solucione dicho problema. Aun cuando Chile subsanó el déficit democrático de sus constituciones de 1833 y 1925 –ambas de origen autoritario- a través de reformas que las fueron adecuando al sentir mayoritario, la de 1980 aparecía como blindada al cambio respecto de ciertos temas fundamentales (Heiss, 2015:224). Uno de ellos será el de propiedad privada. Si las constituciones de 1833, 1925 y 1980 fueron impuestas bajo tutela militar y sin la debida participación ciudadana, también la noción de derecho de propiedad se comprende como herramienta de una minoría propietaria para protegerse de una mayoría no propietaria, una especie de veto.

### III.

En el régimen constitucional actual el derecho de propiedad privada se encuentra ligado a tres conceptos claves que explican su naturaleza: en primer lugar, sustentado en el subjetivismo, esto es, la protección individual absoluta a un derecho dada la condición preferente del sujeto por sobre la sociedad o la comunidad política. Lo anterior obliga al Estado a no intervenir (libertad negativa) o a no tener a su arbitrio dicho derecho. En su origen, lo anterior debe entenderse en el contexto del relato del sujeto moderno, que escapa (o lo intenta) y se protege de la acción unidireccional del monarca absoluto. Queremos insistir que esta rigidez y universalidad del derecho (esto es, considerado como fundamental y subjetivo) se explicó en otros contextos por la acción arbitraria del monarca absoluto, pero que no se explica en comunidades donde el Estado posee un contrapeso constitucional que lo rige, emergido de las directrices de la ciudadanía. Por otra parte, a nuestro juicio lo anterior disocia la acumulación de capital y concentración de la riqueza con las urgencias colectivas, situación que como hemos señalado a lo largo del trabajo, socava las relaciones al interior de la comunidad, especialmente en Chile donde la desigualdad es, a nivel OCDE, mundial y latinoamericano, alta.

En segundo lugar, la subsidiariedad, que coloca a la capacidad individual y la libertad personal por sobre las “restricciones” del Estado o de la sociedad misma, puede entenderse bajo una mirada política dada la relación sujeto-estado (Loo, 2009). La lectura subsidiaria de esta relación en Chile ha generado un enorme déficit del Estado en materia centrales como educación, salud o previsión, y que ante eso el sector privado deba suplir esta situación y destinar bajo los mecanismos del mercado, derechos sociales. Por lo tanto, aquello fue un claro retroceso puesto que los procesos de democratización se sostienen cuando se amplían derechos hacia la población y no cuando estos se dejan a mansalva del mercado. Prueba de aquello, son las enormes diferencias de resultados de mediciones estandarizadas entre la educación particular pagada y la de subvención estatal<sup>12</sup>, diferencias acentuadas por la capacidad de pago de las familias.

De esta forma, los alcances de la función social de la propiedad, incrementados a lo largo del siglo XX colisionarán con una dictadura militar y un modelo institucional que aparta al sujeto de la comunidad política, aislándolo en su individualidad. La impronta entregada por la dictadura cívico-

---

<sup>12</sup> Puntajes PSU Y SIMCE

militar al derecho de propiedad genera la libre acumulación de capital, lo que a su vez incapacita al Estado para redistribuir la riqueza que produce el país y reproduce la desigualdad a nivel estructural. Un tercer concepto que consideramos central en la noción de la propiedad es el neoliberalismo o economía de libre mercado, estrategia de desarrollo presente en Chile desde finales de los setenta. La propiedad neoliberal o afín a la libertad económica de mercados tratará de eliminar la función social de la propiedad entendida como herramienta redistributiva del Estado. En vez de ello, esta última se fundirá en el bien individual y su suma se entenderá como lo colectivo.

La libre circulación de bienes es facilitada por un resguardo jurídico e institucional a la propiedad, ya que la Constitución de 1980, si bien estipula la existencia de una función social, ésta es coartada por dos caminos: en primer lugar, la imposibilidad de violar la esencia del derecho (Art. 19, N°26 Constitución Política de Chile) y en segundo lugar los amarres o trampas (Atria, 2013) que impiden al cuerpo político intervenir este derecho en alguna necesidad colectiva. Para los defensores de este modelo, el resguardo subjetivo de la propiedad es piedra angular de la estrategia de desarrollo y del tipo de sociedad a imponer: una ajustada a las directrices del mercado internacional, a las reglas del liberalismo económico.

No es objeto de este trabajo tratar de imponer una visión sobre qué estrategia de desarrollo seguir: lo que sí es claro es que la que rige en la actualidad es herencia de la dictadura cívico-militar y no emergió de la acción soberana de la ciudadanía, aun cuando es posible que un porcentaje importante de la población la apruebe. Como pasa con la constitución misma, el problema está en la ilegitimidad de origen. Fue así que las autoridades de la dictadura cívico-militar articularon una estrategia de desarrollo que promoviera al sector privado como agente asignador de riqueza, permitiendo, por ejemplo, la creación de las AFP's, las ISAPRES o la proliferación de instituciones educacionales privadas en todos los niveles, llevando esos derechos sociales (previsión social, salud y educación, respectivamente) a ser una parte importante del modelo. Más allá de la simpatía o rechazo a éste, es la ciudadanía quien debe promover y decidir cuáles serán las condiciones de desarrollo que se pretenden para el corto, mediano y largo plazo, y aquello pasa indiscutidamente por el tratamiento del derecho de propiedad.

#### IV.

Ciertamente sería un error asociar a la propiedad los principales problemas del Chile contemporáneo, pero creemos que aquello es parte de un paquete más amplio. La rigidez del cambio constitucional, virtud para algunos sectores, distancia aún más al ciudadano de a pie con la institucionalidad política. Según datos del PNUD, entre el 2011 y el 2012 el tipo de demandas sobre transformación política era del 45%, donde es interesante hacer el siguiente desglose: solo el 1% de la elite económica, que en gran número es heredera de las transformaciones de la dictadura militar, está de acuerdo con cambios profundos de la sociedad, mientras que la elite social, aquella relacionada con los movimientos sociales y la voz “de la calle” lo está en un 78% (Luna, 2016). Por lo tanto, no ayuda el hecho que prácticamente el mecanismo institucional actúe como un bloqueo del proceso político. Agregar además que interrumpe la mirada colectiva de la sociedad, lo que a nuestro juicio conlleva bajos niveles de legitimidad no solo a la noción de propiedad, sino que también del sistema institucional mismo.

Resulta entonces absolutamente necesaria la mirada introspectiva de la sociedad, una especie de revisión del contrato social, y que materialmente se plasma en la construcción de una carta fundamental nacida en democracia. Levine y Molina (2007) proponen algunas condiciones que debe poseer la democracia para alcanzar un grado de maduración. Estas condiciones se asocian a su buen funcionamiento bajo el criterio procedimental, el cual consiste en: ciudadanía inclusiva, acceso abierto y en términos claros y relativamente iguales a la actividad política para individuos y organizaciones, libertad de información y organización, y mecanismos formales e informales para asegurar la rendición de cuentas y responsabilidad de los gobernantes (accountability). La comunidad, en consecuencia, debe promulgar normas con el consentimiento de todos los ciudadanos, como miembros inherentes de él (Skinner, 2004) y generados a partir de pactos mutuos logrados con anterioridad (Cristi y Ruiz Tagle, 2014).

Es importante comprender la noción de participación política ideal, escenario propicio para la discusión del nuevo orden constitucional: aquella que contempla un ciudadano activo en la esfera pública, abstraído de cualquier interferencia que pueda perjudicar su libre accionar dentro del escenario político, de privarlo de ella, ya que “vivir una vida privada por completo significa por encima de todo estar privado de cosas esenciales a una verdadera vida humana: estar privado de la realidad que proviene de ser visto y oído por los demás, estar privado de una relación con los otros que proviene de hallarse relacionado y separado de ellos a través del intermediario de un mundo común

de cosas, estar privado de realizar algo más permanente que la propia vida” (Arendt, 2009:67). En ese sentido, el ejercicio ciudadano o la ciudadanía es sobre todo una relación entre el individuo y la comunidad política (Fierro, 2016)

Es de esta forma que dicha participación política debe sustentarse en un ejercicio democrático, que reconcilie al individuo con la sociedad, haciendo que ésta sea un acuerdo entre ellos (Bobbio, 2010)

Si bien Chile aun no goza del escenario ideal, si permite tener en consideración estándares mínimos para estructurar la convivencia política, las reglas del juego y las relaciones de poder. Hoy en día, aquello no es producto de un ejercicio democrático de deliberación, a pesar de haber transcurridos más de 27 años del fin de la dictadura cívico-militar. Si la participación política es un pilar esencial de los sistemas democráticos ideales, la carencia de ésta en un ejercicio constituyente produce una ilegitimidad de origen.

Lo anterior no es casual: aquello es producto de un sistema que conjugó principios ideológicos vectores (libertad, subsidiariedad, neoliberalismo o economía de mercado) y un sistema institucional que permitió a una minoría imponer su visión de país. En esa línea, los resguardos que la constitución le proporcionó a aquella minoría propietaria no fueron “fruto de una negociación entre iguales sino un poder de veto instalado por la fuerza” (Heiss y Navia 2007, en Heiss, 2015: 224)

V.

Para la reformulación del derecho de propiedad y otros derechos, además de la estructura institucional del país, es necesaria la confección de una nueva constitución, nacida en democracia y originado por un constituyente legítimo. La Constitución de 1980 posee problema de legitimidad de origen: una Carta que fue formulada en dictadura en un plebiscito fraudulento y que no ha logrado generar patriotismo constitucional (Fuentes y Joignant, 2015:19), situación que amenaza la convivencia interna. Así como cada vez son mayores las exigencias a las reglas del juego económicas, medioambientales, legales, entre otras, la condición esencial del sistema político es que éste provenga de un ejercicio de soberanía popular. Ese ejercicio debe emanar directamente de la sociedad civil. Lo más transparente, democrático y legítimo resulta, a nuestro juicio, una asamblea constituyente que permita la inclusión de todos los ciudadanos y que sea, históricamente, la primera constitución del país en ser creada y sometida a deliberación democrática por gran parte de sus habitantes, lo cual no ha sido característico de las anteriores (1833, 1925 y 1980)

Concretamente, el derecho de propiedad en Chile tiene que originarse partir de una acción política horizontal que estipule su naturaleza, legitimando el resguardo del sujeto en su noción de derecho fundamental, pero también otorgando opciones para que la comunidad política pueda modificar sus alcances prácticos cuando éste amenace o desestabilice la convivencia interna. En definitiva, la propiedad debe imperativamente ser re-pensada y re-actualizada en función de los tiempos que vive el país, con una democracia e instituciones sólidas (al menos sin la amenaza latente de retrocesos dictatoriales) y no impuesta de un acto autoritario, antidemocrático e ilegítimo tal como fue el golpe militar o la imposición de sus lineamientos constitucionales, aquí expuestos.

Por lo tanto, *“la propiedad privada de los medios de producción o su propiedad social (...) dependen de las tradiciones y de las instituciones sociales de un país y de problemas particulares y circunstancias históricas”* (Rawls, 1993: 338, en Cristi y Ruiz Tagle, 2014: 62)

Los cambios específicos de la noción del derecho de propiedad tienen relación con la función social. Y este no sería un acto revolucionario ni radical, ya que, fortaleciendo la función social de la propiedad a partir de la entrega de herramientas al Estado para aplicarla, solo se estaría volviendo o regresando al ordenamiento existente antes de la Constitución de 1980. En el supuesto que, se fortaleciera la función social de la propiedad, como sucedió con la Reforma Constitucional de 1967 que permitió la Reforma Agraria y la Nacionalización del Cobre en 1971, estaríamos en presencia de una reforma al menos conservadora y no rupturista ni menos revolucionaria. En el contexto de una política radical de privatizaciones impulsada por la dictadura de Pinochet, todo acercamiento a posiciones menos ortodoxas o de mayor injerencia estatal son calificadas como extremistas.

Insistimos, el problema es que desde la vereda del sistema político y económico impuesto por la dictadura, cualquier medida de redistribución o de mayor injerencia estatal se determinaría como radical. Los liberales, incluso, tienen un dilema en este sentido ya que para proteger a la propiedad de usurpaciones privadas es necesario un Estado fuerte, pero un Estado fuerte es en sí mismo una fuente potencial de amenaza a la propiedad (Przeworski y Limongi, 1994: 165)

Para la promoción de una estrategia de desarrollo económico más inclusiva, que asegure por un lado reglas claras y crecimiento económico, y por otro una justa distribución de la riqueza de acuerdo a las capacidades, es que tomamos como propuesta dos modelos constitucionales similares, pero de países diametralmente opuestos: Alemania Federal y el Estado Plurinacional de Bolivia.

En el primer caso, la constitución alemana señala que la “propiedad obliga<sup>13</sup>”. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común idea originalmente plasmada en 1919, lo que, tras las experiencias históricas que ha vivido Alemania durante el siglo XX, evidencia la fuerza de asociación entre propiedad privada y bien común, la cual permanece hasta la actualidad. Una sociedad desarrollada como la alemana entiende que la propiedad en sí misma no tiene valor si no está sujeta al servicio del bien común.

Para un país como Bolivia, con muchas dificultades económicas, aun cuando en los últimos años ha disminuido la pobreza, con una heterogeneidad cultural importante, ha estipulado que, en primer lugar, toda “persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social”, y en segundo lugar que se garantiza la propiedad privada “siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo”<sup>14</sup>.

Con lo anterior, es posible aminorar las desigualdades que, originadas en la discriminación racial y de género, clase social o talentos (Nagel, en Gargarella, 1999) pueden perturbar las relaciones sociales, haciendo inaccesible para algunos la noción de derecho fundamental de la propiedad, esto es, acceder a la propiedad que complementa el ejercicio de libertad individual.

Por lo tanto, la rigidez constitucional del derecho de propiedad será una clara evidencia del déficit democrático institucional. Si los enclaves autoritarios de los años 90 o las trampas de la época actual son para el sistema político un cortafuego hacia procesos democratizadores o de apertura, el derecho de propiedad lo es para el sistema económico. Y que tienen, además, como denominador común, los altos quórum que impone el ámbito institucional, por lo cual será central en los próximos años observar el comportamiento del poder legislativo electo bajo un sistema proporcional, escenario ideal para lograr la modificación de estos guarismos.

Finalmente, podemos señalar que el derecho de propiedad en las tres principales constituciones de nuestro país ha evolucionado desde un origen liberal, pasando por una mayor injerencia estatal en su esencia, hasta convertirse hoy en un derecho de carácter subjetivo (Cristi, 2007). No obstante, el excesivo celo en sus opciones de modificación que le dieron a este durante la dictadura y los gobiernos democráticos influyen, en parte, en las desalentadoras cifras de desigualdad (PNUD, 2016). Ante ello, solo basta la deliberación y el ejercicio público y ciudadano de la construcción de

---

<sup>13</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

<sup>14</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>



un nuevo orden institucional, que le entregue legitimidad. Es hora de construir la primera constitución verdaderamente democrática de Chile.

## Bibliografía

- Amadeo, J y Morresi, S. (2002) *“Republicanismo y marxismo”*, CLACSO
- Amunategui, Carlos (2012) *“Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”* Revista Derecho PUCV (77-120)
- Arendt, Hannah, (2009) *“La condición humana”*, Paidós, Buenos Aires, Argentina.
- Atria, Fernando, (2013) *“La Constitución Tramposa”* LOM Ediciones, Santiago de Chile
- (2015) *“Sobre el problema constitucional y el mecanismos idóneo y pertinente”* (41-70) en La solución constitucional, Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos” Catalonia, Santiago de Chile.
- Barceló, Joaquín (1993) *“Acerca del fundamento del derecho de propiedad”* Estudios Públicos.
- Barros, Enrique (2015) *“Ciclo de discusiones sobre el proceso constituyente: derecho de propiedad”* Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Bobbio, Norberto (2010) *“Liberalismo y democracia”* Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México.
- Bovero, Michelangelo (2005) *“Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”*. En Pisarello, Gerardo (editor), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Carrasco, Sergio (1970) *“Estatutos de Garantías Democráticas”*, Revista Derecho Universidad de Concepción N° 153-154
- Castro, Santiago y Maqueda, Santiago (2014) *“El derecho de propiedad y la libertad económica, algunos elementos legales, filosóficos y económicos para una teoría general”*, Revista de Derecho *Ius Humani* (pp. 77-113)
- Cavallo, Ascanio (1998) *“La historia oculta de la transición, Memoria de una época 1990-1998”*, Uqbar Editores.
- Chuliá, Elisa y Agulló Marco (2012) *“Como se hace un trabajo de investigación en ciencia política”*, Capítulo 4, Editorial La Catarata, México.
- Cordero, Eduardo (2006) *“La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”* Revista de Derecho (pp.125-148)
- Cordero, Eduardo (2008) *“De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad”* en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (pp.493-525)

- Cordero, Eduardo y Aldunate, Eduardo (2008) *“Evolución histórica del concepto de propiedad”*, Revista de Estudios Histórico-jurídicos, PUCV (345-385)
- Cristi, Renato (2007) *“Propiedad y derechos subjetivos”* Anuario Filosófico (pp. 19-45)
- (2008) *“La lección de Schmitt: Poder constituyente, soberanía y principio monárquico”*, Revista de Ciencia Política
- (2011) *“El pensamiento político de Jaime Guzmán: una biografía intelectual”*. LOM Ediciones.
- Cristi, Renato; Ruiz Tagle, Pablo, (2014) *“El constitucionalismo del miedo: propiedad, bien común y poder constituyente”* LOM Ediciones, Santiago de Chile.
- Duguit, León (1915) *“Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón”* Ed. Francisco Beltrán. Madrid.
- Evans E, (1986) *“Los derechos constitucionales”*, tomo II Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrada, Juan Carlos (2000) *“La Constitución de 1980: algunas reflexiones críticas”* Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile
- Ferrajoli, Luigi (1998) *“Los fundamentos de los derechos fundamentales”* en Colección Estructuras y Procesos, Editorial Trotta, Madrid (pp. 287-381)
- Ferrajoli, Luigi (2006) *“Sobre los derechos fundamentales”*, Cuestiones constitucionales 15: 113-136.
- Fierro, Jaime (2016) *“La ciudadanía y sus límites”*, Editorial Universitaria, Santiago.
- Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo (2015) *“La solución constitucional: rutas de salida del antiguo orden y estrategias de entrada a una nueva Constitución”*, en La solución constitucional, Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos” Catalonia, Santiago de Chile.
- García, Gonzalo y Contreras, Pablo (2014) *“Diccionario constitucional chileno”*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N°55.
- Gargarella, Roberto. (1999). *“Las teorías de la justicia después de Rawls: Un breve manual de filosofía política”*. Paidós, Barcelona.
- Gaete, Sergio (1981) *“El poder constituyente, la Constitución de 1980, su legitimidad”*, Santiago, Andrés Bello.
- Gómez, Sergio (2005) *“Neoliberalismo y desarrollo rural en Chile”*, Congreso latinoamericano de Alas, Brasil.
- Gómez, Juan Carlos (2004) *“La frontera de la democracia 1925-1973: el derecho de propiedad en Chile”*, LOM Ediciones, Santiago de Chile
- Hardin, Russell (1989) *“Why a Constitution”* in The federalist paper and new institucionalism

- Heiss, Claudia (2015) *“Representación participativa para un proceso constituyente democrático”* en La solución constitucional, Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos” Catalonia, Santiago de Chile.
- Jocelyn Holt, Alfredo (1992) *“La Independencia de Chile: tradición, modernización y mito”*. MAPFRE
- Levine, Daniel y Molina José Enrique (2007) *“La calidad de la democracia en América Latina: una visión comparada”*, Universidad de Salamanca, España, en América Latina Hoy, número 045, (pp 17-46)
- Locke, John (2010) *“Segundo Tratado sobre el gobierno civil”*, Alianza Editorial, Madrid España.
- Loo, Martín (2009) *“La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (pp. 391-426)
- Lovera, Domingo (2009) *“Derechos sociales en la Constitución de 1980 (y de 1989 y 2005)”* ICSO Universidad Diego Portales.
- Luna, Juan Pablo (2016) *“Chile’s Crisis of Representation”*, Journal of Democracy, Volume 27 (pp. 129-138)
- Marx, Karl, (2005) *“Manuscritos económicos-filosóficos”* Editorial Centro Gráfico
- (2005) *“La ideología alemana”* Santiago Rueda Editores.
- Miranda, Carlos (1997) *“Antología política de Rousseau”* C.E.P.
- Novoa, Catalina (2010) *“La propiedad absoluta del Código Civil: ¿es libre o funcional?”* Revista Jurídica de la UBO, Año 7 N°1.
- Nozick, R. (1991) *“Anarquía, Estado y utopía”*, Fondo de Cultura Económica
- Otano, Rafael (2006) *“Nueva Crónica de la transición”*, LOM Ediciones.
- PNUD (2017) *“Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile. Santiago de Chile”*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Moulían, Tomás (2002) *“Chile actual, anatomía de un mito”*, LOM Ediciones.
- Pierson, Paul y Skocpol, Theda (2008) *“El institucionalismo histórico en la ciencia política contemporánea”* Revista Uruguaya de Ciencia Política, vol. 17, núm. 1, diciembre, 2008, pp. 7-38
- Portales, Felipe (2010) *“Chile una democracia tutelada”*, Editorial Sudamericana
- Przeworski, Adam y Limongi Fernando (1994) *“Regímenes políticos y crecimiento económico”* Revista de Ciencias Sociales Vol. 34, No. 134 (Jul. - Sep., 1994), pp. 163-179.
- Raventós, Daniel (2015) *“El derecho a una Renta Básica Universal, III Monográfico Renta Básica”*, Revista Sin Permiso.

- Ruiz, Carlos (1984) *“Individualismo posesivo, liberalismo y democracia liberal: notas sobre la contribución de C.B. MacPherson a la teoría democrática”* Centro de Estudios Públicos.
- Ruiz Olabuénaga, J.I. (1996). *“Metodología de la investigación cualitativa”*. Deusto.
- Salazar, Gabriel; Pinto Julio, (2009) *“Historia Contemporánea de Chile, Tomo I: Estado, Legitimidad y Ciudadanía”*. LOM Ediciones.
- Salazar, Gabriel (2003) *“Historia de la acumulación capitalista en Chile: apuntes de clase”*, LOM Ediciones, Santiago de Chile
- (2015) *“La solución constituyente como proceso histórico social”* (97-112) en *La solución constitucional, Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos* Catalonia, Santiago de Chile
- San Martín, Alejandro (2011) *“La interpretación constitucional en torno a la limitación del derecho de propiedad privada: ¿crisis de la doctrina clásica o triunfo del neoconstitucionalismo?”*, Revista Jurídica de la UBO, Año 7 N°1.
- Scully, Timothy (1992) *“Los partidos de centro y la evolución política chilena”*, Santiago de Chile, CIEPLAN.
- Skinner, Quentin. (2004) *“Liberty before liberalism”*. Estados Unidos: Cambridge.
- Quezada, Flavio (2011) *“El derecho de propiedad privada en la Constitución de 1980: un intento de sistematización”* Facultad de Derecho, Universidad de Chile
- Vargas, José (2007) *“Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo”* Revista Mad Universidad de Chile.
- Vergara, Jaime (2007) *“La democracia protegida en Chile”* América Latina en vísperas del Bicentenario, UTAL.
- Vilajosana, Josep (1987) *“El aparato conceptual de C. B. Macpherson: Poder y propiedad”*, Barcelona.