



Protección Constitucional de la Herencia en Chile.

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

Sebastián Nicolás Encina Orrego
Matías Cristóbal Alonso Jara
Profesor Guía: Augusto Manuel Quintana Benavides

Santiago, 2024

Une habeas quaerit nemo, sed oportet habere: "Nadie pregunta de dónde procede lo que posees, pero es preciso poseer"

"A estas alturas de la vida me pregunto si tengo lo que quiero o si tengo lo que quise"

Índice

Resumen	5
Introducción	6
Capítulo I	9
Del derecho a la herencia.....	9
1. La sucesión por causa de muerte.....	9
2. La sucesión intestada y la sucesión testada	11
3. Limitaciones a la voluntad del causante	17
A. Asignaciones forzosas	17
B. Un antecedente histórico: los mayorazgos.....	20
C. Discusión en torno a la abolición de los mayorazgos.....	22
D. Análisis respecto de estas limitaciones	35
4. Protección de los derechos de los herederos	39
A. Teoría clásica o de los derechos adquiridos	42
B. Teoría del efecto inmediato de la ley nueva	44
Capítulo II	48
Raíces históricas del derecho sucesorio y evolución del derecho de propiedad en el contexto constitucional.....	48
1. Regulación de las instituciones sucesorias en el derecho castellano- indiano y factores de continuidad en el derecho patrio	48
2. Génesis del Code de Napoleón junto con la Declaración de 1791. Influencias en código civil	53
3. Evolución del derecho de propiedad en la historia constitucional chilena	55
A. La Constitución de Cádiz y su influencia	55
B. Surgimiento de la mención “derecho de propiedad” y su evolución en Chile	
60	
Capítulo III	63
Discusión contemporánea acerca del derecho de propiedad y su relación con la herencia.....	63
1. Reflexiones en torno al proceso constituyente de 2022; nuevo estatuto general del derecho de propiedad.....	64
A. Reseña acerca de la tramitación de la propuesta de marco constitucional del derecho de propiedad	64

B. Comparación de estatutos generales de la propiedad, Constitución vigente y propuesta de la Convención	71
2. Derecho comparado. Consagración del derecho a la herencia en rango constitucional y reseña sobre el caso del proceso constituyente español de 1978 ..	75
3. Reflexiones en torno al debate legislativo, suscitado por la tramitación del proyecto de Reforma Constitucional que establece, en el marco de la seguridad social, una destinación específica del financiamiento para fines previsionales y una garantía sobre la propiedad de los fondos de capitalización Individual de las y los afiliados	80
4. Proyecto de Reforma Constitucional que establece, en el marco de la seguridad social, una destinación específica del financiamiento para fines previsionales y una garantía sobre la propiedad de los fondos de capitalización Individual de las y los afiliados	84
5. Debate legislativo en torno a la aprobación, rechazo y/o modificación del proyecto de Reforma Constitucional que establece la inexpropiabilidad de los ahorros previsionales	88
6. Proyecto de Nueva Constitución elaborado por el Consejo Constitucional el año 2023	92
Capítulo IV	96
¿La facultad de disposición mortis causa es parte del contenido esencial del derecho de propiedad?	96
1. Relación entre el derecho de propiedad y la herencia: contenido esencial del derecho de propiedad	104
2. La disposición mortis causa no puede ser eliminada, ni limitada mediante una ley simple, debido a que la misma sería inconstitucional.....	111
3. La función social de la propiedad permite y justifica la limitación de la disposición mortis causa.	115
Bibliografía	127

Resumen

En un contexto de sucesivos procesos constituyentes, este trabajo explora la posibilidad de cambios sustanciales en el régimen jurídico chileno. La iniciativa surge en el taller "Nueva Constitución y Derechos Patrimoniales" de la Universidad de Chile, con el objetivo principal de examinar el contenido ontológico de la disposición por causa de muerte y determinar su nivel de protección, ya sea legal o constitucional. La ausencia de la palabra "herencia" en la Constitución plantea la pregunta central de si esta institución carece de protección constitucional, dejando su regulación a la discreción del legislador.

Los capítulos abordan el tratamiento doctrinal, las limitaciones legales, la perspectiva de los herederos, el enfoque histórico y la discusión contemporánea sobre el derecho de propiedad, culminando con la formulación de dos posiciones sobre la conexión entre la herencia y el contenido esencial del dominio.

Introducción

Esta tesis surge como una reacción a dos eventos legislativos, constitucionales e históricos. El primero de ellos es la Ley 21.200, promulgada el 23 de diciembre de 2019 y publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 2019. Esta ley modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, estableciendo el procedimiento para elaborar una nueva Constitución para Chile. Sin embargo, este primer borrador resultante fue rechazado por la población chilena en las urnas, mediante plebiscito. Tras la oposición a este primer intento, se dio paso a un segundo proceso constitucional, el cual entregó como resultado un nuevo borrador de Constitución, el que sería sometido nuevamente a votación popular, siendo rechazada una vez más por la población.

El segundo evento relevante es el proyecto de ley que modifica el Código Civil para establecer un monto máximo a las herencias, iniciado mediante una Moción presentada por los diputados Natalia Castillo; Miguel Crispi, Giorgio Jackson y Vlado Mirosevic, bajo el boletín 13249-07, de fecha 3 de marzo de 2020. Este proyecto, específicamente, modifica el artículo 959 del Código Civil, estableciendo un tope patrimonial de 140.000 UF transferibles mediante sucesión por causa de muerte y determinando que el excedente se transferirá al Fisco.

En este contexto, es previsible que se generarán cambios en el régimen jurídico chileno, ya sea en el mediano o largo plazo, abriendo la posibilidad de introducir modificaciones a instituciones jurídicas que anteriormente no se encontraban bajo cuestionamiento. Dentro de este contexto multidireccional, en el taller "Nueva Constitución y Derechos Patrimoniales" de la Universidad de Chile, bajo la tutoría del profesor Augusto Quintana, surgió la iniciativa de desarrollar la presente tesis exploratoria, cuyo principal objetivo es adentrarse en establecer el contenido ontológico de la institución civil de la disposición por causa de muerte y así lograr determinar el tipo de protección que recibe efectivamente, ya sea legal o constitucional.

La pregunta jurídica surge del hecho de que actualmente no se menciona en ninguna ocasión la palabra "herencia" en nuestra Constitución. En primera instancia, esto nos lleva a pensar que dicha institución carece de protección constitucional, quedando su regulación al

mero arbitrio del legislador y, por tanto, permitiéndole incluso suprimir su existencia mediante ley simple. Nos propusimos definir dentro de esta investigación, si el derecho a la herencia o a legar una herencia goza efectivamente de protección constitucional y, en caso afirmativo, determinar hasta qué nivel su regulación está sujeta a la mera decisión del legislador.

Para desarrollar estas temáticas, dentro del Capítulo I describiremos, someramente, el tratamiento que la doctrina tradicional ha dado a la disposición por causa de muerte, a la sucesión testada e intestada. Con posterioridad, revisaremos las limitaciones legales que existieron y aquellas que actualmente pesan sobre la voluntad del causante. En este punto nos encontraremos con que efectivamente el legislador ya prevé fuertes limitaciones a la voluntad del causante, como lo es, por ejemplo, la institución de las asignaciones forzosas. Continuando, analizaremos la ya derogada institución de los mayorazgos, la cual se mantuvo durante muchos años como una de las mayores trabas a la facultad de disposición mortis causa del propietario, impidiendo la división de la propiedad sobre vastas extensiones territoriales vía testamento. Para todo este estudio nos remitiremos a bibliografía jurídica clásica, la que nos permitirá cimentar las bases de la discusión antes propuesta, estableciendo de forma previa, que actualmente existen y también existieron grandes limitaciones a la voluntad dispositiva mortis causa.

Dentro del primer Capítulo I también nos adentraremos en la perspectiva de los herederos con el fin de establecer si una posible limitación o incluso eliminación de la sucesión por causa de muerte, afectaría o no sus derechos fundamentales, todo esto bajo la óptica de la teoría de los derechos adquiridos y del efecto inmediato de la nueva ley.

El Capítulo II tendrá un enfoque histórico, donde buscaremos, dentro de las instituciones del derecho civil sucesorio castellano-indiano, elementos de continuidad y cambio hacia nuestro derecho patrio. Luego, retrocedemos aún más para estudiar las influencias del *Code de Napoleón* y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en nuestra actual configuración del derecho de propiedad civil y constitucional. En esta búsqueda de los orígenes del contenido del derecho de propiedad, cerraremos el Capítulo II, estudiando la evolución histórica del derecho de propiedad, cuando específicamente habría comenzado a recibir aquel nombre y su posterior evolución en Chile. Todo esto con la intención de definir si es que, efectivamente, la herencia tuvo o no alguna relación histórico-jurídica con la propiedad.

El Capítulo III estará dedicado al análisis de la discusión contemporánea respecto del derecho de propiedad en el contexto de la tramitación de una nueva Constitución para Chile. Partiremos con la discusión del estatuto del derecho propiedad por parte de la Convención del año 2022. Esta discusión nos permitirá comparar la perspectiva de este órgano con las normas que nos regulan bajo la actual Carta Magna, preguntándonos qué elementos diferenciadores existen entre las propuestas y la actual normativa. Aquí podremos constatar si se planteó o no una posible protección constitucional de la herencia.

Luego, realizaremos una comparativa de nuestro proceso constitucional con el proceso constitucional español vivido el año 1978, el cual que terminó por consagrar la protección constitucional de la herencia. Posteriormente, revisaremos la discusión contemporánea de dos proyectos de reforma constitucional: La Reforma Constitucional que establece, en el marco de la seguridad social, una destinación específica del financiamiento para fines previsionales y una garantía sobre la propiedad de los fondos de capitalización individual de las y los afiliados. Y, la Reforma Constitucional que establece, en el marco de la seguridad social, una destinación específica del financiamiento para fines previsionales y una garantía sobre la propiedad de los fondos de capitalización individual de las y los afiliados.

Ambos proyectos nos entregarán indicios y argumentos de cómo nuestro legislador entiende la relación existente entre la herencia y el derecho de propiedad.

La última temática del Capítulo III estará dedicada al estudio del proyecto de nueva constitución elaborado por el consejo constitucional del año 2023, teniendo por finalidad averiguar si se discutió o no una posible regulación constitucional de la institución de herencia.

Para cerrar esta memoria, en el Capítulo IV, expondremos, según nuestra perspectiva, la efectiva relación entre la sucesión por causa de muerte y la propiedad, definiendo específicamente el contenido esencial de este último. Finalmente, plantearemos dos posiciones: primero, que la herencia, como derecho, efectivamente es parte del contenido esencial de la propiedad y, por tanto, no permitiría su supresión o limitación por el legislador mediante ley simple, y segundo, que, la herencia misma, aun siendo parte del contenido esencial, sería sustancialmente limitable por el legislador, derivado de las habilitaciones que le otorga la función social de la propiedad al legislador.

Capítulo I

Del derecho a la herencia

Para comenzar, nos referiremos a materias del derecho común, relativas a la sucesión por causa de muerte o también llamada: disposición mortis causa de los bienes. Estas instituciones nos servirán como punto de encuentro dogmático para entender de mejor manera el planteamiento del presente trabajo: explorar y desarrollar la eventual protección e importancia constitucional de lo que llamaremos el “derecho a la herencia” y su pretendida conexión con el derecho de propiedad.

1. La sucesión por causa de muerte

En el presente apartado, describiremos la sucesión por causa de muerte, su trascendencia para el derecho privado y público, y la forma en la que influye en la organización actual de la sociedad.

La sucesión por causa de muerte o disposición mortis causa de los bienes, se ha ido constituyendo con el paso de los siglos y junto con el avance del derecho moderno como un axioma de la sociedad y del derecho privado.

El inicio de esta institución se remonta a la época romana, conservándose de forma casi invariable hasta nuestros tiempos. La sucesión por causa de muerte ha sido considerada, desde sus inicios, como un modo de adquirir el dominio, consideración que es rebatida por el profesor Francisco Samper Polo, basándose en su entendimiento de la institución en el Derecho Romano. En su libro “Derecho Romano” (2007) menciona que el entendimiento de la sucesión como un modo de adquirir el dominio, no tiene fundamento según las fuentes romanas y que, por ejemplo, la sucesión por causa de muerte o la sucesión como heredero, no pueden ser considerados verdaderos modos de adquirir, y son simples efectos civiles de la subrogación personal, efectuada por el sucesor.

Acercándonos a nuestra tradición civilista, para que válidamente ocurra la transferencia del dominio y demás derechos reales, se exige que concurren al menos dos elementos: por un lado, el título y, por otro, el modo de adquirir; así, en palabras del profesor Peñailillo: “Título es el hecho o acto jurídico que sirve de antecedente para la adquisición del dominio. Modo de adquirir es el hecho o acto jurídico que produce efectivamente la adquisición del dominio” (2010). Como bien sabemos, la ausencia de alguno de estos dos elementos impide la adquisición del dominio; así, con el solo título se adquiere meramente un derecho personal, por ejemplo, el derecho de exigir la futura transferencia del dominio, la que debe ser concretada, mediante el respectivo modo de adquirir el dominio. Cabe destacar que las creaciones de los títulos quedan a la autonomía de las partes, mientras que los modos de adquirir el dominio se encuentran establecidos por la ley, en 2010. Peñailillo, menciona al respecto que: “por el carácter institucional de la materia de propiedad, no pueden tenerse como tales sino los que el texto legal menciona”. En nuestra legislación, los modos de adquirir el dominio están enumerados en el artículo 588 del Código Civil, norma que contempla a la sucesión por causa de muerte como uno de los modos de adquirir, legalmente válidos, además, parte de la doctrina agrega la propia ley, la cual en ciertos casos actúa como un modo de adquirir el dominio de forma autónoma¹.

La palabra “sucesión” posee diversas acepciones², pero para nuestros efectos, aceptaremos que la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir derivativo, gratuito; a título universal y singular, según el cual, el sucesor no puede adquirir más derechos que los que le pertenecían al causante. Complementando lo ya dicho, tendremos en cuenta que para el profesor Luis Claro Solar (1979) la “sucesión o sucesión por causa de muerte es, pues la transmisión del **patrimonio** de una persona difunta, de una cuota de él o de una o más cosas especiales, que se efectúa en favor de determinada persona” (p. 11).

¹ Como ocurre, por ejemplo, en el caso de la expropiación por ley, regulada en el art. 19 N° 24 de nuestra Constitución.

² Así, el profesor Ramón Meza expresa que “en un sentido amplio, *lato sensu*, suceder a una persona es ocupar su lugar y recoger sus derechos a cualquier título (...) En este amplio significado la expresión sucesión es aplicable a todos los modos derivativos de adquirir. Pero, en un sentido más limitado, *stricto sensu*, la expresión evoca la idea de muerte y tiene un triple significado: a) Designa, por de pronto, la transmisión de todo o parte del patrimonio de una persona fallecida a una o más personas vivas, señaladas por el difunto o la ley. b) Sirve para designar, también, el patrimonio mismo que se transmite, el objeto de la transmisión (...) c) En fin, la expresión designa frecuentemente el conjunto de los sucesores. (...)” (Meza, 2008, p. 9)

En nuestra legislación, específicamente en el Código Civil, se consagra la herencia como un derecho real. Así, el artículo 577 del Código Civil establece que la herencia tiene la naturaleza de un derecho real, el que se configura como un derecho absoluto y como tal genera una acción oponible, *erga omnes*, la que se nombra como: “Acción de petición de herencia”. El profesor Ramón Meza Barros (2008) nos explica que “la herencia es pues todo el patrimonio del difunto y que la misma incluye todas sus relaciones jurídicas, la herencia para él es una “universalidad jurídica -universitas- que comprende derechos y deudas, elementos activos y pasivos” (p. 17).³ Para efectos de nuestro estudio, cabe dejar en claro que la acepción recién explicada, esto es, el derecho real de herencia, no comprende nuestro objeto de estudio, a saber, un supuesto “derecho a la herencia”. Este derecho a la Herencia -el cual será delimitado de forma posterior en el presente trabajo- contiene tanto los bienes y deudas del causante. La herencia es la base, supuesto y objeto material de la sucesión, entendida como la facultad de una persona de disponer mortis causa de la misma, algo que podría llamarse “derecho a heredar”.

2. La sucesión intestada y la sucesión testada

Es conocida la clasificación entre sucesión intestada y sucesión testada, contenida en el art. 952 de nuestro Código Civil. La clasificación hace referencia a la existencia o no de una voluntad previa, solemne y clara del causante respecto al destino de sus bienes al momento de su fallecimiento. La sucesión intestada es aquella sucesión en la cual no existe una voluntad previa del causante en la cual decida el destino de los bienes que integran su patrimonio. En cambio, la sucesión testada es aquella sucesión en la cual el causante emite una voluntad previa, en la forma establecida en la ley, otorgando un destino específico a sus bienes.

³ Esta naturaleza real ha sido controvertida duramente en la doctrina, sobre esto, la profesora María de los Ángeles Soza menciona que “la consideración de la herencia como un derecho real constituye una originalidad dentro de los ordenamientos jurídicos occidentales.” (Soza, 2004, p. 91), por lo tanto, su existencia como derecho real no es común. A juicio del profesor Ramón Domínguez “es una categoría creada por Bello a efectos de solucionar de un modo rápido ciertas cuestiones de índole práctica como es, por ejemplo, la tramitación de la acción de petición de herencia.” (Domínguez B. R y Domínguez A., R, 1998, p. 149) al respecto, reconoce que la figura presenta diversas dificultades, siendo “un derecho real que no se conecta directamente con los bienes, y que, por otro lado, coexiste con el dominio que le corresponde al heredero en los bienes que ha adquirido por sucesión” (Ídem). Así y como ya se dijo, la sucesión por causa de muerte no sólo transmite el dominio de los bienes, sino que transmite un derecho real extra, innovación de nuestro legislador, a saber el derecho real de herencia. El derecho real de herencia, como se acaba de mencionar, tiene un fin práctico, ya que posibilita, la acción de petición de herencia.

Podemos establecer que “en la sucesión intestada la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta la realiza la ley” (Meza Barros, 2008), por tanto, es la voluntad del legislador, plasmada en la ley, la que perdura y actúa sobre los bienes del causante. La institución proviene de la tradición romana, a falta de testamento, la ley designa a los herederos del difunto, interpretando una voluntad que no llegó a manifestarse. En consecuencia, según el profesor Meza (2008), las reglas de la sucesión intestada constituyen un testamento tácito o presunto del causante.

La presente institución goza de gran importancia en nuestra sociedad. ¿Qué sucedería si no existiese la sucesión intestada? Ángel López (1994) nos menciona que la necesidad técnica del Derecho de sucesiones, la que le da su origen y fundamento, surge del problema de la destinación de los *bona vacantia* tras la muerte de su titular. Se generarían principalmente tres problemas, si es que la sucesión intestada no existiera: el primero, relacionado con el destino de los bienes del causante; el segundo, el orden de traspaso de la posesión de los bienes del causante, y el tercero, el destino de las deudas u obligaciones del causante.

A falta de la institución de la sucesión intestada, todos los bienes de aquel causante que no otorga testamento, tomarían la naturaleza de *res nullius*, esto es, bienes que no tienen dueño. Por lo tanto, cualquier persona podría hacerse dueño de las mismas, mediante las reglas del modo de adquirir el dominio: “Ocupación”. Esta situación generaría un gran caos en la sociedad, ya que se perdería la transmisión ordenada y sistemática de los bienes, generando gran incertidumbre jurídica y, muy probablemente, el surgimiento de rencillas sociales. Problema muy parecido surgiría respecto a la posesión de los bienes del causante, debido a su extrema cercanía con el dominio, sobre todo, en bienes muebles. Es por esta razón que, en nuestro Código Civil, Andrés Bello instituye la posesión legal de la herencia. Él menciona esta situación en una nota del art. 869 del proyecto del año 1853, siguiendo el principio francés de *le mort saisit le vif*, que significa: “Que el fallecido se reputa haber puesto en posesión de todos los bienes al vivo” (Meza, 2008). El tercer problema, quizás el más importante, es el destino de los pasivos del causante. Según Carlos Rogel (2017) en caso de no existir la institución de la sucesión por causa de muerte, las deudas quedarían sin efecto y, por lo tanto, impagas, evitándose y modificando así todo el sistema de responsabilidad patrimonial civil. Actualmente, los derechos y obligaciones de una persona no se extinguen cuando muere, dice Albaladejo (2013), pasan a sus sucesores, constituyendo su herencia. Pero el causante, como es lógico, no puede disponer, sino de sus derechos, más no de sus

deudas. Cuestión que se confirma con la existencia del llamado "beneficio de inventario". Así, en caso de no existir la comentada institución, los costos de las relaciones patrimoniales aumentarían considerablemente, ya que los acreedores no tendrían bienes en los cuales hacer efectivas sus deudas, porque los mismos no tendrían un sujeto identificable, provocando que el tráfico comercial se torne excesivamente riesgoso y, por lo tanto, más costoso.

Por estos motivos es que la ley establece y regula la transmisión de los bienes del fallecido, de forma ordenada, incluso ante la falta de una voluntad previa del causante, es más, la suple incluso cuando el causante ha otorgado su voluntad antes de morir; pero no lo hizo según los parámetros que regula la misma ley. Al suplir la voluntad del causante, la ley logra crear una solución de continuidad respecto de los bienes y obligaciones del causante.

Para nuestros objetivos, es importante mencionar que es la voluntad del legislador, plasmada en la ley, la que establece absolutamente todos los aspectos de la sucesión intestada.

Empero, ¿dónde radica la facultad del legislador para regular por completo la sucesión por causa de muerte? Esta facultad podría considerarse que se encuentra dentro de las atribuciones otorgadas por la constitución al legislador, específicamente en el art. 19 N° 24, donde el constituyente establece que: "sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad". Por tanto, al establecer la sucesión intestada de los bienes, efectivamente se encontraría dentro de su competencia al regular un aspecto de un modo de adquirir el dominio. En este estudio, constatamos que no existe mención alguna a la herencia propiamente tal en la actual Constitución -y tampoco en la Convención Constitucional, órgano que redactó una propuesta para una nueva constitución en Chile y que fue rechazada mediante plebiscito-, ya sea como objeto de protección constitucional o como un derecho fundamental. Por lo cual, en principio, la regulación de la sucesión por causa de muerte se encuentra dentro de las atribuciones constitucionales del legislador.

La ley, en su misión de regular esta voluntad faltante del causante, regula todos los aspectos de la sucesión, tales como: "el objeto de la sucesión", y con esto nos referimos al contenido material de la sucesión misma, o sea, los bienes y deudas o activos y pasivos

transmisibles que se incluyen en la masa transmisible o herencia⁴; “la oportunidad”, esto es el momento en que se produce, efectivamente, la transmisión del contenido hereditario, lo que ocurre justamente al constatarse la muerte del causante. Finalmente, también regula los “sujetos llamados a suceder”, esto es, las personas o grupos de personas que serán las destinadas a recibir la herencia, ya sea con sus activos y con sus pasivos.

Así, por ejemplo, la ley regula el objeto de la sucesión intestada en el art. 980 del Código Civil chileno, el cual menciona que: “Las leyes regulan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones”.

Nos detendremos en los sujetos llamados a suceder, según el profesor Meza (2008), la ley llama a suceder, en general, a las personas ligadas al causante por vínculos de parentesco, siguiendo un orden natural. El art. 983 establece: “Son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso, y el fisco”. Cabe analizar la presente norma y su trasfondo. Nos preguntamos ¿cuál es el motivo para que el legislador determine a estas personas como herederos y no a otras? Solamente debe designar al menos un sujeto para evitar el problema de solución de continuidad con la propiedad de los bienes que propusimos *supra*, y evitar así que éstos caigan como *res nullius*. Pero, ¿por qué limitar la propiedad sólo hasta los colaterales?, ¿Por qué el fisco es el último sujeto y no los colaterales de grados más alejados? Para responder estas preguntas, debemos ahondar en los principios que inspiran el derecho sucesorio en Chile. Ya conocidos son el principio de la de la continuidad de la personalidad del causante, según el cual, los herederos representan al causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles: el principio de la unidad del patrimonio, además del principio de la igualdad, que trasciende en todo nuestro derecho civil. Sin embargo, existe un principio que no nombramos anteriormente y que revela una preferencia de nuestro legislador hacia cierta Institución de nuestra sociedad occidental, a saber, la familia, la cual se encuentra nombrada en el art. 1 de nuestra Constitución Política de la República, donde en su inciso 2° se expresa que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. No entraremos en el debate de qué se entiende por familia, pero mediante

⁴ También la ley actúa en contrario, designando aquellos bienes que no ingresan a la masa transmisible, por ejemplo, aquellos derechos de carácter intransmisible, como por ejemplo todos aquellos de naturaleza *intuitu personae*.

normas como el art. 983, el legislador nos da a entender que mediante la herencia se protege en parte su subsistencia.

Entrando a nuestra materia, nos parece razonable y normal que, en una institución como la sucesión intestada, se proteja a la familia, pues es inexistente una voluntad conocida del causante respecto al destino de sus bienes y podría considerarse, inclusive que tiene un deber constitucional de darle aquella protección. Ya autores como Alonso Martínez (1991) nos expresan que la herencia tiene cimientos hondos y que la familia es un hecho necesario en la vida en sociedad, incluso superior al arbitrio humano, de tal forma que las personas no pueden nacer fuera de ella, ni está en sus manos elegir la que le plazca.

El mismo autor considera que es inherente a nuestro ser e impuesto por la naturaleza el “deber de la mutua asistencia”, que considera no podría efectuarse fuera del sistema de propiedad perpetua, hereditaria, transmisible de padres a hijos. En consecuencia, el legislador, ante la inexistencia de una voluntad del causante, debe decidir a quién asignar los bienes y quiénes deberán responder por las deudas.

Dentro de esta misma lógica, cabe preguntarse si podría el legislador -aludiendo a otros intereses- asignar la herencia intestada del causante a otros sujetos diferentes de los ya regulados por ley. ¿Se enmarcaría esto fuera de la esfera de competencia otorgada por la Constitución al legislador? Para responder, constatamos que el legislador designa al Fisco dentro del último orden de sucesión, aunque en último puesto y bajo la necesidad de que falten todas las personas que pertenecen al orden de sucesión mencionado. Esto nos dice, en un primer término, que es factible deducir que el legislador podría aducir nuevas razones para proteger nuevos intereses, como lo es el interés patrimonial del Fisco. No es posible mencionar que algún cambio regulatorio respecto de esta materia esté fuera de la competencia del legislador, ya que es la Ley la encargada de regular los modos de adquirir la propiedad, siendo, justamente, la sucesión por causa de muerte uno de ellos. Esto se confirma, sobre todo, si pensamos que no existe una expresión de voluntad previa del causante que pueda chocar o entrar en pugna con la voluntad del legislador.

Pero, miremos la otra cara de la moneda, analicemos la institución de la sucesión testada. Este tipo de sucesión se caracteriza, según el profesor Meza (2008), por existir previo a la muerte de una persona, un acto jurídico unilateral, de carácter solemne, llamado

testamento, en el cual decide el destino de sus bienes para después de su muerte. En este lado de la institución, efectivamente, existe una declaración de voluntad de una persona, voluntad que se encuentra verificada y que goza de una presunción de veracidad por respetarse las solemnidades impuestas en la ley, tanto para su validez como para su existencia. El propósito del presente trabajo es, justamente, lograr dilucidar la razón del porqué el legislador y la sociedad, en general, respetan o deberían respetar aquella voluntad previamente expresada.

En nuestro país, a lo largo de su historia, la tradición jurídica ha respetado aquella voluntad de manera transversal. En la época colonial, la corona española instauró su derecho propio como legislación vigente, tal cual lo dictaba el derecho común de la época, a saber, en las tierras ganadas se aplicaba el derecho del conquistador. Así comenzó a regir el derecho proveniente del reino español. En su legislación, se distinguían importantes leyes como: La Novísima Recopilación, la Nueva Recopilación, Leyes de Estilo, Leyes de Toro, Fuero Rea, Fuero Juzgo y las 7 Partidas. Esta última legislación es la que nos interesa, ya que se transformó en el derecho supletorio. Las llamadas 7 Partidas son un cuerpo normativo, redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X, con el objetivo de dar uniformidad a la legislación del reino. Desde este momento, en nuestro territorio, incluso antes de que nuestro país se llamara Chile, ya se respetaba la voluntad del causante, específicamente se regulaba en la Partida Sexta que habla “de las herencias y los testamentos”, mencionando luego que:

“mostraban gran seso los que a su muerte sabían ordenar y poner lo suyo en tal recaudo del que ellos recibiesen placer e hiciesen provecho de su alma, quedando después de su muerte lo suyo sin duda y sin contienda de sus herederos.” (Partida Sexta, De las Herencias y los Testamentos, título I: de los testamentos).

Si nos remontamos a la fuente de esta institución contenida en Las siete Partidas, nos encontraremos en el derecho romano y canónico.

Cabe preguntarnos si esta voluntad, dejada por el causante para su posteridad, es toda poderosa. Ya manifestamos que, en la sucesión intestada, al no existir voluntad, es el legislador, quien la suple e instala por completo sus términos, pues goza de toda razonabilidad por los motivos ya expresados. Buscando la respuesta a esta interrogante, encontramos que

la voluntad del testador no es, en lo absoluto, todopoderosa y libre, debiendo respetar, estrictamente, ciertos límites impuestos por el legislador.

3. Limitaciones a la voluntad del causante

A pesar de que nos parece correcto que la voluntad del causante, respecto de sus bienes, debiera ser totalmente libre, no lo es y tampoco lo ha sido a lo largo de la historia. Para esto expondremos dos ejemplos: el primero, son las llamadas asignaciones forzosas y el segundo, un antecedente histórico de una limitación que perduró por muchos años en nuestra legislación: los mayorazgos.

A. Asignaciones forzosas

La palabra testamento proviene del latín “*testatio mentis*” que se traducen como “testimonio de la mente”. El testamento es el elemento generador de la sucesión testada y contenedor de la voluntad del causante. Debe cumplir ciertos requisitos tanto de forma como de fondo y son, precisamente, estos requisitos de fondo los que limitan la voluntad del testador. Existen tres límites para el testador, derivados de lo que la ley y la doctrina han llamado como “asignaciones forzosas”. Al respecto, el profesor Meza (2008) ha mencionado que “el Código Civil ha consagrado un sistema de libertad restringida de testar”, de esta forma, si el testador deja descendencia sólo le es posible disponer libremente de la cuarta parte de sus bienes. Si carece de ella, lo que la ley llama como “asignatarios forzosos”, en ese caso podrá disponer con entera libertad de sus bienes.

Meza menciona que Andrés Bello era partidario del sistema de libertad de testar; aquél, citando a Bello, menciona que:

“En el corazón de los padres tiene el interés de los descendientes una garantía mucho más eficaz que la protección de la ley y el beneficio que deben éstos alguna vez a la

intervención del legislador es más que contrapesado por la relajación de la disciplina doméstica, consecuencia necesaria del derecho perfecto de los hijos sobre casi todos los bienes del padre.” (2008, p. 99)

Bello, a pesar de lo antes mencionado, instauró el ya conocido sistema de testar y concluye que:

“A pesar de estas consideraciones que creemos justificadas por la experiencia, ha conservado este Código las legítimas, aunque acercándose más al nivel de las Partidas y de la legislación romana que al del Fuero Juzgo, Fuero Real y las Leyes de Toro.”
(Ídem)

Meza considera que la principal razón de esta diferencia entre la opinión del autor y el resultado final de la redacción, se debe, principalmente, a la tradición milenaria que lo sustenta. Este pareciera ser el método más adecuado y benéfico en la época.

El profesor Meza nos explica que, por regla general, las disposiciones de la ley son supletorias de la voluntad del testador, así las normas que el causante ha señalado en su testamento, prevalecen respecto a las normas legales, salvo calificadas excepciones. (Meza Barros, 2008). Pero, en las asignaciones forzosas encontramos una excepción, ya que son límites a la libertad de testar, y el causante está obligado a respetarlas aún en perjuicio de las disposiciones que pueda disponer en su testamento, así el art. 1167 inciso 1° menciona que son aquellas que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Las asignaciones forzosas son tres: la primera, son los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; la segunda, las legítimas; la tercera, la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge.

Las normas que tienen relación con las asignaciones forzosas son de orden público y, por ende, indisponible para el causante. De hecho, la ley emplea diferentes métodos para su protección. Hay dos métodos fundamentales para su respeto y protección. El primero de ellos

es la acción de reforma de testamento, que tiene como finalidad que se respeten las asignaciones forzosas de los legitimarios y del cónyuge sobreviviente, al buscar la modificación de las disposiciones del testamento impugnado. El segundo, se encuentra en la formación de los acervos imaginarios a que se refieren los arts. 1185 y 1186 del Código Civil (Meza, 2008).

Las asignaciones de mayor importancia son las legítimas y la cuarta de mejora, derivado de su mayor aplicación. Con arreglo al art. 1181 del Código Civil, la legítima se define como: “Aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”. Esta institución tiene sus orígenes en el derecho romano: “Es el derecho de Justiniano el que acabó de modelar la institución. La legítima se fijó en la tercera parte de la herencia, si el causante dejaba hasta tres hijos y en la mitad, si dejaba cuatro o más” (Meza, 2008). Los beneficiarios de la legítima reciben el nombre de “legitimarios” y están señalados de forma taxativa en el art. 1182 del CC. son:

1. Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;
2. Los ascendientes
3. El cónyuge sobreviviente.

Por lo tanto, la ley vuelve merecedoras de la mitad de la herencia a estas personas por su mera existencia, sumado a la comprobación de su parentesco. Cabe destacar aquí que el legislador permite gozar de los bienes -que en algún momento fueron de propiedad del causante-, a estos grupos de personas, incluso cuando esto estuviera en contra de la voluntad del causante y más allá, incluso, cuando aquello quedó plasmado de forma indubitada en un testamento. Cosa parecida ocurre con la cuarta de mejoras⁵, esta asignación forzosa, según

⁵ Esta institución fue desconocida por Andrés Bello y fue introducida por la Comisión Revisora del Proyecto de 1853. El proyecto de 1853 establecía que la mitad de los bienes correspondía a las Legítimas y que la mitad restante de la herencia era de libre disposición del causante. Al introducir la Cuarta de Mejoras, la Comisión Revisora redujo a la mitad la parte que es de libre disposición del causante y dispuso que la otra mitad era de relativa libertad para el mismo, ya que sólo podía favorecer con ella a quienes la norma designaba. Así, nos menciona el profesor Meza que el Código se mantuvo fiel a la tradición española. Las leyes españolas fijaban las legítimas en las cuatro quintas partes de la herencia; la facultad de libre disposición quedaba circunscrita a la quinta parte restante. Pero el causante podía disponer de un tercio de los cuatro quintos destinados a las legítimas para beneficiar a sus descendientes legítimos, aunque no tuviera derecho a suceder por tener padres vivos. Esta mejora del tercio, típica de la legislación española, es el antecedente de nuestra Cuarta de Mejoras. Pero la mejora del tercio se extraía de la parte destinada a legítimas, en cambio, la Cuarta de Mejoras se obtiene reduciendo la parte de libre disposición (Meza Barros, 2008)

el art. 1167 n°3 tiene lugar en la sucesión de los descendientes, ascendientes y del cónyuge. Esta asignación forzosa, básicamente, es la cuarta parte de los bienes del difunto, de los cuales el testador puede asignar a voluntad, siempre y cuando sean algunas de las personas que expresa el art. 1184 del CC., esto es: los descendientes, los ascendientes o el/la cónyuge sobreviviente. Así las cosas, esta institución solo tiene su existencia en la sucesión testada y tiene como finalidad aumentar la herencia de alguna de estas personas.

En un primer término, podemos constatar que aun cuando el causante expresa, de forma previa a su muerte, su voluntad para disponer de sus bienes, esta voluntad está sometida a variados límites sustantivos que la vuelven en grandes términos irrelevante.

B. Un antecedente histórico: los mayorazgos

Como bien dijimos, la facultad de disponer mortis causa de los bienes, es una facultad que poseen todas las personas cada vez que celebran un testamento, en el cual ordenan los activos y pasivos para luego de su muerte. Esta voluntad de disposición *post mortem*, como vimos en el apartado recién pasado, se encuentra limitado por las asignaciones forzosas, cuestión que encuentra su fundamento en un principio protector de la familia, que el legislador asume como propio.

Actualmente, no existen otras limitaciones de fondo más que las ya mencionadas; pero en el pasado sí las hubo. Existió cierta institución que limitó, fuertemente, la facultad de disposición mortis causa, tanto así, que el causante no podía disponer, en lo absoluto, del activo de mayor importancia -por regla general- de aquellos tiempos.

Los mayorazgos y su abolición fue una controversia que, en Chile, duró más de cuarenta años (1820-1860), sufriendo constantes cambios que afectaron, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en la naciente República.

La institución del mayorazgo, propia del derecho civil, consistía en un sistema de reparto de bienes que beneficiaba al mayor de los hijos, tras la muerte del padre de familia; de manera que el grueso del patrimonio familiar no se fragmentaba en distintos herederos poseedores, sino que mantenía su unidad en posesión del varón primogénito. Íntimamente

ligada a una posición aristocrática, el cabeza de familia transmitía, por causa de muerte, el núcleo del patrimonio familiar al sucesor legal. Fue definido, en su época, como: “el derecho del primogénito a suceder en los bienes bajo la condición de que se conserven por completo y perpetuamente en la familia. De esta definición se extrae, como característica principal, la inalienabilidad de la propiedad de la universalidad heredada, instaurada a perpetuidad, manteniéndose la voluntad del causante en las sucesivas sucesiones en el núcleo familiar.

Su establecimiento en España se remonta al siglo XIII, en el reinado de Alfonso X, donde se encuentran los primeros antecedentes de imposición de cargas de inalienabilidad a bienes raíces (Sempere y Guarinos, 1805). Sin embargo, fueron las Leyes de Toro de 1505 las cuales se ocuparon de su regulación orgánica. Se estableció mediante estas que un testador podía, libremente, instituir un mayorazgo con permiso del monarca (Amunátegui Solar, 1901). Estas disposiciones que consagraban libertad para instituir mayorazgos sujeta a aprobación real, fueron modificadas en 1789 de la mano de Carlos IV, mediante cédula real de 14 de mayo, donde se modifica el sistema de creación de mayorazgos, pasando de aprobación real hacia la necesidad de otorgamiento de licencia real, la cual sería concedida en caso de que el mayorazgo estuviese avaluado en una determinada cifra:

“[...] por real decreto [...] he resuelto: que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos [...] ni prohibir perpetuamente la enajenación de bienes raíces o estables por medios directos o indirectos, sin preceder licencia mía, o de los reyes mis sucesores, la cual se concederá a consulta de la cámara, precediendo conocimiento de sí el mayorazgo o mejora llega o excede tres mil ducados de renta.” (Sempere y Guarinos, *op cit*).

Nos consta que el mayorazgo consistía en una vinculación mediante la cual su fundador (el causante), por medio de concesión real, limita el modo de transmisión del dominio de ciertos bienes y derechos, sujetándolos a un orden sucesorio determinado que se mantiene inalterado a lo largo de sucesivas transmisiones por causa de muerte, de manera que los bienes o derechos comprendidos en dicha vinculación, sean inalienables e indivisibles. De esto se extrae el hecho de que quien adquiere un mayorazgo mediante sucesión, adquiere la propiedad de los bienes sin poder disponer de ellos, es decir, sin poder usar, gozar y disponer

libremente y a cabalidad de los atributos del dominio. Se trata de una institución propiamente feudal, la cual buscaba preservar y acrecentar la acumulación de capitales en el seno de familias que ostentan una posición de poder.

C. Discusión en torno a la abolición de los mayorazgos

En América, bajo la dominación española, el privilegio de constituir mayorazgos fue concedido por primera vez en 1529, bajo la vigencia de las ya citadas Leyes de Toro. En el Chile colonial, el primer mayorazgo instituido fue el de Sierra Bella, establecido por Pedro de Torres para su sucesión, obteniendo licencia real para su fundación el día 4 de agosto de 1684 (Amunátegui Solar, *op cit*). Entre esta fecha y 1810, se fundaron otros 13 mayorazgos en el territorio chileno, a los que se suman otras 7 vinculaciones que producían efectos semejantes.

Para estos efectos, es patente que el proceso chileno de independencia política, desarrollado entre 1810 y 1818 no supuso de inmediato la independencia jurídica de la naciente república (Salinas Araneda, 2000). El derecho heredado de la monarquía española siguió vigente, con matices. En lo referido al derecho público, sí se produce una ruptura. Desde un primer momento, comenzó a ser sustituido por un nuevo ordenamiento jurídico que buscaba adecuar la organización del país, conforme a las estructuras republicanas, como atestiguan la consagración de 5 constituciones distintas en diez años (1818, 1822, 1823, leyes federales de 1826 y liberal de 1828). Por otra parte, en relación al ámbito del derecho privado, se dio un fenómeno de continuidad de sus instituciones, confirmando la vigencia del derecho heredado de la colonia mediante reformas puntuales que se estimaron necesarias (Guzmán Brito, 1982). En medio de las instituciones que se mantuvieron inmaculadas, tenemos la de los mayorazgos, la cual, en palabras de Francisco Bilbao, antes de la Constitución de 1828 los mayorazgos se mantenían tal como habían sido instituidos por las leyes españolas, observándose todo lo prescribían. (Bilbao, 1850). Como bien nos instruye el citado autor, el punto de quiebre relacionado a la institución se produjo el 8 de agosto de 1828 con la promulgación y consiguiente entrada en vigencia de la Constitución liberal. Esta disponía, en su artículo 126 que “[...] **Quedan abolidos los mayorazgos para siempre y todas las vinculaciones que impidan el libre enajenamiento de los fundos. Sus actuales poseedores dispondrán de ellos libremente, excepto la tercera parte de su valor que se reserva a los inmediatos sucesores, quienes dispondrán de ellos con la misma libertad**”

(Constitución Política de la República de Chile. Artículo 126. 9 de agosto de 1828). La disposición citada abolió la institución, anulando, su primer efecto: la inalienabilidad que recae en los bienes raíces sobre los cuales se fundaba el mayorazgo, disponiendo asimismo que el actual poseedor podía disponer libremente de dos tercios de los terrenos, guardando un tercio del fundo para su inmediato sucesor, quien, a su vez, también podría disponer libremente.

Del análisis del artículo 126 y de la misma institución, se pueden inferir distintas conclusiones jurídicas. Al constituirse los mayorazgos, fruto de la voluntad de un testador, y transmitiéndose sucesivamente entre los primogénitos del tronco familiar, bajo el gravamen de la inalienabilidad impuesta por el testador constituyente, podemos inferir que la posición jurídica que se transmite mediante herencia, es la de usufructuario del derecho de propiedad sobre los bienes que componen el mayorazgo, debido a que estos no ostentan la capacidad de disponer libremente de dichos bienes, facultad más característica del dominio. Por su parte, el artículo produciría el efecto de desvincular los bienes, estipulando que: “sus actuales poseedores dispondrán de ellos libremente excepto la tercera parte de su valor que se reserva a los inmediatos sucesores”, lo que, en opinión de Bilbao, le otorgaba directamente la propiedad sobre dos tercios de los vínculos, mejorando la posición jurídica de los poseedores, constituyéndolos como dueños, más que usufructuarios del derecho de dominio. (Bilbao, 1850).

Esto supone un claro golpe a la elite tradicional residente en el país, en tanto grupos familiares. No obstante, en nuestra opinión, fue positivo para los actuales poseedores, mejorando su posición jurídica frente a los bienes amayorados. Constituía una de las formas de desarrollo del principio de igualdad consagrado en el artículo 125: “Todo hombre es igual ante la ley” (Ídem). El propio artículo 126 contiene otras disposiciones interesantes al respecto, señalando que: “Todo chileno puede ser llamado a los empleos. Todos deben contribuir a las cargas del Estado en proporción de sus haberes. No hay clase privilegiada” (Ídem). La Constitución liberal, fiel a su ideario, otorga un significado amplísimo al principio de igualdad ante la ley, dotándolo, inclusive, de una connotación patrimonial.

Sin embargo, esta abolición de los mayorazgos no fue, sino el fruto de sucesivos intentos por eliminar esta institución, que se juzgaba en aquellos tiempos, como dañina para el progreso social. En efecto, Bernardo O’Higgins fue quien intentó suprimir los mayorazgos, por primera vez, de manera infructuosa. Antes, el 22 de marzo de 1817 -durante los primeros

días de su administración como Director Supremo- decreta la abolición de los títulos de nobleza y la destrucción de los escudos de armas, lo que sería un primer paso, ganándose la antipatía de la aristocracia criolla. Con posterioridad, el 6 de junio de 1818, dicta un decreto que abolía los mayorazgos. Y pese a que, en palabras de Manuel Egidio Ballesteros, la opinión pública generalizada estuviese de acuerdo con dicha abolición al considerarla:

“[...] una causa de desigualdades chocantes entre individuos de una misma familia, y aunque los hombres de mayor cultura veían en ellos una causa de atraso industrial por el descuido con que eran administrados los bienes amayorazgados y por la indivisión y la inmovilidad de la propiedad territorial, aquella reforma provocó todo orden de resistencias, y desde el primer anuncio de haberse decretado, suscitó una dificultad que no podía resolverse sino después de un serio estudio para establecer el modo y forma de la ex vinculación de las propiedades amayorazgadas y del momento en que debía hacerse según las condiciones de familia de los poseedores, y según las cláusulas y accidentes de la fundación, que solían ser muy variadas” (Ballesteros, 1908, pp. 843-844))

De manera que, el revuelo producido por la medida sirvió como freno para su efectiva imposición. Así:

“Estas dificultades exageradas sin duda, por los que tenían interés en la subsistencia de los mayorazgos, fueron causa de que el decreto no se publicara siquiera entonces, y si bien aquellos quedaron en pie, la resolución gubernativa sirvió para que no se tratase de fundar otros nuevos” (Ballesteros, 1908, p. 844).

Como dijimos, este no sería sino el primer intento, al cual le siguieron sucesivas tentativas en los años 1823, 1825 y 1827, para, finalmente, ser consagrada dicha abolición en la Constitución de 1828.

Los posteriores intentos fueron por medio de iniciativas legislativas. El segundo de estos, en 1823, encontró férrea resistencia por parte de los poseedores de mayorazgos. En sesión del 4 de septiembre, el diputado Joaquín Larraín presentó un proyecto de ley sobre supresión de mayorazgos. Para proceder a su discusión y eventual aprobación, se consideró necesario que los poseedores de mayorazgos fueran oídos y redactaran observaciones al proyecto de ley. Según Gabriel Salazar (2005), la presentación de los "poseedores" argumentaba que los mayorazgos derivaban del derecho natural inherente a "la familia", donde la propiedad de bienes materiales, la primogenitura y la herencia por sucesión estaban intrínsecamente ligadas a su esencia. Esto implicaba que ningún cuerpo legislativo, al operar únicamente en el derecho positivo, tenía la capacidad de violar los principios del derecho natural. En consecuencia, la institución del mayorazgo se consideraba políticamente intocable e inquebrantable.

Adentrándonos plenamente en la discusión constituyente de 1828, resulta interesante analizar los argumentos vertidos por quienes buscaban la mantención de los mayorazgos como institución jurídica. Esto debido a que a diferencia de las experiencias que le precedieron, en este caso hubo una recepción positiva por parte importante de los poseedores de mayorazgos. De esta manera, los poseedores de los mayorazgos: Prado, Larraín Vicuña, Lecaros Ovalle o Quinta Alegre, entre otros, suscribieron en enero de 1827 la carta titulada "Los actuales poseedores de mayorazgos de Chile apoyan la justicia con la que la representación nacional ha decretado su reducción al valor primitivo en que se fundaron". Al contrario, quienes se opusieron de manera férrea a la abolición de los mayorazgos, mientras se discutía en el proceso constituyente de 1828, fueron los sucesores inmediatos de estos, quienes se veían claramente perjudicados.

Esta postura de mantención del sistema es defendida por Juan Egaña en "Memoria sobre Mayorazgos" emitida con fecha 2 de junio de 1828, en representación de quienes estaban llamados a suceder. En esta, el citado autor defiende su posición, esgrimiendo tres tipos de argumentos: razones de incompetencia por parte del congreso constituyente de 1828, razones de justicia y razones de economía y política.

En primer lugar, se aborda la supuesta incompetencia del Congreso Constituyente de 1828. Al respecto, Egaña es categórico al delimitar las prerrogativas y atribuciones del organismo citado, afirmando que "El objeto de un Congreso constituyente es dictar las leyes

que formen la constitución del Estado.” Recurre a un autor extranjero, Destutt Tracy, para afirmar que estas serían:

“[...] Únicamente aquellas que arreglan la distribución de los poderes políticos, porque la constitución de una sociedad no es otra cosa que la colección de los reglamentos que determinan la naturaleza, la extensión y los límites de las autoridades que la gobiernan.” (1828, pp. 4-5)

De esta manera, arremete contra el constituyente de 1828 y su decisión sobre los mayorazgos afirmando que:

“La correspondencia entre estas leyes fundamentales y la ley de mayorazgos, se nos escapa, porque no comprendemos a qué poder constitucional, a qué título de la constitución se agregue una ley que afecta a cierto número de individuos, a una parte pequeña de los bienes que forman la riqueza general. Es ciertamente absurdo que los legisladores constituyentes se conviertan en jueces y partidores. Su misión augusta se desvirtúa en un compromiso en que se deslinden acciones particulares.” (p. 5)

De esta forma, Egaña suscribe a una visión determinada de la labor constituyente, criticando efusivamente el que se integren visiones ideológicas -el liberalismo- en un instrumento que, a su criterio, debiera tener una connotación neutra, de organización de los poderes, y más allá de aquello, se estaría extralimitando en sus atribuciones, calificando este hecho como un peligro para la sociedad.

En segundo lugar, y de gran relevancia para la discusión que abordamos en este trabajo, Egaña procede a esgrimir lo que él califica como “razones de justicia”. Es interesante, por cuanto se alude a conceptos tales como: la seguridad jurídica, los derechos adquiridos y las meras expectativas. Así, parte la exposición de este segundo punto, afirmando que:

“Entre los bienes de los hombres no solo se cuentan las propiedades actualmente ocupadas, sino también, los derechos [...] , y en general los bienes que se llaman incorporeales, por lo que en lo legal y político vale tanto la propiedad actualmente ocupada como un derecho futuro, pero cierto y garantido por las leyes de la sociedad: lejos de nosotros la idea de creer que solo existen propiedades reales, cuando en el cúmulo de las propiedades humanas, la menor parte está ocupada y poseída; y la mayor consiste en derechos actuales y expectativas legales: desde luego la propiedad que es inviolable en los actuales poseedores de mayorazgos, es igualmente indestructible en todos los nacidos que hoy existen y se presentan en la sociedad con el derecho de sucesión a estos vínculos.” (pp. 7-8)

Egaña sostiene que la posición jurídica de quienes tienen expectativas de suceder sería inviolable y, por ende, no podría afectarse mediante la dictación de una nueva Constitución, aun cuando no se haya producido la muerte del titular, hecho que, como bien sabemos, es la condición necesaria para la apertura de la sucesión y la transmisión de la propiedad de los bienes hacia los herederos. Antes del fallecimiento del titular resulta difícil argumentar que las expectativas de suceder se encuentran protegidas, por cuanto este es un hecho de plazo incierto. La muerte es el final inevitable para todo hombre, pero de esto no se sigue necesariamente que quién esté primero en la línea de sucesiones vaya a heredar. Múltiples situaciones podrían presentarse, como, por ejemplo, que el heredero no sobreviva al poseedor actual, falleciendo en el plazo intermedio y, por ende, no ser llamado a la sucesión al no existir al momento de apertura de esta.

En suma, pareciera que le asigna a las “esperanzas creadas” o meras expectativas el mismo valor que a un derecho adquirido, homologando la situación jurídica del poseedor actual con la de sus herederos, cuestión que como veremos en el siguiente apartado es erróneo. A pesar de que la ley de efectos retroactivos se encarga de sellar las fronteras de cada uno de los términos en cuanto a sus consecuencias jurídicas, recordemos que su publicación se efectuó en 1861, treinta años después del debate que analizamos, por lo que es probable que existiese confusión conceptual al respecto.

Alude igualmente a la seguridad jurídica, al afirmar que: “Privar a los sucesores de su legal expectativa es [...] inmolarse [...] el principio de la seguridad que exige la conservación de todas estas esperanzas, y prescribe que los acontecimientos en cuanto dependen de las leyes sean conformes a las esperanzas que estas han producido”. (p. 8)

Finalmente, defiende los mayorazgos en cuanto estos serían expresión de la libre disposición del causante, atributo esencial del dominio, y muestra una clara oposición al establecimiento de leyes con efecto retroactivo que afecten derechos adquiridos al afirmar que:

“Es una omnipotencia abusiva y prohibida por todos los principios naturales, legales y políticos dar a las leyes efecto retroactivo, y aplicar penas y derechos sobre hechos que anteceden a la misma ley. Podrá ciertamente un cuerpo legislativo mandar que no se establezcan vinculaciones; pero no podrá aniquilar las ya establecidas, ni anular los derechos adquiridos por los que han nacido y existen con anterioridad a su mandato.”

(Egaña, 1828, pp. 13-14)

Como tercer eje de su argumentación, Egaña alude a razones de “economía y política”. En estas, haciendo referencia al célebre filósofo Jeremy Bentham, asevera que el Estado y sus leyes deben respetar y conservar la “distribución natural de la propiedad”, dada por razones históricas, afirmando que no existiría algún modo o forma de propender hacia una distribución más justa o que aumente la felicidad, debido a que siempre habría personas que verían afectados sus legítimos intereses.

De esta manera, indica que el sistema republicano debe preocuparse de la igualdad formal de los sujetos, igualdad ante la ley, más que de la igualdad material de bienes. Satisfaciendo estándares de igualdad ante la ley -afirma- se cumplirían los principios democráticos. Todo esto, inspirado en un pilar que califica de fundamental: la seguridad, y así evitar ciclos sucesivos de violencia.

A su vez, para respaldar su postura se vale de una comparación con la discusión europea acerca de la abolición de los mayorazgos, donde aún se reconocían los mayorazgos y vinculaciones en la época.

Finalmente, en cuanto al sustento económico de la mantención de los mayorazgos, se apoya en Adam Smith para sostener que los mayorazgos, en tanto acumulación de capital, serían proclives a la creación de riquezas. De esta manera, asegura que las vinculaciones tendrían efectos positivos en los territorios donde se alzan, argumentando acerca de una mejor productividad agrícola y niveles de vida para los habitantes en general.

Al final, luego de una profunda crisis política que terminó en una guerra civil entre los años 1829 y 1830, la naciente República se enmarca en un nuevo proceso constituyente entre los años 1831 y 1833. El fruto de este, la Constitución de 1833, fue el marco constitucional que logró estabilidad en el tiempo, llegando a durar casi un siglo vigente. En esta: “las normas sobre la propiedad [...] reconocen de un modo amplio la protección de la propiedad en el intento de retrotraer la vigencia de las normas que suprimieron los mayorazgos y otras formas tradicionales de vinculación” (Ruiz Tagle, 2014, p. 31).

Efectivamente, del análisis de las actas del periodo, podemos apreciar que existió una voluntad política en ese sentido, por cuanto existieron propuestas para mantener la situación de los mayorazgos, las cuales fueron rechazadas. En este sentido, podemos nombrar la propuesta del señor Manuel José Gandarillas en la sesión número 74 del 6 de mayo de 1833: “La Constitución no reconoce mayorazgos ni especie alguna de vinculaciones que impidan la libre disposición de los fondos. Una ley especial arregla los derechos de los actuales poseedores y de sus sucesores”. La propuesta aludida fue modificada en la siguiente sesión: “La Constitución prohíbe toda vinculación que impida la libre enajenación de las propiedades. Una ley particular arreglará el modo de hacer efectiva esta disposición”.

Vemos como, progresivamente, se instala en el debate el consagrar, definitivamente, la libre circulación de bienes como principio fundamental en el ordenamiento jurídico, proscribiendo la posibilidad de que se constituyan vinculaciones. En este mismo sentido, se propone de manera alternativa la siguiente disposición, en caso de ser desechada la opción anterior: “Las vinculaciones de cualquiera clase que sean no impiden la libre enajenación de los bienes sobre que descansan. Una ley particular arreglará el modo de hacer efectiva esta

enajenación”. Podemos notar que se busca un mismo objetivo, siendo menos categórico en los términos; por una parte, una propuesta busca mantener la proscripción de los mayorazgos en tanto no serían reconocidos por la Constitución, mientras que, por otra, se remiten al término genérico de “vinculaciones”, privándole de su principal efecto, la inalienabilidad, y dotando al legislador de facultades para llevar a cabo la ex vinculación de los predios. Esta última correría la misma suerte que su antecesora, siendo rechazada en la sesión número 78 del 9 de mayo de 1833.

Finalmente, en la sesión 78 se llegaría a un acuerdo final respecto al balance entre las vinculaciones y la libre circulación de bienes. Luego de desechar la propuesta enunciada con anterioridad, el vicepresidente de la Gran Convención -el señor Antonio Elizalde- propone la siguiente disposición, la cual termina por aprobarse: “las vinculaciones de cualquier clase que sean, no impiden la libre enajenación de las propiedades sobre que descansan. Una ley particular arreglará el modo de hacer efectiva esta enajenación”. Acto seguido, el señor Mariano Egaña -curiosamente, hijo de Juan Egaña, acérrimo defensor de las vinculaciones, introduce una indicación para agregarse a la propuesta aprobada:

“Las vinculaciones de cualquiera clase que sean, tanto las establecidas hasta aquí como las que en adelante se establecieran, no impiden la libre enajenación de las propiedades sobre que descansan, asegurándose a los sucesores llamados por la respectiva institución, el valor de las que se enajenaron. Una ley particular arreglará el modo de hacer efectiva esta disposición” (La Gran Convención de 1831-1833, p. 333).

Esta sería la forma definitiva del artículo 162 de la Constitución de 1833, el punto final acerca de la discusión constitucional, relativa a mayorazgos y vinculaciones.

La transición constitucional entre 1828 y 1833 no deja de ser accidentada. Esto en relación a la forma, con una guerra civil de por medio, resultando victorioso el bando conservador e imponiendo su modelo autoritario. No obstante, pese a la aparente contraposición entre ambas cartas, en los hechos, la Constitución de 1828 traspasa parte importante de su cuerpo normativo a la Constitución conservadora, aunque tropieza con los mayorazgos y la Iglesia. En palabras del profesor Francisco Zúñiga (2010) “La Constitución

conservadora permitió imponer un orden político autocrático de formas republicanas [...] y con ello el “peso de la noche” o dominación social de las clases tradicionales, de un “orden señorial y jerárquico”, más todo el peso de la Iglesia (Zúñiga, 2010, p. 310)”.

En cuanto a los mayorazgos, la situación resulta, sin lugar a dudas, confusa. Se pasa de un régimen constitucional que es categórico en su abolición “para siempre”, así como efímero a un régimen que los tolera, no obstante, busca derogar su principal efecto jurídico: la inalienabilidad. Para este periodo de dudosa transición y restablecimiento, resulta especialmente elocuente lo sostenido por Francisco Bilbao en 1850 en su memoria: “Los mayorazgos están disueltos”. La tesis sostenida es bastante clara: los vínculos están disueltos, excepto los que se hayan fundado con posterioridad a 1833. Para darle sustento, Bilbao (1850), afirma que:

“Es bien sabido que la ley posterior deroga a la anterior y en consecuencia de este principio debemos sentar este otro: que la leyes sobre mayorazgos fueron abolidas por la Constitución de 1828, quedando estos disueltos. Desde esta fecha en nada tenemos que recurrir a la institución de los vínculos. [...] El artículo 126 citado disolvió los vínculos clara i terminantemente; no dejó la menor duda, ni pudo dar lugar a interpretación de ningún género. Pero de qué modo? [...] dando a sus actuales poseedores la propiedad sobre los dos tercios y reservando el tercio restante al restante al inmediato sucesor [...] los poseedores entraron entraron en propiedad de los dos tercios, fueron dueños legítimos de ellos.” (pp. 6-7)

Respecto a la derogación y entrada del régimen de la Constitución de 1833, explica que existen dos disposiciones a las cuales se les otorga el valor de restablecer los vínculos disueltos, dejando sin efecto los dispuesto en la Constitución liberal. En primer lugar, la ley de 15 de septiembre de 1832, la cual disponía que para la aplicación del artículo 126, se necesitaba especial declaración del cuerpo legislativo. Respecto a este punto, Bilbao declara que:

“ ... para que esta ley suspendiese los efectos del art. 126, era necesario que esos efectos estuviesen en suspenso; que aún no se hubiesen realizado, porque mal podría suspenderse lo que se había efectuado. [...] si el art. 126 tuvo sus efectos antes de la promulgación de la lei de 1832 [...] la lei posterior ningun valor tenia en cuanto no había antecedente; el supuesto de la lei no existía. [...] Los poseedores antes de la Constitución de 1828 tenían solo el dominio útil; el dominio directo no era de ellos, pertenecía a la masa moral de sucesores. [...] Vino la Constitución de 1828 i a los poseedores les confirió el dominio directo, aboliendo los vinculos i dandoles el derecho de disponer libremente de ellos. [...] Para que entraran en el ejercicio de ese dominio, era necesario tomar posesión i como se hallaban en el ejercicio de ella civil i naturalmente resulta que adquirieron la propiedad absoluta, propiedad que tenía por título una disposición constitucional.” (pp. 8-9) (sic)

Acto seguido, afirma que lo consagrado en la Constitución de 1828 produjo efectos desde su promulgación el 9 de agosto, quedando, en consecuencia, abolidos los mayorazgos. Por ende, la ley aludida nunca pudo cumplir su cometido jurídico, dudando, asimismo, que provocase el efecto de suspender la vigencia de una disposición constitucional, basándose en el principio de supremacía constitucional.

En segundo lugar, cita el artículo 162 de 1833. Afirma que este no pudo tener efectos derogatorios respecto del artículo 126 de 1828, porque este último le otorgó el derecho de propiedad a los poseedores; restablecer los vínculos disueltos significa privarlos de dicha propiedad. Así pues, basándose en las mismas disposiciones de 1833, el artículo 12 en su numeral quinto garantizaba la inviolabilidad de las propiedades. Dicha garantía del derecho de propiedad consistía en que nadie sería privado de su derecho de dominio, sino en virtud de una ley que declare la utilidad pública del bien determinado, además de indemnizar al dueño con el valor del mismo. Estas cuestiones no se verificaron, por lo cual, el artículo 162 no podría haber producido los efectos deseados.

Concluye entonces que:

“La Constitución ha supuesto establecidos los vínculos, no ha restablecido; luego es lógico que no teniendo efecto retroactivo las leyes sin que ellas lo expresen terminantemente, es legal concluir que el artículo 162 nada pudo destruir los efectos del art. 126” (p. 18).

Es interesante mirar esta difícil transición constitucional desde la óptica del derecho sucesorio. Al experimentar muchos cambios en un periodo de 15 años, es lógico que la posición de los herederos de poseedores o bien dueños de mayorazgos, sea confusa. No se sabría, a ciencia cierta, si al fallecer uno de estos, se debe proceder a la partición según el derecho hereditario vigente o bien los terrenos seguirían bajo el yugo de la inalienabilidad, manteniéndose su unidad y trasmitiéndose al primogénito. No había claridad respecto a cuáles eran las expectativas de sucesión de cada heredero, siendo ambas posibilidades muy distintas debido a la evidente falta de seguridad jurídica y claridad normativa.

El congreso de 1848 buscó estabilizar la situación mediante ley interpretativa de fecha 16 de diciembre: “La disposición del artículo 162 de la Constitución de 1833 no anula las disoluciones de vínculos que se hubiesen llevado a efecto con arreglo a la Constitución de 1828”. Esta, sin decir mucho, parece darle la razón a Bilbao, en cuanto a que no existirían más vínculos en el país que los generados con posterioridad a 1833.

Recién en 1852, el legislador se hizo cargo de la situación, llevando a cabo el mandato delegado por el constituyente de 1833 “Una lei particular arreglará el modo de hacer efectiva esta disposición”. Casi 20 años después, se dicta, un 14 de julio, la ley de ex vinculaciones, mediante la cual los bienes raíces vinculados podían hacerse comerciales y enajenables, cumpliendo con los siguientes requisitos:

1. Tasación de las fincas por tres peritos, nombrados por el actual poseedor, el inmediato poseedor y la Corte de Apelaciones.
2. Dicha tasación deberá someterse a aprobación de la Corte con audiencia del fiscal de la misma.

3. Del valor de dicha tasación, menos los costos de las diversas diligencias, se constituirá un censo sobre la finca exvinculada u otra que sea suficiente para garantizar el pago del rédito.
4. Dicha imposición censual se someterá a aprobación de la Corte de Apelaciones al igual que la tasación.

De esta manera, el célebre comentarista de la Constitución de 1833, Manuel Carrasco Albano le otorga, recién al hecho de dictarse esta ley, el valor de destruir la inalienabilidad en la propiedad de los mayorazgos, y comenzar con la erradicación definitiva de las vinculaciones:

“Así el presente artículo i la lei reglamentaria han destruido el primer defecto de los mayorazgos ---la inalienabilidad de la propiedad. Han vuelto a la circulación nacional esos valores inamovibles que estaban secuestrados de la riqueza nacional. --- Ha sido sin duda un gran bien; pero ¿la institución misma no ha sido abolida en casi todas las naciones modernas, como lo fue por nuestra Constitución de 28? Un paso ya está dado: no falta talvez mucho para que reciba el golpe de gracia.” (Carrasco Albano, 1874, p.197)

Finalmente, con la entrada en vigencia del Código Civil, en 1857, se asesta el “golpe de gracia” que Carrasco Albano esperaba. En el ideario de Andrés Bello, la libre circulación de la riqueza constituía un principio de orden público. En este cuerpo normativo, el artículo 747 dispuso que “Los inmuebles actualmente sujetos al gravamen de fideicomisos perpetuos, mayorazgos o vinculaciones, se convertirán en capitales acensuados, según la ley o leyes especiales que se hayan dictado o se dicten al efecto”.

Concluyendo, el proceso de abolición de los mayorazgos nos proporciona un valioso antecedente para los propósitos de este trabajo. Como institución heredada del feudalismo, contrariaba flagrantemente uno de los principios más importantes tanto del derecho sucesorio moderno como del republicanismo: la igualdad. Entre los herederos no existía igualdad alguna, privilegiando al primogénito, así como se dejaba en situación de indefensión al resto de los sucesores. Por otra parte, el hecho de que determinadas personas heredaran una gran masa de bienes como unidad, sin procederse a división alguna, propendía a la acumulación de

riquezas, así como imposibilitaba que nacieran nuevos propietarios, en consecuencia, resulta evidente que una de las primeras preocupaciones de los republicanos en Chile, fuera el terminar con los mayorazgos, una cuestión de política pública.

Lo interesante de este antecedente, más allá de consideraciones de orden político, es el hecho de que el constituyente de 1828 haya afectado la posición de los sucesores inmediatos. Estos alegaron que se vieron vulneradas sus expectativas de sucesión equiparándolas a la situación de los derechos adquiridos, argumentando que estas eran dignas de protección jurídica. Sin embargo, ¿es efectivo decir que la posición de los herederos se encuentra protegida por el ordenamiento, inclusive frente al constituyente? ¿Las expectativas de sucesión se encuentran dentro de la protección del derecho de propiedad? Son cuestiones relevantes que pretendemos abordar en el siguiente apartado de este trabajo.

D. Análisis respecto de estas limitaciones

Tal como mencionamos previamente, los casos que recién estudiamos son restricciones directas a la disposición mortis causa del causante. Por un lado, las asignaciones forzosas impiden que cualquier persona disponga de forma libre de sus bienes, ya que debe respetar aquellas condiciones impuestas por la ley. Por otro lado, el mayorazgo, que es un antecedente que nos confirma la existencia histórica de este tipo de restricciones, en este caso el heredero primogénito adquiere la finca principal gravada, por tanto, no puede disponer de ella de forma libre, impidiendo su enajenación.

Entonces, ¿Es la voluntad del legislador, el elemento que le otorga validez a la voluntad dispositiva post mortem respecto de los bienes de las personas? La pregunta no es baladí, ya que recordemos que es el legislador quien tiene la facultad constitucional, derivada del art. 19 n°24, de establecer los modos de: adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad y de delimitar las cargas derivadas de su función social. Por tanto, el legislador para cercenar, de esta forma, la voluntad dispositiva de una persona, debería de esgrimir razones suficientes que avalen su actuar. Consideramos que estas restricciones responden, prima facie, a justificaciones derivadas de la función social de la propiedad, contenida también en la Constitución.

Nuestra actual Constitución de 1980 reconoce como grandes límites al derecho de propiedad: la expropiación y la función social de la propiedad. Entendiendo a la expropiación como una limitación extrínseca y la función social como una limitación intrínseca. La función social de la propiedad no es un concepto nuevo en nuestra historia constitucional, ya en la Constitución de 1925 se reconocía a la función social de la propiedad como un límite de la misma. Aquella carta magna disponía en su artículo 10° que se:

“... asegura a todos los habitantes de la República: (...) 10.° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna” reconociendo, que este derecho no es absoluto y que “está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y progreso del orden social”.

Habilitando al legislador a “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” (sic). Cabe destacar que el origen de nuestra consagración de la función social se encuentra en la Constitución alemana de Weimar de 1919 que en su artículo 153 señalaba que “la propiedad obliga” y que “su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general”, y en la Constitución mexicana de 1917 que en su artículo 27 señala que “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público (...) para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación”.

Luego de reconocerse por la Constitución de 1925, se transmite a nuestra Constitución de 1980, pero queda limitada a “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”, reduciéndose, por tanto, las causales según las cuales es aplicable. Actualmente, si revisamos la propuesta constitucional emitida por la Convención Constitucional, nos damos cuenta de que se encuentra regulada la función social en su artículo 78, el cual menciona que: “Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica”, por lo que se conserva el concepto de función social y ligado a la voluntad legislativa, pero de una forma mucho más amplia, al no observarse límites constitucionales a la misma. Por otra parte, el anteproyecto de Constitución,

emanado de la Comisión de Expertos del Proceso Constitucional de 2023, indica que: “solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.”

La función social de la propiedad es un concepto constitucional que, actualmente, no se encuentra definido por nuestra Constitución. Existen algunas referencias en el proceso de elaboración de la Constitución de 1980 (Sentencia del Tribunal Constitucional rol 245-96, 1996). Y en el Memorándum del 16 de agosto de 1978, dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al presidente de la República, se señala que: “la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él”, por tanto, se reconocen intereses colectivos, los cuales deben ejercerse con armonía del derecho de propiedad (Peralta, 2019), y es en este sentido en que “las limitaciones al dominio” constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 1978).

Ha sido nuestro Tribunal Constitucional quien ha intentado dotar de contenido a este concepto; en este sentido el Tribunal Constitucional ha dicho que la función social de la propiedad significa que la propiedad:

“tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: “la propiedad obliga”, para hacer notar que el dominio, además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad.” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 245-96,1996, Considerando vigésimo quinto)

Posteriormente, ha mencionado que:

“... la función social de la propiedad es la que permite equilibrar el interés privado que alimenta y orienta el ejercicio del haz de derechos que la constituyen y el interés público

que justifica su protección como derecho fundamental.” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2643-13, 2015, Considerando décimo)

Así las cosas, queda claro que la función social habilitaría al legislador a restringir y limitar la voluntad de disponer en vía hereditaria de las personas, esto, claro, si asumimos que la facultad de disposición mortis causa de los bienes es parte integrante del derecho de propiedad, cuestión que será discutida en el capítulo final de este trabajo.

Empero, ¿cuáles fueron las razones que esgrimió el legislador para justificar las asignaciones forzosas, restricciones que hasta el día de hoy nos acompañan?, vale mencionar que en el año que se redactó el Código Civil, no existía el concepto de función social de la propiedad, por tanto, no existe mención expresa a ella: pero consideramos que sus argumentos se asemejan mucho a lo que se puede considerar como la misma. Estas razones las podemos encontrar en el mensaje del Código Civil de don Andrés Bello del año 1855, donde menciona:

“En cuanto a legítimas y mejoras, la mitad de lo que habría cabido a cada uno de los legitimarios o herederos forzosos sucediendo *ab intestado*, forma su legítima rigurosa, que se puede aumentar considerablemente, pero no disminuir ni gravar en ninguna manera”.

Con esta frase, Bello nos explica que las legítimas no pueden ser disminuidas por ninguna razón. El motivo de esto lo menciona, en el mismo mensaje, al decir que:

“Por lo demás, cada persona tiene durante su vida, la facultad de hacer el uso de sus bienes que mejor le parezca; sólo en casos extremos interviene la ley imputando a la mitad o cuarta de libre disposición el exceso de lo que se ha donado entre vivos, y en caso necesario revocándolo.”

Continúa:

“Se ha creído conciliar así el derecho de propiedad con la obligación de proveer al bienestar de aquellos a quienes se ha dado el ser, o de quienes se ha recibido (...) El Proyecto se ha limitado a reprimir los excesos enormes de liberalidad indiscreta, que si no es a la verdad, los más de temer contra las justas esperanzas de los legitimarios, es lo único a que puede alcanzar la ley civil, sin salir de sus límites racionales, sin invadir el asilo de las afecciones domésticas, sin dictar providencias inquisitorias de difícil ejecución y después de todo ineficaces.”

Según todo lo ya dicho y con estas referencias, nos queda claro que las restricciones a la voluntad del causante encontraban su justificación en una concepción decimonónica del legislador respecto de la familia. Así, el legislador impone estas restricciones en pos de proteger a la familia, considerando que los padres debían de proveer a su descendencia y en caso de faltar estos a sus progenitores, incluso más allá de su propia libertad, ya que sanciona con nulidad las enajenaciones que el legislador considera negativas para estos fines.

Cuestión parecida encontramos, si analizamos las razones que subyacen a las restricciones que impone el mayorazgo sobre la voluntad del causante, adquirente del predio gravado. Si entendemos que la concepción de la vida en familia del siglo XVIII, giraba en torno a la administración de la finca y que, además, implicaba una compleja red de relaciones sociales y económicas que sustentaban la sociedad de ese entonces, es que podemos comprender el porqué de aquellas restricciones.

Por tanto, nos encontramos con la inevitable conclusión de que el legislador, a lo largo de la historia, ha limitado la voluntad del causante respecto de la disposición mortis causa de sus bienes, aduciendo motivos de índole social. Entendemos que, en las épocas de referencia, en las cuales se concibieron estas limitaciones, aún no existía la recepción del concepto de limitación de la propiedad en pos de la sociedad o, mejor dicho, función social de la propiedad; pero nos parece que los presentes ejemplos no son, sino limitaciones a la propiedad del causante en su fase de disposición post mortem.

4. Protección de los derechos de los herederos

Hasta el momento hemos mirado la escena jurídica desde la óptica del sucesor, cuestionando si su voluntad destinada a disponer de sus bienes para después de su muerte, obliga a nuestra sociedad y los motivos que tiene la sociedad y el legislador para respetar aquella voluntad de disposición.

En este apartado, analizaremos la situación jurídica de los otros sujetos que se verían afectados por un cambio legislativo en materia de disposición mortis causa: los herederos. Para esto analizaremos las diversas problemáticas que nos presenta el actuar del legislador al momento de dictar leyes sucesivas sobre la misma materia, extrapolando aquello a la situación de los herederos.

Primero analizaremos la teoría más tradicional al respecto, es la “teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas”⁶ y segundo analizaremos la teoría de Paul Roubier llamada “Teoría del efecto inmediato de la ley nueva”. Luego, daremos aplicación de estas teorías a los problemas planteados, anteriormente, respecto de una posible modificación de la sucesión por causa de muerte.

Tal y como lo señala José María Suárez (2005), la retroactividad⁷ “es, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos,

⁶ Teoría que tiene su origen intelectual en Portalis, colaborador redactor del Código Civil, pero que comenzó su reconocimiento luego de la obra de Blondeau, expuesto en su obra “Essai sur ce qu'on appelle l'effet rétroactif des lois” o en español, Ensayo sobre el llamado efecto retroactivo de las leyes, publicada en 1809.

⁷ Para nuestros efectos, la noción de retroactividad será utilizada en la forma que se expresa más arriba. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que se le han asignado desde hace bastante tiempo variados matices a la noción de retroactividad, así por ejemplo, con ocasión del análisis del art. 44 de la Ley de instrucción primaria y secundaria del 9 de enero de 1879, que establecía la aplicación retroactiva de la gratificación por años de servicio de los funcionarios docentes de los establecimientos de instrucción, la Corte Suprema en un fallo de 1882, caratulada Silva e Icaza con Fisco, estableció tácitamente la existencia de 3 alternativas de análisis:

1) Efecto inmediato de la ley: que implicaba que no se computaban los plazos de los servicios ya prestados. Acá, se considera como una alternativa a la retroactividad de grado mínimo, consistente en que “a ley nueva se aplica sólo a los efectos futuros, nacidos después de su entrada en vigor, aunque provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad.

2) Retroactividad fuerte, que implicaba computar los plazos de servicios ya prestados y pagar lo que se hubiera debido si la norma hubiera regido desde antes, a más de las gratificaciones que regían desde la fecha de entrada en vigor de la ley.

3) Retroactividad débil, que consiste en computar los plazos de servicios ya prestados para el cálculo de si había o no derecho a gratificación, pero no implicaba el pago de montos por períodos vencidos antes de la entrada en vigor de la ley.

Robuier considera esta situación como una retroactividad atenuada “Una ley de este género, cuyo objeto es regular las condiciones de constitución (o de extinción) de una situación jurídica, no puede tomar en consideración hechos

relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada” (p.11).”

Así, para que exista un problema de sucesión temporal de leyes, “necesariamente se habrá de producir un supuesto de hecho, acto, relación jurídica y/o situación que se prolongue en el tiempo durante la vigencia de dos -o más- normas.” (Suárez, 2005. p. 12).

Los conflictos temporales de las leyes se presentan con ocasión de la amplia libertad que goza el legislador para determinar el contenido de sus leyes.

En la actual Constitución, no existe traba respecto a la aplicación de leyes retroactivas, existe, en todo caso, el principio establecido en el art. 9 del Código Civil, según el cual: “la ley puede solo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”. Este precepto establece el principio de la no retroactividad de las normas⁸. Así, el profesor Antonio Faúndez (2016) ha señalado respecto a esta norma, que el artículo 9º del Código Civil:

“Es un principio general que está incorporado en casi la mayoría de los códigos modernos, pero este postulado no es constitucional; solo precisa una ley, como cualquiera otra, que puede ser derogada o modificada por el legislador y, por consiguiente, darle en algunos casos efecto retroactivo, como sucede, a veces, en las leyes económicas y sociales, especialmente en lo que se refiere a la época de su vigencia, por una necesidad superior de la mejor marcha de los servicios públicos.” (p. 148)

anteriores a su entrada en vigor sin ser retroactiva” (Roubier, 1960, p. 41). Para más, ver: Bocksang Hola, Gabriel, “derechos adquiridos y retroactividad en el derecho público chileno: Los debates derivados de la ley de instrucción de 1879, Revista Chilena de derecho, vol. 47 N° 2, pp. 437-457, 2020.

⁸ A pesar de la consagración legal de este principio, el art. 9 del Código Civil ha sido entendido como un principio dirigido al juez y como tal, no vinculante para el legislador, así lo confirma Alessandri al mencionar que “El artículo 9º del Código Civil es, como toda ley, obligatorio para el juez. Este, en virtud de su mandato, no puede aplicar una ley con efecto retroactivo. Naturalmente que, si el legislador dicta una ley con efecto retroactivo, el juez debe aplicarla con ese efecto; el artículo 9º no sería un obstáculo, porque su prescripción es para el caso en que el legislador no dicte una ley retroactiva” (Alessandri, 1961).

Por lo tanto, queda a voluntad del legislador, la posibilidad de establecer una ley con efectos retroactivos, siempre y cuando, respete los límites impuestos constitucionalmente, de los que hablaremos más adelante.

La justificación para proscribir la retroactividad de las leyes, radica principalmente en la seguridad del ordenamiento jurídico, el cual debe ser respetado por el legislador y los jueces. Así, Somarriva y Alessandri mencionan que “ninguna seguridad y confianza tendrían los particulares si su fortuna, sus derechos, su condición personal y los efectos de sus actos y contratos fueran a cada instante puestos en discusión, modificados o suprimidos por un cambio de parecer del legislador”, continúa, “el interés general, que no es aquí sino la resultante de los intereses individuales, exige, pues, que lo hecho regularmente bajo una ley, sea considerado válido y, en consecuencia, inamovible, a pesar del cambio de legislación” (Alessandri, 1961, p. 152).

A pesar de este gran desarrollo, las normas y principios enunciados anteriormente, no logran otorgar una solución global a todos los problemas que genera la aplicación temporal de las leyes, quedando un gran vacío normativo que es llenado por la doctrina y jurisprudencia.

A. Teoría clásica o de los derechos adquiridos

La teoría de los derechos adquiridos nace bajo el contexto de la Revolución Francesa, junto “con los comentarios de Tronchet y la ley del 18 lluvioso del año V sobre la abrogación del efecto retroactivo de las leyes sucesorias que disponían la irrevocabilidad de las disposiciones liberales.” (Baudrit, 2014). Teoría que terminó por cristalizarse en el Código Civil Francés.

Este desarrollo dogmático propone que “toda ley nueva se aplica incluso a las situaciones jurídicas formadas antes de su promulgación (...) Toda vez, ese principio debe ceder a la regla contraria de la irretroactividad de las leyes en el caso en que su aplicación entrañe lesión de los derechos que los particulares hubieran adquirido” (Aubry y Rau, 1869, p. 30)

La base de esta teoría es el concepto de “derechos adquiridos”, este tipo de derecho ha sido definido como “aquellos que han entrado definitivamente en el patrimonio de su titular” (Grestin,1977, p. 249). Los derechos adquiridos deben contraponerse a las “meras expectativas”, las cuales “son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley” (Alessandri, 1961, p. 155). Así las cosas “el derecho adquirido se presenta como aquel del cual un tercero no puede despojarnos, mientras que la expectativa sí puede desaparecer por una voluntad privada ajena a su titular Complementando, el profesor Faúndez (2016) menciona que “la mayoría de la doctrina civilista coincide en que una nueva ley no puede lesionar un derecho adquirido si el legislador no le ha dado efecto retroactivo, pero sí pueden ser vulneradas las facultades legales y las simples expectativas, porque éstas últimas no constituyen derechos que formen parte del patrimonio de una persona” (p. 2).

Las principales críticas hacia esta teoría dicen relación, por un lado, a la imprecisión de sus postulados y por otro, a los fundamentos filosóficos de la misma.

Esta teoría nace producto del individualismo liberal del siglo XIX y para procurar “(...) que no se toquen ciertas prerrogativas que se consideran primordiales para los sujetos.” Así las cosas, “la mayor parte de las veces lo que se pone en cuestión es la existencia misma de la ley nueva, en la medida que ella choca con lo que el liberalismo individual considera como sus valores esenciales”⁹. Fundamento que actualmente se encuentra superado.¹⁰¹¹

Los conceptos pilares de esta teoría fueron objeto de grandes críticas, debido a su imprecisión técnica, así:

⁹ Para ver más: Level, Patrice, “*Essai de systématisation du conflit des lois dans le temps*”. L.G.D.J. París 1959.

¹⁰ Así, en los términos de José María Suárez “un ordenamiento jurídico cuyas normas fueran absolutamente irretroactivas congelaría las situaciones existentes e impediría la posible y necesaria evolución del sistema normativo. Incluso la retroactividad puede llegar a ser necesaria para remediar situaciones injustas, odiosas o inmorales.” (Suárez, 2005, p. 17). En la misma línea el Tribunal Constitucional Español menciona que la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico. Ver, Sentencia TC 99/1987, del 11 de junio de 1987, ponente: Magistrado Carlos de la Vega Benayas; y Sentencias 27/1981, del 20 de julio; 8/1982, del 4 de marzo; 6/1983, de 4 de febrero; y 108/1986, de 29 julio.

¹¹ Así, no puede existir una petrificación del status quo, si toda ley que afectará a “derechos adquiridos” y sus efectos hacia el futuro, fueran retroactivas, “todas las leyes tendrían que serlo, ya que no puede legislarse sin modificar -por lo menos- la manifestación de los efectos de las situaciones jurídicas existentes a ese momento.

“Muchas veces, y precisamente en los casos más graves, resulta imposible distinguir de un modo indudable si una determinada situación jurídica es derecho adquirido o mera expectativa o abstracta facultad legal y si, por lo tanto, la nueva norma tiene o con respecto a ella efecto retroactivo.” (Alessandri, 1961, p. 156)

Sumado a esta imprecisión, “la teoría de los derechos adquiridos es inaplicable a los efectos en curso de las situaciones jurídicas extracontractuales”, además, tampoco puede servir para solucionar los conflictos que surgen de la aplicación en el tiempo de las normas sobre derechos extra patrimoniales, en general, y sobre derechos de la familia, en particular. (Baudrit, 2014, p. 17). Así, en opinión de Grestin y Goubeaux (1977) la noción de derechos adquiridos debe ser restringida al máximo y la misma debería aplicarse casi, exclusivamente, cuando se hace referencia a derechos de tipo pecuniario y a efectos de situaciones jurídicas contractuales. De manera contraria, la evolución del derecho por vía legislativa se torna imposible.

B. Teoría del efecto inmediato de la ley nueva

Pensada por Paul Roubier, esta teoría nace como reacción al dominio de la teoría clásica de los derechos adquiridos. Esta teoría postula que, como regla general, la nueva ley entra con pleno vigor en el momento en que es promulgada, ejecutando sus efectos, aunque sin modificar las consecuencias ya consolidadas bajo el rigor de la ley anterior.

Los dos grandes pilares de esta teoría son primero: la noción de “situación jurídica” y segundo: la distinción entre “leyes relativas a la constitución o extinción de situaciones jurídicas”. Esta distinción es de suma importancia “puesto que de allí parte el razonamiento que elimina la retroactividad de la ley que vendría a modificar los efectos de la situación jurídica ya constituida o en curso de constitución” (Baudrit, 2014).

El concepto de “situación jurídica” puede ser definido como “la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada” (Alessandri, 1961). Así, Paul Roubier, considera que esta noción es superior al término de derecho adquirido, porque se aleja del carácter subjetivo de este último, por lo tanto, puede aplicarse a

situaciones como los estados civiles, de interdictos, de mayoría de edad, entre otros. Así, según el efecto inmediato de la ley nueva, “toda situación jurídica constituida antes de su entrada en vigencia está regida en cuanto a sus efectos futuros por la ley nueva, pero no en cuanto a sus efectos anteriores, que fueron cumplidos conforme a la ley antigua”¹² (Roubier, 1960, p. 166).

A ojos de Baudrit, respecto del segundo pilar, se debe distinguir entre dos supuestos: por un lado, entre los efectos de una constitución o extinción ya consolidada respecto de una determinada situación jurídica, y por el otro, los efectos de las situaciones jurídicas en curso de constituirse o extinguirse. Respecto del primer supuesto, la ley aplicable es la que estaba vigente al momento de constituirse en forma completa. De esto se colige que una nueva ley no puede volver inválido un acto o situación que se constituyó válidamente bajo el rigor de aquella ley anterior.¹³

Respecto del segundo supuesto, la ley nueva tiene plenos efectos respecto de las condiciones de constitución de la situación jurídica que aún no se consolidaba durante la ley anterior, pero aquellas condiciones ya consolidadas, conservan su valor conforme a la ley antigua, *mutatis mutandi*, lo mismo aplica para las situaciones de extinción. Baudrit expone un buen ejemplo al respecto en 2014:

“Si una ley nueva reduce el plazo de la prescripción, todas las situaciones no prescritas se rigen por el plazo corto, pero el tiempo transcurrido del antiguo plazo largo conserva el valor (de prescripción) que le asignaba la ley antigua; recíprocamente, si el plazo es

¹² Este principio ha sido objeto de modificaciones, introduciendo respecto de los efectos futuros, la distinción entre situaciones jurídicas contractuales y las situaciones jurídicas extracontractuales. Según Baudrit y él siguiendo a Carbonnier y Starch, para la primera distinción, la cuestión se analiza con un elemento nuevo, la autonomía de la voluntad de las partes, así, una ley posterior, no puede modificar la eficacia de los actos acordados, ya que lo contrario, sería negar la autonomía contractual de las partes. De esta forma, la “ley antigua sobreviene para seguir disponiendo sobre las consecuencias de una tal convención” (Baudrit, 2014, p. 14), siempre y cuando no se atente contra leyes de orden público. Para la segunda distinción, esto es, las situaciones jurídicas extracontractuales, existe una amplia aceptación que respecto de los efectos hacia el futuro de la situación jurídica constituida con anterioridad a la ley nueva se rige por los parámetros de esta misma. Como ejemplo Baudrit menciona que “si una ley nueva elimina algunas causales de divorcio, no afecta en nada a las personas que disolvieron su matrimonio con fundamento en las causales desaparecidas, pero todas las personas casadas bajo el imperio de la ley antigua no podrán hacer uso de las causales desaparecidas” (Baudrit, 2014, p. 21).

¹³ Estas consecuencias según Roubier son producto de los derechos adquiridos.

ampliado, la prescripción no se cumplirá sino a la expiración del nuevo plazo largo, pero computando el tiempo ya transcurrido” (p. 21).

De esta forma, la capacidad explicativa de la teoría de Roubier se observa más autosuficiente en comparación a la clásica teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas.

Teniendo presente lo anterior, nos preguntamos: ¿los herederos tienen, efectivamente, un derecho sobre la herencia que esperan recibir en un futuro? Si tomamos el contenido de las teorías anteriormente dichas, llegamos rápidamente a la conclusión de que no es posible sostener algo tal como un derecho de un heredero sobre una eventual herencia que le podría ser legada.

No le es posible aducir un derecho sobre la eventual herencia, ya que, según la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, la posición del heredero es, esencialmente, una mera expectativa, es una posición precaria en la cual el heredero está sometido a la incertidumbre del tiempo y la muerte como un hecho jurídico. Es una mera expectativa, ya que, puede razonablemente esperar que, si llega a sobrevivir a su causante, según las normas establecidas en la ley, él será el heredero, pero aquel derecho aún no está constituido como tal, porque necesita del hecho desencadenante y que provoca la apertura de la sucesión, a saber: la muerte del causante. Antes de este hecho crucial, la posición del heredero es una mera expectativa y como tal, el heredero queda desprotegido ante cualquier cambio legislativo, estando vedado alegar alguna lesión sobre algún derecho, ya que los mismos no existen.

Si abordamos la teoría del efecto inmediato de la ley, llegaremos a la misma conclusión, ya que, si ocurriese alguna modificación legal respecto de la sucesión, la misma entraría a regir *in actum*, produciendo todos sus efectos inmediatamente. Ante tal efecto, el heredero no podría reclamar perjuicio alguno, ya que aún no se constituye situación alguna ante la norma. El derecho como sucesor legal aún no está constituido, por las mismas razones explicadas más arriba.

En conclusión, los herederos se ven desprotegidos ante un cambio regulatorio en materia de sucesión *mortis causa* y quedan a merced del legislador por las razones antes enunciadas.

Capítulo II

Raíces históricas del derecho sucesorio y evolución del derecho de propiedad en el contexto constitucional

En este segundo capítulo, nos abocaremos a una revisión histórica de las influencias que fueron moldeando lo que hoy constituye el derecho sucesorio vigente en nuestro país. Se pretende investigar acerca de las fuentes de la sucesión por causa de muerte y su adopción en el derecho patrio. Con posterioridad, se realizará una reseña sobre la evolución del estatuto del derecho de propiedad en nuestra historia constitucional, en relación a las diferentes fuentes que fueron moldeando lo que hoy constituye la garantía del derecho de propiedad sobre todas sus especies y sobre toda clase de bienes.

1. Regulación de las instituciones sucesorias en el derecho castellano- indiano y factores de continuidad en el derecho patrio

Dentro de un primer eje, resulta de interés analizar las distintas fuentes que influyeron en la recepción de un determinado sistema sucesorio en territorio nacional.

Con ocasión del llamado descubrimiento de América, la empresa de la Conquista debió hacer frente a múltiples dificultades: la subordinación y evangelización de los pueblos indígenas que habitaban el continente, la conquista de los territorios americanos y la definitiva incorporación de dichos dominios al Imperio Español. Tales desafíos hicieron necesaria la creación de una estructura legal y administrativa capaz de hacer efectivo el control sobre el territorio americano y de regular las relaciones entre españoles conquistadores y pueblos indígenas conquistados. Ante dicha necesidad, se configura el llamado derecho Indiano, el cual, formalmente, nace unos meses antes de la partida de la primera expedición comandada por Cristóbal Colón, mediante un convenio suscrito entre este y los Reyes Católicos: Las Capitulaciones de Santa Fe, de fecha 17 de abril de 1492 (Martínez, 2008). Mediante ellas y

otros documentos expedidos en los días siguientes se recogen los acuerdos alcanzados entre ambas partes, relativos a la expedición que Colón desarrollaría en los meses venideros, estableciendo las bases jurídicas con las que se gobernaría un territorio aún desconocido.

Dicho marco jurídico, dedicado en sus inicios, a regir en las llamadas Indias Occidentales fue configurándose progresivamente conforme las noticias sobre los resultados exitosos de la expedición llegaron a Europa. Siguiendo la práctica /tradición de la época, los Reyes de Castilla intensificaron las negociaciones con la máxima autoridad eclesiástica de la época, el papa Alejandro VII, para obtener en su favor la donación de estas tierras.¹⁴ Dichas gestiones llegan a su punto culmine con ocasión del Tratado de Tordesillas, donde se demarca la jurisdicción española y portuguesa en el nuevo mundo. La totalidad de las disposiciones dictadas por los Reyes Católicos destinadas a la incorporación de América a la Corona se inspiraron en principios e instituciones propias del derecho castellano, dejando márgenes a la población indígena para regirse por sus costumbres (Martínez, op cit).

No obstante, dicho intento por normar e institucionalizar una realidad fáctica y social aún incógnita no rindió los frutos esperados, resultando en un rotundo fracaso tras siete años de presencia española en territorio de Indias. De esta manera, el gobierno español se vió forzado a emitir normas de carácter especial para dotarse de una organización eficaz, teniendo en vista las particularidades de dichos territorios y los desafíos que supuso el proceso de conquista. El efecto de dicho cambio de política fue el surgimiento definitivo de un ordenamiento propio, el cual “inspirado en las normas de los antiguos derechos común y medieval castellano empezó a independizarse hasta convertirse en lo que hoy entendemos como derecho indiano.” (Bernal Gómez, 2015, p. 184).

Por derecho indiano hacemos alusión a aquel que rigió en las Indias o provincias de América y Filipinas mientras formaban parte de la monarquía española (García-Gallo y De Diego, 1973). Se trataba de un ordenamiento jurídico múltiple y diverso, conformado por las disposiciones dictadas para aquellos territorios desde España, las promulgadas en América, además de las normas de derecho castellano que se aplicaron con carácter supletorio y las costumbres indígenas.

¹⁴ En la Edad Media, la doctrina de la época atribuía al Papa un dominio temporal universal. Este traía como consecuencia que el sumo pontífice estaba facultado para transferir a un gobernante cristiano la soberanía sobre territorios dominados por paganos. (Martínez, 2008)

Sin embargo, en materias de nuestro interés, la legislación real para el Nuevo Mundo tuvo marcado carácter de derecho público, ocupándose de situaciones propias de la América española, como lo fueron las relaciones entre europeos e indígenas dentro de una sociedad mestiza -la institución de la encomienda, por ejemplo-, las instituciones de gobierno y judiciales -primera Audiencia erigida en Santo Domingo- o el tráfico de personas y mercaderías entre España y el continente americano, entre otras. De esta manera, tenemos que: “La mayoría de las normas expedidas pertenecieron a la rama del derecho público. [...] la preocupación primera y primordial de la Corona española fue organizar debidamente el Nuevo Mundo” (Bernal Gómez, 2015 En contrapartida, la regulación específica para, rara vez trató las relaciones patrimoniales privadas en sí mismas, y solamente abarcando situaciones específicamente conflictivas:

“Sólo una parte mínima del derecho indiano metropolitano y criollo estuvo dedicado a resolver las relaciones entre particulares [...] las relativas al domicilio de las personas casadas y a los derechos sucesorios de aquellos que, habiendo fallecido en las Indias, tenían herederos en España.” (Bernal Gómez, 2015, p. 188)

En todo lo demás rigió el derecho castellano, el cual, por consiguiente, se aplicó a la generalidad de la vida jurídica, comprendiendo el derecho sucesorio.

Ya en las ordenanzas de la primera Audiencia de América -Santo Domingo- se indica que el derecho Castellano regirá en América como derecho común. Esto quiere decir que cumplió una función subsidiaria, respecto de todas las materias no contempladas en el derecho específico de Indias. En palabras del profesor Barrientos Grandón (1995, p. 139), el marco jurídico de carácter múltiple, existente en el nuevo mundo, se organizaba de la siguiente manera: “[...] la vigencia del derecho castellano [era subsidiaria del derecho propiamente indiano y de los derechos indígenas, en cuanto se lo consideraba derecho común y regían sobre él los dos restantes” Dicho orden de prelación contó con consagración real, puesto que este quedó establecido en el *Ordenamiento de Alcalá*, ley del Reino de Castilla del año 1348 y, por ende, aplicable en territorio americano, ratificado mediante las *Leyes del Toro* dictadas en 1505, para posteriormente, ser reafirmado en múltiples oportunidades, generalmente a propósito de la dictación de nuevas recopilaciones normativas que regirían en América como

lo fueron la *Nueva Recopilación de Castilla* promulgada en 1576 o la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680.

Dentro de aquella legislación se distinguían importantes leyes como las ya aludidas *La Novísima Recopilación*; *la Nueva Recopilación*; *Leyes del Toro*, entre otras como las *Leyes de Estilo*; *Fuero Real*; *Fuero Juzgo* y *las Siete Partidas*. De tal manera, podemos aseverar que el derecho privado vigente en Chile en la época colonial no era otro que el “derecho romano-castellano-indiano, heredado [...] de la monarquía castellana y que regía al momento de su independencia en 1818” (Guzmán Brito, 2006, p. 1285).

Si bien el orden de jerarquía de leyes dispuso la prevalencia de la legislación real y los fueron municipales en los dos primeros órdenes de prelación, respectivamente, ambos cuerpos normativos estaban dotados de contenido de carácter particular y marcadamente casuístico, por lo cual, se recurrió en la práctica a las fuentes situadas en los últimos lugares de prelación, entre ellas a las *Siete Partidas* y las *Leyes del Toro*.

El profesor Bernardino Bravo, en 1985, afirma lo siguiente sobre la importancia de estos cuerpos normativos:

“ [...] el campo de aplicación de las *Partidas* en América coincide con el del derecho castellano, del cual son ellas indiscutiblemente el principal cuerpo legal. De esta manera, las *Partidas* ocupan un lugar único en el derecho de América española al que se le designa con el nombre de derecho indiano. Son el cuerpo legal de más amplia y frecuente aplicación desde el siglo XVI hasta el XX, conforme al cual se plasmaron en [...] todo lo que llamamos derecho privado: familia, sucesión y negocios jurídicos.” (p. 46).

Las llamadas *Siete Partidas* son un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X, con el objetivo de dar uniformidad a la legislación del reino, en el marco de un contexto de reconquista de la península ibérica ocupada por la civilización musulmana durante más de 700 años. Además, tuvo como objetivos el reivindicar el monopolio en la creación del derecho por parte del monarca, y un espíritu de renovación del contenido del

derecho (García Díaz, 2020). En cuanto a su contenido, distintas fuentes filosóficas y jurídicas sirvieron de base para su elaboración, ocupando un rol central las fuentes romano-canónicas emanadas del derecho común. En palabras de Alejandro Guzmán Brito (2000), se trata de un: “libro que contiene todo lo que se consideraba derecho público y privado en la época [...] el derecho [...] recogido en las Siete Partidas es el derecho romano en la versión que le habían dado los glosadores”, utilizándose en tanto versión oficial la elaborada por el jurista castellano Gregorio López en 1555 en un intento de modernizar el texto.

De tal manera que las instituciones sucesorias recepcionadas en el Chile colonial, no son otras que las emanadas del derecho romano en la Antigüedad, tratándose *Las Partidas* de un “completo código de derecho privado romano” de tal manera que: “ningún otro cuerpo legal castellano o indiano haya podido competir en preferencia con las *Siete Partidas*, cuando de decidir en materias de derecho privado se tratara” (Guzmán Brito, 2006, p. 105) En este nutrido cuerpo normativo, podemos apreciar la existencia de diversas instituciones sucesorias en la *Partida Sexta*, como lo son: el testamento, los herederos, inventarios y legatarios, mandas y testamentarios (figura semejante a lo que hoy conocemos como albaceas), las normas acerca de sucesión intestada y órdenes sucesorios según parentesco, entre otros.

No obstante, estas materias contenidas en la *Partida Sexta* fueron modificadas luego de la dictación de las ya aludidas *Leyes del Toro*, aplicando las instituciones sucesorias bajo dichos ajustes hasta la codificación, pasando en el siglo XIX a integrar de manera importante el régimen sucesorio del Código Civil de Bello. Dichas leyes fueron elaboradas a partir de 1502, preparadas a petición de Los Reyes Católicos por las Cortes celebradas en Toledo en dicho año, con el fin de poner orden a las contradicciones existentes entre “*el Fuero*” y *Las Partidas* y anteriores “*Ordenamientos*”, y se dictase una regulación legal para los mayorazgos, los cuales, como se abordó con anterioridad, resultan ser un interesante antecedente de limitación a la voluntad del causante.

Finalmente, podemos apreciar que, con el advenimiento de la nueva República de Chile, la legislación vigente en temas sucesorios no sufrió cambios. Hasta la dictación del Código Civil en 1855, las materias de derecho privado seguían rigiéndose por el derecho heredado de Castilla, lo cual a su vez, explica la tardanza en la dictación de dicho código. A diferencia de muchos de los Estados vecinos que se apresuraron en generar procesos de codificación propios e irremediamente efímeros e incompletos, o a la adopción sin más del

Code Civil de Napoleón -al cual nos referiremos más adelante-, la ausencia de apremios políticos y gubernamentales en Chile, libró al país de adoptar dichas soluciones en lo inmediato. Objetivamente, no había urgencia de renovar el derecho privado vigente (Guzmán Brito, 2006, p.36). De tal manera que la Constitución de 1818 dispuso lo siguiente: “Ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgaran (los magistrados) **todas las causas por las leyes, cedulas y pragmáticas que hasta aquí han regido**, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En ese caso consultarla con el Senado, que proveerá el remedio”. Con la posterior dictación del Código Civil de Bello en 1855, la solución fue similar, puesto que el codificador recogió en su gran mayoría las instituciones sucesorias fundamentales del derecho Castellano, cuyas dos fuentes principales fueron el derecho romano y visigótico.

2. Génesis del Code de Napoleón junto con la Declaración de 1791. Influencias en código civil

A finales del siglo XVIII se desarrolla en Francia una seguidilla de acontecimientos que formaron lo que sería la política e ideología del siglo XIX. La revolución francesa generó una serie de cambios en la concepción política de la época tales como: la caída del absolutismo y la adopción de una monarquía constitucional, el fin de los estratos nobles y clericales privilegiados, y el auge de la burguesía, en tanto clase dirigente, de la mano del liberalismo clásico, entre otros tantos. De esta manera la Revolución Francesa es considerada como la revolución de su época y la más prominente de su clase. La ideología del mundo moderno penetró por primera vez en las antiguas civilizaciones. De la misma manera, Francia proporcionó el primer código de la historia moderna: el *Code* de 1804, siendo el primero en recoger los estándares y exigencias que la corriente filosófica de la Ilustración exigía en cuanto a la forma que debía tener un código moderno.

Se gesta, asimismo, el primer precedente de declaración de derechos intrínsecos a la calidad de hombre -bajo clara influencia del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII-, siendo aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente francesa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, una de las primeras manifestaciones contra la sociedad jerárquica y los privilegios de la nobleza. Dicha declaración constituye, además uno de los primeros antecedentes de consagración de derechos fundamentales dentro de un Estado

moderno. Con posterioridad, se convertiría en el preámbulo de la primera constitución francesa, de 1791, fruto de la Revolución.

Los derechos a los cuales la Declaración otorga el carácter de “naturales e imprescriptibles” son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. De tal manera, que mediante la primera revolución moderna de origen burgués, la propiedad se constituye en su artículo 17 como un derecho “natural sagrado, inalienable e inviolable” (Hobsbawm, 1962, p. 63).

Como se puede apreciar, la Revolución Francesa buscó romper de manera total con el antiguo régimen, produciéndose quiebres en múltiples aspectos normativos. Una de las principales preocupaciones del derecho revolucionario fue eliminar los elementos fundamentales del sistema sucesorio del *ancient régime*, para consolidar la protección a la propiedad burguesa y alejarse del modelo imperante de distribución de la propiedad, que favorecía la acumulación en manos de la nobleza. Con este objetivo, se instituyó como principios sucesorios la libertad testamentaria e igualdad sucesoria, aboliendo los antiguos órdenes hereditarios (Figuroa Martínez, 2011, p. 95) que tenían como finalidad asegurar la unidad y orden patrimonial de la familia.

Por tanto, no es de extrañarse que, en pos de conseguir un cambio en el régimen político y económico de la época, la labor codificadora fuese primordial para el proceso revolucionario. En palabras del profesor Guzmán Brito (2006) la tarea codificadora fue elevada a norma positiva desde los primeros momentos de la revolución; tanto como materia de ley - dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en agosto de 1790- así como norma constitucional en la Constitución de 1791. No fue, sino hasta 1800 que dicho ideal se consolidó bajo la supervisión de Napoleón Bonaparte, quien, en agosto, en tanto Primer Cónsul, designó a una comisión encargada de la elaboración del Código Civil Francés. El resultado de dicha empresa tuvo gran impacto en la civilización occidental. El *Code* de Napoleón solidificó los principios liberales que apuntaban a regular la nueva sociedad francesa en lo referente a la libre circulación de los bienes, liberándose de las trabas que suponía el viejo orden social liderado por la nobleza y la Iglesia.

Para conseguir tal propósito, la Revolución Francesa promovió, desde un inicio, la libertad testamentaria. Además, conforme a la mencionada, la cuarta de mejoras (que en su

trabajo denomina *legítima*) será una institución clave para la consolidación del nuevo esquema sucesorio, concebida como una porción de la herencia del testador, quien era libre para dejar a cualquiera de sus herederos legítimos, equivalente a una cuarta parte del total de la masa hereditaria. Los efectos de esta cuarta fueron agravados por otro derecho del testador: la facultad para disponer de otra cuarta parte de la masa hereditaria, libremente, en favor de cualquier persona, fuera o no heredero legítimo. De esta forma, el testador podía disponer de hasta la mitad de sus bienes, por ejemplo, en favor de cualquiera de sus hijos. Bajo el antiguo régimen, agrega el profesor Figueroa (2011), el testador carecía de tal libertad, lo que se explicaba teniendo presente que el fin de la legislación pre-revolucionaria, en esta materia, era el asegurar el bienestar y la unidad de la familia. De esta forma, concluye la tesis que planteamos, si bien el Código Civil chileno mantuvo la institución de las porciones forzadas, las limitó a la mitad de la masa hereditaria, lo que trajo consigo eliminar el antiguo orden de las familias, bajo el cual el mundo occidental había vivido por quince siglos.

En este contexto, no es nuevo admitir la gran influencia que tuvo el *Code* francés y la Declaración de 1791 en la normativa civil de nuestro devenir histórico. Lo que sí notamos es que el análisis relacionado con la institución de la herencia, en este período al menos, se acerca más a la libertad de las personas -visto como un derecho esencial de las mismas-, que a la propiedad. Esto derivó a la intención revolucionaria de modificar la estructura social de la familia y, en consecuencia, de la propiedad. Como bien se mencionó, no existía libertad de testar, sino un único e inmodificable régimen sucesorio que tenía como único propósito: mantener la unidad patrimonial de la familia y el régimen económico imperante hasta aquel momento.

3. Evolución del derecho de propiedad en la historia constitucional chilena

A. La Constitución de Cádiz y su influencia

La Constitución de Cádiz de 1812 reviste suma importancia para todo el devenir constitucional del mundo hispanoparlante. Se la reconoce como la primera Constitución escrita en español, marcando el destino de lo que serían la mayoría de las Constituciones en Iberoamérica (Westermeyer Hernández, 2012).

Para contextualizar, nos encontramos a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, época en la cuales las Constituciones escritas constituyen, junto a los códigos, las grandes innovaciones jurídicas (Westermeyer Hernández, 2012). Es por esto, que consideramos importante analizar y revalorizar la llamada “Constitución Gaditana” o “Doceañista”.

Según Cartes Montory (2017), durante muchos años fue negada la influencia de la Carta de Cádiz en el devenir constitucional de Chile y de Latinoamérica. Esto era normal que fuese así, ya que el silencio historiográfico nace desde las guerras de emancipación, siendo obvio el no reconocer la influencia del enemigo. Fue en el campo de la historia del derecho, en especial en el área de estudio del derecho indiano, donde comenzó a considerarse la influencia de la Constitución de Cádiz.

La Carta de Cádiz es considerada uno de los cuatro pilares del constitucionalismo moderno, junto a la Constitución norteamericana, la francesa y el parlamentarismo inglés, que, a pesar de no contar con un texto, fue un modelo a seguir por toda Europa y estuvo también omnipresente en la mente de los estudiosos como Gaspar Melchor de Jovellanos y gran parte de los redactores de la Constitución de Cádiz (Westermeyer Hernández, 2012).

Así es como tuvo una gran influencia en la historia jurídica de Chile, aunque cabe enfatizar que esta influencia fue más como fuente material del derecho que como una fuente formal. Tal situación se explica, justamente, por lo dicho *supra*, esto es, la emancipación política de Latinoamérica, que significó que cada una de las nacientes repúblicas se dieran un derecho nacional propio.

Esta creación del derecho propio no fue absoluta desde un principio. El derecho patrio intenta superar los caracteres del derecho del antiguo régimen colonizador, pero por razones lógicas no es posible redactar códigos en tan precario contexto y en tan poco tiempo. Esto provocó que el incipiente derecho patrio significara, en la práctica, una nacionalización del derecho indiano, añadiendo innovaciones propias del siglo como fueron las constituciones (Westermeyer Hernández, 2012). Es por esto que es mucho más fácil recepcionar y copiar del derecho foráneo.

La Constitución de Cádiz tuvo tres grandes cualidades; la primera de ellas es que en sí misma representó el paso desde la Constitución jurisdiccional a la Constitución moderna,

siendo una de las primeras Constituciones en ser escrita. Su segunda cualidad es que busca la unificación del derecho, intenta acabar con los señoríos jurisdiccionales y la inmensa cantidad de fueros existentes, valiéndose de la garantía constitucional de la Igualdad. Su tercera cualidad, en la que nos centraremos en mayor medida, es que la Constitución Gaditana representa el triunfo de las ideas jurídicas ilustradas en el ideario jurídico iberoamericano (Westermeyer Hernández, 2012), Estos cambios fueron significativos: la abolición de la Inquisición, la libertad de imprenta y la abolición de la censura, la proscripción de la tortura como medio de prueba, supresión de los títulos de nobleza y de los señoríos jurisdiccionales.

El liberalismo encontró su cauce mediante esta Constitución y, en América, mediante: viajeros, lecturas, prensa y el incipiente espacio público, que favoreció la transferencia de ideas y prácticas políticas. El liberalismo, junto con la Carta de Cádiz, también tuvo gran influencia en la recepción del concepto de garantías constitucionales. La libertad política, la igualdad, la propiedad y la seguridad personal, cuyas raíces modernas nacen en los postulados de la Revolución Francesa, encuentran una clara expresión en esta carta, que influyó en los nuevos estados americanos. (Cartes Montory, 2017)¹⁵

En la historia chilena, la influencia de la Carta de Cádiz fue diversa y relativa según el contexto histórico.

En 1811, un año antes de la Constitución Gaditana, la Junta de Gobierno encargó a una comisión de hombres letrados, la redacción de un proyecto de Constitución, que solo quedó en eso y que, posteriormente, fue precedido por la Declaración de los derechos del Pueblo de Chile, emitida el mismo año. Este documento, en materia patrimonial, alcanza un gran desarrollo, ya que entiende la propiedad como un derecho fundamental, permitiéndose el libre uso y disposición de los bienes, derechos y personas, con la restricción de que su ejercicio no puede ocasionar daños a terceros, también elevó a nivel constitución la teoría del abuso del derecho (Cartes Montory, 2017). Chile contaba con una gran cantidad de pensadores independientes de gran nivel, tal como lo fue Juan Egaña, que estaban al día con las discusiones jurídicas y filosóficas de la época, notando un gran avance para el derecho del

¹⁵ Otras transferencias exitosas fueron la idea de nación, como reunión de todo el pueblo y titular de la soberanía, entendida como patrimonio inalienable. El sistema electoral impuesto en Cádiz. La idea de órganos colegiados subnacionales, que permitieran la reunión de las fuerzas regionales bajo el órgano de las diputaciones provinciales, entre otros (Cartes Montory, 2017).

momento, a pesar de que su terminología fuera mayoritariamente indiana, alejándose de las nuevas ideas liberales.

Podemos destacar que las Constituciones posteriores, a excepción de la del año 1818, no serán tan creativas, sino más bien receptoras de textos extranjeros.

La Constitución del año 1818 representó mucho de lo que fue el derecho indiano y aquello en lo que innovó recaba nuevamente lo propuesto por el bloque constitucional de 1818. Según el profesor Barrientos Grandón (2011) la Carta de 1811 casi no posee influencia de la Constitución doceañista. La Carta Magna de 1818 posee una declaración de los derechos del hombre en sociedad, que se limita a repetir el texto de Juan Egaña, elaborado en la Patria Vieja, elevando a la condición de derecho fundamental: la seguridad individual, la honra, la hacienda, la igualdad y la libertad civil (Westermeyer Hernández, 2013).

Chile, en el año 1822, vivió un nuevo cambio constitucional, luego de durar 5 años la constitución precedente. Lamentablemente, esta nueva Constitución solo duró 3 meses, luego de una fuerte oposición que sufrió el director supremo, O'Higgins -su creador -, terminando, de hecho, con su abdicación. Esta Constitución tiene un parecido e influencia mucho mayor con Cádiz que su antecesora. Esto opinaba Arturo Alessandri Palma, en su clase magistral dictada en 1925 la Universidad de Chile, al mencionar que "O'Higgins se vio obligado a dictar la Constitución de 1822, que fue, en gran parte, copia de la que confeccionaron las Cortes de Cádiz, el año 1812" (1925, pp. 684-685). Sin embargo, la comisión redactora negó aquella influencia, por las razones expuestas *supra*. A pesar de esto, la influencia de la Carta gaditana es muy significativa. Se copian artículos de manera casi textual y en otros se reprodujo la técnica legislativa (Westermeyer Hernández, 2012). Así, el primer capítulo trata acerca de la nación y en ella, casi todos los artículos son similares, imitando el concepto de nación. El artículo 2° de la Constitución de 1822 también es idéntico en redacción y espíritu doceañista "La nación chilena es libre e independiente de la monarquía española y de cualquier potencia extranjera..." (Westermeyer Hernández, 2012). Según el mismo autor, dentro de los puntos de influencia encontramos, por ejemplo, la relación con el Poder Judicial y su principio de inavocabilidad de los procesos judiciales por parte de otros poderes del Estado, el derecho de petición y el importantísimo tratamiento al Poder Ejecutivo, donde, por ejemplo, se hace gala de una terminología similar al emplear términos como regencia y trato de supremo. Es posible concluir que la influencia doceañista es evidente en esta Constitución; pero está muy

direccionada al ámbito político e institucional. En materias de nuestro interés, podemos mencionar que el derecho de propiedad fue recepcionado por esta Constitución desde los antecedentes constitucionales previos y, a su vez, estos se inspiraron en los de origen francés.

La siguiente Constitución vio la luz en el año 1823, la cual tampoco tuvo una vida muy larga. Su principal aporte al derecho patrio fue relativo a tribunales y judicatura, sin innovar en materias de nuestro interés.

En el año 1828 es concebida una nueva Constitución, atribuida, principalmente, al diputado liberal José Joaquín de Mora, quien participó de las Cortes de Cádiz. Esta Constitución tuvo un corto periodo de vigencia; no obstante, su trascendencia ha sido significativa, ya que, desde sus cimientos y reformas, nace la duradera Constitución de 1833. En materias que nos interesan, esta Constitución incorporó principios que escapaban del clásico derecho constitucional, dando el carácter de norma constitucional a principios y reformas que el mundo hispano recogió durante la segunda mitad del siglo XVIII, como: la propuesta de ex vinculación de bienes inmuebles, la sucesión por causa de muerte en caso de no haber herederos forzosos, la abolición de los mayorazgos y demás vinculaciones en un equivalente a dos tercios del patrimonio del dueño gravado, que se encontraban consagrados en los artículos 126 y 127 de la carta fundamental ¹⁶ (Westermeyer Hernández, 2012).

El contexto de esta constitución coincide con una serie de reformas de normas y principios constitucionales, las cuales, finalmente, serían contenidas por el derecho civil y su código, como, por ejemplo, la libre circulación de la riqueza.

Para el año 1833 nuestro país tendría una nueva Constitución, la cual es una de las que más ha estado en vigencia en América Latina y en Chile. Con sus inicios, marcados por un fuerte presidencialismo, donde muchos ven un quiebre con la tendencia liberal. La

¹⁶ El artículo 126 de la Constitución de 1828 dictaba: “Art. 126. Todo chileno puede ser llamado a los empleos. Todos deben contribuir a las cargas del Estado en proporción de sus haberes. No hai clase privilegiada. Quedan abolidos para siempre los mayorazgos, i todas las vinculaciones que impidan el enajenamiento libre de los fundos. Sus actuales poseedores dispondrán de ellos libremente, escepto la tercera parte de su valor que se reserva a los inmediatos sucesores, quienes dispondrán de ella con la misma libertad.”

El artículo 127 de la Constitución de 1828 dictaba: “Art. 127. Los actuales poseedores que no tengan herederos forzosos, dispondrán precisamente de los dos tercios que les han sido reservados, en favor de los parientes más inmediatos”.

influencia de Cádiz se conserva, principalmente, en la organización y función del sistema político, ya que, en materias de derechos fundamentales no aportó mayor innovación.

Por tanto, se constata que existió una gran influencia de la Constitución de Cádiz en el devenir constitucional chileno; también podemos concluir que su influencia alcanzó temáticas de nuestro interés y sirvió de nexo para ideas liberales, nacidas en la cuna de la revolución francesa, dándoles una voz hispana que serviría para que su recepción fuera más eficiente.

B. Surgimiento de la mención “derecho de propiedad” y su evolución en Chile

La protección constitucional del derecho de propiedad con su denominación actual¹⁷ es más o menos novedosa. En las primeras etapas constitucionales de Chile, la denominación usada para la protección constitucional de la propiedad fue la de la “inviolabilidad de todas las propiedades”, así se encontraba contenido en las constituciones tanto previas de 1833 como en la misma Constitución de 1833, además de gran parte del tiempo de vigencia de la Constitución de 1925.

Esto cambió cuando, dentro del marco de la reforma agraria, se introdujo una gran reforma a la Constitución el año 1967. Esta reforma vino a cambiar la denominación usada para la protección constitucional del derecho de propiedad. En efecto, esta reforma dice: “Sustitúyese el N°10 por el siguiente: 10°. - El derecho de propiedad en sus diversas especies...”, además avanza en la integración formal de la función social como límite al derecho de propiedad.

Este cambio, puede parecer baladí y de poca importancia práctica; pero tiene motivos bastante razonables y que consideramos relevante analizar. Como bien sabemos y hemos tratado en este trabajo, en el Chile precolombino, las sociedades no gozaban de una idea única de propiedad y, más bien, existían distintas formas de propiedad que eran de índole mayoritariamente colectivas. Luego, con la llegada del régimen español, se consolidó un sistema mixto, donde las leyes traídas de España colocaron sobre la palestra la idea de propiedad privada como uno de los ejes principales de su desarrollo sociocultural. Pero también, con su llegada se importó una serie de regímenes especiales de propiedad, como:

¹⁷ A saber, la protección del **derecho de propiedad** en sus diversas especies.

los mayorazgos, las mercedes, la propiedad minera y la propiedad eclesiástica. En opinión del profesor Ruiz-Tagle (2018), es justamente por esta variedad de estatutos respecto del derecho de propiedad que, desde los primeros pasos constitucionales de nuestro país, se intentó dar una regulación común al derecho de propiedad. Esta regulación general del derecho de propiedad se da, incluso, antes del mismo nacimiento del Código Civil. Así es como la Constitución de 1833 reconoció de un modo amplio la “inviolabilidad de la propiedad”. Según el profesor Ruiz-Tagle (2018):

“Esta amplitud en el reconocimiento de la propiedad constitucional tuvo entre sus propósitos la idea de retrotraer la vigencia de las normas que suprimieron los mayorazgos y otras formas tradicionales de la propiedad, y expresó un concepto constitucional de inviolabilidad de las propiedades, que entiende la institución dominical en plural.”

De esta forma, la nomenclatura de la protección logra incluir todos los tipos de propiedades del régimen mixto, traído por España. Según el mismo profesor Ruiz-Tagle, de este tipo de redacción puede concluirse que, en Chile, con fecha anterior a la dictación del Código Civil, ya existía una protección de la propiedad o las propiedades, normas que coexistieron con el derecho colonial común y español. Específicamente, se intentó impedir la confiscación de las propiedades eclesiásticas, derivado del contexto histórico-político imperante en la época. Situación análoga habría ocurrido con el primer reconocimiento constitucional de la propiedad en EE.UU., que, justamente, nace con la idea de impedir la confiscación de bienes, por parte del Estado, a los partidarios de la monarquía inglesa, una vez que haya triunfado la independencia.

Desde la Reforma Constitucional del año 1967 sobre la Constitución de 1925, se cambió la nomenclatura de la protección del derecho de propiedad, desde la “inviolabilidad de todas las propiedades” a una ligada al “derecho de propiedad”. Esta discusión también se dio en el contexto de estudio de la Comisión Ortúzar, redactora de la actual Constitución de 1980. Así lo sugirió la moción de la Subcomisión de derecho de propiedad, a raíz de que don Pedro Jesús Rodríguez asegurara que la nomenclatura “asegura la inviolabilidad de todas las propiedades” era una especie de redundancia, porque basta que la Constitución asegure el

derecho de propiedad para concluir que lo hace inviolable además de mencionar que “decir “asegura la inviolabilidad” significaría que el derecho de propiedad quedaría colocado en un grado distinto o superior con relación al de los demás derechos” (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 157, jueves 9 de octubre de 1975), agrega Rodríguez que el enunciado “El derecho de propiedad en sus diversas especies” tiene un alcance extraordinariamente vasto, en el sentido de que obliga al Estado a establecer un ordenamiento jurídico completo, en sus distintas fases, de amparo al derecho de propiedad privada.. Misma opinión le merece a don Ortúzar, presidente de la Comisión, quién menciona que no existe razón que justifique hacer esa excepción con respecto al derecho de propiedad, señalando que todos los derechos son igualmente inviolables. Confirma esta posición el profesor Evans de la Cuadra al agregar que ya no se debe hablar de “inviolabilidad de las propiedades”, porque de esta forma el dominio deja de tener un estatuto normativo de excepción respecto de otros derechos, pasando a tener un estatuto normativo propio y diferenciado.

Capítulo III

Discusión contemporánea acerca del derecho de propiedad y su relación con la herencia

La Convención Constituyente (en adelante, “la Convención”) que sesionó entre julio de 2021 y julio de 2022, tuvo la misión de otorgarle al pueblo de Chile una propuesta de nueva Constitución. Entre las condiciones para la realización de dicha labor, se acuñó el término “Hoja en blanco”, expresión que supone que la propuesta de nueva Constitución sin ningún artículo previamente escrito. Esto no significaba que no reconociera límites en su actuar, puesto que el inciso final del artículo 135 de la Constitución Política de la República aún vigente, parte de la Reforma Constitucional introducida mediante Ley número 21.200 del 24 de diciembre de 2019 que posibilitó dicho proceso. Reconocía como límites para el actuar de la Convención “*el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Es decir, existía un marco previo que la Convención no podía desconocer, no obstante, gozaba de una amplia libertad para revisar y repensar ciertas estructuras constitucionales, entre ellas la del derecho de propiedad, siempre respetando lo dispuesto en tratados tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) que en su artículo número 21 dispone lo siguiente:

Derecho a la propiedad privada (1969)

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

A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, hace lo propio, disponiendo en su artículo 17 que: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

Como ya se ha mencionado, en nuestra historia constitucional, no podemos apreciar menciones específicas al derecho de herencia. Más allá de estar conteste la doctrina nacional en el hecho de que la transmisión por causa de muerte, enmarcada dentro de la capacidad de disposición del titular, formaría parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Por esto, resulta de interés analizar el marco propuesto por la Convención Constituyente a la luz del artículo 19 N° 24 vigente, para dilucidar, por ejemplo, si existieron menciones específicas tanto a la herencia como a la relación pretendida por la Convención entre propiedad y herencia. De igual manera, se analizará el estado de la cuestión en derecho comparado, respecto a menciones al derecho a la herencia en sede constitucional.

Asimismo, analizaremos ciertos argumentos vertidos en el debate que se dio en Chile respecto a la propiedad y transmisibilidad de los fondos de capitalización individual, y la intención constituyente de mutar hacia un sistema mixto.

1. Reflexiones en torno al proceso constituyente de 2022; nuevo estatuto general del derecho de propiedad

A. Reseña acerca de la tramitación de la propuesta de marco constitucional del derecho de propiedad

En sesión del 11 de febrero de la Comisión de Derechos Fundamentales, se aprueba, en general, la Iniciativa Convencional Constituyente (de aquí en adelante “ICC”) N° 293 referida a derecho de propiedad, por 23 votos a favor y 10 en contra, siendo la única iniciativa aprobada sobre la materia. Dicha propuesta de norma disponía:

La Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes. Los bienes incorpóreos sólo estarán amparados por este derecho cuando lo determine expresamente la ley.

Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, sus límites y los deberes que emanan de ella; conforme a su función social y ecológica.

“Los títulos administrativos que habiliten la prestación de servicios de interés general o la explotación de bienes comunes no quedarán amparados por este derecho y se someterán al estatuto que defina la ley, la cual deberá cautelar el interés social y el equilibrio ecológico.”

Los dos siguientes incisos de la ICC N° 293, referidos a expropiación, fueron aprobados por 26 votos a favor, 6 en contra y una abstención:

“Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por una causa de utilidad pública o interés general. Esta ley determinará también el justo monto del pago, su forma y oportunidad; y deberá considerar tanto el interés público como el del titular

La persona propietaria podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales que determine la ley.”.

Con posterioridad, es en la sesión de fecha 23 de febrero que se aprueba, en particular, la propuesta de articulado sobre derecho de propiedad y expropiación:

“Artículo 18 (24). - derecho de propiedad. La Constitución asegura a todas las personas naturales y jurídicas el derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, exceptuándose los que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y aquellos que la Constitución o la ley declare inapropiables.

Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, sus límites y los deberes que emanan de ella; conforme a su función social y ecológica.

Los títulos administrativos que habiliten la prestación de servicios públicos o de interés general o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes comunes no quedarán amparados por este derecho y se someterán al estatuto que defina la ley, la cual deberá cautelar el interés social y el equilibrio ecológico.

La función social y ecológica de la propiedad comprende los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública, la conservación del medio ambiente, los derechos de la naturaleza y el mejoramiento de las condiciones de vida del común de los habitantes.

Artículo 20 (26).- Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por una causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador. La ley determinará también el justo monto del pago, su forma y oportunidad; y deberá considerar tanto el interés público como el del titular.

El pago tendrá lugar de forma previa al acto de toma de posesión material del bien expropiado, salvo acuerdo en contrario.

La persona propietaria podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio y del monto ante los tribunales que determine la ley.”.

Esta fue la redacción final que se incluyó en el primer Informe de la Comisión de Derechos Fundamentales. La cual, junto con dicho informe, pasó al Pleno para su discusión y deliberación, requiriendo 103 votos para ser agregada al borrador de la Nueva Constitución. En esta instancia, el 10 de marzo de 2022 se produce el rechazo transversal de ambas propuestas sobre derecho de propiedad y expropiación, contando con 98 y 129 votos en contra, respectivamente. En su mayoría, se acuñaron razones de perfeccionamiento de las normas en cuanto a su redacción, debiendo retornar a la Comisión¹⁸.

¹⁸ Según el Reglamento de la Convención Constitucional, en el evento que una propuesta emanada de la respectiva comisión, sea rechazada total o parcialmente, ésta volverá a la Comisión de origen la cual tendrá un plazo de 15 días para efectuar un informe de reemplazo.

En esta instancia se aprobaron un total de siete indicaciones al artículo 18, dando como resultado la siguiente redacción:

“Derecho de propiedad. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables.

Los títulos que habiliten la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes comunes no quedarán amparados por este derecho y se someterán al estatuto que defina la ley, la cual deberá cautelar el interés social y el equilibrio ecológico.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica.”.

Por otra parte, respecto al artículo número 20, se aprobaron cuatro indicaciones, dando como resultado el siguiente articulado:

“Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador.

La ley determinará los criterios para definir el justo monto del pago, su forma y oportunidad, debiendo considerar tanto el interés público como el del titular.

La persona expropiada podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio y de su monto ante los tribunales que determine la ley.”.

Siguiendo el curso de lo dispuesto en el reglamento de la Convención, este primer el contenido de este primer Informe de reemplazo fue discutido y sometido a votación en sesiones de los días 30 y 31 de marzo de 2022, correspondientes a la sesión N°77 del Pleno. En esta ocasión, a diferencia de lo acontecido con anterioridad, el mismo mes se aprobaron ciertos incisos de las propuestas sobre derecho de propiedad y expropiación, a saber:

“Artículo 18.- derecho de propiedad. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables.

(Inciso cuarto) Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica. “

Artículo 20 .- Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador.”.

No obstante, podemos hablar, ciertamente, de una aprobación parcial, debiendo retornar a la Comisión, importantes temas como los mecanismos de expropiación o la marcada voluntad de una mayoría constituyente que pretendía excluir de la protección del derecho de propiedad a los títulos administrativos que habilitan la prestación de servicios de interés general o la explotación privativa de bienes comunes naturales, cuya protección sería encomendada al estatuto que defina la Ley.

Con todo aún, esta aprobación que hemos definido de parcial, a estas alturas del seguimiento de la tramitación del derecho de propiedad en la propuesta de Nueva Constitución, ya supo de innovaciones, como atestigua la novedosa función ecológica de la propiedad.

Con ocasión del Informe de Segunda Propuesta de la Comisión de Derechos Fundamentales, se aprobó una serie de indicaciones relativas al articulado de expropiación dotándolo de una nueva estructura:

“Artículo 20 (inciso segundo).- El propietario siempre tendrá derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.

(Inciso tercero) El pago deberá efectuarse de forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado y la persona expropiada siempre podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley.

(inciso nuevo) Cualquiera sea la causa invocada para llevar a cabo la expropiación siempre deberá estar debidamente fundada.”.

En este punto es que surge uno de los temas que fue objeto de mayor debate respecto al trabajo de la Convención, como fue incluir la expresión “justo precio” como garantía de pago ante la expropiación de un bien, reemplazando la fórmula que utiliza la Constitución vigente “daño patrimonial efectivamente causado “. Resulta de interés constatar que fue en la sesión N°67 del 25 de abril de 2022 donde se introdujo este cambio, mediante enmienda amistosa, en instancias en que la indicación N°137, originalmente presentada por el constituyente Patricio Fernández, indicaba que “El expropiado siempre tendrá derecho a que se le indemnice el daño patrimonial efectivamente causado“, manteniendo la estructura de la expropiación contenida en la Constitución de 1980. Esta solicitud generó debate al interior de la Comisión, juzgándose como abusivo dicho ejercicio de enmienda amistosa al cambiar, radicalmente, el contenido de la indicación en cuestión, debiendo aprobarse mediante votación.

Con posterioridad, sería en la sesión del 4 de mayo de 2022, correspondiente a la N° 95 del Pleno, donde se deliberó respecto al informe de segunda propuesta de la Comisión de

Derechos Fundamentales. Los tres incisos del artículo 20 propuestos fueron aprobados por los dos tercios necesarios, integrando el borrador de Nueva Constitución. De tal manera, la redacción definitiva del artículo 20 sobre expropiación fue la siguiente:

“Artículo 20 .- Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador.

El propietario siempre tendrá derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.

El pago deberá efectuarse de forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado y la persona expropiada siempre podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley.

Cualquiera sea la causa invocada para llevar a cabo la expropiación siempre deberá estar debidamente fundada.”.

Finalmente, tras el trabajo efectuado por la Comisión de Armonización, en la propuesta final de texto constitucional plebiscitado el 4 de septiembre de 2022, el estatuto general del derecho de propiedad correspondió al artículo 78 del segundo capítulo sobre Derechos Fundamentales y Garantías, fusionando ambos artículos 18 y 20 de los informes de la Comisión de Derechos Fundamentales en uno solo:

Artículo 78

1. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables.

2. Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica.
3. Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador.
4. La propietaria o el propietario siempre tendrá derecho a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado.
5. El pago deberá efectuarse de forma previa a la toma de posesión material del bien expropiado y la persona expropiada siempre podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, así como del monto y modalidad de pago ante los tribunales que determine la ley.
6. Cualquiera sea la causa invocada para llevar a cabo la expropiación siempre deberá estar debidamente fundada.

B. Comparación de estatutos generales de la propiedad, Constitución vigente y propuesta de la Convención

El derecho de propiedad privada, establecido en el artículo 19 N°24 es uno de los ejes principales del sistema de derechos fundamentales y del contenido dogmático de nuestra actual Constitución, en donde el ideal de libertad se encuentra estrechamente vinculado a la noción de propiedad privada. De esta manera se le consagró de forma extensa y se le otorgó una protección constitucional directa a través del recurso de protección. En efecto, la regulación constitucional actual del derecho de propiedad abarca cada aspecto del derecho de propiedad, expandiendo su protección hacía inclusive relaciones contractuales entre privados, eliminando la posibilidad de que estas definiciones fuesen modificadas mediante la acción legislativa, en un intento por evitar lo acontecido con la Constitución de 1925 y sus múltiples reformas.

Por su parte, el artículo 78 del proyecto de Nueva Constitución vio su génesis en un contexto radicalmente opuesto, una experiencia constitucional nueva en Chile con una

variedad de actores políticos relegados, históricamente, de la discusión pública. Como resultado se obtuvo un articulado sobre derecho de propiedad de menor extensión y detalle.

Realizando un análisis comparativo, ambos estatutos comparten la estructura básica del derecho de propiedad, existiendo una continuidad histórica constitucional. En este sentido, se reconoce el derecho de propiedad en sus diversas formas y sobre distintos tipos de bienes. Se mantiene el mandato al legislador respecto a los atributos de la propiedad y sus limitaciones, se mantiene, a grandes rasgos, el estatuto expropiatorio por causa de utilidad pública o interés general, y la exigencia de pago previo a la toma material del bien expropiado.

No obstante, como se hizo mención, la Constitución de 1980 conlleva una regulación extensa y detallista. A diferencia de la propuesta del artículo 78, se detallan las limitaciones y obligaciones basadas en los intereses generales de la Nación: seguridad nacional, utilidad y salubridad públicas, y conservación del patrimonio ambiental. Mientras que la Propuesta menciona la función social y ecológica de la propiedad, pero no detalla sus limitaciones de manera específica. Entendemos que tal labor de delimitación del contenido de la función ecológica introducida, hubiese sido entregada a la jurisprudencia constitucional, quien hubiese sido la encargada de delimitar el concepto de función social y ecológica de la propiedad.

De igual manera, en la Constitución vigente, la propiedad del Estado sobre recursos naturales, se encuentra anexa al estatuto general, con regulaciones detalladas, por ejemplo, sobre concesiones mineras. En la propuesta de la Convención, por su parte, se optó por separar el estatuto de propiedad general de aquel que recae sobre minas y recursos naturales, el cual fue consagrado en el artículo 145¹⁹ y siguientes.

En resumen, ambos textos comparten principios fundamentales sobre el derecho de propiedad y la expropiación; pero difieren en extensión e intensidad de su regulación, especificidad de las limitaciones al derecho de propiedad, la inclusión de la propiedad sobre

¹⁹ Artículo 145:

1. El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas y las sustancias minerales, metálicas, no metálicas y los depósitos de sustancias fósiles e hidrocarburos existentes en el territorio nacional, con excepción de las arcillas superficiales, sin perjuicio de la propiedad sobre los terrenos en que estén situadas.
2. La exploración, la explotación y el aprovechamiento de estas sustancias se sujetarán a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental.

recursos naturales en el marco general del derecho de propiedad y procedimiento expropiatorio.

Por otra parte, en cuanto a lo dispuesto en tratados internacionales de protección a los derechos humanos, actualmente vigentes y ratificados por Chile, el estatuto del derecho de propiedad propuesto por la Convención, más escueto que el vigente, se encontraba conforme al contenido mínimo del artículo 21 de la CADH. Cabe recordar que ha sido objeto de discusión la categorización del derecho de propiedad como derecho humano en tratados internacionales, por razones tales como su carácter económico y social o por tratarse de un tema de discusión interna de cada Estado, en el ejercicio de su soberanía (Gonza, 2013). Tanto así que no se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, por ejemplo, pese a estar presente en la génesis de los tratados internacionales sobre la materia: la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, donde se le califica como un derecho natural e imprescriptible.

Finalmente, respecto al trabajo desarrollado en la Convención, resulta de interés comentar iniciativas ventiladas en la Comisión de Derechos Fundamentales que tenían como objetivo buscar desconcentrar la propiedad en Chile, y su consiguiente relación con la herencia como modo de transmisión de esta. Para ejemplificar: la ICC N°281, presentada por los convencionales constituyentes: Ivanna Olivares, Manuela Royo, Francisco Caamaño, Carolina Vilches, Camila Zarate, Fernando Salinas, María Rivera y Dayana González, quienes plantearon lo siguiente:

Iniciativa Convencional Constituyente N°281. (2022) **Artículo XX.** El Estado reconoce y garantiza, en el marco del principio del buen vivir, el derecho de propiedad en sus diversas formas, pública, privada, estatal, comunitaria, colectiva, indígena y cooperativa, debiendo la ley determinar sus formas de adquisición y de goce, así como sus límites, con el fin de asegurar su función social y ecológica, y de hacerla accesible a todos.

La función ecológica comprenderá, entre otros aspectos, el deber de toda persona pública o privada, de preservar o restaurar, en su caso, las funciones ecológicas

esenciales asociadas los componentes ambientales bajo su propiedad, titularidad o control, así como abstenerse de realizar actividades que puedan perjudicarlas.

Cuando la función social o ecológica de la propiedad resultare en conflicto con los derechos de los particulares, prevalecerá el interés público, social y ecológico, sin perjuicio del derecho de los pueblos indígenas a su existencia.

(dos incisos, en sección “expropiación”)

Se promoverá la **desconcentración y descentralización de la propiedad privada**, velando por una **progresiva redistribución de las riquezas y bienes** con miras al mejoramiento de las condiciones de vida de las personas y pueblos habitantes del país, con respeto a los derechos fundamentales y de la Naturaleza. (énfasis añadido)

La propuesta de promover la desconcentración y descentralización de la propiedad privada, sumada al objetivo de lograr redistribuir las riquezas de manera progresiva, podría, ciertamente, haber influido en la herencia y la transmisión por causa de muerte, al constituir esta un modo de acumular el patrimonio desde sus inicios históricos.

A partir de esta iniciativa, se puede vislumbrar que existió cierta intención constituyente de reformular, completamente, el estatuto del derecho de propiedad y la transmisión de bienes, no obstante, no constituyó una preocupación central. De manera que, en cuanto a su estructura básica, el marco del derecho de propiedad se mantuvo en la propuesta de Nueva Constitución. Así, al mantenerse la garantía del derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes, se entiende que se reconoce la herencia en tanto parte del contenido esencial de este, esto es, la posibilidad de disponer de él con causa del fallecimiento. En el mismo sentido, afirma Ángel López que: “En la medida que ha habido una propiedad, ha habido una herencia; cuando se ha querido negar, total o parcialmente la herencia, se ha negado la propiedad (1994, p 52).” No obstante, esta relación pretendida entre propiedad y herencia será tratada con mayor profundidad en el último capítulo.

2. Derecho comparado. Consagración del derecho a la herencia en rango constitucional y reseña sobre el caso del proceso constituyente español de 1978

En derecho comparado, las menciones al derecho a la herencia a nivel constitucional conforman una innovación y una excepción a la regla general. Lo más común es que el constituyente opte por el silencio a este respecto, garantizando el derecho de propiedad y su protección, para entregarle al legislador la misión de regular y limitar el ejercicio de este derecho. Es, por consiguiente, a nivel legal donde se suele regular la transmisión por causa de muerte; en tanto ejercicio de la capacidad de disposición de todo propietario.

Por el contrario, no deja de ser importante el hecho de que la mayoría de los casos de consagración constitucional del derecho a la herencia, sean fruto de procesos constituyentes “modernos”, desde la década de 1970 en adelante en su mayoría. Encontramos los siguientes ejemplos comparados:

1. El artículo 14 de la **Constitución Alemana** de 1949: “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización [...]”
2. El artículo 33 de la **Constitución Española** de 1978: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo a las leyes. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.
3. El artículo 2 n° 16 de la **Constitución Peruana** de 1993: “Toda persona tiene derecho: [...] a la propiedad y a la herencia.”
4. El artículo 5 n° XXX de la **Constitución Brasileña** de 1988: “Todos son iguales ante la ley, sin ninguna distinción, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad de los derechos a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: [...] El derecho a la herencia está garantizado”

5. El artículo 13 de la **Constitución China** de 1982: “La legítima propiedad privada de los ciudadanos es inviolable. El Estado, de acuerdo con lo previsto en la ley, protege los derechos de los ciudadanos a la propiedad privada y su herencia.”
6. El artículo 35 de la **Constitución Rusa de 1993**: “El derecho a la propiedad privada se ampara por la ley. Todo ciudadano tiene derecho a poseer bienes en propiedad, usar y disponer de ellos tanto individualmente como junto con otras personas. [...]Se garantiza el derecho a la herencia.”
7. El artículo 133.A.XXVII de la **Constitución Mexicana** de 1917: “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.”
8. El artículo 64 de la **Constitución Polaca** de 1997: “Todos tienen derecho a la propiedad, a los derechos inherentes a la misma y el derecho a la herencia. Todos, en condiciones de igualdad, recibirán la protección de la ley con respecto a la propiedad, a los derechos inherentes a la misma y al derecho a la herencia. El derecho de propiedad sólo puede ser limitado por ley y en la medida en que se respete su contenido esencial.”
9. El artículo 46 de la **Constitución Rumana** de 1991: “El derecho a la herencia estará garantizado.”
10. El artículo 17 de la **Constitución Siria** de 2012: “El derecho a la herencia se mantendrá de acuerdo con la ley.”
11. El artículo 63 de la **Constitución Cubana** de 2019: “Se reconoce el derecho a la sucesión por causa de muerte. La ley regula su contenido y alcance.”
12. El artículo 56 de la **Constitución Boliviana** de 2009: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. Se garantiza el derecho a la sucesión hereditaria.”
13. El artículo 62 de la **Constitución Portuguesa** de 1976: “Se garantiza a todos el derecho a la propiedad privada y su transmisión “intervivos” o “mortis causa” con arreglo a la Constitución.”

Como se puede observar, podemos nombrar hasta trece Constituciones que consagran y protegen el derecho a la herencia o a suceder. No deja de ser interesante el amplio y diverso número de países: europeos pertenecientes al llamado “primer mundo”, países del medio oriente, de Sudamérica, países con herencia socialista (Polonia, Rusia) o socialistas, en la actualidad (Cuba).

Analizaremos, a este respecto, el proceso constituyente español y su especial regulación constitucional del derecho a la herencia, en cuanto a los motivos políticos y jurídicos, en virtud de los cuales se reguló de aquella forma.

Este proceso político se verificó entre los años 1977 y 1978, tras la muerte de Francisco Franco. En este contexto post dictadura, se verifica un proceso refundacional, dando como resultado la creación de un régimen completamente nuevo; desde el autoritarismo franquista hacía la actual monarquía democrática (Gunther, 1986). El proceso se desarrolló, a grandes rasgos, de la siguiente manera: se instituyó una comisión encargada de la redacción del borrador de la nueva constitución, para luego ser sometida al proceso de enmiendas y aprobación por ambas cámaras del congreso, y finalmente siendo ratificada por el pueblo español, mediante referéndum, el 6 de diciembre. La comisión encargada de redactar el anteproyecto estuvo compuesta por siete hombres: Gabriel Cisneros Laborda, Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, por Unión de Centro Democrático (UCD), partido de gobierno durante el proceso, Gregorio Peces-Barba Martínez por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), principal partido de oposición durante esta etapa; Jordi Solé Tura por el Partido Comunista de España (PCE); Manuel Fraga Iribarne por Alianza Popular (AP, en su mayoría ex franquistas); y finalmente, Miquel Roca i Junyent por el grupo parlamentario Vasco-Catalán. Estos serían conocidos en lo sucesivo como los “padres de la Constitución”. A su vez, contó con la asistencia de los letrados Fernando Garrido Falla, Francisco Rubio Llorente y José Manuel Serrana Alberta.

Según las “*Actas de la Ponencia Constitucional*”, es en la reunión del día 15 de septiembre de 1977, cuando se debate el tema referente al derecho de propiedad. La inclusión de la herencia, junto a la propiedad y como derecho fue propuesta por Manuel Fraga, es decir, la Alianza Popular (Rogel Vide, 2017, p. 20). Esta referencia resulta novedosa para la historia constitucional española. En ninguna disposición relativa al derecho de propiedad u otros, se había hecho mención expresa a la herencia (Rogel Vide, *Idem*). Tras dicho debate, se aprueba

por la comisión la redacción actual del artículo 33 en sus incisos 1º y 2º, mediando voto particular del representante socialista (Peces-Barba), añadiéndose, con posterioridad, un tercer inciso consagrando las garantías de privación del derecho de propiedad. De esta manera, la actual redacción del artículo proviene directamente del primer borrador presentado al Congreso. En palabras de Rogel Vide, la inclusión y permanencia de la consagración del “derecho a la herencia” se dio por una cuestión numérica; la llamada “mayoría mecánica”, la suma de los votos de AP y UCD (4 sobre 7). Así lo confirma el propio Gregorio Peces-Barba:

“Los argumentos de Roca, de Solé Tura y míos se estrellaban ante la decidida actitud de lo que luego llamamos la mayoría mecánica”. Añadiendo expresamente que “El derecho a la propiedad privada y a la herencia se mantuvo por la mayoría mecánica” (Peces-Barba, 1988, p. 111). Más allá de este fenómeno, cabe entender que la herencia entraba con la propiedad, en lo que se señaló como “un gran compromiso, que dominaba el texto constitucional, sobre lo que pudiera llamarse el modelo económico-social” (Sánchez Agesta, 1981, p. 123).

Distintos juristas españoles confirman esta idea:

En realidad, la voluntad del constituyente no creo que anduviera muy alejada de la simple proclamación, acaso reafirmación, de la propiedad privada y, por ende, de la herencia, a modo de mera extensión apendicular de la primera, como pilares de un determinado modelo social —el capitalista—, que [...] se pretendía instaurar entonces en España, de forma semejante al resto de las democracias modernas occidentales del entorno europeo[...] (Barrio Gallardo, 2012, p. 526); “Lo que la Constitución prohíbe en el artículo 33.1,[...] es la supresión de la heredabilidad de ciertos activos, en especial de los bienes de capital; lo que el texto constitucional reprueba es el establecimiento de limitaciones de corte marxista, tendentes a la socialización de los medios de

producción. De la misma forma, se erradica también la posibilidad de que los bienes del difunto, tras su muerte, devengan, de inmediato res nullius (Rogel Vide, 2017, p.22).

En definitiva, lo que buscó la “mayoría mecánica” de la ponencia constitucional -y que luego fue confirmado sin matices por las cámaras del poder legislativo- fue confirmar el derecho de los particulares frente a planteamientos de corte socialista, reforzando la extensión de la propiedad privada a los medios de producción y renegando de colectivización de dichos medios. Es un artículo con un objetivo políticamente claro. Jurídicamente, y lo que más nos interesa en este trabajo, es que este objetivo político, logrado en base a la consagración constitucional, lo que produjo fue sustraer al derecho de suceder por causa de muerte del ámbito de competencia del legislador. Si bien se entrega su regulación al legislador como es costumbre, este no podría abolir la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir el dominio. La disposición *mortis causa* por parte del causante y el consiguiente derecho de los herederos a la herencia, quedan fuera del alcance simple de mayorías políticas dentro del congreso, logrando que la institución se mantenga en el tiempo al abrigo de la Constitución.

En cuanto a las observaciones emanadas del Congreso al anteproyecto de nueva Constitución española, fueron desestimadas las enmiendas que pretendieron suprimir la referencia a la herencia. La misma suerte corrió para la enmienda de modificación N° 458, del siguiente tenor: “1. Se reconoce y garantiza la propiedad privada. 2. La ley regulará la sucesión testamentaria y la legítima, reconociendo la libertad de disponer, asegurando los derechos sucesorios de la familia y teniendo en cuenta los intereses generales.”

Su justificación recaía en constitucionalizar la herencia de modo más claro y amplio que en el texto, sin embargo, fue rechazada, manteniéndose los términos propuestos por la comisión redactora.

Se podría sostener, a modo de conclusión, que una mención al derecho a la herencia en forma expresa, implica una señal, por parte del constituyente, en el sentido de garantizar institucionalmente la transmisibilidad de los bienes tras el fallecimiento. Sin embargo, la ausencia de dicha mención expresa en el texto constitucional, no implicaría necesariamente que la herencia, como institución, sea excluida. Al garantizarse el derecho de propiedad, se entiende que se reconoce esta al formar parte de lo que mayoritariamente se considera

esencial de dicho derecho, la posibilidad de disponer de él con causa del fallecimiento. Además, es importante tener presente que en aquellos países en los que se contempla constitucionalmente el derecho a la herencia, se ha indicado la necesidad de aclarar que el reconocimiento constitucional de este derecho implica una garantía institucional y no un derecho fundamental. La garantía institucional de la herencia o del derecho a heredar no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado, sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar (López y López, 1994, p. 47). Eso supone que las decisiones del legislador sobre el derecho hereditario, deberán tener en cuenta el contexto valorativo de la herencia y otras garantías constitucionales, vinculadas al derecho privado como son: la propiedad privada y la familia.

3. Reflexiones en torno al debate legislativo, suscitado por la tramitación del proyecto de Reforma Constitucional que establece, en el marco de la seguridad social, una destinación específica del financiamiento para fines previsionales y una garantía sobre la propiedad de los fondos de capitalización Individual de las y los afiliados

Chile, en el año 2020, se encontraba en una profunda crisis económica. El país se había visto recientemente desestabilizado por el llamado “Estallido Social”, sumado a la llegada de la pandemia provocada por el virus Covid-19. Este contexto nacional y mundial derivó en la desesperada medida política de permitir el retiro de los fondos previsionales de cada persona, destinados en un principio para la vejez. Así, el 30 de julio de 2020 se publicó la Ley N° 21.248 que se nombra como: “Reforma Constitucional que Permite el Retiro Excepcional de los Fondos Acumulados de Capitalización Individual en las Condiciones que Indica”, reforma que introdujo la disposición transitoria Trigésima Novena, la cual permitió que cada persona retirara el 10% de sus fondos, con un tope máximo de 150 unidades de fomento y un mínimo de 35 unidades de fomento, autorizando que en el caso que el 10% de sus fondos sea menor a 35 unidades de fomento, pueda el afiliado retirar la totalidad de sus fondos acumulados.

El mismo año, el 10 de diciembre de 2020, se publicó la Ley N°21.295, que “Establece un Retiro Único y Extraordinario de Fondos Previsionales en las Condiciones que Indica”, el

cual, autorizó el segundo retiro del 10% de los Fondos Previsionales, todo como medida de mitigación de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19²⁰.

En medio de una gran polémica política, el 28 de abril de 2021 comenzó a regir la Ley N°21.330 que “Modifica la Carta Fundamental, para Establecer y Regular un Mecanismo Excepcional de Retiro de Fondos Previsionales y Anticipo de Rentas Vitalicias, en las Condiciones que Indica”, aprobando un tercer retiro de los fondos previsionales.

Detrás de estas tres publicaciones de Ley y de Reforma Constitucional, subyace lo que pareció ser un principio asumido por el legislador, esto es, que los fondos previsionales derivados de los ahorros de capitalización Individual son de propiedad del afiliado. Esto es confirmado, de hecho, por el artículo 20 H del Decreto Ley N°3500, de 1980, que establece que: “Los recursos originados en los aportes efectuados por el trabajador **serán siempre de su propiedad**”. Este principio, según la discusión dada por el legislador, se encontraría en constante contraposición con la finalidad última de los fondos previsionales: financiar las pensiones de vejez. Es patente, que hasta ese momento no existía ni en la Constitución Política, ni en el Decreto Ley N°3500 alguna norma que permita una utilización diversa de los fondos a la utilidad previsional, negando cualquier tipo de retiro anticipado.

En la discusión legislativa otorgada en el proyecto de Ley N°21.248, que permitió el primer retiro de AFP, se repitieron dos tipos de argumentos: los primeros de índole económica, y los segundos de índole jurídica. Dentro de los argumentos económicos, se hizo visible que hubo una falta de liquidez dentro de las familias, problema que fue provocado, principalmente, por las medidas sanitarias, dígame las cuarentenas, que se utilizaron para enfrentar el virus Covid-19. Los argumentos jurídicos giraron casi en su totalidad en torno a la vinculación entre el sistema previsional y el derecho de propiedad sobre los fondos.

En un primer momento, se intentó constitucionalizar la propiedad sobre los fondos previsionales, basándose, principalmente en el artículo 20 H) del referido Decreto Ley N°3.500. Se expresó, en el primer informe constitucional, que ya existían sentencias judiciales en esa orientación, específicamente, la Sentencia Rol 7442-2019 del Tribunal Constitucional, la cual en su considerando trigesimosexto y trigesimoséptimo, establecen la propiedad del afiliado

²⁰ Según la Superintendencia de Pensiones, en un informe entregado el año 2021, el principal Sistema Previsional de Chile había desembolsado cerca de \$33.932 millones de dólares por los retiros de fondos de pensiones.

sobre sus fondos de pensión. Así, el poder legislativo, propone evidenciar que existe una relación directa entre el derecho de propiedad y los fondos previsionales.

En el Informe de la Comisión de Constitución del Primer Trámite Constitucional de la Cámara de Diputados, se deja ver que el órgano legislador intentó, en un primer momento, conciliar las limitaciones externas del derecho de propiedad, que en este caso estarían relacionadas con la afectación que hace el derecho común a un fin en particular de los fondos previsionales, en este caso, la vejez o invalidez, con sus facultades esenciales.

Así, en el mismo informe se menciona que: “En este sentido, la esencia del derecho de propiedad se vincula al ejercicio de las facultades del propietario, que en el caso de cosas incorporales será ejercido sobre el derecho a disponer de sus derechos. Son precisamente las limitaciones derivadas de la regulación del derecho de propiedad, las que justifican reforma constitucional propuesta, que reconoce la facultad del legislador de regular el ejercicio del derecho de propiedad sobre los fondos previsionales, dentro de las limitaciones derivadas de la función social”²¹. Continúa el informe mencionando que, a pesar de que los fondos previsionales están protegidos por la garantía de propiedad, esta propiedad está regida hacia un fin específico, por tanto, el afiliado solo podrá acceder a aquellos fondos cuando cumpla con los requisitos que establece la ley, constituyendo así, un patrimonio de afectación. Cuestión que a ojos del legislador no es un problema, en absoluto, para legislar al respecto, ya que, es el propio artículo 19 N°24 de la Constitución que habilita al legislador para establecer limitaciones al derecho de propiedad, derivadas de su función social, siempre y cuando, estas limitaciones no afecten su esencia, impidiendo el ejercicio del derecho.

Es por esto, que la discusión legislativa en torno a autorizar retiros excepcionales de los fondos previsionales administrados por las AFP, de forma excepcional derivado de la crisis sanitaria, giró en su gran mayoría, respecto a la contradicción que existía entre el establecimiento de la propiedad de los fondos (reconocido por el Decreto Ley N°3.500) y la imposibilidad de disponer de aquellos fondos, atributo de la propiedad reconocido como esencial.

Así, desde la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, se originaron tres mociones. La primera moción del Boletín N°13.501-07, corresponde al proyecto

²¹ Informe de la Comisión de Constitución del Primer Trámite Constitucional de la Cámara de Diputados, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 11 de noviembre de 2021, página 10.

de reforma constitucional que permite a los afiliados retirar mensualmente desde 5 ingresos mínimos mensuales hasta un máximo de 150 UF, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos, a saber, que exista un estado de excepción constitucional de catástrofe de calamidad pública, derivado de una pandemia o una declaración de alerta sanitaria de la autoridad respectiva y que los fondos previsionales, que en la actualidad registre el afiliado, sean suficientes para financiar una pensión superior a las 25 unidades de fomento.²²

La segunda moción del Boletín N°13.617-07, corresponde al proyecto de reforma constitucional que modifica la carta fundamental, que permite el retiro total o parcial de los fondos previsionales, bajo una serie de condiciones que señala. Esta moción tiene como finalidad declarar, constitucionalmente, el derecho de propiedad de los afiliados sobre sus fondos de pensiones, así como modificar las obligaciones que emanan del ejecutivo al declarar un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública. Esto permite que, cada vez que el mismo sea declarado, el mismo se permita a todos los afiliados de las AFP disponer de un porcentaje de sus ahorros previsionales en pos de subsanar las consecuencias económicas que se derivan de la restricción de derechos fundamentales.

La tercera moción del Boletín N°13.627-07, corresponde al proyecto de reforma constitucional que modifica la Carta Fundamental para establecer un mecanismo transitorio que permita un retiro parcial y posterior reintegro de los fondos previsionales, con ocasión de la declaración de un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública que signifique un grave riesgo para la salud o vida de las personas. Moción que permite un retiro único de un 10% del total, contenido en la cuenta de capitalización individual del afiliado.

Siendo esta tercera moción aprobada, pero con modificaciones, en el segundo trámite constitucional del Senado. La principal modificación se realizó respecto de la propuesta de reintegro, la cual fue eliminada del proyecto, siendo devuelto a la Cámara de Diputados para su posterior aprobación y despacho para la publicación por parte del Presidente de la República. Por lo tanto, siendo infructífera la idea de constitucionalizar el derecho de propiedad sobre los fondos previsionales, cuestión que como veremos, se intentaría nuevamente en años posteriores.

²² Esta moción, intenta resguardar de mejor forma el derecho a la Seguridad Social garantizado en el artículo 19 N° 18 de la Constitución.

Esta discusión nos parece relevante, ya que, nos entrega luces de la concepción que tiene nuestro legislador respecto del derecho de propiedad. Un derecho muy fortalecido y que se vuelve casi omnipresente, sirviendo incluso como argumento para retirar fondos del sistema previsional, en evidente desmedro del derecho fundamental a la seguridad social.

Este derecho de propiedad sobre los fondos previsionales, carece de toda lógica si lo miramos desde la perspectiva del derecho a la seguridad social, pero entonces, ¿Por qué razón jurídica los legisladores se esmeran en relacionar de forma tan insistente los fondos previsionales con el derecho de propiedad, intentando constitucionalizar la propiedad del afiliado sobre sus fondos? Básicamente, por el fuerte resguardo que brinda la garantía de la propiedad, especialmente protegida en nuestra actual Constitución Política. Ahora, ¿Asegurar la transmisión por causa de muerte de los fondos previsionales, es también una garantía que siempre se deriva de la propiedad? Intentaremos dilucidar esta pregunta en el siguiente punto, exponiendo para ello la discusión legislativa de un proyecto del gobierno del Presidente Gabriel Boric, el cual está intentando garantizar constitucionalmente la inexpropiabilidad de los fondos de pensiones.

4. Proyecto de Reforma Constitucional que establece, en el marco de la seguridad social, una destinación específica del financiamiento para fines previsionales y una arantía sobre la propiedad de los fondos de capitalización Individual de las y los afiliados

En el año 2022, Chile se encuentra dentro de un proceso de redacción de una nueva Constitución Política para el país, redacción que estaría bajo la responsabilidad de una Convención Constitucional Constituyente, liderada, principalmente, por los partidos de izquierda y una gran cantidad de Convencionales independientes.

Dentro de este proceso, se generaron una serie de suspicacias por parte de la población y los partidos del ala más conservadora del país. Una de ellas giraba en torno a ¿Qué ocurriría con los fondos de pensiones?, ¿Nos olvidaríamos del régimen de capitalización Individual?, ¿Se establecería un régimen solidario de pensiones?, ¿Quién administraría ese fondo solidario?, ¿El Estado o continuaría en manos de privados? Dudas que comenzaron a calar hondo en la población, provocando el ingreso de diferentes propuestas populares y de convencionales para establecer normas constitucionales que protegieran la propiedad de aquellos fondos de pensiones. Dentro de aquellas propuestas, se encontraba una norma que

garantizaría, constitucionalmente, la inexpropiabilidad de los fondos de pensiones, propuesta que, finalmente, fue rechazada por el pleno de la Convención Constitucional, siendo finalmente aprobado en la última versión del borrador de una Nueva Constitución el art. 45 que establecía que “1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social, fundada en los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, igualdad, suficiencia, participación, sostenibilidad y oportunidad. 2. La ley establecerá un sistema de seguridad social público...”

Articulado que, según los sectores políticos conservadores, no aclaraba ni entregaba certezas respecto a la seguridad y la garantía de los fondos de pensiones, ya que, no explicita la propiedad del afiliado.

Casi en el mismo momento que esto ocurría, se ingresaba un proyecto de ley en el congreso chileno que permitiría un quinto retiro de los fondos de AFP²³. Quinto retiro, que, bajo un contexto de una constante alza de la inflación y la baja productividad económica, se quería evitar, a toda costa, por parte del Gobierno oficialista. Dentro de este empeño, la Presidencia intentó aunar a Diputados, tanto de izquierda como de derecha, para lograr que se rechazara este proyecto de ley.

Intención, que días antes de la votación, parecía no poder cumplirse, así, el 15 de abril de 2022, el Diputado Guillermo Ramírez, del partido UDI (Unión Demócrata Independiente), expresaba en el diario de circulación nacional La Tercera del 15 de abril de 2022 que:

“No cuentan con votos UDI contra el quinto retiro si no garantizan la inexpropiabilidad de los fondos... Hemos dicho al gobierno que no pueden contar con los votos de Chile Vamos si no se aseguran que esos fondos de pensiones están seguros, son heredables y que los ahorros futuros van a ser propiedad de los trabajadores.”

Demostrando que uno de los partidos de derecha más grandes de Chile, para emitir sus votos para el rechazo, exigía que el Gobierno garantizara la inexpropiabilidad de los fondos de pensiones en la Constitución Vigente, todo derivado del rechazo de igual iniciativa en la Convención Constitucional. Hacemos notar, que aparte del tema de la inexpropiabilidad y la

²³ Que en la práctica es un cuarto retiro de AFP. Lleva el nombre de quinto retiro porque el proyecto de ley que intentó un cuarto retiro, fue rechazado con anterioridad.

propiedad de los fondos de pensiones, se hace explícita una nueva arista: La heredabilidad de los fondos de pensiones.

Debido a la presión económica predominante y al evidente empeoramiento que significa la aprobación de un nuevo retiro de los fondos de pensiones, administrados por las AFP, es que el Gobierno accede a la petición del conglomerado político de Chile Vamos, presentando el lunes 18 de abril de 2022 un proyecto de reforma constitucional que tenía como principal propósito garantizar la inexpropiabilidad de los fondos de pensiones. Con el ingreso de esta reforma constitucional, el Gobierno logra obtener suficientes votos en la Cámara de Diputados para rechazar la aprobación de un nuevo retiro de las AFP.

El proyecto fue ingresado al congreso bajo el Boletín N° 14.921-07-01. En el mensaje del proyecto de reforma constitucional del 18 de abril de 2022, en sus fundamentos, el Presidente de la República menciona que:

“Tal como se ha manifestado desde el comienzo de la campaña presidencial, **este Gobierno tiene un absoluto compromiso con el respeto de la propiedad de los fondos de pensiones ahorrados en las cuentas de las y los trabajadores(as)** que se rigen por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980. Establecer expresamente el derecho de propiedad sobre los fondos ahorrados en las cuentas de capitalización individual en la Constitución implica dotarlo de un nivel de protección adicional, excluyendo además la posibilidad de expropiarlos por ley. Esta restricción, de carácter absolutamente extraordinario en nuestro ordenamiento jurídico, se incorpora de manera explícita con el fin de otorgar completa certeza a las y los afiliados(as) sobre la inexpropiabilidad de sus ahorros previsionales. **Como consecuencia de esta garantía, la heredabilidad de estos fondos se seguirá rigiendo por las reglas antes descritas.**” (Mensaje N° 008-370, de S.E., el Presidente de la República, 2022),

Se deja ver del mensaje del presidente que el proyecto nace puramente por una necesidad política: la necesidad de hacer patente que de parte del gobierno existe un compromiso con respetar la propiedad de los fondos de pensiones, por lo cual, están dispuestos, desde su ala política, con elevar esa propiedad a un nivel constitucional,

excluyendo explícitamente la posibilidad de expropiarlos por ley. De todas formas, el gobierno, mediante el mensaje, dejar ver que este tipo de restricciones son de un carácter absolutamente extraordinario.

El mensaje, poco antes de cerrar sus fundamentos, menciona algo interesante para nuestro estudio, a saber, que como consecuencia (de la propiedad constitucional de los fondos de pensiones) la heredabilidad de los fondos se mantendrá. Lo que nos interesa hacer notar aquí es la concepción que tiene el gobierno respecto de la relación que existe entre la propiedad y la herencia. De esta forma, se deja ver claramente que para el gobierno la herencia es una consecuencia de la propiedad, por ende, desecha la posibilidad de “constitucionalizar la herencia”. El gobierno entiende que, al garantizar la propiedad constitucional de los fondos de pensiones, también está garantizando la sucesión por causa de muerte de los mismos.

El proyecto de reforma constitucional dicta de la siguiente manera:

“Artículo único.- Agrégase al numeral 18° del artículo 19 del Decreto Supremo N° 100 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, los siguientes párrafos cuarto y quinto, nuevos, pasando el actual párrafo cuarto a ser sexto:

Las prestaciones de seguridad social se financiarán con aportes fiscales y cotizaciones obligatorias, en la forma y condiciones que establezca la ley. Los fondos originados en las cotizaciones obligatorias deberán destinarse única y exclusivamente a fines previsionales. Para estos efectos, también se entenderán dentro de los fines previsionales la administración de los fondos y el pago de pensiones alimenticias, en la forma que determine la ley.

Sin perjuicio de los componentes propios de la seguridad social que integren el sistema, **se garantizará siempre la propiedad del afiliado(a) respecto de los ahorros provenientes de la capitalización individual, sin que la ley pueda expropiar dichos ahorros.**” (Presidente de la República, 2022).

En consecuencia, del mensaje del proyecto de reforma constitucional, notamos una alternativa a la resolución de la duda de si la sucesión por causa de muerte o herencia es parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

5. Debate legislativo en torno a la aprobación, rechazo y/o modificación del proyecto de Reforma Constitucional que establece la inexpropiabilidad de los ahorros previsionales

Analizaremos, brevemente, el debate que existió en la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de reforma constitucional, boletín N° 14.921-07-01, debate que nos parece importante exponer, que en él participaron un buen número de expertos y, justamente, en momentos, se discute la pertinencia de constitucionalizar o no, además de la propiedad, la heredabilidad de los fondos de pensiones.

Dentro de la comisión, desde los/as diputados/as: Jorge Alessandri, Gustavo Benavente, Camila Flores, Andrés Longton y Luis Sánchez, nació la siguiente indicación para reemplazar el inciso segundo del artículo único del proyecto de reforma:

Las cotizaciones previsionales obligatorias tanto presentes como futuras, permanecerán en todo momento en la propiedad del cotizante, tanto en capital como en rentabilidad, las cuales serán acreditadas en cuentas individuales de capitalización cuyos fondos serán **heredables, imprescriptibles, inembargables e inexpropiables** y no podrán ser objeto de nacionalización o estatización en ninguna circunstancia. (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 2022).

A pesar de que dicha propuesta fue rechazada, nos parece pertinente destacar cómo los diputados de una orientación política conservadora, intentan hacer explícito un reconocimiento constitucional de la heredabilidad de los fondos de pensiones. Postura de la cual podemos deducir que para ellos no es suficiente el reconocimiento constitucional de la propiedad como una forma de garantizar la heredabilidad de los fondos.

Confirmando esta línea argumental, el diputado Sánchez, expresa ante la comisión que es necesario estudiar la posibilidad de garantizar la heredabilidad como manifestación del derecho de propiedad. Comentario parecido emitió el diputado Alessandri, estableciendo que

es importante disminuir la incertidumbre sobre esta materia y, en tal sentido, que se aclare que son recursos inexpropiables, inembargables y heredables.

Al respecto, el Ministro Secretario General de la Presidencia, don Giorgio Jackson, aclaró ante la comisión que el modelo de pensiones aún está en preparación, pero que el espíritu de la reforma no pretende innovar en materia de heredabilidad.

Dentro del marco de ponencias dentro de la comisión, se presentó el señor Jorge Barrera, académico de la Universidad de Chile y San Sebastián, quien enfatiza que, en su opinión, es imperante incorporar, expresamente, que los fondos continuarán siendo heredables, definiendo eso sí, que se limite a los casos en que correspondan para no alterar el sistema de renta vitalicia. Proponiendo en la misma Sesión N° 16, que el proyecto de reforma quede de la siguiente manera:

“Los fondos originados en las cotizaciones obligatorias deberán destinarse única y exclusivamente a fines previsionales. Para estos efectos, también se entenderán dentro de los fines previsionales la administración de los fondos; y el pago de pensiones alimenticias **en los casos en la Constitución expresamente lo autorice, así como la transmisión por causa de muerte de los mismos en los casos que corresponda, y en la forma que determine la ley.**”.

Es interesante, ya que, el profesor asumió igual postura que la de los diputados de derecha. Cree que es necesario explicitar, constitucionalmente, la transmisión por causa de muerte de los fondos de pensiones, estimando que reconocer constitucionalmente la propiedad de los fondos no asegura su heredabilidad.

Con una opinión transversalmente opuesta, nos encontramos con el Diputado Cuello, quien manifestó dudas respecto de la indicación efectuada por los diputados de derecha. Al respecto, se menciona en la Sesión 34 del 16 de agosto de 2022 que: “Los elementos que describe (la indicación), como que son heredables, son de la esencia de la propiedad, siendo innecesario añadirlos.” Al respecto, nos parece curioso que el diputado Cuello tenga esta percepción respecto del derecho de propiedad y su contenido esencial, ya que, precisamente, es aquel problema el que buscamos dilucidar mediante la presente tesis. Lamentablemente, el diputado no dio ningún argumento que respalde su postura, sin embargo, por esta misma

razón podemos afirmar que para el diputado es una obviedad el vincular el derecho de propiedad con la heredabilidad del mismo.

Respecto a la tramitación de la indicación, el ministro Jackson, mencionó que no le parecía una buena idea la indicación, pues provocaría la eliminación de figuras como el seguro de cesantía y la Ley N°21.063 que Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el código del trabajo para estos efectos. Enfatizando que el compromiso político del ejecutivo era dar una señal de tranquilidad a las personas de que sus ahorros previsionales siempre serían de su propiedad, incluyendo que los mismos sean heredables.

Finalmente, la indicación presentada fue rechazada, continuando con la exposición de los expertos, para finalizar con la votación del proyecto de Reforma Constitucional presentado por el presidente. Dentro de este marco se presentó el superintendente de pensiones, quien, analizando el régimen jurídico actual referido a la propiedad de los fondos de pensiones, cita al profesor Dr. Humberto Nogueira Alcalá. Según su Informe en Derecho, entregado para la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 7442-2019, señala que las prestaciones previsionales tienen como propósito cubrir las necesidades de la población de obtener prestaciones básicas y uniformes que aseguren la vida digna de los afiliados. Continúa argumentando que ello implica reconocer que, en esta materia en específico, los atributos esenciales del derecho de propiedad se encuentran bajo ciertas limitaciones especiales, para lograr brindar estas prestaciones básicas que den cumplimiento al derecho a la seguridad social. Finaliza, el superintendente, evaluando de forma positiva la idea de elevar a nivel constitucional la protección de los fondos de pensiones por medio de su inexpropiabilidad. Aquí, resulta interesante, analizar la postura de la señora Munilla, expositora en la comisión y Profesora de la Cátedra de derecho del Trabajo de la Universidad Católica de Valparaíso, quien mantiene una postura diametralmente opuesta a la del superintendente y de los demás expositores²⁴.

La profesora Munilla considera contradictorio establecer una propiedad constitucional de los fondos de pensiones, ya que, según su postura, las cotizaciones individuales parecen ser más un mecanismo de contribución forzoso a la seguridad social que un ahorro forzoso,

²⁴ Exceptuando las posturas expuestas ante la comisión del señor Hugo Cifuentes, profesor de derecho de la Seguridad Social de la Universidad Diego Portales y del señor José Roa, Director Ejecutivo de la Fundación Chile 21.

estableciendo como derechos opuestos la seguridad social y la propiedad privada. Esto derivado de que la seguridad social es primero: un derecho fundamental. Segundo, la socialización de esta obligación es parte fundamental de la sociedad, ya que, es necesario el apoyo mutuo. Tercero, dentro de los principios más importantes de la seguridad social se encuentra la solidaridad, entendida como el esfuerzo de toda la comunidad con el propósito de provocar una redistribución positiva a favor de quienes menos tienen. Cuarto, todo el sistema de la seguridad social no hace, sino definir los ámbitos de aplicación material y personal de este derecho fundamental, junto con su financiamiento. Quinto, en un sistema de seguridad social no existe otro fin que no sea el previsional, esto es, la cobertura del riesgo social en sí, por lo tanto, no existe algo tal como un “fin previsional” de las cotizaciones obligatorias.

Siguiendo estas ideas, a un sistema de seguridad social sano, acorde a sus principios dogmáticos, le es inaplicable un concepto de propiedad. Las cotizaciones previsionales no se consideran un ahorro, sino que una carga, tal y como son los impuestos, que están destinados al uso común. En conclusión, según la profesora Munilla, cualquier referencia a limitar la seguridad social a través del dominio, carece de sentido, ya que el derecho a la seguridad se basa, finalmente, en el derecho a recibir una prestación básica y uniforme al momento de necesitarla, según los requisitos establecidos por ley, no a los fondos ahorrados en sí.

Hasta la fecha de redacción de esta tesis, este proyecto de Reforma Constitucional se encuentra con su tramitación suspendida en la Cámara de Senadores. Desde el ala conservadora del país, resurgen, de vez en cuando, presiones para que su aprobación se agilice; pero en vísperas de un nuevo proceso de reforma constitucional, la facción oficialista, encabezada por el presidente Boric, al parecer, no tienen mayor iniciativa para su aprobación; todo en cuanto, el punto político que lo detonó ya concluyó, y la discusión se separó de las pulsiones mayoritarias.

En general, el debate (la polémica) respecto de la garantización constitucional o no de la propiedad de los fondos de pensiones, la traemos a colación, para evidenciar los diferentes argumentos de diversos sectores de la sociedad, los cuales, tal como se ha podido esclarecer, tienen diferentes posiciones respecto del tipo o amplitud de protección que otorga declarar que un bien como tal es apropiable. Así, por ejemplo, hacemos notar que las personas con orientaciones políticas de derecha o conservadoras en Chile, demuestran cierta suspicacia sobre el elemento mortis causa de la propiedad, considerando que la propiedad no incluye

dentro de sus atributos la transmisibilidad por causa de muerte, intentando que en cada norma que se discute, se incluya expresamente que los fondos, además de ser de propiedad del afiliado, sean heredables. Al contrario, la facción más cercana a la izquierda, se contenta con garantizar, constitucionalmente, la propiedad de los fondos, no creyendo necesario explicitar la transmisión por causa de muerte de los mismos, entendiendo que este efecto se encuentra cubierto por el derecho de propiedad e incluso, previendo ciertos problemas de antinomias normativas al establecerla.

Esta tesis exploratoria tiene, justamente, como finalidad exponer estas dos posiciones y estudiar los diferentes argumentos que puedan sustentar una u otra posición. Con este mismo propósito es que estudiaremos para finalizar este capítulo el anteproyecto emitido por la comisión de expertos dentro del proceso de continuación de una Nueva Constitución para Chile.

6. Proyecto de Nueva Constitución elaborado por el Consejo Constitucional el año 2023

El borrador de Nueva Constitución emitido por la Convención Constitucional, se sometió a votación mediante un plebiscito de fecha 04 de septiembre de 2022, ganando el rechazo a la propuesta con un 61.86% contra un 38.14% por la opción de aprobar. Luego de esta negativa por parte de la población, los partidos políticos decidieron continuar con el proceso de redacción de una nueva constitución; pero esta vez, adoptando un mecanismo diferente.

En esta ocasión, el proceso sería, principalmente, liderado por las facciones políticas enfrentadas en el congreso, al contrario de lo ocurrido en la Convención Constitucional, donde principalmente se encargaron convencionales independientes. Así, se creó una Comisión Bicameral, compuesta por 8 diputados y 8 senadores, comisión que tendría como finalidad emitir y aprobar el reglamento que fue entregado por las diferentes secretarías del congreso. Este reglamento aprobado y modificado por la Comisión Bicameral, fue sometido a votación por ambas cámaras del congreso, con un quórum de 4/7, dando el puntapié inicial para la redacción de una nueva Constitución.

El reglamento aprobado regula el funcionamiento de los 3 órganos encargados de redactar un nuevo proyecto de Nueva Constitución: La Comisión Experta, El Consejo Constitucional y el Comité Técnico de Admisibilidad.

Se definió que el Consejo Constitucional será un órgano compuesto, por al menos, por 50 integrantes, el cual tendrá por único objeto discutir y aprobar la propuesta de texto de Nueva Constitución, siendo todos sus integrantes elegidos democrática y paritariamente. La Comisión Experta, se estableció como una comisión paritaria de 24 expertos y expertas que tienen como principal misión, proponer al Consejo Constitucional un anteproyecto de propuesta de Nueva Constitución, siendo sus miembros elegidos por la Cámara de Diputados y el Senado. Por último, el Comité Técnico de Admisibilidad fue un órgano paritario que compuesto por 14 integrantes que tuvo como principal función la resolución de los requerimientos que se interpongan en contra de aquellas propuestas de normas aprobadas por la Comisión o por el plenario del Consejo Constitucional, que contravengan las bases institucionales establecidas en el proceso de redacción de la Nueva Constitución.

La Comisión Experta comenzó su trabajo, en dependencias del Congreso Nacional, en la ciudad de Santiago, el 06 de marzo de 2023: todo para poder entregar un anteproyecto de Nueva Constitución (el “Anteproyecto”). El plazo establecido para la entrega de este documento fue de tres meses luego de la instalación de la Comisión Experta, plazo que finalmente fue cumplido, siendo entregado el día 05 de junio de 2023, fecha en que el Anteproyecto de Nueva Constitución fue entregado para su discusión, modificación y eventual aprobación.

El anteproyecto de Nueva Constitución, entregado por la Comisión Experta desarrolló una serie de ideas nuevas, aunque este proyecto de nueva constitución deja atrás el espíritu refundacional que tuvo su intento pasado. Así, estableció un amplio catálogo de derechos fundamentales, incluyendo nuevos derechos fundamentales como el derecho constitucional a la huelga, comprendido dentro de la libertad sindical. Pero, en otras materias, por ejemplo, el derecho de propiedad, casi no innovó.

Por su parte, el Consejo Constitucional comenzó a sesionar el 7 de junio de 2023 sobre la base del Anteproyecto, disponiendo de un plazo de cinco meses para deliberar. Se entregó en definitiva la Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile (la “Propuesta”) el 7 de noviembre de 2023.

El derecho de propiedad se reguló en el Artículo N° 16, numeral 35 del Capítulo II “Derechos y Libertades Fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales” de la Propuesta. Este numeral dictó lo siguiente:

“Artículo 16. La Constitución asegura a todas las personas:

35. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

- a) Solo 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 y la seguridad de la Nación, la utilidad y la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental.

- b) 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.

- c) 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.”

Como se podrá apreciar, no existen diferencias sustanciales entre la redacción actual del derecho de propiedad, contenida en el artículo 19 N°24 de la Constitución de 1980 y la redacción de la Propuesta del año 2023. Esta no significó un cambio en la comprensión de la herencia y su relación con el derecho de propiedad, ni en su discusión se esgrimieron argumentos o iniciativas que suponían nuevas maneras de concebir esta relación. En consecuencia, hacemos notar que la Propuesta no trajo consigo mayores modificaciones a la consagración del derecho de propiedad en Chile, influyendo poco en los términos planteados en esta investigación.

Capítulo IV

¿La facultad de disposición mortis causa es parte del contenido esencial del derecho de propiedad?

Como hemos podido analizar a lo largo de este trabajo, la herencia y especialmente la propiedad han sido tópicos comunes e históricos del derecho. Desde su primera concepción, nacida desde el derecho romano, la propiedad y la herencia se transformaron en unos de los principales pilares de la organización de la sociedad.

En este trabajo logramos profundizar en la evolución del derecho de propiedad e intentamos descifrar la relación que existe entre la institución de la herencia o sucesión por causa de muerte y el derecho de propiedad. Para esto, en un comienzo, definimos el significado y regulación de la sucesión por causa de muerte, todo esto para aclarar cuál es su actual regulación a nivel legal dentro de nuestro Código Civil.

En nuestro primer capítulo, comenzamos distinguiendo entre las instituciones de la sucesión: intestada y testada. Mencionamos que la sucesión intestada se caracteriza, a grandes rasgos, porque la ley suple la voluntad de una persona que fallece, cuando esta no expresó una voluntad previa o cuando la expresó; pero no lo hizo en la forma que establece la ley (testamento). Así, incluso cuando para sus herederos haya sido clara la voluntad del causante respecto de sus bienes, la ley procede a interpretar su voluntad de forma completa y le da un destino predefinido. En esta institución la ley es la encargada de definir el objeto de la sucesión, los sujetos de la sucesión y la oportunidad de la sucesión. ¿Cómo es que el legislador puede restringir a tal nivel la disposición mortis causa de una persona? La respuesta no es única, en un comienzo lo hace para resolver de forma práctica tres eventuales problemas que provocaría la no existencia de la institución de la sucesión intestada. El primero: el problema de la vacancia de bienes, o sea, los bienes, al fallecimiento de una persona, quedarían como *res nullius*, es decir, sin un dueño y, por tanto, podrían ser fácilmente apropiados por cualquier persona mediante la ocupación. Nuestro legislador, resuelve este problema, mediante la sucesión intestada, creando una solución de continuidad entre la propiedad del causante y sus herederos. El segundo problema, es similar al anterior, pero

orientado a la posesión. El tercer problema tiene relación con el destino y cumplimiento de las deudas del causante, si no existiese un destino del patrimonio predefinido por el legislador, no existiría seguridad para los acreedores de que sus créditos sean pagados luego de la muerte de una persona. Además, el legislador intenta proteger otros intereses relevantes mediante la suplantación de la voluntad del causante. De forma muy clara, encontramos el principio de protección a la familia, fundamentalmente, en los límites impuestos por el legislador en la otra institución que ya analizamos al inicio de este trabajo, la sucesión testada.

En la sucesión intestada, el hecho de que no exista una voluntad previa y fidedigna de disposición de los bienes, justifica que el legislador tenga el permiso constitucional de disponer de los bienes del causante, según estime conveniente, respetando siempre, eso sí, los principios que él mismo ha establecido, como, por ejemplo, el antes dicho principio de protección a la familia. En esta hipótesis, el causante, al no prever el innegable suceso de la muerte, es que acepta tácitamente la disposición que se realiza de su patrimonio mediante las reglas de la sucesión intestada. Entonces, el causante al no testar toma como voluntad propia lo establecido en la ley, encontrándonos así con la justificación de fondo de la normativa.

La sucesión testada, a diferencia de la intestada, viene a regular, en esencia, el orden de traspaso de la propiedad y posesión de los bienes de una persona al tiempo de su fallecimiento, según lo dictaminado en su testamento. De esta manera, una persona en vida, dispone de lo suyo para después de su muerte, con el propósito de que su voluntad sea cumplida. Esto está recogido en nuestra legislación dentro del principio de libertad de testar, así en un primer entendimiento, cualquier persona es libre de fijar en un testamento su voluntad respecto al destino de su patrimonio para después de su muerte. Esto se ve alterado por el legislador, el cual como pudimos ver, limita directamente la voluntad del causante para testar mediante las asignaciones forzosas, dentro de las cuales se encuentran los alimentos, las legítimas y la cuarta de mejora. Actualmente, solo nos encontramos con estas limitaciones a la voluntad del causante, las cuales, podrán ser más o menos gravosas o más o menos justificadas, según el criterio del lector; pero, en el siglo XIX nos encontrábamos con otra limitación aún más gravosa: los llamados mayorazgos, los que, una vez constituidos, eran vinculantes para los herederos, por tanto, significaban un gravamen que perduraba a través de las generaciones y que era manifestación de la voluntad de un causante primigenio.

Aquí, es de destacar que, a pesar de que los mayorazgos fueron abolidos, por una gran parte de nuestra historia, fueron gravámenes que pesaban sobre grandes latifundios y

patrimonios completos, impidiendo su enajenación en divisiones y, por ende, limitando la libre disposición de los mismos. Los mayorazgos nacieron de una primera voluntad, quien, al constituirlos, provocaba que su voluntad tuviera efectos más allá de su muerte, esto ya que, justamente, tenían como propósito la inalienabilidad de la propiedad de la universalidad heredada. Desde este punto de vista, el mayorazgo es el reflejo de una voluntad maximizadora. En cambio, si lo vemos desde la perspectiva de los herederos, quienes se convierten en propietarios, mediante sucesión por causa de muerte, de un bien gravado y, por tanto, limitando sus facultades de disposición. La cuestión, finalmente quedó zanjada con la promulgación del Código Civil en 1855, el cual, abolió de forma definitiva esta institución al sentar como base de nuestro ordenamiento jurídico el principio de la libre circulación de la riqueza.

Así, dentro de nuestro trabajo pudimos analizar la relación entre la herencia y el derecho de propiedad desde la óptica del heredero, entonces nos preguntamos: ¿Puede tener el heredero algún derecho de propiedad sobre la futura a herencia? Esta es una pregunta que no es baladí, en tanto, si llegara a existir algún derecho de propiedad sobre el derecho a ser heredero o recibir, eventualmente, una herencia, cualquier modificación legal podría ser considerada una expropiación regulatoria en cuanto el legislador estaría privando de un derecho de propiedad, ya adquirido por los herederos. En contra de esto, como pudimos analizar, se encuentran la Teoría de los Derechos Adquiridos y la Teoría del Efecto Inmediato de la Ley Nueva, según las cuales, pudimos establecer que los herederos no gozan de ningún derecho respecto de una futura herencia que pudieran adquirir, todo esto ya que, si lo pensamos desde la óptica de la Teoría de los Derechos Adquiridos, a los herederos no se les defiere derecho alguno hasta el momento del fallecimiento del causante y, por tanto, no poseen ningún derecho adquirido que pudiera ser lesionado. Igual situación se da, si lo vemos desde la Teoría del Efecto Inmediato de la Ley Nueva, ya que, los herederos y su situación jurídica respecto de la herencia es incompleta y aun no constituida y, por tanto, no lesionable, al menos, hasta que esta sea deferida.

Luego, dentro de este trabajo, analizamos la regulación constitucional en el derecho comparado respecto de la herencia.

Pudimos notar en aquel apartado que, al menos trece constituciones en el mundo protegen la herencia, siendo los casos más cercanos, los de las Constituciones de: España, México, Bolivia y Perú. Es destacable, que, a pesar de que estos países conservan la

consagración constitucional de la propiedad como un derecho de configuración legal, al menos estos, que anteriormente nombramos, sustraen de la competencia del legislador a la herencia, expresando, en términos simples, que la herencia debe ser respetada como un derecho fundamental propiamente tal.

En nuestro país, como bien habrá podido notar el lector, la disposición mortis causa no goza de una protección constitucional expresa. Solo existe una protección constitucional del derecho de propiedad, siendo entregado al legislador, la configuración y regulación de este derecho. Si tenemos en cuenta que, actualmente la doctrina estima que la sucesión por causa de muerte -que nosotros identificamos como la disposición mortis causa- es un modo de adquirir el derecho de propiedad, podríamos concluir apresuradamente que el legislador tiene plena facultad para modificarlo e incluso eliminarlo. Pero, justamente, el trabajo de esta tesis es responder a esta interrogante de forma concienzuda.

El derecho de propiedad contiene a la facultad de disposición mortis causa.

Esta conclusión no es un misterio, la disposición mortis causa es parte del derecho de propiedad. Esto debido a que, la facultad que tiene una persona para disponer de sus bienes deriva, justamente, de su calidad como dueño de esos bienes. Esto se ha entendido así desde los orígenes del derecho de propiedad en Chile.

El derecho de propiedad tuvo su primer reconocimiento legal en el Reglamento Provisorio de 1812, el cual crea: “una garantía judicial vinculada a los derechos de las personas y las cosas en el territorio recién independizado.” (Ruiz-Tagle, 2014, p. 26). El art. 16 del Reglamento rezaba:

Art. 16. Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casas, efectos y papeles; y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial, y sin designar con claridad los lugares o cosas que han de examinar o aprehender.

Luego, la Carta de 1818, en su capítulo primero “De los derechos del hombre en sociedad”, en su artículo 5º menciona que: “La casa y papeles de cada individuo son sagrados, y esta ley sólo podrá suspenderse en los casos urgentes que lo acuerde el senado (...)”. Luego, en el art. 9º se establece que:

“No puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la patria, y aún en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individua y nunca con tropelías e insultos (...)”.

La Constitución de 1822, incluyó 3 artículos referidos a la propiedad: los art. 115, 116 y 222. Esta carta reitera la posibilidad de afectación de la propiedad para “salvar a la patria”, además de constituir un procedimiento indemnizatorio en el Título V, Capítulo II, sobre los límites del poder ejecutivo. Luego, en la Constitución de 1823 se continúa con la misma idea, garantizando la propiedad, esta vez en el título XII relativo al poder judicial, estableciéndose que: “ninguno puede privarse de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado de notoriamente grave y con previa indemnización”.

En la Constitución de 1828, la propiedad “se regula en relación con un haz de facultades o titularidades individuales que pueden exigirse como límites a la acción de la autoridad” (Ruiz-Tagle, 2014, p.30). Se menciona en los artículos 10, 16 y 17, en los cuales se destaca el art. 10º que cita: “La nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones (...)”, luego el art. 17 menciona:

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

Cabe señalar que esta Constitución de corte liberal, en su artículo 126 menciona que: “Quedan abolidos para siempre los mayorazgos y todas las vinculaciones que impidan el enajenamiento libre de los fundos”. Los mayorazgos, institución que como ya vimos tiene mucho que aportar, ya que su posterior abolición originó un debate que aborda dilemas cercanos a los que actualmente nos presenta la sucesión por causa de muerte, siendo una traba a la libre circulación del dominio, es decir, un gravamen, que limitaba la división del patrimonio heredado. Otro punto relevante, es que aquí, por primera vez, se consagra el derecho de propiedad como un derecho subjetivo, excluyente, y que se enmarca como un método de protección de una esfera de las personas: su propiedad.

La Constitución de 1833 “expresó un concepto constitucional de ‘propiedades’ que entiende la institución dominical en plural, una idea que el texto de la carta fundamental vincula con las comunidades” (Ruiz-Tagle, 2014, p. 31). Así, la carta en su artículo 12 menciona que:

“La constitución asegura a todos los habitantes de la República: (...) 5º La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviera, sino en virtud de una sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, 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.”.

Posteriormente, con las Reformas Constitucionales que se inician en la década de 1860, se introduce una sección especial de garantías relacionadas con la propiedad, la que tiene como propósito limitar aún más la acción de la autoridad respecto de la propiedad individual.

Según el profesor Ruiz-Tagle, desde la Constitución de 1925 es que comenzamos a notar una línea dogmática más desarrollada en torno al derecho de propiedad. Así, la Constitución de 1925 establece un sistema de garantías en torno del derecho de propiedad, la

que recoge algunos elementos de la Constitución de 1833 tal como la pluralidad del dominio. En el artículo 10, numerales 10, 11 y 14 se dispone lo siguiente:

“Capítulo III Garantías individuales.

Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República.

10.- La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho 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 correspondiente.

14.- (...) El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad familiar.”.

Según el profesor Ruiz-Tagle, desde esta Constitución podemos reconocer formas más desarrolladas de una concepción chilena de la propiedad a nivel constitucional. Ya que, junto con ella, cambia la concepción civilista de la propiedad, esto porque:

“... se crean nuevas formas de propiedad y también porque se introduce gradualmente la idea de la función social de la propiedad, por la influencia de la obra de Duguit que se recibe en Chile a través de Alessandri, para finalmente plasmarse en el propio texto constitucional” (Ruiz-Tagle, 2014, p. 34).

Influencia que terminaría por plasmarse constitucionalmente con la Reforma Constitucional de 1970 y tiene incidencia directa en el debate de la reforma agraria, nacionalizaciones y expropiaciones de la época. Estos procesos políticos y jurídicos provocaron la transformación del concepto de propiedad, **atenuando así, la naturaleza absoluta y arbitraria que beneficia al propietario, en pos de la utilidad social que se deriva de los bienes y el capital.**

Posteriormente, en un contexto de dictadura militar, nace la Constitución de 1980, la que contiene una regulación extensa y detallada de la propiedad. Constitución que, a pesar del largo y específico desarrollo del derecho de propiedad en el artículo 19, **no nos entrega una definición de lo que se entiende por el mismo**, por lo tanto, para comenzar a entregar una definición de lo que significa el derecho de propiedad, nos remitimos al Código Civil, que en su artículo 582 inciso 1º declara que el “dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”²⁵.

Cabe subrayar que los profesores Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate (2008), consideran que no es el concepto romano de propiedad el que inspiró el proceso de codificación del siglo XIX y, por ende, el que se cree recogido por Bello en el Código Civil. Al contrario, consideran que, en verdad, es el concepto liberal-francés de propiedad, nacido en forma reaccionaria en contra del feudalismo de aquella época, el que se encuentra recogido por nuestro Código Civil. Así, el profesor Cordero menciona que el artículo 544 del *Code civil* no es sino “la ruptura con el sistema de propiedades del feudalismo y la consagración de un nuevo modelo”, el que “es fruto de la euforia y el entusiasmo como consecuencia del radical cambio que se está produciendo por el triunfo de la revolución y el final del Antiguo Régimen”

²⁵ Cabe destacar que el profesor Ruiz-Tagle menciona que la definición del derecho de propiedad del Código Civil no es aplicable al sistema constitucional de propiedad. Confirmando aquello, menciona que “La idea de usar la definición de compuesta de dominio del Código Civil para completar la concepción constitucional de la propiedad es a mi juicio equivocada.” (Ruiz-Tagle, 2014, p. 39).

El profesor Pablo Ruiz-Tagle (2018), reconoce que es posible identificar una pluralidad de “propiedades”, estableciendo que existe un subsistema constitucional multiforme del derecho de propiedad pública y privada. Por lo cual, al existir una diversidad de subsistemas de propiedades, es que se torna muy difícil definir un contenido puro del derecho de propiedad²⁶. Así las cosas, en un intento de sistematización, reconocemos que existen al menos dos grandes subsistemas: por un lado, el sistema civil del dominio y, por el otro, el sistema de la propiedad constitucional, los cuales se complementan y relacionan recíprocamente.

1. Relación entre el derecho de propiedad y la herencia: contenido esencial del derecho de propiedad

Si queremos indagar la relación que pudiere existir entre el derecho de propiedad constitucional y la institución de la herencia, **tenemos que responder la pregunta de este capítulo y definir si la herencia forma parte o no del contenido esencial del derecho de propiedad**, para luego, de ser positiva la respuesta, **definir hasta qué punto el legislador podría limitar la herencia mediante una ley simple, sin que dicha limitación afecte su esencia de manera que la misma se vuelva inconstitucional**. Para comenzar esta exploración doctrinal, es que seguiremos la estructura lógica que utiliza el Profesor Peñailillo en su libro “Los bienes, la propiedad y otros derechos reales”.

Según Peñailillo (2010), a pesar de existir un sinnúmero de corrientes filosóficas, económicas, políticas y sociológicas respecto del derecho de propiedad, en las últimas décadas se comenzó a formular:

“... una concepción muy liberal del dominio, que otorga las más amplias facultades al propietario para el ejercicio de su derecho, se ha evolucionado en el sentido de

²⁶ El profesor Guiloff, critica la discrecionalidad administrativa, mencionando que existe una falta de precisión y determinación en la regulación de la propiedad (Guiloff, 2016, pp. 152 -167). En la misma línea de lo ya dicho, el profesor Ruiz-Tagle menciona que “existe suficiente evidencia para afirmar que la propiedad privada a nivel constitucional en Chile no tiene un concepto único, sino que tiene forma de dilemas y carácter multiforme”. (Ruiz-Tagle, 2018, p. 228).

imponerle restricciones y cargas a fin de que de ese ejercicio pueda obtenerse provecho no sólo para el propietario, sino también para la colectividad” (p. 345).

Así, dentro de la concepción liberal recogida por el sistema civil de la propiedad, nos encontramos con principios orientadores, que “también pueden ser enunciados como preocupaciones más constantes, con particular énfasis en los tiempos recientes” (Peñailillo, 2010, p. 386), tales como la equidad en el reparto²⁷ y la equidad en el aprovechamiento²⁸.

Luego, las reglas constitucionales respecto de la propiedad, según Peñailillo, se refieren al campo de aplicación de la propiedad, a su función social, a su protección, a los atributos o facultades esenciales y a ciertos objetos especiales. El campo de aplicación de la propiedad se contiene en el art. 19 N° 23, que establece un principio muy general: “la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes”, el cual debe complementarse con el art. 19 n°21 que reconoce “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (...)”, ambas normas establecen “las bases del régimen económico, que se consolida con la descripción de los caracteres fundamentales que se reconocen al dominio y la protección que se le brinda, en el art. 19 N° 21 a 25, y que se respalda (junto a otros) en el N° 26.” (2010, p. 390). La protección de la propiedad se contempla en su reserva legal: para el establecimiento de los modos de adquirir el dominio y para imponer restricciones, obligaciones, cargas o privaciones, todo mientras no se afecte su contenido esencial, resguardo que se encuentra previsto por el art. 19 N° 26. La Constitución dispuso en su art. 19 N° 24, que “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. El profesor Peñailillo considera que “la **‘reserva legal’** está dispuesta para la **privación del dominio y aun para la sola restricción o deber.**

Estas restricciones, obligaciones y privaciones pueden “estar dirigidos genéricamente al contenido (respetando el esencial), a cierto atributo (sin que se configure la privación de uno

²⁷ Según el cual “Creados los bienes para servir al hombre, a todos los hombres, con ellos también debe realizarse aquel valor (...) de modo que todos tengamos acceso a ellos, al menos en lo más indispensable para una aceptable calidad de vida” (Peñailillo, 2010, p. 386).

²⁸ Según el cual “Perteneciendo las cosas a dueños privados, éstos deben explotarlas, obtener beneficio, no simplemente detentarlos por ostentación de poder u otras consideraciones equivalentes (...) Se ha sintetizado en la bien conocida expresión “función social de la propiedad” (Ídem).

esencial) o a algunos de los caracteres del dominio.” (Peñailillo, 2010, p. 398). Por lo tanto, existen tres protecciones constitucionales respecto de la propiedad: primero, la **reserva legal**, segundo, la **protección del contenido esencial** y tercero, la **acción de protección**, la cual es procedente ante una privación, perturbación o amenaza del derecho de propiedad.²⁹

El derecho de propiedad, por tanto, para el autor, comprende los números 21 a 25 del mismo artículo 19 de la Constitución. El Profesor Ruiz-Tagle cuestiona esto al argumentar que “no se explica de manera directa la vinculación entre la propiedad y las disposiciones contenidas en los números 21 y 22 del artículo 19”. Así, en opinión del profesor Ruiz-Tagle, “el subsistema constitucional de la propiedad en Chile se refiere particularmente a las disposiciones del art. 19 números 23 a 26 inclusive y algunas otras normas y disposiciones (...)” (Ruiz-Tagle, 2014, p. 20).³⁰

Usaremos el esquema expresado por el profesor Peñailillo para definir el tipo de relación existente entre la propiedad y la herencia. Primero, definiremos los atributos y caracteres de la propiedad y segundo, su contenido esencial.

Al respecto, el Peñailillo identifica que los caracteres del dominio son: su carácter real, esto es, que se ejerce respecto de una cosa sin respecto de determinada persona; su carácter absoluto, que confiere al titular la posibilidad de ejercitar sobre el objeto las más amplias facultades, de manera soberana, ilimitada e independiente; su carácter exclusivo, según el cual el dominio se radica en un solo titular sin que pueda existir dos o más propietarios independientes, sobre una misma cosa; su carácter perpetuo, el cual significa que el dominio de la cosa persiste mientras subsista la cosa, no se extingue por el solo transcurso del tiempo

²⁹ Respecto de los dos primeros métodos es que el profesor Peñailillo nos menciona que existe un problema de calificación, ya que, primero, con los incs. 2º y 3º, “que distinguen entre restricción y privación de atributo esencial y exigen ley expropiatoria para esta última, se trata de calificar si la intervención al dominio que la norma legal impone constituye restricción (o deber) o privación” (Peñailillo, 2010, p.409). Segundo, con el art. 19 N° 26, “que protege la esencia del derecho, se trata de resolver si la ley agresora afecta o no al derecho de propiedad en su esencia” (Ídem). Así, si en el primer caso se establece que la privación al dominio se efectúa sin cumplir los requisitos de una ley expropiatoria, la misma debe ser declarada como inconstitucional. Luego, en el segundo caso, si es que se califica que la ley afecta al contenido esencial del derecho, también debe ser declarada como inconstitucional.

³⁰ Para el profesor, el subsistema constitucional de la propiedad se apoya en gran medida en la relación de la propiedad con la dignidad humana, en la garantía de acceso a la propiedad contenida en el Art. 19 N° 23, según la cual “el objetivo y finalidad de esta disposición, es que respecto el mayor número de personas, se entienda naturales y jurídicas, la legislación debe permitir el acceso a la propiedad del modo más amplio posible.

o por el no ejercicio del derecho; su carácter abstracto y elástico³¹, abstracto “en el sentido de que el poder del titular es independiente de (esta sobre) las facultades que integran su contenido” (Peñailillo, 2010, p. 468), de ahí que, por ejemplo, se pueda extraer una facultad del dominio sin que él mismo se desnaturalice. La elasticidad dice relación con la virtud que tiene el dominio de expandirse y contraerse, así, “al concurrir otros derechos reales de inferior jerarquía, se contrae, para expandirse (automáticamente) en cuanto cesa ese derecho que lo comprimía” (Ídem).

Ahora, nos detendremos respecto de dos caracteres que nos interesan: primero, el carácter absoluto, el cual lo concibe como un derecho lo más amplio y absoluto posible. Aquí cabe destacar que los profesores Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate, mencionan que este tiene un objetivo histórico de reacción y garantía contra el régimen feudal anterior a la Revolución Francesa, el cual “tiene un profundo sentido histórico y no se opone de ningún modo a una intervención legislativa en su configuración”, lo que se establece como algo obvio, ya que de lo contrario la vida en sociedad se tornaría imposible (2008, p. 383).³²

Segundo: el carácter perpetuo del dominio. El profesor Peñailillo menciona brevemente y entre paréntesis que “(este carácter evoca la sucesión por causa de muerte, que se presenta como un medio para en cierto modo extender, si es posible, la perpetuidad del dominio más allá de la vida del titular)” (2010, p. 467).

Mediante el **carácter perpetuo del dominio**, es posible confirmar de forma acertada que la sucesión por causa de muerte (herencia) es ciertamente extensión del derecho de propiedad, esto porque, en primer lugar, sin propiedad no existiría la herencia, el carácter perpetuo del dominio es la demostración de la inmensa extensión de la propiedad, provocando que el dominio que se tenga sobre un determinado bien se asegure, incluso después del transcurso de nuestra vida, de esta forma, nuestro patrimonio no solo nos beneficia, sino que también beneficia directamente a nuestros herederos (ya sean los determinados por la ley o los que por nuestra decisión lo sean), cuestión que se repite de igual manera respecto de los herederos.

³¹ Caracteres que según Peñailillo se han ido planteando en la doctrina moderna y logran explicar de mejor forma diversas situaciones concretas, las cuales exceden los propósitos del presente trabajo.

³² Cuestión con la que coincide Ihering al mencionar que la idea de propiedad no puede conllevar algo que esté en oposición a la idea de sociedad. (1978)

Si miramos el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución Política de la República, constatamos que el constituyente entrega a la ley el establecimiento y regulación de los modos de adquirir la propiedad. Luego, el art. 588 del Código Civil reconoce a la sucesión por causa de muerte como un modo de adquirir. Por lo cual, la sucesión por causa de muerte, efectivamente, al ser un modo de adquirir el dominio, se encontraría dentro de la competencia del legislador. Lo anterior puede resultar una obviedad, pero el *quid* del asunto radica en responder la pregunta de si tal extensión del derecho de propiedad ¿Efectivamente integra el contenido esencial de la propiedad?

Para dirimir este problema, es que comenzaremos a explorar dentro del contenido esencial del derecho de propiedad. Nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol 43-1987, ha entendido que el contenido esencial de un derecho puede concebirse de la siguiente forma:

“La esencia del derecho debemos conceptuarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”
(STC Rol 43-1987, Considerando Vigésimoprimer).

El concepto de garantía constitucional referido al “contenido esencial” de un derecho, es una recepción doctrinaria que fue desarrollada a comienzos del siglo XX por los estudiosos alemanes. Aquel concepto fue recibido a través de la comisión encargada de redactar la Nueva Constitución de 1980, bajo el régimen militar. El problema nace, ya que la comisión recogió el concepto, sin realizar un mayor análisis al respecto, así lo expresa el profesor Eduardo Cordero (2006) al mencionar que:

desde el primer momento, la recepción fue solo parcial, intuitiva, con un casi total desconocimiento del origen de la figura y, lo que fue quizás peor, se interpretó a la luz de categorías jurídico-privadas que terminaron por privarla de toda su virtualidad. (p. 138)

Así, por ejemplo, el comisionado Julio Philippi, al proponer a la comisión la integración del contenido esencial a la constitución, asoció aquel concepto con la norma del artículo 1444 del Código Civil, lo que a nuestro criterio es un error, en tanto el concepto civil no está ligado a un contenido variable, según la propia concepción del derecho en una determinada época, sino más bien, a la propia regulación civil que establece los requisitos de la esencia de los contratos. Sin embargo, el propio Philippi no se equivocó al mencionar con claridad que el concepto de esencia tiene la ventaja de que “va evolucionando en función del desarrollo cultural y las condiciones sociales, pudiendo incluso ocurrir que aquello que hoy es esencial mañana puede dejar de serlo y viceversa” (p. 906), mencionado en la Sesión N° 148, informe de la subcomisión de Reforma Constitucional relativa al derecho de propiedad, recaído en el estudio de las normas fundamentales de carácter general sobre el dominio privado. Nos parece importante enfatizar que dentro de la discusión sometida a la comisión, el profesor Evans de la Cuadra se manifestó contrario a incluir este concepto de esencia, ya que, según él, la esencia de la propiedad no se identifica sino con los modos de adquirirla y las facultades que concede a su titular, aclarando que la llamada “esencia” podría llevar a una especie de congelamiento del concepto contenido en el ordenamiento jurídico, ya que, la “esencia” sería un concepto anterior a la Constitución y, por tanto, inmodificable.

En general, dentro de la doctrina, se ha establecido que el contenido esencial del derecho de propiedad está compuesto, principalmente, por **los atributos o facultades del dominio, atributos que tradicionalmente han sido identificados con el uso, goce y disposición**, así, Peñailillo menciona que estas facultades del propietario para efectos constitucionales, pueden ser consideradas ‘esenciales’. Además del profesor Peñailillo, los siguientes autores están de acuerdo con esta posición: Mario Verdugo; Emili Pfeffer; Humberto Nogueira y Enrique Evans de la Cuadra. Esta tesis también es apoyada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia Rol N° 1298-2009-INA al señalar que “El modo de usar, gozar y disponer, por su parte, es lo que se denomina atributos o facultades del dominio”.

Flavio Quezada, en su tesis “El derecho de propiedad privada en la Constitución Chilena: Un intento de sistematización”, establece que la respuesta al establecimiento del contenido esencial del derecho de propiedad está dada por las siguientes características:

“(1) Las facultades de uso, goce y disposición del titular del derecho: son aquellas facultades esenciales que configuran la propiedad privada; tan así, que si alguno de ellos es privado obliga al Estado al pago de la correspondiente indemnización... Estas tres facultades son lo que configura la utilidad individual del titular que debe ejercer en vistas a la función social de su derecho que es el atributo esencial de la propiedad. (2) La función social de la propiedad: es aquel atributo esencial de la propiedad que la hace compatible con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.” (2011, p. 39).

Así, en términos resumidos, podemos establecer que tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que **los elementos que vuelven reconocible el derecho de propiedad en nuestra época está conformado por las facultades o atributos del dominio, sumado al respeto de la función social en su configuración.**

El problema que vemos en la definición del contenido esencial de la propiedad, está muy bien expresado por el profesor Cordero (2006), al decir:

“El peligro que encierra utilizar la expresión “esencia” se muestra al comparar el derecho de propiedad con las demás garantías del Texto Constitucional, ya que en ellas se da una clara idea de lo que es en cada caso, como por ejemplo, en la libertad de expresión la ausencia de censura previa, en la igualdad ante la ley que no exista discriminación arbitraria, etc. pero sobre la propiedad el constituyente guarda silencio, sin indicar sobre qué base se juzgará la constitucionalidad de un texto legal. ¿Con el Código Civil vigente en 1975, que sólo tiene rango de ley?” (p. 140).

Al mencionar esto, nos aporta grandes indicios del problema que subyace a nuestra regulación institucionaliza del dominio, el que puede reducirse a que, a pesar de que se protege a cabalidad este derecho y que se regulan constitucionalmente con mucho detalle varios subsistemas de propiedad, **el régimen primigenio del dominio carece de una definición y por ende, se eleva a un nivel cuasi constitucional la regulación y definición del dominio contenida en el Código Civil.** Cuestión que se comprobó con la dictación de varios fallos de nuestra Corte Suprema, por ejemplo, en la Sentencia de la Corte Suprema de 8 de junio de 1990 Rol N°14.444, en su Considerando Décimo, se expresó:

“Que las normas del Código Civil referidas al dominio y posesión adquieren respecto al Texto Constitucional, que fija la respectiva garantía, una connotación particular, pues de algún modo lo integran cuanto éste previene que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, porque es precisamente ese Código, que compendia el derecho común, el que define el dominio o propiedad, y, lo que es de primera importancia, establece las fuentes o modos de adquirirlo; no se trata, entonces, que en el caso del presente recurso se haga valer exclusivamente el antagonismo o antinomia entre dos cuerpos legales de idéntica jerarquía.”

Debido a esto es que es de extrema complejidad definir si la herencia, -ya sea vista como una institución particular o como un modo de adquirir el dominio (sucesión por causa de muerte) - es o no parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Para dar luces al respecto es que exploraremos las dos opciones que pudiesen existir, para luego tomar partido por alguna de ellas. Primero: que efectivamente la disposición mortis causa es parte del contenido esencial del derecho de propiedad y por ende no puede ser limitada mediante ley simple y segundo, que, aun siendo parte del contenido esencial, puede y debe ser limitada debido a la función social de la propiedad.

- 2. La disposición mortis causa no puede ser eliminada, ni limitada mediante una ley simple, debido a que la misma sería inconstitucional.**

Esta primera posición es partidaria de incluir a la herencia como parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Esto derivado, principalmente, de incluir el atributo de “perpetuidad” dentro de su esencia. El profesor Peñailillo no menciona explícitamente que la sucesión por causa de muerte es parte de la facultad de disposición, pero establece que la misma se encuentra relacionada a través del carácter perpetuo y absoluto. Confirmando esta relación, Manuel Alonso Martínez expresa que “siendo la propiedad, por naturaleza, perpetua, que no temporal ni vitalicia, el propietario dispone legítimamente de sus bienes no solo para mientras viva, sino para después de su muerte” (1874, p. 1001). Para este autor, la herencia no es, sino la manifestación del deber de asistencia mutua que existe entre humanos civilizados y que este deber no puede concretarse si no es en un sistema de propiedad perpetua, hereditaria, transmisible de padre a hijos. Aclarando, que la diferencia que existe entre él y sus adversarios (refiriéndose a personalidades de izquierda en aquel año), es que, estos últimos prefieren como heredero al Estado, pero que de todas formas, valoran la institución de la herencia. Para Alonso Martínez, es clara la relación que existe entre el dominio y la herencia, manifestándose incluso en la etimología de la palabra *hereditas*, la cual se deriva de la palabra *herus* que significa dueño. Otro autor español, don Calixto Valverde, en su libro “El Estado y las sucesiones” menciona que la opinión de los grupos socialistas, en aquel tiempo, era unánime en lo que respecta a la abolición de la herencia, en tanto, era no solo un robo en el pasado, sino, también en el presente. (Valverde, 1904). Valverde, manifiesta que, en la sociedad futura, en el manifiesto comunista y en todos los documentos socialistas de la primera mitad del siglo XIX, se pedía la abolición del derecho hereditario; pero desde el nacimiento del socialismo científico, se comenzó a cuestionar esta solicitud, todo derivado de que tampoco se solicite la abolición de los medios de consumo y de goce, cabiendo sobre ellos, el derecho hereditario. Según el mismo autor, la abolición del derecho hereditario no puede constituir un verdadero progreso social, porque ni la herencia es contraria al interés de la sociedad ni tampoco crea injusticia. Al contrario, la propiedad individual no puede obtener su máximo de utilidad mientras no sea complementada con la herencia, al ser esta el mejor estimulante de la actividad, además de que, de no ser por la herencia, los deberes pendientes quedarían sin cumplir luego de su muerte. En la misma línea, Ángel López (1994) menciona que en las ocasiones que existe propiedad, debe existir una herencia. Negar la herencia, para el autor, es negar derechamente la propiedad.

Por lo tanto, según todos estos autores, no cabría, sino entender que la disposición mortis causa de los bienes o herencia, **tiene una relación directa con la propiedad y no es**

correcto ni posible entender la propiedad sin la herencia. Esto se ve reafirmado por un argumento histórico, todo si consideramos que el concepto de propiedad romana tenía relación directa con la herencia, esto porque los bienes que poseía el padre de familia eran susceptibles de ser heredados. Incluso, si vamos más allá, en el periodo feudal de la propiedad, se siguió respetando la institución de la herencia, constituyéndose incluso, una “especie de herencia”, derivado de una especie de propiedad que se creó sobre la calidad de vasallo, así lo mencionan los profesores Cordero y Aldunate al aclarar los inicios de la patrimonialización del feudo, aclarando que uno de los momentos más importantes sucedió cuando el feudo comenzó a adquirir un carácter hereditario:

“Originalmente, faltando el vasallo -ya fuese por muerte, ya fuese por ruptura del vínculo con su señor por infidelidad- el beneficio volvía de manera inmediata e incondicionada al señor feudal. Con el tiempo, no obstante, se fue dando la costumbre de que los señores feudales tomarán por vasallo a alguno de los hijos del antiguo vasallo. En un principio, esto no sucedió por consideraciones jurídicas, que, como ya se ha dicho, eran pocas y pobres en el período; y de haberlo sido, no podrían haber considerado el feudo como parte de una herencia ya que éste respondía simplemente a la contraprestación de un vínculo personal. La razón es más sencilla. En un período de escasa población, si el señor no tenía a la vista entregar el respectivo feudo vacante por razones estratégicas a algún futuro vasallo en particular, buscaba radicar prontamente el feudo en un nuevo vínculo de homenaje para asegurar “su hombre”, en la nomenclatura de la época. Con el tiempo este uso fue siendo considerado costumbre e incluso una suerte de derecho del hijo del vasallo muerto, el reclamar para sí el feudo de su padre. Resulta fácil entender que con la Recepción del Derecho romano este fenómeno sea interpretado en términos de herencia y patrimonialidad de los bienes.” (2008, p. 36).

De esta forma, podemos apreciar que, a **través de la historia, donde ha existido la propiedad ha estado presente la herencia**. Por tanto, esta parte de la doctrina se encuentra indefectiblemente de acuerdo con establecer que la herencia es parte del contenido esencial del derecho de propiedad, ya sea, mediante su carácter perpetuo o relacionando la facultad de disposición con la disposición mortis causa de los bienes.

Consideramos que esta posición jurídica se encuentra estrechamente relacionada con la perspectiva subjetiva del sistema de propiedad. El profesor Cordero, en su texto del año 2006, llamado: “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno”, expresa que, para analizar la propiedad, es necesario distinguir entre dos perspectivas que podemos tener sobre este mismo derecho:

Primero, la **perspectiva subjetiva**, la cual se sitúa en la esfera del titular del derecho de goce y disposición, para desde esa perspectiva afirmar el principio de libertad dominical con las solas limitaciones que el interés común le imponga, reduciendo al máximo cualquier intervención de los terceros, en pos de proteger al máximo aquella esfera del derecho individual.

Segundo, la **perspectiva objetiva** de la propiedad, la cual, por el contrario, se sitúa en el lugar de los intereses colectivos, sin desconocer los del titular del derecho en su caso, pero logrando que el espacio residual entre ambos intereses, sea reducido al máximo. Esta idea se ve claramente expresada en el siguiente apartado:

“La garantía de la propiedad continúa centrada en la perspectiva individual del derecho, concesiva como inviolabilidad de las “propiedades”, más que en la existencia de un régimen jurídico objetivo que estableciera a la propiedad privada como principal mecanismo de atribución y aprovechamiento de los bienes.” (Cordero, 2006, p. 131).

Todas estas ideas, relacionan y estrechan a la propiedad con la herencia, estableciendo una vinculación directa y necesaria. Si tomamos todos estos argumentos, podemos establecer de forma evidente que la herencia se encuentra en los niveles esenciales

del dominio, y en razón de ello, es que cualquier modificación que pudiere ser realizada por el legislador y que afecte de forma sustancial a la herencia, por ejemplo, limitar el monto del patrimonio transferible mediante sucesión por causa de muerte, podría ser tomada como una restricción inconstitucional y vulneratoria del derecho de propiedad. Aunque es altamente discutible y muy difícil establecer de forma previa cuáles serían las limitaciones a la herencia que podrían llegar a provocar una vulneración en el contenido esencial del derecho de propiedad, **según esta posición, queda claro que si el legislador, mediante una ley simple, intentara suprimir la herencia por completo, aquella ley no sería constitucional.**

Según nuestro criterio, el problema de inconstitucionalidad antes dicho, no es problemático. Consideramos que la supresión de una institución de esta importancia, siempre sería calificada como inconstitucional. El verdadero dilema radica **en intentar establecer hasta qué punto sería limitable la herencia** -sin vulnerar el contenido esencial del derecho de propiedad-, al respecto, estimamos que si tomamos en cuenta los argumentos de esta posición, cualquier limitación que esté relacionada con la sucesión por causa de muerte es vulnerar el contenido esencial del derecho de propiedad, esto derivado de que cada bien que integra el patrimonio -futura herencia- está resguardado por la garantía del derecho de propiedad y **limitar la disposición mortis causa es limitar la facultad de disposición del derecho de propiedad que protege ese bien y, por ende, vulnerar el contenido esencial del derecho de propiedad.**

Es justamente por esta última razón, que la herencia se encuentra tan ligada a la propiedad. La herencia nos lleva a un razonamiento universal del patrimonio de un sujeto, pero la propiedad es un derecho fundamental, que como tal, debe ser respetado hasta en su rango más mínimo y, por esto es que, vulnerar la facultad de heredar un bien sería vulnerar el derecho de propiedad que lo resguarda.

3. La función social de la propiedad permite y justifica la limitación de la disposición mortis causa.

El segundo camino respecto a esta temática es, justamente, opuesto a la posición anteriormente descrita.

Para comenzar a entender esta postura que proponemos, continuaremos utilizando la diferenciación de perspectivas del derecho de propiedad que utiliza el profesor Cordero, quien, identifica un plano subjetivo y otro, objetivo de la propiedad.

El profesor nos explica que el **plano subjetivo del derecho de propiedad** se sitúa en “la esfera del titular del derecho de goce y disposición para, desde la misma, afirmar el principio de libertad dominical de uso y provecho con las solas limitaciones (externas) que el interés común le imponga” y, en contraposición, **el plano objetivo del derecho de propiedad** se encuentra “justamente en el lugar de los intereses colectivos o comunitarios para, sin desconocer los del titular del derecho, sostener la primacía de los mismos y reducir la libertad del propietario al espacio residual resultante (conforme, en todo caso, al interés general)” (Cordero, 2006, p. 126). Para aclarar las posiciones, el docente explica que la primera concepción se encuentra dentro de los esquemas jurídicos del Estado Liberal burgués, y la segunda, bajo los esquemas jurídicos del Estado Social.

El catedrático comenta que en nuestro país, la cuestión en torno a la propiedad se encuentra marcada por un “subjetivismo” que se sustenta en una adopción de un **concepto unitario y abstracto de la propiedad**, lo que provoca que este derecho sea visto desde un **paradigma unidimensional** y que, a su vez, **deriva en que todo el sistema de derechos fundamentales sea construido bajo un eje de pensamiento que se enfoca solo en situaciones jurídicas concretas y/o individuales, ignorando una conceptualización social de los derechos**. Según el profesor, dadas estas circunstancias en la dogmática nacional, la propiedad se perfila como el derecho subjetivo por excelencia y el mismo aparece como un reducto inexpugnable por parte de los poderes públicos, una especie de fuerte o coraza que separa el ámbito de lo público de lo privado. Doctrina que, dentro de la vigencia de nuestra actual Constitución, comenzó a verse confirmada con el proceso de “propietarización de los derechos”, donde, el adversario a combatir era el mismo legislador y todo el abanico de leyes sociales. Bajo esta doctrina, la disputa se planteó en los “peores términos”, ya que antes de garantizar derechos patrimoniales concretos, se intentó impedir al legislador todo cercenamiento o limitación de las facultades contenidas en el abstracto y unitario concepto de propiedad, sin distinguirse, por tanto, los planos de los que goza la propiedad, ya sea como régimen jurídico (plano objetivo) o como derecho (plano subjetivo).

El problema más complejo en la extrema subjetivación del derecho de propiedad, se encuentra en la tendencia de actores que, mediante la utilización del Recurso de Protección, lograron “ampliar lo más posible las categorías de bienes que pueden quedar comprendidas dentro de este amplio concepto de propiedad, sobre todo, a través de la expresión bienes incorpóreos, lo que ha llevado al extremo de alegar la propiedad sobre un cargo público, las remuneraciones, las expectativas para pensionarse, cuestiones derivadas de incumplimientos contractuales, etc. (Fuentes O, 1997). De esta forma, mediante reiterados fallos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chileno influyó en los planos subjetivos y objetivos del derecho de propiedad.

A su vez, el plano o función objetiva del derecho de propiedad comenzó a establecerse desde la Constitución de 1925, donde al introducirse la función social de la propiedad se le permitió al legislador imponer limitaciones a las propiedades privadas por razones de orden social y de intereses generales, lo que significaron los primeros pasos de la función objetiva que cumple el derecho de propiedad, la que protege de los intereses generales, los cuales en definitiva justifican la existencia de la propiedad privada. El profesor Cordero nos explica que “La garantía del “contenido esencial” se encuentra estrechamente unida a la dimensión objetiva del derecho de propiedad y la teoría de las garantías institucionales” (2006, p. 135), esto porque **es el contenido esencial del derecho de propiedad el que nos permite establecer qué criterios distinguen entre una limitación derivada de la función social respecto de una privación que da lugar a una correspondiente indemnización, en breves palabras, nos ayuda a distinguir cuándo debe aplicarse la garantía expropiatoria.**³³ Así, el plano objetivo de la propiedad nos ayuda a entender el gran principio que infunde todo el derecho, esto es, el principio de la primacía constitucional. A través de este principio es que podemos reconocer que el legislador tiene la potestad de configurar diferentes regímenes jurídicos de propiedad.

Esto se constata, claramente, cuando observamos que el legislador, haciendo uso de su potestad, ha efectivamente limitado la propiedad, por ejemplo, con la dictación del Decreto Ley N° 2.695, del año 1979, que fija las Normas para Regularizar la Posesión de la Pequeña

³³ Es la propia Constitución la que distingue entre “limitación” y “expropiación”, entando utiliza la palabra “limitación” en el art. 19 N°24 al mencionar que el derecho de propiedad se encuentra bajo las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Y utiliza la palabra “privación” en el artículo 19 N° 24 inciso tercero al mencionar que nadie puede en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio.

Propiedad Raíz y para la Constitución del Dominio sobre ella, norma que se dictó con el fin de beneficiar a las personas de menos recursos que, por su desconocimiento de la ley o falta de medios económicos, no habían adquirido la propiedad sobre un inmueble, siguiendo las formalidades previstas en el Código Civil. También, se regulan restricciones a la propiedad en la Ley N° 19.300 que fija las Bases Generales del Medio Ambiente. Símil cuestión se genera con la Ley 20.930, que Establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental. Lo mismo se replica con la Ley N° 17.288 que legisla sobre Monumentos Nacionales. Todas, **muestras de que el legislador, efectivamente, ha modificado y creado diferentes regímenes de propiedad, que, en mayor o menor medida, han limitado la concepción tradicional del derecho de propiedad**, no exento, eso sí, de oposición. Y es, justamente, a esto a lo que se refiere el profesor Cordero con la concepción objetiva del derecho de propiedad.

Él concluye que esta confusión entre la concepción subjetiva y objetiva del derecho de propiedad se puede reducir a los siguientes términos: “una contradicción entre la modificación del ordenamiento jurídico objetivo y los derechos subjetivos ya constituidos y que se pueden ver afectados por dichas medidas normativas” (Cordero, 2006, p. 134).

Para resolver esta confusión, nos apoyaremos en las ideas de Flavio Quezada, quien, además de estar de acuerdo con la distinción de los planos subjetivos y objetivos de la propiedad, establece una habilitación particular para el legislador respecto de la propiedad (además de la ya existente facultad de limitación derivada de la función social).

Quezada reconoce que, en la actualidad, se plantea una crisis y/o superación de la visión liberal-clásica y absoluta del derecho de propiedad, nacida de más que de una base jurídica, de un pensamiento político y social. Es derivado de esta crisis, que el autor, en un intento de resistemización de las lógicas jurídicas de la propiedad, nos propone que derivado del principio de servicialidad, sumado al principio de igualdad puede construirse lo que él denomina como una “**cláusula de accesibilidad dominical**”.

Esta cláusula, actualmente contenida en nuestra Constitución, nace del principio de servicialidad, máxima que, en términos constitucionales, debe ser entendida como la primacía jurídico-constitucional de la persona humana, esto es, la persona como valor absoluto, por tanto, el Estado debe estar a su servicio y no al revés. Este principio tiene su corolario en la

constitución de otro principio: el principio de igualdad, que, según el autor, tiene una doble cara complementaria. Por un lado, la igualdad formal, la que define como el “valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás”, es decir, “el respeto de todas las diferencias que forman las diversas identidades de las personas, como de lo que, al revés, reside en la inadmisibilidad de sus violaciones” (Quezada, 2011, p. 53). Por el otro lado, la igualdad sustancial, en la que:

“... radica el desvalor asociado a las diferencias de orden económico y social de las que provienen, los obstáculos que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana; esto es, aquellos que contribuyen a crear las condiciones sociales que permiten a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.” (Idem).

El autor establece que, si bien estas dos caras del principio de igualdad son complementarias y no se implican de una forma determinada, en tanto, la protección de la igualdad formal no significa una determinada configuración de la igualdad sustancial y viceversa. No obstante, si gozan de una conexión, ya que, la inexistencia de la igualdad sustancial implica la ineffectividad de la igualdad formal al negar la persona como valor desde el plano fáctico, y al contrario, la falta de reconocimiento de la igualdad formal conlleva necesariamente la negación de la persona como valor y deja sin ningún fundamento la igualdad formal derivado de su prescindencia jurídico-política. Y es, justamente por esto, que el Estado tiene el deber de promover y construir un **principio efectivo de justicia distributiva de aquellos bienes que permiten el desarrollo de la personalidad humana**. Es precisamente este principio de justicia distributiva que opera como una razón adicional para delimitar, limitar o incluso privar el derecho de propiedad privada, constituyéndose, por tanto, una **cláusula de accesibilidad patrimonial dentro de la función social de la propiedad**, que se concretiza en el deber del Estado de promover la distribución de equitativa de los bienes.

Podemos encontrar referencias a lo mencionado en sentencias del Tribunal Constitucional, aunque fundamentando aquella cláusula de accesibilidad en el N° 23 del artículo 19 de la Constitución, cuestión que para el autor y para nosotros es un error, en tanto, es el legislador el encargado de configurar el sistema de adquisición del dominio y, por lo cual quien debe permitir la accesibilidad dominical. Así, en la sentencia Rol N° 1298-2009-INA, en su Considerando Trigésimo Noveno, llegó a concluir que:

“... el art. 19 N° 23 permite que con el fin de promover el acceso a la propiedad, y con ello lograr el mandato de bien común de obtener la mayor realización espiritual y material posible de las personas, el Estado diseñe mecanismos para convertir a las personas en propietarios.”.

Bajo todos estos argumentos, podemos inferir que la sucesión por causa de muerte, en tanto un modo de adquirir el dominio, tiene una obvia relación con el derecho de propiedad; **pero ello no obsta a que sea configurable a cabalidad por el legislador**, derivado de su propia naturaleza de modo de adquirir el dominio y la facultad constitucional que se le otorga al legislador de regularlos, todo según el art. 19 N° 24. La diferencia con la postura anterior, según Quezada, es que, para el autor, no solo componen el contenido esencial de la propiedad el uso, goce y disposición, sino que también se incluye la función social de la propiedad. Función, que siendo de la esencia de la propiedad, permite al legislador realizar limitaciones en pos del bien común (2011).

Por tanto, en virtud de la propia función social de la propiedad, es que el legislador puede limitar la disposición mortis causa, atributo que es parte de la facultad de disposición.

Además, debemos tener presente que la propia disposición mortis causa, actualmente, ya se encuentra limitada bajo otros principios, como, por ejemplo, el principio de protección de la familia. Cuestión parecida ocurre con la Ley N° 19.253 referente a la propiedad indígena, donde la sucesión por causa de muerte también se ve limitada, estableciendo, bajo ciertos presupuestos, la indivisibilidad de la propiedad indígena. Asimismo, el legislador, esgrimiendo las razones que sean pertinentes, como, por ejemplo, en razón de la función social de la propiedad -basada en el interés de la nación-, puede, sin dudas, limitar la disposición mortis causa de los bienes, sin la necesidad de que esta limitación deba ser indemnizada.

Cabe destacar, que debido a que efectivamente la disposición mortis causa es parte de la facultad de disposición (que, a su vez, es parte del contenido esencial), queda totalmente descartado que le sea constitucional al legislador eliminar por completo la disposición mortis causa, todo, ya que, su existencia es parte del contenido esencial de la propiedad.

La dificultad de todo este razonamiento recién expuesto, radica en **los límites que le son permitidos al legislador al momento de establecer una privación de este tipo**. Para resolver este problema es que nosotros optamos por **establecer un criterio de proporcionalidad en la limitación**. Si la limitación de la disposición mortis causa es proporcional a la razón esgrimida por el legislador, entonces aquella limitación es totalmente constitucional.

Dando fe de lo anterior, Carlos Rogel Vide nos menciona, respecto de la esfera de protección de una garantía, que:

“La garantía no supone la inmutabilidad ni la imposibilidad de intervención estatal, siempre que ésta se ajuste a un principio de ponderación y racionalidad, intervención - con todo- que, respecto de la propiedad y de la herencia, debe dejar, al menos, una zona residual para la adquisición, conservación y transmisión de los bienes.” (Rogel Vide, 2017, p. 49).

A pesar de esto, el mismo autor cuestiona, firmemente, la pretendida relación entre estas instituciones jurídicas que nosotros hemos dado por sentado en el presente trabajo. Rogel, piensa que la relación directa existente entre la propiedad y la herencia tiene “fundamentos escuálidos”. El argumento más importante que apoya su posición, a nuestro criterio, radica en la siguiente idea: “cabe decir que la perpetuidad de la propiedad como derecho está por ver, sobre todo teniendo en cuenta que la intelectual, aun siendo la más sagrada de las propiedades todas- al ser fruto de la creación, que no de la ocupación ni del despojo-, es temporal, cual saben todos los autores citados” (2017, p. 51). Queda claro, que, según el autor, la propiedad intelectual es la especie de propiedad primigenia, ya que la misma tiene nacimiento en el seno del pensamiento humano: la creatividad y la innovación. De ser así, se transforma en la evidencia más patente de que la propiedad no es perpetua, esto

derivado de que en su especie intelectual -la propiedad más pura- no es perpetua y tiene plazos acotados, que, en todo caso, en su generalidad, resguardan la totalidad de la vida del causante.

En nuestra Constitución también se hace referencia a la propiedad intelectual, específicamente en el artículo 19 N°25, el cual dicta:

“25°.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que **no será inferior al de la vida del titular.**”

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.”
(énfasis nuestro).

Bajo esta norma constitucional, podemos suponer que al menos, la ley debe proteger el dominio intelectual por toda la vida del autor. Por tanto, a priori, habilita al legislador a suprimir la herencia del derecho de propiedad intelectual, sin necesidad de justificación alguna, en tanto, solo se debe resguardar el dominio durante la vida del titular. No obstante, el análisis no se encuentra completo si no miramos las normas internacionales que regulan la materia. Al respecto, es importante tener a la vista, específicamente, el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, el cual Chile suscribió y ratificó. Su texto fue aprobado el año 1973, mediante el D.S. 121 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N° 28.507 de 20 de marzo del mismo año. Con posterioridad, el texto del Convenio fue nuevamente revisado en París, en 1971. Su texto fue aprobado en el año 1975 mediante el D.L. N° 908, promulgado por el Decreto Supremo N° 266 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y, finalmente, fue publicado en el Diario Oficial N° 29.170 de 5 de junio del mismo año.

El Convenio de Berna establece que la duración de la protección de la propiedad intelectual durará la vida del autor más cincuenta años después de su fallecimiento. En este punto, es importante recordar que, en Chile, los tratados internacionales tienen rango

supralegal, todo según la interpretación que conocidamente ha tenido la doctrina y jurisprudencia del art. 5 de nuestra Constitución.

Así, con toda la normativa a la vista, es válido considerar que la propiedad intelectual goza de una facultad de disposición mortis causa considerablemente mermada, en tanto, al momento de fallecer el propietario, solo se heredará el derecho de dominio sobre las creaciones del intelecto por un plazo de cincuenta años para, posteriormente, caer en lo que se llama el “dominio público”. El dominio público puede ser definido como:

“El dominio público, también llamado frecuentemente “patrimonio común”, lo podríamos definir como el estado jurídico consistente en el libre acceso y utilización de creaciones intelectuales, sean estas expresiones o innovaciones industriales u obras sujetas al derecho de autor, sin que nadie pueda hacer valer derechos intelectuales sobre las mismas. En consecuencia, implica la no existencia de la exclusividad inherente a los derechos de propiedad intelectual, sin que persona alguna pueda “apoderarse”, apropiarse o volver a implantar exclusividad sobre la respectiva creación.” (Schmitz. 2009, p. 346).

¿Cuál es la razón por la cual el constituyente excluyó expresamente la sucesión por causa de muerte en la propiedad intelectual? Nosotros consideramos que existen dos fundamentos. Primero, por una tradición proveniente del derecho comparado, donde la materia se encontraba mucho más desarrollada y básicamente se copió el estilo de regulación reinante. Segundo, debido a la justificación misma del dominio público o patrimonio común. Schmitz, nos comenta que el dominio público tiene su justificación en el beneficio de toda la comunidad, vista como un todo, esto porque, la propietarización absoluta de las creaciones novedosas se pone en contra del progreso y la libertad de la innovación, en tanto, burocratizaría la obtención de los nuevos conocimientos y desarrollos. Esto, sobre todo, si tomamos en consideración que: investigadores, científicos, educadores, artistas, autores y otros, requieren, constantemente, acceder al estado de la técnica y la cultura. Así Schmitz nos dice:

“... hoy en día, todo avance tecnológico, científico y cultural no es un hecho aislado, sino que debe mirarse dentro del contexto complejo propio de toda creación inserta en uno o más sectores del conocimiento de la humanidad. Así toda creación intelectual o industrial es generada aprovechando los esfuerzos colectivos desarrollados por muchas generaciones de creadores o investigadores anteriores. Podríamos decir que “no hay nada enteramente nuevo” (2009, p. 347).

Esta regulación se encuentra totalmente de acuerdo con lo hemos venido expresando a lo largo de este apartado: el plano objetivo de la propiedad y la función social de la misma, permitiría y obliga al legislador, limitar el derecho de propiedad y, por ende, a la herencia en pos del beneficio común, siempre y cuando fundamente y compruebe aquellas limitaciones en el progreso y equidad social.

Sobre la base de estos argumentos es que estos dos autores, acogen como suya la respuesta de este apartado como solución al problema planteado en esta tesis. De esta forma, concluimos que la herencia, entendida como la sucesión por causa de muerte, es parte del atributo o facultad del dominio llamado disposición. Y a su vez, este atributo es parte del contenido esencial del derecho de propiedad y como tal, debe de ser respetado por el legislador y no lo puede suprimir. La diferencia se hace patente, ya que, hacemos nuestra la concepción de que la función social del dominio también es parte del contenido esencial del derecho de propiedad y como tal, también permite, justifica y obliga al legislador a realizar las limitaciones que la misma le requiera. Apoyando esta solución, reiteramos dos argumentos ya dichos previamente. Primero, creemos que debiera reconocerse que la **cláusula de accesibilidad dominical** justifica las limitaciones que el legislador pretenda realizar a la herencia. Segundo, entender el derecho de propiedad bajo su perspectiva objetiva, nos permite entender por qué el legislador se encuentra habilitado para crear nuevos sistemas dominicales, como lo hizo, por ejemplo, con el recién comentado sistema de propiedad intelectual

Para finalizar, queremos destacar que en caso de que el legislador decida limitar la disposición mortis causa, como, por ejemplo, instalando al Estado como legitimario *ab intestato*, es importante que esta regulación cumpla al menos con dos requisitos: de finalidad

y de proporcionalidad. Que tenga una **finalidad funcional a la sociedad**, -finalidad que en un caso como el del ejemplo- se manifiesta en el aumento del caudal relicto del Estado, el que redundaría en beneficio de la comunidad y potencia la función social que dicha herencia estaba llamada a desempeñar, aumentando la redistribución equitativa de la riqueza. Que cumpla **estándares de proporcionalidad**, garantiza que la regulación no tenga caracteres confiscatorios, de lo contrario, la regulación vulneraría y anularía, indirectamente, a la propiedad, dañando su contenido esencial, decayendo aquella ley en una definitivamente inconstitucionalidad.

Cumpliendo estos estándares, consideramos, firmemente, que es posible limitar constitucionalmente la sucesión mortis causa, en razón de la función social sin afectar el contenido esencial de la propiedad.

4. Conclusiones:

Entonces, a través de este trabajo, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- i) **No existe una expresa protección constitucional de la herencia, pero existe una protección implícita:** La herencia no se menciona explícitamente en la Constitución chilena, pero su protección deriva del derecho de propiedad. Consideramos que la sucesión por causa de muerte es una extensión del derecho de propiedad, lo cual implica que cualquier intento de suprimir completamente la herencia sería inconstitucional.
- ii) **La Herencia es parte del contenido esencial del derecho de propiedad:** La herencia forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Esta inclusión implica que la transmisión de bienes por causa de muerte es un aspecto fundamental del derecho de propiedad que no puede ser eliminado sin violar este derecho constitucional, derivado, principalmente, del carácter perpetuo del dominio. De esta forma, el legislador debe asegurar que cualquier regulación o limitación de la herencia sea proporcional y justificada.
- iii) **Limitaciones legales existentes:** Ya existen restricciones significativas a la voluntad del causante en el derecho chileno, como las asignaciones forzosas.

Limitaciones que se vinculan con la protección de intereses constitucionales, como, por ejemplo, la protección de la familia. Estas restricciones son aceptadas siempre que no eliminen completamente o vuelvan insustancial a la herencia.

- iv) **Condiciones para la restricción de la herencia:** El legislador puede imponer restricciones a la herencia, creando, por ejemplo, nuevos sistemas dominicales, pero estos deben cumplir con los principios de finalidad y proporcionalidad. Cualquier restricción a la herencia debe ser proporcional, es decir, no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo. Además, debe tener una finalidad funcional clara, como la distribución más equitativa de la riqueza o la prevención de la concentración excesiva de bienes en pocas manos. Las restricciones arbitrarias o desproporcionadas serían inconstitucionales.

- v) **La herencia debe cumplir con la función social del dominio:** La herencia, como parte integrante de la propiedad, también está sujeta a la función social del dominio, conforme al artículo 19 N° 24 de la Constitución. Esta disposición permite al legislador imponer limitaciones a la propiedad para cumplir con fines sociales, tales como la equidad y el progreso social. No obstante, dichas limitaciones deben ser razonables y no pueden desnaturalizar el derecho de propiedad ni suprimirlo totalmente. De esta forma, consideramos que es posible construir una **cláusula de accesibilidad dominical**, que permita justificar restricciones o limitaciones a la herencia, en la medida que se respeten los criterios de finalidad y proporcionalidad antes propuestos, ambos con el propósito de no desnaturalizar o volver inverosímil el derecho mismo.

Bibliografía

Legislación.

- CHILE. Ministerio de Justicia. (2000). *Decreto con Fuerza de Ley 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Mayo 2000.*
- CHILE. Congreso Nacional. (1852). *Ley S/N sobre Ex-vinculación de bienes.*
- CHILE. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. (2022). Boletín N° 14.921-07-01, Sesión N°14 del 11 de mayo de 2022.
- CHILE. Presidencia de la República. (2022). *Mensaje del Presidente de la República con el que inicia un proyecto de reforma constitucional que establece, en el marco de la seguridad social, una destinación específica del financiamiento para fines previsionales y una garantía sobre la propiedad de los fondo de Capitalización individual de las y los afiliados, Mensaje N° 008-370.*
- CHILE. Presidencia de la República. (2022). *Boletín N° 14.921-07-01 mensaje presidencial del proyecto de reforma constitucional*
- CHILE. Presidencia de la República. (2022). *Boletín N° 13.627-07 tercera moción, que corresponde al proyecto de reforma constitucional que modifica la Carta Fundamental*
- CHILE. Congreso Nacional. (2020). *Ley N°21.248 de Reforma Constitucional que permite el retiro excepcional de los fondos acumulados de capitalización individual en las condiciones que indica.*
- CHILE. Junta de Gobierno. (1980). *Decreto Ley N°3.500 que Establece un nuevo sistema de pensiones.*

- CHILE. Congreso Nacional. (2021). *Ley N°21.330 que Modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica.*
- CHILE. Congreso Nacional. (2020). *Ley N°21.295 que Establece un retiro único y extraordinario de fondos previsionales en las condiciones que indica.*
- CHILE. Congreso Nacional. (2020). *Informe de Comisión de Constitución, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados de la Ley N° 21.248. Boletín N° 13.617-07 tercera moción, corresponde al proyecto de reforma constitucional que modifica la Carta Fundamental*
- CHILE. Congreso Nacional. (2020). *Informe de Comisión de Constitución, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados de la Ley N° 21.248. Boletín N° 13.501-07 tercera moción, corresponde al proyecto de reforma constitucional que modifica la Carta Fundamental*
- CHILE. Congreso Nacional. (2023). *Boletín N° 14.921-07 del Proyecto de Reforma Constitucional que establece, en el marco de la Seguridad Social, una destinación específica del financiamiento para fines previsionales y una Garantía sobre la Propiedad de los Fondos de Capitalización Individual de las y los afiliados.*
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.*
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos.*
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1886). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.*

Constituciones.

- Chile. (1828). *Constitución Política de la República de Chile, 8 de agosto de 1828.*
- Chile. (1833). *Constitución Política de la República de Chile, 25 de mayo de 1833.*
- Chile. (2005). *Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.*

- España. (1978). *Constitución Española, 29 de diciembre de 1978.*
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988.*
- China. (1982). *Constitución Política de la República Popular China, 4 de diciembre de 1982.*
- Rusia. (1993). *Конституция Российской Федерации (Constitución Política de la Federación Rusa), 25 de diciembre de 1993.*
- Perú. (1993). *Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993.*
- México. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917.*
- Polonia. (1997). *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Constitución Política de Polonia), 17 de octubre de 1997.*
- Rumania. (1991). *Constituția României (Constitución de la República de Rumania), 8 de diciembre de 1991.*
- Siria. (2012). *Constitución de la República Árabe Siria, 27 de febrero de 2012.*
- Cuba. (2019). *Constitución de la República de Cuba, 10 de abril de 2019.*
- Bolivia. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 de febrero de 2009.*
- Portugal. (1976). *Constituição da República Portuguesa, 2 de abril de 1976*
- Alemania. (1949). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal Alemana), 23 de mayo de 1949.*

Libros.

- AUBRY y RAU. (1873). *Cours de Droit Français d'après la méthode de Zacharie, tomo VI.*

- ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. Y VODANOVIC, A. (1961). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminares y General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile.*
- ALONSO, M. (1874), *Estudios sobre el derecho de propiedad. Memoria leída ante la Aemía de Ciencias Morales y Políticas, 1874.*
- AMUNÁTEGUI SOLAR, D. (1901). *Mayorazgos i Títulos de Castilla, Tomo I. Imprenta Barcelona.*
- BAUDRIT, D. (2014). *Apuntes de Derecho Transitorio.*
- BUSTAMANTE, L. (1979). *El patrimonio. Dogmática Jurídica. Editorial Jurídica de Chile.*
- BARRIO GALLARDO, A. (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos, Madrid, Editorial Dykinson.*
- CALIXTO VALVERDE. (1904). “*El Estado y las sucesiones*”.
- CARRASCO ALBANO, M. (1874). *Comentarios sobre la Constitución política de 1833, Segunda edición, Imprenta de la librería del Mercurio.*
- COLIN y CAPITANT. (1952). *Cours élémentaire de droit Français.*
- CLARO SOLAR, L. (1940). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo XIII, Editorial Jurídica de Chile.*
- DOMINGUEZ BENAVENTE R. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA R. (1998) *Derecho Sucesorio, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile.*
- EGAÑA, J. (1828). *Memoria sobre los mayorazgos de Chile dedicada al público por algunos sucesores inmediatos, Imprenta de Ramón Rengifo.*
- ESCRICHE, J. (1876). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Tomo I.*
- EVANS DE LA CUADRA, E. (1999). *Los derechos constitucionales. Tomo III, 2a Edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.*
- FIGUEROA, G. (2008). *El Patrimonio, Tercera edición actualizada con las leyes N° 19.585, sobre Filiación; N° 19.620, sobre Adopción; N° 19.857, sobre Empresas*

Individuales de Responsabilidad Limitada, y Nº 19.947, sobre Matrimonio civil, Editorial Jurídica de Chile.

- GRESTIN, J. y GOUBEAUX, G. (1977). *“Traité de droit civil, introduction générale”*. L.G.D.J., (Nº 333).
- GUZMÁN BRITO, A. (1982). *Andrés Bello codificador: historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Chile.*
- GUZMÁN BRITO, A. (2006). *Historia de la codificación civil en Iberoamérica, Editorial Aranzadi.*
- HOBBSAWM, E. (1962). *La era de la revolución, Editorial Crítica.*
- IHERING, R. (1912). *El Espíritu del Derecho Romano, Madrid, tomo IV.*
- IHERING, R. (1978). *El fin del Derecho. Traducido castellano, buenos aires.*
- JOSSERAND L. (1938). *Cours de Droit Positif Français, Tomo I.*
- LEVEL, P. (1959). *Essai de systématisation du conflit des lois dans le temps. L.G.D.J. París.*
- MEZA, R. (2008). *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre vivos, Editorial Jurídica de Chile.*
- MUÑOZ, S. (2005). *Retroactividad, Diccionario de Derecho Administrativo.*
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1988). *La elaboración de la Constitución de 1978, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.*
- PEÑAILILLO, D. (2010). *Los bienes. La propiedad y otros Derechos Reales, Editorial Jurídica de Chile.*
- PINTO, H. (1972). *Curso Básico de Derecho Civil - Derecho Privado, tomo III: El derecho del patrimonio, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.*
- PLANIOL y RIPERT. (1946). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, La Habana, traducción de Mario Díaz Cruz, tomo III.*

- RAMOS, R. (2010). *Sucesión por causa de muerte*, Colección Manuales jurídicos, primera edición, Editorial Jurídica de Chile.
- ROGEL VIDE, C. (2017). *El derecho a la herencia en la Constitución*, Editorial Reus.
- ROUBIER, P. (1960). *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Dalloz y Sirey, segunda edición.
- SALAZAR, G. (2005). *Construcción de estado en Chile (1760-1860): democracia de "los pueblos", militarismo ciudadano, golpismo oligárquico*, Editorial Sudamericana.
- SAMPER, F. (1993). *Derecho Romano*, tercera edición, Universidad Internacional SEK.
- SANCHEZ AGESTÁ, L. (1981). *Sistema político de la Constitución española de 1978*, segunda edición, Editora Nacional.
- SEMPERE Y GUARINOS, J. (1805). *Historia de los vínculos y mayorazgos*, Madrid, Imprenta de Sancha.
- SUÁREZ, J. (2005) *Retroactividad e Irretroactividad en Derecho: Concepto. Tratamiento Normativo y Jurisprudencial*.
- VALENCIA, L. (1951). *Anales de la República, Chile, Tomo I*, Imprenta Universitaria.
- VERDUGO, M., PFEFFER, E., y NOGUEIRA, H. (2005). *Derecho Constitucional*. Tomo I. 2a edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. ZACHARIE, (1897), *Cours de Droit Civil Français*, Auguste Durand, Éditeur, Paris, Tomo V.

Artículos de revista.

- BARRIENTOS GRANDÓN, J. (1995). *Derecho común y derecho indiano en el Reino de Chile*, Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: p. 133-160.
- BALLESTEROS, M. (1908). *Los censos y fideicomisos. Su importancia en la legislación.-Conveniencia de mantenerlos o suprimirlos*. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (Nº V): p. 269-315.

- BERTELSEN, R. (1996). *Jurisprudencia Constitucional: recursos de inaplicabilidad interpuestos contra el DL N° 2695, de 1979, en Informe Constitucional, N° 1.237.*
- BOCKSANG, G. (2020). *Derechos Adquiridos y Retroactividad en el Derecho Público Chileno: Los debates derivados de la ley de instrucción de 1879, Revista Chilena de Derecho, Vol. 47 (N° 2): p. 437 - 457.*
- BRAVO LIRA, B. (1985). *Vigencia de las partidas en Chile. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, (10): p. 44-105.*
- CARTES MONTORY, A. (2017). *La Constitución de Cádiz de 1812. Derroteros americanos, transferencias y perspectivas. Cuadernos de Historia (47), Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile: (p 39-58)*
- CORDERO, E. (2006). *La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno, Revista de Derecho, Vol. XIX N°1, julio 2006, pp. 125-148.*
- CORDERO, E. y ALDUNATE, E. (2008). *Evolución Histórica del Concepto de Propiedad, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXX, Valparaíso, Chile: p. 345-385.*
- FAÚNDEZ, A. (2016). *Los Derechos Adquiridos como Límite a la Potestad Tributaria: Análisis desde perspectiva de la argumentación jurídica. Revista de Estudios Tributarios, Universidad de Chile: pp. 145-156.*
- FIGUEROA MARTÍNEZ, D. (2011). *Veintiuna tesis sobre el legado jurídico de la revolución francesa en Latinoamérica, en Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi, Año 7 (N° 2): pp. 43-110.*
- GARCÍA BELAUNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. (2008). *La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005. Revista de Estudios Constitucionales, Año 6 (N°2): 371-398.*
- GARCÍA DÍAZ, J. (2020). *El reflejo del ideario jurídico-político de Alfonso X de Castilla en su proyecto legislativo. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N°42: p 289-317.*
- GARCÍA GALLO, A. (1973). *La Universidad de Salamanca en la formación del Derecho indiano. III Congreso del instituto internacional de Historia del derecho indiano: actas y estudios. Madrid, 17 al 23 de enero de 1972: p 77-100.*

- GONZA, A. (2014). *“Artículo 21. Derecho a la propiedad privada”*. Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario. La Paz: Fundación Konrad Adenauer, pp. 503-530.
- GUNTHER, R. (1986). *El proceso constituyente español*. Revista de Estudios Políticos (Nº49): 33-61.
- GUILOFF, M. (2016). *Elija cuál derecho de propiedad privada se protege: la precisión de las normas legales que establecen limitaciones a la propiedad privada a propósito de los fallos Molinera del Norte y Curtidos Bas*. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales: p. 152-167.
- GUZMÁN BRITO, A (2006). *El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile*, Anuario de derecho civil, Vol 59, Nº3: p 1283-1306.
- LÓPEZ, A. (1994). *La garantía Institucional de la Herencia, Derecho Privado y Constitución*, (Nº 3): p. 29.
- MARTÍNEZ BAEZA, S. (2008). *El derecho castellano-indiano en el Código Civil de Bello*. Revista Chilena de Historia del Derecho (Nº 20): p. 355-368.
- PERALTA, X. (2019). *La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile (Nº91): p. 35-60
- RUIZ-TAGLE, P. (2014). *Dogmática sobre la Propiedad Constitucional y Civil en Chile*, Derechos y Humanidades, (Nº 24): 21-58.
- RUIZ-TAGLE, P. (2018). *La propiedad en Chile y sus Dilemas*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 51: p. 199-230.
- SALINAS ARANEDA, C. (2000). *Vigencia del Derecho Indiano en Chile Republicano: la personalidad jurídica de las congregaciones religiosas*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Nº22): p. 299-136.
- SCHMITZ, C. (2009). *Propiedad Intelectual, dominio público y equilibrio de intereses*. Revista Chilena de derecho, vol. 36 Nº2: pp. 346-367.

- SOZA, M. (2004). *“Derecho real” de herencia ¿existe en realidad? Reflexiones relativas a la cesión de los derechos hereditarios*, *Gaceta Jurídica Volumen 291*: p. 1-8.
- WESTERMEYER HERNÁNDEZ, F. (2012). *Chile y la Constitución de Cádiz: un primer acercamiento a una relación preterida*, en: *Cuando las Cortes de Cádiz. Panorama jurídico 1812. Jornada conmemorativa del Bicentenario*. Coordinador Luis Martí Mingarro. Universidad Nacional Autónoma de México: p 121- 157.
- ZUÑIGA, F. (2010). *La Constitución conservadora de 1833 y la visión crítica de Juan Bautista Alberdi*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional (Nº 23)*: p. 307-327.

Tesis

- BILBAO, F. (1850). *Los mayorazgos están disueltos. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Leyes y Ciencias Políticas*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- QUEZADA, F. (2011). *El derecho de propiedad privada en la constitución chilena: Un intento de sistematización*, *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*.
- FUENTES, J. (1997). *El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena: (1981-1996)*. *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas*.

Jurisprudencia.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (1987). Sentencia Rol 43-1987
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996). Sentencia Rol 245-96.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2015). Sentencia Rol 1643-13
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009). Rol 1298-2009-INA
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2019). Sentencia Rol 7442-2019
- CORTE SUPREMA. (1969). *RDJ, tomo 66, 2º parte, secc. 1ª, p. 154*.
- CORTE SUPREMA. (1990). Rol 14.444-1990

Actas Constitucionales

- Gran Convención de 1831-1833. (1833). *Actas de la Gran Convención de 1831-1833. Recopilación de las actas, sesiones, discursos, proyectos y artículos de diario relativos a la Constitución de 1833.*
- Subcomisión de Propiedad CENC. (1976). *Actas de la Subcomisión de Propiedad CENC, en Anexos Sesión N° 148, p. 27.*
- Comisión Ortúzar. (1977). *Acta de la Sesión 300°, Comisión Ortúzar, celebrada el miércoles 22 de junio de 1977.*
- Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente Peruana 1978-1979. (1978-1979). *Diario de los debates, Tomo I.*
- Congreso de los Diputados, Secretaría General. (1984). *Las actas de la Ponencia Constitucional Española. Revista De Las Cortes Generales, (2), 251-422.*
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Debate Constitucional Pleno 1993, Tomo I.*
- Convención Constitucional. (2021-2022). *Actas de la comisión constitucional de principios y derechos fundamentales de la Convención Constitucional del año 2021-2022.*
- Comisión de Derechos Fundamentales, Convención Constituyente de Chile. (2021-2022). *Primer Informe de la Comisión de Derechos Fundamentales.*
- Comisión de Derechos Fundamentales, Convención Constituyente de Chile. (2021-2022). *Segundo Informe de la Comisión de Derechos Fundamentales.*
- Comisión de Derechos Fundamentales, Convención Constituyente de Chile. (2021-2022). *Primer Informe de Reemplazo de la Comisión de Derechos Fundamentales.*
- Convención Constituyente de Chile. (2021-2022). *Reglamento.*
- Convención Constitucional. (2022). *Borrador definitivo de la Nueva Constitución Política de la República de Chile.*
- Comisión de Expertos. (2023). *Anteproyecto de Nueva Constitución.*

Página web

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2023). Con histórica participación electoral propuesta de nueva Constitución fue rechazada. <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=historica-participacion-plebiscito-2022>.
- Ramírez, G. (2023). Guillermo Ramírez (UDI): "No cuentan con votos UDI contra el quinto retiro si no garantizan la inexpropiabilidad de los fondos". La Tercera. <https://www.latercera.com/la-tercera-sabado/noticia/guillermo-ramirez-udi-no-cuentan-con-votos-udi-contr-el-quinto-retiro-si-no-garantizan-la-inexpropiabilidad-de-los-fondos/ZBUHCX3QTBCN5K37QROGECVM2M/>
- Superintendencia de Pensiones. (2023). "Portada." Superintendencia de Pensiones. <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-14346.html>

Comunicación en Congreso

- Alessandri Palma, A. (3 de julio de 1925). *Versión oficial de la Conferencia dictada por S.E. el Presidente de la República*, en el Salón de Honor de la Universidad de Chile, Santiago, Chile.