



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE PREGRADO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

**CONCEPTO, FUNCIONES Y ESTRUCTURA DE LA PROPIEDAD PRIVADA  
EN EL DERECHO CHILENO**

ALEJANDRO IGNACIO RAMÍREZ PÉREZ

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA  
FERNANDO ATRIA LEMAITRE

SANTIAGO DE CHILE

2023

*A todos quienes me apoyaron en este largo camino.*

¡Fuera entonces toda causa que no sea entera y exclusivamente la mía! Mi causa, me dirán, debería ser, al menos, la “buena causa”. ¿Qué es lo bueno, qué es lo malo? Yo mismo soy mi causa, y no soy ni bueno ni malo; esas no son, para mí, más que palabras. Lo divino mira a Dios, lo humano mira al hombre. Mi causa no es divina ni humana, no es ni lo verdadero, ni lo bueno, ni lo justo, ni lo libre. Es lo mío. Nada está por encima de mí.

***"El Único y su Propiedad" (1844)***

**Max Stirner**

El principito tenía, sobre las cosas serias, ideas muy diferentes de las que suelen tener las personas mayores. -Yo -dijo aún- tengo una flor a la que riego todos los días. Soy dueño también de tres volcanes a los que deshollino cada semana y también me ocupo del que está extinguido; pues uno nunca sabe lo que puede ocurrir. Es útil, pues, para mis volcanes y para mi flor que yo sea su dueño.

Pero tú no eres nada útil para tus estrellas...

El hombre de negocios abrió la boca para defenderse, pero no encontró que decir.

***"Le Petit Prince" (1943)***

**Antoine de Saint-Exupéry**

*Evitata Charybdi in Scyllam incidi*

[Por evitar Caribdis caí en Escila]

***"Adagios" (1536)***

**Erasmus de Rotterdam**

# INDICE

<b>Resumen</b> .....	<b>7</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>9</b>
<b>I. Capítulo I – Conceptos Jurídicos: Propuesta de Reconstrucción del Concepto de Propiedad</b> .....	<b>26</b>
<b>A. Clases de Conceptos: Nominales, Estructurales y Funcionales</b> .....	<b>26</b>
<b>B. El Concepto de Propiedad en el Derecho Civil y el Derecho Constitucional</b> .....	<b>29</b>
1. La propiedad, entre una estructura y un nombre .....	33
2. La propiedad, del nombre a la función .....	39
3. La propiedad, o como hacer probable lo improbable: conceptos estructurales (funcionalmente mediados).....	45
<b>II. Capítulo II – Funciones Institucionales</b> .....	<b>48</b>
<b>A. La Función Señorial de la Propiedad</b> .....	<b>48</b>
1. Breve reseña histórica: el más sagrado de los derechos .....	48
2. Estructura: consagración civil y constitucional del dominio sobre cosas corporales e incorporales.....	59
<b>B. La Función Social de la Propiedad</b> .....	<b>64</b>
1. Breve reseña histórica: Individuo, Sociedad, Estado.....	64
2. Estructura: potestad configuradora, limitaciones y privaciones.....	72
<b>C. Tensión Funcional: Paradigmas de la Propiedad entre Escila y Caribdis</b> .....	<b>84</b>
<b>III. Capítulo III – Contradicción Estructural</b> .....	<b>101</b>
<b>A. Orígenes: el núcleo esencial del dominio y las potestades estatales</b> .....	<b>108</b>
1. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el derecho de propiedad .....	108

<b>B. Doctrina Tradicional</b> .....	<b>114</b>
1. La Esencia de la Propiedad: Concepto Jurídico Indeterminado.....	116
<b>C. Doctrina Contemporánea</b> .....	<b>123</b>
1. Expropiaciones Regulatorias ( <i>regulatory takings</i> ).....	123
2. Teoría de las Garantías del Instituto ( <i>Institutsgarantie</i> ).....	133
3. Principios Constitucionales: Igualdad y Proporcionalidad.....	143
4. Instituto Cuasi-expropiatorio.....	165
<b>D. Evolución de la jurisprudencia</b> .....	<b>168</b>
1. La Propiedad Blindada: 1980-2005.....	169
2. Tendencias al Equilibrio Funcional: 2005-2010.....	183
3. Contradicción Funcional y Empates Políticos: 2010-2020.....	193
<b>E. Conflictos interpretativos y problemas de determinación</b> .....	<b>233</b>
1. Doctrina “subjetivista” y paradigma señorial.....	233
2. Doctrina “objetivista” y paradigma funcional.....	240
3. Interpretaciones expansivas y restrictivas.....	243
<b>F. Indeterminación Conceptual</b> .....	<b>250</b>
 <b>IV. Capítulo IV – Análisis Conceptual: El Manejo de Derechos (<i>Bundle of Rights</i>), un Modelo Fragmentario</b> .....	 <b>254</b>
<b>A. Origen y características del “modelo fragmentario”</b> .....	<b>254</b>
<b>B. Los Correlativos y los Opuestos Jurídicos</b> .....	<b>262</b>
1. Derecho (o pretensión) y Deber.....	264
2. Privilegios (o libertades) y No-Derechos.....	266
3. Potestades (o competencias) y Sujeciones.....	271
4. Inmunidades e Incompetencias.....	275
<b>C. Claridad conceptual</b> .....	<b>278</b>

<b>D. Abstracción de la propiedad y desaparición de la esencia .....</b>	<b>284</b>
<b>V. Conclusiones .....</b>	<b>290</b>
<b>VI. Bibliografía .....</b>	<b>303</b>

## **Resumen**

El presente trabajo busca desarrollar una aproximación al derecho de propiedad entendiéndolo como un “concepto polémico”, a la luz de la tensión entre el interés del propietario y aquel de la sociedad en su conjunto, propio de las sociedades modernas, pero también como un “concepto histórico”, por cuanto la evolución económica y el desarrollo tecnológico en general, han afectado su estructura y su objeto, al transformar la entidad material de los bienes sobre los que se ejerce el derecho de propiedad.

Esta tensión se ha expresado en el ámbito de desarrollo histórico y jurídico del derecho de propiedad, entre dos concepciones antagónicas acerca de este, que han terminado por configurar la estructura y funciones de la propiedad en diversas constituciones del hemisferio occidental. Una concepción, que llamaremos “paradigma señorial”, entiende a la propiedad como una garantía de la libertad individual, concibiéndola como un señorío absoluto sobre una cosa, que protege y circunscribe un espacio de arbitrariedad dentro del cual el titular pueda operar y decidir con escasos límites. La otra, que llamaremos “paradigma funcional” pretende exceder los parámetros subjetivos propios de la concepción anterior, al incorporar consideraciones ajenas a ella al concepto de propiedad, estableciendo así una nueva función jurídica de la institución que atienda a las necesidades sociales y de interés público, paralela a la clásica función ya reseñada. En íntima relación con esta contradicción funcional, se encuentra la evolución de la propiedad privada, y en particular, el objeto de la propiedad: aquellas cosas susceptibles de ese derecho, y la manera en que éste es entendido y practicado, dependiendo del momento histórico.

En el derecho chileno, esta disputa se ha desarrollado entre dos instituciones consagradas constitucionalmente, el “núcleo esencial del dominio” y la “función social de la propiedad”, en el

marco de las regulaciones al derecho de propiedad, en que las potestades regulatoria y configuradora del dominio se ven enfrentadas al “núcleo esencial”, un blindaje elástico y de oscuros contornos, que por su naturaleza jurídica indeterminada ha permitido interpretaciones excesivamente amplias, capaces incluso de frustrar cualquier regulación administrativa al homologarla a una “expropiación encubierta”. En un intento por dilucidar los contornos e implicaciones de ambas funciones, se analizarán las relaciones entre función social y núcleo esencial, recurriendo al modelo analítico propio del derecho angloamericano, conocido como “manejo de derechos”, que es a nuestro juicio, una herramienta útil e innovadora para entender las nuevas formas de propiedad, y los cambios que el desarrollo tecnológico y económico han implicado para dicha institución social.



## **Introducción**

Actualmente en nuestras prácticas cotidianas, entendemos la propiedad como el poder absoluto que tenemos sobre lo que nos pertenece. Lo anterior lo sabemos de manera casi intuitiva, sin siquiera tener que recurrir a lo que dispone la ley respecto a la propiedad, pues nuestra cultura descansa en una determinada concepción de ella: el dueño puede hacer con sus bienes prácticamente cualquier cosa. Para el sentido común no hay nada de malo u ofensivo en ello, moral ni legalmente. De acuerdo a las normas del derecho civil, podemos usar, gozar y disponer de nuestras pertenencias de la manera que estimemos pertinente, y eso comenzamos a intuirlo desde nuestros encuentros más temprano con instituciones como el dinero, en nuestras primeras interacciones en espacios como el mercado, y más tempranamente aún, en aquellos momentos decisivos de la infancia, en que aprendemos el significado de nociones como “tuyo” y “mío”.

Sin embargo, hoy no es posible articular un concepto jurídico de propiedad privada siguiendo esta idea intuitiva. En su configuración actual, la propiedad privada no se restringe solamente a ser el dominio absoluto sobre las cosas que un individuo posee. Desde principios del siglo XX, en el marco de demandas sociales frente a la injusta distribución del producto social, y de la indignación causada por la desigualdad entre aquellos que de tanto eran dueños y quienes nada tenían, emergió en el seno del conflicto político lo que ha pasado a la historia como “la cuestión social”, en cuyo marco comenzaron a disputarse diversas reivindicaciones de carácter social y colectivo. Entre ellas se encontraba la crítica a la idea tradicional de propiedad entendida como un derecho exclusivamente al servicio de su titular, que en la práctica había configurado una verdadera dictadura de los propietarios, pues como ha dicho Novoa Monreal, cuando la propiedad es consagrada en los Códigos con sus caracteres de absoluto, perpetuo y transmisible, “cuando se opaca su vinculación con el trabajo personal productivo y cuando se deja que ‘hombres libres’

decidan a su voluntad e interés” sobre ella, la desconexión del desarrollo económico en conjunto con la ambición y la codicia, pueden conducir a que este “esquema ideal” pronto se torne en “fecunda fuente de abusos individuales y de clase” no previéndose “lo que en realidad se produjo: que la propiedad privada se concentrara en algunos pocos individuos que acumulaban para si cantidades de riqueza que excedían en mucho lo que habrían podido necesitar para sí mismos, al paso que otros quedaban prácticamente despojados de todo bien”<sup>1</sup>.

Esta desigualdad se manifestó en diversas situaciones. Por ejemplo, en la absoluta indefensión del trabajador frente al empleador, que condujo a la creación de la legislación laboral contemporánea; o en los extensísimos predios sin explotar a lo largo de países enteros, que culminó con diversos procesos de reforma agraria a lo largo del mundo, impulsados desde todos los sectores del espectro político. En América Latina, las reformas a los enormes e improductivos latifundios fueron adoptadas como un compromiso por todos los Estados pertenecientes a la OEA en la Conferencia de Punta del Este de 1961, excepto Cuba. El programa establecido en dicha Conferencia pasó a la historia como “Alianza para el Progreso”<sup>2</sup>, y en su marco, el gobierno de centroderecha de Alessandri inició, tímidamente, el proceso de reforma agraria en Chile, que luego sería profundizado por el centro izquierdista Frei Montalva, y radicalizado bajo el gobierno socialista de Salvador Allende<sup>3</sup>.

Frente a la noción de propiedad del liberalismo decimonónico, se opusieron durante la primera mitad del siglo XX nuevos enfoques, tendientes a concebir la propiedad no ya como un derecho, sino como una “función social” dentro del Estado, el cual en el marco de las grandes transformaciones económicas de principios del siglo XX, comenzó a ejercer una mayor influencia,

---

<sup>1</sup> Novoa Monreal (1981), p. 162

<sup>2</sup> Alianza Para el Progreso: Documentos Básicos (1961)

<sup>3</sup> Salah (2015), pp. 180-191

control e intervención dentro del ordenamiento económico, político y social, siendo tales los elementos que condujeron a la adopción de ideas funcionalistas acerca de la propiedad en el marco de la asignación de recursos. De tal manera, dicha “función social” se ha consagrado a nivel constitucional como una cláusula que hace posible la regulación de la propiedad, atendiendo a diversas necesidades sociales y de interés público.

Tras una larga historia que se remonta a las sesiones constituyentes de 1925, pasando por administraciones de derecha e izquierda en las casi cinco décadas que siguieron, la función social culmina su desarrollo con el breve gobierno socialista de Salvador Allende, como uno de los pilares sobre los cuales pretendía realizarse el tránsito institucional y democrático al socialismo. Depuesto el gobierno de la Unidad Popular, y truncado dicho tránsito por el Golpe de Estado de 1973, la idea de función social sobrevivió a la dictadura cívico-militar de Augusto Pinochet, ideológicamente conservadora y neoliberal, al ser consagrada por ésta en la Constitución Política de 1980, posteriormente reconocida y reformada por los regímenes democráticos que le sucedieron. De tal forma, la institución ha resistido el paso del tiempo y las distintas ideologías. Sin embargo, a pesar de esta larga y oscilante historia, las implicancias de la incorporación de dicha cláusula nunca han sido del todo claras, y mucho menos estáticas, al ser su significado mutable y conflictivo dentro del ordenamiento jurídico hasta el día de hoy.

En la actualidad aún existe tensión entre ambas concepciones de la propiedad. Pablo Ruiz-Tagle afirmó en 2018 que “la propiedad privada a nivel constitucional en Chile no tiene un concepto único, sino que tiene forma de dilemas y carácter multiforme”, que la labor de los juristas nacionales se enfrenta a “una serie de dilemas de orden doctrinario sobre la propiedad en el derecho privado y/o público, y que inciden sobre su comprensión y aplicación” y que “existe también un conjunto de dilemas jurisprudenciales vinculados a decisiones sobre la propiedad,

particularmente del Tribunal Constitucional chileno, basadas en al menos dos concepciones de la propiedad. Una es diferenciada y flexible y admite diversas formas de su reglamentación, y la otra es una concepción que percibe la propiedad como unificada y reforzada y que impone requisitos estrictos a la reglamentación que puede afectarla”<sup>4</sup>.

La proliferación de tantos dilemas, en el orden conceptual, doctrinario y jurisprudencial, no deja de contrastar con la idea intuitiva de propiedad que solemos tener. Pero en realidad, estos dilemas acerca del concepto de propiedad, vinculados al carácter conflictivo que, veremos, suele asumir su difícil determinación, son expresión de aquellas antiguas luchas, anteriores a nuestra época de aparente consenso ideológico. En el marco del sistema democrático actual, estos enfrentamientos toman la forma matizada de discusiones acerca de conceptos comunes, consagrados por la Constitución, e impulsado por intérpretes inspirados en concepciones diferentes, o incluso opuestas acerca de esos conceptos. En este caso, el concepto común es el de “propiedad privada” consagrado en la constitución, que por su naturaleza polémica, solo podrá ser interpretado de manera “creativa”<sup>5</sup>, no habiendo una respuesta definitiva para su correcta definición. Esta diferencia entre concepciones se ve definida por la tensión entre el interés individual y el colectivo, y que en relación a la existencia de la propiedad privada, se expresa en la definición de sus límites internos y externos, esto es, ya por la configuración legislativa de las facultades y poderes del dueño, como por las limitaciones impuestas en virtud de su función social.

Este enfrentamiento de concepciones ha llegado a tales extremismos, que parte de la doctrina nacional ha negado frontal y directamente el valor jurídico de la función social de la propiedad<sup>6</sup>, consagrada explícitamente por el actual texto constitucional. Esto no es sino un indicio del carácter

---

<sup>4</sup> Ruiz-Tagle (2018), pp. 228-229

<sup>5</sup> Ver: Dworkin (2012)

<sup>6</sup> Ver: Fermandois (2004, 2010)

profundamente político que encierra esta discusión aparentemente jurídica, pues la doctrina reacia al reconocimiento de la función social de la propiedad se niega de plano a entender a la propiedad como algo más que un derecho subjetivo, restringiéndola simplemente a la concepción que de ella se tuvo durante el siglo XIX: la propiedad es una garantía de la libertad individual, y todo lo que atente contra tal principio, constituye una subversión del Estado de Derecho.

Así, la tensión entre la propiedad entendida exclusivamente como señorío absoluto sobre las cosas, con base en el derecho civil, y la función social que la institución debe cumplir, con base en el derecho constitucional, se desarrolla en el marco de las limitaciones al dominio impuestas por el Estado, ya sea a través de actos regulatorios por parte de la Administración o directamente por la legislación<sup>7</sup>. El desarrollo de este conflicto en el marco regulatorio, administrativo y legislativo, se ha evidenciado sistemáticamente en las impugnaciones jurisdiccionales realizadas por aquellos titulares que sostienen ver afectado el contenido de su propiedad, de manera esencial o desproporcionada. Esta jurisprudencia, principalmente producida por el Tribunal Constitucional, será analizada en detalle en el Capítulo 3 de esta investigación. Por ahora, basta con remitirnos a lo señalado por la profesora María Agnes Salah, acerca de la estructura típica que suelen adoptar:

“En todos los conflictos que surgen a propósito de dichas limitaciones se puede apreciar una estructura argumentativa similar. Por una parte, existe un particular quien considera ‘expropiado’ de alguna forma su derecho de propiedad en virtud de la limitación establecida por la ley. En relación con las mismas, se presenta una sucesión de preguntas de relevancia jurídica que se sigue generalmente con la siguiente estructura. En un primer momento, se persigue determinar si el establecimiento de una limitación constituye propiamente una limitación o una

---

<sup>7</sup> Ferrada (2014)

expropiación. A propósito de esta pregunta, se discuten con fuerza temas relacionados con la esencia de los derechos, las facultades y los atributos del dominio. En un segundo momento, y para el caso que se establezca que existe una limitación al dominio se plantean dos cuestionamientos independientes pero complementarios. Por una parte, se persigue determinar la posible afectación de la igualdad ante las cargas públicas. Por otra parte, se intenta desentrañar la procedencia de una indemnización reparatoria fundada en el principio de responsabilidad del Estado”<sup>8</sup>.

Este trabajo de investigación sostiene que tales disputas necesariamente se desarrollarán dentro del marco de las limitaciones al dominio a través de la regulación legal y administrativa, por la configuración estructural que adoptan la propiedad como derecho subjetivo (o más precisamente, como señorío absoluto) y la función social de la propiedad en el ordenamiento jurídico chileno. Siguiendo la tesis propuesta por Fernando Atria<sup>9</sup>, de acuerdo a la cual los conceptos jurídicos son conceptos funcionales estructuralmente mediados, esta investigación sostendrá que la propiedad en el ordenamiento jurídico nacional se encuentra estructurada por estas dos funciones: la “señorial” y la “social” de la propiedad. La “función señorial” sirvió de base ideológica al derecho civil decimonónico, de matriz liberal e ilustrada, y la estructura de la propiedad, tal y como es concebida por el Código Civil, precisamente busca realizar dicha función, que no es sino consagrar la autonomía del individuo para gozar de los bienes de la manera más absoluta. En un nivel superior del sistema jurídico, la función señorial ya mencionada coexiste y se desenvuelve operativamente en conjunción con la función social, entrando ambas en contradicción en el plano constitucional. Tanto la función “social” como la “señorial” son ideas que de manera paralela animan a la institución de la propiedad, y que dependiendo de sus ámbitos de operación

---

<sup>8</sup> Salah (2015), p. 298

<sup>9</sup> Atria (2016)

específicos, se configuran a través de estructuras jurídicas determinadas que hacen posible su realización.

Es posible delinear los ámbitos de operatividad específicos de cada una de las funciones, atendiendo a la estructura que cada una de ellas adopta para realizarse. Dichas estructuras no son aleatorias, sino el resultado de complejos procesos históricos, en que las transformaciones político-sociales y el desarrollo industrial y económico, han reconfigurado a las sociedades occidentales desde el siglo XIX hasta nuestros días. Desde una perspectiva política, podemos constatar como las nociones hegemónicas del derecho de propiedad han sido resultado de la oposición entre diversas fuerzas políticas y sectores sociales. A modo preliminar de lo que será desarrollado más adelante, puede decirse que la propiedad consagrada por el derecho civil establece la concepción propietaria sostenida por la burguesía<sup>10</sup>. Dicha concepción mantuvo su hegemonía hasta principios del siglo XX, pues como ya se mencionó, en distintas regiones de occidente comenzaron a levantarse voces críticas, desde las más variadas posiciones políticas, frente a la concepción clásica de la propiedad, dando inicio a lo que se ha llamado la época o el “período social”<sup>11</sup>, en que comenzó a reclamarse fuertemente por una mayor vinculación de la propiedad con la comunidad y un papel más activo del Estado en la dirección de la economía<sup>12</sup> formándose un consenso entre las distintas fuerzas políticas acerca de la legitimidad de la intervención económica estatal. Dicho de otro modo, “los últimos años del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX marcan el fin de lo que se ha llamado la belle époque jurídica”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver: Aldunate (2006, p. 289); Garnsey (2007); Cordero (2012); Di Robilant (2013); Fuentes (2018).

<sup>11</sup> Salah (2015), p. 121; Fuentes (2018), p. 106

<sup>12</sup> Horwitz (1992), p. 213

<sup>13</sup> Cordero (2008), p. 505

Producto de dicha transformación en el campo de la propiedad, se asigna una nueva función a la institución, la que terminó adoptando diversas formas en los distintos ordenamientos jurídicos, pero siempre teniendo en cuenta el nuevo horizonte que caracterizó a la época social: radicalizar la dimensión social de la propiedad a través del establecimiento de deberes de uso en sintonía con los intereses sociales y la posibilidad de imponer limitaciones a la estructura clásica del dominio para satisfacer objetivos de la colectividad, los cuales eran definidos por el aparato estatal en su calidad de representante y articulador de la voluntad general. Este proceso, en el caso chileno, culminaría en su desarrollo con la Reforma Agraria durante la década de los 60s y principios de la de los 70s, periodo en que se viviría con mayor intensidad la pugna entre la idea clásica de propiedad y la función social, utilizada esta última durante el gobierno de Salvador Allende para realizar el tránsito de la democracia liberal hacia el socialismo<sup>14</sup>, y la transformación de la propiedad privada en diversas formas de propiedad colectiva y estatal<sup>15</sup>.

Hoy nos encontramos en una situación intermedia, entre la concepción liberal y la concepción social de la propiedad, aunque como ha señalado Fuentes, indudablemente más cercana a la primera, desde el establecimiento de la Constitución de 1980<sup>16</sup>. El péndulo ha recorrido el camino de vuelta a la posición desde la que comenzó su desplazamiento a principios del siglo XX, y aunque atrás hayan quedado las críticas radicales a la concepción liberal y burguesa de la propiedad privada, ha perdurado la idea de que ella debe cumplir una función social, eso sí, drásticamente matizada, por cuanto la “función señorial” de la propiedad ha vuelto a imponerse como el paradigma dominante en la materia.

---

<sup>14</sup> Fuentes (2018), p. 205

<sup>15</sup> Salah (2015), p. 189

<sup>16</sup> Fuentes (2018), p. 206



Este retorno del paradigma liberal ha configurado una nueva etapa de “sacralización de la propiedad”<sup>17</sup>, definida por el reforzamiento del derecho de dominio. Lo anterior fue uno de los más significativos logros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) durante la segunda mitad de la década de los 70s, cuyos miembros coincidieron en la imperativa necesidad de establecer una protección especial, de rango constitucional, en torno a la propiedad privada y de otros derechos, referida a su esencia e invulnerabilidad frente a la acción estatal<sup>18</sup>. En el clima de reacción política frente al intervencionismo estatal desarrollado bajo la Constitución de 1925<sup>19</sup>, la CENC buscó erigir esta protección de la propiedad como un límite definitivo a eventuales excesos regulatorios, configurando lo que ha sido denominado por la doctrina como “núcleo esencial del dominio”.

Uno de los objetivos de este trabajo será mostrar como la idea de “núcleo esencial del dominio” (persistentemente entendida como el simple reforzamiento constitucional de la “función señorial” clásica del derecho de propiedad), entendida de forma amplia, opera en la práctica como un blindaje de contornos y límites indefinidos que puede llegar a hacer inoperativa a la “función social”, tal como ha señalado cierta doctrina nacional<sup>20</sup>. Para esto, será necesario hacer referencia a la operatividad específica de cada una de estas funciones, lo cual implica analizar las estructuras que sirven a su realización, así como identificar los niveles del ordenamiento jurídico en los que operan.

La estructura permite a la función realizarse, y en el caso de la función señorial propia del derecho civil, esta se realiza a través de la “estructura clásica de la propiedad”, o sea, a través de las

---

<sup>17</sup> Salah (2015), pp. 200-237

<sup>18</sup> Salah (2015), pp. 204-206; Fuentes (2018), pp. 187-195

<sup>19</sup> Fuentes (2018), pp. 158-187

<sup>20</sup> Aldunate (2006), Guiloff (2018a), Fuentes (2018)

facultades y atributos esenciales del dominio, por un lado, y de las limitaciones establecidas por el Código Civil, que no son más que la ley y el derecho ajeno, por el otro, todo lo cual configura el contenido del derecho de propiedad. Como ya resultará obvio, la estructura recién señalada no es más que el contenido de la propiedad en tanto derecho subjetivo. El derecho civil asume, más allá de los regímenes especiales de propiedad en nuestro derecho<sup>21</sup>, la permanencia de esta configuración, sin recibir modificaciones desde los tiempos de promulgación del Código.

La “función social”, por su parte, se estructura en nuestro texto constitucional como la posibilidad de imponer limitaciones al dominio, atendiendo a las causales establecidas por la Constitución para ello. La realización de necesidades sociales y del interés público en lo que concierne a la propiedad privada configuran la función, y la posibilidad de imponer limitaciones a la propiedad que permitan llevar tal realización a cabo, corresponde a la estructura.

Mientras nos mantengamos en el plano del derecho civil, que habremos de denominar “primer nivel”, la tensión entre ambas funciones no existe. Entre los particulares, la función de la propiedad se restringe solamente a proveer una garantía de libertad individual, realizada estructuralmente a través de la delimitación de un espacio para el uso arbitrario de las cosas de las cuales los individuos son titulares. La propiedad privada se configura entonces como un perímetro protegido por las leyes, en que el individuo puede realizar su voluntad, sin que otros agentes puedan afectarle legítimamente, por lo que posee un derecho a excluir a terceros de ese ámbito, cuestión esencial al derecho de propiedad según cierta doctrina norteamericana, liderada por James Penner<sup>22</sup>, y que también ha sido mencionado como un elemento fundamental por la doctrina nacional reciente<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Regímenes que, si bien han establecido modalidades de dominio bien diferentes al consagrado por el Código, no vendrían a ser más que “anomalías” en el marco del paradigma liberal decimonónico, y por lo tanto, excepciones a la regla general del art. 582, como se verá en el Capítulo II, Sección C

<sup>22</sup> Penner (1997), p. 152

<sup>23</sup> Ferrada (2014); Fuentes (2018), p. 217

Pero para que exista ese ámbito de protección, este debe configurarse interna y externamente, distinguiéndose lo que es propio de dicho ámbito como lo que es ajeno. En este sentido, la doctrina ha diferenciado entre límites y limitaciones al derecho de propiedad, siendo los primeros aquellos que permiten concretar el contenido normativo previsto en la Constitución, atendiendo a las disposiciones sobre el mismo derecho fundamental y a sus relaciones con otros preceptos constitucionales, mientras que las segundas determinan la extensión de dicho contenido normativo “negando o impidiendo el amparo del derecho a ciertas hipótesis o ámbitos donde no se autoriza su proyección, en virtud de la potestad habilitante que ha otorgado el constituyente”<sup>24</sup>

Sin embargo, la “función social” constituye una excepción a dicho régimen, pues permite a un agente en particular, el Estado, afectar en virtud de “causales sociales” ese perímetro de protección. El propietario mantiene su perímetro frente a los demás “no-propietarios”, pero se encuentra sujeto a la “potestad configuradora” del dominio ejercida por el legislador, mediante la que se define la forma y contornos del derecho de propiedad<sup>25</sup>

Desde la óptica del derecho civil no habría contradicción entre ambas funciones, pues el mismo Código y su ideología decimonónica reconocen la potestad configuradora del legislador en cuanto a la imposición de cargas y obligaciones a la propiedad, siendo tal el caso de la disminución de las facultades de disposición, por las servidumbres de paso (art. 847), en que el dueño deberá soportarla y verla constituida incluso a su pesar; de uso, por las servidumbres naturales y legales, así como por el deber de soportar cargas en favor de terceros; y la afectación del atributo de perpetuidad por la prescripción adquisitiva hecha valer por un tercero, como ha señalado

---

<sup>24</sup> Fuentes (2018), pp. 321-323

<sup>25</sup> Guiloff (2018b)

Aldunate<sup>26</sup>. Sin embargo, es de nuestra opinión que el paradigma liberal decimonónico percibió estas modificaciones al dominio tan solo como anomalías excepcionales al régimen ideológico propietario, definido por la idea del señorío absoluto<sup>27</sup>. La doctrina nacional ha reseñado en diversos trabajos como el legislador decimonónico, individualista y liberal, se transformó tan radicalmente en uno funcionalista y socialista en el curso de las primeras décadas del siglo XX<sup>28</sup>, que la ideología liberal tuvo que redefinir su concepto mismo de propiedad para defender su existencia jurídica ante un poder legislativo impredecible<sup>29</sup>, siendo este el marco contemporáneo en que debemos entender las relaciones entre interés público y privado expresado en las limitaciones al dominio.

Por esto, la verdadera contradicción aparece cuando atendemos a la institución del “núcleo esencial del dominio”, que como ha señalado la doctrina<sup>30</sup>, coincidiría plenamente con la estructura específica que asume la “función señorial” del dominio en el derecho civil: sus facultades y atributos. El “núcleo” no sólo busca repetir lo ya dicho en sede de derecho civil respecto al contenido del derecho de propiedad, sino que “blindar” al derecho frente a las intervenciones del Estado, ya sea en ejercicio de su potestad configuradora o delimitadora, mediante la legislación o la regulación administrativa. Sin embargo, por la radical imprecisión de sus contornos, dicho blindaje, “tan grueso como ambiguo”<sup>31</sup>, termina afectando la viabilidad misma de la función social de la propiedad. En caso de asumirse una concepción demasiado extensa respecto a lo que cabe considerar como parte de dicho núcleo, la operatividad de la “función social” es negada, entendiéndose toda intervención por parte de la administración como una expropiación

---

<sup>26</sup> Aldunate (2006), p. 291

<sup>27</sup> Cordero (2008a)

<sup>28</sup> Aldunate (2006); Cordero (2008)

<sup>29</sup> Fuentes, 2018), pp. 188; 202

<sup>30</sup> Ver: Guiloff (2018a), p. 633

<sup>31</sup> Ramirez (2020)

regulatoria, al integrarse dentro de la esencia del dominio elementos que, incluso, pueden llegar a exceder el contenido de la propiedad establecido por la “estructura clásica” propia del derecho civil, lo que ya ha sido cuestionado por la doctrina más autorizada<sup>32</sup>. Se mostrará más adelante que frente a la ausencia en la legislación de una definición clara de la esencia del dominio, ante la inexistencia en la doctrina de un consenso acerca de qué elementos contendría dicho núcleo, y por carecer de una línea jurisprudencial estable o mínimamente homogénea al respecto, una concepción excesivamente amplia resulta tan aceptable como una excesivamente restringida, generando problemas para la correcta operatividad de la “función social” de la propiedad, en tanto se traba la estructura que busca hacerla posible, al devenir imposibles las regulaciones y limitaciones a la propiedad.

La doctrina presenta las más diversas posiciones en torno a este tema. Hay quienes, como Richard Epstein en EE. UU<sup>33</sup>, o Fermandois en Chile, parecieran negar todo valor al interés público en el marco de esta pugna; siendo este último caso particularmente dramático, pues dicho autor ha rechazado explícitamente cualquier operatividad de la función social, a pesar de estar consagrada expresamente en la Constitución<sup>34</sup>. Para cualquier posición razonable, que no desatienda el tenor literal del texto constitucional vigente, y sostenga alguna diferencia conceptual entre expropiación y regulación de la propiedad, el problema persiste. Estas posiciones plantean diversas soluciones para entender las relaciones entre el señorío y la función social, entre las que destacan en nuestro país: la doctrina de las expropiaciones regulatorias<sup>35</sup>, la teoría de las garantías del instituto<sup>36</sup>, los principios de igualdad ante las cargas públicas y proporcionalidad<sup>37</sup>, o la propuesta de establecer

---

<sup>32</sup> Guiloff (2018a); Aldunate (2006)

<sup>33</sup> Epstein (1985)

<sup>34</sup> Fermandois (2004) y (2010). Cfr.: con: Guiloff (2018)

<sup>35</sup> Fermandois (2004, 2010, 2016); Bravo (2014). Cfr: Matute (2014), Guiloff (2018), Aldunate (2006)

<sup>36</sup> Aldunate y Fuentes (1998); Aldunate (2006); Fuentes (2018)

<sup>37</sup> Guiloff (2019)

un instituto cuasi-expropiatorio<sup>38</sup>. Cada una de estas teorías busca resolver los problemas de definición derivados de la contradicción estructural de la propiedad privada, y serán evaluadas críticamente al referirnos al estado actual de la doctrina y la jurisprudencia en materia de limitaciones al dominio, en el Capítulo III.

Sostenemos que un análisis claro de esta contradicción en el concepto mismo de la propiedad debe recurrir la teoría política y a la investigación histórica, pues desde el derecho y su lógica eminentemente estructural y formal, la relevancia de los orígenes y procesos históricos que subyacen a las diversas concepciones de la propiedad será imperceptible, y como veremos en el Capítulo II, es determinante. Políticamente, la discusión doctrinaria sobre el tema puede entenderse, al igual que el desarrollo histórico de cada función, como el enfrentamiento entre una concepción del derecho de propiedad profundamente marcada por el liberalismo y “el individualismo posesivo”<sup>39</sup>, que entienden a la propiedad exclusivamente como el señorío absoluto sobre una cosa, y otra influenciada por ideas sociológico-funcionalistas y/o redistributivas de cuño socialista<sup>40</sup>. Esta última concepción enfatiza la “dimensión social” de la propiedad, y puede adoptar un “prisma funcionalista”, para el que la propiedad es parte de un sistema de relaciones sociales mucho más complejo, dentro del cual debe cumplir una función económica que excede la sola agencia individual del dueño; o un “prisma redistributivo”, que entiende a la propiedad privada como un elemento clave en la estructura económica con miras a corregir las desigualdades producidas en el seno de las sociedades industriales. Como se mostrará más adelante, al reseñar la discusión constituyente que culminó en la Constitución chilena de 1925, el “prisma redistributivo” implica al “prisma funcionalista”, pero no viceversa, según lo comentado por el más famoso teórico de la “función social” de la propiedad, León Duguit, y como podrá apreciarse

---

<sup>38</sup> Matute (2014)

<sup>39</sup> Macpherson (2015)

<sup>40</sup> Fuentes (2018), pp. 103-105

también al ver la divergencia de posiciones respecto al contenido específico que los constituyentes de 1925 imputaron a dicho concepto. Respecto a la disputada paternidad de la función social, Cordero nos dice que el concepto “reconoce muchos padres legítimos (cristianismo social, socialdemocracia, sociologismo funcionalista, pensamiento corporativo)”<sup>41</sup>, con lo cual podemos tener certeza de que, aunque se oponga a la concepción liberal del derecho de propiedad, no es un concepto propio de una u otra ideología política específica.

En otras palabras, lo que se discute es el carácter funcional del derecho de propiedad. Una concepción de la propiedad enfatiza de manera radical su dimensión subjetiva, con lo que cualquier intento por asignar a la propiedad una función que exceda los estrictos parámetros del dominio entendido como señorío absoluto, cuyos únicos límites son la ley y el derecho ajeno, aparece como sospechoso. Para dicha concepción, la función social de la propiedad no puede sino ser un injerto extraño, una incrustación anómala que, de aceptarse, solo ha de serlo parcial y restringidamente. Para la visión contrapuesta, la función social de la propiedad es parte inherente a ella, en tanto la propiedad es una institución social y no solo un derecho subjetivo, siendo dicha cláusula una manera de hacer posible la vida en comunidad, al permitir las regulaciones que procedan en virtud del interés público. El objetivo principal de este trabajo es investigar la tensión estructurante que habita en el corazón mismo de la propiedad, entre lo que se ha denominado el “núcleo esencial del dominio” y la “función social de la propiedad”. Dicha tensión se concretiza y manifiesta principalmente en los debates acerca de la naturaleza de las regulaciones y limitaciones a la propiedad en relación con la esencia del derecho.

Dependiendo de la interpretación que se haga acerca del contenido del “núcleo esencial del dominio”, las intervenciones estatales (administrativas o legales) serán legítimas en razón de la

---

<sup>41</sup> Cordero (2008a), pp. 505-506

función social de la propiedad, o ilegítimas, en caso de haber afectado alguno de los “atributos o facultades esenciales del dominio”, tras lo cual, una vez reconocido su carácter privatorio por la jurisdicción constitucional, resultará procedente una declaración de inconstitucionalidad y/o una indemnización. Esta es la forma en que se ha desarrollado el conflicto entre ambas funciones en el marco de la doctrina y en la labor jurisprudencial, y al no haber un claro criterio para establecer qué corresponde a la esencia de la propiedad, las soluciones jurisprudenciales han sido contradictorias.

Con el objetivo de contribuir a un mayor entendimiento de los límites entre la actividad reguladora y legislativa del Estado y las justas expectativas de los propietarios respecto de lo suyo, recurriremos al esquema analítico desarrollado por W.N. Hohfeld a principios del siglo XX, y que ha llegado a convertirse en el esquema explicativo por antonomasia de las relaciones jurídicas en el derecho angloamericano, recibiendo el nombre de “*bundle of rights*” (en adelante, manojito de derechos o modelo fragmentario). Con este modelo, se pretenderá dotar de mayor claridad conceptual a las diversas relaciones que se suscitan en el marco de la propiedad privada y sus regulaciones por vía legal o administrativa. Cabe mencionar, que este esquema no solo es conceptualmente más claro que el lenguaje que utilizamos en la tradición continental para referirnos a los derechos subjetivos, sino que además permite explicar el fenómeno de la “descorporalización” de la propiedad que se ha producido de manera sostenida desde fines del siglo XIX hasta ahora, y que ha impactado enormemente al concepto de propiedad privada, sin extrapolar la concepción decimonónica de manera indiscriminada a bienes que por su entidad no admiten tal expansión interpretativa.

La estructura de esta investigación seguirá el siguiente orden: en el Capítulo 1, se desarrollará una propuesta de reconstrucción conceptual de la propiedad privada en el derecho chileno,



enfatizando su carácter polémico e histórico, siguiendo la teoría de los conceptos jurídicos planteada por Fernando Atria, atendiendo a la manera en que las funciones de la propiedad estructuran su concepto. En el Capítulo 2, se expondrá el origen de las funciones de la propiedad, la configuración de sus estructuras normativas específicas, y la tensión que se produce entre ambas. En el Capítulo 3, se presentará un análisis crítico del estado actual de la doctrina y la jurisprudencia en materia de limitaciones y regulaciones a la propiedad, entendiendo los conflictos de determinación que le caracterizan como la expresión de la contradicción estructural a la que ha conducido la tensión funcional interna al concepto de propiedad privada. En el Capítulo 4, se analizará el concepto de propiedad mediante el esquema analítico del “manejo de derechos”, con el objetivo de hacer más claras las relaciones jurídicas involucradas en la tensión entre el señorío y la función social, evaluando a su vez la posibilidad y consecuencias de aplicar este modelo al derecho de propiedad chileno.

## **I. Capítulo I – Conceptos Jurídicos: Propuesta de Reconstrucción del Concepto de Propiedad**

### **A. Clases de Conceptos: Nominales, Estructurales y Funcionales**

Para hacer clara la “tensión esencial de la propiedad” mencionada anteriormente, será necesario mostrar la relación, muchas veces oculta u opaca, entre la idea que define el propósito y la función de una institución, por un lado, y su operatividad efectiva en el marco de una determinada estructura, por el otro. La propiedad privada, como ya se ha dicho, tiene (al menos) dos funciones paralelas configuradas por el ordenamiento jurídico, que son las que interesan para efectos de este trabajo. Dichas funciones quedan en la más absoluta oscuridad si es que solo miramos a la forma del derecho, a su sola estructura, sin asumir la funcionalidad del derecho estructuralmente mediada. Uno de los propósitos de esta investigación será mostrar que mediante la reconstrucción histórica del concepto de propiedad y la revisión de su evolución en el marco normativo nacional, podremos identificar correctamente las naturaleza de las funciones de la propiedad privada. En este sentido, una descripción de los conceptos jurídicos apelando a su naturaleza resulta vacía si “naturaleza es solo un nombre pretencioso para <mis intuiciones sobre algo>”<sup>42</sup>. Del mismo modo, resulta insuficiente una descripción de dichos conceptos en términos puramente estructurales o nominales, por lo cual una crítica de reconstrucciones dogmáticas elaboradas según estos últimos términos se hace necesaria, y será presentada más adelante.

El concepto que usa Atria a modo de ejemplo para mostrar la aplicación de su teoría de los conceptos jurídicos es el de “jurisdicción”. Al respecto, señala que “no podemos llegar al concepto

---

<sup>42</sup> Atria (2016), p. 133

de «jurisdicción» a partir de lo que en uno o (mejor) varios o (aún mejor) todos los sistemas jurídicos es la jurisdicción”<sup>43</sup>. De la misma forma, no podemos llegar al concepto de “propiedad” siguiendo este camino, y eso es lo que se discutirá al criticarse las nociones puramente estructurales y nominales del derecho de propiedad. Para ello, resultará útil analizarlo recurriendo a la misma esquematización tripartita propuesta por el autor para analizar “las clases de conceptos”. Según dicho esquema, los conceptos pueden ser nominales, estructurales o funcionales.

El esquema propuesto por Atria se basa en el acuñado por M.S. Moore, quien, en palabras del primero, buscó definir los tipos de concepto como sigue:

“Una clase es natural cuando sus elementos comparten una misma naturaleza. El ejemplo de Moore es el concepto «agua», que se define por una determinada estructura molecular. En segundo lugar, hay clases que son nominales, en el sentido de que sus elementos no comparten característica alguna adicional al hecho de recibir la misma denominación. Por último, hay clases funcionales cuyos elementos comparten una función. Moore ilustra aquí con el concepto de «estómago»: cualquier cosa que cumpla de modo suficiente la función de procesar comida es un estómago, independientemente de su estructura”<sup>44</sup>.

Atria agrega una leve modificación al esquema, señalando que:

---

<sup>43</sup> Atria (2016), p. 133

<sup>44</sup> Atria (2016), p. 136

“Las clases se definen por algo interno o externo a ellas. Por estipulación, llamaré a las primeras «naturales» y a las segundas «nominales». Tratándose de clases naturales, lo que es interno a ellas puede ser su estructura o forma (clases estructurales o formales) o su función o sustancia (funcionales). Las clases nominales carecen, por definición, de naturaleza: no hay nada interno a ellas en virtud de lo cual la clase sea una clase”<sup>45</sup>

Siguiendo este esquema, podemos decir que el concepto de “propiedad” ha sido entendido desde el ámbito operativo del derecho civil como un concepto estructural, esto es, como un concepto definido por una serie de elementos internos a él, que le dan un cierto contenido, y cuya función no ha despertado mayores controversias en dicho ámbito, cuestión que se explicará en detalle más adelante. Provisoriamente, basta decir que el derecho civil se construye sobre una concepción del individuo liberal-burguesa, lo cual implica que la propiedad establecida en el Código Civil está estructurada en orden a servir a ciertos intereses, definidos por la concepción de individuo ya reseñada. Además, presupone una estricta concepción del Estado y de sus funciones, según la cual dichas funciones han de limitarse a la mantención del orden público y a la tutela de las relaciones civiles entre los ciudadanos, las que quedan entregadas (por la concepción de individuo ya mencionada) a la libre agencia de cada uno de ellos, en todo lo que no afecte el derecho ajeno o la ley. Sin embargo, la propiedad como "concepto constitucional" presenta problemas al ser caracterizada solamente en términos del derecho civil, pues en el nivel del derecho constitucional se le ha asignado por el constituyente otra función, que excede a la propiedad estructurada bajo los parámetros jurídicos decimonónicos, no pudiendo ser explicada o asimilada por ésta<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Atria (2016), p. 137

<sup>46</sup> La confusión conceptual suscitada por las relaciones entre el concepto civil y constitucional de propiedad ha sido constatada por: Fuentes (2018), pp. 195; 204

Esta incompatibilidad, que más bien podríamos llamar “inconmensurabilidad”<sup>47</sup>, responde a que los intereses y necesidades que subyacen a la función social de la propiedad no fueron contemplados por el legislador que promulgó el Código Civil, animado por la concepción liberal del hombre y del Estado ya reseñada, y no podrían haberlo sido, pues como se mostrará más adelante, las condiciones políticas, económicas y sociales en que se promulgó el Código distan cualitativamente de aquellas en que comenzó a gestarse la idea misma de que la propiedad debía tener una función social. Por lo anterior, será necesario realizar un estudio diferenciado de las funciones del derecho de propiedad; de las estructuras que les dan forma; y de sus respectivos ámbitos de operación. Para ello, primero será revisada la función clásica del derecho de propiedad, asociada a la autonomía de la voluntad y al libre arbitrio del dueño, consagrada por el Código Civil, para luego analizar la aparición y posterior desarrollo de la función social, asociada a las necesidades de la colectividad y las limitaciones al dominio, consagrada por el texto constitucional vigente.

## B. El Concepto de Propiedad en el Derecho Civil y el Derecho Constitucional

Es bien sabido por todo estudiante de derecho que la definición del dominio se encuentra en el art. 582 del Código Civil, siendo aquel un “derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o el derecho ajeno”, y que se encuentra, asimismo, extensamente regulado en el art. 19, N°24 de la Constitución Política. En sede civil no se discute que las facultades del dominio sean el uso, el goce y la disposición, y se acepta de forma unánime que sus atributos son los caracteres de absoluto, exclusivo y perpetuo. Entendiendo la propiedad como un concepto propio del derecho civil, pareciera no suscitarse ningún problema

---

<sup>47</sup> Ver: Kuhn (1971), pp. 230-270

interpretativo, pues lo que hacen estudiantes, abogados y jueces al enfrentarse a la institución es simplemente recurrir a los clásicos manuales, que contienen las aún más clásicas definiciones del derecho de propiedad, cuyos orígenes se remontan a los tiempos de la antigua Roma, pasando por la recepción medieval del *ius*, hasta llegar a los Códigos decimonónicos que aún son los nuestros. Cuando se pregunta, en sede civil, qué es la propiedad, basta con recurrir al art. 582 del Código Civil y a las homogéneas descripciones que del derecho han elaborado los autores, quienes tenderán a coincidir en que:

“cuatro componentes son destacables en esa definición: a) la calificación de ‘derecho, con la derivada calificación de ‘real’; b), la consignación de los atributos: de uso (implícito en uno expresado, el de goce), goce y disposición (...), con la amplitud de la arbitrariedad; c) las inmediatas restricciones genéricas, ley y derecho ajeno; y d) un campo de aplicación, cosas corporales, que a continuación (art. 583), es ampliado a las cosas incorpóreas, pero matizadamente”<sup>48</sup>

A pesar de esta claridad en apariencia milenaria sobre lo qué es el derecho de dominio, el concepto constitucional de propiedad dista de ser claro, y la dogmática constitucional se ha enfrentado a la difícil tarea de definir lo que es su núcleo esencial.

La estructura del concepto de propiedad constitucional es el resultado de las disposiciones normativas relativas a su configuración en la Constitución de 1980, específicamente de tres contenidas en el artículo 19, siendo estas el N° 24, inciso 2°, “solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que se deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la

---

<sup>48</sup> Peñailillo (2015), p. 78

seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”; N° 24, inciso 3°, “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”; y el N° 26, que garantiza “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. En relación con esta última disposición, Fuentes ha señalado que a pesar de que la Constitución no establezca un concepto constitucional de la propiedad, sí revela una determinada concepción acerca de ella, precisamente mediante la idea de que los derechos fundamentales tengan una esencia indisponible para el legislador<sup>49</sup>.

Se ha discurrido largamente acerca de cuál es la auténtica naturaleza del dominio, ese núcleo esencial consagrado por la Constitución, invulnerable frente a cualquier interferencia regulatoria por parte del Estado, y que de ser afectado, haría procedente el control judicial por inconstitucionalidad de la medida, al no cumplir ésta con los requisitos que la ley establece para el procedimiento expropiatorio y por afectar al núcleo esencial del dominio<sup>50</sup>.

A pesar de los múltiples y variados esfuerzos realizados en el intento por definir con exactitud lo que se quiere decir por “esencia” del dominio, no existe consenso doctrinario ni jurisprudencial sobre el tema. Sin importar donde busquemos, ya sea en la doctrina o incluso en las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), que participó como órgano asesor en la

---

<sup>49</sup> Fuentes (2018), p. 213

<sup>50</sup> Esta es la tesis del “continuo conceptual” entre limitación y privación de la propiedad, defendida por cierto sector de la doctrina y por la jurisprudencia, que será analizada más adelante.

redacción de la Constitución de 1980, llegando a formar una Subcomisión destinada a tratar el asunto, no seremos capaces de hallar una definición clara de esa “esencia” del dominio, quedando el contenido de dicha entidad en el nebuloso territorio de lo indeterminado, presto a ser presa de las meras opiniones y convicciones personales, como se verá más adelante al revisar las actas de la CENC, y varias opiniones doctrinarias que se declaran impotentes para definir los contornos de este oscuro concepto<sup>51</sup>.

Al atender a la extensísima e infructífera discusión desarrollada en dichas sesiones, veremos cómo los comisionados concluyen que el “núcleo esencial del dominio” ha de entenderse como un “concepto jurídico indeterminado”, y que, tal como dijo el Presidente de dicha comisión, el abogado y académico Enrique Ortúzar, “resulta no sólo difícil, sino casi imposible definir lo que es la esencia del derecho. Pero, en el fondo, todos tienen también un concepto de lo que es la esencia del derecho de propiedad, y aceptan que incluso el derecho de propiedad como tal, es un derecho natural anterior inclusive a cualquier ordenamiento jurídico, puesto que los bienes indispensables fueron creados por Dios para satisfacer las necesidades de los hombres”<sup>52</sup>. Del comentario del comisionado no es difícil concluir que la definición del concepto es a tal punto difícil, que se hace necesario recurrir a entelequias metafísicas y convicciones religiosas personales en busca de ayuda para enfrentarla.

Según Rajevic, que en su trabajo de 1996 expuso rigurosamente todos los pormenores de lo que se había entendido por esencia del dominio en nuestro país y en el extranjero, “el contenido esencial (...), constituye un concepto jurídico indeterminado de rango constitucional, indisponible para el legislador, y que debe ser descubierto en una labor hermenéutica que califica, en definitiva,

---

<sup>51</sup> Supra, definir paginas

<sup>52</sup> CENC, V, p. 33



el Tribunal Constitucional, como supremo interprete de la Constitución”<sup>53</sup>, agregando luego que “es interesante mencionar que la doctrina ha puesto de relieve que esta técnica configura una superación del positivismo jurídico; la misma noción de esencia guarda gran similitud con la de naturaleza de las cosas”<sup>54</sup>.

A pesar del curioso optimismo desplegado frente a tan magros resultados explicativos, cierta parte de la doctrina se mostró disconforme con tales indefiniciones. Eduardo Aldunate y Jessica Fuentes señalaron en 1997 que “nuestra jurisprudencia no sólo no maneja un claro concepto de derecho de propiedad, sino que más parece enseñorearse en la jurisprudencia relativa a la garantía constitucional de este derecho un verdadero caos terminológico y conceptual”, lo que no solo ha producido “un cierto grado de incomodidad científica, sino que plantea serios problemas a la práctica constitucional”<sup>55</sup>, y este diagnóstico ha venido a ser compartido por un sector de la doctrina, cuyos esfuerzos por dar respuesta y solución a este problema serán analizados en detalle en el Capítulo 3.

Pero antes de referirnos a los pormenores de la evolución del “núcleo esencial del dominio”, así como a la dilucidación de su función, hemos de partir por definir al concepto de propiedad y al dominio mismos, manifestándonos de manera crítica respecto a los intentos de definición recién citados.

#### 1. La propiedad, entre una estructura y un nombre

---

<sup>53</sup> Rajevic (1996), p. 42

<sup>54</sup> Rajevic (1996), p. 42

<sup>55</sup> Aldunate y Fuentes (1997), p. 195

La definición del concepto de propiedad en sede civil pareciera ser puramente estructural, y ello porque al referirnos a la propiedad en sede de derecho civil, resulta innecesario preguntar por la función que ha de desempeñar la propiedad. El ámbito del derecho civil es fundamentalmente uno práctico, constituido por las relaciones jurídicas entre agentes privados que pueden disponer de lo suyo.

Basta con recurrir a los clásicos atributos y facultades del dominio para dar un concepto que toda la comunidad de juristas, abogados y jueces pueda comprender y compartir, siendo suficiente una definición del concepto que (al menos en apariencia) sea puramente estructural, ya que, en palabras de Atria, “podemos usar conceptos estructurales como los indicados en contextos debidamente delimitados, en que la pregunta por la individuación del objeto puede darse por respondida por las circunstancias o el interés que nos llevó a discutir sobre ellos en primer lugar. Pero este concepto será suficiente solo en la medida en que nos quedemos en la superficie, es decir, solo en la medida en que aceptemos que el problema central en la determinación del concepto está siempre ya solucionado por la versión más simple e inmediatamente aparente del concepto”<sup>56</sup>. En este nivel de la discusión jurídica, un concepto “simplificado” de propiedad, como el acuñado por el Código Civil desde una perspectiva legislativa (y por lo tanto, de estructura artificial) o incluso el dado por el comisionado Enrique Ortúzar en las sesiones de la CENC, de carácter descaradamente naturalista, son suficientes, puesto que la función de la propiedad en este nivel se asume como anteriormente dada, no estando sujeta a cuestionamiento alguno.

Lo que nos lleva a discutir sobre el concepto de propiedad en el ámbito operativo del derecho civil es, como ya se dijo, lo que corresponde a las partes en justicia, sin necesidad de cuestionarnos por la función a la que sirve la propiedad privada, que define a su vez lo que en este marco hemos de

---

<sup>56</sup> Atria (2016), pp. 140-141

entender por “justicia”. Por esto, carecería de todo sentido preguntarse si la propiedad privada puede ser modificada o atenuada en sus efectos atendiendo a criterios de justicia redistributiva y equidad, y a nadie se le ocurriría apelar a dichos criterios en un litigio, por ejemplo, para elaborar la defensa del demandado que encontrándose en situación de pobreza se apropió de un bien ajeno, cuyo dueño inmensamente rico le ha demandado. Una discusión acerca de los principios que debieran dirigir al derecho pertenece al derecho constitucional y a la política. El derecho civil, por otra parte, presupone una serie de principios definidos por la ideología liberal burguesa bajo la cual se estableció el sistema del Código, que otorgan primacía al control que el dueño ha de tener sobre sus bienes, y por consiguiente, a la protección que el derecho otorga a dicha esfera de control. Ya sea como señorío absoluto y monolítico sobre la cosa (según la concepción sintética) o como una serie de facultades sobre ella (siguiendo la concepción analítica)<sup>57</sup>, la idea rectora es siempre la misma: el titular del dominio puede hacer lo que arbitrariamente quiera con su propiedad, pues en sede civil la propiedad es eminentemente entendida como un “derecho subjetivo” definido por la idea de señorío absoluto sobre las cosas.

La propiedad entendida como un concepto puramente estructural dentro del ámbito operativo del derecho civil no es problemática, pues en este nivel la función que la propiedad desempeña es la del señorío absoluto a través de una determinada estructura (atributos, facultades y los únicos límites a la arbitrariedad del dueño, establecidos por la ley y el derecho ajeno) que hace posible la realización de la libertad propia del dueño, mediante la cual éste puede disponer de sus bienes. No es necesario explicar el fundamento filosófico, ni la función que subyace a la propiedad y que ésta busca hacer posible mediante las normas del Código Civil, para que quienes tengan propiedad puedan disponer de ella y sepan cómo usarla. Para ello, basta solo con señalar la estructura, esto es, las normas según las cuales la propiedad privada tiene una determinada forma y no otra. En

---

<sup>57</sup> Peñailillo (2015), p. 77

cambio, si se busca desentrañar la lógica o establecer un fundamento que explique la razón de porqué la propiedad es de esta y no de otra forma, el concepto puramente estructural no basta, pues es una apelación directa al estado actual de la institución y de nuestra comprensión de ella, incapaz de agregar nada nuevo a la idea que tenemos acerca de sus orígenes, dejándonos en una posición precaria para determinar su función.

No podemos definir el concepto de propiedad con solo remitirnos a su estructura, y decir que la propiedad es así, simplemente, porque así es el mundo. La propiedad, como toda institución jurídica, es una creación humana, distinta a las entidades naturales que pueden en última instancia ser explicadas de esa manera. En este sentido, Atria señala que:

“Al buscar la «naturaleza» del agua podemos decir, como precisamente lo hace Shapiro, que el agua es «simplemente» H<sub>2</sub>O. Es en virtud de la estructura del agua que nuestra respuesta a la pregunta por la identidad del agua es correcta o incorrecta. Y si la pregunta sube un nivel, ¿por qué H<sub>2</sub>O? la respuesta puede ser: simplemente porque así es el mundo. Nuestra explicación de la naturaleza del agua deja al agua tal como estaba antes de nuestro intento por explicarla. Esto quiere decir que el análisis del «concepto de agua» puede dar al concepto (su «naturaleza») por sentado, y asumirlo como un dato anterior al análisis (en el sentido de que nuestras explicaciones conceptuales pueden ser refutadas, por ejemplo, por experimentación, es decir, por apelación a cómo el agua «simplemente» es). Y es precisamente en este punto que el derecho se distingue del agua. El derecho —así como los conceptos jurídicos como testamento, contrato, delito, etc.— no tienen una naturaleza anterior al análisis que pueda servir como criterio de corrección por la vía de la experimentación”<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Peñailillo (2015), p. 86

Se revela así, que la pregunta realmente importante es por qué el Código establece esa estructura, esas características, y no otras. La propiedad, al ser una entidad artificial, una institución social, no puede descansar en una explicación como la provista para el caso del agua. Y si asumimos que la propiedad simplemente es lo que el Código dice que es, entonces abandonamos el concepto estructural de la propiedad, que respecto a las instituciones jurídicas resulta inestable dada su artificialidad característica, y caemos en un concepto nominal de propiedad, asumiendo que nada interno a la propiedad define lo que ella es, dependiendo ésta enteramente de lo que los órganos relevantes digan, en este caso, el legislador, pues la configuración constitucional de la propiedad no la define y se remite al Código<sup>59</sup>. “Por tanto, o las características estructurales elegidas se justifican por referencia a un hecho externo al objeto (como el hecho de que ellas han sido tradicionalmente utilizadas para identificar a ese objeto, y entonces será un concepto nominal) o por referencia a un hecho interno al objeto (su función, y entonces se tratará de un concepto funcional)”<sup>60</sup>, como bien señala Atria.

Profundizando lo anterior, el mismo autor señala que “no hay conceptos jurídicos puramente estructurales. Lo que parece ser un concepto estructural se revela, analizado con detención, un concepto nominal o funcional (...). Sea X un concepto que se define por las propiedades estructurales ABC. ¿Qué justifica la elección de esas propiedades? La pregunta parece tener solo dos respuestas posibles: las propiedades ABC definen X porque así lo hemos entendido siempre (= es un concepto nominal) o porque solo las condiciones ABC guardan alguna relación (todavía no analizada) con la función que lo define (= es un concepto funcional)”<sup>61</sup>.

La explicación de la propiedad realizada desde una conceptualización estructural se muestra

---

<sup>59</sup> Peñailillo (2015), pp. 86-87

<sup>60</sup> Atria (2016), p. 142

<sup>61</sup> Atria (2016), pp. 141-142

insuficiente por lo ya mencionado, y no nos permite responder a la pregunta de “¿por qué esas características, y no otras, y por qué son esas características las que definen al concepto?”<sup>62</sup>. Para responder a esta pregunta, no basta con recurrir a la estructura clásica del derecho de propiedad establecida por el Código Civil. Tal proceder conduciría a una argumentación absurda por sus consecuencias, en la que la propiedad privada es lo que el Código Civil dice que es, y que el Código designa tales cosas como propiedad porque eso es, o ha sido, la propiedad privada (para lo cual pueden aducirse razones teológicas y filosóficas, como Ortúzar, o razones históricas, como hace el comisionado Jaime Guzmán en una de las sesiones, que será comentada más adelante). La consecuencia de lo anterior es que la propiedad, al carecer de alguno de los elementos señalados por el Código, devendría en algo distinto de ella misma, dándose la extraña situación en que la propiedad privada consagrada por el Código no es realmente la propiedad privada, por no coincidir con la propiedad privada "tal cual como realmente es", de cuya evidencia solo poseemos razones externas (teológicas, filosóficas o históricas). Estas razones fallan, donde el concepto natural de agua triunfa, pues disponemos de un método objetivo para definir lo que es el agua, de manera independiente a las opiniones de cualquiera, pero no de uno para aceptar de manera incuestionable lo que es el concepto de propiedad, que en esta contradicción, revela su profundo carácter artificial en tanto concepto jurídico. La argumentación se ve forzada, entonces, a abandonar el concepto puramente estructural, para adoptar uno nominal, situación a todas luces insatisfactoria, pues decir que la propiedad es lo que es, no soluciona problema alguno, y declarar que la propiedad es cualquier cosa que el legislador designe como tal, resulta inaceptable por razones de estabilidad política y jurídica, así como por desnaturalizar absolutamente el concepto de propiedad y el sentido mismo del derecho.

---

<sup>62</sup> Atria (2016), p. 141

## 2. La propiedad, del nombre a la función

Un intento de reconstrucción estructural, libre de las restricciones impuestas por la legislación civil dada la naturaleza constituyente de su tarea, fue llevado a cabo por los miembros de la CENC, durante las sesiones en que se discutió el asunto de la propiedad. Este intento será brevemente expuesto a continuación, para luego ser criticado en lo concerniente, de manera principal, a los presupuestos que guiaron su intento y a las consecuencias de ello, en relación con las ideas presentadas en esta investigación.

Los miembros de la CENC pretendieron realizar un análisis histórico remitiéndose solamente a la estructura de la propiedad, y precisamente por ello, fallaron en lograr una reconstrucción coherente de la institución. Fallaron conceptualmente al identificar la esencia de la propiedad con su estructura, pues eso no nos dice nada, dada la imposibilidad de definir estructuralmente un concepto jurídico, y a consecuencia de ello, se vieron inmediatamente en la necesidad de remitir el fundamento de esa identificación a razones externas al derecho mismo (la tradición jurídica de occidente, por ejemplo). Además, yerran en sus análisis históricos, como veremos al referirnos al trabajo de Michel Villey, por asumir una pretendida esencia de la propiedad que se revela ejemplarmente moderna, y no natural o esencial a la institución misma, como ellos plantearon.

Al asumir esa esencia como una cuestión naturalmente dada y obvia, fueron incapaces de ver más allá de la estructura de la propiedad, así como de sus propias creencias e intuiciones al respecto, terminando por adherir a un concepto nominal de propiedad. Al analizar sus argumentos, veremos que hay un hilo conductor que lleva a la conclusión de que la propiedad tiene que ser de una forma y no de otra, por algo esencial a la propiedad. Sin embargo, esta cuestión esencial a la propiedad no se encuentra dentro (consecuencia necesaria de un análisis funcional), sino que fuera de ella misma, en el desarrollo sostenido que la institución de la propiedad ha tenido a través de la historia

de occidente, con lo que la reconstrucción que intentan realizar se funda en esas razones externas, generando así un concepto nominal.

Como se ha señalado, los conceptos jurídicos no pueden ser puramente estructurales, revelándose en verdad como nominales o funcionales. El intento de reconstrucción a ser comentado puede entenderse como uno nominal, cuyo análisis presenta utilidad por distinguirse del intento anterior, al no estar limitado por las categorías de la legislación civil. Es posible, de esta forma, una reconstrucción nominal del concepto de propiedad siguiendo su derrotero histórico, y asumir que el concepto nominal de propiedad no es el dado por el legislador, sino el desarrollado por la centenaria costumbre jurídica, que desde tiempos inmemoriales ha determinado la forma de la propiedad. Por lo tanto, sería aceptable decir que la propiedad “es como es”, porque siempre se ha entendido de la forma en que nosotros lo hacemos, remontándose a los orígenes mismos de la institución de la propiedad privada en el derecho romano. En este sentido se manifestaron algunos miembros de la CENC, entre ellos José María Eyzaguirre y Jaime Guzmán, en las sesiones en que se trató su regulación constitucional:

“El señor EYZAGUIRRE, don José María, concuerda con ello y prosigue diciendo que el otro punto es entender o pensar que la esencia del derecho de propiedad sea algo inmutable de acuerdo con el pensamiento político o jurídico o filosófico que impere, en un momento dado, en un país, como lo insinuó el señor Ovalle y como pareció darlo a entender el señor Díez. Cree que no es ni lo uno ni lo otro. Eso sí, que es muy difícil de precisar y definir. La esencia del derecho de propiedad, como es la esencia de todas las cosas, aplicando ya los conceptos filosóficos puros, es inmutable. La esencia de una cosa es lo que hace que esa cosa sea eso y no otra distinta. De manera que cree que no puede hablarse de una mutación de la esencia del derecho de propiedad. Si se piensa lo que ha sido la evolución del pensamiento jurídico occidental, que es el que se



conoce mayormente desde el Derecho Romano, o aun antes, hasta nuestros días, de allí se puede extraer la esencia del derecho de propiedad, una constante, que es muy difícil de definir sin caer en una abstracción absoluta, que no sirve para nada, o caer en un detallismo tan sumamente grande, que produzca la inmovilidad que se trata de evitar. Pero no cabe dudas que quien analice las instituciones, desde el Derecho Romano hasta hoy día, encontrará en el derecho de propiedad una constante, que va constituyendo su esencia, la que se mantiene inalterable, no obstante el progreso prodigioso tanto en lo jurídico, como mucho más en lo tecnológico y en lo económico, que da origen a nuevas formas de propiedad y también a nuevas limitaciones a la propiedad, que los constituyentes del siglo pasado ni siquiera sospecharon que existían y que hoy día se aceptan como algo absolutamente normal y lógico para poder mantener el ordenamiento jurídico”<sup>63</sup>.

A lo anterior, Guzmán agregó varias sesiones de discusión después: “lo que constituye la esencia del contenido y modos de adquirir el derecho de propiedad, está configurado por los aspectos que ha señalado el señor Ovalle desde tiempos del Derecho Romano. La verdad es que han pasado circunstancias históricas muy distintas a lo largo de los siglos y, sin embargo, los modos de adquirir la propiedad y el derecho de uso, goce y disposición permanecen inalterados como conceptos que dan origen o constituyen el dominio”<sup>64</sup>. Como bien dice Atria, “una apelación tan inmediata a la facticidad de la experiencia transforma lo que parecía ser un concepto estructural en uno nominal”<sup>65</sup>, pues se asume como correcta una determinada estructura (la del código civil) solamente porque las personas u órganos relevantes la han aceptado como tal (en este caso, los

---

<sup>63</sup> CENC, V, p. 158

<sup>64</sup> CENC, V, p. 258

<sup>65</sup> Atria (2016), p. 141

grandes juristas romanos), sin referirse explícitamente a la naturaleza misma de lo que pretende ser descrito, tratando de encubrir esa carencia explicativa con una apelación a los usos y costumbres, con lo que el problema que ya vimos respecto del legislador, vuelve a presentarse ahora en el nivel de la argumentación exclusivamente histórica.

Lo anterior es problemático, pues como señala el mismo autor, no podría decirse que “antes de la reconstrucción teórica el objeto a ser reconstruido se presenta ante nosotros, de modo que lo que tenemos que hacer es entenderlo y clarificarlo. (...) Hay, escondida en la práctica jurídica, un acuerdo entre los participantes acerca de lo que es derecho (en este caso, el derecho de propiedad). La función de la teoría del derecho es desenterrarlo (al concepto) y exponerlo. Entonces en esos criterios (hasta hoy ocultos e inconscientemente utilizados por los participantes) está la respuesta a la pregunta fundamental, «¿Qué es el derecho (de propiedad)?». Y si la pregunta es «¿por qué esos criterios y otros no?» la respuesta será: «porque así entendemos a esa importante institución social». El concepto de derecho, entonces, podrá parecer estructural, pero es nominal”<sup>66</sup>.

Se presupone que el derecho de propiedad siempre ha existido de una forma determinada, y que por tanto, su existencia solo puede darse de acuerdo a esos parámetros, lo cual a todas luces debiera resultar extraño para una comprensión genuinamente moderna del derecho, que entiende a las instituciones jurídicas como entidades que, en estricto rigor, obtienen su existencia por voluntad del legislador, y no porque sean naturales a una inmutable conciencia humana, como parece inferir Eyzaguirre.

Que haya algo de natural en los conceptos jurídicos es una idea contraria a una comprensión moderna del derecho, y no es raro que una concepción de la propiedad como una entidad definida por una pretendida esencia se vincule a una supuesta superación del positivismo jurídico, tal como

---

<sup>66</sup> Atria (2016), p. 144

señala Rajevic<sup>67</sup>, en lo que más bien parece un retroceso al iusnaturalismo. Al respecto, Atria comenta críticamente que:

“La idea de que los conceptos jurídicos tienen una naturaleza, es decir, que hay algo en virtud de lo cual ellos son lo que son y que eso no depende de algo ajeno a ellos (como un dictum legislativo), parece hoy sospechosa de provenir del derecho pre-moderno, y es fácil entender por qué. Si el derecho moderno es contingente, si tres palabras del legislador son suficientes para transformar bibliotecas enteras en basura, entonces parece absurdo decir que conceptos jurídicos como jurisdicción o legislación (o propiedad, delito o contrato) puedan ser identificados por referencia a algo que no sea la declaración legislativa”<sup>68</sup>.

A pesar de todas estas dificultades, sí es posible reconstruir el concepto de propiedad evitando caer en las contradicciones y carencias explicativas ya mencionadas, atendiendo a un elemento interno al concepto mismo: su función. De hecho, el intento de reconstrucción de los miembros de la CENC puede aún ser salvado (afortunadamente, solo de manera conceptual), en caso de interpretarse como una reconstrucción funcional, y solo en apariencia, nominal. Si bien las referencias al derecho de la antigua Roma podrían llevarnos a concluir que se trata de una conceptualización nominal, fundada en la autoridad de los juristas de antaño, lo real y genuinamente central pareciera ser, en cambio, el sentido histórico que Eyzaguirre y Guzmán imputan a la evolución de la propiedad, que habría conducido a que ésta se mantuviera intacta a través de los siglos. Eyzaguirre se refiere a la “esencia” de la propiedad como una constante que se ha mantenido inalterable, y Guzmán pareciera estar de acuerdo, al sostener que los atributos y facultades del dominio han sido

---

<sup>67</sup> Rajevic (1996), p. 42

<sup>68</sup> Fernando Atria, *La Forma del Derecho*, p. 134

los mismos desde la época romana.

Con esto, parecieran estar diciendo que hay algo que subyace a la propiedad, a su estructura misma, que es lo que en definitiva ha mantenido a esta última. Dicho de otro modo, la estructura de la propiedad no podría haberse mantenido como tal, como dice Guzmán, sin algo que en definitiva estableciera que esa era la estructura correcta del derecho de propiedad y no otra. Esa vendría a ser la “esencia” de la que habla Eyzaguirre, la función que cumple la propiedad privada, y de la cual depende que la institución tenga una estructura en particular, lo que además supondría un límite (por lo menos conceptual) a lo que el legislador pueda designar como propiedad, pero además, cuando los comisionados señalan que son esas características estructurales las que definen a la propiedad, y no otras, atendiendo a la sabiduría milenaria de los juristas romanos o a la naturaleza humana, en realidad están sosteniendo un concepto funcional de propiedad.

A pesar de lo anterior, el intento de reconstrucción de la CENC no puede llegar muy lejos, porque presupone una cierta función, sin referirse a ella en ningún momento, poniendo su atención principalmente en las estructuras, como lo hace Guzmán. Y cuando no, se basa en referencias a esa esencia indeterminada establecida históricamente, la que sólo tras la crítica recién desarrollada podría identificarse como la función de la propiedad. Por el contrario, durante las discusiones de la Comisión en ningún momento se hace referencia a la idea que anima a la propiedad, y cuando se discute acerca del núcleo esencial del dominio, tiende a identificarse con la estructura misma de la propiedad o con las ventajas económicas aparejadas a la institución (otro ejemplo de razones externas al concepto mismo), lo que será expuesto más adelante, cuando se revisen los argumentos dados por los comisionados durante las sesiones de discusión.

De esta manera, para lograr una explicación que permita dilucidar porque la estructura de

un concepto es tal, o porque ciertas características de ella son fundamentales y otras marginales, es imperativo referirse a la función. Pero no a la función solamente, sino a la función en necesaria relación con la estructura. Al respecto, Atria dice que:

“Hacer inteligible la estructura es mostrar su conexión con (el modo en que hace probable) la función. Es operativamente autónoma, porque en su operación la estructura es autosuficiente. Esto está en tensión porque en la medida en que una estructura está operando normalmente, la referencia a la función parece superflua, y entonces tiende a ser considerada algo que puede ser removido sin pérdida. Y operacionalmente hablando esto es efectivamente así (por eso resulta innecesaria cualquier referencia a la función de la propiedad en el ámbito de operatividad del derecho civil). Pero al ignorar la función que hace inteligibles los conceptos jurídicos, la reflexión jurídica se hace estéril por ritualista. Cada autor comentando lo que su intuición le indica que son características centrales de lo que su intuición le indica que son importantes instituciones sociales, pero sin recursos para mostrar la conexión interna entre esas estructuras y algo que importe”<sup>69</sup>.

### 3. La propiedad, o como hacer probable lo improbable: conceptos estructurales (funcionalmente mediados)

Para definir las funciones que ha de cumplir la propiedad, hemos de proceder preliminarmente a establecer un concepto de propiedad que escape de las deficiencias de las conceptualizaciones expuestas anteriormente en este trabajo. Para acometer esta tarea, nos remitimos a la teoría general de los conceptos jurídicos desarrollada por Fernando Atria en su obra *“La Forma del*

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*, 149-150

*Derecho*”, quien plantea, como una breve formulación, el esquema que ha de ser la guía para la explicación de dichos conceptos:

“Una explicación de un concepto jurídico es una especificación de: a) una idea pre-institucionalmente identificable, cuyo desempeño es naturalmente improbable; b) las razones por las que ese desempeño es naturalmente improbable, y c) el modo en que una estructura neutraliza o compensa las causas de esa improbabilidad identificadas en b) y hace así probable el desempeño de la idea pre-institucional identificada en a)”<sup>70</sup>.

Al analizar la propiedad en estos términos, debemos identificar la función que anima a la institución de la propiedad, la cual ha de ser expresada en términos de una idea ‘pre-institucional’, más ligada a la filosofía y a la política que al derecho. Luego, definir porque dicha idea se hace improbable sin una estructura mediadora que la haga concretarse en el mundo real, lo cual pasa por definir las circunstancias y razones que hacen que en las condiciones actuales ese desempeño sea difícil de realizar. Finalmente, definir como la estructura se impone sobre las circunstancias que hacían difícil la operatividad de esa idea originaria.

En el caso de la propiedad, hemos de decir que la institución cumple dos funciones. A la luz de cierta doctrina conservadora, ambas han sido expuestas como funciones contradictorias, cuando en realidad las dos son iguales manifestaciones del interés general. Una de estas funciones, es la de servir como espacio de autonomía y libertad para el dueño de la cosa, quien puede decidir sobre el destino de ella y desarrollar las facultades que le entrega el derecho de dominio sobre sus bienes, siendo éste un “interés general mediato” que ha alcanzado un universal reconocimiento legal desde las primeras constituciones liberales, pues es y ha sido el presupuesto de las economías de

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*, 154

mercado que han caracterizado de manera hegemónica a las sociedades modernas desde, por lo menos, el siglo XVIII. La otra función, es la realización del “interés de la nación” en virtud de la función social constitucionalmente reconocida que ha de cumplir la propiedad. Dicha función, tal como señala expresamente la Carta Fundamental, habrá de materializarse a través limitaciones al derecho de propiedad, sin que proceda por ello indemnización. Esta función empezó a ser reconocida por diversos ordenamientos jurídicos desde principios del siglo XX, influenciada tanto por ideas de corte sociológico-funcionalista como de cuño redistributivo, que buscaban disputar la hegemonía del paradigma liberal según el cual había sido entendida la propiedad hasta ese entonces. En lo que sigue, serán expuestas ambas funciones, en lo concerniente a sus antecedentes históricos; a las ideas que buscan realizarse a través de cada función; a la estructura que hace posible la función en cada caso; y finalmente, a la tensión que existe entre ambas funciones en el seno mismo de la propiedad.

## II. Capítulo II – Funciones Institucionales

Para entender correctamente un concepto jurídico, debemos entenderlo como un concepto funcional estructuralmente mediado. El concepto de propiedad propio del derecho civil tiene una estructura específica, a la que ya nos hemos referido, pero ¿cuál es su función? Para explicar esto, es necesario atender a la historia de la institución en cuestión, pero no como se haría desde una construcción conceptual nominal, sino atendiendo a circunstancias históricas concretas y a los intereses específicos de quienes establecieron la estructura de la institución, pues así como la estructura de una institución está determinada por la función que pretende hacer posible, dicha función está determinada por una idea que a su vez busca realizarse a través de ella. De esta manera, la función depende en última instancia de los intereses y de la voluntad política de quienes hayan decidido establecer la institución con ciertas características y no otras, en un momento histórico determinado. Para eso es necesario rastrear históricamente ese origen, y no simplemente presuponerlo, con lo cual se demostrará además la falsedad de la construcción teórica propuesta por algunos miembros de la CENC, que suponía la continuidad de la idea de propiedad desde los tiempos de Roma hasta ahora, manteniéndose inalterada durante todo ese tiempo.

### A. La Función Señorial de la Propiedad

#### 1. Breve reseña histórica: el más sagrado de los derechos

La propiedad fue considerada por los revolucionarios franceses como “un derecho inviolable y sagrado”, en el artículo 17 y final de la *“Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano”*. En este texto fundacional del gobierno democrático moderno, se encuentran configuradas las coordenadas de lo que hemos denominado la “función señorial” de la propiedad, y que encontrará



consagración normativa en el *Code Napoleon*, y luego en el nuestro, así como en todo Código Civil influenciado por aquel. Esta es la idea de propiedad como libertad solo limitada externamente, por las esferas de libertad de los demás y por la ley que demarca esa separación. Es la idea de propiedad entendida como una esfera de poder, respaldada por la ley, a la que concebimos como derecho subjetivo.

El desentrañamiento de lo que realmente subyace a la idea de derecho subjetivo, así como sus orígenes históricos, es obra del jurista francés Michel Villey, quien se mostraba contrario a aceptar que la idea de propiedad privada, tal como ampliamente la concebimos hoy día, se haya mantenido incólume durante siglos, desde la antigua Roma, pasando por el medioevo y el renacimiento, hasta aterrizar en su forma más pura en el seno de la modernidad. Para Villey, “la cuna del derecho subjetivo fue la Orden franciscana, alejada por su nacimiento de los negocios del mundo, punto extremo y culminación de la mística cristiana, pero llamada después por las circunstancias, a mezclarse en cuestiones de Derecho”<sup>71</sup>, y no la Roma republicana<sup>72</sup>.

Esto no sería más que un error por parte de los jurisconsultos contemporáneos, que en razón de las concepciones políticas y filosóficas propias de la modernidad, definitorias de nuestro pensamiento jurídico, han querido ver en el derecho romano nociones que son más bien recientes y características de nuestra época. Villey declara que “no hay ningún término romano que corresponda a derecho real, ninguna definición romana de un pretendido derecho de propiedad; ninguna palabra que signifique verdaderamente derecho de crédito. En todo caso, sólo el término

---

<sup>71</sup> Villey, Michel. *La Génesis del Derecho Subjetivo en Guillermo de Occam*, (transcripción del Capítulo VI de “Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo”; Valparaíso; Ediciones Universitarias de Valparaíso; colección jurídica Serie Mayor; 1976), p. 1

<sup>72</sup> Para una interpretación distinta de la sostenida por Villey, confrontar con: Garnsey (2007), pp. 179-203

ius”<sup>73</sup>, y que lo que hoy se entiende como derecho subjetivo, para el derecho romano clásico no habría sido más que un poder, pues el ius, el derecho, “no podría designar el poder mismo del individuo; porque el poder no es pensado sino en función del individuo, mientras que el Derecho es relación supra, inter-individual: mi ‘*dikaion*’ [lo justo, el derecho], dice Aristóteles, es el bien del otro; porque el poder es para el jurista un dato de hecho, previo, indiscutible, una noción prejurídica; porque el poder es, por el contrario, lo que el derecho limita y que jamás el Derecho consagra en lo que comporte de lo ilimitado. El campo del Derecho es la partición y lo relativo, no entra en él nada de lo ilimitado”<sup>74</sup>.

Luego agrega que “los romanos conocían la idea de poderes del individuo, pero, sin dar a estos poderes la calidad de jurídicos, sin llamar derechos a estos poderes”<sup>75</sup>, por lo que la idea de derecho subjetivo como poderío absoluto vendría a ser una idea más bien reciente, no reconducible al derecho romano, como se ha pretendido por la doctrina contemporánea.

En su análisis sobre la evolución histórica del concepto de propiedad, los profesores Cordero y Aldunate refuerzan estos planteamientos, al señalar que

“en Roma no se conoció una definición de propiedad como la contenida en el Código francés o en el Código Civil chileno; ni siquiera, una definición como la de Bartolo: ‘*dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*’. Por lo demás, los juristas romanos, poco inclinados a elaborar definiciones de carácter general, enfrentaban el tema del dominio sin conocer la moderna categoría conceptual de ‘derecho subjetivo’. De aquí que, al menos desde la perspectiva del Derecho romano, resulta claro que la principal dimensión que le interesa a la

---

<sup>73</sup> Michel Villey, “*Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*”, 1ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, colección jurídica Serie Mayor, 1976, Valparaíso, p. 38

<sup>74</sup> Villey, Michel. “*Guillermo de Occam...*”, p. 5

<sup>75</sup> *Ibíd.*, p. 9

protección constitucional de la propiedad, la indemnidad patrimonial, no tiene como antecedente histórico el tratamiento del dominio ni de la *proprietas romana*<sup>76</sup>.

Este error histórico es, precisamente, la idea que anima las argumentaciones de la mayor parte de los miembros de la CENC, quienes asumieron con demasiada rapidez la “normalidad” de entender la propiedad como poderío, llegando a prolongar por toda la historia del desarrollo del concepto de propiedad lo que sus intuiciones y convicciones políticas les indicaban que era la esencia de la propiedad, esto es, un señorío absoluto plenamente identificable con la libertad individual. No ha de resultar extraño, entonces, el carácter anómalo que adopta la idea de “función social de la propiedad” en esta interpretación. Al asumir una concepción como la que critica Villey en su obra, cualquier noción que implique un interés público incluido en la institución de la propiedad privada resultará extraño, adoptando la apariencia de una incrustación fuera de lugar, y esto porque la propiedad así entendida lo es sólo y exclusivamente como un derecho subjetivo, y no como una institución social compleja.

La propiedad es así un “concepto funcional estructuralmente mediado”. Desde los días de la Revolución Francesa hasta las últimas noches de la Primera Guerra Mundial, se entendió que la propiedad tenía por función ser la expresión del poder absoluto de su titular; un espacio de libertad prácticamente irrestricto, salvo por escasos límites, en que el propietario era capaz de hacer todo cuanto dictaminara su voluntad y su libre arbitrio, pudiendo disponer de la cosa de cualquier manera que no fuera contraria a la ley o al derecho ajeno.

El auge de la propiedad privada como institución fundamental de la economía en las sociedades occidentales puede rastrearse a la Inglaterra del siglo XVII, particularmente en el establecimiento de la propiedad privada como paradigma articulador del ordenamiento jurídico y económico, que

---

<sup>76</sup> Cordero & Aldunate (2008), p. 347

se produjo como un reemplazo, prácticamente total, de las antiguas nociones comunitarias de la propiedad medieval. Como bien señala Álvaro Ramis, esta transformación institucional de las relaciones de propiedad vigentes se dio en el marco de:

“un importante giro conceptual respecto a la comprensión teórica de las relaciones de propiedad. En ese periodo, Inglaterra vivió una inusitada efervescencia política e ideológica que permitió el desarrollo de nuevas perspectivas sobre las relaciones de propiedad, sus sistemas de gobierno y administración. La obra de Hobbes y Locke va a constituir la nueva hebra argumentativa en el plano de la filosofía política, que se consolidará como el paradigma hegemónico y demarcativo, especialmente en el ámbito de la teoría de la propiedad, la libertad y el derecho. El contractualismo unirá en puntos fundamentales a ambos autores, quebrando con los principios medievales legitimadores del orden social, naturalizados por las instituciones religiosas y culturales, que situaban a los seres humanos en un contexto ordenado y regulado conforme a reglas que escapaban a su capacidad de decisión”<sup>77</sup>.

El proceso de transformación y reemplazo del ordenamiento medieval en Inglaterra tuvo como principales soportes teóricos a las obras de Thomas Hobbes (con su *‘Leviatán’* de 1651) y John Locke (con sus *‘Ensayos Sobre el Gobierno Civil’* de 1660 y el *‘Segundo Tratado del Gobierno Civil’* de 1713), así como “los postulados del movimiento de los Levellers y de otros autores del periodo, como James Harrington”<sup>78</sup>. Estos postulados sirvieron de sustento ideológico a la configuración de una concepción del derecho de propiedad como un derecho natural, anterior a la asociación política, para cuya protección aquella misma asociación debía servir:

---

<sup>77</sup> Ramis (2017), p. 139

<sup>78</sup> Ramis (2017), p. 143

“Hobbes y Locke sientan las bases de una ‘sociedad posesiva de mercado’, en la cual los individuos son concebidos como propietarios no solo de bienes, sino también de su persona y de su trabajo, entendido como una propiedad alienable. Esta noción modifica las representaciones anteriores sobre la sociedad, las ideas de justicia y derecho natural, para inaugurar una nueva fundamentación de las obligaciones políticas de los individuos, comprendidos de una forma disociada. En esta nueva perspectiva los seres humanos aparecen como propietarios de sí mismos, de su persona y capacidades: La sociedad se convierte en un hato de individuos <libres e iguales relacionados entre sí como propietarios de sus propias capacidades y de lo que han adquirido mediante su ejercicio> (Macpherson 2005, p. 15)<sup>79</sup>.

Las relaciones interpersonales, convertidas ahora en relaciones entre propietarios, exigen la elaboración de un marco jurídico diseñado explícitamente para la protección de la propiedad. La obra de Hobbes y Locke se sitúa por eso en el marco del <reino de los derechos y las obligaciones morales derivados de la supuesta naturaleza del hombre y de la sociedad> mediante el establecimiento de vínculos posesivos (Macpherson 2005, p. 262). Este proceso da pie a una teoría política en donde los sujetos no le deben nada a la sociedad, pero están plenamente facultados para poseer ilimitadamente a título individual. La obligación política se basa finalmente en relaciones mercantiles<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Las citas a Macpherson corresponden a: Crawford Macpherson, *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke* (Madrid: Trotta, 2005)

<sup>80</sup> Álvaro Ramis, “Bienes comunes y democracia...”, 144

Según Eduardo Cordero, en Europa continental el modelo de propiedad inspirado por los principios ya reseñados “fue el impuesto por el triunfo de la Revolución francesa de 1789 y que significó la asunción del poder por parte de la burguesía y el establecimiento de las bases políticas, económicas y sociales que permitieron configurar la propiedad como un ‘derecho subjetivo fundamentado en la naturaleza de la persona humana’”<sup>81</sup>.

A través de la influencia de los autores ingleses en Rousseau y Montesquieu, los principios que respaldaron la más lenta transformación de la propiedad en Inglaterra arribaron al continente, materializándose en la revolucionaria transformación del ordenamiento jurídico francés, para más tarde ser exportada al resto de Europa, y en los siglos por venir, al mundo entero. Esa transformación del Derecho implicó, entre muchas otras innovaciones, un nuevo concepto de propiedad destinado a reemplazar a la propiedad feudal, suprimiendo sus cargas y liberándola de sus trabas: la propiedad privada burguesa. Esta nueva idea de propiedad, como señala el mismo autor, “transforma a su titular en un soberano respecto de los bienes, ya que queda entregada a su libre voluntad la determinación de los usos que se le darán, como el destino económico a que pueden ser aplicados. No tiene respecto de ellas ninguna obligación que cumplir, ya que está plenamente facultado para no hacer uso de ellas, dejarlas estériles, improductivas e incluso destruirlas. Este justifica en todo su alcance el adagio: *À l'État la souveraineté, au citoyen la propriété* [Al Estado la soberanía, al ciudadano la propiedad]”<sup>82</sup>.

En el caso chileno, las primeras constituciones establecieron fuertemente, y en términos similares a los ya expuestos, el señorío absoluto del dueño sobre las cosas, así como la vocación del ordenamiento jurídico por protegerlo. En este sentido, Cordero señala que:

---

<sup>81</sup> Eduardo Cordero Quinzacara, “*De la Propiedad a las Propiedades*”, 495

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 499

“La mayoría de las constituciones liberales del siglo XIX estaban fuertemente influenciadas por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 16 de agosto de 1789 (artículos 2 y 17), y las constituciones chilenas de aquella época no fueron una excepción. Así, tanto en el ámbito político, a través del liberalismo, como en el plano jurídico, con las corrientes racionalistas, se construye un derecho a base y en función del individuo, dotado de poderes por el orden jurídico, bajo la forma de derechos subjetivos.

De esta forma, la propiedad aparece como un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal. El primer texto que se refiere a esta materia es la Constitución Provisoria de 1818 en su artículo 9º. Los textos posteriores (1822, 1823 y 1827) insisten en esta función subjetiva centrada en el resguardo de la integridad patrimonial”<sup>83</sup>

Desde los tiempos del primer constitucionalismo se ha defendido la libertad individual, expresada en la propiedad privada, como base fundamental de la comunidad política, y que los individuos puedan desarrollarse libremente materializando su voluntad sobre los recursos de los cuales disponen, se ha vuelto prácticamente una condición de posibilidad de las sociedades modernas. En este sentido, Atria señala que “cuando se trata de la propiedad privada, el interés general en el cual toda institución jurídica se funda está mediado por el interés particular: lo que va en ese caso en el interés general es reconocer al individuo un espacio de autonomía, cuya forma jurídica es el derecho de propiedad privada”<sup>84</sup>.

Sin embargo, la particular configuración histórica de la institución de la propiedad privada

---

<sup>83</sup> Eduardo Cordero Quinzacara, “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho*, Vol. XIX – N°1 (Julio 2006), <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v19n1/art06.pdf>: p. 129

<sup>84</sup> Fernando Atria, “*Tratado del Dominio y la Posesión*” (en edición), p. 39

entendida como señorío absoluto sobre las cosas responde a ciertas concepciones del hombre en un momento específico de la historia, y no a un carácter eterno, perenne y por lo mismo, perceptible por la “razón natural” del hombre, el cual además sería históricamente rastreable a la propiedad romana. Al respecto, Villey dice que:

“Debemos ser escépticos cuando escuchamos a veces hablar –en un público mal informado– del pretendido absolutismo de la propiedad romana; puede ser que en el hecho el ‘*dominium*’ haya sido poder absoluto, sólo que el Derecho romano se abstiene de consagrar este absolutismo, de darle su garantía; no es ése su oficio; él no califica las potencias; no hace de ellas derechos. Traza los límites de las fincas, y lo que pasa en cada finca, las relaciones del propietario con la que le toca en suerte, no le concierne. El poder absoluto que ejerce el dueño sobre su cosa no es el Derecho, es el silencio del Derecho. Puede ser que el dueño romano ejerza sobre su esclavo un poder ilimitado, pero el Derecho romano no toma sobre sí la responsabilidad (si no es en algunos textos tardíos de la época imperial); el Derecho que es, por otra parte, una partición entre jefes de familia, no podría mezclarse, en principio, en las relaciones intrafamiliares; en todo caso, no definía el contenido del derecho subjetivo que el amo tenía sobre el esclavo. El pretendido derecho de dar muerte (*ius vitae necisque*) no se halla, según mis conocimientos, en los textos jurídicos romanos, como tampoco se halla atribuido al propietario un “*ius utendi fruendi et abutendi*” [derecho de usa, gozar y disponer]”<sup>85</sup>.

Sin embargo, no pasaría mucho tiempo antes de que empezaran a hacerse evidentes los problemas de una concepción tan centrada en los intereses individuales del titular del dominio, cuyo correlato era la ausencia total de consideraciones relativas al interés general o a la dimensión social de la

---

<sup>85</sup> Michel Villey, “*Guillermo de Occam...*”, p. 12



propiedad, entendida como una institución jurídica consagrada por la voluntad general, y no solo como un derecho subjetivo. En “*La Ideología Alemana*” (1845), Friedrich Engels y Karl Marx denuncian la noción subjetivista de la propiedad privada como una ilusión, estructurada en las facultades definidas por esa “función señorial” característica de la modernidad, y en virtud de la cual el propietario desconoce toda vinculación de su dominio con la sociedad a la que pertenece: “El derecho privado proclama las relaciones de propiedad existentes como el resultado de la voluntad general. El mismo *jus utendi et abutendi* expresa, de una parte, el hecho de que la propiedad privada ya no guarda la menor relación con la comunidad y, de otra parte, la ilusión de que la misma propiedad privada descansa sobre la mera voluntad privada, como el derecho a disponer arbitrariamente de la cosa”<sup>86</sup>. A esta misma idea hace referencia el conocido anarquista Pierre-Joseph Proudhon, en su obra “*¿Qué es la propiedad?*” (1840), en que señala irónicamente que no hay forma de distinguir entre uso y abuso en la relación que el dueño tiene con lo suyo, para luego declarar que la propiedad es un robo<sup>87</sup>.

A pesar de tales opiniones incendiarias, Cordero nos dice que:

“Con la entrada en vigencia del Código civil chileno de 1857 (CCch) se establece el régimen jurídico general de la propiedad, vigente hasta la fecha, y que completa en todos sus perfiles lo que se denomina el período de la propiedad liberal o individualista. No hay por lo demás sorpresas o novedades en la materia, ya que la propiedad se concibe como un derecho absoluto, lo que estaba en armonía con lo dispuesto en la Constitución de 1833. Tampoco existía el temor de que el régimen de la propiedad fuera alterado sustancialmente o pudiera desaparecer por un audaz legislador que pretendiera alterar el espíritu que inspiraba a la Carta Fundamental,

---

<sup>86</sup> Karl Marx & Friedrich Engels, *La Ideología Alemana* (Madrid: Akal, 2014), 55

<sup>87</sup> Pierre-Joseph Proudhon, *¿Qué es la Propiedad?* (Buenos Aires: Libros de Anarres, 2005), 43

puesto que las fuerzas políticas y el sistema social en general tenían una clara inclinación liberal, basada en una democracia censitaria, al margen de las amenazas anarquistas o socialistas, las que sólo se hicieron notar bien entrado el siglo XX”<sup>88</sup>

Frente a tales críticas podrá aducirse como defensa de la propiedad privada aquella vieja máxima liberal según la cual la libertad de uno termina donde empieza la libertad del otro, y que esta idea se encuentra consagrada en dicha institución por las limitaciones a la propiedad en virtud de la ley y el derecho ajeno. En la era liberal decimonónica, el problema de los límites radicaba en la regulación de relaciones de vecindad entre propietarios, pues eran solo ellos quienes podían ser vecinos en razón de tener dominio sobre un predio. Los límites legales, por otra parte, guardaban relación con escasas y marginales regulaciones estatales, que nada tienen que ver con las regulaciones propias del Estado burocrático e intervencionista del siglo XX, capaz de regular la propiedad y reasignar externalidades negativas o beneficios económicos en razón de diversos intereses sociales. Así lo deja claro Cordero Quinzacara, al señalar que:

“Debemos tener presente que bajo este modelo de derecho de propiedad no es posible definir con claridad sus contornos. Su conceptualización es tan abierta y expansiva que hace muy difícil, cuando no imposible, poder distinguir entre el ejercicio de las facultades que derivan de la propiedad y del ejercicio de la libertad inherente a toda persona, especialmente en el ámbito económico. De hecho, la propiedad, al menos en cuanto dominio, esto es, sobre bienes corporales, no viene a ser otra cosa sino una libertad para actuar sobre una parte del mundo físico, revestida por el derecho de un carácter de exclusividad legítima. Por tal razón los comentaristas no encuentran otro marco o límite del derecho de propiedad que el contenido en las ya mencionadas “leyes o reglamentos” (los códigos posteriores sólo harán referencia

---

<sup>88</sup> Cordero (2006), p. 130

a las leyes), que es, por lo demás, el mismo marco que se establece para el ejercicio del derecho de libertad. Y por lo mismo, en este modelo, y al menos teóricamente, las facultades reguladoras del Estado son las mismas que las que tiene para regular el ejercicio de toda libertad, de modo tal que el ejercicio de la facultad de uso y disposición de la propiedad no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos (artículo 4° de la *Déclaration*), pudiendo prohibirse, si, su ejercicio cuando es nocivo para la sociedad (artículo 5 de la *Déclaration*)”<sup>89</sup>

## 2. Estructura: consagración civil y constitucional del dominio sobre cosas corporales e incorporeales

El derecho de propiedad privada se encuentra reconocido en nuestro Código Civil por los artículos 582, 583 y 584, así como por nuestro texto constitucional, que lo consagra como derecho fundamental en su artículo 19 N° 24, referido a la propiedad misma, y el N° 26, que refuerza su protección.

Jessica Fuentes se ha referido a la diferencia existente entre los tres artículos que se refieren a dicha institución en el marco del Código Civil, señalando junto a Guzmán Brito, que cada artículo responde a un tipo de propiedad distinto. El artículo 582 consagra el dominio sobre cosas corporales; el 583, a las especies de propiedad sobre bienes incorporeales; y el 584, a la propiedad sobre las obras del talento y del ingenio.

---

<sup>89</sup> Cordero Q., “Evolución Histórica del Concepto de Propiedad”, 384-385

El dominio consagrado por el artículo 582 “es la institución clásica cuyas raíces provienen del derecho romano, adoptada por la concepción liberal y modificada por la irrupción de la función social”<sup>90</sup>. Esta forma de propiedad consiste en usar, gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta, sin otro límite que la ley o el derecho ajeno.

El artículo 583 establece “especies de propiedad sobre bienes incorporeales”. Fuentes distingue esta forma de propiedad del dominio recién mencionado, y critica que nuestro medio jurídico nacional haya tendido a “extrapolar a la propiedad sobre bienes incorporeales el mismo contenido del dominio”, así como su “falta de un concepto técnico de bien incorporal”<sup>91</sup>. En este sentido, la autora plantea que es una particularidad de este tipo de bienes que su existencia y configuración “depende del ordenamiento jurídico, esto es, su entidad esta dada por el derecho, ya que ante la falta de materialidad la única forma que los bienes incorporeales existan es como fruto del ordenamiento jurídico”<sup>92</sup>, lo que es extensible al artículo 584.

En el plano constitucional, la propiedad se encuentra regulada por los siguientes artículos, que serán comentados siguiendo los planteamientos de Aldunate y Fuentes:

*Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:*

*N° 24: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.*

---

<sup>90</sup> Fuentes (2018), p. 287

<sup>91</sup> Fuentes (2018), p. 277

<sup>92</sup> Fuentes (2018), p. 281

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

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

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

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

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

Según los autores, la estructura de esta regulación es “más compleja de lo que podría pensarse a primera vista”, y destacan cinco aspectos de ella: (1) que el derecho de propiedad asegurado por el inciso primero “no se refiere a los derechos subjetivos que pueda alegar el titular de un derecho real de propiedad (incluyendo lo que podría denominarse la protección a la integridad del patrimonio)”, pues (2) su protección estaría radicada en el inciso tercero, que establece los requisitos necesarios por la Constitución para la expropiación. Por otra parte, el inciso segundo del numeral 24, establece como otro aspecto de la garantía (3) “el principio de legalidad en la regulación de la propiedad”, (4) “los parámetros dentro de los cuales deberá moverse el Legislador al regularla”, y (5) “los elementos constitutivos del concepto tradicional del derecho de propiedad como derecho real sobre cosas corporales (uso, goce y disposición)”<sup>93</sup>.

Los incisos tercero, cuarto y quinto del numeral 24° “establecen lo que la nomenclatura tradicional y comparada se denomina la inviolabilidad de la propiedad”, que “va íntimamente ligada al concepto del instituto jurídico de la expropiación, ya que tiende, precisamente, a sujetar la salida de bienes del patrimonio de un particular y su traspaso a otro patrimonio” producido por un “acto imperativo del Estado”, todo lo cual implica compensación de las consecuencias negativas producidas en el patrimonio del particular, derivadas de dicho desplazamiento<sup>94</sup>.

Cordero ha señalado que las disposiciones del artículo 19 N° 24 y N° 26 “son, sin lugar a dudas, las que han sido objeto de mayor discusión, comentarios y pronunciamientos jurisprudenciales, no existiendo a la fecha ninguna opinión uniforme en torno a su interpretación, sentido y consecuencias jurídicas que se pueden obtener de tales preceptos, sobre todo al momento de

---

<sup>93</sup> Aldunate & Fuentes (1997), p. 214

<sup>94</sup> Aldunate & Fuentes (1997), pp. 214-215

establecer cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad y qué criterios permiten distinguir entre una limitación derivada de la función social respecto de una privación que da lugar a la correspondiente indemnización”<sup>95</sup>.

De esta manera, la función de señorío absoluto sobre las cosas se hace operativa a través de la estructura que el Código Civil ha asignado a la propiedad privada: las facultades y atributos del dominio. Esta configuración jurídica es la base del “paradigma señorial” de propiedad, que al operar en el marco del derecho constitucional como criterio hermenéutico, conduce a interpretaciones radicalmente amplias de la esencia de la propiedad, como veremos más adelante.

Según Cordero y Núñez (2014), en nuestro derecho “se experimenta una extensión del derecho de propiedad, ya que la expresión ‘el derecho de propiedad en sus diversas especies’ unido a una interpretación sistemática con el Código Civil, da a entender que hay un derecho de propiedad sobre las cosas incorporales, las que consisten en derechos reales y personales. Dicho en otros términos, se puede ser propietario no solo de cosas corporales, cualquiera sea su naturaleza física, sino que también de derechos, como son el usufructo, las servidumbres o los créditos. De esta forma, si se violenta o se priva a una persona de su derecho a cobrar un crédito o se le imponen cargas que hacen imposible su cobro, se está afectando su derecho de propiedad sobre el crédito que está garantizado constitucionalmente” (p. 18), lo que ha sido sostenido también por el TC en los fallos de “Eléctricas” (Roles N°s 505-06 y 506-06).

---

<sup>95</sup> Cordero (2006), p. 137

## B. La Función Social de la Propiedad

### 1. Breve reseña histórica: Individuo, Sociedad, Estado

La función social debe entenderse como resultado del desarrollo que el concepto de propiedad ha tenido durante el siglo XX, acerca del cual Peñailillo dice que solo la siguiente fórmula general es posible: “de 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 imponerle restricciones y cargas a fin de que de ese ejercicio pueda obtenerse provecho no sólo para el propietario, sino también para la colectividad”<sup>96</sup>.

Su más ilustre expositor fue León Duguit, para quien la "teoría clásica de la propiedad-derecho" era una vetusta entelequia metafísica que debía dar paso a la "realidad sociológica de la propiedad-función". En palabras de Lautaro Ríos, “el detentador de una riqueza -decía Duguit- carece de derecho sobre ella; se da aquí una mera situación de hecho que le obliga a realizar una cierta función social; y su apropiación es protegida en la medida, y solamente en la medida, en que él la cumple”<sup>97</sup>.

Según Cordero, “la consagración normativa de la función social de la propiedad aparece por primera vez en la Constitución Política de Weimar de 1919, en su conocido artículo 153, que después de garantizar expresamente el derecho de propiedad, añade: ‘la propiedad obliga. Su ejercicio debe ser al mismo tiempo un servicio prestado al bien común’. Esta primera formulación constitucional de la función social de la propiedad será un hito importante en la historia de la institución, e influirá de manera decisiva en las posteriores Constituciones europeas, elaboradas

---

<sup>96</sup> Peñailillo (2015), p., 75

<sup>97</sup> Lautaro Ríos (1986), p. 8



tras la Segunda Guerra Mundial, que incorporarán formulas similares”<sup>98</sup>

La función social de la propiedad ha sido definida, al igual que el núcleo esencial del dominio, como un “concepto jurídico indeterminado” por los redactores de la CPR de 1980, lo que no es una particularidad de nuestro sistema, pues responde a la reproducción sistemática del carácter de “textura abierta” que se ha dado a este concepto en todas las constituciones donde se ha recogido, y que busca expresar la necesidad de que la propiedad privada pueda servir, cumplidas ciertas condiciones, al interés de la colectividad, sin atar de manos a la intervención estatal con cláusulas demasiado restrictivas.

Eduardo Cordero se ha referido al proceso que condujo a la necesidad de integrar esta nueva función en la institución propietaria, en el marco del desarrollo del derecho urbanístico, señalando que:

“Producto de los cambios sociales experimentados en las últimas décadas del siglo XIX, el régimen del derecho de propiedad no se limitará a resolver los conflictos de intereses que puedan surgir entre propietarios. Ahora el conflicto de intereses es de mayor entidad, ya que este se plantea entre el interés particular del propietario y el interés social de la colectividad. Por su parte, la función del legislador también cambia, porque este ya no se restringe a una acción de limitación posterior y como mero árbitro entre los conflictos de los particulares, sino que debe configurar el régimen el derecho de propiedad por razones de interés general o público, dándole un sentido funcional dentro del ordenamiento jurídico. Además, las leyes especiales que fueron concebidas como excepciones y fragmentaciones del sistema codificado unitario, se transforman en normas habituales y permanentes producto de las grandes crisis

---

<sup>98</sup> Eduardo Cordero (2008a), p. 511

derivadas de la Primera Guerra Mundial y las revoluciones coetáneas. De esta manera, las leyes especiales contribuyen a crear una nueva dimensión o *statu quo* social del Derecho en un camino o dirección que no dejaba posibilidad alguna de retorno”<sup>99</sup>

Su amplia recepción en los diversos ordenamientos jurídicos de occidente, a pesar de sus contornos difusos y de la manifiesta ruptura que implica con la noción subjetivista y clásica de la propiedad, llega a ser de tal magnitud, que para detectar su existencia en “cualquier ordenamiento jurídico, (...) no es necesario encontrar su formulación literal en la legislación. Puede afirmarse que todos los ordenamientos occidentales -incluyendo los de corte más clásico, como los de Suiza, Francia o Bélgica- aplican esta noción; y, sin embargo, ella sólo está consagrada en una escasa minoría de Constituciones”<sup>100</sup>. Entre los países que sí la han consagrado literal y explícitamente en sus textos constitucionales, cabe mencionar a Portugal (art. 90), Italia (art. 42), España (art. 33), Alemania (art. 14), Colombia (art. 58), Perú (arts. 70 y 72), Bolivia (art. 56) y Venezuela (art. 115). En Estados Unidos, si bien no se encuentra constitucionalmente consagrada, si podemos encontrar efectos homólogos a los generados por la función social, fundados en el “poder de policía”, que son resistidos, en términos también homólogos a los producidos por nuestro núcleo esencial del dominio (principalmente, el artículo 19 N°24, inc. 3), por los recurrentes que invocan la “*takings clause*” de la Quinta Enmienda de la Constitución Federal, frente a intervenciones legales y administrativas de la propiedad privada. En favor de esta interpretación, y a pesar de no estar consagrada explícitamente, el académico norteamericano Gregory Alexander ha señalado que se encuentra presente en el ordenamiento constitucional norteamericano<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Cordero (2015), p. 97

<sup>100</sup> Ríos (1986), p. 13

<sup>101</sup> Alexander (2009), p. 3: “*I argue that American property law, both private and public, in fact includes a social-obligation norm, but it recognizes that norm only implicitly*”

En nuestro derecho, sus orígenes pueden rastrearse a la Constitución de 1925. Si bien en dicho texto no se consagraba de manera literal y expresa la función social de la propiedad, durante las discusiones de la Comisión Constituyente de aquel entonces se puso especial énfasis en dicha idea, sometiendo la idea tradicional de propiedad ya reseñada a distintas críticas, variando en su radicalidad según la posición política del comisionado respectivo. Por otro lado, los comisionados más conservadores buscaban proteger la idea tradicional de propiedad. Como dice M.C. Mirow, respecto del tratamiento de la idea tradicional en el marco de la comisión:

*This conceptual uniformity was shattered in the debates. Radicals sought to redefine the nature of property by appealing to the idea of property's social function. Conservatives sought to maintain the language of the Constitution of 1833 by expressing their concerns about the consequences of a change. Other members of the subcommittee sought some compromise.*

[Esta uniformidad conceptual fue despedazada en los debates. Los radicales buscaron redefinir la naturaleza de la propiedad, apelando a la idea de la función social de la propiedad. Los conservadores buscaron mantener el lenguaje de la Constitución de 1833, expresando sus preocupaciones acerca de las consecuencias del cambio. Otros miembros del subcomité buscaron algún compromiso]<sup>102</sup>.

En su trabajo sobre los orígenes de la función social en Chile, Mirow señala una cuestión particularmente ilustrativa para entender en toda su radicalidad la concepción de la propiedad privada planteada por Duguit: *“Duguit's conclusion that property is a social function was not, for him, an assertion of a new approach or theory of property. Instead, Duguit argued that through scientific observation of the use and function of property in society, he had discovered that property*

---

<sup>102</sup> M.C. Mirow, *“Origins of the Social Function of Property in Chile”*, [http://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=faculty\\_publications](http://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=faculty_publications), 11 [traducción del autor]

*had indeed become a social function. Thus, the definition was, in Duguit's view, nothing more than an accurate description of what had already happened*"<sup>103</sup>. Esto quiere decir, contra lo que señala Fermandois<sup>104</sup>, que la idea de función social no se encuentra asociada de manera necesaria a una propuesta política revolucionaria, con miras a cambiar estructuralmente el sistema económico y el concepto de propiedad. Al respecto, *"Duguit claimed that the social-function doctrine did not lead him to redistributist conclusions or class-struggle analysis"*<sup>105</sup>, con lo que queda demostrado que el intento de reconstrucción conceptual de la propiedad apuntaba a dar cuenta de una realidad que ya se estaba desarrollando en el campo del derecho y la economía, generando una transformación del papel del Estado en las sociedades de principios del siglo XX, no estando necesariamente aparejada a una corriente ideológica o una agenda política específica.

A pesar de ese presunto carácter "apolítico" señalado por Duguit, el impacto que la idea de función social acarreo para el concepto liberal de propiedad es indudable. Cordero es enfático al referirse a la transición de la propiedad como "derecho (subjetivo)" a la propiedad como "función (social)":

"El modelo de propiedad liberal comienza su degradación, ya que se asienta bajo la forma de derecho subjetivo centrada en la sola utilidad individual del propietario. La reconversión de la función social de este derecho bajo la idea de deber permite legitimar el uso, goce y disfrute de los bienes por su sentido de beneficio o utilidad social. Se produce la 'socialización' de la propiedad privada, lo que marca el paso y la superación de la 'propiedad especulación' –institución propia del individualismo jurídico– a la 'propiedad función', lo que va a significar la diversificación o la existencia de una pluralidad de propiedades, en consideración a las distintas funciones sociales

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*, 12

<sup>104</sup> Fermandois (2004), pp. 21; 30-31; 36

<sup>105</sup> *Ibíd.*, 13

que puedan obtenerse de los bienes, rompiendo con el modelo civil codificado de la propiedad”<sup>106</sup>.

Al final de las sesiones constituyentes de 1925, y tras un intenso debate entre las distintas posiciones políticas<sup>107</sup> (pues en dicha comisión participaron Radicales, Comunistas, Conservadores y Liberales<sup>108</sup>), se logró la integración de esta nueva función en el concepto de propiedad. Mirow señala al respecto que:

*“While maintaining the inviolability of property and the expropriation for public use with prior indemnification, the draft added new language responding to the social-function norm without stating the contested words ‘social function’. The new constitutional definition of property was expressed this way: ‘[t]he exercise of the right of property is subject to the limitations or rules that the maintenance and progress of the social order require’. Thus, Alessandri sought to assure the assembly that he only wanted to limit, and not to attack, the right of property”*<sup>109</sup>

María Agnes Salah se refiere a la clausura del debate proveída por el Presidente Alessandri, quien enfatizó en la nueva concepción propietaria sustentada por Duguit:

“(Alessandri) menciona así que el texto de Duguit [señala] que la propiedad concebida como un derecho subjetivo desaparece en beneficio de la propiedad como función social. Así concluye que no debe existir alarma cuando se discute sobre el

---

<sup>106</sup> Eduardo Cordero (2008a), p. 510

<sup>107</sup> Mirow (2011), pp. 12-22

<sup>108</sup> Mirow (2011), p. 11

<sup>109</sup> Mirow (2011), p. 27

derecho de propiedad, y que la concepción de propiedad que debe considerar la Constitución en discusión debía adaptarse a los nuevos tiempos. De hecho, para el Presidente, las leyes que se habrían dictado en el último tiempo serían inconstitucionales a la luz de la Constitución de 1833. Por ello, propuso reconocer la idea de la inviolabilidad de la propiedad a la vez que reconocer que ella puede estar sometida a limitaciones, basadas en el bien público. El comienzo de la sesión siguiente se inició dando lectura a una moción, que el Presidente hizo suya, del comisionado Luis Barros Borgoño. Aquella fórmula corresponde, salvo por una pequeña modificación en la redacción, a la versión que alcanzó la Constitución de 1925. Gracias a estas intervenciones, Alessandri pasaría a la posteridad como el inspirador de esta disposición constitucional”<sup>110</sup>.

Esta modificación de la concepción tradicional de la propiedad marcó un hito decisivo en nuestro país. Siguiendo a Salah, podemos decir que en el texto constitucional de 1925 “dos modificaciones fueron de trascendental importancia. Primero, la incorporación de la idea de limitación en el nuevo texto constitucional permitió la dictación de numerosas leyes que reconocían la preeminencia del bien colectivo de una manera que, a juicio de Evans, hubiesen sido inconcebibles con anterioridad. Diversas materias, como el urbanismo, las construcciones y los servicios básicos adquieren una fisonomía estructurada y orgánica, considerando en sus leyes reguladoras limitaciones a la propiedad de diversa entelequia”<sup>111</sup>.

Novoa Monreal consideraba que la función social:

---

<sup>110</sup> María Agnes Salah (2016), p. 124

<sup>111</sup> Salah (2016), p. 126

“Es una fórmula de armonía que intenta poner de acuerdo los intereses del individuo (propietario) con los de todo el resto de la sociedad, por la vía de impedir que el ejercicio del derecho por el propietario pueda menoscabar o afectar de cualquier manera el interés colectivo. Aúna la libertad del propietario y las facultades con que éste cuenta, con la obligación de respeto del interés colectivo. Esa función social no envuelve únicamente una limitación al poder del propietario, porque también puede determinar formas o modos especiales de ejercicio de él destinados a poner la cosa al servicio del interés general”<sup>112</sup>.

En virtud de dicho precepto, los propietarios no sólo gozan de derechos y facultades, sino que además tienen la carga y obligación de dar satisfacción a ciertos deberes, fruto de la vida en sociedad. Es mediante la función social de la propiedad que el legislador puede imponer límites y obligaciones a la propiedad, y esta función es inherente a la institución misma, como se desprende categóricamente de las actas de la CENC: "En esta materia hubo consenso en que hoy día no puede concebirse el derecho de propiedad sin una función social. La función social es absolutamente inherente al derecho; es un concepto que va unido de tal modo que no puede pensarse que exista derecho de propiedad si no se establece, al mismo tiempo, la función social que ese derecho implica"<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Eduardo Novoa (1983), p. 86-87

<sup>113</sup> Actas de la CENC, Tomo V, Sesiones 149 a 181 (02-09-1975 a 13-01-1976), Sesión 150º, [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_V\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_V_Comision_Ortuzar.pdf), 4

## 2. Estructura: potestad configuradora, limitaciones y privaciones

No es sorprendente, entonces, que en la actual Constitución Política se encuentre expresamente establecida por el art. 19, N° 24, Inc. 2º: “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 de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. En relación con dicho precepto, Claudio Matute señala que “para el Tribunal Constitucional, la función social forma parte de la estructura misma del derecho de propiedad, está ínsito en él, y por tanto, es de su esencia”<sup>114</sup>.

Respecto de esta función, Javier Barnés señala que:

“En concreto, la función social del derecho de la propiedad privada, le dará la medida, conformará su contenido, que se manifiesta en los diferentes regímenes propietarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico –aguas, bienes incorporales, propiedad intelectual, propiedad de inmuebles declarados monumentos nacionales, etc.– de esta manera, representa un título habilitante del legislador para disciplinar un régimen jurídico de cada forma de propiedad al tiempo que constituye la medida o criterio básico para delinear desde su interior cuál sea el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho”<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Matute (2014), p. 30

<sup>115</sup> Barnés (1990), pp. 40-41



Fuentes enfatiza que “el texto constitucional nacional contempla expresamente la referencia a la función social, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los derechos y libertades en que las limitaciones pueden vincularse a una necesidad social subyacente que las justifica sin que sea mencionada”<sup>116</sup>. Esto se explica porque lo característico del derecho de propiedad “es que resulta determinante en un sistema económico social donde coexiste la propiedad privada junto a objetivos sociales esenciales para el desarrollo de tal sistema y donde, por tanto, las facultades atribuidas a los individuos requieren ser modeladas en torno a una mayor o menor plenitud, dependiendo del bien de que se trata”<sup>117</sup>.

La función social de la propiedad ha de ser entendida como una institución que hace posible la operatividad del interés general inmediato, y su efectiva realización a través de la regulación de la propiedad privada, en virtud de lo cual Atria señala que:

“(…) la importancia de la idea de interés general para la configuración de la propiedad privada no queda suficientemente descrita diciendo que la función social justifica algunas excepciones al régimen “normal”. Por el contrario, la función social de la propiedad ayuda a entender la propiedad privada como institución jurídica, en la medida en que vuelve a hacer relevante la noción de interés general que, en su dimensión mediata, justifica el derecho de propiedad. Porque antes que un derecho subjetivo, la propiedad es una institución. Solo comprendiendo la institución es posible comprender, después, la propiedad (privada) como derecho subjetivo”<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Fuentes (2018), p. 329

<sup>117</sup> Fuentes (2018), p. 330

<sup>118</sup> Fernando Atria, *Tratado*, p. 40

En nuestro derecho, esta función encuentra su condición de posibilidad en las causales que hacen procedente a la función social, y su estructura operativa se manifiesta, subjetivamente, en las potestades regulatorias del Estado, pues corresponde al Legislador y a la Administración ejercer y desarrollar dicha función social; y desde un punto de vista objetivo, en las limitaciones impuestas al dominio por la actividad regulatoria estatal, ya sea mediante la ley o el reglamento.

### Potestad Configuradora

Guiloff plantea respecto de esta potestad, que:

“El artículo 19 N° 24 inciso 2º establece explícitamente y con precisión las potestades que tiene el legislador para configurar la institución de la propiedad (no el derecho de propiedad privada). Estas son las de determinar los modos de adquirirla, usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones que deriven de su función social. Como lo ha reconocido la doctrina, mediante su ejercicio el legislador puede crear una diversidad de estatutos propietarios para conseguir el mejor aprovechamiento y utilización de los múltiples recursos que se pueden administrar a través de un régimen de propiedad privada. Asimismo, esta norma le otorga al legislador un título que justifica el establecimiento de limitaciones a los regímenes de propiedad existentes, las que dependiendo de las situaciones jurídicas que se hayan originado durante su vigencia, podrán restringir o no derechos subjetivos. La existencia de esta justificación para la intervención del legislador sobre la propiedad no es para nada trivial, si se considera que una norma de análoga naturaleza no existió en la historia constitucional chilena hasta 1925”<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Guiloff (2018b), pp. 293-294

El mismo autor continúa, al señalar que

“De manera progresiva a partir de esa fecha, esta potestad legislativa se ha reconocido para varios y amplios supuestos. Al efectuar esto la Constitución chilena se asemeja a la alemana, que también establece esta potestad para configurar el régimen jurídico de la propiedad privada. Por el contrario, se distancia de la de Estados Unidos, que, como se ha señalado, no se la reconoce al legislador, lo que ha llevado a que se invoque el poder de policía, que dicha Constitución no establece explícitamente, para justificar estas limitaciones. Este análisis comparativo resulta de la mayor relevancia, desde el momento en que la tesis de que toda limitación es eventualmente (dependiendo de la intensidad de sus efectos) una privación de atributos y facultades esenciales del dominio, también conocida como la doctrina de la expropiación regulatoria, nace precisamente en la práctica constitucional de este país. Entonces, cabe preguntarse si al interpretar la Constitución chilena es posible asumir, sin más, esta tesis que ha encontrado su más vigoroso desarrollo interpretando una Constitución donde el legislador carece de justificación explícita para intervenir sobre la propiedad”<sup>120</sup>.

### Reserva Legal

Respecto a las potestades estatales de regulación, es necesario hacer referencia a la discusión en torno a las teorías del dominio máximo y el dominio mínimo legal, y las teorías absoluta y relativa de la reserva legal.

---

<sup>120</sup> Guiloff (2018b), p. 294

Según Fuentes, la *teoría del dominio máximo legal* considera que “el listado de materias de ley es taxativo y que la norma de clausura del ordenamiento jurídico es el reglamento autónomo, fue sostenida inmediatamente de entrada en vigencia la Constitución de 1980, particularmente por los profesores Cea y Silva”, mientras que la *teoría del dominio mínimo legal* habría surgido “del análisis de documentos de trabajo de la Junta de Gobierno, y afirma que el listado de materias contenido en el artículo 63 de la CPR no es taxativo, particularmente por su numeral 20, que no establece una materia de ley, sino requisitos que debe satisfacer el legislador para dictas normas legales”, y luego señala que nuestra “jurisprudencia constitucional ha adherido mayoritariamente a la doctrina del dominio máximo legal”<sup>121</sup>.

Además, la autora considera pertinente la discusión entre las tesis absoluta y relativa en materia de interpretación de la reserva legal. En primer lugar, la *tesis absoluta* considera “que el reglamento no puede entrar a complementar o completar lo que le corresponde al legislador, por cuanto la delegación de atribuciones legislativas autorizada en el artículo 64 de la CPR está prohibida en materia de garantías constitucionales, especialmente las libertades económicas”, mientras que la *tesis relativa* “señala que el reglamento es una técnica de colaboración en la ejecución de la ley en materias que el legislador no puede abordar a cabalidad por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc., lo que habilita para efectuar una remisión normativa al reglamento fijándole parámetros para su intervención, lo que dependerá de la intensidad de la reserva de la ley que haya sido impuesta por la Constitución en cada caso”<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Fuentes (2018), p. 269

<sup>122</sup> Fuentes (2018), pp. 270-271

La reserva legal en materia de derecho de propiedad se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 24 inc. 2° de la Constitución de 1980, al que ya hicimos referencia. Respecto a dicho artículo, Fuentes señala que “hay una posición doctrinaria que entiende que la utilización de la expresión ‘solo’ busca instaurar una reserva legal absoluta o al menos restringir fuertemente la posibilidad de colaboración reglamentaria en materia de propiedad”<sup>123</sup>. La autora no está de acuerdo con tal interpretación, y en cambio, enfatiza que el texto “se refiere a ‘establecer’ lo que no excluye bajo ningún punto de vista la posibilidad de detallar y complementar la ley para su ejecución”, y que el término “solo” viene a excluir la posibilidad de que “el reglamento pueda llegar a establecer aspectos esenciales de la regulación de la propiedad constituidos por los modos de adquirir, usar, gozar y disponer y de las obligaciones y limitaciones que derivan de la función social, pero una vez establecidos dichos elementos por la ley, nada obsta a que el reglamento cumpla su función de ejecución”<sup>124</sup>.

De esta manera, “el texto constitucional no establece una reserva legal absoluta sino que especifica ciertos contenidos que no podrán ser establecidos por el reglamento”, lo que se encontraría reconocido, según Fuentes, en la Ley General de Urbanismo y Construcción, que en su artículo 2°, inciso 2°, “da cuenta del contenido esencial en materia urbanística, fijado por la ley, la que es complementada y detallada a través de la Ordenanza y de sus normas técnicas, y singularizada por los planes que se dictan sometiendo a tales disposiciones”<sup>125</sup>.

La autora se refiere a “la relación entre la reserva legal y la garantía de no afectación por ley de los derechos en su esencia”, en la que el rol del legislador se define por la configuración o delimitación del derecho de propiedad, “lo que incluye no solo la fijación de limitaciones al ejercicio del derecho

---

<sup>123</sup> Fuentes (2018), p. 273

<sup>124</sup> Fuentes (2018), pp. 273-274

<sup>125</sup> Fuentes (2018), p. 274

sino de su contenido”, realizada en virtud del art. 19 N° 24, inc. 2° del texto constitucional. En este sentido, la esencia del derecho en relación con su “contenido típico, está dado por el instituto dominical y, por ende, no podría omitirse parte de ese contenido”, pero al mismo tiempo, “el legislador está habilitado para establecer limitaciones y obligaciones fundándose en la función social, vía por la cual podría producirse el segundo supuesto al que se opone el artículo 19 N° 26 de la CPR”, esto es, mediante la imposición de diversas cargas que conservando el contenido esencial, obstaculicen su ejercicio de tal forma, “que el derecho no pase de ser una mera declaración”, con lo que la idea de esencia de los derechos, aplicada a la defensa del derecho de propiedad, aparece como un “segundo parámetro de control de la actividad legislativa, ahora en materia de limitaciones y obligaciones impuestas a la propiedad”<sup>126</sup>.

Dicho de otro modo, “la función social está contemplada dentro de la reserva legal, por ende, el legislador es el llamado a establecer las limitaciones y obligaciones fundadas en ella, lo que implica delimitar las fronteras del derecho de propiedad (...). Tales limitaciones y obligaciones están determinadas por la naturaleza de los bienes de que se trate, lo que trae como consecuencia el establecimiento de diversos estatutos propietarios para los diversos bienes corporales”<sup>127</sup>

### Limitaciones

Las limitaciones al dominio han sido definidas por Enrique Rajevic en su importante estudio sobre la materia, como “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en cuanto al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de este último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales”<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Fuentes (2018), p. 276

<sup>127</sup> Fuentes (2018), p. 331

<sup>128</sup> Rajevic (1996), p. 94

De esta manera, dichas limitaciones “nacen del juego de su carácter absoluto y de su función social” y que “se justifiquen en la función social de la propiedad, implica tener presente que somos parte de una sociedad y que debemos entender que cada derecho tiene un límite interno constituido por la definición del contenido de ese derecho, y uno externo, impuesto por el ordenamiento jurídico en miras de cumplir su meta del bien común”<sup>129</sup>.

Estas deben cumplir ciertos requisitos impuestos por la ley (reserva legal; justificación en su función social o en la protección del medio ambiente; respeto al contenido esencial del derecho; generalidad, con miras a no vulnerar el principio de igualdad ante la ley) para que no puedan ser impugnadas por los particulares<sup>130</sup>. En este sentido, el núcleo esencial de la propiedad no puede ser vulnerado por el legislador, siéndole indisponible, y las regulaciones que imponga deben respetar dicho contenido esencial, en tanto la dogmática constitucional de la propiedad entiende que regulación, limitación y delimitación de la propiedad son equivalentes, en cuanto ellas definen el régimen dominical<sup>131</sup>. “La facultad delimitadora del regulador consistirá entonces en establecer los modos de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, así como establecer limitaciones y obligaciones que deriven de su función social y, por último, establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos –propiedad privada– o libertades para”, por ejemplo, “proteger el medio ambiente”<sup>132</sup>.

En opinión de Guiloff, el legislador se encuentra autorizado para imponer limitaciones a la propiedad, “siempre y cuando lo justifique en el resguardo de la función social”, resultando

---

<sup>129</sup> Matute (2014), p. 10

<sup>130</sup> Matute (2014), p. 14

<sup>131</sup> Aldunate (2006)

<sup>132</sup> Matute (2014), p. 12

“absolutamente funcionales para que el legislador pueda configurar la institución de la propiedad privada. Como señala Aldunate, a través de ellas el legislador expresa su voluntad en cuanto a la extensión de las facultades del dominio y a las cargas que debe quedar sujeto. Éstas les permiten crear los diversos estatutos propietarios y reconfigurar los existentes para que la institución de la propiedad pueda cumplir sus objetivos”<sup>133</sup>

Pero atendido al insatisfactorio resultado de la CENC, que al verse incapaz de determinar en qué consistía la esencia de la propiedad delegó su definición a la labor de la jurisprudencia constitucional, cabe recordar lo dicho por Aldunate:

“Una adecuada dogmática de la protección constitucional a la propiedad debe entroncar su desarrollo allí donde hasta ahora la ha dejado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en el marco constitucional, la actividad legislativa solo encuentra un límite en las disposiciones constitucionales, y, en relación a las limitaciones u obligaciones a la propiedad, las disposiciones que limitan expresamente al legislador son tres; el sustento de la función social de la propiedad en virtud del art. 19 N° 24 i. II; el eventual fundamento de una restricción en el art. 19 N° 8, y el respeto al contenido esencial o esencia del derecho del art. 19 N° 26. El marco fijado por la jurisprudencia constitucional no hace sino plantear la pregunta, al decir que ‘...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...’. ¿Qué es lo consustancial al derecho de propiedad, y que permite reconocerlo como tal?”<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Guiloff (2018b), p. 294-295

<sup>134</sup> Aldunate (2006), p. 289



A nuestro juicio, la respuesta dependerá de las diferencias posibles entre el concepto de limitación y el de privación.

### Privaciones

Por otro lado, hemos de tener presentes las “privaciones” que puede sufrir la propiedad. Para ello, abordaremos muy brevemente el concepto de expropiación, a partir del cual delinearemos las diferencias y similitudes que presenta con el concepto de privación. Podemos decir que la expropiación es una especie de privación, que sería el género. La expropiación es una institución de suyo antigua, que encuentra sus orígenes en el derecho romano, y que sobreviviendo a la Edad Media, llegó a ser reconocida por los diversos ordenamientos jurídicos del occidente moderno, manteniendo los elementos que le caracterizaron durante el periodo anterior: su procedencia por justa causa, y la necesidad de una compensación<sup>135</sup>. En nuestro ordenamiento se encuentra consagrada por el artículo 19 N° 24, inciso tercero, que establece que ha de proceder por ley dictada para tal efecto, y que requiere indemnización, que de no ser acordada en cuanto a la forma de pago, habrá de serlo en efectivo y al contado. De lo anterior, salta a la vista que la institución se delimita formalmente, pero el mismo artículo, como ya vimos en la sección pasada, determina que “nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”, por lo que cabe preguntarse, ¿pueden ocurrir privaciones, sin que haya mediado un acto expropiatorio formalmente delimitado?

---

<sup>135</sup> Ver: Fuentes (2018), pp. 28-33; 70-73; 355-403

Este tipo de privaciones, que no caerían en la categoría de expropiación en sentido estricto, son definidas por Matute como “aquellas intervenciones estatales que despojan al propietario de su bien, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, ya sea absoluta o parcialmente, ya sea perpetua o temporalmente”<sup>136</sup>, y señala tres criterios tradicionalmente usados por la doctrina para distinguir privaciones de limitaciones: los criterios de diferencia “cuantitativa”, “cualitativa”, y la doctrina del “sacrificio especial” fundada en principio constitucional de igualdad de las cargas públicas. En cuarto lugar, agrega su propia propuesta, que será tratada con mayor detalle en la sección sobre el “*instituto cuasiexpropiatorio*”.

El criterio *cuantitativo* pone su énfasis en la intensidad de la regulación, vista como una restricción impuesta por el Estado sobre los derechos considerados. Para este criterio, las regulaciones tendrán naturaleza expropiatoria cuando desconozcan el contenido esencial del correspondiente derecho. “Para esta corriente doctrinaria, tanto las limitaciones como las privaciones estatales constituyen conductas de la misma naturaleza, únicamente diferenciadas en el grado de profundidad de la lesión que provocan en el particular afectado”<sup>137</sup>.

El criterio *cualitativo*, entiende que las diferencias entre privación y limitación “no dicen relación con una diversidad de grados de afectación en la faz subjetiva del derecho de propiedad, sino que cuentan con distintas cualidades sustantivas que aconsejan un tratamiento dogmático diferenciado”, y que más bien responden a “distintas justificaciones de una y otra intervención”. Las limitaciones encontrarían su fundamento jurídico constitucional en la función social, constituyendo “la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las

---

<sup>136</sup> Matute (2014), pp. 50-51

<sup>137</sup> Matute (2014), p. 57

facultades dominicales y sus cargas, mientras que la privación “se fundamenta en causas extrínsecas al dominio, que no forman parte de su núcleo esencial”<sup>138</sup>.

La doctrina del *sacrificio especial* se centra en el carácter general que han de tener las limitaciones, poniendo “el énfasis en el universo de afectados por la respectiva medida regulatoria o privativa, según sea el caso”<sup>139</sup>. Según esta doctrina, “las expropiaciones tendrían un carácter singular, afectarían a una o varias personas determinadas, mientras que las delimitaciones constituirían una regulación de índole general, dirigidas a una pluralidad indeterminada de sujetos”<sup>140</sup>.

Según Chávez y Schiavoni, “los argumentos normativos de la teoría del sacrificio especial se encuentran en la Constitución, artículo 19 N° 20, que consagra la igualdad en la repartición de los tributos y cargas públicas”, y luego señalan que para “Oelckers Camus, el sacrificio especial significa que la carga en principio pública pasa de ser general a especial o individual, situación que supone además un daño efectivo, evaluable económicamente y por lo tanto, resarcible. Esta teoría entonces, sirve de fundamento para actuaciones administrativas conforme a derecho”<sup>141</sup>

Según Cordero y Núñez, nuestro texto constitucional reconoce la diferencia entre limitaciones y privaciones. Las *limitaciones* serían el resultado de la función social de la propiedad, que “implica reducir algunas de las posibilidades de actuación individual del propietario, pero en cuanto limitación u obligación que es consustancial a su derecho de propiedad, no generando indemnización”, mientras que las *privaciones* son aquellas autorizadas constitucionalmente “por una finalidad pública” que conducen al “cercenamiento de un derecho afectando su esencia y los

---

<sup>138</sup> Matute (2014), p. 57

<sup>139</sup> Matute (2014), p. 64

<sup>140</sup> Matute (2014), pp. 64-65

<sup>141</sup> Chávez y Schiavoni (2015), p 103

atributos que lo identifican. Todo ello a cambio de una indemnización que repare el daño patrimonial efectivamente causado”. En este orden de cosas, la idea del contenido esencial de los derechos se expresaría en nuestro texto constitucional “no como una prohibición de afectación sino que como una compensación del daño generado por una decisión del legislador que expresamente impone finalidades publicas sin contestación privada, salvo la del debido proceso en la determinación de la indemnización”<sup>142</sup>

El Tribunal Constitucional también se ha referido a esta distinción, al sostener que “mientras privación supone despojar a uno de una cosa que poseía, siendo su fundamento el interés nacional y la utilidad pública, limitar importa el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales, siendo su fundamento la función social que debe cumplir la propiedad”<sup>143</sup>.

### C. Tensión Funcional: Paradigmas de la Propiedad entre Escila y Caribdis

En 2006, Eduardo Aldunate utilizó esta antigua metáfora homérica para referirse a la difícil situación en que se encontraba el medio jurídico nacional, frente al problema que de manera persistente ha implicado distinguir entre limitaciones a la propiedad y privaciones de los “atributos o facultades esenciales del dominio”. Por un lado, caer en la confusión que lleva a considerar toda limitación como una privación, obstaculizando la operatividad de la función social y las regulaciones legales a la propiedad, y por otro, hacer caso omiso de los efectos expropiatorios que tales limitaciones pudieran de hecho implicar para los titulares afectados por éstas<sup>144</sup>. El

---

<sup>142</sup> Cordero y Nuñez (2014), p. 34

<sup>143</sup> STC, Roles N°s 245-246, Considerando 22°.

<sup>144</sup> Aldunate (2006)

problema ha sido enfrentado desde entonces por diversas posiciones doctrinarias, que al igual que Odiseo intentando retornar a Ítaca, se han visto expuestas a caer en las garras de Escila o ser devorados por la insaciable Caribdis.

Esta tensión ya ha sido comentada por cierto sector de la doctrina<sup>145</sup>, la que se ha referido extensamente a ella y la ha perfilado como una de las causas de la contradicción estructural que asume la propiedad constitucional en nuestro derecho. Sin embargo, según el punto de vista de otro sector<sup>146</sup>, esta tensión en realidad es solo aparente, siendo una especie de ilusión para quienes se aferran a la idea de introducir ideas extrañas al concepto de propiedad. Eduardo Cordero se ha referido a la expresión de este conflicto en el desarrollo del derecho urbanístico, en que a pesar de haberse fracturado, tanto material como jurídicamente, el concepto liberal de propiedad decimonónico:

“algunos autores van a persistir en esta posición, aun cuando las limitaciones que se imponen a la propiedad del suelo son de una magnitud y una profundidad que prácticamente rompen con los presupuestos de la propiedad liberal contenida en los Códigos Civiles y, especialmente, con los niveles de decisión que se le asignan al titular del derecho. Así, por ejemplo, en los albores de la nueva legislación urbanística española algunos autores insistían en analizar la legislación urbanística desde la perspectiva del derecho privado en la cual subyace la propiedad privada de tipo quirritario, entendiendo que los deberes sociales eran solo limitaciones al libre ejercicio de las facultades dominicales. Sin embargo, este modelo de comprensión de la propiedad del suelo sería superado al poco tiempo por la legislación, la doctrina y

---

<sup>145</sup> Aldunate (2006); Fuentes (2018); Guiloff (2016, 2018a, 2018b, 2019); Matute (2014)

<sup>146</sup> Fermandois (2016), pp. 266; 287-288

la jurisprudencia, entendiendo que la ordenación urbanística determina el “contenido” del derecho de propiedad, mediante la fijación tanto de los límites dentro de los cuales pueden ser ejercidas las facultades como de los deberes que han de ser cumplidos. (...) el Derecho urbanístico constituiría una limitación a las facultades absolutas del propietario, de acuerdo con la definición que da el artículo 582 del Código Civil”<sup>147</sup>.

En este mismo sentido, el autor señala que nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales aún mantienen esa concepción de la propiedad, a la que nos hemos referido ya en este trabajo como “paradigma señorial”, en materia de limitaciones a la propiedad inmobiliaria, pues en relación

“con el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, en su jurisprudencia general tanto el Tribunal Constitucional, como la Corte Suprema, han utilizado como elemento de referencia el concepto civil de propiedad. Frente a este concepto unitario de propiedad, la jurisprudencia ha entendido que toda acción pública –dentro de la cual podemos comprender a las acciones derivadas de la función pública del urbanismo– puede intervenir imponiendo limitaciones o privaciones al dominio”<sup>148</sup>

Luego el autor agrega que:

“También la doctrina mantiene una posición similar, en donde la pieza fundamental sigue siendo el concepto abstracto, unitario y absoluto de la propiedad, tal como la define el artículo 582 del Código Civil, de forma que el Derecho urbanístico

---

<sup>147</sup> Cordero (2015), p. 99

<sup>148</sup> Cordero (2015), p. 100

se presenta como un sistema de limitaciones a la propiedad, todas las cuales caen bajo el concepto clásico de policía municipal. Así, autores como Enrique Brahm García, quien comentando la normativa sobre urbanización dictada en Chile desde mediados del siglo XIX, sostiene que ‘el detalle de limitaciones y de directas privaciones del dominio no podía ser más agobiante. La propiedad inmueble urbana pasaba a ser, por excelencia, una forma de propiedad limitada. Surge así el Derecho urbanístico’. Por su parte, Enrique Rajevic afirma en breves palabras que ‘usualmente las normas urbanísticas impondrán limitaciones al derecho de propiedad privada’. Desde una perspectiva similar, algunos autores tienden a asimilar la propiedad civil con la propiedad regulada a nivel constitucional, tal como en su momento lo hizo nuestra Corte Suprema, para sostener un concepto unitario de este derecho anclado en su contenido esencial e insertar las normas urbanísticas como formas de limitación a la propiedad derivada de su función social”<sup>149</sup>

Esta concepción acerca de la propiedad es lo que denominamos “paradigma señorial”, que radicaliza la dimensión subjetiva de la propiedad privada, a tal punto, que no la reconoce como una institución en cuyo marco se dan diversas relaciones intersubjetivas, por ejemplo, entre el propietario y los terceros, o entre aquel y el Estado. Para este paradigma, la propiedad es un derecho pre-político, una expresión objetiva de la voluntad individual en la vida económica y social, que es de esta forma identificada como una esfera de autonomía, que puede ser ejercida con absoluta libertad, mientras no contradiga la ley o entre en conflicto con la esfera de otro individuo. Sin embargo, como ya hemos señalado, el concepto de ley anterior al siglo XX no tenía contemplados los niveles de regulación e intervención en la vida social que caracterizan al Estado burocrático contemporáneo, ni tampoco la relación que dichas intervenciones guardan con la

---

<sup>149</sup> Cordero (2015), p. 101

protección de diversos intereses públicos, como la protección del medio ambiente, la salud pública, o el avance de la protección de otros derechos fundamentales que pudieran colisionar con la propiedad privada de ciertos particulares.

Frente al paradigma señorial, y como veremos, en directa oposición a él, se configura el paradigma “social” o “funcional”, que entiende a la propiedad privada como un conjunto de relaciones intersubjetivas, en que se despliegan intereses contrapuestos, y no solamente el señorío absoluto de un individuo. En este sentido, es útil recurrir a la distinción planteada por Laura Underkuffler, entre una concepción “proteccionista” de la propiedad, en contraste con una concepción “operativa”<sup>150</sup>. La primera, entiende a la propiedad como una esfera autónoma, enfrentada a los intereses de la colectividad, mientras que la segunda, como una institución en cuyo marco se expresa la tensión entre el individuo y la colectividad. Underkuffler enfatiza, a nuestro juicio correctamente, que la primera concepción de la propiedad ni siquiera es capaz de reconocer el conflicto que le sería inherente, pues ya estaría resuelto desde que los derechos fueron establecidos, a diferencia de la segunda, que reconoce la posibilidad de su modificación en razón de aquel.

De esta manera, sostenemos que se han configurado dos paradigmas para enfrentar el problema de la propiedad privada, cuestión que es discernible e identificable en los diversos ordenamientos jurídicos del occidente contemporáneo (por lo menos). La doctrina habla insistentemente de “paradigma” para referirse a la concepción de la propiedad liberal, burguesa y decimonónica, pero no se ha enfatizado lo suficiente sobre la conclusión que se desprende del análisis ofrecido por Laura Underkuffler, en *“The Idea of Property: its Meaning and Power”*, esto es, que la primera concepción es ciega frente a lo que es capaz de expresar con claridad la segunda: la tensión

---

<sup>150</sup> Underkuffler (2003), pp. 37-51



individuo/sociedad. Bajo la concepción “común” o “proteccionista”, la propiedad identifica y protege intereses individuales frente a las fuerzas colectivas, y es entendida como una entidad opuesta al poder colectivo, por lo que las fuerzas colectivas, bajo esta concepción, son claramente externas a la protección que la propiedad, que en tanto entidad, garantiza<sup>151</sup>. En cambio, para la concepción que la autora denomina como “operativa” (y a la cual nosotros identificamos como paradigma social), la propiedad describe la manera en que ciertas tensiones entre individuo y colectividad han sido resueltas hasta ahora, pero que los derechos así establecidos pueden ser restablecidos (sin consecuencias jurídicas, como un derecho a indemnización o la declaración de inconstitucionalidad de dicho restablecimiento), según lo justifiquen nuevas circunstancias, por lo cual, el poder de la colectividad para cambiar tales derechos sin vulnerarlos es parte de la idea misma de propiedad<sup>152</sup>.

Esta “inconmensurabilidad” resulta aún más clara, si atendemos a la diferencia que la misma autora establece entre ambas concepciones, en relación con sus niveles de análisis<sup>153</sup>. Underkuffler propone un modelo de análisis jurídico de “dos escalones” (*Tier Two*) con el objeto de “predecir” qué derechos tendrán (y deberían tener) preeminencia por sobre otros, y cuáles no, en casos de intereses jurídicos contrapuestos, frente al modelo clásico que sería de un solo escalón, grado, o nivel (*Tier One*)

En el modelo clásico, se asume que los derechos tienen preeminencia, al menos presunta, frente a cualquier interés jurídico que no involucre a su vez un derecho, por lo que los derechos en el contexto del conflicto entre el individuo y la colectividad son “cartas de triunfo” (*rights as trumps*)

---

<sup>151</sup> Underkuffler (2003), p. 40

<sup>152</sup> Underkuffler (2003), p. 133

<sup>153</sup> Underkuffler (2003), *Predicting the Power of Claimed Rights: A Two-Tiered Model of Right's Presumptive Power*, pp. 75-85

contra cualquier interés público en competencia<sup>154</sup>. Como señala Dworkin, si bien los derechos pueden ser absolutos, también pueden no serlo, en cuanto un principio haya de ceder ante otro, o incluso frente a una determinada política pública urgente, pero a pesar de ello, se sigue de la definición de derecho el que no pueda ser sobrepasado por cualquier objetivo social, por lo cual hemos de entender que es algo característico de la idea de derecho el que mantenga un cierto umbral de protección frente a objetivos colectivos en general<sup>155</sup>.

Sin embargo, Underkuffler plantea que este esquema es insatisfactorio, por asumir con demasiada rapidez la diferencia esencial entre el interés público y los derechos de los particulares, así como la preeminencia de estos en todos los casos. La autora se remite a la jurisprudencia norteamericana en materia de privaciones (*takings*), y señala que en una base rutinaria se sacrifica el derecho de propiedad privada en aras de intereses colectivos, lo que es expresión de la adopción de la concepción “operativa” por los jueces de la Corte Suprema, y que vendría a ser la antítesis de lo que tradicionalmente se ha entendido por derecho de propiedad, con lo cual, la preeminencia presunta del derecho de propiedad planteada por la concepción “proteccionista” no resultaría adecuada siempre, y el tratamiento de los derechos de propiedad pretendidos en tales casos parece ser anómala e inexplicable (*anomalous and inexplicable*) bajo el exclusivo lente de las ideas tradicionales acerca de la propiedad. Por lo anterior, la oposición clásica entre interés público y privado no sería capaz de explicar la naturaleza de dicha relación en todos los casos<sup>156</sup>.

En consecuencia, la autora plantea que lo esencial de los derechos, en este sentido, serían sus valores centrales (*core values*), los que consisten en la protección de particulares estados de cosas

---

<sup>154</sup> Underkuffler (2003), p. 65

<sup>155</sup> Dworkin (1977), p. 92

<sup>156</sup> Underkuffler (2003), pp. 65-73

por razones particulares (*their protection of particular states of affairs for particular reasons*)<sup>157</sup>. En este sentido, los derechos no se establecen por la pura arbitrariedad y contingencia de la política, y su fuerza presunta o preeminencia no se definen por la oposición entre el interés colectivo y el individual. Underkuffler asume que algo en la naturaleza de las demandas que los derechos protegen justifica su preeminencia. Esto conduce a una “hipótesis normativa”, según la cual, los intereses jurídicos protegidos por los derechos reconocidos por la ley o la Constitución gozan de dicha protección, por cuanto sus valores centrales son particularmente apreciados por nuestra sociedad. No obstante, esta hipótesis tiene un corolario sobre el cual no se enfatiza lo suficiente, que es el hecho de que la preeminencia de los derechos solo procede cuando los valores centrales del derecho pretendido no son compartidos, de hecho, por el interés público en competencia. Si los valores centrales del derecho pretendido son de la misma naturaleza que aquellos involucrados en el interés público en competencia, no habría base alguna para concluir que el derecho involucra valores normativamente más importantes, y por tanto, que posee preeminencia frente al interés público<sup>158</sup>.

De esta forma, el esquema “clásico”, constituiría un esquema de análisis “de un solo escalón” (*Tier One*), en que el derecho pretendido (*claimed right*) del propietario tendrá preeminencia por sobre el interés público en competencia, por cuanto los valores centrales (*core values*) que subyacen al derecho pretendido y al interés público son diferentes en naturaleza (*different in kind*), siendo ambos enteramente diferentes, y por tanto, entidades no relacionadas (*entirely different and unrelated entities*), mientras que en el modelo planteado por la autora (*Tier Two*), el derecho pretendido no tendrá preeminencia por sobre los intereses públicos en competencia, en el caso de que los valores centrales que subyacen a ambos sean iguales en naturaleza (*the same in kind*).

---

<sup>157</sup> Underkuffler (2003), p. 73

<sup>158</sup> Underkuffler (2003), p. 74

En el segundo esquema, el derecho pretendido y el interés público están, de hecho, integralmente relacionados. Ambos son vistos, de manera mas acertada, como dos interpretaciones en competencia acerca de la naturaleza “fundacional” (*foundational*) del derecho que ambos involucran. El conflicto entre ambos es interno al derecho mismo, y es acerca de su definición, alcance y significado. El derecho reclamado y el interés publico en competencia son, presuntamente (*presumptively*) de igual poder, sin que sea favorecido uno por sobre el otro<sup>159</sup>.

Underkuffler ofrece, para mayor claridad del lector, una representación gráfica de ambos modelos de análisis<sup>160</sup>, la que será replicada y adaptada a nuestro idioma a continuación:

Figura 1:

Un Escalón  
(*Tier One*)

Derecho Pretendido

vs.

Interés Público

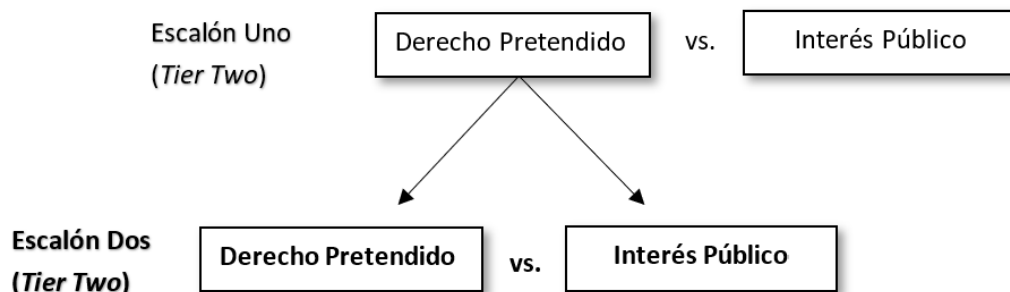
- El derecho pretendido y el interés público en competencia involucran diferentes valores centrales (*core values*)
- El derecho pretendido -como una entidad- es afirmado en contra del interés público en competencia que es conceptualmente externo a él.
- El derecho pretendido tendría preeminencia (*claimed right has presumptive power*)

---

<sup>159</sup> Underkuffler (2003), p. 75

<sup>160</sup> Las tablas originales pueden ser revisadas en: Underkuffler (2003), p. 76

Figura 2:



- El derecho pretendido y el interés público en competencia involucran los mismos valores centrales
- El conflicto entre el derecho pretendido y el interés público en competencia presentan una pregunta interna acerca de cuál es el derecho fundacional en el escalón uno.
- El derecho pretendido y el interés público en competencia son presuntamente de igual fuerza (*are of presumptively equal power*).

De esta manera, la concepción proteccionista implica solamente un nivel, grado o escalón de análisis (*Tier One case*) mientras que la operativa, implicaría dos niveles, grados o escalones de análisis (*Tier Two case*). El primer esquema sería de un solo nivel, por cuanto asume que el interés privado se opone al interés público, al ser ambos de una naturaleza enteramente diferente por responder a valores subyacentes distintos, en virtud de lo cual se asigna preeminencia al interés privado por sobre el interés público. El segundo esquema sería de dos niveles, puesto que reconoce igual valor a ambos intereses, por responder ambos a los mismos valores subyacentes, y en razón de dicha igualdad, se hace posible atender a la tensión *interna* entre ambos, sin determinar de

antemano cual tiene preeminencia, como sucede en el primer esquema. Dicho de otra manera, el primer esquema solo reconoce su propia posición y preeminencia en la resolución del conflicto de intereses representado en la institución de la propiedad, mientras que el segundo, reconoce esa tensión, y sin tomar posición respecto de cualquiera de ellas, se lanza a intentar resolverla. En este sentido, podemos ver como la adopción del primer esquema en cuanto a la regulación de la propiedad privada, conduce a una posición conservadora, ideológicamente cargada por asumir que la “función señorial” es el único contenido del derecho de propiedad, mientras que la segunda, reconoce su naturaleza social y conflictiva, al asumir que en el marco de la propiedad privada como realidad social y jurídica se expresan intereses en conflicto, que al menos en abstracto, son igualmente valiosos.

Esta crucial diferencia entre esquemas analíticos, y la ceguera que caracteriza al primero respecto de la tensión interna reconocida por el segundo, puede ser explicada si nos atenemos a los planteamientos de quien vino a popularizar el concepto de paradigma, el filósofo de la ciencia Thomas Kuhn, para quien los paradigmas son formas de ver el mundo, que no lo identifican de manera objetiva, para luego constituirse en instrumento de observación científica de éste, sino que en tanto instrumentos, afectan la manera en que el mundo se presenta al observador. De esta forma, delimitan el campo de investigación y al mismo tiempo, definen los problemas relevantes dentro de la disciplina investigativa<sup>161</sup>.

En relación con la teoría de los paradigmas de Kuhn, y su aplicación a las características específicas de la discusión jurídica, Fernando Atria ha planteado que “lo que distingue a un paradigma

---

<sup>161</sup> Kuhn (1971)

científico de uno político sería solo su contenido”, pues “en ambos casos se trata de lo mismo, de un conjunto de ideas que desempeñan una cierta función constitutiva de una práctica”<sup>162</sup>.

De esta manera, “uno de los indicios más notorios de la crisis de un paradigma político es el reconocimiento de problemas en cuestiones que de acuerdo con el paradigma dominante no son problemas”<sup>163</sup>, y esto es exactamente lo que podemos constatar en la transformación de la propiedad privada desde el siglo XIX al siglo XX, pues en dicha transición, aparecieron como problemas cuestiones que antes no lo eran, como son las limitaciones impuestas por la ley a la propiedad y la creación de regímenes especiales de propiedad que no podrían encuadrarse bajo el paradigma señorial decimonónico.

Los paradigmas son inconmensurables, pues la forma de ver el mundo que sostienen es diferente entre sí. Tal como la diferencia entre la física newtoniana y la teoría de la relatividad no puede, en estricto rigor, resolverse desde un criterio objetivo e imparcial, pues son los paradigmas mismos los que definen los criterios válidos de verificación científica, la diferencia entre el paradigma señorial y el funcional presuponen mundos distintos: el primero, un mundo de grandes propietarios agrícolas, en que la mayor fuente de riqueza es la tierra, y en que el Estado cumple principalmente la función de custodio de la ley y la libertad individual; el segundo, un mundo en que las brutales diferencias de clase han derribado la noción universal de ciudadano abstracto, en que los objetos de la propiedad progresivamente dejan de ser cosas corporales, y en que el Estado, por la complejización de la economía y las demandas por justicia social, comienza a adoptar facultades que hasta ese momento le eran absolutamente ajenas.

---

<sup>162</sup> Atria (2014), p. 92

<sup>163</sup> Atria (2014), p. 168

En el tránsito de un paradigma a otro, según Kuhn, podemos notar que “puesto que los nuevos paradigmas nacen de los antiguos incorporan ordinariamente gran parte del vocabulario y de los aparatos, tanto conceptuales como de manipulación, que previamente empleó el paradigma tradicional. Pero es raro que empleen exactamente del modo tradicional a esos elementos que han tomado prestados. En el nuevo paradigma, los términos, los conceptos y los experimentos antiguos entran en relaciones diferentes unos con otros”<sup>164</sup>, lo que en el caso de las teorías acerca de la propiedad privada resulta particularmente elocuente. Pasamos de un mundo a otro, pero los conceptos han seguido siendo los mismos. En el contexto jurídico angloamericano, se terminó por adoptar un esquema en que la cosa desaparece de las relaciones jurídicas involucradas en la propiedad privada, mediante la adopción del esquema de Hohfeld y la desaparición de una supuesta esencia de la propiedad, lo que va en consonancia con los cambios acaecidos producto de la revolución industrial. Hoy en día, incluso, seguimos llamando propiedad a una serie de relaciones que difícilmente podrían ser catalogadas de tal por el paradigma señorial, dadas las diversas restricciones que implican los distintos tipos de regímenes especiales de propiedad, como podrían serlo la industrial o la intelectual, las cuotas de pesca o la propiedad urbana.

Finalmente, y el elemento que resulta decisivo para lo desarrollado hasta ahora, es la superioridad que puede implicar la teoría sostenida por el nuevo paradigma respecto del antiguo, lo que se traduce no en “si una de ellas es en algún sentido portentoso <<verdadera>> y la otra falsa, sino si el paso de una a otra ha sido un paso que reduce el error”, o dicho en otros términos, “si es posible dar cuenta de una teoría desde la otra”<sup>165</sup>. En este sentido, el ejemplo dado por Taylor y citado por Atria es iluminador: el paso de la explicación aristotélica a una galileica del mundo físico.

---

<sup>164</sup> Kuhn (1971), p. 232

<sup>165</sup> Atria (2014), p. 97



“El principio para la primera era «no hay movimiento sin un motor», y para ella era especialmente difícil explicar, por ejemplo, el caso de los movimientos «violentos» (como el de un proyectil una vez que sale de la mano o del cañón). La solución a este problema necesitaba teorías que se basaran en la inercia, lo que invertía precisamente los supuestos básicos que especificaban qué es lo que necesitaba ser explicado. Taylor usa este ejemplo para mostrar lo que significa la idea de reducción del error, que implica no solo que ahora podemos dar cuenta de una «anomalía» que antes era recalcitrante, sino también que desde la nueva teoría podemos dar cuenta de la antigua, pero no al revés. Es esta asimetría la que resulta decisiva: Lo que nos convence incluso ahora de que Galileo estaba en lo correcto podría expresarse en términos de un «puntaje» más alto de las teorías de la inercia sobre las teorías aristotélicas en lo que se refiere al fenómeno del movimiento. Después de todo, los aciertos de Galileo son evidentes. Pero lo que fue y es también un factor importante [...] es la capacidad de las teorías de la inercia de explicar la estructura de dificultades que afectaba a las aristotélicas. La superioridad significa aquí no solo un mayor puntaje relativo en relación a cómo cada una explicaba «los hechos», sino también la capacidad de cada una de dar cuenta de ella misma y de la otra al explicar esos hechos. Al comparar las historias de ambas teorías, emerge algo más que lo que es visible al realizar una comparación de sus resultados. Esto muestra una relación asimétrica entre ellas: uno puede moverse de Aristóteles a Galileo aumentando el entendimiento, pero no viceversa”<sup>166</sup>

De esta forma, el paradigma funcional (o la concepción operativa) es superior al paradigma señorial (o concepción proteccionista), pues es capaz de explicar fenómenos que para el segundo

---

<sup>166</sup> Atria (2014), p. 97

son sistemáticamente vistos como anomalías, y aun así, reconoce la importancia de la protección del interés individual en el marco de la propiedad privada, solo que de manera correcta, no imputándole *a priori* un valor fundamental que le otorgue preeminencia frente a cualquier otro tipo de interés antes siquiera de atender al caso concreto en que se presenta el conflicto, lo que llega incluso a niveles antisociales en algunas argumentaciones, en que la propiedad es sacralizada de tal forma, que los excesos del señorío absoluto parecieran no ser un problema, aunque impliquen la destrucción del medioambiente, del patrimonio cultural o la afectación de otros derechos de propiedad, solo que menos notorios, como veremos en el próximo capítulo al atender al desarrollo jurisprudencial y doctrinario nacional.

A pesar de todos estos cambios, el paradigma señorial sigue sirviendo de base para un sector de la doctrina y la jurisprudencia, que tienden a minimizar el impacto de aquellos, así como la nueva naturaleza de las diversas propiedades en nuestro sistema. Esta interpretación de la propiedad se enfrenta a aquella que busca desarrollar su dimensión social, lo que en caso alguno significa necesariamente reducir al propietario a un mero “funcionario” del Estado que ha constituido su propiedad, sino precisamente a reconocer la tensión que habita en la propiedad privada contemporánea.

En el desarrollo constitucional chileno, ya en las sesiones de la Comisión Constituyente de 1925 (CC-25) se constató la tensión funcional a la que ya nos hemos referido, y que será la base de la contradicción estructural de la propiedad en nuestro sistema, cuando Guillermo Matte Edwards se refirió a la posibilidad de incorporar a la función social en el texto constitucional, al expresar sus temores:

“Respecto de una propuesta de Eliodoro Yáñez que: Según esa redacción, después se vería el legislador obligado a mantener al dueño en su título de tal; pero éste podría

llegar a ser sólo un título honorífico que no tuviera consecuencias jurídicas de ninguna especie. En consecuencia, esa disposición puede llegar a no significar garantía alguna del mantenimiento del actual estado de seriedad y de seguridad del derecho de propiedad en lo que se refiere a su uso y goce legítimos... El solo hecho de que se dijera en la Constitución que el ejercicio del derecho de propiedad está sujeto a los deberes que las leyes les señalen por razón de utilidad pública sería, a su juicio, dejar el campo abierto para que los agitadores más tarde sostuvieran que el campo de la ley en esta materia es ilimitado, y que, en la limitación de este derecho, se puede llegar hasta la suspensión del uso, del goce y de la facultad de disponer las cosas...”, como se desprende de las Actas de dicha comisión<sup>167</sup>.

Esta tensión no hace sino aumentar en el desarrollo de la historia de Chile, desde 1925 hasta 1970, año en que alcanza su apogeo, al ser electo Salvador Allende como Presidente de la República, quien recurriría a la misma idea de función social de la propiedad, en una interpretación radicalizada, para hacer avanzar su agenda de gobierno cuyo objetivo era el establecimiento democrático del socialismo y la superación de la propiedad privada y del capitalismo en Chile. Para tal propósito, es muy sabido que se recurrió de manera rupturista el derecho establecido, que ya habiendo sido utilizado en múltiples ocasiones por las políticamente diversas administraciones que cubren este periodo, con Allende toman una nueva dirección y sentido<sup>168</sup>, no siendo una excepción la función social de la propiedad.

---

<sup>167</sup> CC-25, p. 324, citado en: Aldunate (2008)

<sup>168</sup> Ver: Faúndez (2011)

El golpe militar implicó una serie de cambios y modificaciones en el ordenamiento jurídico nacional, a través de “actas constitucionales” en la forma de Decretos Leyes dictados por la Junta Militar, en que se buscó lidiar con los remanentes legales de toda ideología colectivista en nuestro sistema<sup>169</sup>, agudizados durante las administraciones de Frei y Allende. Este proceso culmina con la redacción de la Constitución de 1980, en que se consagra la actual configuración del derecho de propiedad en nuestro país, incluyendo a la función social. Las sesiones de discusión de la CENC constituyen un valioso material, no tanto por su valor dogmático (que ya fue criticado en el Capítulo 1, y lo será también en este), sino porque permiten ver la idea que los diseñadores constitucionales tenían de esta tensión funcional en el seno de la institución de la propiedad, así como sus posturas respecto a la manera correcta de resolverla, y que finalmente quedaron plasmadas en el texto, estableciendo la compleja y contradictoria estructura que tantas desavenencias y confusión ha causado en la doctrina y la jurisprudencia.

---

<sup>169</sup> Ferrada (2014), pp. 38-39

### III. Capítulo III – Contradicción Estructural

La idea de que el núcleo esencial pueda llegar a incorporar elementos que exceden la estructura clásica de la propiedad representa una serie de problemas. Conceptualmente, implicaría de alguna manera que el núcleo de la propiedad incluye más elementos que la propiedad misma, o para decirlo en términos metafóricos, implicaría que el núcleo del sol es más grande que el sol mismo. Al incorporar cualquier expectativa económica o lucrativa que pudiera derivar del aprovechamiento del bien dentro del núcleo esencial del dominio, excediendo las delimitaciones mismas de la estructura clásica de la propiedad compuesta por las facultades y atributos establecidas por el Código Civil, se configura una interpretación demasiado extensiva de lo que vendría a ser la “esencia” del dominio<sup>170</sup>. Seguir este camino implica hacer difusa la línea divisoria entre intereses legítimos y meras expectativas en relación a lo que el dueño genuinamente tiene derecho. Lo anterior, en relación con las limitaciones a la propiedad derivadas de su función social, termina constituyendo una especie de “*derecho a que el mundo no cambie*”<sup>171</sup>, ya que como cualquier regulación modifica situaciones jurídicas existentes, siempre alguna expectativa o interés futuro se verá afectado.

Una de las primeras expresiones de la disolución de las diferencias entre regulación y privación se vio reflejada en “Galletué c/ Fisco”, en el que se indemnizó a la parte afectada siguiendo criterios más bien dudosos y poco rigurosos a nuestro juicio. En dicho caso, los dueños afectados seguían teniendo el dominio de las araucarias, pero carecían de la posibilidad de destruirlas con miras a su explotación. Dicho de otro modo, su título de propiedad se hallaba intacto en lo relativo a la relación con la cosa, pero el Estado había impuesto un límite sobre una de las formas de disponer de ella. En términos del derecho civil, seguían siendo dueños, y aun así fueron indemnizados. Esto

---

<sup>170</sup> Cuestión ya criticada por Guiloff (2018)

<sup>171</sup> Horwitz (1992), p. 151

implica que aunque la Corte no haya revertido la regulación, ésta fue interpretada como una expropiación, al permitir la Corte el desplazamiento patrimonial desde el Estado al afectado a través de la indemnización, elemento característico de dicha institución

El fallo establece que, aunque la limitación era legítima, se otorgaría indemnización de todas formas por cuanto la ley no lo prohibía:

“Que en cuanto a la naturaleza de la prohibición que impone el Decreto Supremo N° 29, no tiene, desde luego, el alcance de una expropiación que el propio fallo recurrido le niega, puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños de esa especie arbórea; ni tampoco se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer libremente del objeto de la propiedad; la prohibición de cortar, explotar y comerciar la araucaria no impide toda forma de goce ni tampoco toda suerte de disposición ya que no obstaculiza, por ejemplo, la venta de los bosques juntamente con el terreno, y por ende, se trata tan sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en una autorización de la ley, acorde con el inciso 2° del número 24 del artículo 19 de la Constitución. Pero, este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no la vulnera”<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema en “Comunidad Galletué con Fisco”, 07 de agosto de 1984, Considerando 7°

El fundamento de dicha indemnización se encuentra en los considerandos 9º y 12º del mismo fallo. La Corte estableció en el considerando 9º que, si la privación de las facultades o atributos esenciales del dominio en estado de excepción implicaban indemnización, con mayor razón debían hacerlo en tiempos de normalidad. Lo anterior es reforzado en el considerando 12º, en el que se hace referencia a la equidad y la justicia como fundamento de la indemnización, así como a numerosas disposiciones en que se funda la responsabilidad del Estado frente a afectaciones de garantías constitucionales y derechos fundamentales.

Similar razonamiento subyace al considerando 34º del fallo denominado “Playas I”, en el cual el Tribunal señaló, respecto del deber de tolerar el paso por los predios colindantes a las playas públicas, y cuyo objetivo era permitir el acceso a ellas, que

“al no establecer el Decreto como se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, su bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio. En este caso no hay privación total del uso y goce, pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado”<sup>173</sup>.

Respecto a los dos casos recién reseñados, Aldunate dice que se hace “imposible toda distinción entre limitaciones al dominio y privación de alguna de sus facultades o atributos esenciales”, pues al no haber “criterio jurídico que permitiese hacer una distinción entre ambos conceptos; la línea

---

<sup>173</sup> STC Roles N°s 245-246, Considerando 34º

divisoria quedaría entregada a la mera subjetividad judicial en la apreciación práctica de las consecuencias de una regulación legal”<sup>174</sup>. Esto adquiere gran importancia, atendido el hecho de que similares razonamientos se han suscitado en diversos fallos desde entonces, como veremos al revisar el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

En el derecho norteamericano de finales del siglo XIX se produjo un fenómeno similar en el marco de la evolución del derecho de propiedad. Con el desarrollo del capitalismo industrial y la subsecuente y rápida “desfiscalización” o “abstracción” de la propiedad, los contornos obvios y objetivos de la propiedad física que en el pasado permitían establecer con natural claridad cuando se producía una intromisión ilegítima en la propiedad de alguien, se desvanecieron, pues los bienes inmateriales y abstractos no tienen una realidad física que sirva de criterio para delimitar el perímetro de protección al cual tiene derecho el titular del dominio. En este sentido puede entenderse la descripción histórica planteada por Morton Horwitz:

*“The gradual collapse of a physicalist definition of property after 1870 revived all of the contradictions that had been barely suppressed in traditional doctrine. For as the definition of a property right became divorced from a concrete physical objects with bright-line boundaries and came to turn more and more on abstract ideas of individual expectations of stable market values, the very conception of property became infinitely expandable. The result was that during the 1880s and 1890s a variety of new property interests for the first time received recognition by American courts. These property interests were endowed with what, by traditional standards, can only be called extravagantly expanded prerogatives. During this period, American courts came as close as they had ever had to saying that one had a property right to an unchanging*

---

<sup>174</sup> Aldunate (2006), p. 288



*world*<sup>175</sup>.

Lo anterior no es sorprendente, y en realidad, debiera resultar del todo obvio una vez atendida la relación entre el “individualismo posesivo” y este tipo de doctrinas jurídicas, particularmente afectadas por un sesgo privatista en su concepción del derecho de propiedad. Lo anterior resultará más claro al referirnos a los tres primeros fundamentos del “individualismo posesivo”, de los siete propuestos por Macpherson, poniendo particular atención al tercero:

I. Lo que hace propiamente a un hombre es la libertad frente a la dependencia de la voluntad de los demás

II. La libertad de la dependencia de otros significa libertad frente a cualquier relación con los demás, excepto aquellas en las cuales el individuo entre voluntariamente, considerando sus propios intereses.

III. El individuo es esencialmente el propietario de su propia persona y capacidades, por lo que no debe nada a la sociedad.

En este orden de cosas, Macpherson sostiene que la tercera proposición es fundamental para el individualismo posesivo, pues este sería el principio mediante el cual los individuos rigen sus acciones y por el cual establecen sus relaciones de propiedad, fundadas sobre la idea del control exclusivo sobre una cosa, de tal manera que “la visión tradicional, según la cual la propiedad y el trabajo son funciones sociales, y la idea de la propiedad que envuelve obligaciones sociales, resultan así socavadas”<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Horwitz (1992), p. 151

<sup>176</sup> Macpherson (2005), pp. 257, citado en: Ramis (2017), p. 145

La estructura de la función social dentro de la propiedad se configura a través de las causales ya expuestas, que hacen procedentes las limitaciones a la función señorial propia del derecho civil, en la forma de regulaciones administrativas al dominio. El desarrollo del concepto de propiedad en un sentido u otro determinará si esas limitaciones son procedentes, o si, por el contrario, serán consideradas como restricciones. Una noción de propiedad tan radicalmente subjetivista como la defendida por Fermandois<sup>177</sup>, hace imposible cualquier tipo de limitación a la propiedad como una intervención distinta de la expropiación, y por ende, conduce a la inviabilidad de las regulaciones, dejando como letra muerta la consagración constitucional de la función social de la propiedad. Al entender que las facultades y atributos del dominio configuran un espacio de libertad irrestricto y expansivo para el titular, cualquier afectación de alguno de dichos elementos llevará forzosamente a la conclusión de que se está pasando a llevar el poder del titular, por lo cual será procedente la indemnización o la declaración de inconstitucionalidad. Por el contrario, si se asume una posición que entiende a la función social de la propiedad como parte integrante del derecho de dominio, se hace posible realizar el interés inmediato de la sociedad a través de las regulaciones.

Esta tensión es, en definitiva, una disputa entre concepciones sobre la propiedad. Ambas posiciones buscan desarrollar el concepto de propiedad en un sentido específico. Mientras unos entienden a la propiedad como un derecho absoluto que garantiza la autonomía del individuo y nada más, otros buscan desarrollarlo en el sentido que permita hacer posible la realización del interés general a través de la función social que ha de cumplir la propiedad. Al ser ambas nociones objeto de interpretación en el marco de la hermenéutica constitucional, “la determinación de su contenido concreto es siempre un juicio político: es un juicio sobre cómo deben desarrollarse en

---

<sup>177</sup> Fermandois (2004, 2016)

la historia esos principios fundacionales”<sup>178</sup>. A similar conclusión llega Claudio Matute, en su obra ya citada<sup>179</sup>.

Atria se refiere a la importancia de los conceptos constitucionales, y a lo que está en juego en la determinación de sus interpretaciones posibles:

“Las disposiciones del art. 19 no son normas que puedan ser correctamente entendidas como normas jurídicas. Y no lo son no porque sean (si lo son) normas incorrectas, es decir injustas, sino porque ellas no expresan concepciones sino conceptos. Un concepto de justicia, por ejemplo, es el de Ulpiano, «dar a cada uno lo suyo» (D. 1.1.10.1). En este sentido, un concepto es una formulación muy abstracta de una idea. Un concepto no es una tautología, y por eso puede ser negado sin contradicción. Por eso al identificar nuestros conceptos constitucionales no hacemos una lista de banalidades sin mayor relevancia. Los conceptos políticos fundamentales se diferencian de las concepciones políticas de ellos, precisamente en que el desacuerdo político es desacuerdo entre concepciones, mientras que el desacuerdo en los conceptos no es desacuerdo político. Las personas con concepciones opuestas de la justicia no difieren entre sí en el concepto de justicia, sino en cuanto a su contenido concreto; no en que es justo dar a cada uno lo suyo, sino en qué es lo que cada uno puede reclamar como suyo. Esta ulterior especificación es lo que constituye una concepción”<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> Atria (2016), p. 319

<sup>179</sup> Matute (2014), p. 213

<sup>180</sup> Atria (2016), p. 275

A. Orígenes: el núcleo esencial del dominio y las potestades estatales

1. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el derecho de propiedad

Cordero, al referirse a los orígenes de nuestro concepto constitucional de propiedad, nos dice que “para el estudio de la regulación del derecho de propiedad se creó una Subcomisión presidida por el profesor de Derecho civil José María Eyzaguirre de la Huerta, cuyo trabajo se contiene en un informe presentado a la CENC. Esta Comisión realizó un profundo y detenido estudio sobre la garantía del derecho de propiedad, el que duró aproximadamente ocho meses y se desarrolló en torno a las treinta sesiones”<sup>181</sup>.

En el informe de la Subcomisión de Propiedad de la CENC se plantea por los comisionados Eyzaguirre y Urenda la evidente tensión entre las dimensiones pública (u objetiva) y privada (o subjetiva) en el marco de la propiedad. A ambos, les preocupaba que en virtud de “las disposiciones vigentes que facultan al legislador para establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, así como para imponer obligaciones y limitaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos”, el legislador pudiese privar de todas sus facultades al titular del derecho de propiedad, sin mediar expropiación o compensación algunas. A este respecto, se encuentra entre las novedades propuestas la idea de “esencia” de los derechos, sugerida por Julio Philippi. El objetivo de incorporar esta innovación en la Carta Fundamental habría sido proteger de mejor manera a los titulares del derecho de propiedad, estableciendo una distinción entre el ejercicio del derecho y el derecho mismo, siendo sólo posible limitar el ejercicio, y no el derecho. Además, se señala en las actas que “el concepto de esencia tiene la ventaja, en

---

<sup>181</sup> Cordero (2006), p. 136

mayor medida que la distinción entre derecho y ejercicio, de que va evolucionando en función del desarrollo cultural y las condiciones sociales, pudiendo incluso ocurrir que aquello que hoy es esencia mañana pueda dejar de serlo y viceversa”<sup>182</sup>.

“Aquí se suscitó una de las primeras discrepancias en el seno de la Subcomisión, y ella es la posibilidad de que se pueda recurrir de inaplicabilidad respecto de alguna legislación que lesione la esencia del derecho de propiedad. La mayoría de la Subcomisión fue de opinión de que era perfectamente posible recurrir a la Corte Suprema, planteando la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una ley que lesionara la esencia del derecho de propiedad, pero hubo una minoría que estimó que ello no era posible porque el recurso de inaplicabilidad, tal como había sido entendido por nuestros Tribunales de Justicia, se limitaba a una comparación formal entre la ley inaplicable y el texto constitucional y sólo en la medida en que apareciese una contradicción flagrante entre el texto constitucional y la ley que se pretendía declarar inaplicable podría prosperar el recurso de inaplicabilidad; además, porque tratándose de este concepto de la esencia del derecho, meramente conceptual, iba a ser realmente muy difícil que los Tribunales de Justicia pudieran acoger una inaplicabilidad sobre esta materia. En la historia fidedigna del establecimiento del informe de la Subcomisión quedó en claro que era posible que se planteara el recurso de inaplicabilidad; que en la Subcomisión se pensaba que este concepto de la esencia del derecho debería ser elaborado por la jurisprudencia y también que ésa era la manera de que este concepto fuera evolucionando conforme a las circunstancias sociales del país. Ese fue el criterio que primó, pero hubo discrepancias”<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> CENC, IV, pp. 906-907

<sup>183</sup> CENC, V, p. 4

Fue el comisionado Evans de la Cuadra quien más radicalmente en contra se mostró frente a esta idea de “esencia de los derechos”, contrariando a su vez a la gran mayoría de la Comisión, que estimaba dicha innovación como un claro avance en la protección de los individuos. Con mucha claridad, Evans denota precisamente el problema que se busca abordar en este trabajo, esto es, las consecuencias jurídicas y políticas que derivan de la indeterminación del contenido esencial del derecho de propiedad. El comisionado señaló como correcto que el legislador, y sólo él, fuera el regulador de los modos de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad, pero luego cuestionó que “la norma en discusión preceptúa que lo anterior es sin afectar la esencia del derecho”, lo cual resultaba poco claro, y en tal sentido se pregunta si con ello “¿se quiere decir que hay una institución, o un bien jurídico, o un valor jurídico anterior y superior al texto constitucional: el derecho en su esencia?”, que por ello, resultaría invulnerable frente al legislador. Evans explica que “la única manera de tocar el derecho en su esencia es afectar alguno de los elementos que lo constituyen”, pues no habría según él otra forma de afectar dicha esencia, siendo tales elementos “los modos de adquirir, de usar, de gozar y de disponer. Y el legislador, que es el único que puede tocar los elementos constitutivos del derecho, no puede alterar la esencia del derecho. Existe, en consecuencia, una limitación para el legislador, pero es una limitación que no está en el texto constitucional, ya que éste no expresa cuál es la competencia del legislador en materia de modos de adquirir, o en materia de reglamentación del uso, goce y disposición del dominio”<sup>184</sup>.

Luego, el comisionado Evans designa a esta “esencia del derecho de propiedad” como una entelequia metafísica, anterior a la voluntad del legislador y a la constitución misma, la que de ser consignada en ésta, terminaría por congelar el dominio. Al no estar definido por el constituyente, inevitablemente se entendería que ese núcleo esencial serían las facultades y atributos del

---

<sup>184</sup> CENC, V, Sesión 150<sup>a</sup>, p. 28

dominio, lo que tendría por consecuencia que “el legislador no podría concebir entonces —porque no lo hace el constituyente—, otra fisonomía del derecho de propiedad y decir, por ejemplo, que es posible que exista dominio con un uso condicionado o limitado; con un goce temporal; con una facultad de disposición limitada en el tiempo; con una restricción o ampliación de los modos de adquirir; con plazos de caducidad para el ejercicio de estos últimos o para la extinción del derecho. Todo lo anterior, porque la idea de la esencia del derecho —reitera— aparece como un concepto al cual debe someterse necesariamente el legislador y que el constituyente ampara”<sup>185</sup>. Sin embargo, el comisionado luego declara que le parece pertinente incluir el concepto de “esencia” en el texto, más no en lo que concierne a los elementos constitutivos del dominio, sino en lo respectivo a limitaciones y privaciones, que es como fue finalmente fijado, perdurando dicha configuración hasta el día de hoy. Concordamos con la primera parte del análisis del comisionado, que se muestra crítica ante la incorporación de dicho concepto por las complicaciones interpretativas que podía presentar a futuro, más no entendemos porque la inestabilidad que este concepto genera por su indeterminación desaparecería al ser trasladada al terreno de las limitaciones y privaciones al derecho de propiedad, puesto que para definir si una regulación es una limitación o una privación ilegítima, el criterio a usar es la afectación del núcleo esencial del dominio, con lo cual debemos entrar a definir en qué consiste exactamente. El problema, como se ve, persiste.

El problema se complejiza aún más, cuando el comisionado Silva Bascuñán muestra su desacuerdo con Evans, señalando por un lado que es una valiosa innovación, y por otro, “que cuando se habla del derecho de propiedad se refiere aquí a todo beneficio patrimonial: derecho real o personal, derecho de dominio sobre las cosas corporales e incorpóreas, reales o créditos, etcétera; es decir, cualquier tipo de beneficio patrimonial está comprendido dentro del derecho de propiedad. De

---

<sup>185</sup> CENC, V, p. 29

manera que no se debe creer que cuando la Constitución habla del derecho de propiedad éste sea una categoría jurídica fijada en la sistemática especializada del derecho real de dominio sobre las cosas corporales, idea que puede asilarse en la tradición jurídica, por un lado y, por otro, en los términos usados por el constituyente que ha empleado aquí las palabras ‘usar, gozar y disponer’, que son precisamente términos usados por el Código Civil en la definición del derecho real de dominio. De modo que aquí lo que se asegura por el constituyente a todos los habitantes es que nadie puede ser privado sin expropiación, u otra causa que se halle establecida en la Carta Fundamental, de la esencia del beneficio patrimonial que se le ha concedido”<sup>186</sup>. Esta tesis se asemeja a lo que ha sostenido parte de la doctrina contemporánea, cuya concepción de la esencia del dominio pretende exceder con creces los clásicos atributos y facultades del dominio, como ha quedado demostrado jurisprudencialmente en casos en que se integran a ese núcleo esencial otros elementos, como son la “razonable expectativa de un retorno económico”, o la “reducción del valor económico de la cosa”, argumento dado en “Maullín con Fisco” en 2002<sup>187</sup>, y reiterado por la mitad de los ministros del Tribunal Constitucional en “Banco de Chile con Fisco” en 2019.

Se decide finalmente, mantener la palabra “esencia”. Tras discutir acerca de la conveniencia de incorporar dicha palabra, los comisionados se muestran de acuerdo en hacerlo, pues como señaló el presidente de la comisión, Enrique Ortúzar, “resulta no sólo difícil, sino casi imposible definir lo que es la esencia del derecho. Pero, en el fondo, todos tienen también un concepto de lo que es la esencia del derecho de propiedad, y aceptan que incluso el derecho de propiedad como tal, es un derecho natural anterior inclusive a cualquier ordenamiento jurídico, puesto que los bienes indispensables fueron creados por Dios para satisfacer las necesidades de los hombres”<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> CENC, V, p. 31

<sup>187</sup> Dicha sentencia fue aplaudida por Fermandois (2004), quien sugirió un paralelo entre aquella y un importante fallo dictado por el juez de la Corte Suprema norteamericana, Antonin Scalia, en “*Lucas v. South Carolina Coastal Council*”.

<sup>188</sup> CENC, V, p. 33



En lo que concierne a la utilidad del concepto de esencia del dominio, Ortúzar “prefiere la palabra ‘esencia’, porque, siguiendo a Rodríguez, la entiende como un concepto flexible y comprensivo: es más que usar, gozar y disponer de los bienes. Ovalle replica que, ciertamente, la ‘esencia’ del derecho debiera, en términos conceptuales, comprender algo más, pero ¿qué más? Rodríguez responde que hoy, en abstracto, no lo sabemos, pero que la práctica lo irá mostrando”<sup>189</sup>. No conforme con esto, “Ovalle lo refuta: ¿Cómo es posible que de toda la Comisión no salga un elemento diferente de los ya mencionados, que también esté comprendido en la esencia del derecho de propiedad?”<sup>190</sup>.

En este contexto, Jaime Guzmán se suma a dicha esta postura, a nuestro juicio, más bien conservadora y tradicionalista, aduciendo que el dominio no ha cambiado desde los tiempos de Roma, y que parece altamente improbable que lo haga en el futuro, por lo que sus elementos serían los modos de adquirir y las facultades (uso, goce y disposición). Finalmente, la Comisión acepta su derrota en intentar definir el núcleo esencial del dominio, y se limita a establecerlo como un concepto jurídico indeterminado a ser desarrollado por la jurisprudencia, pasando a discutir la forma de protección de ese indeterminado “contenido esencial”, y estableciendo en la redacción definitiva “facultades y atributos esenciales” del dominio en vez de “esencia”.

Lo anterior, evidentemente, no resuelve el problema, y el concepto de esencia vuelve a emerger. “En la (sesión) 161 vuelve la discusión, especialmente por parte de Silva. Sin embargo, Ortúzar termina aceptando la tesis de Evans y, de este modo, el inciso tercero se aprueba en su actual formulación. Además, se acuerda que, de establecer el legislador privaciones parciales (v. gr., de un solo atributo o una sola facultad), el criterio para verificar su procedencia debe ser el de la

---

<sup>189</sup> Rajevic (1996), p. 65

<sup>190</sup> Rajevic (1996), p. 65

esencia del derecho: si el menoscabo es tal, que ella resulta afectada, deberá tomarse obligatoriamente el camino de expropiar totalmente el bien; solo si ello no ocurre puede privarse parcialmente”<sup>191</sup>. Este extracto no puede sino hacernos pensar en la doctrina de las “expropiaciones regulatorias”, que se definen atendiendo a la “extensión” de la regulación, configurándose si estas fueron demasiado lejos<sup>192</sup>.

## B. Doctrina Tradicional

Según Fuentes, “las teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales suelen agruparse, prescindiendo de los múltiples matices de la formulación de cada autor, en dos grandes grupos: teorías absolutas y relativas”<sup>193</sup>.

Las “*teorías absolutas*” entienden a la esencia de los derechos como un límite absoluto que debe determinarse con independencia de las colisiones en el caso particular. “Se garantiza un contenido esencial frente a cualquier intervención y cualquiera que sea la intensidad de la colisión con los intereses generales”, para lo cual, “el derecho fundamental debe ser previamente delimitado conceptualmente para identificar cuál sea su contenido esencial”, distinguiéndolo de aquello que no es esencial, “para así saber cuál sea el ámbito en el que el legislador puede imponer límites”. En este sentido, se dice que al interior del núcleo del derecho se dibuja un círculo concéntrico, que viene a ser la frontera que el legislador no puede cruzar en caso alguno, ni aun cuando “el límite pudiera venir justificado por la protección de otro derecho o de otro bien de rango constitucional”. En el marco de esta teoría, según la autora, los límites deben operar simultáneamente: “una

---

<sup>191</sup> Rajevic (1996), p. 66

<sup>192</sup> Matute (2014), pp. 90-91

<sup>193</sup> Fuentes (2018), p. 245

limitación del derecho fundamental solo es constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada (círculo exterior) y además no afecta al contenido esencial (círculo interior)”<sup>194</sup>.

Por otra parte, las “*teorías relativas*” sostienen que “el contenido esencial se determina a partir de la ponderación de valores o intereses que concurren en un caso particular y, por ende, solo puede determinarse en el caso concreto”. De esta manera, su determinación se “realiza en base a la consideración de las demás normas que contemplan bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”, y el “límite a los límites es la razonabilidad de la restricción impuesta al derecho fundamental”, evitando así la arbitrariedad. La aplicación de esta teoría conduce a que “el contenido esencial del derecho fundamental es lo que queda si se considera razonable y justificado el límite impuesto”, y se critica, “porque relativiza el derecho al permitir su restricción con diversa intensidad por consideración a límites externos”<sup>195</sup>.

A continuación, se expondrán las opiniones de algunos autores, principalmente nacionales, quienes, en mayor o menor medida, se vieron afectados por la misma imposibilidad de definir con claridad el núcleo esencial del dominio que afectó la labor del Constituyente de 1980, y que definió a la doctrina nacional hasta aproximadamente el año 2000. Esta doctrina será denominada como “tradicional”, en oposición a las doctrinas “contemporáneas”, generalmente marcadas por una apreciación crítica de la doctrina anterior, en relación al consenso acerca de la naturaleza jurídica indeterminada de la esencia del dominio.

La labor doctrinaria tradicional no fue capaz de establecer un concepto claro de núcleo esencial

---

<sup>194</sup> Fuentes (2018), p. 246

<sup>195</sup> Fuentes (2018), p. 248

del dominio, especialmente en lo que concierne a los casos en que se busca distinguir entre limitación y privación del derecho de propiedad, que son los momentos en que esta indeterminación se vuelve problemática en la práctica. En este sentido, la doctrina tradicional, terminó haciendo eco de las argumentaciones desarrolladas por los comisionados de la CENC, quienes solo pudieron dar forma a la esencia del derecho recurriendo a convicciones religiosas o políticas, y en suma, frontalmente ideológicas, al verse imposibilitados de definir el concepto de manera exclusivamente jurídica, pues el intento de definirlo simplemente como los modos de adquirir, y las facultades y atributos clásicos del dominio, heredados del tiempo de los romanos no persistió, por un lado, porque pueden ser regulados por el legislador (potestad configuradora), y porque en la misma Comisión se dijo que el concepto podía incluir más elementos que esos elementos, pero también menos (aunque una posible y eventual interpretación restrictiva del dominio en virtud del devenir histórico fue lamentada por los comisionados).

De los esfuerzos de la doctrina tradicional resultaron una serie de proposiciones relativas a la distinción entre limitación y privación del derecho de dominio: algunos autores consintieron una actividad reguladora fuerte, capaz de imponer las limitaciones que establece la función social de la propiedad; mientras que otros entendieron el núcleo esencial del dominio de manera extensiva, con lo cual limitación y privación terminaron por confundirse, haciendo improbable la actividad reguladora de la administración.

1. La Esencia de la Propiedad: Concepto Jurídico Indeterminado

- a) *José Luis Cea Egaña: una interpretación extensiva*

Comentando el art. 19 N° 26, Cea Egaña sostuvo que la seguridad garantizada comprende el fin esencial asignado al Derecho en su concepción positiva, de modo que es necesario buscarlo para conocer cuál es el núcleo del derecho subjetivo. Este puede aparecer en el mismo texto constitucional (...). De no aparecer este núcleo en el texto mismo de la Carta Fundamental, deberá ser integrado mediante una interpretación teleológica congruente con los Principios Generales del Derecho y la Equidad”<sup>196</sup>. También señala que el núcleo esencial, el contenido insuprimible del derecho de propiedad, “es la suma o conjunto de atributos y facultades, los que deben ser ejercidos por su titular; el contenido mínimo es más que la titularidad nominal; es su ejercicio efectivo. (...) El dominio en sí no vale nada sin sus posibilidades de ejercicio, privar de los atributos y facultades de ese derecho, aunque sea parcialmente, por plazo definido y tan solo uno de aquellos componentes esenciales, es quitar la propiedad y hacer esto es, obviamente, privar al titular de su ejercicio”<sup>197</sup>. Esta concepción es de aquellas que termina haciendo improbable la actividad regulatoria de la administración, puesto que cualquier afectación, aunque fuera parcial, sería privación del ejercicio de parte de su derecho.

b) *Enrique Evans y Lautaro Ríos: los atributos y facultades “esenciales” del dominio.*

“La esencia de cada derecho se expresa en uno o más bienes jurídicos que garantizan su real vigencia, que distinguen el precepto, singularizándolo, y sin los cuales la consagración constitucional aparecería como expresión de una intención meramente discursiva... en el derecho de propiedad su esencia está en que ninguna limitación u obligación que pueda imponer el legislador, o la autoridad en su nombre, puede afectar las facultades de uso, plena administración, goce y disposición que son propios del dominio”<sup>198</sup>. Lautaro Ríos opinaba de forma similar, en lo

---

<sup>196</sup> Rajevic (1996), p. 41

<sup>197</sup> Cea, citado en: Rajevic (1996), p. 74

<sup>198</sup> Evans, citado en: Rajevic (1996), p. 74.

relativo a las facultades y atributos que componen el dominio. Sin embargo, añade que el núcleo esencial no puede ser definido por la ley, sino por el constituyente, y que debe estar consagrado en la Constitución, o en el ordenamiento jurídico preexistente<sup>199</sup>.

c) *El enfoque económico de Barnés y el enfoque social de Martínez-López Muñiz*

El contenido esencial constaría de dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica que pueda producir al propietario la explotación directa de los objetos de su dominio, y el que esta explotación haga accesible al resto de la personas los bienes, lo que él llama 'eficacia difusiva', con lo que en la ecuación cargas-beneficios el propietario siempre debe salir favorecido. Esta tesis, pone un especial énfasis en entender el núcleo esencial desde una perspectiva económica, el cual también incluye las facultades esenciales ya mencionadas por los autores anteriores, pero en el marco de la rentabilidad que pueda generar al titular de esas facultades, y sin reconocer que exista una concreta amplitud de goce o disposición de los bienes para el dueño, lo que quedaría en manos del legislador<sup>200</sup>.

Se opone expresamente a lo anterior el Martínez-López Muñiz, quien desarrolla una teoría diferente a las ya mencionadas. Para determinar la amplitud del poder de goce y disposición respecto a un determinado bien, habría que atender a la naturaleza del bien y además a la integridad de la función social de la propiedad sobre él, con arreglo a lo cual la ley habrá de hacer la determinación de límites que resulten razonables. "Es cierto que el margen de determinación deferido al legislador es grande, pero este debe encontrar sus límites constitucionales en la naturaleza de los bienes, de que, en buena medida, depende la concreta función social que ha de

---

<sup>199</sup> Ríos (1986), p. 128

<sup>200</sup> Rajevic (1996), p. 74

cumplir el derecho de propiedad sobre ellos, así como en el principio... de necesaria justificación proporcionada de los límites a la libertad individual y en el principio de igualdad”<sup>201</sup>.

d) *Mohor: los círculos concéntricos*

Según Mohor, “la propiedad no puede ser representada, para ilustrar la idea de la esencia, en la forma de dos círculos concéntricos. Sólo hay un círculo, cuyo contenido está integrado por el conjunto de atributos y facultades que hacen que el derecho de propiedad sea lo que es en una época histórica determinada. (...) El núcleo esencial del derecho no es tal. No hay un núcleo, hay solo un derecho que se identifica por las particularidades de su contenido específico en un espacio y tiempo determinados, y cuya realidad está permanentemente en estado de cambio. (...) Si habremos de representar el derecho gráficamente, lo haremos sólo por medio de ‘un’ círculo, cuyos contornos se modifican de modo continuo, buscando ajustarse al punto de equilibrio en que transitoriamente se haya situado la interrelación tensional de los derechos individuales y sociales, de acuerdo a las características del momento histórico”<sup>202</sup>.

De tal manera, los tribunales controlarán las limitaciones al dominio, en sintonía con el equilibrio existente entre individuo y sociedad. Según Mohor, ese control jurisdiccional habrá de realizarse no a través de decisiones puramente jurídicas, sino que psicológicas, de lo que resulta que la esencia del derecho no es una realidad jurídico-geométrica, sino una jurídico-psicológica y teleológica<sup>203</sup>. El problema de distinguir entre la procedencia de una expropiación o una limitación se resolvería según este autor, “en función de las posibilidades de aprovechamiento residual que corresponden al titular del derecho, es decir, de las reales posibilidades de explotación o de

---

<sup>201</sup> Martínez López-Muñiz (1992), p. 78

<sup>202</sup> Mohor (1989), pp. 306-307

<sup>203</sup> Mohor (1989), p. 308

aprovechamiento que resultarían al propietario si se consumare la intervención estatal. Si ellas se tornan ilusorias, la vía a utilizar por el Estado debiera necesariamente ser la expropiación”<sup>204</sup>

La propuesta de Mohor reconoce el carácter esencialmente mutable y convencional, determinado por un momento histórico en particular, del contenido esencial del dominio. Sin embargo, es insuficiente, por cuanto el mentado autor no se refiere a la manera en que se llega a ese momento histórico en particular, ni como se ve afectado el concepto “etéreo” de propiedad que a pesar de todo parece sostener, por las consecuencias prácticas, institucionales, y en particular, jurisdiccionales, que las transformaciones políticas, económicas y sociales pudieran acarrear, como si hace Fuentes, por ejemplo, al referirse a la posibilidades de afectación de la esencia del derecho de propiedad, desde un punto de vista histórico, en el marco de las garantías del instituto<sup>205</sup>.

e) *Novoa Monreal y Montés: interpretaciones restrictivas*

Ambos influenciados por la doctrina italiana, se muestra proclives a entender de manera radicalmente restrictiva el contenido esencial del dominio. Para ambos, de lo que se trata, más que de la titularidad efectiva del derecho de propiedad y su afectación, es de la supervivencia de la propiedad privada como institución. Para Montés, lo relevante sería “no suprimir el instituto ‘propiedad privada’ por obra del legislador ordinario”<sup>206</sup>, aceptándose cualquier tipo de limitación generalizada, pues en nuestros sistemas solo correspondería indemnizar los sacrificios individualizados.

---

<sup>204</sup> Mohor (1989), p. 298

<sup>205</sup> Fuentes (2018), pp. 222-223

<sup>206</sup> Rajevic (1996), p. 75



Novoa Monreal, por su parte, “estima que aun cuando la Constitución de un país garantizara un contenido esencial de la propiedad, este solo se vería vulnerado cuando se saca del ámbito de apropiación privada a la mayoría de los bienes que el hombre necesita para su subsistencia y desarrollo, pudiendo incluso el legislador, aun sin autorización constitucional expresa..., fijar topes a la cantidad de bienes que cada individuo puede acumular para su propiedad exclusiva”<sup>207</sup>

f) *Rajevic y Diez-Picazo: la jurisprudencia de intereses*

Diez-Picazo, aplicando la doctrina jurisprudencial creada por él mismo en 1981, asume dos criterios para aproximarse a definir la esencia del derecho: un *criterio dogmático*, y uno de *jurisprudencia de intereses*. El dogmático concibe a la propiedad como un derecho que solo es reconocible como tal si en él coinciden en los tres clásicos atributos del dominio (*ius utendi, ius fruendi* y el *ius disponendi*). El de jurisprudencia de intereses entiende que la propiedad sirve a la dignidad y libertad de las personas y a su libre desarrollo, así como al reconocimiento de la iniciativa y gestión económica individual en una economía de libre mercado, lo que solo sería posible si se reconoce un derecho subjetivo a los valores en uso, en renta y en venta de los bienes<sup>208</sup>. Rajevic coincide con este punto de vista, añadiendo que resultaría insuficiente “una mera indagación histórica o un examen formal del derecho positivo; (siendo) menester complementar esos criterios con la perspectiva axiológica que recoge el texto constitucional. Sólo así podremos, en rigor, determinar el grado de intervención admisible en los atributos y facultades dominicales. Por último, estimo imprescindible adecuar las restricciones a la naturaleza concreta de los bienes afectados por ellas”<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Novoa Monreal, Eduardo. “*El derecho como obstáculo al cambio social*”, pp. 113 y ss., citado en: Rajevic (1996), p. 77

<sup>208</sup> Rajevic (1996), p. 76

<sup>209</sup> Rajevic (1996), p. 76

Respecto a esta doctrina, Matute señala que “para Díez-Picazo los atributos y facultades esenciales dan la fisonomía e individualizan el derecho de propiedad, le dan su reconocibilidad y permiten distinguirlos de otros derechos diversos. Pero lo cierto es que, en la práctica, eso resulta insuficiente al momento de determinar cuándo nos encontramos frente a un dominio afectado y en qué casos la esencia de la propiedad ha sido conculcada”<sup>210</sup>.

De esta forma, y pesar de ser un criterio elaborado que pretende dar cuenta tanto de la estructura misma del derecho de propiedad como de los intereses que mueven a sus titulares, permite de todas formas una comprensión radicalmente amplia del núcleo esencial del dominio. Al agregar los intereses que los titulares puedan tener al contenido esencial del dominio, llegando incluso a pedir el reconocimiento de ciertos ingresos patrimoniales aun no percibidos (en la forma de un derecho subjetivo a valores en renta y en venta de los bienes), hace igualmente difícil que los planteamientos anteriores la viabilidad de regulación administrativa y de establecer limitaciones a la propiedad. Efectivamente, es una tesis aceptable y útil para enfrentar casos extremos, como la creación de un régimen dominical sin libre disposición o la exclusión de la propiedad privada de los medios de producción, pero para enfrentar los casos difíciles en que se busca diferenciar limitación y privación, no entrega las herramientas adecuadas para resolverlo de manera exclusivamente jurídica, lo cual queda demostrado con la referencia hecha por el autor a la necesidad de “complementar esos criterios con la perspectiva axiológica que recoge el texto constitucional”. Dada la naturaleza esencialmente polémica de los textos constitucionales, hacer referencia al “carácter axiológico” que esta recoge, en los hechos, no sería más que hacer referencia a las propias convicciones políticas que uno busca desarrollar como miembro de la comunidad política en una lectura específica de los preceptos constitucionales, que de ninguna manera pueden

---

<sup>210</sup> Matute (2014), pp. 44-46

leerse como se leen las normas del Código Civil<sup>211</sup>, y como veremos ha sucedido en la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

## C. Doctrina Contemporánea

### 1. Expropiaciones Regulatorias (*regulatory takings*)

Este criterio doctrinario requiere particular atención, al haber sido ampliamente adoptado, implícita y explícitamente, por la Magistratura Constitucional en un sinnúmero de casos en que se ha manifestado acerca de los límites de la propiedad y la legitimidad de sus regulaciones administrativas y legales.

Tras referirse a las definiciones que de este concepto han elaborado autores tales como Peñailillo (expropiación indirecta, entendida como las diversas “medidas protectoras, entre ellas del medio ambiente, que limitan al propietario de manera excesiva, eliminando la mayor parte de sus prerrogativas propietarias”), Montt (“actividad normativa lícita que, de facto, afecta la esencia del derecho de propiedad regulado”), Delaveu (“expropiación de facto a través de una regulación que reduce o elimina sustancial o completamente el valor de la propiedad”), y Cordero Vega (“efectos expropiatorios de la regulación de la propiedad privada”), Claudio Matute señala que el lugar común radica en dos aspectos, uno negativo, ya que “no son expropiaciones o confiscaciones formales, pues no existe un traspaso formal del derecho de dominio desde el patrimonio del particular al patrimonio fiscal” y uno positivo, al importar “efectos equivalentes al de una expropiación formal”, concretamente vinculados “al disvalor que provoca la regulación de la

---

<sup>211</sup> Ver: Atria (2016), pp. 274-277

propiedad”, siendo “la conjugación de ambos aspectos [la que] hace que se les denomine expropiaciones de facto”<sup>212</sup>.

Refiriéndose a la historia de esa doctrina, Matute distingue entre diversas etapas: la primera, de carácter fundacional, se inicia con el fallo *Pennsylvania Coal v. Mahon*, en que el juez Holmes establece que la regulación será considerada como una privación en caso de ir demasiado lejos (“*if the regulation goes too far it will be recognized as a taking*” [si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una privación]); una segunda etapa, de abandono de esta doctrina, desde 1940 a 1960; una tercera, iniciada en 1960 con la publicación de “*The Problem of Social Cost*” de Ronald Coase, “donde se planteó el famoso teorema, y por el cual comienza el despegue de la teoría económica de los ‘*property rights*’. Esta etapa concluye cerca de 1980, con el proceso desregulador y privatizador iniciado en los Estados Unidos”, y a pesar de que no se advierta notoriamente el cambio jurisprudencial, “si se manifiesta la tendencia revisora, básicamente con el nacimiento de la escuela ‘*Law & Economics*’”; y finalmente una cuarta etapa, de lo que Matute denomina “internacionalización de las *regulatory takings*”, expresada principalmente en los acuerdos de promoción y protección a la inversión<sup>213</sup>.

Respecto a los elementos y características de esta doctrina, señala que en su desarrollo la Corte Suprema de Estados Unidos ha recurrido a “diversos exámenes o *tests* que han intentado, con mayor o menor éxito, determinar los elementos y parámetros para saber cuándo estamos frente a una regulación con efectos expropiatorios y cuando no”. Sin embargo, luego agrega que “según diversos autores, el uso de estos *tests* ha sido muy insatisfactorio: en primer lugar, resulta muy difícil determinar cuál de los exámenes utilizará la Corte en un caso particular; además, si

---

<sup>212</sup> Matute (2014), pp. 96-97

<sup>213</sup> Matute (2014), pp. 90-91

cualquiera de ellos es utilizado, existe considerable incertidumbre de qué es lo que significa cada examen. Estos exámenes son también insatisfactorios en términos de principios, por cuanto la Corte no ha explicado cómo es que aborda la pregunta sobre cuándo la equidad requerirá que un determinado caso sea indemnizado, o de por qué esa pregunta debe ser respondida utilizando un número de exámenes diferentes y lógicamente incompatibles”<sup>214</sup>

Los *tests* desarrollados por la doctrina norteamericana lo fueron en el marco de diversos casos, que se volvieron luego importantes precedentes en materia de revisión judicial de las regulaciones a la propiedad en aquel país. Matute los enumera<sup>215</sup> y define como sigue:

1) El examen de *Penn Central* de tres factores:

- a. El carácter de la acción administrativa: en este sentido, la corte determinó que el gobierno no podría “desarrollarse si de alguna manera no pudiera afectar la propiedad sin tener que indemnizar por cada cambio normativo”, por lo que al haber diversas áreas de la economía que podían verse afectadas por la regulación estatal, entonces era aceptable “prohibir ciertos uso de una propiedad” en aras de “proteger la salud, la seguridad, la moral o bienestar general”, sin que proceda compensación<sup>216</sup>.
- b. Extensión de la interferencia y expectativas económicas razonables de la inversión del particular: este criterio se traduce en determinar “el impacto económico de la regulación en el reclamante y, particularmente, la extensión en que la regulación ha interferido con diversas expectativas de retorno de inversión”<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> Matute (2014), pp. 98-99

<sup>215</sup> Matute (2014), p. 100

<sup>216</sup> Matute (2014), p. 101

<sup>217</sup> Matute (2014), p 102

- c. El impacto económico de la acción estatal: “La Corte al establecer este factor no determina que per se exista expropiación cuando la propiedad disminuye de valor, sino que tan solo existirá cuando en conjunto con la disminución notable de valor de la propiedad, esta no pueda ser utilizada de ningún otro modo o uso económicamente viable”<sup>218</sup>
- 2) Examen de *Agins* de dos partes: En el fallo *Agins vs. The City of Tiburon* de 1924, “se introduce el *test* de ‘dos frentes’, el cual consiste en que la regulación del uso del suelo no causa una expropiación si es que: a) adelanta sustancialmente un interés legítimo del Estado, y b) no priva al dueño de un uso económicamente viable de su propiedad”<sup>219</sup>
- 3) Examen de uso económicamente no viable: “La Corte ha sugerido con frecuencia que una regulación que prive a su dueño de todo uso viablemente económico de su propiedad es necesariamente una expropiación. Ocasionalmente, sin embargo, la Corte ha señalado que en ciertos casos el Estado puede justificar el privar al propietario de todo uso económicamente viable de su predio, que por equidad no requerirá del pago de una compensación” con lo que “la Corte cambia el foco”, pasando de analizar la acción concreta realizada por el Estado respecto de los particulares, a preguntarse por la justificación de dicha acción.
- 4) La regla *per se* de *Loretto*: En el “caso denominado *Loretto v. Telepromter Manhattan CATV Corp.*, la Corte Suprema norteamericana introdujo la regla *per se* de que cualquier ocupación física permanente de la propiedad autorizada por el Estado constituía expropiación”, no siendo relevante “si la acción implicaba un importante beneficio o servicio público o si solo tenía un impacto económico mínimo”. Además, dicha “regla

---

<sup>218</sup> Matute (2014), p. 105

<sup>219</sup> Matute (2014), p. 107

distinguió entre invasiones físicas temporales e invasiones físicas permanentes”, lo que tiene importancia por cuanto “las primeras ameritan un análisis más complejo y completo para lograr determinar si constituyen una expropiación, debiendo recurrir al examen de los tres factores de *Penn Central*”<sup>220</sup>

- 5) La relación de medios y fines de la Administración: este *test* encuentra su origen en el caso *Nollan*, y consiste en determinar si los medios utilizados por la Administración satisfacen la necesidad pública que dicen cumplir. Si no hay correspondencia entre medios y fines, entonces la medida regulatoria es ineficaz al resultado buscado<sup>221</sup>.

Matute finalmente concluye que si podemos rescatar algo del desarrollo jurisprudencial norteamericano en este materia, es su habilidad “para detectar ciertas cuestiones o indicadores que de alguna manera activan las ‘alarmas’ de la revisión judicial frente a regulaciones ‘sospechosas’, esto es, atentatorias contra el derecho de propiedad y la igualdad ante las cargas públicas” destacando entre ellas “el uso del poder de policía para evadir la cláusula de expropiación (uso público, justa compensación y debido proceso)”, la afectación que una decisión de la Corte puede tener sobre la “distribución de derechos anteriores a la medida estatal que se está evaluando como expropiatoria”, especialmente en los casos en que dichos derechos sean de origen contractual; en que situaciones procede compensación, “sobre todo porque hay cierto consenso doctrinario que aconseja, por motivos de eficiencia, el que no procedan compensaciones —y ello debiera llevar a la Corte a jugarse por sancionar una restricción como regulación y no como expropiación— en caso de actividades privadas que generen externalidades negativas, y en donde la restricción operaría como mecanismo de internalización de la misma” y que “la evolución de la jurisprudencia sobre expropiación regulatoria en Estados Unidos da cuenta de un serio

---

<sup>220</sup> Matute (2014), pp. 110-111

<sup>221</sup> Matute (2014), p. 112

esfuerzo por abordar una problemática de suyo compleja, aun cuando se observa que estos estándares no son claros, únicos ni evidentes”<sup>222</sup>.

Según Fermandois, “el corazón de la problemática constitucional de la expropiación regulatoria” consiste en los elementos críticos, que “son la proporcionalidad fina de la carga” usualmente usado por el Tribunal Constitucional, pero no detalladamente, “el elemento cronológico de previsibilidad –crítico en las legítimas expectativas del dueño que enfrenta una limitación sobreviniente–, la entidad del remanente de retorno económico de la inversión que sobrevive luego de la restricción legal” y “la compensación estatal cuando otros propietarios análogos no sufren similar carga”<sup>223</sup>.

El mismo autor señala que a pesar de que la institución no es pacífica, y que “los fallos de la Corte Suprema norteamericana usualmente contienen relevantes votos de minoría”, al revisar las sentencias de mayor relevancia y la doctrina aplicable, permite identificar los elementos clásicos de la expropiación regulatoria, que apreciados conjuntamente, la configuran:

- a) la privación de todos los usos económicos viables del bien afectado.
- b) la afectación de las expectativas de retorno de la inversión del bien afectado.
- c) la afectación de la igualdad ante las cargas públicas por medio de la regulación, que, produciendo bienes sociales, impone el peso de ello a uno o a unos pocos.
- d) la inmunidad ante las regulaciones posteriores subyacentes de la propiedad.
- e) la invasión física, aún parcial, de la propiedad.
- f) Junto con esto, sostenemos que la constitucionalidad de una nueva regulación sobreviniente debe también ser juzgada especialmente ante otro elemento, subyacente a

---

<sup>222</sup> Matute (2014), pp. 113-114

<sup>223</sup> Fermandois (2016), p. 287-288



los anteriores, y es el del factor cronológico, el de la previsibilidad del cambio regulatorio<sup>224</sup>.

Además, el autor señala tres nuevos principios que se han desarrollado recientemente por la doctrina de las expropiaciones regulatorias, de la mano de Holly Doremus:

- *Justificación para el cambio*: Este elemento es crucial en toda la doctrina comparada de la expropiación regulatoria. El legislador debe tener poderosas razones para promover un cambio regulatorio, y debe explicarlas. “Los tribunales pueden y deben exigir una explicación racional para el alejamiento de la ley antigua”, dice la autora, que también advierte “si el Estado no puede proveer una razón para el cambio distinta del deseo de redistribuir riqueza, o si el Estado acepta que con el cambio está corrigiendo un problema de su responsabilidad, entonces corresponderá generalmente una indemnización.”<sup>225</sup>
- *Previsibilidad*: “La doctrina norteamericana coloca aquí el corazón jurídico de una expropiación regulatoria”, en la protección de “expectativas legítimas y razonables” del afectado por la regulación. En este sentido, no resultan razonables las expectativas de retorno de inversión cuando el titular confía en la inmutabilidad absoluta de las leyes, o cuando su actividad la desarrolla en un área normativa especialmente inestable, lo que ha sido reconocido por la Corte Suprema norteamericana en el caso *Lucas* de 1992, en que le fue negada una indemnización al afectado por una prohibición de construcción en la costa de Carolina del Sur. Sin embargo, su expectativa será legítima cuando los marcos centrales de la regulación en que desarrolla su actividad son medianamente estables, “sea por la norma misma y su rango, por los usos y costumbres, porque existen actos de autoridad que

---

<sup>224</sup> Fermandois (2016), pp. 279-280

<sup>225</sup> Fermandois (2016), p. 280

la confirman”<sup>226</sup>

- *Sorpresividad*: “Se trata de medir cuán abrupto, cuán precipitado es el cambio regulatorio. Es también un elemento cronológico trascendental para mensurar la intensidad de la restricción sobre el dominio”, y citando cierta literatura norteamericana, agrega que “mientras más tiempo transcurre entre la dictación de una nueva regulación y el intento de incursionar en la conducta prohibida (por aquella), las entidades reguladas tendrán mayores oportunidades de ajustar sus expectativas y planes en orden a responder al nuevo régimen regulatorio” siendo un elemento de “indiscutible justicia para el propietario” al “otorgarle la opción de ajustarse a las nuevas regulaciones, concediéndole tiempo suficiente para que se prepare y acometa lo que en ellas se ordena, antes de sufrir sus consecuencias patrimonialmente adversas.”<sup>227</sup>

Por estas razones, los regímenes de transición son de suma importancia en un cambio legislativo, pues en dicho ámbito, este principio “tutela las expectativas que los particulares se han formado a partir de determinados marcos regulatorios que, claramente, han fomentado ciertos cursos de acción e inducido a confiar en su estabilidad”, en virtud de los cuales, su modificación requiere que el legislador contemple un régimen transitorio o de medidas compensatorias, “que permitan a sus destinatarios adaptar su conducta y ajustar sus expectativas a la nueva normativa”<sup>228</sup>.

En relación con el principio de confianza legítima, su alcance es “estrictamente temporal y su objetivo es restringir las consecuencias económicas negativas de la sucesión de normas legales en el tiempo”. “Si el titular se enfrenta a una abrupta imposibilidad material de cumplir la ley y el

---

<sup>226</sup> Fermandois (2016), p. 281

<sup>227</sup> Fermandois (2016), p. 283

<sup>228</sup> Fermandois (2016), p. 283

sacrificio del derecho se hace fácticamente inevitable (caducidad en este caso), la regulación falla al test y se hace inconstitucional”<sup>229</sup>.

García se ha manifestado favorablemente respecto de la aplicación de esta doctrina en nuestra jurisprudencia, señalando que el “uso de tests, parámetros o estándares de control judicial generan diversos beneficios sociales”, conduciendo a “un control más objetivo por parte de los jueces, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control”, potenciando decisiones judiciales sustentadas en razonamientos jurídicos, y no tanto en “el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental”. Además, elevaría “notoriamente la fundamentación y calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir *accountability* a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa”. Finalmente, “generan niveles de certeza jurídica mayores” en tanto el legislador, el ejecutivo, las agencias administrativas y los ciudadanos “saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*”, contribuyendo así a “disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del regulador”<sup>230</sup>.

Sin embargo, cierta literatura norteamericana no se ha mostrado tan satisfecha con sus resultados. Por ejemplo, Whitney ha criticado esta doctrina, por cuanto las decisiones en materia de expropiaciones regulatorias ha conducido a un “laberinto de soluciones ad-hoc y pruebas *per se*”, que dejan a los observadores asombrados al intentar acceder, comprender y aplicar el derecho, y además, que diversos comentaristas las han señalado como “envueltas en confusión, afectadas por su propia inconsistencia”, lo que las hace ser “un problema de considerable dificultad”, o incluso, “un código secreto que solo la mayoría momentánea de la Corte es capaz de comprender”<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Fermandois (2016), pp. 283-284

<sup>230</sup> García (2011), p. 201

<sup>231</sup> Whitney (2002), p. 618 [traducción personal]

En nuestro medio, el profesor Guiloff se ha referido a la impertinencia de aplicar la doctrina de las expropiaciones regulatorias al derecho chileno, al no ser, en su opinión, compatibles con el diseño constitucional de nuestro ordenamiento. Dicha doctrina respondería a una concepción de la propiedad en que su esencia misma desaparece, pues al desanclarse la propiedad de la cosa, ella pierde toda esencia convirtiéndose “en un concepto sumamente elástico”<sup>232</sup>. Esta es una crítica al modelo de propiedad que se ha instaurado en la tradición angloamericana, cuyo origen se encontraría en el esquema analítico desarrollado por el “realismo” norteamericano de principios del siglo XX, y que ha llegado a ser conocido como “*Bundle of Rights*” (“manejo de derechos”), de donde proviene también la doctrina de las expropiaciones regulatorias.

En la interpretación de Guiloff, este esquema conduce a que la propiedad aparezca “como un concepto flexible, sin una esencia definible, ni menos orientaciones que permitan señalar en que situaciones particulares es aplicable. Esto se encuentra en abierta contradicción con nuestra regulación y la mayoría de nuestra doctrina constitucional para la cual la propiedad tiene un contenido esencial que es justamente el llamado a limitar la intervención del poder público sobre esta”<sup>233</sup>.

Además, señala que precisamente este “laxo concepto de propiedad” permitió argumentar que “cuando una ley resolvía una externalidad, impidiendo a alguien externalizar un costo hacia la sociedad, como hasta entonces lo estaban haciendo los propietarios por el uso del aire, estaba efectuando una expropiación regulatoria. Esto, porque al regular o limitar el uso preexistente que generaba externalidades para el público, la ley le había quitado al propietario uno de los derechos

---

<sup>232</sup> Guiloff (2018a), p. 630

<sup>233</sup> Guiloff (2018a), p. 634

que formaba parte de su puñado”, lo que condujo a “economistas como Buchanan y Tulloch afirmar que la fábrica que estaba en conflicto con el vecindario tenía un derecho a contaminar”<sup>234</sup>, por lo cual toda regulación e incluso la legislación misma se ve obstaculizada, y la colectividad, desprotegida frente a lo que viene a constituirse como una tiranía del propietario y su derecho a un mundo inmutable<sup>235</sup>.

## 2. Teoría de las Garantías del Instituto (*Institusgarantien*)

Eduardo Aldunate, Eduardo Cordero y Jessica Fuentes representan a la doctrina que adopta la “teoría de las garantías del instituto” en nuestro país para resolver el problema que implica distinguir entre limitación y privación del dominio en nuestro derecho<sup>236</sup>.

Podemos encontrar la agenda programática de lo que luego sería el desarrollo de esta teoría en nuestro derecho, en el trabajo de Aldunate y Fuentes de 1997, en que tras analizar el estado en que se encontraba la doctrina y la jurisprudencia de aquel entonces, y definirlo como un “caos terminológico y conceptual”, concluyen una serie de cuestiones que serían persistentemente trabajadas durante las siguientes dos décadas.

La doctrina nacional identifica el origen de esta teoría en la obra “*Constitución Imperial y Propiedad*”<sup>237</sup>, de M. Wolff, publicada en 1923. En ella, el autor señala que el derecho de propiedad y el de herencia estarían protegidos “en cuanto institutos jurídicos, especialmente frente al Legislador”. Sin embargo, quien habría dado un “impulso definitivo a este concepto es Carl Schmitt,

---

<sup>234</sup> Guiloff (2018a), p. 631

<sup>235</sup> En este mismo sentido, pero sin hacer referencia al origen de la doctrina: Quezada (2011), p. 120

<sup>236</sup> Fuentes (2018), p. 251

<sup>237</sup> *Reichsverfassung und Eigentum*, en el original alemán

quien en su obra *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)* de 1928 hace referencia a las “garantías institucionales”, como una forma de distinguirlas de otros derechos y libertades contenidos en la segunda parte de la Constitución de la República de Weimar”<sup>238</sup>.

En 1931, Schmitt publicó un artículo llamado “*Libertades y Garantías Institucionales de la Constitución*”<sup>239</sup>, en que planteaba la dificultad de determinar el valor de los derechos y libertades fundamentales. Por un lado, la opción de considerarlos como un “mero programa”, implicaba restarles valor jurídico positivo, y por otro, ampararlos bajo la reserva de ley, con lo que se positivizan legalmente, conducía a su protección de la actividad administrativa, más no de la legislativa<sup>240</sup>.

Dicho de otro modo, el objetivo de Schmitt era dotar de una garantía jurídica a los derechos y libertades constitucionales frente al poder omnímodo del Legislador. Aldunate y Fuentes, señalan que para tal propósito, Schmitt distinguió tres figuras:

- 1) *Garantías Institucionales de Derecho Público*: son de naturaleza institucional, “dentro de las cuales sobresale la garantía de la autonomía de la administración comunal”, consagrada por el artículo 127 de la Constitución de Weimar.
- 2) *Garantías del Instituto de Derecho Privado*: dentro de ellas, “se destaca, junto al matrimonio y al derecho de herencia, el derecho de propiedad”<sup>241</sup>.
- 3) *Garantías propias del Derecho de Libertad*: se caracterizarían por tener un “contenido análogo -pero en esencia distinto- al de las garantías del instituto”. Acerca de esta última

---

<sup>238</sup> Aldunate & Fuentes (1997), p. 205; en el mismo sentido, Aldunate (2008), p. 162; Fuentes (2018), p. 235

<sup>239</sup> *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, en el original alemán

<sup>240</sup> Schmitt (1972), citado en: Aldunate & Fuentes (1997), pp. 205-206

<sup>241</sup> Aldunate & Fuentes (1997), p. 206

categoría, “Schmitt señala que en la protección constitucional a las libertades (*Freiheitsrechte*) se entendería siempre incorporado un mínimo de protección por parte del y frente al legislador, en el sentido de que éste no podría apartarse sustancialmente de las reglas existentes que establecen garantías para la detención, para la forma de ejecutar allanamientos y apertura de correspondencia privada, aún a pesar de que los respectivos derechos -tal como sucede en Chile en el art. 19 N° 5- se encuentran sometidos a la reserva de la ley, en cuanto el contenido de la garantía está dado, al menos en parte, por la regulación que establezca el legislador”<sup>242</sup>.

Las tres categorías tienen como elemento común el establecimiento de “la garantía del específico modo y tipo de una regulación pre-existente, una especie de derecho ‘sobre el derecho’”, quedando claro el concepto schmitteano del análisis de las dos primeras categorías: “una garantía institucional supone la existencia de una institución, esto es, una entidad (...) formada y organizada por el derecho público, y por ello delimitable y distinguible”<sup>243</sup>.

En este sentido, los autores distinguen entre “garantías constitucionales”, las cuales “congelan una situación jurídica a la entrada en vigencia de la Constitución, y que en esta medida son verdaderas garantías de *Status quo*” puesto que “impiden toda intervención del legislador que implique una modificación de la regulación jurídica”, mientras que las “garantías institucionales solo tienden a conservar el núcleo de la respectiva institución”<sup>244</sup>.

A la segunda categoría correspondería lo que Schmitt llamó “garantías de instituto” (*Institutsgarantie*). La propiedad privada correspondería a este tipo de garantía, y respecto de dicha

---

<sup>242</sup> Aldunate (2008), p. 172

<sup>243</sup> Aldunate & Fuentes (1997), p. 206

<sup>244</sup> Aldunate & Fuentes (1997), pp. 206-207

institución, habría que distinguir “entre la propiedad como instituto jurídico -como el conjunto de reglas jurídicas que configuran ese poder de dominio sobre los bienes corporales desarrollado y perfilado desde el Derecho Romano- y la concepción de la garantía a la propiedad como la protección a todos los derechos de contenido patrimonial que puedan corresponder a un individuo”. En este sentido, se configuraría la oposición entre “*propiedad-regulación jurídica* en el sentido de potestades sobre bienes corporales y *propiedad-protección a la esfera patrimonial del individuo*”<sup>245</sup>, a la que ya hemos hecho referencia en esta investigación, en la forma de la tensión entre función social y señorial en el derecho de propiedad privada.

Según Aldunate, esta teoría “nace en un contexto constitucional específico, y no puede ser adoptada de manera irreflexiva como categoría general para el derecho constitucional”, lo que no obsta a que sea útil al menos en dos sentidos: primero, que al ser “eminente teórica, (...) permite una sistematización de la pluralidad de estructuras normativas existente a nivel de los derechos constitucionales”, y segundo, por su carácter dogmático, en tanto permite superar un problema “técnico”, vinculado a la evolución del constitucionalismo desde el siglo XIX hasta ahora. En sus orígenes decimonónicos, el constitucionalismo se desarrolló “sobre instituciones jurídicas preexistentes las que, en principio, no fueron afectadas por el derecho constitucional (matrimonio, herencia, propiedad, etc.)”, y sólo ante la constatación de que “el legislador puede entrar a afectar estas instituciones”, y en el marco del “radical enfrentamiento ideológico del siglo XX” incluso llegar a desnaturalizarlas, “se percibe la necesidad de dotarlas de contenido, y se elabora una teoría para conservar el núcleo de instituciones preconstitucionales, sobre las cuales habían operado, sin ulterior reflexión ni cuestionamiento, los poderes constituyentes de los primeros tiempos del Constitucionalismo clásico”<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Aldunate & Fuentes (1997), p. 207

<sup>246</sup> Aldunate (2008), p. 175



De esta forma, y siguiendo a Luciano Parejo, es posible sostener que la garantía de instituto tiene por finalidad “otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución, en la medida en que éstas han pasado a ser, como resultado de la evolución histórica de dichas instituciones, esenciales e identificativas de la misma”<sup>247</sup>. De manera similar, el Tribunal Constitucional español señala que “el contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la Constitución Española, puede determinarse a partir del tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, jueces, y en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”<sup>248</sup>. Respecto de este dictamen de la jurisprudencia constitucional española, Aldunate opina que “pasando por alto la calificación que de ‘subjetivo’ hace el Tribunal de este derecho (lo que haría imposible hablar de un ‘tipo’ iusfundamental abstracto, si sólo se refiriese a posiciones subjetivas), la estructura del argumento es la misma; un tipo preexistente a la actividad del legislador (y habría que decir también, al momento constituyente) y la necesidad de construir el contenido esencial del derecho a partir de ciertas fuentes (aunque es discutible si ellas han de ser necesariamente las que indica esta magistratura)”<sup>249</sup>.

En el ordenamiento jurídico chileno, “la utilidad dogmática de la figura es que permite entender el contexto en que surge una de sus consecuencias, cual es la garantía al contenido de la esencia de los derechos”. La esencia buscaría proteger, “frente a las posibilidades configuradoras del

---

<sup>247</sup> Parejo Alfonso (1981), p. 23, citado en: Aldunate (2008)

<sup>248</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 11 de 1981, citado en: Aldunate (2008)

<sup>249</sup> Aldunate (2008), pp. 175-176

legislador”, a aquellos elementos básicos que caracterizan a una institución determinada “(en el caso de las garantías institucionales) o instituto (en el caso de las garantías de instituto) o bien de preservar a los derechos y libertades no institucionales, pero sometidos a la reserva de ley, de un ‘vaciamiento’ por parte del legislador”<sup>250</sup>. Consagrada por la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 19, esta garantía es adoptada por la CENC, e incorporada a la Constitución de 1980 en artículo 19 N° 26.

Aldunate es crítico respecto de la manera en que estas ideas han sido recepcionadas en el medio jurídico nacional<sup>251</sup>, pues “tanto su inclusión en la Constitución, como su manejo doctrinario y jurisprudencial posterior, se han realizado, en términos generales, sin conocimiento del contexto” que le habría dado origen, o al menos, “sin referencia explícita a él”, lo que resulta de suma importancia, por cuanto “el manejo de la garantía de protección al contenido esencial de los derechos, desvinculado de su contexto, conduce a resultados absurdos”<sup>252</sup>, tales como “la consagración legislativa de la posibilidad de que los derechos sean lesionados en su contenido esencial por el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador”<sup>253</sup>, o las diversas posturas doctrinarias que interpretan el núcleo esencial del dominio de forma tan extensa, que conducen a la invulnerabilidad de la propiedad frente a la regulación administrativa o incluso legislativa, al confundir las dimensiones objetiva y subjetiva de la propiedad indiscriminadamente, conduciendo así a una “distorsión al momento de precisar los conceptos de limitación y restricción de los derechos fundamentales, y las facultades del legislador para regular los derechos o libertades correspondientes”. El autor continúa, señalando que “en efecto, mientras en el ámbito de las garantías institucionales y de instituto el garantizar ‘la esencia’ del respectivo derecho tiene

---

<sup>250</sup> Aldunate (2008), p. 176

<sup>251</sup> En este mismo sentido: Cordero (2006), p. 139; Fuentes (2018), p. 189

<sup>252</sup> Aldunate (2008), p. 176

<sup>253</sup> Aldunate (2008), p. 176, nota 332

un sentido normativo específico -destinado precisamente a proteger el núcleo de la regulación en que consiste la respectiva institución o el respectivo instituto jurídico- en los demás derechos constitucionales y libertades constituye simplemente el contenido normativo propio del respectivo derecho o libertad respecto del legislador”<sup>254</sup>.

A juicio del autor, esta teoría por sí misma no soluciona “todos los problemas que plantea la idea de protección al contenido esencial de los derechos”, ni tampoco constituye “su garantía integral”. Sin embargo, resulta “un elemento indispensable para evitar que el tratamiento de la protección al contenido esencial de los derechos se disuelva en mera fraseología retórica”, pues al decir 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”, la garantía se vacía de contenido, pues la definición es tautológica. En este sentido, “el adecuado manejo de la teoría de las garantías de instituto permite comprender que la protección al contenido esencial (...) no es apta para definir ningún derecho, sino que justamente es un llamado a la construcción del respectivo núcleo conceptual”<sup>255</sup>.

Como contrapartida a estos problemas de interpretación, Aldunate “ha desarrollado una propuesta dogmática acerca del derecho de propiedad contemplado en el artículo 19 N°24” de nuestro actual texto constitucional, “incorporando la tesis de las garantías del instituto”. En un artículo escrito junto a Fuentes y publicado en 1997, los autores plantearon que “la faz objetiva del derecho de propiedad se identificaría con el instituto de la propiedad sobre bienes corporales, esto es, el dominio tal como es definido en el artículo 582 del CC, lo que a nivel constitucional se encontraría en el artículo 19 N° 24 inciso 2° que consagra el derecho de propiedad desde un punto de vista normativo, y la faz subjetiva se encontraría en el artículo 19 n°24 inciso 3° referido a la

---

<sup>254</sup> Aldunate (2008), p. 177

<sup>255</sup> Aldunate (2008), p. 177

integridad patrimonial, la que sería predicable respecto de la propiedad sobre bienes corporales e incorporeales y que consagra la expropiación como garantía de los derechos subjetivos constituidos”<sup>256</sup>, tal como señala Fuentes.

Según Aldunate, la ventaja de esta teoría se debe a que postula una “separación de los planos objetivo y subjetivo en que opera la garantía, lo que permite evitar confusiones conceptuales que pueden llevar a imponer límites a la actividad legítima del legislador, así como a hacer difusa y compleja la determinación del ámbito en que operan las limitaciones y la expropiación. Al separar ambos planos, el legislador tiene libertad de configuración del derecho de propiedad limitado en el punto en que pretenda hacer desaparecer o modificar de tal forma el dominio que no corresponda al instituto respectivo (entendido como propiedad sobre bienes corporales), siendo esta una actuación inconstitucional no subsanable. En cambio, la imposición de limitaciones al derecho de propiedad que no lleguen a afectar la esencia del dominio serán constitucionales y no serán consideradas expropiación, no dando lugar a indemnización alguna”<sup>257</sup>. La autora luego señala que es una “discusión distinta” la que versa sobre la posible afectación regulatoria de “quienes actualmente tienen en su patrimonio derechos constituidos y que podrán reclamar si cabe o no una compensación por el estado”<sup>258</sup>.

De tal forma, queda “a salvo la potestad legislativa para cambiar estatutos propietarios sobre bienes, y por otro, se descarta una suerte de derecho al congelamiento de la legislación existente que sustenta derechos subjetivos constituidos, pues ella puede dar lugar a una discusión sobre la procedencia de una compensación pero no acerca de la inconstitucionalidad del actuar del legislador. En el caso de los bienes incorporeales, la cuestión de la esencia del derecho de propiedad

---

<sup>256</sup> Fuentes (2018), pp. 251-252

<sup>257</sup> Aldunate (1995), citado en: Fuentes (2018), p. 252

<sup>258</sup> Fuentes (2018), p. 52; en este mismo sentido, Aldunate (2006), p. 292

no procedería, puesto que la propiedad sobre bienes incorporeales no se reconoce como un instrumento propietario, como si ocurre en el caso del dominio y, por ende, la garantía sobre dichos bienes solo se extiende a su ámbito objetivo”<sup>259</sup>.

Esta doctrina puede entenderse como una reacción a las interpretaciones extensivas que han definido en reiteradas ocasiones los razonamientos de la Magistratura Constitucional, y que como hemos visto, también es defendida por cierto sector de la doctrina que defiende la adopción de las *expropiaciones regulatorias* en nuestro ordenamiento. Al respecto, Fuentes señala que sus análisis no han sido recogidos “por la jurisprudencia constitucional existente en materia de propiedad sobre bienes incorporeales, dada la confusión entre los planos objetivos y subjetivo del derecho de propiedad así como el contenido del derecho de propiedad en relación al contenido del bien incorporal”<sup>260</sup>.

Podemos encontrar una aplicación concreta de la “teoría institucional” en el marco del caso “Molinera”<sup>261</sup>, al revisar el “informe en derecho”<sup>262</sup> redactado por Eduardo Cordero y Manuel Núñez, a petición del Tribunal Constitucional cuando conoció del caso en cuestión. En dicho informe, los autores comienzan señalando que se ha de distinguir entre la dimensión subjetiva y la objetiva de los derechos, para entender como el régimen de propiedad sobre el suelo constituye su naturaleza estatutaria especial, la “que permite crear una suerte de estancos separados de derechos y obligaciones que deben asumir los propietarios del suelo atendiendo a la diversa clase que se le asigna (urbano o rural)”<sup>263</sup>, configurando las dimensiones objetiva y subjetiva de la propiedad.

---

<sup>259</sup> Fuentes (2018), p. 253

<sup>260</sup> Fuentes (2018), p. 267

<sup>261</sup> STC, Rol 2644-14

<sup>262</sup> Cordero y Núñez (2014)

<sup>263</sup> Cordero y Núñez (2014), p. 8

La *dimensión objetiva* contendría “un conjunto de normas que delimitan el actuar de los propietarios, pero que permite bajo ciertas condiciones incorporar al patrimonio de los mismos el uso, la tipología y la edificabilidad prevista en sus normas”, generando la *dimensión subjetiva* de la propiedad, entendida como “derecho patrimonial radicado en el titular del derecho e incorporado en su acervo patrimonial”.

Al referirse a la aplicabilidad de la función social en el marco de la Ley General de Urbanismo y Construcción, se hace una referencia expresa a la doctrina de Martín Mateo, para quien el Estado zanja los eventuales conflictos entre interés público y privado al regular la propiedad privada, “respetando su mantenimiento institucional, pero de acuerdo con su sentido en una época determinada”, y luego señalan que la estructura de la función social se daría por “dos principios capitales de la ordenación urbana: a) la delimitación del contenido del derecho de propiedad por la función social; y b) la adecuación del uso de los terrenos a la ordenación urbanística, que determina la forma en que se cumple dicha función”<sup>264</sup>.

Cordero y Núñez se refieren a la transformación suscitada respecto de la protección propietaria, señalando que en diversos ordenamientos comparados “la garantía de inviolabilidad del dominio” se convirtió en una “garantía de la integridad del patrimonio”, que no comprende ya solamente el derecho de propiedad, “sino todo derecho subjetivo de contenido patrimonial ya sea de naturaleza jurídico-privada o pública, tales como créditos, acciones, derechos reales distintos del dominio, etc. El desarrollo de nuevas formas de intercambio económico y la fluidez de las relaciones comerciales han hecho que paulatinamente el derecho de propiedad haya pasado a un segundo plano, especialmente bajo el paradigma de la propiedad agraria, y hayan cobrado importancia las

---

<sup>264</sup> Cordero y Núñez (2014), p. 9

formas negociales y los derechos subjetivos derivados de los contratos o acuerdos particulares”, extendiéndose también a toda una “gama de posiciones jurídico-públicas”, como las concesiones, lo que en el caso de España ya fue reconocido en su Ley de Expropiación Forzosa, de 1954, respecto de la cual García de Enterría habría afirmado que respondía a la “intención de extender las técnicas de garantías propias de la expropiación al patrimonio entero (...) protegiendo toda situación jurídico patrimonial de cualquier naturaleza (real, de crédito, pública o privada)”<sup>265</sup>.

Al referirse a la Constitución de 1925, los autores expresan su adherencia a la “garantía de los institutos”, al señalar que a pesar de contener un “importante número de cláusulas económico-sociales” influenciadas por el “constitucionalismo social”, la garantía de la propiedad todavía se encontraba “centrada en la perspectiva individual del derecho, concebida como inviolabilidad de las ‘propiedades’, más que en la existencia de un régimen jurídico objetivo que estableciera a la propiedad privada como principal mecanismo de atribución y aprovechamiento de los bienes”<sup>266</sup>, lo que se mantendrá de manera reforzada en la Constitución de 1980, formando la idea de núcleo esencial del dominio. La idea de esencia de la propiedad, entendida como una defensa de los derechos subjetivos del propietario, llegando incluso a confundirse con la integridad patrimonial, es duramente criticada por esta teoría, la cual pone su énfasis en proteger a la propiedad entendida como una institución de carácter objetivo, siendo su esencia la configuración histórica que la propiedad ha adoptado y mantenido, y no las posiciones subjetivas derivadas de su dimensión objetiva.

### 3. Principios Constitucionales: Igualdad y Proporcionalidad

---

<sup>265</sup> Cordero y Núñez (2014), p. 16

<sup>266</sup> Cordero y Núñez (2014), p. 32

En la evolución doctrinaria y jurisprudencial de nuestro medio, se ha recurrido a otros elementos de análisis para determinar la legitimidad de las intervenciones regulatorias de la Administración. Al ser la idea de “esencia” de los derechos un concepto de tan difusos contornos, el Tribunal Constitucional ha recurrido a otros criterios para cumplir su labor jurisprudencial, tales como los principios constitucionales de “igualdad ante las cargas públicas” y “proporcionalidad”, los que también han sido comentados y desarrollados por la doctrina nacional y extranjera. Es digno de notar, además, que las soluciones vinculadas a estas propuestas dejan de atender a la cuestión, bastante metafísica, como hemos visto, de la esencia de la propiedad, y optan por un criterio más pragmático para definir la legitimidad de las intervenciones en la propiedad, no obstante la idea de núcleo esencial vuelva a aparecer en la jurisprudencia, confundiendo más que aclarando la cuestión, como veremos.

En diversos casos, el Tribunal ha hecho referencia y uso de los principios de igualdad ante las cargas públicas y de proporcionalidad, a los que entiende como criterios necesarios para evaluar el impacto de una regulación de la propiedad, con miras a distinguir entre una limitación y una privación.

Según Cordero y Núñez, para establecer si se está ante una privación o una limitación, el Tribunal “ha seguido tres criterios básicos: a) *el adecuado equilibrio entre derecho de propiedad privada y otros derechos fundamentales* que pueden estar comprometidos en el conflicto concreto de que se trata; b) *el principio de igualdad*”, ya que la carga impuesta al propietario en la forma de una limitación a su derecho no debe ser “exclusiva ni excluyente de las limitaciones que puedan sufrir otros propietarios que se encuentren en la misma situación, y c) *el principio de proporcionalidad*, pues el gravamen o detrimento -especialmente económico- que se deriva de la limitación”



impuesta no ha de conducir a la desaparición del derecho o a la imposibilidad de concretar “el ejercicio de sus atributos esenciales, pues, en tal caso, se estaría frente a una expropiación”<sup>267</sup>.

a) *Igualdad ante las Cargas Públicas*

La doctrina nacional ha desarrollado este principio con base en el texto constitucional, particularmente en el art. 19 N° 20, relativo a “la igual repartición de los tributos (...) y la igual repartición de las demás cargas públicas”.

Enrique Evans de la Cuadra propone una definición, al señalar que son cargas públicas “todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”<sup>268</sup>.

Viviana Ponce de León ha señalado que, a pesar de la definición anterior, y otras elaboradas por la doctrina, en nuestro medio carecemos de una definición formal de carga pública, por lo que hemos de “indagar en el sentido instrumental o a la función que desempeña la noción de carga pública en la argumentación constitucional”, de la cual podemos ver que “aparece como tópico recurrente la idea de balance o equilibrio entre el sacrificio que experimenta el sujeto que cumple la carga y el beneficio que ello representa para la comunidad. (...) En el caso de las cargas reales, lo corriente será que ese equilibrio se proyecte en una suerte de compensación que opera entre aquellas y otros beneficios o privilegios que puedan moderar su impacto económico”<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> Cordero y Nuñez (2014), p. 35

<sup>268</sup> Evans (1999), p. 285, citado en: Ponce de León (2015), p. 849

<sup>269</sup> Ponce de León (2015), p. 868

Para Luis Cordero Vega, lo importante es determinar si una medida resulta lesiva, y esto sucede “cuando de uno u otro modo se distribuyen o redistribuyen hechos o circunstancias que consideramos socialmente como males”<sup>270</sup>. En este sentido, la lógica de la responsabilidad jurídica se extiende a cualquier otra disposición normativa que anule o imponga restricciones a cualquier derecho, siendo fundamental definir la agudeza necesaria para su justificación.

Cordero Vega continúa, al referirse a la afectación de los derechos desde el punto de vista de la responsabilidad jurídica, la cual siempre “supone que alguien va a sufrir una privación o restricción de derechos o zonas protegidas por el ordenamiento jurídico, como consecuencia de un hecho lesivo previo que trata de repararse o de un hecho que se intenta prevenir. Como cualquier otra medida que entrañe privación de derechos, requiere justificación en dos sentidos: desde la perspectiva de la utilidad práctica debe explicarse como es que un ordenamiento jurídico que tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos, puede imponer consecuencias que consistan materialmente en lesionarlos; y desde la óptica de la distribución debe explicarse por qué el efecto beneficioso final que se espera obtener con la imposición de consecuencias, se hace precisamente a costa del responsable jurídico y no de otros. En el fondo, estamos en presencia de una regla fundamental de la sociedad moderna: la responsabilidad tiene siempre una finalidad resarcitoria, de acuerdo con la cual los daños que un individuo sufre deben ser compensados; a partir de aquí, habrá de determinar si todos los daños están en la categoría anterior o solo están los segundos, operando entonces diversos criterios de selección según sea la política jurídica que se utilice”<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Cordero Vega (2014), p. XIV

<sup>271</sup> Cordero Vega (2014), pp. XIV-XV

Luego, el autor advierte que el principio constitucional de la “*igualdad ante las cargas públicas*”, “más que un presupuesto de responsabilidad es un título irregular de expropiación que bien podríamos calificar de cuasi-expropiatorio como consecuencia de que se perfecciona la indemnización con posterioridad al proceder del Estado y no previamente como en la expropiación” y que entonces, esta comprensión del principio constitucional podría servir de fundamento para indemnizaciones cuasiexpropiatorias, recurriendo a los argumentos de la teoría de la responsabilidad objetiva absoluta<sup>272</sup>.

Al analizar la doctrina y jurisprudencia nacionales sobre la aplicación de este principio, señala que en realidad, el mismo autor señala que dada la manera en que se utiliza dicho título de imputación, “en verdad estamos hablando de formas de protección del derecho de propiedad y no de situaciones vinculadas a casos de responsabilidad”, cuestión que se expresa en diversas fuentes normativas, tales como “las reglas en el marco de las inversiones extranjera”, o los “tratados de libre comercio con EEUU y otros Estados con reglas de iguales características”<sup>273</sup>.

Finalmente, se manifiesta críticamente ante la aplicación de este principio en materia de limitaciones al dominio: “el principio de igualdad ante las cargas públicas, sea a través de esta figura o bien de las expropiaciones regulatorias o cuasiexpropiaciones, es insostenible en el marco del Estado democrático en sociedades industriales contemporáneas y de una demanda cada vez más urgentes de regulación en áreas tales como la protección del medio ambiente y la seguridad laboral”<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> Cordero Vega (2014), p. XVI

<sup>273</sup> Cordero Vega (2014), pp. XXI-XXII

<sup>274</sup> Cordero Vega (2014), pp. XXV-XXVI

Claudio Matute coincide en el análisis recién presentado, al señalar que “a diferencia de la expropiación, la responsabilidad del Estado sí ha sido el instituto del que se ha servido la jurisprudencia para otorgar protección a la propiedad mediante el otorgamiento de compensaciones”, y que mediante el establecimiento del “sistema de responsabilidad objetiva”, se abogó para que “el Estado respondiera por actos lícitos e ilícitos, sin tomar en consideración la reprochabilidad de la conducta estatal, sino la provocación de riesgo, la causalidad material y la infracción de la igualdad ante las cargas públicas”, doctrina defendida por Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma, defensores de un “Estado con mínima intervención en el quehacer de la sociedad civil”<sup>275</sup>.

El autor además nos dice que, basándose en este principio constitucional, se ha desarrollado la doctrina del “sacrificio especial” en países como España y Alemania. En el derecho español, esta doctrina recibe aplicación conjunta con los criterios de “*singularidad de la privación*”, que permite diferenciar entre limitación y privación de la propiedad en relación con la singularidad o generalidad de la regulación, y de “*enriquecimiento*”, que atiende a si se produjo un aumento de valor o el cese de un perjuicio en favor de algún sujeto, ya sea privado o público<sup>276</sup>.

El autor señala que, atendido el desarrollo que estas problemáticas han tenido en Estados Unidos, Alemania o España, “no parece probable esperar una solución del problema de la diferenciación entre privación de la propiedad y limitación (o delimitación) de la misma si se parte de una base que pretenda situar en un mismo plano conceptual la regulación general y abstracta de la propiedad, y la afectación concreta de posiciones jurídicas propietoriales”, y por ello, se hace necesario abandonar la teoría del continuo conceptual, mediante la cual se hace imposible

---

<sup>275</sup> Matute (2014), pp. 180-181

<sup>276</sup> Matute (2014), p. 69

distinguir entre limitación y privación al dominio, pues “por definición, toda regulación implica, respecto de un ámbito previamente no regulado, una disminución de una libertad disponible, y en esta medida, una lesión (en sentido amplio) de la misma” y en este sentido, no hay un “criterio jurídico que permitiese hacer una diferenciación entre ambos conceptos; la línea divisoria quedaría entregada a la mera subjetividad judicial en la apreciación práctica de las consecuencias de una regulación legal”<sup>277</sup>.

Por estas razones, Matute está de acuerdo con Eduardo Aldunate, quien “desarrolla cuatro criterios de control de constitucionalidad de una regulación”, y que pueden sintetizarse como sigue: (1) “no afectación a la esencia del derecho, esto es, como un haz de facultades en que sea reconocible las de uso, goce y disposición, sin condicionar la extensión de las mismas”, siendo relevante la existencia de las facultades y atributos del dominio, o sea, “que haya algún modo de ejercicio de uso, goce y disposición, siendo irrelevante para estos efectos la gravedad de la intromisión a la esfera subjetiva concreta del propietario”; (2) debe justificarse y fundamentarse en la función social, y si tal no fuera el caso, (3) la regulación ha de “fundarse en la facultad legislativa de restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medioambiente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 19 N° 8 de la Constitución”; finalmente, en caso de no concurrir ni la función social como tampoco la protección del medio ambiente, (4) “la intervención regulatoria debe poder justificarse como solución legislativa para conciliar el conflicto de derechos o la armonización del derecho de propiedad con principios constitucionales”<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> Matute (2014), p. 72

<sup>278</sup> Matute (2014), pp. 73-74

De tal modo, Matute señala que “tiene bastante sentido abandonar un análisis de la frontera entre limitación y privación basado en el grado de lesión que pueda producir la respectiva regulación”<sup>279</sup>, y vuelve a coincidir con Aldunate, que en relación a los cuatro criterios planteados, señala que la regulación constitucional de la propiedad “siempre tiene carácter abstracto” y que son irrelevantes las “variables hipótesis de hecho que podrían producir un menoscabo patrimonial particularmente gravoso”, por lo que si una regulación cumple con los mencionados criterios prescindiendo de las hipótesis de su aplicación, entonces es “compatible con exigencias constitucionales para la regulación de la propiedad, siendo las consecuencias perjudiciales de su aplicación a casos concretos el resultado de circunstancias de hecho que, tal y como los resultados económicos perjudiciales de cualquier medida pública, pueden afectar a los particulares”<sup>280</sup>.

Este tratamiento dogmático de las regulaciones a la propiedad, según Matute, conduce al desplazamiento de “el problema de sus consecuencias fácticas al ámbito de la dogmática de la igualdad ante las cargas públicas, fundando la necesidad de indemnización de determinadas regulaciones no sobre la base de considerarlas expropiatorias, sino que por ser lesivas al principio de proporcionalidad”<sup>281</sup>.

Las regulaciones “que afecten de manera manifiestamente injusta o desproporcionada la propiedad, sin que se disponga la correspondiente indemnización” no constituye una afectación del derecho de propiedad “en virtud del artículo 19 N° 24 de la Constitución, sino por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas vía artículo 19 N° 20”, lo que permitiría al legislador establecer “reglas generales de compensación, las que serán suficientes, en cuanto cancelen el carácter manifiesto que tenga lo injusto o desproporcionado del efecto regulatorio”, así como le

---

<sup>279</sup> Matute (2014), p. 72

<sup>280</sup> Aldunate (2006), p. 298

<sup>281</sup> Matute (2014), p. 76

permite “remitir el examen de procedencia y la evaluación de la indemnización al juez de la instancia, en cuanto constate efectivamente un efecto particularmente gravoso al patrimonio de un particular”<sup>282</sup>.

Sin embargo, desde la sentencia Maullín con Fisco (2010), se ha sostenido que no existe en la Constitución norma alguna que obligue a indemnizar al Estado en hipótesis de actos lícitos que afecten la igualdad ante las cargas públicas, por lo que no sería posible otorgar indemnizaciones por vía de acción de responsabilidad del Estado. En este sentido, Cordero Vega ha señalado lo siguiente:

“El precedente Galletué (1984) ha sido desechado por esta Corte Suprema. Mientras en dicha sentencia, la Corte sostuvo que una persona que sufre un gravamen de contenido singular en su propiedad, por un acto lícito de beneficio colectivo debía ser indemnizada porque se afectaba la igualdad ante las cargas públicas; la actual Corte en el caso Inmobiliaria Maullín (2010), sostuvo que no existe en la Constitución norma alguna que obligue a indemnizar al Estado en hipótesis como esta, de manera que no es posible otorgar indemnizaciones por vía de la acción de responsabilidad del Estado, cuestión que ya había advertido el año 2004 en el caso Lolco”<sup>283</sup>.

Matute enfatiza en que lo “especialmente perjudicial de dicha doctrina para el titular del dominio que vea afectado su haz subjetivo de facultades dominicales por una regulación propietorial, atendido que en la mayoría de los casos será la indemnización el remedio apto y eficaz para compensar los daños efectivos provocados por el sacrificio o carga impuesta al particular, y que precisamente es este desfavorable escenario para los regulados nacionales lo que ha conducido a

---

<sup>282</sup> Aldunate (2006), p. 298

<sup>283</sup> Cordero Vega (2011)

la adopción de las "*regulatory takings*" o "expropiaciones indirectas"; a pesar de que al autor no le parezca "aplicable en nuestra dogmática constitucional"<sup>284</sup>.

Chávez y Schiavoni señalan que dicha doctrina se habría originado en la jurisprudencia norteamericana, en relación con las regulaciones expropiatorias, en el caso "Lucas v. South Carolina Coastal Council" de 1992, y que ya habría sido reconocida en nuestro país por lo menos desde el caso "Galletué" de 1984<sup>285</sup>.

Además, se refieren al tratamiento que ha recibido esta doctrina por diversos autores nacionales, como Eduardo Aldunate, para quien "esta teoría permite mantener la constitucionalidad de la regulación en caso de comprobarse una desigualdad injustificada, como también, ordena los argumentos del juez en el siguiente sentido: si en la teoría de la regulación expropiatoria el criterio de magnitud se encuentra como un razonamiento jurídico, en la teoría de las cargas publicas la desigualdad injustificada se encuentra como un hecho a verificarse en juicio"<sup>286</sup>, o Arturo Fermandois, quien ha señalado que "las regulaciones propietarias deben tener en cuenta entre otras cosas, la igualdad en la imposición de cargas, dando por sentado que cada limitación es en sí una carga publica en sentido constitucional"<sup>287</sup>.

Los autores agregan que, en relación con este principio, ha adquirido importancia la teoría de la confianza legítima, que según Fermandois se fundaría en "un cambio en las reglas del juego tal que se produce un daño, con nexo causal a un cuadro de confianza, creado por actos estatales regulares y conformes a derecho mediante los que se convocó a los particulares a determinadas tareas y funciones"<sup>288</sup>, y que se trataría "entonces de una imposición de un sacrificio especial indemnizable

---

<sup>284</sup> Matute (2014), pp. 77-78

<sup>285</sup> Chávez y Schiavoni (2015), p. 105

<sup>286</sup> Chávez y Schiavoni (2015), p. 105

<sup>287</sup> Chávez y Schiavoni (2015), pp. 108-109

<sup>288</sup> Chávez y Schiavoni (2015), p. 117



cuando establece de manera sorpresiva e imprevisible una regulación que frustra las inversiones efectuadas anteriormente por algunos ciudadanos al amparo de una situación jurídica en cuyo mantenimiento podían razonablemente confiar”<sup>289</sup>.

En su análisis sobre este principio, en que además plantea la necesidad de dar una perspectiva casuística a su aplicación jurisprudencial, Matías Guiloff señala que la carga no solo ha de tener una “justificación razonable, sino que también debe poder predicarse tal justificación acerca de su gratuidad”, por lo que tanto la carga como la gratuidad deben cumplir con el “estándar de lo razonable y lo medurado establecido por la jurisprudencia constitucional”, para lo cual es de primera importancia “verificar si se mantienen, si no quedaron desfasados, los motivos que fundamentaron” su imposición, y así “lograr una adecuación de la norma a la época en que se aplica, evitando así el predominio del legislador primitivo”, siendo “un examen altamente casuístico, que solo podrá ser realizado teniendo a la vista las particularidades del caso bajo análisis, los que alumbrarán si se mantienen o no los motivos que llevaron a que se impusiera la carga”<sup>290</sup>.

Por otro lado, “lo razonable y medurado de la gratuidad de una carga supone analizar la relación que establece el respectivo esquema regulatorio entre el interés público que promueve y aquellos intereses privados que afecta al hacerlo”, pero según el autor, “la existencia de tal equilibrio depende de las circunstancias económicas, políticas y sociales que existieron al momento de dictar la regulación, circunstancias que son demasiado numerosas como para determinar de antemano si una carga pública es constitucional o no”<sup>291</sup>.

---

<sup>289</sup> Chávez y Schiavoni (2015), p. 118

<sup>290</sup> Guiloff (2019), p. 275

<sup>291</sup> Guiloff (2019), p. 276

El autor además comenta, refiriéndose a los casos “Cesión de Terrenos”<sup>292</sup> y “Bomberos”<sup>293</sup>, que resulta difícil establecer “si una determinada carga pública implica una limitación excesiva del derecho de propiedad privada (...), porque como lo demuestra la jurisprudencia, muchas veces los esquemas regulatorios que las imponen también otorgan beneficios que las compensan”<sup>294</sup>.

En este sentido, es importante notar que si las regulaciones afectan el principio de igualdad ante las cargas públicas, podrán “ser declaradas inconstitucionales, tal como se ha hecho en Alemania”, pero como sugiere el propio caso alemán al igual que cierta literatura estadounidense sobre expropiación regulatoria, “esta inconstitucionalidad no se producirá si la regulación que establece la limitación dispone de mecanismos que morigeren su impacto regulatorio”, lo que es de “común ocurrencia en nuestra práctica regulatoria”, evidencia de lo cual la constituyen, por ejemplo, las “múltiples normas de emisión en materia ambiental que distinguen entre fuentes nuevas y existentes para efectos de su entrada en vigencia, estableciendo un período de vacancia legal respecto de las últimas”<sup>295</sup>

Algunos casos en que se ha expresado la lógica anterior han sido comentados por Guiloff: en “Cesión de Terrenos”, el Tribunal declaró que la regulación, a pesar de haber implicado un aumento de la superficie de terreno que el afectado debía ceder a la Municipalidad con propósitos de urbanización, “lejos de constituir un daño patrimonial para el dueño procura un beneficio pecuniario para él, pues el valor de los terrenos urbanizados, es superior al valor de dichos terrenos sin urbanizar, incluyendo por cierto, en este último, los costos que demanda la urbanización tanto por la ejecución de las obras respectivas como aquellos que derivan de la

---

<sup>292</sup> STC Rol N° 253-97, de 15/04/1997

<sup>293</sup> STC Rol N° 1295-08, de 6/10/2009

<sup>294</sup> Guiloff (2019), p. 276

<sup>295</sup> Guiloff (2018a), p. 642

pérdida de superficie por las cesiones gratuitas” (Considerando 10°). En “Bomberos”, la Magistratura Constitucional se pronunció acerca del presunto carácter expropiatorio, imputado por la recurrente, al gravamen impuesto a las compañías de seguros en relación con el financiamiento de los cuerpos de bomberos, declarando que dicha carga no afectaba su actividad económica, pues no la prohibía ni eliminada, señalando además, “que las compañías de seguros se veían directamente beneficiados por la actividad que desarrollan los bomberos, por lo que la carga que se les imponía a los requirentes se veía compensada por los beneficios derivados de la actividad que la justificaba”<sup>296</sup>.

Podría dudarse del criterio utilizado por los ministros al determinar si “los beneficios que otorgan estos esquemas regulatorios compensan las cargas que ellos mismos imponen”. Y eso sería correcto si es que la determinación se hiciera de manera anterior al efecto real de la regulación o carga. Según Guiloff, esta determinación solo puede realizarse “ex-post”, atendiendo al desequilibrio producido por la carga, en tanto uno de los sujetos regulados podría verse impactado de tal manera por ella, que se rompiera “el equilibrio entre cargas y beneficios”. Así, la determinación solo puede realizarse una vez producidos los efectos de la carga, al comparar su impacto con “los beneficios que otorga el esquema regulatorio al cual se encuentra asociada”<sup>297</sup>.

En opinión del autor, y en virtud de “la crucial relevancia” que tiene el derecho de propiedad en nuestras sociedades, entendida como la representación de “valores tan centrales para la dignidad humana como la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad”, algún constreñimiento debe existir a estas limitaciones, por lo cual el autor propone dos candidatos: la igualdad ante las cargas públicas (que en la versión presentada por Guiloff resulta muy razonable) o la afectación de la

---

<sup>296</sup> Guiloff (2019), p. 277

<sup>297</sup> Guiloff (2019), 278

esencia de este derecho (que como hemos demostrado, resulta sistemáticamente problemática, pues de hecho obstaculiza la correcta aplicación de los principios, dados sus indeterminados contornos que hacen posibles interpretaciones en extremo extensiva del ámbito jurídico protegido del dueño).

De tal modo, y en abstracto, pareciera resultar más prometedor para el objetivo propuesto recurrir al principio de igualdad ante las cargas públicas, pues “se trata de un constreñimiento que atiende precisamente al aspecto crucial que se encuentra en juego en este problema: la imposición de cargas sobre la propiedad privada (...) que producen el efecto de disminuir el valor del objeto del respectivo derecho de propiedad privada”. Pero además, porque “capta de mejor manera el contexto fáctico en que se introducen estas limitaciones”, no siendo otro que “el de la aprobación de un cambio legal (lo que la literatura estadounidense denomina transición regulatoria)”, el cual modifica “la distribución de cargas y beneficios existente” hasta ese momento.”. Finalmente, Guiloff hace referencia a “varios países de tradición europeo-continental” que recurren a la igualdad ante las cargas públicas “para lidiar con los problemas de limitaciones a la propiedad privada”, por lo que no sería “para nada excéntrico” imitarlos, siendo tal “el caso de Alemania y España, a través de la tesis del sacrificio especial”<sup>298</sup>.

b) *Principio de Proporcionalidad*

Según Arnold, Martínez y Zúñiga, este principio equivale al de razonabilidad propio del *common law*, siendo su homólogo europeo y cuyo origen se encontraría en el derecho prusiano de policía, en el que “cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual”, ideado por la jurisprudencia prusiana como una “prohibición de exceso” de carácter vinculante

---

<sup>298</sup> Guiloff (2018a), p. 642

para el poder ejecutivo, en su ejercicio de la discrecionalidad administrativa y del poder de policía. Sin embargo, este entendimiento del principio corresponde a épocas pasadas del constitucionalismo, en que el Estado y su organización no respondían a los mismos principios que articulan nuestras sociedades contemporáneas (por ejemplo, la decimonónica subyugación constitucional del ejecutivo, pero no del legislativo, ya superada), además del carácter formalista con que se leían los derechos fundamentales, más como declaraciones que como realidad justiciable, sin mencionar los “largos listados de materias exentas de control”.<sup>299</sup>

Ya a mediados del siglo XX, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) comienza a desarrollar su concepto con “estrecha referencia a la naturaleza de los derechos fundamentales y al estado de derecho”, tratándose de “un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del estado de derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos”, encontrando aplicación en la decisión del TCFA de 1952 “de prohibir el partido SRP (extrema derecha)”, ordenando a la policía ejecutar la sentencia con “medidas adecuadas”, controlando así al ejecutivo, para extender dicho control al legislador, dos años después, cuando analizando una ley electoral, el Tribunal se refirió a la necesidad de que el legislativo tuviera presente el “principio de proporcionalidad de la finalidad de la acción y la medida usada”. Finalmente en 1958, con la sentencia sobre admisión limitada de farmacias, conocida como *Apothekenurteil*, la Magistratura “explica dogmáticamente el significado de este principio”<sup>300</sup>. A partir de dicha sentencia, este principio “se ha mostrado como un instrumento eficaz, flexible y pragmático para moderar la tensión entre el individuo y el poder público”, utilizado frecuentemente por la jurisdicción constitucional germana, pudiendo ser considerado, según los autores, “como el concepto mas importante de la dogmática de los derechos fundamentales y del Estado de derecho en

---

<sup>299</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), p. 67

<sup>300</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), p. 68

Alemania”<sup>301</sup>, lo que parece encontrar eco en algunos autores que sostienen que “la proporcionalidad es superior a todos los otros tests de los que se pueden valer los jueces para controlar las limitaciones a los derechos fundamentales”<sup>302</sup>.

La labor jurisprudencial del TCFA a partir de *Apothekunerteil* (1958) “permite identificar cuatro requisitos que emanan del principio de proporcionalidad” y que resultarían “aplicables a toda intervención en la libertad y propiedad de las personas por parte del poder público, sea el legislador, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial”. Estos cuatro criterios, subprincipios, o “sub-tests”<sup>303</sup>, son los siguientes:

- a) *Finalidad legítima*: entendida como un objetivo determinado por el respeto y adecuación a los principios constitucionales y los derechos humanos
- b) *Idoneidad*: la medida debe ser “adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización de dicho objetivo legítimo”.
- c) *Necesidad*: “debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse a la que afecte menos a los derechos involucrados”<sup>304</sup>.
- d) *Proporcionalidad en sentido estricto*: la gravedad de la intervención debe ser adecuada a su objetivo, así como los instrumentos y medios justificados en su grado de gravedad, la que debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos, que de no ser suficientes, no justificarán una intensidad mayor, en una relación de medios a fines.

---

<sup>301</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), p. 71

<sup>302</sup> Barack (2012), citado en: Guiloff (2019), p. 281

<sup>303</sup> En este mismo sentido: Covarrubias (2014), pp. 164-165

<sup>304</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), p. 71

Este principio es para los autores el más importante en la protección de la libertad del individuo, pues conlleva una ponderación entre el interés individual, expresado en la forma de un derecho fundamental, y el interés público, expresado en intervención en la esfera jurídicamente protegida, la que deberá “tener en cuenta la situación particular del individuo, y desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho”<sup>305</sup>.

Respecto de los tres primeros requisitos, se reconoce que “el legislador tiene un margen de discrecionalidad, que reduce el ámbito de control jurisdiccional” y “sólo errores manifiestos podrían conducir a la anulación de una norma legal por ser contraria al principio de proporcionalidad. Con relación al cuarto requisito, el TCFA ha sostenido que su cumplimiento implica fundamentar de manera clara las circunstancias subjetivas y objetivas relevantes”<sup>306</sup>.

Guiloff señala “que se pueden concebir dos versiones del test de proporcionalidad”, y que “conforme a la primera, la proporcionalidad puede ser concebida como una herramienta que, según lo señalado anteriormente, optimiza derechos e intereses”, mientras que para la segunda, “la proporcionalidad permite un razonamiento moral abierto”, por lo que “otorga muchos menos elementos para controlar la discrecionalidad judicial que la primera”<sup>307</sup>.

En nuestro derecho el principio de proporcionalidad ha sido adoptado por la jurisprudencia constitucional, aunque como señalan los autores, de manera errática, pues “se verifica que ha utilizado el test de proporcionalidad, aunque no necesariamente en sus cuatro pasos”, en algunos casos solo evaluando si hay relación entre los medios legítimos utilizados y el fin perseguido, en razón de lo cual el Tribunal ha señalado que la regulación de los derechos hecha por la ley, debe

---

<sup>305</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), p. 71

<sup>306</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), pp. 71-72

<sup>307</sup> Guiloff (2019), pp. 285-286

ser razonable y no arbitraria, atendiendo a esa relación de medios y fines en el marco de la proporcionalidad<sup>308</sup>. En otros casos, el Tribunal ha aplicado las cuatro partes del test, pero no de manera clara, no obstante lo cual han sido reconocidas explícitamente por el mismo<sup>309</sup>.

Nuestro Tribunal se ha referido a las condiciones que debe cumplir una carga para ser proporcional, estableciendo “una serie de supuestos en los que una carga pública deviene en una privación”, como “cuando existe desplazamiento patrimonial, en los casos que la carga afecta el núcleo esencial del derecho y, cuando genere daños de una magnitud considerable, haga peligrar las utilidades del afectado, establezca costos adicionales de producción y haga inviable la actividad académica del afectado”. De estos criterios, solo el primero “puede ser planteado de antemano para saber si una carga que afecte el derecho de propiedad privada será considerada constitucional o no; la verificación de todos los demás requiere prestar atención a las particularidades del caso bajo análisis”<sup>310</sup>.

En el marco de la tensión existente entre la potestad configuradora y el núcleo esencial del dominio, Guiloff señala que el principio de proporcionalidad viene a representar especial utilidad “para lograr que, al momento de configurar la propiedad imponiéndole limitaciones, el legislador llegue hasta cuanto exija la función social de la propiedad, pero sin llegar más lejos que eso. Dicho de otro modo, la idea es que la cláusula de expropiación no lleve a la parálisis legislativa en la configuración de la propiedad; pero, por otro lado, que la potestad configuradora no lleve a establecer limitaciones que sacrifiquen la propiedad más allá de lo que demanda la función social”<sup>311</sup>, y todo ello en el marco de una aplicación casuística del principio, bajo el entendido de

---

<sup>308</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), p. 87

<sup>309</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), p. 88

<sup>310</sup> Guiloff (2019), p. 278

<sup>311</sup> Guiloff (2019), p. 282



que “el test de proporcionalidad tampoco es capaz de establecer de antemano las limitaciones al derecho de propiedad privada que resultan inconstitucionales por afectarlo”<sup>312</sup>.

En relación con el tratamiento que nuestro Tribunal Constitucional ha dado a este principio, Guiloff señala que en su jurisprudencia inicial ni siquiera consideraba el test de proporcionalidad en estas materias, lo que se vio reflejado en los casos “Administrador Delegado” y “Deuda Subordinada”, por ejemplo, en los que “la limitación en cuestión se analiza desde la perspectiva de su incidencia en las facultades y atributos esenciales del dominio, basándose para ello en el supuesto de expropiación previsto en el artículo 19 N° 24 inciso 3º”, lógica reiterada en los fallos “Playas I” y “Rentas Vitalicias”, “donde el tribunal se centra en la significancia de la privación de facultades y atributos esenciales del dominio”, pero que sufre una ligera variación en el caso “Eléctricas”, “donde el tribunal acoge la doctrina estadounidense de la expropiación regulatoria, e indica que para ver si una regulación reúne tal carácter se debe atender a cómo ella incide sobre las facultades y atributos esenciales del dominio”<sup>313</sup>.

En los fallos “Playas I y II”, el tribunal somete a la facultad del intendente “a cada uno de los (sub)tests de la proporcionalidad”, análisis que no es repetido “en fallos posteriores dictados por el tribunal sobre limitaciones a la propiedad”, como sucede en “Soterramiento de Cables”<sup>314</sup> y “Traslado de Infraestructura”<sup>315</sup>, “donde los esfuerzos del tribunal se centran en distinguir si se está frente a una limitación o a una expropiación” señalando que para distinguir “entre la primera y la segunda”, se ha de atender a “que ella no sea desproporcionada”. “Posteriormente, pocos años

---

<sup>312</sup> Guiloff (2019), p. 280

<sup>313</sup> Guiloff (2019), p. 287

<sup>314</sup> STC Rol N°1863-2010

<sup>315</sup> STC Roles N°s 1993-2011; 2043-2011; 2077-2011; 2078-2011; 2079-2011 (acumuladas)

más tarde, se aplican dos de los (sub)tests de la proporcionalidad en 'Santa Beatriz', quedando sin aplicar el de la proporcionalidad en sentido estricto"<sup>316</sup>.

El autor recalca que en los casos "Molinera" y "Curtidos Bas", no obstante la norma impugnada haya sido la misma, el tribunal aplicó el test de proporcionalidad solamente en uno de ellos. En el primero, tal como se hizo en Playas II y III, aunque con un análisis bastante más extenso, el tribunal aplicó cada uno de los (sub)tests. "Con todo, y tan solo unos meses después, el tribunal, aunque con algunos cambios en su integración, volvió a analizar el problema en términos de si se trataba o no de una privación de atributos esenciales del dominio, sin efectuar análisis de proporcionalidad alguno"<sup>317</sup>.

Como hemos visto, y a pesar de que la doctrina reconozca a la utilidad del principio de proporcionalidad en la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional, no son pocos los autores que han críticamente su falta de coherencia y consistencia<sup>318</sup>. En el marco de estas críticas, Covarrubias analizó 128 sentencias del Tribunal Constitucional, dictadas entre 2006 y 2014 en relación a diversas materias, y sus conclusiones no hacen sino confirmarlas.

En las 128 sentencias analizadas por Covarrubias, el autor considera encontrar "un estándar que supone un juicio escalonado de tres o cuatro requisitos que determinan la constitucionalidad del acto estatal que afecta el ejercicio de un derecho sujeto a la intervención regulativa de la autoridad", descartando otras concepciones acerca de la proporcionalidad características de otras materias jurídicas (derecho tributario, administrativo sancionador, derecho penal, etc.),

---

<sup>316</sup> Guiloff (2019), p. 288

<sup>317</sup> Guiloff (2019), p. 287

<sup>318</sup> Arnold, Martínez y Zúñiga (2012), pp. 87-104; Guiloff (2019), p. 286

remitiéndose a entenderla únicamente como “el requisito de adecuación o idoneidad, prescindiendo de las restantes exigencias propias de este criterio”<sup>319</sup>.

Según Covarrubias, el test utilizado por el Tribunal, desde una visión de conjunto, “se encuentra más en línea con una concepción garantista de él, incluidos aquellos rasgos propios y distintivos que contribuyen a no encasillarlo absolutamente” en otras versiones del test. De todas las exigencias de la proporcionalidad, “la proporcionalidad en sentido estricto o regla de ponderación es el factor más determinante para discernir la orientación del estándar bajo las coordenadas de la versión optimizadora o garantista antes referidas”, siendo en este punto donde se juega un mayor o menor grado de afinidad con una u otra concepción del test, dependiendo de su ausencia o modulación<sup>320</sup>.

Se advierte del análisis de las sentencias “que en las contadas ocasiones en que el TC logra aproximarse en términos globales a un test, lo hace bajo la modalidad de exigir la concurrencia de tres requisitos –finalidad lícita, adecuación y proporcionalidad al fin–, omitiendo en la casi totalidad de los casos la regla de la necesidad y formulando una proporcionalidad en sentido estricto sustantivamente diversa a aquella versión adoptada y promovida por la noción optimizadora del estándar”<sup>321</sup>.

El autor además se refiere al problema que hemos tratado a lo largo de este trabajo, en relación con la esencia de los derechos como límite a la acción estatal, pues le resulta “interesante constatar que para el Tribunal la garantía del artículo 19 N° 26 de la Carta –con test de proporcionalidad de por medio– sigue desempeñando un rol crucial en la delimitación de las potestades públicas

---

<sup>319</sup> Covarrubias (2014), p. 166

<sup>320</sup> Covarrubias (2014), pp. 204-205

<sup>321</sup> Covarrubias (2014), p. 207

regulatorias o limitativas de los derechos fundamentales, comoquiera que al adoptarse por la autoridad las medidas que estime conveniente para la satisfacción de necesidades públicas, aquéllas no podrán someterlos a regulaciones, condiciones, tributos o requisitos que no respeten 'la esencia del derecho' intervenido, 'lo sometan a exigencias que pueden hacerlo irrealizable' (que 'impidan su libre ejercicio') o lo entraben 'más allá de lo razonable'" y que resulta "clave observar que en algunas sentencias la infracción a esta cláusula ha configurado en sí misma un incumplimiento similar o equivalente a la proporcionalidad en sentido estricto. En esta hipótesis, el artículo 19 N° 26 cumple una función análoga a la proporcionalidad en sentido estricto entendida bajo la modalidad garantista, ejerciendo un rol sustitutivo de la noción optimizadora<sup>322</sup>. El autor concluye su análisis, señalando que "para el TC el test de proporcionalidad es un criterio de adjudicación, no universal, en cuya virtud los derechos fundamentales admiten regulaciones en beneficio de la satisfacción o promoción de finalidades constitucionalmente legítimas (bien común, interés público o manifestaciones de éste), siempre que dichas intervenciones sean 'tolerables a quienes las padezcan' o no devengan en 'resultados especialmente gravosos o desmedidos' para los titulares de los derechos fundamentales afectados" y que su "éxito o fracaso (...) se juega en última instancia en el respeto a la garantía del artículo 19 N° 26 de la Constitución, por lo que esta disposición cumple un rol materialmente análogo al que se le atribuye a la proporcionalidad en sentido estricto en las versiones alternativas del test" con lo que "un precepto legal 'resulta desproporcionado' al vulnerar los derechos o afectar su contenido esencial, con lo cual la infracción al artículo 19 N° 26 configura en sí mismo un incumplimiento a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, de modo similar a la noción garantística del test en su versión británica"<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> Covarrubias (2014), p. 211

<sup>323</sup> Covarrubias (2014), p 216

De esta manera, “en los pocos casos en que el estándar ha sido efectivamente empleado, el TC ha entendido que un acto estatal es proporcionado si los legítimos resultados promovidos por la autoridad pueden obtenerse con medidas que –junto con perseguir el bien común y ser idóneas para ello– no sacrifiquen por entero los derechos sujetos a regulación o que las intervenciones en éstos sean tan gravosas o desmedidas que equivalgan a desconocer el contenido esencial de tales derechos o a impedir su libre ejercicio. Tampoco hay lugar para examen utilitarista alguno, conforme al cual el sacrificio padecido por algún derecho fundamental invocado pueda verse compensado por el beneficio público perseguido por el acto estatal, siendo coherente el Tribunal al deliberadamente no aplicar ni invocar la proporcionalidad, “pues es evidente que no la concibe (como Alexy y sus seguidores) como un método universal de adjudicación constitucional” lo que, sin embargo, “no lo libera del error manifiesto en que ha incurrido en aquellos casos en que lo ha proclamado como estándar pertinente y luego no se hace cargo de él”<sup>324</sup>.

#### 4. Instituto Cuasi-expropiatorio

En 2014, Claudio Matute sostuvo la necesidad de establecer en Chile un instituto cuasiexpropiatorio, lo que sigue sosteniendo en la segunda edición de su obra *“Expropiaciones Regulatorias. Aplicabilidad al Caso Chileno”* de 2019. El modelo de esta institución provendría del derecho alemán, y permitiría dar protección al regulado nacional en circunstancias que la expropiación, por sus requisitos especiales de procedencia, no es aplicable al caso de las privaciones por delimitaciones al dominio.

En este sentido, señala que “la expropiación actualmente no es la institución que remedia o protege a los particulares de una expropiación regulatoria en Chile, pues no se encuentra vigente un

---

<sup>324</sup> Covarrubias (2014), p. 216

concepto material amplio de expropiación, sino más bien una concepción restrictiva que la define como un acto singular y etiquetado, que priva del dominio a un particular, o lo despoja totalmente de alguna de sus facultades esenciales. Si el acto estatal carece de algunas de dichas características -en el estado actual del desarrollo teórico y práctico de la materia- no será considerado expropiación y, por tanto, no será tal hipótesis incluida dentro de dicho instituto de protección dominical”<sup>325</sup>.

Según el autor, “la solución planteada por Aldunate de trasladar los eventuales efectos perniciosos de una regulación desde el ámbito de la expropiación, al ámbito de la responsabilidad del Estado vía infracción a la igualdad ante las cargas públicas” sería, al menos en principio, correcta. Sin embargo, esta solución “se enfrenta a varios escollos”. En primer lugar, el caso Maullín, fallado por la Corte Suprema en 2010, expresa un criterio jurisprudencial según el cual, a pesar de que “exista infracción a la garantía de la igualdad ante las cargas públicas”, ésta no daría derecho a indemnización, y por tanto, “no genera responsabilidad estatal”. Un segundo problema es que este criterio volvería a los jueces del fondo en jueces constitucionales, por cuanto, “so pretexto de determinar la lesión injusta, se pronuncie respecto de la legitimidad de la ley utilizando como derecho material la Constitución”, estableciendo en los hechos un control difuso de constitucionalidad, cuestión que atenta contra las facultades privativas otorgadas al Tribunal Constitucional por la Constitución de 1980. En tercer lugar, Matute se remite a las críticas de Cordero Vega, quien considera que la aplicación de este principio ha devenido “un título irregular de expropiación que bien podríamos calificar de cuasiexpropiatorio como consecuencia de que se perfecciona la indemnización con posterioridad al proceder del Estado y no previamente como en la expropiación regular”. Finalmente, la solución planteada por Aldunate, a pesar de ser teóricamente correcta, “ocasionaría un problema práctico, este es, que inevitablemente la

---

<sup>325</sup> Matute (2014), p. 180

utilización de la garantía de igualdad ante las cargas públicas como título de imputación de responsabilidad del Estado” conduciría a los particulares a demandar indemnización por parte del Estado, respecto a cualquier derecho o expectativa económica que e considere digna de amparo, “incentivando la litigación”, volviendo a sumirnos en la lógica de la responsabilidad objetiva estatal, errónea a juicio de Matute<sup>326</sup>.

Es por estas razones que el autor considera “correcta la solución alemana de crear una institución de ‘cuasiexpropiación’ en la cual la infracción de la igualdad ante las cargas públicas se erija única y exclusivamente- como una forma de protección del derecho de propiedad ante intervenciones regulares y lícitas del Estado”<sup>327</sup>.

El derecho alemán, al igual que el Chileno, tradicionalmente manejaba una teoría de la responsabilidad estatal que reposaba “sobre la idea de falta atribuible al funcionario por una actividad ilícita”, por lo se carecía de “una concepción de responsabilidad del Estado” que la distinguiera de la civil, por lo que “las intervenciones públicas que perjudicaban a los particulares” no encontraban “la posibilidad de resarcimiento cuando no era posible identificar al autor o la actividad no era ilícita”. Para superar este problema, los jueces alemanes “encontraron un camino en la institución expropiatoria y en la norma del artículo 14” de la Ley Fundamental de Bonn, “que garantizar en el inciso (1) el derecho de propiedad y contempla la expropiación ‘por razones de bien común’ en el inciso (3), dándose paso a la figura de la ‘cuasiexpropiación’”<sup>328</sup>.

En nuestro ordenamiento, según el autor, tal es la solución para dirimir las problemáticas presentadas a lo largo de esta sección: “crear un instituto propio y diverso a la expropiación y a la

---

<sup>326</sup> Matute (2014), pp. 206-208

<sup>327</sup> Matute (2014), p. 209

<sup>328</sup> Matute (2014), p. 209

responsabilidad que sea aplicable en hipótesis de injusticia extrema en desmedro de los particulares que vean afectada su propiedad ante regulaciones lícitas, es decir, regulaciones que no incurran en falta de servicio, pues en tal caso si será aplicable el estatuto de responsabilidad estatal”. Junto a tal institución, se han de “desarrollar tests propios fundados en la garantía de la igualdad ante las cargas públicas”, los que han de “reconducirse al estándar constitucional de que las cargas públicas no pueden ser ‘manifiestamente desproporcionadas o injustas’, (...) otro tanto podrán contribuir los tests de perjuicios ‘anormales’ y ‘especiales’ que la doctrina del sacrificio especial ha desarrollado”. Además, el principio de proporcionalidad consagrado por el artículo 19 N° 20 de la Constitución, “enriquecerá el estándar, pues hace inmediatamente aplicable el principio (...) al instituto cuasiexpropiatorio”<sup>329</sup>.

En relación con el problema de la tensión funcional a la que hemos referido en esta investigación, el autor concluye que no es solucionable por la dogmática jurídica, sino que se resuelve en el debate ideológico representado en la discusión doctrinaria acerca de los contornos de la propiedad, las cuales responden a una concepción de ella<sup>330</sup>.

#### D. Evolución de la jurisprudencia

Tal como ha señalado Eduardo Cordero:

“La Constitución de 1980 permite ejercer un recurso constitucional especial denominado de protección de garantías constitucionales. Cuando por actos u omisiones ilegales o arbitrarias una persona sea privada, perturbada o

---

<sup>329</sup> Matute (2014), pp. 210-211

<sup>330</sup> Matute (2014), p. 213



amenazada en el ejercicio de determinados derechos y garantías, dentro de los cuales se encuentra el derecho de propiedad, se puede ejercer esta acción para restablecer el imperio del derecho y dar protección al afectado a través de un procedimiento sumario. La tendencia de los recurrentes ha sido la de 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 incorporeales”, 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.”<sup>331</sup>

Esta misma tendencia se ha extendido a la jurisdicción constitucional, en que los requirentes acuden al Tribunal Constitucional para que sea declarada la inconstitucionalidad de los preceptos que, al establecer regulaciones o limitaciones a diversos estatutos propietarios, de manera general, o al establecer ciertas obligaciones o condiciones de ejercicio sobre un bien, de manera específica, atentan por ello contra la garantía constitucional que protege los atributos y facultades esenciales del dominio del requirente. Estos requerimientos tienen como elemento común sostener interpretaciones extremadamente amplias de lo que implicaría el contenido esencial del derecho de propiedad. El desarrollo de los problemas asociados a estas interpretaciones expansivas en relación con la potestad configuradora del Estado, será el hilo conductor de la presente sección.

#### 1. La Propiedad Blindada: 1980-2005

La fase anterior a la reforma de 2005 es duramente criticada por Flavio Quezada en su tesis de licenciatura, de la cual nos serviremos para atender al desarrollo de la jurisprudencia en estas

---

<sup>331</sup> Cordero (2006), p. 133

materias hasta el año 2011. En este periodo, fuertemente proteccionista, los principales precedentes jurisprudenciales son los casos “Galletué” de 1984, “Deuda Subordinada” de 1995, y “Playas” de 1996, en los que la deferencia hacia el regulado nacional es extrema, y la función social se ve fuertemente entorpecida por ello.

a) *Galletué (Rol 16743, año 1984)*

La Comunidad Galletué demandó al Estado por indemnización de perjuicios, atendidos los siguientes hechos: su predio, ubicado en la comuna de Lonquimay, y del mismo nombre, admitía como principal actividad económica la explotación forestal, y casi exclusivamente, de la especie “araucaria araucana”, que cubría 1.800 hectáreas del predio Galletué, siendo susceptible de producir 4.706.000 pulgadas de madera en un período de 30 años. Para tal explotación, la Comunidad había “desarrollado en dicho predio una costosa infraestructura con la finalidad de explotar los bosques” y durante 10 años, con la aprobación de las autoridades pertinentes, “se había explotado una gran cantidad de la especie desarrollando el plan prefijado”<sup>332</sup>

Sin embargo, con la publicación del Decreto Supremo N° 29 de 1976, se prohibió de manera absoluta la tala, destrucción y explotación de la “araucaria”, al ser declarada monumento natural, en el marco de la “Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América”, obligando a la Comunidad Galletué a detener sus obras de explotación en los bosques del predio, tras lo cual, recurrieron a la justicia para obtener resarcimiento por los daños causados por el Estado, mediante el establecimiento de dicha limitación a su dominio.

---

<sup>332</sup> Matute (2014), p. 139

Siguiendo a Matute, “la Corte de Apelaciones en sentencia confirmatoria del fallo de primera instancia, sentó la denominada doctrina Galletué”, la que adscribiendo “a la teoría del continuo conceptual entre limitación y privación, determinó la procedencia de la indemnización a los particulares afectados, aun cuando reconoce que el Decreto Supremo impugnado importa sólo una limitación a la propiedad”<sup>333</sup>, lo que luego fue confirmado por la Corte Suprema, al señalar en su Considerando 7°:

“Que en cuanto a la naturaleza de la prohibición que impone el Decreto Supremo N° 29, no tiene, desde luego, el alcance de una expropiación que el propio fallo recurrido le niega, puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños de esa especie arbórea; ni tampoco se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer libremente del objeto de la propiedad; la prohibición de cortar, explotar y comerciar la araucaria no impide toda forma de goce ni tampoco toda suerte de disposición, ya que no obstaculiza, por ejemplo, la venta de los bosques juntamente con el terreno, y por ende, se trata tan sólo de una limitación del dominio que, en este caso, se basa en una autorización de la ley, acorde con el inciso 2° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución. Pero este precepto constitucional relativo a las limitaciones del dominio nada estatuye respecto de la procedencia de indemnización y como no la rechaza, la sentencia que acoge la acción indemnizatoria no lo vulnera”.<sup>334</sup>

Luego, la Corte señala que a pesar de que la Constitución permita “que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción” (art. 19, N° 26),

---

<sup>333</sup> Matute (2014), p. 140

<sup>334</sup> SCS, Rol N° 16743, de 07-08-1984

reconoce al mismo tiempo la procedencia de indemnización por afectarse la propiedad durante dichas situaciones de excepción, privándole de alguno de sus atributos o facultades esenciales, causándose daño, lo que procede en estados de excepción. Por eso, y “con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción” (Considerando 12°).

La Corte resolvió que la acción de cobro de perjuicios se fundamenta en la equidad y la justicia, al no haber una ley concreta que resolviera el conflicto impugnado, y que la corrección de dicho razonamiento se debe a diversas disposiciones constitucionales que imponen la responsabilidad del Estado al ser desconocidos, por la administración o el legislador, los derechos y garantías del texto constitucional, encontrándose entre ellos el derecho de propiedad en sus diversas especies (Considerando 9°). Además, se refirió al principio de igualdad de las cargas públicas, pues a pesar de que la limitación fuera legal, además de “loable y oportuna” dado el peligro de extinción en que se hallaban las araucarias, aun así “redunda en graves daños para los propietarios de Galletué que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia” (Considerando 11°). Matute relata que “finalmente, la Corte Suprema rechazó —en votación dividida tres contra dos— el recurso de casación en el fondo, quedando firme la sentencia de segunda instancia que declaró la procedencia de la indemnización por la prohibición de explotación de la especie araucaria araucana”<sup>335</sup>.

El mismo autor cree que la doctrina establecida en este fallo es criticable por diversas razones. Primero, por adscribir “a la teoría del continuo conceptual” y particularmente por “trasladar toda la discusión a la existencia y magnitud del daño supuestamente sufrido por el particular regulado, sin considerar la eventual antijuridicidad de la acción estatal, pasando por alto el examen de

---

<sup>335</sup> Matute (2014), p. 143

constitucionalidad que debe operar como condición *sine qua non* en estos casos”. Segundo, porque “es errónea la integración que realiza la Corte Suprema de un supuesto vacío legal” en relación con la ausencia de indemnización para el afectado en estados de normalidad constitucional, ya que la integración analógica mediante el antiguo artículo 41 N° 8 de la Constitución de 1980, que faculta al Estado a intervenir la propiedad durante estados de excepción constitucional, otorgando indemnización por el daño provocado, no es procedente, por cuanto “en el caso de los estados de excepción se trata de intervenciones por parte de la autoridad administrativa” entendidas como una intromisión anómala en el ámbito protegido de la propiedad, que a pesar de estar fundada en las necesidades propias del estado de excepción, de todas formas implican “un detrimento en la legítima esfera de protección jurídica otorgada al dueño” por lo que la indemnización procede en tales casos “no por ser limitación”, sino por atentar en “contra del dominio legalmente regulado y constitucionalmente protegido. Tercero, porque la decisión de la Corte Suprema de conceder indemnizaciones sin habilitación normativa expresa es inaceptable. La misma Corte ha ido en contra de este precedente, al señalar que no es posible que el Juez venga a completar un “panorama en el que se advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado en un caso como el planteado” por cuanto “lo que no es casual no puede considerarse una inadvertencia ya que deriva de la circunstancia de que sencillamente no existe dicha normativa”, no siendo “posible que la Corte Suprema cree normas jurídico-constitucionales en una supuesta labor integradora de vacíos, cuando el constituyente consciente y expresamente no ha previsto la posibilidad de indemnización en el caso de las limitaciones al dominio”<sup>336</sup>.

Siguiendo a Eduardo Aldunate, en este fallo “la prohibición de tala de araucarias era perfectamente compatible con un pleno uso turístico del predio; de tal modo que el específico destino buscado por su dueño, la explotación forestal, venía a ser un dato de hecho no necesaria ni específicamente

---

<sup>336</sup> Matute (2014), pp. 143-145

cubierto por la protección dominical, siendo por tanto plenamente compatible la prohibición de tala con la idea de regulación (y no expropiación) de la propiedad”, siendo aplicable la misma solución a los casos sobre el acceso a “Playas”, puesto que “la ‘gravedad de la lesión’ solo podía determinarse en concreto, era posible pensar en hipótesis donde la lesión misma era irrisoria (por ejemplo, un predio de 200 hectáreas cuyo dueño habilita un paso de 100 metros desde el camino principal a la playa). Siendo así no era la regulación misma, sino determinadas condiciones de hecho las que podían hacerla particularmente gravosa, salvando de este modo su carácter de limitación por sobre la confusión conceptual con la privación”<sup>337</sup>.

La opinión anterior parece vaticinar los análisis de Guiloff acerca de la necesidad de un enfoque casuístico en la aplicación de principios constitucionales para determinar la diferencia entre limitación y privación. En relación con este caso, el autor opina que “en cuanto a la exigencia de anormalidad, puede concluirse que en la medida que la regulación incidió sobre el principal y casi exclusivo uso que se le daba al predio, ella se cumple. Con todo, me parece que no sucede lo mismo con la de especialidad. Ello, por cuanto no solo el fundo Galletué se vio afectado por esta medida, sino que todos los otros que explotaban la araucaria araucana. Perfectamente puede ser que, luego de un análisis, se llegue a la conclusión que, en comparación a los otros fundos que lo hacían, Galletué resultó ser el más afectado. Pero eso es algo que solo se va a determinar con la información que se pueda acopiar al momento de revisar el caso, de forma tal que no resulta posible predecir de antemano el resultado que se producirá luego de la aplicación del test de la igualdad ante las cargas públicas”<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> Aldunate (2006), p. 297

<sup>338</sup> Guiloff (2019), p. 279

b) *Deuda Subordinada (Rol N° 207, año 1995)*

El Tribunal conoció de esta causa en sede de control preventivo, ante el requerimiento formulado por diversos diputados, que pretendía establecer “la inconstitucionalidad de un proyecto de ley que derogaba el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada, según la cual los accionistas preferentes tienen el derecho de acordar por mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas que gocen de preferencia en la Junta General de accionistas no repartir dividendos, produciéndose por el sólo ministerio de la ley su capitalización y emitiéndose con cargo a ella acciones preferidas con derecho al total de los dividendos”<sup>339</sup>.

Según Quezada, “el Tribunal sostiene que el régimen configurado para los accionistas preferentes configuraría un todo sistemático, coherente y excepcional. Y parecería entonces, que dicha excepcionalidad, como especie de ‘privilegio legal’, otorgaría la propiedad sobre el derecho que se pretendía derogar”<sup>340</sup>.

En su considerando 30°, el Tribunal sentenció que “consiguientemente, la situación comprendida en la cuestión de constitucionalidad promovida no afecta normas legales aplicables a la regulación de la generalidad de las instituciones bancarias o financieras, así como tampoco corresponde a la totalidad de las personas que tengan la calidad de accionistas de entidades bancarias. Su ámbito, está restringido a un determinado y particular grupo de accionistas de también determinadas entidades bancarias, ya que sólo para las situaciones que a unos y otras afectaba se dictó la disposición de la Ley N° 18.401 que el proyecto busca derogar”, lo que según Quezada es falso, “por

---

<sup>339</sup> Quezada (2011), pp. 114-115

<sup>340</sup> Quezada (2011), pp. 121-122

cuanto la ley analizada, como el mismo fallo lo reconoce, se le aplica a un grupo de personas, que no perderán su derecho, sino que lo verán restringido en su ejercicio: no pierden sus acciones, si no la facultad de ejercer uno de sus derechos de accionistas de determinada manera”<sup>341</sup>

Según el mismo autor, las razones para acoger tal recurso fueron dos: en primer lugar, que el Tribunal asumió que “en virtud de la incorporación a los contratos de la legislación vigente en el momento de su celebración, los particulares se hacen propietarios de derechos adquiridos sobre aquella” por lo que el legislador no puede simplemente cambiar la normativa derogándola, sino mediante una ley expropiatoria que indemnice a los afectados por el cambio de regulación, pues de lo contrario “sería inconstitucional por vulnerar la garantía constitucional del derecho de propiedad privada sobre bienes incorporales”<sup>342</sup>, lo que se expresa en los considerandos 41° y 51° de la sentencia, y que además condujo al Tribunal a señalar, en el considerando 63°, que habría un derecho de propiedad sobre la legislación vigente. En segundo lugar, “que la función social que permite establecer limitaciones y obligaciones no indemnizables en la propiedad privada no tendrían cabida en materia contractual, constitucionalizándose así una especie de intangibilidad de los contratos vía interdicción de la retroactividad de la ley basado en el principio de confianza legítima”<sup>343</sup>.

c) *Playas I (Roles N° 245-246, año 1996)*

Los requerimientos de inconstitucionalidad presentados por un grupo de senadores y diputados ante el Tribunal Constitucional en 1996, mediante los que se buscaba impugnar la constitucionalidad del artículo 13 del Decreto Supremo N°1 de 10 de enero 1996, del Ministerio

---

<sup>341</sup> Cordero Vega (2014), p. 122

<sup>342</sup> Quezada (2011), p. 115

<sup>343</sup> Quezada (2011), p. 118



de Bienes Nacionales<sup>344</sup>, relacionado a su vez, al artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 de 1977, constituyen la primera parte de lo que hasta ahora ha pasado a la historia como una controvertida trilogía: Playas I, II y III

El artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 de 1977 señala lo siguiente:

*“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a estos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.*

*La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”.*

El artículo 13 del Decreto Supremo N°1 del Ministerio de Bienes Nacionales del año 1996 vino a reglamentar esta situación, teniendo “por objeto señalar un procedimiento para que los interesados en acceder a las playas de mar, ríos o lagos puedan llegar a ellas a través de los terrenos de los propietarios colindantes”<sup>345</sup>.

---

<sup>344</sup> Tribunal Constitucional, roles N° 245 y 246, Considerando 23°

<sup>345</sup> Tribunal Constitucional, roles N° 245 y 246, Considerando 3°

En los requerimientos que dieron lugar a “Playas I”, los honorables señalaron que el artículo 13 del Decreto Supremo de 1996 era inconstitucional, al imponer sobre los propietarios colindantes a las playas la obligación de facilitar el acceso a los transeúntes de manera gratuita cuando no hubiera otras vías disponibles, siendo una “causal o consideración no prevista por el constituyente, y cuya precisión, determinación y demás exigencias han sido entregadas a una autoridad administrativa (Intendente Regional)” siendo por ende inconstitucional, y “que el único procedimiento permitido por la institucionalidad chilena para privar del dominio es la ley, general o especial, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por la misma ley”<sup>346</sup>.

A continuación, a pesar de reconocer virtualmente la función social de la propiedad, los requirentes señalan que para hacerla efectiva se hace necesario un procedimiento expropiatorio<sup>347</sup>, confirmando lo ya dicho acerca de las antojadizas confusiones entre limitación y privación que suelen impetrar los operadores jurídicos, siempre recurriendo a “las facultades y atributos esenciales” de la propiedad.

Luego, los recurrentes realizan una interpretación que podría resultar extraña, de no recordar lo ya dicho hasta ahora acerca del paradigma señorial, pues señalan que en realidad, el Decreto impugnado no beneficia a todos, pues “no existe una razón de utilidad pública sino más bien de utilidad particular en favor de ciertas personas, (...) que deseen acceder gratuitamente a playas de mar, ríos y lagos, con fines turísticos y de pesca” y que “en todo caso, los beneficiados son particulares que para su recreación o esparcimiento quedan autorizados por simple resolución administrativa del Intendente Regional a pasar por propiedades ajenas”<sup>348</sup>. De esta manera, queda

---

<sup>346</sup> Tribunal Constitucional, roles N° 245 y 246, hoja 182

<sup>347</sup> Tribunal Constitucional, roles N° 245 y 246, hoja 183

<sup>348</sup> Tribunal Constitucional, roles N° 245 y 246, hoja 183

demostrado como en este paradigma no existe otra cosa que el interés individual, lo que puede conducir a interpretaciones tan radicales de la realidad, que el interés público más evidente, reconocido en el libre acceso a los bienes nacionales de uso público, es reducido a una mera controversia entre privados (¡y denunciado como un atentado a la igualdad ante la ley!).

En su Considerando 34º, el Tribunal señala que se produce una “privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son especialmente el uso y el goce del terreno”, y que el Decreto conduce a medidas que “pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial”, habiendo en realidad “una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que este debe ser indemnizado”.

Según Quezada, el contenido de “Playas I” puede sintetizarse de la siguiente manera: “hace suya la idea de regulaciones expropiatorias desarrolladas en el derecho comparado (especialmente en la jurisprudencia norteamericana”, para las cuales hay un “continuo conceptual entre limitaciones y privaciones, de manera que entre una y otra habría una zona grisácea en donde las limitaciones legislativas podrían ser tan graves que se tratarían de expropiaciones de facto y que por tanto deberían cumplir los requisitos constitucionales de éstas, principalmente, a saber, el pago de indemnización. En suma, la diferencia entre limitaciones y privaciones se reduciría a la gravedad de la intromisión en la esfera subjetiva del propietario”<sup>349</sup>.

Así, la sentencia señala en su Considerando 42º: “Que, interpretando las normas constitucionales en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran el texto, este Tribunal estima que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se

---

<sup>349</sup> Quezada (2011), p. 119

imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado” Esta interpretación “encontraría sustento constitucional en la antigua disposición del art. 41 N° 8, referente a los estados de excepción (actual art. 45 inc. 2º) en donde se establece que las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley y que también darán derecho a aquellas las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño. Por tanto, si en estado de excepción (en donde las facultades intromisivas a esferas tuteladas constitucionalmente se amplían) se indemnizan las limitaciones dañosas, más aún debiera hacerse en estados de normalidad constitucional”<sup>350</sup>, coincidiendo con el argumento dado por la Corte Suprema al conocer del caso “Galletué” en 1984.

Matute se manifiesta críticamente respecto a este fallo. Señala que “aplica el mismo erróneo criterio analógico de Galletué, asimilando el artículo 41 de la Constitución con el artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental, justificando la indemnización en un débil argumento *a fortiori*” y que “traslada toda la discusión y distinción del binomio limitación-privación a la existencia del daño, no discutiendo acerca de la constitucionalidad o licitud de la actividad administrativa, que es precisamente a la que está llamado el Tribunal Constitucional a pronunciarse”<sup>351</sup>

d) *Rentas Vitalicias (Rol N° 334, año 2001)*

---

<sup>350</sup> Quezada (2011), p. 119

<sup>351</sup> Matute (2014), p. 119-120

Este fallo requiere especial atención, pues aquí el Tribunal Constitucional también reconoce aquí la adopción de la doctrina de las expropiaciones regulatorias, si bien no se refiere explícitamente a su concepto.

Guiloff señala que en este caso, el Tribunal Constitucional sostuvo una interpretación expansiva de “el supuesto de privación parcial de atributos y facultades esenciales del dominio a aquellas que solo son parciales. Los requirentes alegaron que los artículos 5º y 6º del proyecto imponían a los afiliados que decidieran afiliarse bajo la modalidad de renta vitalicia, un sistema regulatorio que importaría la privación de la facultad de disposición del dominio sobre sus fondos provisionales. Lo anterior, en cuanto la normativa impugnada, en síntesis, establecía que una vez que la compañía aseguradora notificara a la administradora de fondos de pensiones de dicha opción, esta última resultaba obligada a traspasar a la primera los fondos desde la cuenta individual del afiliado. El tribunal concordó con los requirentes y determinó que se estaba en presencia de una privación de la facultad de disposición, en cuanto la normativa no permitía que el afiliado pudiera traspasar los fondos a la compañía de su elección”<sup>352</sup>.

En su Considerando 19º, el Tribunal señaló:

“Que, para finalizar no está demás precisar que no sólo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados, como ocurre en este caso. Al respecto resulta conveniente traer a colación la cita del profesor José Luis Cea que el propio Presidente de la

---

<sup>352</sup> Guiloff (2018b), p. 286

República invoca en su Respuesta a propósito de lo que debe entenderse por privación del dominio. Dice así ‘la privación implica un sacrificio, ablación o destrucción –total o parcial, efímero o permanente- del contenido o sustancia del dominio, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales’. Después de lo expresado no puede quedar duda alguna que esta regulación legal, y en última instancia y eventualmente, contraria a la voluntad del afiliado, importa claramente una privación del dominio, cuál es su facultad de disposición”.

Además, resulta útil mencionar al Considerando 21 de la sentencia, en que el Tribunal recurrió a la obra de Enrique Evans de la Cuadra, enfatizando su participación en la CENC para dar mayor fuerza al argumento, según el cual las limitaciones y obligaciones impuestas a la propiedad solo pueden serlo por las causales asociadas a la función social, mientras que la protección de cualquier otro interés, por muy legítimo que sea, no puede configurar las mencionadas limitaciones y obligaciones, siendo inconstitucionales todas aquellas regulaciones que no encuentren su fundamento en aquellas causales.

Fermandois recalcó la importancia de este fallo, en relación con la idea de núcleo esencial del dominio, refiriéndose a él como uno de los casos más relevantes “en que el TC emergió con decisión a invalidar preceptos que se estimaron vulneratorios de la esencia de las facultades del dominio”<sup>353</sup>.

A modo de conclusión respecto al periodo jurisprudencial anterior a la reforma de 2005 y definido por la protección extrema del regulado nacional, Quezada le adjudica las siguientes características:

---

<sup>353</sup> Fermandois (2016), p. 264

las interpretaciones del Tribunal fueron más allá del texto constitucional, al no distinguir entre limitaciones y privaciones; hicieron inoperante en la práctica a la función social, atentando contra la necesidad de una interpretación armónica y orgánica de la Constitución (señalada expresamente por el mismo Tribunal, en Sentencia Rol N° 35 de 1985); además de confundir una serie de elementos, tales como el análisis abstracto de normas con el concreto, escapando del ámbito de sus competencias; el lugar dogmático de la expropiación en relación a la responsabilidad del estado administrador; y el ámbito aplicativo del antiguo art. 41 N° 8 de la Constitución (actual 45 inc. 2º), relativo a la indemnización por afectación del dominio en los estados de excepción constitucional<sup>354</sup>.

## 2. Tendencias al Equilibrio Funcional: 2005-2010

Según Quezada, la jurisprudencia posterior a 2005 sufre “un cambio revolucionario”, pues “de las cuatro tesis anteriores, tres serán cambiadas en el sentido totalmente contrario, dándole un tratamiento mucho más sistemático a este derecho”<sup>355</sup>.

Podemos apreciar cómo se producen dichos cambios al analizar los siguientes casos: “Eléctricas” (Roles N° 505-2006 y 507-2006) de 2007, “Playas II” (Rol N° 1141) de 2008, “Playas III” (Rol N° 1215) de 2009, y “las cuestiones de constitucionalidad de la Ley General de Educación del mismo año (Rol N° 1361), culminando en las sentencias Rol N° 1298-2009-INA, sobre el DL 2695; Rol N° 1309-2009-INA en materia propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas; finalizando con la sentencia Rol N° 1576-2009-INA en materia de expropiación”<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> Quezada (2011), pp. 120-124

<sup>355</sup> Quezada (2011), p. 124

<sup>356</sup> Quezada (2011), p. 125

a) *Puerto de Arica (Rol N° 467, año 2006)*

Quezada señala que “en el fallo sobre la modernización del puerto de Arica se enuncia la inexistencia de derecho de propiedad sobre la legislación vigente en base a la confianza legítima”, razonamiento que se ve asentado en “términos generales y explícitos” en el fallo sobre la LGE, negándose así “la posibilidad de adquirir derechos de propiedad sobre normas generales y abstractas en la línea del administrativista español Eduardo García de Enterría”<sup>357</sup>.

Dicha sentencia establece en su Considerando 36°, que no es admisible considerar a la recurrente como propietaria de derechos sobre la actividad, pues la legislación no la ha privado de su ejercicio, sino que ha establecido “la forma en que puede efectuarse la actividad de muellaje -en un esquema monooperador, bajo un sistema de licitación-, la que ciertamente puede ser realizada por la propia peticionaria, que conserva su calidad de habilitada, tanto que según consta de autos tendría en la actualidad el carácter de una empresa subcontratista” y en su Considerando 37° que “sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero ‘derecho de propiedad’ sobre toda la legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional en atención a la naturaleza del título de la requirente”. Este criterio es ampliado en la sentencia sobre la LGE (Rol N° 1361-2009), que en su considerando 63° señala que “sobre el régimen jurídico que crea el legislador en ejercicio de sus potestades constitucionales, los

---

<sup>357</sup> Quezada (2011), p. 126



beneficiarios no tienen derechos adquiridos”, fundándose además en el precedente asentado en “Puerto de Arica”.

b) *Eléctricas I y II (Roles N°s 505-06 y 506-06, año 2007)*

Quezada<sup>358</sup> señala que en el primer fallo (Rol 505), al que denominaremos “Eléctricas I”, se admite la legitimidad constitucional de las limitaciones, en razón de su función social, sobre bienes corporales en la forma derechos adquiridos con origen contractual.

Este caso versó sobre un recurso de inaplicabilidad presentado ante el Tribunal Constitucional, con el propósito de objetar el artículo 3° transitorio de la Ley 19.940, que hacía “aplicable la nueva regulación de transmisión eléctrica a la relación contractual que existía entre empresas de generación eléctrica y HQI Transelec Chile, la compañía de transmisión eléctrica”. La empresa argumentó que la nueva regulación de transmisión eléctrica vulneraba su derecho de propiedad, sobre un bien incorporal, consistente en “el derecho adquirido en virtud de un contrato a usar, por un determinación precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de Transelec”<sup>359</sup>, siendo el contrato anterior a la regulación y con vigencia hasta el año 2028.

El Tribunal declaró en el Considerando 17°, que la “autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente

---

<sup>358</sup> Quezada (2011), p. 125

<sup>359</sup> Matute (2014), pp. 120-121

no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad”, rechazándose así la doctrina de la intangibilidad de los contratos. Quezada comenta que esta apreciación del Tribunal se encuentra también en otras sentencias, siendo idéntico el razonamiento seguido en *Eléctricas II* (Rol N° 506), “como en el fallo referente a la propiedad sobre derechos de aprovechamiento de aguas (Rol N° 1309-2009-INA)”<sup>360</sup>.

En su Considerando 22°, el Tribunal Constitucional reconoce explícitamente la adopción de la doctrina de las expropiaciones regulatorias, al señalar que “si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que este conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo <regulaciones expropiatorias>” y que “nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio” concluyendo con una referencia a “Rentas Vitalicias”, presentándolo como un precedente en la materia.

Matute nota que para cierto sector de la doctrina, estos casos constituyen “el precedente más relevante en la aplicación de un test de expropiación regulatoria”<sup>361</sup>. Además, reconoce la importancia del fallo, principalmente por dos cuestiones. La primera, porque se pasa de un criterio “*iusprivatista*”, utilizado en fallos como “Deuda Subordinada” y “Playas I”, caracterizados ambos por “un acento ultraprotector de la propiedad, aceptando una dura doctrina de los derechos

---

<sup>360</sup> Quezada (2011), p. 126

<sup>361</sup> Matute (2014), p. 119

adquiridos y la intangibilidad de los contratos”, a un criterio “*iuspublicista*”, que “acepta expresamente las limitaciones a los derechos personales emanados de contratos”<sup>362</sup>. La segunda cuestión, guarda relación con la distinción entre limitación y privación, al señalar el fallo que “conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse”, pues la privación se caracteriza por “despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a las que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa”<sup>363</sup>.

Sin embargo, Matute no está de acuerdo con el razonamiento del Tribunal en este fallo, pues si bien, en principio, el Tribunal distingue cualitativamente entre limitación y privación, en el fondo, recurriendo al criterio del impacto económico, “esta decisión se enmarca dentro de la doctrina del *quantum* que considera el binomio limitación-expropiación dentro de un mismo continuo conceptual, pero diferenciado en el nivel de lesividad del derecho objeto de regulación”, criterio que equivale al sostenido por el juez Holmes, al identificar a una regulación como una privación en caso de “ir demasiado lejos”, coincidiendo ambos razonamientos: “el sentenciador deberá caso a caso determinar el nivel de lesión o daño en la propiedad; si bajo su discrecionalidad ese daño es de entidad, la intervención estatal será privativa y merecedora de compensación al sujeto regulado”<sup>364</sup>.

En cambio, el autor concuerda con el voto de minoría, en el que los ministros señalaron que “la naturaleza de la privación no se determina por la cuantía (mucho o poco), sino que hay privación

---

<sup>362</sup> Matute (2014), p. 121

<sup>363</sup> STC Rol 505-2006, Considerando 22°

<sup>364</sup> Matute (2014), p. 123

en la supresión de cualquier atributo o facultad esencial del dominio”<sup>365</sup>, habiendo en la especie privación sobre el derecho al precio convenido, según Matute<sup>366</sup>.

Quezada coincide con estos razonamientos, y considera que esta sentencia representa otro ejemplo del reconocimiento de las expropiaciones regulatorias sostenido por el Tribunal Constitucional, teniendo como precedentes del periodo anterior a los casos “Rentas Vitalicias” y “Playas I”, y que vuelve a repetirse nuevamente en “Playas II” el año 2009.

c) *Playas II y III (Roles N°s 1141-08 y 1215-08, año 2009)*

Playas II es también denominado “Agrícola del Lago S.A., con Intendencia Regional de La Araucanía”, y es la secuela de “Playas I” por tener como fundamento hechos similares. Del mismo modo, la tercera parte, denominada “Playas III”, en que el grupo de “Inversiones Pingueral Ltda.” recurrió de inaplicabilidad contra el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 de 1977, al resultar de su aplicación una limitación a su derecho de dominio, cuestión ya alegada por la recurrente en Playas I y II, en virtud de los mismos argumentos: la regulación va demasiado lejos, afectando el contenido esencial de la propiedad, por lo que debe ser indemnizada y/o declarada inconstitucional.

En Playas II, la sociedad anónima recurrió de inaplicabilidad contra el ya mencionado artículo, por cuanto el Intendente decretó que un camino ya existente en un predio de propiedad de la recurrente, debía ser destinado a facilitar el acceso público a las playas con las que el predio

---

<sup>365</sup> STC Rol 505-2006, Considerando 6° del voto de minoría

<sup>366</sup> Matute (2014), p. 124

colindaba, haciendo posible el ejercicio del Art. 19 N° 23 en que se consagraría el acceso de la nación toda a los bienes nacionales de uso público, de los cuales un ejemplo, son las playas.

El fallo, en su Considerando 18°, se remite al Considerando 22° de “Eléctricas”, reconociéndolo como precedente en la adopción de las expropiaciones regulatorias como criterio diferenciador entre limitación y privación de la propiedad.

En el Considerando 21°, hace referencia a “Playas I”, coincidiendo con ese fallo en que “a juicio de este Tribunal, la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a estas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no de una privación total de este o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce (Considerando 23° [de Playas I])”.

En el Considerando 26°, el Tribunal recurre parcialmente al principio de proporcionalidad, atendiendo a que la medida persigue efectivamente un fin legítimo (“para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo”), y que la medida es necesaria, concluyendo que la afectación cumple con el test de proporcionalidad, en el Considerando 27°.

A pesar de responder a las mismas circunstancias, el Tribunal señala que en “Playas I” se realizó un control abstracto del DS N°1 de 1996 del Ministerio de Bienes Nacionales, mientras que en “Playas II” versaría sobre un control concreto de constitucionalidad sobre el DL N° 1.939 de 1977, por lo que lo razonado por el Tribunal en 2009 no contradice lo ya señalado en 1996.

En su Considerando 33°, el Tribunal declara que no resulta claro que el precepto impugnado faculte al Intendente, en tanto regulador, para “imponer y fijar la limitación al dominio sin

indemnización”, y que lo que establece de manera literal, “es que el propietario debe facilitar gratuitamente el acceso por su propiedad a las playas de mar, ríos o lagos”. De esta manera, puede interpretarse que el precepto en realidad es una prohibición dirigida al propietario colindante, con el objetivo de que no pueda cobrar “a los usuarios por el derecho a paso que debe concederles gratuitamente”, y que en nada se afecta “el derecho del propietario afectado a cobrar una indemnización del Fisco, cuando el Intendente Regional le imponga esta obligación fijando las correspondientes vías de acceso”.

Al respecto, señala Quezada que “la inconstitucionalidad se configura cuando el legislador establece alguna cláusula de irresponsabilidad de las actuaciones administrativas lesivas a derechos constitucionales, de manera que puede entenderse la responsabilidad del estado administrador como una garantía institucional. De esta manera, el no establecimiento de la procedencia indemnizatoria en nada obsta a los particulares a reclamar su debida compensación en sede de responsabilidad del estado”<sup>367</sup>, y que atendiendo a los Considerandos 6° y 7° del fallo, es posible concluir que “si una ley habilita actuación administrativa y niega la indemnización sería inconstitucional; pero sí sólo no la establece no tendría problemas constitucionales pues de manera general cualquier particular puede demandar el resarcimiento de los daños que le ocasione la falta de servicio de los órganos de la administración del estado”<sup>368</sup>.

d) *Gatica Fuentes con Soto Machuca (Rol N° 1298-09, año 2009)*

Este fallo, relativo a la constitucionalidad del DL 2695, es de tremenda importancia, pues aquí el Tribunal Constitucional reconoció la existencia de una cláusula de accesibilidad dominical en el

---

<sup>367</sup> Quezada (2011), p. 129

<sup>368</sup> Quezada (2011), p. 130

texto de 1980; la multiplicidad de diversas propiedades configuradas por el legislador en nuestro ordenamiento; y a la función social como un elemento intrínseco a la propiedad, siendo las limitaciones derivadas de ella parte consustancial de la institución.

El Tribunal se refiere a la consagración de una cláusula de accesibilidad dominical, al distinguir entre los ámbitos regulatorios del art. 19 N° 23 y N° 24. En su Considerando 37°, la Magistratura declaró “que mientras el artículo 19 N° 24° protege a los que tienen algún tipo de propiedad” el artículo 19, N° 23 “faculta para que la propiedad llegue al mayor número de personas”, señalando además, en su Considerando 39°, que el derecho de propiedad “tiene dos dimensiones. Una negativa, que impide que se establezcan obstáculos abusivos o excesivos para adquirir todo tipo de propiedades. Y una positiva, que permite establecer incentivos para adquirir la propiedad de bienes o derechos. Este derecho permite o legitima que el legislador no prohíba o impida acceder a la propiedad, o bien facilite llegar a ella a través de variados instrumentos. La ley puede utilizar mecanismos típicos del derecho común o diseñar otros distintos a partir de éstos o confeccionar otros completamente originales”.

Al respecto, Quezada señala que “dicha cláusula se convierte en un título habilitante para que el legislador configure regímenes propietarios que permitan la mayor accesibilidad posible a la mayor cantidad de personas, como el establecimiento de sistemas legales de incentivo al dominio, en suma, es un título habilitante para el ejercicio de políticas públicas (legislativas y ejecutivas) redistributivas de derechos dominicales”<sup>369</sup>

En relación con la multiplicidad de propiedades y su carácter derivado de la función configuradora del legislador, el tribunal señaló en su Considerando 44°, que el artículo 19 N°24 “reconoce el

---

<sup>369</sup> Quezada (2011), p. 132

derecho de propiedad, pero no establece un tipo de propiedad determinada. La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad 'en sus diversas especies'. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure”.

En lo relativo a la función social, Quezada señala que este fallo la reconoce como “parte integrante del contenido esencial de la propiedad privada” siendo, en consecuencia, “intrínseca a la propiedad”, y “no un elemento extrínseco” que la limita. De tal manera “las ‘limitaciones y obligaciones’ que establezca el legislador no aparecen como algo a priori ilegítimo, sino todo lo contrario, como algo consustancial al derecho de propiedad privada constitucional”, razonamiento que el Tribunal respalda citando a José Luis Cea, Angela Vivanco y G.H. Molina<sup>370</sup>, en el Considerando 45° de la sentencia.

Podemos concluir con Quezada, que las características más sobresalientes de este periodo son los cambios producidos respecto al anterior, tendientes a una mayor sofisticación de los análisis del Tribunal, y a la búsqueda de un equilibrio funcional que no hiciera inviable la función social de la propiedad. En este sentido, hemos de destacar que se admitió la legitimidad constitucional de limitaciones en virtud de la función social sobre la propiedad de bienes incorporeales, en la forma de derechos adquiridos con origen contractual, desechándose la doctrina de la intangibilidad de los contratos; se estableció la inexistencia de derechos de propiedad sobre la legislación vigente en base a la confianza legítima; se mantuvo la doctrina de las regulaciones expropiatorias como parámetro de control constitucional; se estimó que la privación o limitación grave del dominio es inconstitucional en caso de negar la pretensión indemnizatoria; se reconoció la consagración de la cláusula de accesibilidad dominical en el texto constitucional de 1980, distinguiendo entre los ámbitos de regulación propios del art 19 N°23 por un lado, y N° 24, por otro; y finalmente, que se

---

<sup>370</sup> Quezada (2011), p. 134



reconoce a la función social de la propiedad como parte integrante de su contenido esencial, siendo las limitaciones y obligaciones derivadas de ella intrínsecas a la institución propietaria<sup>371</sup>.

### 3. Contradicción Funcional y Empates Políticos: 2010-2020

A modo de síntesis del periodo en el que actualmente nos encontramos, Pablo Ruiz-Tagle ha señalado que:

“La jurisprudencia constitucional chilena, en lo que se refiere a la definición de propiedad, no tiene referencias a tratados internacionales y tiende a no concebir la propiedad como un derecho fundamental o un derecho humano. Además, en algunos casos, mezcla criterios del Código Civil sobre la propiedad de las cosas corporales con criterios referidos a cosas incorpóreas (tales como el “cargo” o la “imagen”). También predominan los criterios procesales de la acción de protección del artículo 20 de la Constitución vigente en Chile, mucho más que los criterios sustantivos de la propiedad”, y que “en la jurisprudencia del TC se ha producido una controversia entre sus integrantes, porque algunos han sostenido en sus opiniones una noción diversificada de propiedad y aceptan que este derecho está sometido a reglamentación en forma flexible. En cambio, otro grupo argumenta que la concepción de propiedad es unificada y reforzada, y que impone requisitos estrictos sobre la reglamentación que puede afectarla. Esta última posición es hoy mayoritaria”<sup>372</sup>.

A continuación, Ruiz-Tagle señala que estas dos concepciones de la propiedad se han visto enfrentadas en los casos “Santa Beatriz”, “Molinera” y “Curtidos Bas”, los que serán analizados

---

<sup>371</sup> Quezada (2011), pp. 125-134

<sup>372</sup> Ruiz-Tagle (2018), p. 212

enfatisando el carácter dividido y contradictorio que ha adoptado la jurisprudencia del Tribunal en el último tiempo.

a) *Santa Beatriz (Rol N° 2299-12, año 2014)*

La Constructora Santa Beatriz S.A. (Constructora) adquirió dos terrenos en Isla Negra, El Quisco, durante el año 2011, cubriendo 4,5 hectáreas de bosques de pinos a cuatro cuadras de la casa de Pablo Neruda, hoy convertida en museo. Ahí tenía contemplado construir un proyecto de 324 departamentos, de 48 m<sup>2</sup> y de entre UF 800 y UF 1.000 la unidad.

Los propósitos de desarrollo inmobiliario sostenidos por la Constructora, se vieron obstaculizados por las siguientes circunstancias: habiendo presentado la solicitud correspondiente a la Dirección de Obras Municipales, esta fue postergada por la Municipalidad de El Quisco, al igual que toda otra solicitud de permisos de construcción, loteo y subdivisión, por el plazo de tres meses, prorrogados por el mismo periodo repetidamente, con la aprobación la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda.

Estando pendiente la aprobación de los permisos, la Junta de Vecinos N° 2 de Isla Negra solicitó al Consejo de Monumentos Nacionales la ampliación de la Zona Típica del Sector Costero de Isla Negra, incluyendo íntegramente el predio que la Constructora buscaba desarrollar, lo que fue aceptado por el Consejo. Al percatarse de dicho acuerdo, la Constructora recurrió de protección, y admitido el recurso, recurrió nuevamente, esta vez de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

El argumento, como siempre, fue la afectación de la esencia de la propiedad, mediante la privación de sus facultades de uso y goce, al requerir la Constructora de la autorización del Consejo para realizar nuevas obras, ya fueran de reconstrucción o conservación en su terreno, vulnerándose además la igualdad ante las cargas públicas, pues la declaración de zona típica sobre el inmueble constituye una carga que priva al dueño de la esencia de sus derechos de uso y goce, teniendo por fin legítimo beneficiar a la Nación y realizar el interés público, pero sin establecer una indemnización por los daños causados.

La Magistratura Constitucional se vio obligada a rechazar el recurso, en el marco de un empate entre la Presidenta Marisol Peña, y los Ministros Carlos Carmona, Gonzalo García y Domingo Hernández, que votaron por rechazarlo, y los Ministros Raúl Bertelsen, Iván Aróstica, María Luisa Brahm y Juan José Romero Guzmán, que estuvieron por acogerlo.

Respecto al carácter dividido del fallo, Ruiz-Tagle llama la atención acerca de la arbitraria fundamentación que parecen haber seguido los ministros para respaldar sus respectivas posturas.

El voto mayoritario recurrió a “una serie de precedentes constitucionales sobre las limitaciones al derecho de propiedad, incluida una referencia a su contenido esencial. En apoyo del voto de mayoría, se citan las sentencias del TC casos STC roles 245–1996 y 246–1996, 943–2007, 1309–2009, 1215–2008, 325–2001 y, también, 505-2006”. Por otro lado, el voto de minoría fundó su posición en “el artículo 925 del Código Civil y los casos STC roles 19-1983 y 1185-2008, 325-2001, 334-01, 370-2003, 226-1996 y 280-98, 198-1994, 389-2001 y 433-2005”<sup>373</sup>.

---

<sup>373</sup> Ruiz-Tagle (2018), pp. 213-215

“Entre el voto de mayoría y el de minoría del caso Santa Beatriz, sólo coincide la referencia a los precedentes en relación con el caso STC Rol 325-2001. Ningún otro de los casos citados por el voto de mayoría es siquiera mencionado en la opinión minoritaria. Además, en el voto de mayoría, la referencia al caso STC rol 325-2001 se hace respecto del considerando 40, donde se ha expresado la síntesis de las condiciones que permiten la afectación de un derecho fundamental en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte la autoridad ejecutiva. En cambio, en el voto de minoría, es el considerando 6° del caso STC rol 325-2001 el que inspira esta opinión, y se menciona para afirmar que los males individuales nunca puedan generar un bien general. Se trata paradójicamente de conclusiones muy distintas, quizás antagónicas, que emanan de la referencia del mismo caso STC rol 325–2001”<sup>374</sup>.

#### Voto por Rechazar

El voto por rechazar “destaca que el derecho de propiedad posee funciones no individualistas que restringen una consideración puramente absolutista del dominio, lo que se traduce en la función social del derecho. Así, la limitación u obligación vinculada a su dimensión social, sería consustancial al derecho de propiedad, no generando indemnización, puesto que, teóricamente, no hay daño que lamentar. En cambio, respecto de las privaciones, la Constitución autorizaría, por una finalidad pública, el cercenamiento de un derecho afectando su esencia y sus atributos a cambio de una indemnización que repare el daño patrimonial efectivamente causado”, y que “frente a la situación particular de una potencial lesión, debe determinarse si se está ante una privación o a una limitación, para lo cual la magnitud de la regulación es relevante, pudiendo generar eventualmente una posibilidad excepcional de expropiación”<sup>375</sup>.

---

<sup>374</sup> Ruiz-Tagle (2018), p. 216

<sup>375</sup> Matute (2019)

El voto concluye declarando que la pretensión de la Constructora colisiona con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que incluye la preservación de la naturaleza, como también colisiona con el deber constitucional del Estado de proteger e incrementar nuestro patrimonio cultural, expresado concretamente en la ampliación de la Zona Típica, configurando una limitación legítima al ejercicio del derecho de propiedad de la Constructora Santa Beatriz, tanto en virtud de la función social de la propiedad como de la necesidad de proteger el patrimonio cultural de la Nación, estableciendo además que el propietario no queda privado en realidad de su propiedad, ni tampoco del ejercicio de sus facultades. Lo que sucede, es que el propietario deberá ajustar su ejercicio a los parámetros establecidos por la regulación, y en este sentido, la edificabilidad no sería parte del contenido esencial del derecho de propiedad<sup>376</sup>.

#### Voto por acoger

El voto por acoger enfatiza que la eficacia de los derechos fundamentales no puede quedar al mero arbitrio de los órganos administrativos, a través de genéricas fórmulas que no constituyen garantía frente a eventuales excesos. En oposición al voto anterior, considera que el *ius edificandi* es una facultad esencial del derecho de propiedad que no encontraría su origen en un acto de la autoridad planificadora, pero el argumento no descansa tanto en la afectación del contenido esencial, como en establecer que el cambio de circunstancias al que fueron sometidos la Constructora y su dominio sobre el inmueble es el problema, pues la propiedad se había adquirido originalmente libre de limitaciones, y el cambio regulatorio vino a afectar el uso y las utilidades que razonablemente se podía esperar en el marco de un proyecto inmobiliario, cuyo terreno pasó a formar parte de la zona típica de la que era aledaño, por su sobreviniente expansión.

---

<sup>376</sup> Matute (2019)

La afectación del derecho del requirente constituye para los Ministros una verdadera privación, o dicho de otro modo, una regulación expropiatoria: "Que una limitación sobreviniente como esa, en cuanto se hace recaer sobre un inmueble adquirido originalmente sin restricciones, para un propósito urbanístico lícito cuya concreción ahora se torna incierto, deja al propietario en un estado de inseguridad tal que —obviamente— amaga la referida garantía del artículo 19, N° 24°, inciso segundo constitucional. Es más, la aplicación de la norma cuestionada, en cuanto deja a la requirente propietaria impedida de ejercer libremente su derecho a construir y en una condición de absoluta subordinación frente a la autoridad administrativa, importa privarla de un atributo esencial del dominio, esto es, en la situación que —salvo expropiación— rechaza el artículo 19, N° 24°, inciso tercero, del texto fundamental"<sup>377</sup>.

Es digno de notar que el asunto sobre el cual giró el caso no fue tanto el contenido esencial del dominio, como la indeterminación de la potestad del órgano administrativo, que sería entonces la causa de la privación. Así, el considerando 34° señala que a pesar de que a primera vista el artículo impugnado parezca una limitación al dominio, en cuando solo reduce el ejercicio de este, permitiendo aún su puesta en práctica, el déficit se encontraría en la ausencia de garantía normativa, que podría conducir, en los hechos, a volver al dominio ilusorio o meramente nominal, por carecer el dueño de la posibilidad de determinar el destino del inmueble afectado, "según su propia e inalienable determinación final".

De esta manera, no habría un reproche de constitucionalidad al Consejo ni a sus potestades para autorizar las modificaciones, si es que tales potestades estuvieran específicamente determinadas en sus características y alcances por un Reglamento, evitando así la discrecionalidad. Sin embargo,

---

<sup>377</sup> Matute (2019)

resulta “difícil subsumir el argumento anterior dentro de los *tests* de constitucionalidad que sirven para determinar si una intervención administrativa es una limitación o una privación”, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia han recurrido a la ambigüedad de la potestad regulatoria como criterio para determinar el carácter efectivamente expropiatorio de una pretendida limitación, cuestión distinta a la impugnación de la regulación por carecer de fundamento en la función social y sus causales, a la que no hace referencia el voto perdedor<sup>378</sup>.

b) *Molinera (Rol N° 2644-14, año 2015)*

Los casos “Molinera” y “Curtidos Bas” responden a una misma lógica argumentativa, y por ello, han sido comentados en conjunto por la doctrina<sup>379</sup>. En este sentido, Matute nos señala “que se fundan en similares antecedentes de hecho” siendo ambos fallados durante 2016, y resueltos con “similar integración del Tribunal Constitucional”, teniendo como elemento central la comprensión acerca de “los límites a la propiedad y, en especial, en los casos de propiedad urbana”, al discutirse la constitucionalidad “de la medida de traslado de industrias ordenadas por la municipalidad cuando existía riesgo para la población o contaminación”<sup>380</sup>, establecida en virtud del artículo 62 de la LGUC.

Estos fallos reflejan el carácter polémico que afecta al concepto constitucional de propiedad privada, desarrollado a lo largo de esta investigación, pues mientras que en “Molinera” el requerimiento fue rechazado, en “Curtidos Bas” fue acogido, reflejando “claramente las distintas posiciones al interior del TC sobre la regulación de la propiedad” (2019).

---

<sup>378</sup> Matute (2019)

<sup>379</sup> Fuentes (2018); Guiloff (2018a; 2018b; 2019), Matute (2019), Fermandois (2016)

<sup>380</sup> Matute (2019)

El Tribunal ha señalado, respecto del artículo 62, inciso 2° de la LGUC, que consagra “un enunciado condicional con dos proposiciones: un antecedente, donde se indican los supuestos genéricos e indeterminados que permiten su aplicación (las ‘molestias o daños’ al vecindario), y un consecuente, que es el efecto único e irremisible si se configura lo anterior (la orden de ‘trasladarse’ dentro del plazo que fije la municipalidad”<sup>381</sup>.

El caso Molinera se suscitó por una modificación hecha al Plan Regulador Comunal de Antofagasta durante el año 2002, por el cual el terreno en que la industria “Molinera del Norte” había funcionado sin interrupciones por cerca de 40 años, pasó a ser una zona definida casi exclusivamente como suelo de uso residencial, por lo que, desde ese año, el uso del suelo se encontraba congelado. En 2012, “la autoridad municipal dispuso el traslado de las instalaciones de la Molinera en el plazo de un año y un día, invocando la preceptiva cuestionada y las molestias provocadas, previo informe de la Seremi de Vivienda y Urbanismo y de Salud, esta última que la calificó como una industria molesta y contaminante conforme el artículo 4.14.2 de la OGUC. Frente a esto, Molinera del Norte interpuso una serie de reclamos de ilegalidad, y ante al rechazo de éstos interpuso recurso de casación. Elevado los autos a la Corte Suprema, recurrió de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 62, inciso segundo, y 160 de la LGUC por la supuesta afectación al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, derecho de propiedad y la esencia de ambos”<sup>382</sup>.

### Voto de mayoría

---

<sup>381</sup> STC Rol N° 2684-14, Considerando 1°

<sup>382</sup> Matute (2019)



El Tribunal Constitucional rechazó la acción de inaplicabilidad por 6 votos contra 2. El voto mayoritario recurrió a consideraciones acerca de la reserva legal y la procedencia de la regulación en virtud de su función social. Respecto a la reserva legal, el Tribunal analizó “si es admisible que una decisión administrativa determine el contenido de un derecho reconocido y protegido por la Carta Fundamental, señalando que —en este caso— es una concreción lícita, toda vez que no son remisiones abiertas y carentes de la determinación suficiente a la discrecionalidad administrativa que provoquen una deslegalización prohibida”, y al referirse a la función social, el voto de mayoría señaló “que las limitaciones y obligaciones previstas por los artículos 62, inciso segundo, y 160 de la LGUC caben dentro de la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, concreciones de la función social de la propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución”<sup>383</sup>

El fallo declara en su Considerando 38°: “El mayor detalle de la regulación legal en este tópico podría resultar inconveniente pues la fijación de un catálogo de molestias y daños en una norma con vocación de permanencia, si bien contribuiría a proteger el derecho constitucional invocado, incidiría de modo negativo en el cumplimiento del deber estatal reconocido en el inciso cuarto del artículo 1° constitucional y en la tutela de otros derechos, como el de vivir en un medio ambiente libre de contaminación o el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Lo anterior ya que el reconocimiento de la molestia o daño para el ser humano se vincula de manera directa con el progreso científico y social, que es el que permite detectar la afectación de la vida, la salud o calidad de vida de la persona”. Razonamiento que, como veremos, es opuesto al presentado en el Considerando 17° de Curtidos Bas

#### Voto de minoría

---

<sup>383</sup> Matute (2019)

El voto de minoría realiza un control de constitucionalidad más concreto (a diferencia del puramente abstracto realizado por su contraparte), al enfatizar que siendo Molinera del Norte una empresa industrial emplazada en el lugar desde mucho antes del cambio regulatorio, la aplicación de las normas impugnadas generaría una expropiación regulatoria, en virtud de que el “*valor económico derivado del uso y goce de la propiedad disminuye de manera significativa*”.

De esta forma, si la nueva regulación urbanística hace imposible a la empresa requirente seguir extrayendo la rentabilidad económica que el actual uso del inmueble le proporciona, y al no haber uso alternativo de la propiedad, razonable y económicamente viable, estaríamos en presencia de una regulación expropiatoria, o una expropiación encubierta. El valor económico del uso alternativo del inmueble en donde se encuentra Molinera, es cuantiosamente inferior al que representa actualmente el desarrollo de sus operaciones productivas en el inmueble.

El voto de minoría no sólo es relevante por su intento de aplicar el test del uso económicamente viable de la propiedad, sino también por aplicar derechamente el concepto y doctrina de las expropiaciones regulatorias, pues el “requirente alegó que la aplicación en la gestión pendiente de la citada disposición vulneraba su derecho de propiedad privada, el contenido esencial del mismo y su derecho a desarrollar actividades económicas”<sup>384</sup>

### Opiniones doctrinarias

Pablo Ruiz-Tagle señala que “el voto de mayoría en los casos Molinera rechaza el requerimiento y entiende la propiedad constitucional como diversificada y sometida a regulación, y funda su

---

<sup>384</sup> Matute (2019)

opinión en la jurisprudencia anterior emanada de los precedentes del TC de los casos STC roles 370-200380, 1298-2009, 334-2001, 1295-2008, 1215-2008. También, copulativamente, menciona los casos STC roles 1182-2008, 1193-2003, 1201-2008, 1541-2009 y 1141-2008. Concluye sus referencias de jurisprudencia con la mención de los casos STC roles 56-1988, 1863-2012, 1986-2012, 1991-2012, y 1993-2012. Además, el voto de mayoría cita para fundar su opinión la doctrina que emana de los trabajos de Mathew Mirow, Pedro José Rodríguez y Raúl Bertelsen<sup>385</sup>.

“Por su parte, el voto de minoría en los casos Molinera se funda en una concepción de la propiedad que es unificada y reforzada, y que impone requisitos estrictos sobre la reglamentación. Cita la jurisprudencia del TC que emana de los casos STC roles 370-2003, 505-2006 y 506-2006”<sup>386</sup>.

El mismo autor indica que “la única coincidencia en las menciones de jurisprudencia se da en relación con el caso STC rol 370–2003. El voto de mayoría, que sostiene la idea de una propiedad diversificada y sometida a regulación, cita los considerandos 30, 31, 34, 40 y 41 del caso STC rol 370–2003. En base a estos precedentes, argumenta que el artículo 19 número 24 de la Constitución habilita al legislador a regular el derecho de propiedad en nombre de la función social, y que esta habilitación se extiende a la potestad reglamentaria, siempre que se ejerza cuidando que no consista en meros ‘enunciados normativos’, ‘disposiciones abiertas’ y ‘normas carentes de determinación y especificidad’. El voto de minoría, en cambio, en su referencia del mismo caso STC rol 370-2001, se limita a mencionar el considerando 40 para afirmar que: ‘la legislación urbanística, en general, ha estado bajo sospecha. Ya en la sentencia Rol N° 370 este Tribunal afirmaba que la legislación urbanística contiene disposiciones generales y enunciados muy

---

<sup>385</sup> Ruiz-Tagle (2018), pp. 216-219

<sup>386</sup> Ruiz-Tagle (2018), p. 219

amplios, en los cuales se confiere competencia a los órganos administrativos correspondientes, pero que, en ligamen con la reserva legal, precisa y vigorizada prevista en el artículo 19, N° 24º, inciso segundo, de la Constitución, para establecer las obligaciones del dominio que derivan de su función social, deben ser calificadas de inexistentes o, al menos, de insuficientes'. Se trata, entonces, al igual que en el caso Santa Beatriz, de visiones bien distintas del mismo caso que se expresan en los casos Molinera"<sup>387</sup>.

Guiloff se refiere a la naturaleza dividida del fallo, en que "el tribunal estimó en esta ocasión que la limitación consistente en la imposibilidad de causar molestias al vecindario es una manifestación de la función social de la propiedad. Luego, realizando un análisis de proporcionalidad, afirmó que la orden de traslado era un medio idóneo para proteger 'el interés del conjunto de personas radicadas en la proximidad de la industria, conforme con la planificación territorial adoptada', y luego afirmó, que como las ciudades crecen dando paso al incremento poblacional dentro de ellas, "es necesario dotar a la autoridad local de potestades que le permitan generar condiciones de habitabilidad acordes con los valores protegidos por la Constitución". Además, el autor destaca que "en contraste con lo que el tribunal hizo posteriormente en Curtidos Bas, al no haber un traspaso de las facultades de uso, goce y disposición desde el privado hacia el Estado, no se utiliza el test de la privación de facultades y atributos esenciales del dominio, sino que el análisis de proporcionalidad, lo que parece correcto por cuanto se está en presencia de una regulación acogiendo explícitamente en nuestro Derecho Constitucional la doctrina de las expropiaciones regulatorias a la que da fundamento"<sup>388</sup>

---

<sup>387</sup> Ruiz-Tagle (2018), p. 220

<sup>388</sup> Guiloff (2018b), pp. 290-291

El mismo autor enfatiza que ni en Molinera ni en Curtidos Bas, como tampoco en Deuda Subordinada, Playas I, Rentas Vitalicias ni Eléctricas “el Tribunal Constitucional articula una explicación conceptual que justifique cómo una regulación pasa a convertirse en una privación de estas facultades y atributos, algo que, si bien de manera sumamente rebatible, hizo el artículo de Mohor mediante el dispositivo del aprovechamiento pasivo del bien objeto de la regulación por parte del Estado. Esta distinción le proporciona un fundamento, por rebatible que sea, a la tesis de que las limitaciones restrictivas al derecho de propiedad privada debían ser indemnizadas. Sin embargo, no es posible encontrar formulación explícita de este argumento por parte del Tribunal Constitucional: como se ha visto, salvo en [el fallo sobre] Soterramiento de Cables, para entrar a analizar si una regulación es una privación, el tribunal no se pregunta si es que ella implica un traspaso al Estado de las facultades y atributos protegidos por la disposición constitucional. Más bien, su análisis se refiere al impacto de la regulación, aspecto en el que cabe destacar la mención en fallos recientes a una serie de criterios para determinarlo, tales como el equilibrio entre el derecho de propiedad privada y los resguardados por la regulación, la igualdad ante las cargas públicas y la proporcionalidad. Como ya se ha insinuado y se enfatizará en las conclusiones, estos criterios pueden ser de suma utilidad para analizar la constitucionalidad de una regulación, sin que para ello sea necesario calificarla como una privación de facultades y atributos esenciales del dominio”<sup>389</sup>.

Bravo<sup>390</sup> se muestra favorable al voto por acoger planteado por los Ministros del Tribunal en el caso Molinera, por cuanto expresa la posibilidad de definir la esencia de la propiedad en términos de valor económico, y establecer la legitimidad de las regulaciones atendiendo al impacto sobre la propiedad. Criticamos sus conclusiones por las siguientes razones. En primer lugar, la

---

<sup>389</sup> Guiloff (2018b), pp. 291-292

<sup>390</sup> Bravo (2014), pp. 185-186

indeterminación del contenido esencial de la propiedad no se aminora por señalar que su afectación ha de ser “significativa” para que la limitación pase a ser privación; en segundo lugar, porque extiende indiscriminadamente la protección de la garantía esencial de la propiedad al patrimonio del titular, cuando lo que se estaría afectando es un objeto de propiedad en específico, no siendo indemnizable toda forma de impacto patrimonial solo por ser “significativa”, cuestión que parece no ser determinable del todo, a la luz del desarrollo doctrinario y jurisprudencial presentado en esta investigación.

Según Pablo Ruiz-Tagle, podemos ver como en el voto de mayoría de Curtidos Bas, “el conflicto entre la salud y la propiedad no está bien tratado, porque la salud no es una cuestión enteramente subjetiva, sino que tiene que ver con estándares que impone la autoridad, que en este caso se cumplieron en toda su extensión”, y que tal voto sostiene que “la limitación debe ser determinada y específica”, y que por carecer de ella, procede “impugnar la medida de traslado fundada en el artículo 62 de la Ley de Urbanismo y Construcción”, sin tomar en consideración los diversos “informes previos en que se funda la decisión municipal” para decretar el traslado de la curtidora requirente, “tales como el proceso de cambio de plan regulatorio, los informes de las autoridades de salud y los informes del Ministerio de Vivienda, entre otros”. El autor continúa, y señala que pareciera haber sospecha por parte del Tribunal ante la decisión del alcalde, “como si se tratara de una decisión francamente caprichos, cuestión que no es efectiva”, para concluir críticamente, que tal fallo implica la imposición “a nivel constitucional un concepto de la propiedad que el TC no ha delimitado en sus contornos, y que merece ser criticada en sus fundamentos y justificación”<sup>391</sup>.

c) *Curtidos Bas (STC Rol N° 2684-14, año 2016)*

---

<sup>391</sup> Ruiz-Tagle (2018), p. 227

La requirente es una empresa dedicada a la actividad de curtiembre, cuyas instalaciones se emplazaban en la comuna de San Joaquín desde el año 1952. La sentencia señala que “atendida la modificación del plan regulador de dicha comuna, el año 2005, su establecimiento pasó a ser considerado una industria mal ubicada, esto es, situada en terrenos congelados, que son aquellos cuyo uso –en la especie industrial- no se ajusta al carácter de zona residencial y área verde, dispuesto por dicho plan”<sup>392</sup>. Desde ese momento, la industria se hizo “pasible de ser desarraigada por aplicación del artículo 62 inciso 2° de la LGUC

“El municipio, por decreto N° 1263 de 11 de julio de 2013, dispuso que debía trasladar sus instalaciones fuera de la aludida comuna en el plazo de un año. Lo anterior, atendiendo a que se cumplirían los presupuestos que establece la disposición cuestionada para ello, a saber, que la industria se encuentra ubicada en un terrero congelado y la existencia de los informes de las autoridades de salud y de vivienda y urbanismo, que habrían confirmado el carácter molesto de sus procesos productivos por expedir malos olores”.

La requirente indica que tal medida vulneraría su derecho a ejercer libremente cualquier actividad económica (N° 21° del artículo 19 de la Constitución), por cuanto “ese derecho supone la facultad de acceder, mantenerse y salir del mercado, poniendo fin, voluntariamente, al desarrollo de una actividad económica”, siendo “el problema de constitucionalidad, en la especie” que la regulación legal, contenida en el precepto reprochado, “atribuye a la Municipalidad una potestad que impide a Curtidos Bas seguir desarrollando su actividad económica lícita y, por consiguiente, mantenerse en el mercado, al someterla a una prohibición de funcionamiento encubierta. En efecto, lo anterior se produciría desde el momento que en un año es imposible materializar el traslado de una industria de un modo que le permita seguir funcionando. Desde una perspectiva material, pues no

---

<sup>392</sup> STC Rol N° 2684-14

es factible que en tal plazo se pueda concretar el diseño y construcción de un establecimiento industrial con las características técnicas que requiere la actividad productiva de Curtidos Bas. Desde una perspectiva jurídica, ya que no es posible en un año obtener todos los permisos de diversas autoridades sectoriales –como lo son los que implica el ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental- y las patentes municipales, para poder iniciar las actividades en un nuevo establecimiento”.

La medida implicaría además una infracción al artículo 19 N° 24, porque ya “sea que se estime que dicha aplicación importa una privación del dominio, sea que se estime que importa una limitación al dominio, en ningún caso da cumplimiento a las exigencias constitucionales relacionadas con el derecho de propiedad”, y en este sentido, estaríamos ante “una privación del dominio, toda vez que, tal como ha señalado esta Magistratura, la privación se puede producir por una regulación limitadora del derecho que impida ejercerlo o que despoje de alguno de sus atributos esenciales - de uso, goce y disposición-, lo que ha de denominarse como regulación expropiatoria”. También habría infringido el artículo 19 N° 20, pues “la orden de traslado constituiría una carga pública real, al afectar el patrimonio de una persona”, no superando el test de proporcionalidad, siendo arbitraria y vulnerando la Constitución, por cuanto “la medida no es idónea para conseguir un fin legítimo”, como tampoco sería necesaria ni proporcional en sentido estricto, según la requirente. Finalmente, constituiría además una infracción al artículo 19 N° 26, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica, al ser conculcada “la esencia del ejercicio de los anteriores derechos señalados como infringidos”<sup>393</sup>.

El Tribunal considera que la indeterminación de la categoría de “molestias o daños” provocan incerteza, “al denotar un campo de límites imprecisos, pues no se sabe de antemano donde

---

<sup>393</sup> STC Rol N° 2684-14, fojas 622-628



empiezan y pueden terminar sus reales posibilidades de aplicación”, lo que es relevante dada la “ausencia de normas claras de olfatometría” siéndole imposible a la industria afectada “probar que su actividad, como cualquier otro quehacer humano, no causa al menos alguna forma de ‘molestia o daño’ al entorno vecinal”<sup>394</sup>. Además, considera que la definición de contaminación depende de normas de calidad ambiental que “determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento”, y que a falta de ellas, para considerar que el ambiente está contaminado, se ha de acreditar “inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien, que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva de un contaminante”<sup>395</sup>.

Por estas razones, es forzoso concluir que ni la LGUC ni las normativas reglamentarias relacionadas entregan a la autoridad municipal “medios idóneos de diagnóstico, que, en la materia, tienda asegurar lo razonable e imparcial de sus decisiones”<sup>396</sup>, y que la medida de traslado decretada por el alcalde, al depender de “términos ambiguos o conceptos difusos, abiertos a la apreciación subjetiva y evanescente del operador, erosiona severamente esa ‘seguridad’ dada por la Carta Fundamental”<sup>397</sup>.

### Voto disidente

---

<sup>394</sup> STC Rol N° 2864-14, Considerando 8°

<sup>395</sup> STC Rol N° 2864-14, Considerando 10°

<sup>396</sup> STC Rol N° 2864-14, Considerando 12°

<sup>397</sup> STC Rol N° 2864-14, Considerando 17°

En opinión disidente del ministro Carlos Carmona, la aplicación de las normas impugnadas no afectarían las garantías constitucionales señaladas por la requirente.

Respecto a los “conceptos jurídicos indeterminados” que a juicio del voto de mayoría deben ser interpretados restrictivamente y en favor del afectado<sup>398</sup>, Carmona señala que tales conceptos “designan realidades variables”, siendo “estándares o experiencias reflejadas en formulas que atrapan conceptos variables o mudables en casa caso concreto, pero que tienen una identidad”, como son “industrias mal ubicadas”, o que causen “molestias” o “daños” al vecindario<sup>399</sup>. Su existencia “no produce una potestad subjetiva y discrecional, toda vez que deben ser interpretados conforme a derecho”, estando sujetos a las reglas de racionalidad y proporcionalidad, al ser integrados “con el conjunto de estándares legales y reglamentarios que permiten darles un contenido acorde con los principios de seguridad jurídica y los derechos e intereses que la Constitución cautela”<sup>400</sup>.

En relación con la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, el Ministro Carmona señala que no se produce su afectación, pues a pesar de que la requirente reclame que “el traslado afecta significativamente el uso, goce y disposición del propiedad en que se encuentra emplazada la industria”, en los hechos, “la norma no define ni el destino final de la industria, ni las condiciones conforme a las cuales debe operar. Sólo se limita a impedir la continuación del giro en el predio actual, por no ajustarse al plan regulador y por generar molestia o daño a los vecinos. No toca la propiedad del predio y de sus edificaciones ni merma la posibilidad de realizar otras actividades

---

<sup>398</sup> STC Rol N° 2684-14, Considerandos 15° y 16°

<sup>399</sup> STC Rol N° 2684-14, fojas 660

<sup>400</sup> STC Rol N° 2684-14, fojas 661

productivas que no generen las consecuencias negativas del artículo 62 (STC 2643/2015 y 2644/2015)”<sup>401</sup>.

Tampoco se vulneraría la garantía esencial del artículo 19 N° 24, por cuanto la orden de traslado configura una limitación a la propiedad en virtud de su función social, específicamente, en la causa de “utilidad y salubridad públicas”. La Constitución no establece “un mandato de mínimos cuando permite dictar estas medidas que se fundan en la función social”, pues “se deben establecer todas aquellas medidas que permitan la ‘mayor realización espiritual y material posible’ de los integrantes de la comunidad (artículo 1° constitucional)” y porque “la función social demanda ‘cuanto exijan’ las causales que la fundan”, todo lo cual “entraña un mandato de optimización”<sup>402</sup>.

Finalmente, la disidencia considera que la carga pública es proporcionada, por cumplir con los elementos de *necesidad*, pues “lo imperioso del desplazamiento es que no se sigan produciendo los efectos negativos a los vecinos. El traslado permite el funcionamiento de la actividad económica en un lugar donde no se produzcan los efectos indeseados sobre los habitantes, protegiendo adecuadamente su seguridad y salubridad (STC 2643/2015 y 2644/2015)”; *idoneidad*, “porque el Estado debe dar protección a las personas frente a las molestias o daños que hagan incompatible el desarrollo de una vida normal en una zona urbana residencial. La norma busca proteger el interés público comprometido, consistente en derechos de los vecinos. Por la otra, porque desde el Código Civil la propiedad no puede dañar los derechos de terceros (STC 2643/2015 y 2644/2015)”; y *proporcionalidad estricta*, ya “que la empresa está relevada de cumplir las normas del plan regulador, en cuanto sus terrenos están congelados. Enseguida, es trasladada porque infringe una prohibición de no molestar o dañar a los vecinos. Del mismo modo, cabe sostener que,

---

<sup>401</sup> STC Rol N° 2684-14, fojas 664

<sup>402</sup> STC Rol N° 2684-14, fojas 667

aun con el traslado, la empresa no sufrirá pérdidas, pues, de un lado, se mantiene un uso alternativo de los bienes involucrados. Del otro, porque los bienes que componen el proceso industrial son bienes transables o liquidables. La empresa nos entrega el costo de instalarse de nuevo. Pero nada nos indica respecto de su pérdida por el traslado”<sup>403</sup>.

Arturo Fermandois se refiere a la conclusión de esta controversia:

“Con posterioridad a la dictación de la sentencia del TC, de 10 de septiembre de 2015, y antes de la vista del recurso de casación interpuesto para ante la Corte Suprema, las partes del litigio arribaron a una transacción, presentada el 21 de diciembre de 2015, y aprobada definitivamente por la Corte de Apelaciones de San Miguel el 14 de enero de 2016. Conforme a esta transacción, por un lado Curtidos Bas se desistió del recurso de casación deducido, mientras que en contrapartida la Municipalidad de San Joaquín modificó el Decreto Alcaldicio N° 1.263 (que ordenó el traslado de la industria) estableciendo como nueva fecha para materializar la orden la medianoche del día 1 de septiembre de 2017. Este plazo podría ser ampliado en caso de caso fortuito o fuerza mayor. Por último, ambas partes declararon no tener nada que reclamarse entre ellas a raíz del mencionado Decreto Alcaldicio”<sup>404</sup>.

Ruiz-Tagle nota también en este fallo la divergencia en cuanto a la referencia hecha por los ministros a diversos precedentes para justificar sus respectivas posturas. “En el caso de Curtidos, al igual que en los casos Molinera, la cuestión jurídica se refiere a la petición de que se declare

---

<sup>403</sup> STC Rol N° 2684-14, fojas 668-669

<sup>404</sup> Fermandois (2016), p. 278

inaplicable por inconstitucional el artículo 62 de la Ley de Urbanismo y Construcción, que autoriza decretar el traslado de una empresa”<sup>405</sup>.

“El voto de mayoría del caso Curtidos cita una serie de fallos que justifica el asumir una concepción unificada y reforzada, y que impone requisitos estrictos sobre la reglamentación que puede afectar la propiedad constitucional en la jurisprudencia del TC. Entre éstos, se citan los casos STC roles 577-2006, 198-1994, 334-2001, 370-2003, 389-2003 y 433-2005, y agrega sobre la esencia del derecho los casos STC roles 29-85, 185-1994, 245-1996 y 246-1996, junto con las referencias copulativas de los casos STC roles 226-1995, 280-1998, 293-1999, 325-2001 y 1365-2009 . Si uno revisa las sentencias del TC citados por el voto de mayoría en el caso Curtidos, se concluye que ellos se remontan a una concepción de propiedad que es unificada y reforzada, y que impone requisitos estrictos sobre la reglamentación que puede afectar la propiedad, vinculada con normas del Código Civil (ver casos STC rol 245-1996 y 246-1996) y/o, alternativamente, se construye en torno a las propias normas constitucionales, sin referencia al Código (ver caso STC rol 185-1994)”<sup>406</sup>

“En cambio, el voto de minoría en el caso Curtidos está fundado en una concepción diversificada y sometida a regulación de la propiedad, por lo que su argumentación gira en primer término en torno a las características especiales de la propiedad urbana. Para ello, cita los precedentes de los casos STC roles 2643-2015 y 2644-2015, 2264-2012 y 253-1997. También cita los fallos sobre la faja de un camino público, en los casos STC roles 1863-2012, 1986-2012, 1991-2012, 1992-2012 y 1993-2012. Cita, adicionalmente, fallos para justificar el argumento de que la propiedad se encuentra sujeta a requerimientos colectivos por efecto de la función social, en los casos STC roles

---

<sup>405</sup> Ruiz-Tagle (2018), p. 220

<sup>406</sup> Ruiz-Tagle (2018), pp. 220-223

245-96 y 2299-12. Para justificar su concepción limitada de la propiedad, cita los casos sobre franja de televisión STC roles 56-1988 y 2487-2013. Todas estas sentencias tratan sobre potestades de la administración, pero también sobre cuestiones sustantivas referidas a la propiedad urbana, por las que se agregan al considerando 18 del voto de minoría la afirmación más directa sobre los diversos tipos de propiedad que admite la Constitución. En abono de su postura, refiere los casos STC roles 807-2000, 1298-2009, 2643-2015. Agrega además, sobre regulación de la propiedad y separación de poderes, los casos STC rol 325-2001, 370-2003 y 480-2006. Sobre la potestad del TC de control de atribución y no de ejercicio o mérito de las normas, se cita en el considerando 21 el caso STC rol 2069-2011<sup>407</sup>.

### Opiniones doctrinarias

Según Fermandois, esta sentencia representa un “quiebre en la tendencia conformista del TC ante las cargas legales sobre la propiedad” revelando un “agotamiento de la función social como elástico compresor del dominio”. El fallo diverge en todos los frentes de las sentencias anteriores, pues acoge el requerimiento, declarando inaplicable el inciso segundo del artículo 62 la LGUC, alejándose radicalmente del criterio que definió “Molinera”, resuelto solo medio año antes, en virtud de los mismos antecedentes jurídicos<sup>408</sup>.

En opinión del autor, el Tribunal en este caso analiza en detalle la proporcionalidad de la norma, concluyendo que la orden de traslado “carece de los mínimos detalles y parámetros regulatorios necesarios”, para que esta se ejecute dentro de un año, siendo desproporcionada. De manera novedosa en relación con los precedentes jurisprudenciales, se traslada el *onus probandi* de los

---

<sup>407</sup> Ruiz-Tagle (2018), pp. 223-226

<sup>408</sup> Fermandois (2016), p. 267

vacíos del Estado, por lo que “si la norma legal fuente del gravamen carece de detalles suficientes” se interpretará en contra de la autoridad pasiva en su deber inconcluso, puesto que “los conceptos jurídicos indeterminados no están para llenarse interpretativamente en contra del derecho del propietario, sino para maximizar los derechos de las personas”, y por ello, recurrir a conceptos normativos genéricos (como las “molestias” del artículo 62 de la LGUC), como técnica de aumento de las obligaciones de los afectados, no es aceptable<sup>409</sup>.

Fernandois enfatiza el Considerando 4° del fallo, que señala lo siguiente:

“Que, en la especie, se trata de un derecho nacido pura y simplemente, pero que por una circunstancia posterior ajena a su titular –la expansión de la población– a contar del año 2005 su ejercicio quedó condicionado a una causal sobreviniente de caducidad: la propiedad sobre las instalaciones y el predio soportante pudo seguir sirviendo al desarrollo de una industria preexistente, a condición de no provocar indefinidos ‘daños o molestias’ para la colectividad y bajo apercibimiento de ‘traslado’”.

En relación con lo anterior, el autor señala que “todos pueden hacer en lo suyo lo que quisieren, naturalmente ‘no siendo contra la ley o contra derecho ajeno’ (artículo 582 del Código Civil chileno). Pero una vez aceptada esta proscripción de ir ‘contra derecho ajeno’, la cuestión es que aquel cambio de reglas implicó para la requirente ser injerida por un régimen incierto, carente de patrones objetivos y previamente conocidos de medición, que permitan dar por establecidas dichas causales con razonable seguridad y más allá de estimaciones sensoriales o de índole

---

<sup>409</sup> Fernandois (2016), p. 268

puramente discrecional. La magistratura identifica entonces el factor cronológico, que suele ser el núcleo de toda expropiación regulatoria”<sup>410</sup>.

Comentando el Considerando 14°, Fermandois señala que introduce un elemento “muy lúcido y novedoso en expropiación regulatoria”, pues se enfrenta a “la muy usada técnica judicial de recurrir a alguno de los cinco elásticos conceptos de la función social”, con lo que ahora el Tribunal “se traslada a la técnica contraria”. En este sentido, “si bien los conceptos jurídicos indeterminados son usuales y aceptados, solo cabe interpretarlos expansivamente cuando el Estado confiere beneficios”, pero “su entendimiento debe ser restrictivo cuando limita derechos”<sup>411</sup>.

Fermandois comenta respecto al Considerando 22° que:

“Un traslado, para ser tal, esto es, un simple desplazamiento territorial tolerable como limitación y no privación de la propiedad, significaría que la autoridad debiese asumir todos los elementos jurídicos y administrativos autorizatorios de la traslación meramente física de la industria molesta: posiblemente un nuevo emplazamiento, un permiso municipal de operación, autorizaciones ambientales nuevas, posibles detrimentos patrimoniales graves de la nueva instalación, etc. Como nada de eso se prevé por la ley, no se trata en rigor de un traslado, sino de un simple cierre de industria, de un retiro. En este contexto, el plazo normativo de un año para ejecutarlo es accidental al problema constitucional del precepto; aunque como se verá, un mayor plazo siempre será bienvenido a la hora de evaluar cuán comprometida está la esencia del derecho”<sup>412</sup>

---

<sup>410</sup> Fermandois (2016), p. 270

<sup>411</sup> Fermandois (2016), p. 274

<sup>412</sup> Fermandois (2016), p. 276



Según el autor, el problema principal en este caso es “el cambio regulatorio sobreviniente que sufre el propietario de una industria”, pues “el cambio en el plan regulador provoca que su empresa manufacturera quede expuesta a una nueva causal de caducidad (que sea considerada molesta o dañina para los nuevos vecinos), la que no existía al momento en que dicha industria verificó su inversión y se instaló. Por esto, nuevamente surge el problema de los criterios para evaluar la constitucionalidad de los cambios regulatorios”<sup>413</sup>.

Respecto a los nuevos principios que podrían servir para estructurar a la doctrina de las expropiaciones regulatorias en Chile, a los que ya hemos hecho referencia<sup>414</sup>, Fermandois se refiere a su aplicación concreta en el caso Curtidos Bas.

En relación con la previsibilidad, “precisamente porque las industrias exigen inversiones cuantiosas”, su zonificación ha de ser “la menos inestable”, pues las “expectativas legítimas” del propietario industrial “son que el uso de suelo permanecerá establemente”<sup>415</sup>.

En tal sentido, “el elemento de la previsibilidad puede parecer excesivamente subjetivo, pero es crítico a la hora de pesar la justicia o injusticia de una regulación, y por tanto, si vulnera la esencia del derecho constitucionalmente protegido”. Este elemento “juega en ambos sentidos”, ya como previsibilidad o como imprevisibilidad, pues en el caso de que el legislador vaya en contra de “criterios previos que contribuyó a crear, generando expectativas, entonces debe hacerse cargo de la respectiva compensación por el daño causado por la nueva regulación”, problema resuelto en nuestro medio por el *principio de la confianza legítima*, “que precisamente apunta a responsabilizar al Estado –especialmente la Administración– por cambios radicales y sorprendidos de criterio, que revocan derechos previamente concedidos.” Dicho principio “surge como reacción

---

<sup>413</sup> Fermandois (2016), pp. 278-279

<sup>414</sup> Ver *Supra*, sección sobre “Expropiaciones Regulatorias (*regulatory takings*)”

<sup>415</sup> Fermandois (2016), p. 281

a la inestabilidad jurídica proveniente de los cambios en los parlamentos europeos, como alternativa a la insuficiencia de la teoría de los derechos adquiridos para proteger derechos frente al cambio normativo. Aunque su ámbito más propio es la actividad de la Administración, según la doctrina anglosajona este principio protege incluso frente a cambios legislativos quebrantadores de la confianza irradiada por el Estado”<sup>416</sup>.

Según lo ya dicho, Fermandois considera que “la presente causa de inaplicabilidad presenta claras objeciones de constitucionalidad”. Primero, “la falta de criterios y parámetros objetivos para determinar las eventuales molestias y daños a los vecinos, provocan que la industria afectada no pueda acomodar su conducta a la nueva situación”. Segundo, que “el traslado no es previsible, porque si bien la norma fuente de la orden alcaldía existe hace muchos años en la LGUC, también es cierto que el propietario tiene derecho a asumir que la zonificación industrial –como uso de suelo– permanecerá estable en el futuro. Si así no fuere, no efectuaría inversiones”. Tercero, que el plazo de un año para el traslado, ordenado por la Municipalidad, “provoca una verdadera sorpresa y falla al elemento de ausencia de sorpresividad. Considerando los múltiples permisos y aprobaciones necesarios para emplazar una nueva industria, amén de las dificultades intrínsecas de su reinstalación, el presunto ‘traslado’ se torna en verdadera prohibición, en un desalojo”.

Además, le parece relevante considerar que fueron estos elementos cronológicos los que permitieron dirimir el conflicto: “Como ya se explicó, el litigio entre Curtidos Bas y la Municipalidad de San Joaquín terminó finalmente en una transacción que consistió, básicamente, en otorgar un nuevo y más amplio plazo para que la empresa afectada verdaderamente pudiera

---

<sup>416</sup> Fermandois (2016), pp. 281-282

trasladarse a otra comuna. Plazo, por lo demás, que podría aumentarse en eventos de fuerza mayor”<sup>417</sup>

A juicio del abogado, esta sentencia va en la línea correcta, por cuanto “el balance entre función social y esencia del dominio del propietario” no se logra correctamente en el impugnado artículo de la LGUC, “ante ninguno de los estándares doctrinariamente aceptados de la expropiación regulatoria”. El fallo, en tal sentido, establece la necesidad de “criterios objetivos y previsibles a las regulaciones sobrevinientes que se impongan a un propietario y que limiten sus derechos”, además de proteger “el contenido esencial del dominio incluso cuando sin desconocer al propietario como tal, se le extirpan las facultades inherentes de dicho derecho”, siendo tales las razones por las que el Tribunal “declaró inaplicable el precepto legal, que permite al Alcalde ordenar el traslado –más bien el desalojo– de industrias que sobrevinientemente quedan mal ubicadas según el plan regulador”, denunciando la poca precisión de conceptos tales como “molestias o daños”<sup>418</sup>.

El comentario concluye mostrando su desacuerdo con el voto de minoría, pues considera que no atiende a lo central del asunto: “La pregunta es cómo y en qué tiempo; cuándo puede disponerlo, con qué transiciones, en qué plazos, con qué compensaciones patrimoniales al afectado y mediante qué facilidades regulatorias que, de faltar uno o más de estos elementos, el precepto deviene inconstitucional por constituir una expropiación regulatoria, interdicta ante los incisos 1° y 3° del N° 24 del artículo 19 de la Carta Máxima”<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> Fermandois (2016), p. 284

<sup>418</sup> Fermandois (2016), p. 285

<sup>419</sup> Fermandois (2016), p. 287

Guiloff se manifiesta críticamente acerca del caso Curtidos Bas, en relación con Molinera, pues respondiendo ambos a las mismas circunstancias de hecho, y siendo impugnados los mismos preceptos constitucionales y por las mismas razones, fueron fallados de forma radicalmente opuesta, con tan solo un mes de distancia, siendo “el principal punto de divergencia entre ambas decisiones (...) el grado de precisión” que deben tener las regulaciones a la propiedad. En Molinera, el Tribunal argumentó en favor de una regulación mínima, que hiciera posible la realización de la función social de la propiedad y de otros objetivos legítimos del Estado, mientras que en Curtidos Bas, se decantó por una regulación máxima, que contenga en detalle las definiciones de aquellas cuestiones que puedan trabar el ejercicio del derecho de propiedad privada.

Según Guiloff, en este tipo de conflictos, “inevitablemente el aplicador de la norma –en este caso, la Municipalidad– debe optar por proteger uno de los derechos a la propiedad privada en pugna y sacrificar el otro”, por lo que “para adoptar una decisión correcta, se debe ser sensible al contexto, lo que supone contar con toda la información que sea posible de este”, y por ello, “exigirle precisión a la norma legal que regule la materia implica que ésta necesariamente deba decidir de antemano acerca de cuál derecho debe prevalecer, sin ningún tipo de información respecto de especificidades tan relevantes como cuáles son las externalidades en cuestión, cómo ha sido el comportamiento de la empresa involucrada o el de la propia Municipalidad durante los años o cuál ha sido la dinámica urbana durante el período. Junto con ello, el argumento considera que no se puede perder de vista lo iluso que resulta asumir que el Congreso será capaz de llegar a un consenso a un nivel de especificidad tan profundo. Lo más probable es que no lo haga y, si es que llega hacerlo, muy probablemente la disposición legal que se apruebe tenderá a favorecer a aquellos que más fácilmente pueden organizarse para incidir sobre el proceso legislativo. De todo lo anterior se

sigue que las normas legales cuya constitucionalidad se enjuició en estos fallos son todo lo precisas que razonablemente debiesen ser”<sup>420</sup>.

La idea de un Estado mínimo parece influenciar el razonamiento del voto de mayoría en Curtidos Bas, continúa Guiloff, lo que se evidenciaría en su Considerando 5°, en la idea de que las facultades de uso y goce del propietario quedan sometidas a la apreciación subjetiva de la administración, por cuanto la imprecisión de la norma abre amplios espacios de interpretación. Con ello, los ministros harían eco del pensamiento de Friedrich Hayek, por cuanto “para avenirse con el Estado de derecho, la legislación que incida sobre la propiedad privada debe satisfacer un vigoroso estándar de precisión”<sup>421</sup>.

El razonamiento del Tribunal en Curtidos Bas resultaría dudoso por tres razones: la primera, porque “su aplicación lleva a resolver un problema relativo a la gestión de una externalidad negativa de antemano, sin información acerca de esta y su contexto, por lo que al momento de aplicarse muy probablemente dará lugar a soluciones poco sensibles al problema en juego”, la segunda, que es particularmente grave dadas las circunstancias del caso, es que no resulta evidente que este estándar “proteja el derecho a la propiedad privada, en la medida que la externalidad negativa que se pretende regular afecta también, el derecho a la propiedad privada que tienen los dueños sobre las residencias del vecindario aledaño, de manera tal que al resolver el problema de antemano se termina escogiendo cuál de los derechos de propiedad en juego es el más merecedor de protección”, y la tercera, que el alto estándar de precisión normativa exigido por el fallo podría conducir a la “omisión regulatoria”, lo que en el contexto nacional, podría incluso dar pie a que la

---

<sup>420</sup> Guiloff (2016), pp. 154-155

<sup>421</sup> Guiloff (2016), p. 158

regulación legislativa efectivamente lograda “resulte favorable a los intereses de la comunidad regulada, en desmedro de los intereses del vecindario”<sup>422</sup>.

Guiloff recurre al caso Molinera, en contra de lo sentenciado en Curtidos Bas, para mostrar como “la consagración de una regulación demasiado específica” para fijar las condiciones de “traslado de una industria mal ubicada puede terminar por afectar el derecho a la propiedad privada”, haciendo hincapié en el Considerando 25º, que tras “descartar una eventual vulneración al derecho a desarrollar actividades económicas”, señala “que el carácter fijo y permanente de la ley no resulta adecuado para responder a las necesidades regulatorias de la planificación territorial urbana”, y profundizando lo anterior, en relación con la supuesta vulneración de la reserva legal, el Tribunal declaró que “el cambio que afecta a la propiedad del recurrente no se debe a la mera discrecionalidad de la actividad administrativa, sino que es una consecuencia insoslayable de las necesidades de los nuevos habitantes del vecindario, añadiendo a continuación que ‘dichos propietarios o vecinos son titulares de derechos protegidos por la Constitución y la ley’”<sup>423</sup>

En este sentido, el alto estándar de precisión exigido por el Tribunal en Curtidos Bas conduciría a la inoperatividad del reglamento en cuanto a su especificidad. La complementariedad ley-reglamento está aceptada en nuestro ordenamiento constitucional, y precisamente es el reglamento el que permite dar cuenta de manera más directa de la realidad efectiva que se busca regular, mientras que la ley, con su vocación de permanencia y abstracción, no resulta idónea para reflejar la dinamicidad del área regulada. En este sentido, la entidad reguladora, la Municipalidad, ya tiene pleno conocimiento del contexto, antes de decretar la medida, pues “sabe, por ejemplo, cuál ha sido la dinámica urbana en los últimos años, cómo ha sido el comportamiento del regulado

---

<sup>422</sup> Guiloff (2016), p. 159

<sup>423</sup> Guiloff (2016), p. 160

y, recordémoslo, solo puede determinar el traslado previo informe favorable de dos autoridades con competencia técnica sobre la materia. De esta manera, queda en evidencia que una disposición que reenvíe la resolución del asunto a la administración estableciendo determinados parámetros, tal como lo hace el artículo 62 inciso segundo, es la manera más óptima de regular este problema y de proteger el derecho a la propiedad privada de todos los involucrados en el conflicto urbano”<sup>424</sup>

Guiloff se refiere a lo que hemos concebido como la tensión entre el paradigma señorial y el funcional, que en este contexto se presenta como la necesaria coordinación de “una solución para regular la convivencia de industrias y viviendas”, definida por “un alto desacuerdo en torno a cuál debe ser esta”, y que se refleja concretamente en los argumentos de cada voto:

“El argumento para proteger las adquisiciones [de propiedad] descansa en la premisa que los individuos actúan para satisfacer su auto-interés, siendo esta una característica imposible de suprimir, y que en el agregado puede tener consecuencias sociales beneficiosas. En tanto, los argumentos derivados de la virtud cívica se fundamentan en que cualquier comunidad debe descansar en ciertas cualidades morales de espíritu público y de abstención por parte de sus miembros para mantenerla unida, y que una democracia puede ser particularmente dependiente en estas características. Esto, debido a que la democracia no se basa en la fuerza, sino que en el cumplimiento voluntario de las normas por partes de la comunidad”<sup>425</sup>.

Luego, señala que de mantenerse este criterio como elemento de decisión en la labor jurisprudencial del Tribunal, el resultado será la “omisión regulatoria”, “dada la imposibilidad de poder consensuar una norma a tan alto nivel de precisión”, pues a diferencia del procedimiento

---

<sup>424</sup> Guiloff (2016), p. 161

<sup>425</sup> Guiloff (2016), p. 162

administrativo, el legislativo se ve enfrentado a fuertes contrapesos, “entre los que para el caso chileno se cuenta incluso la posibilidad de control preventivo por parte del Tribunal Constitucional, los que hacen altamente improbable que se acuerde una disposición capaz de satisfacer dicho estándar. De esto da cuenta la suerte que han corrido en el Congreso los varios proyectos de ley en materia de recursos naturales durante los últimos 26 años, una ínfima parte de los cuales han sido aprobados y luego de varios años de discusión legislativa”<sup>426</sup>

En opinión de Guiloff, el alto estándar establecido por el voto mayoritario en *Curtidos Bas*, resulta “ideológico”, al fundarse en una “particular antipatía hacia el rol de la administración del Estado”; “inconveniente” porque, en un supuesto óptimo, “lleva a seleccionar ganadores y perdedores sin información sobre el contexto”, y en el caso contrario, “conduce a la omisión regulatoria o a que los ganadores sean quienes puedan organizarse para incidir sobre el proceso legislativo”; e “innecesario”, pues los eventuales abusos en que pudiese incurrir la administración “pueden ser controlados revisando la legalidad del acto administrativo, en el evento que lleguen a darse todos los supuestos para que tal acto siquiera pueda ser dictado”<sup>427</sup>.

d) *Bellavista Oveja Tomé (Rol N° 4269-18, año 2018)*

El 12 de enero de 2018, Banco de Chile dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 11, incisos primero y segundo, y 12, inciso primero, de la Ley 17.288 sobre Monumento Nacionales, tras haber recurrido de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 82.0236-2017).

---

<sup>426</sup> Guiloff (2016), p. 163

<sup>427</sup> Guiloff (2016), p. 167



La acción de protección fue deducida por el Banco contra el Decreto Supremo N° 166, del ministerio de Educación (publicado en el diario oficial el 7 de noviembre de 2017), por el cual se declara Monumento Nacional, en la categoría de Monumento Histórico, a la “Fábrica Textil Bellavista Oveja Tomé”, ubicada en la región del Bio-Bio.

El Decreto establece que los terrenos en que se encontraba la fábrica quedan ahora sujetos a la protección y exigencias de la Ley de Monumentos Nacionales, lo que a juicio del recurrente de protección “sería ilegal y arbitrario, y vulneraría sus derechos constitucionales como dueño de un bien raíz urbano, a ejercer actividades económicas lícitas, así como su derecho de propiedad”.

En la acción de inaplicabilidad, el Banco pretende impugnar los artículos 11 (incs. 1 y 2) y 12 (inc. 1) de la ley, los que en lo sustancial disponen que todo trabajo de conservación, reparación o restauración; o remoción de objetos que formen parte de él, requerirá autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, lo que impone límites al dominio del propietario de la fábrica, por cuanto “deberá conservarlo debidamente y no podrá destruirlo, transformarlo, repararlo, ni hacer construcción alguna, sin la autorización previa del consejo que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras que en su caso sean autorizadas”.

El Banco, propietario del inmueble de 6 hectáreas en el que se emplaza la fábrica, adquirida por compraventa a Bellavista Oveja Tomé S.A. en 200, que en aquel tiempo no existía declaración alguna de Monumento Histórico, ni solicitud declaratoria en trámite, lo cual fue esencial para que el Banco adquiriera el dominio, bajo el supuesto de poder ejercer su giro privado, disponiendo al efecto de los atributos del dominio”.

“En noviembre de 2017, se dicta el Decreto Supremo N° 166, que declara la propiedad Monumento Histórico, en la totalidad de su superficie, no obstante que la fabrica textil edificada corresponde

únicamente a 42.000 metros cuadrados”. El Banco afirma que esto constituye “una verdadera regulación expropiatoria, que le impide constitucionalmente el ejercicio de los atributos propios de su derecho de propiedad; conculcando además su derecho a desarrollar actividades económicas lícitas”, y que en la especie, se “priva al particular de todos los elementos propios del dominio: usar, gozar y disponer; afectando en su esencia el dominio e impidiendo su ejercicio, así como el derecho a realizar actividades económicas, infringiéndose así igualmente el artículo 19 N°26” de la Constitución<sup>428</sup>.

El recurrente además alega que los artículos impugnados conducen a la privación de todos los elementos propios del dominio, al imponerse una limitación desproporcionada y tan intensa que le prohíbe usar, gozar y disponer; proscribire el ius aedificandi y, en definitiva, traspasa los derechos del dueño al Estado; siendo desmembrada la propiedad privada sin compensación patrimonial alguna y, aún si mas, pudiendo el Estado imponer cargas conservativas al propietario que igualmente lo afecten en su patrimonio”<sup>429</sup>.

El Consejo de Defensa del Estado (CDE) estimó que los artículos impugnados no vulneran la propiedad de Banco de Chile, sino que solo “someten al inmueble a restricciones generales que en nada imposibilitan que su dueño pueda usar, gozar y disponer del inmueble; al tiempo que se trata, como se indicó, de una limitación constitucionalmente válida, basada en la función social de la propiedad, en tanto conservación del patrimonio cultural, que forma parte del patrimonio ambiental”, y que la “limitación consiste únicamente en que para alterar el inmueble, el dueño requiere autorización previa del Consejo de Monumentos, que opera como organismo técnico, a efectos de preservar su valor sociocultural. Se trata de una tutela de su aspecto típico, y no de una

---

<sup>428</sup> STC Rol N° 4269-18, fojas 474-475

<sup>429</sup> STC Rol N° 4269-18, fojas 475

imposibilidad de ejercer los atributos de la propiedad sobre el inmueble, ni de la regulación expropiatoria” y que el “deber de conservación (...) no afecta las facultades esenciales del dominio”. Además, agrega que “el Banco tiene suscrito un arriendo con opción de compra sobre el inmueble y nada le impide ejercer dicho derecho, ni posteriormente enajenarlo. El arrendatario es Bellavista Oveja Tomé Spa que, precisamente, fue el requirente de inconstitucionalidad en la causa (Rol N°3086-16) anteriormente desestimada por este Tribunal” durante el año 2017, lo que debiera servir de precedente para rechazar el recurso presentado por Banco de Chile.

Los ministros que votaron a favor de rechazar el requerimiento fueron los Ministros Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez, mientras que los que votaron a favor de acoger el recurso fueron el Presidente Iván Aróstica y los Ministros María Luisa Brahm, Cristian Letelier Aguilera y Miguel Ángel Fernández González, no alcanzándose el quorum debido al empate, por lo que el requerimiento fue rechazado.

#### Voto por rechazar

El voto por rechazar define lo que se considera patrimonio cultural en el Considerando 6°, y en el Considerando 7° refiere directamente a la función social que debe cumplir la propiedad, señalando que “las Cartas Fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, surgidas desde la segunda guerra mundial en adelante, han venido garantizando conjuntamente y con similar fuerza, tanto, los derechos individuales, como los denominados derechos económicos, sociales y culturales, es decir, aquellos comprendidos en la tercera generación de derechos fundamentales, vinculados al principio de solidaridad (medio ambiente, paz, cultura, etc.), y en el 8°, que “en el contemporáneo Estado constitucional de derecho”, las cartas fundamentales ya no solo regulan “órganos y

mecanismos de ejercicio equilibrado del poder”, sino también las dimensiones política, económica y cultural de la comunidad nacional.

En los Considerandos 14° y 15°, el voto por rechazar señala que la regulación impugnada “no es una prohibición absoluta de ejercicio de las facultades del dominio por parte del titular de un bien afecto a la declaración de Monumento Histórico, en este caso el Banco de Chile, sino que más bien establecen una limitación, la que a su vez no se aprecia de una envergadura tal que produzca la imposibilidad de ejercicio de sus atributos”, ya que el deber de conservar el bien y requerir autorización para reformarlo tiene por objetivo evitar la reducción de valor patrimonial, y en el 16°, que al ser estos bienes merecedores de amparo y protección, cabe preguntarse por el alcance de las cargas que a propósito de esa protección se imponen y su límite con el ejercicio legítimo de las facultades del dominio, y en este sentido, la diferencia radicaría en que la privación “tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa”<sup>430</sup>, con lo que el voto adopta un criterio formal para distinguir entre limitación y privación, descartando la doctrina de las expropiaciones regulatorias al no considerar la teoría del continuo conceptual.

Por lo anterior, los artículos 11 y 12 de la Ley de Monumentos Nacionales “parecen emparentarse con la última parte del concepto antes reseñado, toda vez que tal como se desprende de analizar ambas normas legales, el objetivo de ellas es instar al propietario de un inmueble afecto” a esta regulación, a conservarlo mediante la intervención de un organismo público, encargado de velar por el cumplimiento de la referida obligación, así como de autorizar y establecer las disposiciones

---

<sup>430</sup> El Tribunal cita a la STC Rol N° 505, en su Considerando 22°

bajo las cuales el titular del derecho de dominio podrá ejercer sus facultades, de manera de evitar que estas colisiones con el mencionado objetivo”<sup>431</sup>.

En el considerando 27°, el voto por rechazar se refiere explícitamente a la función social de la propiedad, por cuanto estaría estrechamente vinculada al asunto en cuestión, señalando que, tal como ha dicho la doctrina “la función social, desde el ángulo práctico o real, es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación-jurídica social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, por un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro”<sup>432</sup>, y que la función social vendría a delimitar y encauzar, en la forma de una “orientación limitativa del ejercicio del dominio”, siendo una “delimitación previa del mismo derecho”<sup>433</sup>.

El Considerando 21° resulta de interés, porque se critica con decisión aquello que hemos denominado como “paradigma señorial”, pues los Ministros, citando a Andrés Bordalí, señalan que las constituciones chilena, alemana y española, entre otras de la órbita del derecho continental, han construido un concepto de propiedad diferente a la decimonónica, que ha significado “una pérdida del señorío del propietario, puesto que ahora, y precisamente en virtud de la función social que tiene la propiedad, las facultades de goce y disposición del titular” son ahora amparadas por el ordenamiento constitucional en la medida que “estén en concordancia con ciertos intereses predeterminados por el propio texto constitucional, y que de algún modo son considerados superiores al interés individual del propietario”<sup>434</sup>, y agregan en el Considerando 22° una referencia a la teoría de Haberle, según la cual, la “propiedad tiene un triple significado: i) como

---

<sup>431</sup> STC Rol 4269-18, fojas 478

<sup>432</sup> Cea (2002), p. 574

<sup>433</sup> STC Rol 4269-18, Considerando 18°

<sup>434</sup> Bordalí (1998), p. 14

derecho fundamental, ii) como parte de la Constitución Económica y, iii) como parte de la Constitución cultural, que consiste en la conservación de la propiedad pública y en la limitación a desarrollar actividades que no atenten contra el patrimonio histórico, cultural o artístico”.

Finalmente, el voto por rechazar concluye en su Considerando 24° que no es posible “cuestionar *per se* la regulación que el legislador efectúe de diversas instituciones que puedan importar una limitación del derecho de propiedad individualmente conceptuado”, ya que incluso es posible sostener que “es un error el concebir este derecho en esa única dimensión”, olvidando su faz social, inherente al mismo, y que si bien se ejerce en los términos y bajo las formas que el ordenamiento jurídico contempla, de modo de hacer armónica la convivencia de ambas dimensiones, en caso alguno puede considerarse como ajena al derecho mismo o como contrario a su ejercicio, pues la propiedad supone ser ejercida por su titular teniendo especial consideración por esta faz social”, y que además, ningún derecho es absoluto, y que “será inevitable que el titular de un derecho de propiedad comprendido en su dimensión individual” no se vea afectado por limitaciones al ser aplicada la función social, “más aun cuando esa afectación constriñe a tal punto la esfera individual del derecho de propiedad, su contenido esencial, que lo haga imposible de ejercer para quien lo detenta, cuestión que se advierte en la especie pues su titular efectivamente se ve sujeto a ciertas cargas que limitan el ejercicio de su esfera individual frente a su dimensión histórica y cultural, pero que en caso alguno lo hacen irrealizable.

Luego, el tribunal razona acerca de la naturaleza de las cargas impuestas a la propiedad. La requirente aduce que estas son de tal naturaleza que impiden la realización de “transformaciones, cambios, implementar nuevas formas de producción, modernizaciones y ninguna otra actividad” sin aprobación administrativa del Consejo<sup>435</sup>, afectándose la garantía del artículo 19 N° 21, y el

---

<sup>435</sup> STC Rol 4269-18, fojas 18-19

voto señala que los artículos impugnados simplemente establecen “el régimen al que acceden los bienes declarados como Monumentos Históricos”, los cuales no sufren alteración alguna.

En el Considerando 28°, advierte nuevamente que no estamos ante un derecho absoluto, y que este debe ejercerse con respeto a la ley y a los derechos e intereses protegidos por la Carta Fundamental, entre los que se encuentra el patrimonio cultural, por lo que la vulneración del artículo 19 N°21 queda desestimada.

En la desestimación de la afectación del contenido esencial del dominio pretendida por el requirente, en términos de que las regulaciones lo dejarían “sin posibilidad de hacer uso de los atributos del dominio garantizados en la norma constitucional”, los Ministros señalan que el requerimiento “no realiza un mayor desarrollo acerca de la forma e que se producirían, en el caso concreto, tales afectaciones”, pues no se ha producido una negativa a alguna solicitud hecha por la propietaria al Consejo, en virtud de los criticados preceptos legales, “ni expone algún proyecto específico en el cual pudiera avizorar alguna prohibición que termine entabando el ejercicio de los atributos de su dominio”, y que en definitiva, el requirente solo realiza “un reproche general a la necesidad de tener que solicitar autorización al Consejo de Monumentos Nacionales para proceder a destruir, transformar, reparar o efectuar alguna construcción” en el inmueble afecto a la regulación, la que tiene por “único objetivo velar porque no se vulnere la legítima protección del patrimonio histórico y cultural”, conciliando “los derechos del propietario individualmente considerado, con aquellos intereses que subyacen a la sociedad toda”<sup>436</sup>, argumento que contrasta notablemente con la conclusión planteada por Fermandois en su comentario sobre el caso Maullín de 2001, en que señalaba que si el Estado deseaba tener monumentos nacionales, entonces se hacía necesario expresar tal necesidad en la ley de presupuesto, “para que el Estado expropié los

---

<sup>436</sup> STC Rol 4269-18, Considerando 29°

correspondientes bienes, ¿Y si no hay presupuesto? No hay monumentos, única salida compatible con la función de la propiedad como medio indispensable para la realización de la persona”<sup>437</sup>, descartando cualquier conciliación posible entre el señorío absoluto y los intereses de la nación.

El voto finalmente concluye con una declaración poderosa, pues expresa con toda su nitidez la tensión a la que hemos hecho referencia a lo largo de toda esta investigación, y que se ha expresado estructuralmente en la constitución del concepto de propiedad privada en nuestro ordenamiento: “En palabras simples, así como no parece tolerable que el propietario de un bien se vea impedido de ejercer de modo absoluto sus atributos del dominio, tampoco parece aceptable que la sociedad toda deba aceptar la destrucción o la imposibilidad de conservar un bien que representa parte del acervo histórico cultural de un determinado pueblo”<sup>438</sup>.

#### Voto por acoger

El voto por acoger el requerimiento distingue, entre el artículo 9° de la Ley de Monumentos Nacionales, que permite al Consejo declarar un inmueble como Monumento Nacional, constituyendo una “simple ‘limitación’ al dominio”, y los artículos 11 y 12 de la Ley, que establecen la necesidad de la autorización “para efectuar todo trabajo de conservación o restauración o construcción en el inmueble afectado”, y que por la “discrecionalidad absoluta con que pueden ser acogidas o denegadas estas autorizaciones, implica para el dueño una ‘privación’, al enajenársele unos atributos o facultades esenciales del dominio, cuales son el uso y goce sobre el inmueble de su propiedad”<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> Fermandois (2004), p. 48

<sup>438</sup> STC Rol 4269-18, Considerando 30°

<sup>439</sup> STC Rol 4269-18, Considerando 1° del voto por acoger



En este sentido, el Considerando 5° señala que los artículos 11 y 12 carecen de “suficiente densidad normativa que sirva de garantía legal frente al abuso administrativo”, conduciendo a que “pueda llegarse al extremo de hacer ilusorio o meramente nominal el derecho de que se trata, por carecer el dueño de la posibilidad de determinar el destino del inmueble afectado, según su propia e inalienable determinación final”, argumento dado también en el Considerando 34° de Santa Beatriz.

Luego, desarrolla toda su argumentación sobre la idea de que la afectación del contenido esencial del derecho de propiedad, implicaría una expropiación. En el Considerando 11°, los Ministros señalan que “aunque formalmente todavía sigue revistiendo la denominación de propietario, este queda sustraído de sus facultades para usar y gozar libremente el inmueble, a verse sustituido del todo en este ejercicio por un organismo del Estado”.

#### E. Conflictos interpretativos y problemas de determinación

##### 1. Doctrina “subjetivista” y paradigma señorial

Es llamativo que estas doctrinas suelen buscar sus fundamentos en los planteamientos filosóficos de lo que hemos llamado el “individualismo posesivo”, doctrina acerca de la propiedad que encuentra sus raíces, principalmente, en las obras de los filósofos contractualistas del siglo XVIII, tales como Hobbes, Rousseau, pero principalmente Locke, quien es probablemente el más citado con estos propósitos, atendido su intento por justificar la propiedad desde la perspectiva de la ocupación originaria y el trabajo<sup>440</sup>.

---

<sup>440</sup> Ver: Nozick (1974); Epstein (1985); Underkuffler (1990); Penner (1996); Garnsey (2007); Bravo (2014)

Consideramos que este uso de la filosofía contractualista del siglo XVIII es expresión del carácter reaccionario de la doctrina subjetivista, que en este sentido, descansaría en una concepción de la propiedad teóricamente anticuada, anclada en una realidad social preindustrial, y por ello es que hace estas remisiones a nociones filosóficas abstractas que poco y nada nos dicen de la propiedad efectiva y realmente existente en nuestras sociedades contemporáneas; ideas que solo pueden servir para defender una cierta concepción de la libertad en el esquema de la propiedad, pero que no resultan útiles para entender la realidad efectiva de la propiedad privada contemporánea, con fuertes tendencias a la inmaterialidad de sus objetos, y cada vez más regulada y fragmentada en regímenes especiales establecidos por el legislador, en que la idea de señorío absoluto no tiene cabida.

Respecto de las relaciones intersubjetivas implicadas en la institución de la propiedad privada, las doctrinas subjetivistas no las reconocen como algo propio e interno de ella, sino como algo externo que se produce precisamente por el encuentro entre los individuos que, al hacer uso, goce o disposición de su propiedad, entran en contacto con otros individuos que se ven afectados por las decisiones que se toman dentro de dicha esfera de autonomía. En tal esquema, la colisión de derechos es inevitable, y en nuestras condiciones de vida actuales, el paradigma señorial resulta incapaz de resolverlas, y muchas veces, siquiera de reconocerlas, como queda de manifiesto en los casos “Molinera” y “Curtidos Bas” que son particularmente ilustrativos respecto a este punto.

A propósito de “Curtidos Bas”, Guiloff se ha manifestado críticamente, pues el Tribunal pareciera haber hecho caso omiso de los derechos de propiedad sobre un medio ambiente libre de contaminación de los vecinos que habitaban las inmediaciones de la industria, catalogada como molesta por la autoridad, y cuya resolución fue impugnada por el Tribunal por carecer de

suficiente determinación y precisión. En este sentido, el autor señala el estándar exigido por el fallo es demasiado alto, lo que no se condice con la naturaleza dinámica de la regulación sectorial, pero que además, amenaza la protección de los mismos vecinos por lo siguiente: el potencial regulado tiene fuertes incentivos para iniciar procesos de captura del regulador, si es que tales regulaciones se mantendrán en el tiempo y son de alto impacto económico. Frente a tales procesos, los ciudadanos se ven desarmados<sup>441</sup>. Cabe mencionar que aquí se expresa nuevamente el paradigma señorial, porque es absolutamente esperable que el propietario busque no solo mantener, sino incrementar su propiedad. Por ello, tenderá, como ha sucedido en Chile, a influenciar en las regulaciones, que finalmente terminan sirviéndole. Y cuando no, simplemente las impugna, como hemos visto en el marco del desarrollo jurisprudencial analizado en este trabajo. En relación con esta problemática, el autor señala que:

“La exigencia de especificidad en la legislación potencia, y en ningún caso aminora, la tendencia de la legislación a proteger intereses económicos organizados. Al exigirse especificidad en la legislación que establece una limitación a la propiedad privada, más probable es que ésta disponga de una regulación para los casos específicos en que habrá de ser aplicada y por lo tanto mayor es el incentivo para los posibles regulados de movilizarse para influir en la aprobación de la norma. No podría ser de otra forma, porque el premio a obtener al proceder de esta manera es muy grande: quedar totalmente excluido de la aplicación de la disposición. Es importante considerar que este mayor incentivo para influir en el proceso político no se generaría en ausencia de la exigencia de especificidad, ya que si la disposición va a ser redactada

---

<sup>441</sup> Guiloff (2016), pp. 163-165

en términos amplios, nadie queda asegurado de antemano de quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma.”<sup>442</sup>

Como ya mencionamos, la estabilidad de la regulación también constituye un elemento a considerar dentro del esquema de incentivos en que operan los agentes económicos, en relación con el costo y la oportunidad de incidir en las regulaciones estatales. Guiloff señala al respecto que:

“Es evidente que si no resulta relativamente costoso modificar el marco regulatorio, no existen mayores incentivos para incidir en su establecimiento. Sucede que la inversión necesaria para influir sobre la dictación de la norma solo se justifica si esta, en definitiva, resultará favorable a sus intereses y difícil de modificar. En relación a lo último, no puede haber duda alguna de que la modificación de una disposición legal resulta muchísimo más costosa que la de una reglamentaria. Esto resalta, una vez más, la inconveniencia de una reserva legal vigorosa en materia de limitaciones a la propiedad privada: dado su nivel de especificidad cercano al casuismo, la limitación que la ley determine se verá muy probablemente influenciada por aquellos que pretendan librarse del todo de su aplicación. De lo anterior se sigue que el estándar establecido por la mayoría del fallo Bas incentiva la influencia de intereses económicos en la regulación”<sup>443</sup>.

De esta manera, en el fallo de “Curtidos Bas” se pueden apreciar los efectos más siniestros de las “expropiaciones regulatorias”, por cuanto tal como señala Guiloff, dicha doctrina centra toda su atención en la colisión entre las facultades regulatorias del Estado y el derecho del titular afectado,

---

<sup>442</sup> Guiloff (2016), p. 164

<sup>443</sup> Guiloff (2016), p. 165

dejando fuera de toda consideración los derechos de los propietarios colindantes a un medio ambiente libre de contaminación, sobre el cual también tienen una especie de propiedad, al menos en nuestro ordenamiento<sup>444</sup>. Guiloff llama la atención sobre el curioso hecho (que aparentemente pasó desapercibido para los ministros del TC) de que los vecinos de la Curtidora también tienen un “derecho de propiedad” sobre un medio ambiente libre de contaminación, el que justamente busca ser protegido por la actividad regulatoria impugnada. En este sentido, sostenemos que esta es otra expresión del “paradigma señorial” al que ya hemos hecho referencia, pues la defensa de la propiedad privada del afectado es asumida con tanta vehemencia, no solo por su titular (lo que es obvio dada la lógica del “señorío absoluto”), sino también por la doctrina que adhiere a dicha concepción ideológica. Fermandois (2016) solo hace referencia a los derechos de propiedad de la empresa contaminante, sin siquiera percatarse de que los propietarios colindantes también tienen derechos que se ven afectados en esta controversia. El “individualismo posesivo”, mezclado con el pavor extremo a cualquier forma de intervención estatal, ha conducido a tal sector de la doctrina a una absoluta miopía respecto a estas consideraciones, y evitando Escila, han terminado por caer en Caribdis.

Esta doctrina, marcada por el “paradigma señorial”, definido por la expansión potencialmente infinita que adopta la voluntad como principio organizador de la propiedad privada, no es compatible con la idea de función social, a la que siempre verá como una anomalía. En el esquema manejado por estas doctrinas, definidas como “subjetivistas” por sus compromisos ideológicos, más que por opciones jurídicas que vienen a ser sus efectos, la intromisión de todo interés ajeno en su ámbito de protección será visto como una transgresión, y en este sentido, la concepción decimonónica se mantiene plenamente vigente: el Estado es visto como cualquier intruso, tan carente como cualquier otro vecino, de una potestad especial para traspasar esa esfera de

---

<sup>444</sup> Guiloff (2016), p. 159

protección. Y es que, a pesar de ser, en efecto, una esfera jurídicamente determinada al menos conceptualmente, esta concepción es incapaz de reconocer límites a la propiedad, pues la entiende como expresión objetiva, en la vida económica, de la voluntad del individuo, que como ya hemos visto, en el esquema del señorío absoluto es ilimitada por definición.

En este sentido puede entenderse lo dicho por Eduardo Cordero, quien refiriéndose a la “metodología liberal” característica del derecho francés de principios del siglo XX, destaca el hecho de que a pesar de la intensidad de las limitaciones a la propiedad, estas se seguían comprendiendo como “limitaciones al poder del propietario que no encuentran su raíz en dicho poder, sino *aliunde*, es decir, externamente, como sucede con la soberanía política. En sí mismas, tales limitaciones son ajenas a la potestad del sujeto propietario, y vienen residenciadas en la necesidad de considerar jurídicamente existentes a los otros, sean los otros propietarios, sea el otro soberano actuante sobre las cosas, el Estado, en función de prerrogativas que le son propias”<sup>445</sup>.

Dicho paradigma de la propiedad fue superado, no solo por todos los textos constitucionales y tradiciones jurídicas que reconocen la dimensión social de la propiedad y su operatividad efectiva en el marco de la vida social, sino como hemos visto, también en los hechos: la reconfiguración de la institución de la propiedad privada, y la incorporación de la función social, no solamente se deben al éxito de ciertas concepciones políticas en competencia, sino a su necesidad misma en el marco de las transformaciones de toda índole que han afectado a las sociedades modernas desde entonces.

El miedo, justificado o no, que reinaba en las sesiones de la CENC y que suele aparecer aún hoy, con mayor o menor intensidad, en los escritos de quienes optan por este enfoque, ha contribuido

---

<sup>445</sup> Cordero (2015), p. 99

a generar una concepción de la propiedad profundamente ideologizada, en la que no es ya el Estado, sino el individuo, aquel soberano (ver idea de “minisoberanía”<sup>446</sup>) desprovisto de límites en sus apetitos, frente a quien el prójimo, ese conciudadano abstracto e indeterminado, sin distinción de ningún tipo, representado en las ideas que busca realizar la función social (protección del medioambiente, salud pública, intereses generales de la nación), se encuentra indefenso. Como ya dijimos en la “Introducción” a esta investigación, el péndulo ha revertido su curso.

Además, estas doctrinas llevadas a su extremo, como se hizo por las Cortes de EE. UU. durante los años de más férrea defensa a la propiedad privada, conducen a la imposibilidad misma de legislar y regular<sup>447</sup>, dejando al Estado parálítico frente a los intereses del todopoderoso propietario, lo que conduce a una ciudadanía desprotegida por cuanto las intervenciones estatales para proteger y desarrollar los intereses públicos encuentran como cortapisa al “contenido esencial” de la propiedad, que en el marco de estas interpretaciones extensivas y subjetivistas, pretenden cubrir de manera indiscriminada toda proyección patrimonial del afectado. Dados los imprecisos contornos de lo que implica esa pretendida “esencia” de la propiedad, la institución del “núcleo esencial del dominio” resulta una especie de “comodín” al cual los regulados pueden recurrir para buscar la impugnación de la normativa, cuyo éxito, como hemos visto, dependerá tremendamente de la configuración del Tribunal, que atendiendo a la naturaleza del asunto, y en virtud de lo reseñado en este trabajo, fallarán según sus propias preferencias ideológicas, pues a pesar de que no sea aceptable incorporar toda expectativa económica en el ámbito de protección constitucional a la propiedad, lo que ha sido reconocido explícitamente por el Tribunal en diversas ocasiones, no ha evitado que en otros fallos el mismo Tribunal haya hecho una incorporación en extremo extensiva de aquellas expectativas en el núcleo esencial del dominio.

---

<sup>446</sup> Merrill y Smith (2011), citado en: Guilloff (2018a), p.630

<sup>447</sup> Horwitz (1992), p. 151

## 2. Doctrina “objetivista” y paradigma funcional

Estas doctrinas se caracterizan por su fuerte impronta histórica y crítica. Los trabajos de Aldunate, Cordero y Fuentes se encuentran siempre muy bien fundados en un análisis histórico de las instituciones que comentan, pues a diferencia de la doctrina subjetivista, esta tendencia doctrinaria encuentra el fundamento de sus proposiciones en una lectura crítica de la historia de la institución, buscando entender sus cambios y transformaciones, para lograr identificar correctamente la envergadura de los intereses en juego en los casos de regulación a la propiedad. Esto es visible, sobre todo, en la complejidad de los análisis y las referencias bibliográficas utilizadas, que contrasta con la simplicidad con que la doctrina subjetivista aborda estos problemas, cuestión para nada extraña, pues quien asume como algo natural aquello que busca explicar, podrá recurrir a la versión más simple de esa explicación, en lugar de buscar argumentos o criticar la manera en que ese objeto ha llegado a ser como es para entenderlo. Podríamos decir que la diferencia entre ambas posturas radica en la inmediatez con la que se enfrentan al fenómeno, en tanto la objetivista se refiere a la propiedad mediada por la historia y las transformaciones acaecidas en su decurso, mientras que para la subjetivista, el encuentro es tan natural y directo como aquel descrito por Locke al explicar el fundamento de la propiedad, entendida eminentemente como aprehensión material y trabajo ejercido sobre la cosa, lo que configuraría entonces, la exteriorización de la voluntad individual del propietario sobre las cosas de las que es dueño.

Sin embargo, en las sociedades contemporáneas, es el legislador el que define el contenido de las diversas especies de propiedad existentes, determinando el ámbito en el que habrá de manifestarse la voluntad del propietario. Un ejemplo de esto, como hemos visto ya, es la propiedad



urbana, que en el caso de la propiedad rural, implica una serie de limitaciones legales impuestas al propietario por el plan regulador. En este sentido, a pesar de que las facultades del *ius edificandi* puedan verse mermadas, incluso al extremo, esto no constituye “atentado al derecho de propiedad en su esencia porque el titular mantiene el aprovechamiento pleno y exclusivo de sus bienes inmuebles, solo que la medida de dicho aprovechamiento está dada por el plan regulador instaurado en virtud y de conformidad con la ley”, como ha señalado Fuentes<sup>448</sup>. De esta manera, el paradigma funcional entiende que la propiedad privada es una institución que adopta su misma existencia por el ejercicio de la facultad configuradora del legislador al establecer los regímenes propietarios, enfrentándose así a las doctrinas “subjetivistas” amparadas bajo el paradigma señorial, que entienden a la propiedad como un derecho natural y pre-político, para las cuales el derecho de propiedad coincide con la voluntad libre del propietario, careciendo de otros límites que los fijados abstractamente por la ley y el derecho ajeno. Dicho de otra manera, para el paradigma señorial, la configuración interna del derecho de propiedad depende del titular del derecho, y no de la ley.

A pesar de que la lógica decimonónica del derecho civil haya reconocido la potestad configuradora del Estado, tal como señala Fuentes, dándole su forma específica a la propiedad privada mediante sus facultades y atributos, es incapaz de reconocer que esas potestades se vean limitadas por la ley misma, pues la propiedad es entendida, a pesar de esa potestad configuradora, como un “señorío absoluto”, encontrándose ahí la razón de la “inconmensurabilidad” que afecta al paradigma señorial, y por la cual tiende a interpretar a las modulaciones impuestas por el legislador como “anomalías”, pues puede verse en el análisis de jurisprudencia presentado en el presente trabajo, que los recurrentes y diversos ministros han señalado que diversos “modos” de ejercer del derecho de propiedad, en realidad vienen a ser “privaciones” del derecho, y por lo tanto, inconstitucionales

---

<sup>448</sup> Fuentes (2018), p. 262

o indemnizables, que en este sentido vienen a ser lo mismo, pues en ambos casos se homologa la regulación (en caso de ser administrativa) o la “modalidad” (en caso de ser ejercicio de la potestad configuradora) a una expropiación encubierta.

Esta tendencia “objetivista” también se aprecia nítidamente en la doctrina planteada por Fuentes acerca de la esencia de los bienes incorporeales. La autora señala que los bienes incorporeales no tienen una existencia independiente de la voluntad legislativa, como si la poseen los bienes corporales. En el caso de los bienes corporales, podemos entender, de acuerdo con el texto constitucional, que su esencia corresponde a sus facultades y atributos, a través de los cuales se expresa “el aprovechamiento pleno y exclusivo de los bienes, porque es el fin que define la naturaleza y lo característico de la propiedad”. Estas consideraciones, sin embargo, no son aplicables a los bienes incorporeales, al carecer estos de materialidad, no existiendo “en la realidad”, y por cuanto su “contenido depende exclusivamente de la creación por el derecho”. Dicho de otro modo por la autora, los bienes incorporeales “constituyen una construcción jurídica que consiste en configurar bienes a partir de facultades o potestades jurídicas a los que se extrapola la protección a partir de una institución conocida como la propiedad”<sup>449</sup>. Por todo lo anterior, solo la titularidad sobre dichos bienes está “resguardada por su inviolabilidad, esto es, la garantía otorgada contra los ataques a la titularidad constituida, no alcanzando a la labor del legislador de quien depende precisamente la existencia misma de los bienes incorporeales sobre los cuales se ejerce la propiedad”, no siendo extensible al fin de aprovechamiento, que dependerá de “aquello en que consista el bien incorporal en si mismo y, por ende, de la labor legislativa”<sup>450</sup>.

---

<sup>449</sup> Fuentes (2018), p. 265

<sup>450</sup> Fuentes (2018), p. 266

La teoría institucional puede ser criticada desde la doctrina de las “regulaciones expropiatorias”, en lo relativo a la defensa de los derechos subjetivos de los titulares, por cuanto, tal y como se desprende de la idea del Constituyente de 1980 y de diversos fallos del Tribunal Constitucional, la idea de esencia del derecho también incorpora la dimensión patrimonial del individuo, y fue precisamente ese el objetivo de integrar la idea de núcleo esencial del dominio en nuestro ordenamiento. Dicho de otra forma, la indemnidad patrimonial, aunque no sea absoluta como señala Fuentes, de todas maneras estaría contenida en el núcleo esencial de la propiedad, y esto no es asimilable en el esquema de la teoría institucional. De la misma manera, parece tener problemas con el reconocimiento del valor económico de la propiedad, pues las modulaciones a la propiedad, como las mencionadas por Fuentes<sup>451</sup>, son plenamente apreciables en valor económico, no siendo necesariamente meras expectativas, sino razonables expectativas de retorno de inversión en casos en que, por ejemplo, se hubiera adquirido un inmueble para edificar o desarrollar actividades industriales, como se expresó en los casos Molinera y Curtido Bas. Sin embargo, a pesar de estas deficiencias, que también pueden verse expresadas en el hecho de que esta doctrina explícitamente sustraiga la idea de derecho subjetivo del ámbito propietario en cuanto a su afectación esencial, la aplicación de principios constitucionales, como los de proporcionalidad e igualdad ante las cargas públicas, pueden servir para matizar los efectos más “objetivistas” de la doctrina, en relación con la protección efectiva de los individuos y sus derechos, que estarían amparados en la dimensión subjetiva de la propiedad, y que esta teoría excluye como elemento definitorio, al enfatizar su dimensión objetiva e institucional.

### 3. Interpretaciones expansivas y restrictivas

---

<sup>451</sup> Fuentes (2018), p. 449

Guiloff critica que quienes abogan por interpretaciones extensivas de la esencia de la propiedad, parecen olvidar que “la potestad del legislador para configurar el derecho de propiedad privada” se encuentra reconocida por la Constitución, y que tal potestad se realiza precisamente “mediante el establecimiento de aquellas limitaciones que exija su función social (...), establecida en el inciso segundo del mismo numeral”<sup>452</sup>.

El mismo autor agrega que “la constitucionalidad de estas limitaciones también puede ser evaluada en conformidad a la garantía relativa a la igualdad ante las cargas públicas, contemplada en el artículo 19 N° 20 de la Constitución”, lo que sería más conveniente atendiendo a que “todo un complejo normativo constitucional (...) puede devenir en inútil si es que se le da una interpretación demasiado amplia a este supuesto de expropiación que consagra el artículo 19 N° 24, inciso 3º”, y contrariamente, “esta disposición solo debiera tener aplicación para aquellos casos en que se produzca el resultado que precave: desplazamiento, de manera más o menos explícita, de estos atributos y facultades hacia el Estado, para que éste se vea directamente beneficiado, y no para otros en que, si bien reducidos en cuanto a su extensión, estos siguen en manos del privado” y que “para todos aquellos casos en donde una regulación afecte la propiedad privada, pero sin llegar a implicar una privación de los atributos y facultades esenciales del dominio al Estado, este supuesto de expropiación no resulta aplicable y su constitucionalidad tendrá que ser evaluada utilizando como parámetro la igualdad ante las cargas públicas y el principio de proporcionalidad”<sup>453</sup>.

De tal modo, podemos constatar que “la doctrina nacional existente sobre la materia (...) paulatinamente fue ampliando la comprensión de la privación de los atributos y facultades

---

<sup>452</sup> Guiloff (2018b), p. 273

<sup>453</sup> Guiloff (2018b), pp. 274-275

esenciales del dominio, motivada por la percibida necesidad de precaver eventuales abusos en los que el legislador pudiera incurrir al ejercer la potestad configuradora establecida en el artículo 19 Nº 24 inciso 2º”, lo que ha sido replicado por la Jurisprudencia constitucional. Frente a esto, el mismo autor plantea “que esta disposición aplica únicamente para casos de privaciones sustanciales, en que, de forma más o menos explícita, el legislador o la administración pretendan trasladar el ejercicio de estos atributos y facultades desde el patrimonio privado al del Estado”, y se refiere a lo “que parece ser el desafío pendiente para la doctrina y jurisprudencia en la materia y que explica esta amplia interpretación que se ha criticado: establecer el marco normativo para el control del abuso regulatorio que pueda afectar al derecho de propiedad privada”<sup>454</sup>.

Chile, a diferencia de Alemania, España o EEUU, contempla “como supuesto para la procedencia de la expropiación la privación de atributos y facultades esenciales del dominio”, lo que conduce a la pregunta acerca de “si el supuesto de expropiación relativo” a dicha privación “opera como limite al establecimiento de las regulaciones que establezca el legislador para el resguardo de la función social del derecho de propiedad”<sup>455</sup>.

Un gran sector de la doctrina coincide en entender que el contenido esencial de la propiedad coincide con los elementos señalados por su configuración civil expresada en el código, esto es, uso, goce y disposición como facultades, y ser un derecho real, absoluto y perpetuo, como atributos. Sin embargo, consideramos que esta opción no es adecuada, pues precisamente conduce al problema de hacer indistinguibles las limitaciones de las privaciones a la propiedad. Algunos autores<sup>456</sup>, siguiendo esta interpretación, consideran que lo decisivo sería el traspaso de dichas facultades o atributos al Estado, pero a nuestro juicio, esta solución tampoco resulta satisfactoria,

---

<sup>454</sup> Guiloff (2018b), p. 275

<sup>455</sup> Guiloff (2018b), pp. 276-277

<sup>456</sup> Aldunate (2006); Guiloff (2018b)

por cuanto la regulación, sin realizar dicho traspaso, podría desnaturalizar el derecho de propiedad de tal manera, al simplemente restringir los diversos incidentes implicados en la propiedad (uso, goce, disposición, posesión, derecho a excluir, control, etc.), o mediante el criterio de la reducción económica, que como hemos visto, opera como una espada de doble filo. Por un lado, toda disminución del valor patrimonial puede ser vista como privación, pero por otro, mientras el Estado no obtenga un beneficio económico de la regulación en cuestión, entonces no sería una privación.

No obstante estas diferencias, concluimos con Guiloff que las interpretaciones expansivas del contenido esencial de la propiedad producen “el efecto de aumentar la carga de la prueba en que deberá incurrir el legislador para demostrar que una regulación no es una privación, sin aportar criterios precisos para que puedan cumplir con esta exigencia”, lo cual restaría utilidad al *texto* de la Constitución<sup>457</sup>. Además, coincidimos con su análisis acerca de los efectos de esta interpretación en relación con la protección de los bienes incorporeales, por la cual todo valor económico de la propiedad quedaría guarecido por la protección del contenido esencial, a la que consideramos improcedente, pues “solo la titularidad respecto de los derechos que emanan de los contratos se encuentra garantizada por la Constitución”, no así las expectativas que el dueño u otros pudieran tener respecto de su aprovechamiento, sin mencionar los efectos paralizadores que estas interpretaciones expansivas ejercen sobre la potestad configuradora del legislador, reconocida explícitamente en el texto constitucional<sup>458</sup>.

Por estas razones, el contenido esencial de la propiedad no vendría a ser un buen elemento de análisis para determinar la presencia de un abuso regulatorio, al existir, además, otros criterios

---

<sup>457</sup> Guiloff (2018b), p. 295

<sup>458</sup> Guiloff (2018b), p. 299

que han servido para dar claridad a estos conflictos, como la igualdad ante las cargas públicas o la proporcionalidad, pero no estamos de acuerdo con el autor respecto a la utilidad marginal que aun le asigna al contenido esencial, pues en nuestra opinión, es un concepto tan maleable e indeterminado, que en realidad no dice tanto acerca de la afectación efectiva del derecho de propiedad, como de las expansivas expectativas económicas del propietario, cuestión manifiesta en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, incapaz de definir en qué consiste la diferencia entre una reducción de alguna de las facultades o atributos esenciales del dominio, y una “modulación” o una cierta condición de ejercicio. En nuestra opinión, la idea de contenido esencial de la propiedad, identificada con las facultades y atributos del Código Civil, solo obstaculiza a la regulación de la propiedad, pues es la expresión mas clara del paradigma señorial y de su reconocimiento constitucional, y que a nuestro juicio, ha de ser superado por una concepción operativa, funcional y social acerca de la propiedad en el nuevo texto constitucional que habrá de reemplazar al establecido por la dictadura.

La contradicción estructural expuesta en este capítulo ha tenido como eje central a la “esencia” de la propiedad y a las diversas interpretaciones que de dicha institución se han ofrecido por la doctrina y la jurisprudencia. Lo dicho hasta ahora, puede quedar aún más claro si recurrimos a la metáfora que Montt Oyarzun<sup>459</sup> ha elaborado para caracterizar a las diferentes posturas acerca de cuál sería la estructura de la propiedad. El autor señala que para una concepción, la propiedad es un salame, y que cada porción extraída constituye una disminución del mismo, mientras que para otra concepción, la propiedad sería más bien una alcachofa, a la que es posible extraer sus hojas, mientras su corazón quede intacto. Esta metáfora representa muy bien el problema en torno al que gravita la doctrina, pero resulta curioso que para quienes<sup>460</sup> sostienen que la propiedad tiene

---

<sup>459</sup> Citado en Matute (2014), p. 213

<sup>460</sup> Ver: Capítulo 3

una esencia, o un corazón en términos de la metáfora, toda facultad o atributo, que vendrían a ser las hojas, pueda identificarse como parte del centro de la alcachofa, cuya remoción implica una afectación del contenido esencial de la propiedad, la que es, por lo tanto, entendida como una entidad unitaria (lo que vendría a coincidir con la imagen del salame), mientras que quienes entienden a la propiedad como un conjunto de facultades que pueden ser reconfiguradas o disminuidas, pueden perfectamente llegar a no diferenciar entre las hojas y el corazón de la alcachofa, como sucede en el esquema conceptual del “manejo de derechos”, predominante en la tradición angloamericana, y como puede verse en algunos fallos del Tribunal Constitucional, en que al justificar la regulación de la propiedad por su función social, no hace referencias, o cuando las hace son más bien vagas (como en Playas I), a la afectación particular de dicho contenido, cuya carencia es suplida por referencias a las necesidades de la regulación en términos de protección a otros derechos constitucionales y necesidades de interés público (por ejemplo, Santa Beatriz).

La metáfora colapsa al introducir la noción de “esencia”, que doctrinariamente se encuentra definida por la superposición de diversas teorías, en que la “falta de una correlación necesaria entre las teorías objetivas (que ponen el acento en la norma objetiva) y las absolutas, por un lado, y las subjetivas (que entienden que el contenido esencial se refiere al derecho subjetivo que la norma reconoce y no a esta última) y las relativas, por otro”<sup>461</sup> ha contribuido al caos conceptual que rige en estas materias.

En este sentido, también resulta interesante observar que como consecuencia de este colapso también se desdibuja la diferencia, propia del derecho civil, entre concepciones analíticas y sintéticas de la propiedad. Esta distinción, que tiene efectos en las limitaciones al dominio del

---

<sup>461</sup> Fuentes (2018), p. 249



sistema del código civil<sup>462</sup> pierde todo sentido al verse desde la cuestión del núcleo esencial del dominio, porque si todas las facultades, entendidas como partes de la propiedad, son vistas como esenciales a la misma, entonces culminamos en un concepto unitario de propiedad, en que las facultades en realidad son aspectos o dimensiones de esa entidad llamada propiedad. Para continuar con la nutritiva metáfora de Montt, podemos decir que en este estado de confusión conceptual, la propiedad sería más bien una cebolla, y sus facultades y atributos, las capas que constituyen a la propiedad misma, no habiendo diferencia sustantiva entre ellas. Esto conlleva a que cualquier afectación de las capas puede ser interpretada como una intromisión en el núcleo esencial (pues a diferencia de la alcachofa, la cebolla no posee un fondo estructuralmente delimitado), o también, que se diga que alguien posee una cebolla, cuando solo conserva las raíces, conduciendo al escenario muy temido (como se planteó tanto en la CC-25 como en la CENC, y más recientemente por alguna doctrina y jurisprudencia), en que el titular del dominio termina siéndolo sólo de nombre.

De esta manera, y dada la estructura contradictoria que la propiedad privada asume en nuestro ordenamiento constitucional, podríamos decir que la determinación de una afectación de su esencia dependerá en gran medida de la mera opinión del juzgador, tal como para determinar si una cebolla sigue siendo tal, habremos de considerar la cantidad de capas que aún conserva, para lo cual no contamos con otro criterio, que lo que nuestras propias intuiciones y creencias nos señalen acerca de la extensión de una cebolla. Podremos ser extremadamente quisquillosos, y bajo el pretexto de defender la esencia de la cebolla, no tolerar ninguna intromisión, ni siquiera en su perímetro externo, como parecen señalar las versiones más radicales de las teorías absolutas, que al sostener interpretaciones extensivas de la esencia de la propiedad, confunden en los hechos privación y limitación. Podremos también, con igual justicia, reducirla a tan solo algunas capas, y

---

<sup>462</sup> Peñailillo (2015), pp. 77; 437

decir que al quedar aún algo del vegetal, entonces no hemos afectado su esencia, pues la cebolla sigue ahí ante nosotros, y no ha devenido en algo distinto, como señalan las teorías relativas de la esencia. La metáfora de la cebolla es el resultado de que en la construcción efectiva del concepto de propiedad, las concepciones que la consideran un salame y una alcachofa no operan separadamente, sino que se superponen en la construcción que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado en conjunto. La cebolla representa el carácter conflictivo del concepto, mientras que las otras dos, solo su particular concepción acerca de este.

#### F. Indeterminación Conceptual

De una comparación de los precedentes invocados por los votos de minoría y mayoría en el marco de los casos “Santa Beatriz”, “Molinera” y “Curtidos Bas”, podemos concluir con Ruiz-Tagle que

“los ministros del TC, no sólo están en desacuerdo sobre la interpretación de sus propios precedentes y acerca del sentido de los considerandos a partir de los cuales se puede construir su argumentación jurídica, sino que además eligen con gran discrecionalidad sus casos para ciertos y determinados periodos del TC. Los ministros del TC que tienen una concepción de la propiedad diferenciada y flexible, que admite diversas formas de reglamentación, citan casos de varios periodos, pero generalmente mencionan casos fallados con posterioridad a 2009. Los ministros del TC que tienen la concepción de propiedad unificada y reforzada, y que impone requisitos estrictos sobre la reglamentación que puede afectar la propiedad, argumentan su posición en torno a precedentes anteriores al año 2009. Incluso citan y asignan valor a sentencias de casos antiguos del periodo pre-constitucional, esto es,

anteriores al mes de marzo de 1990, fecha en que se retorna a la democracia en Chile”<sup>463</sup>

Además, se puede apreciar “cómo ni en el caso Santa Beatriz, ni en los casos Molinera, ni en el caso Curtidos, el voto de mayoría parece intercambiar argumentos con el de minoría, porque, salvo un par de excepciones, cada una de ellas se funda en sus propios precedentes. Cada una de estas opiniones se concibe como una sentencia separada. Esto da pie para que podamos sostener que en la jurisprudencia del TC chileno hay un dilema, un istmo en su concepción de propiedad” con lo que:

“Tenemos un TC que está quebrado en su propia jurisprudencia en un dilema en torno a la concepción de la propiedad que no respeta la regla de los precedentes, porque no se hace cargo de razonar en torno a argumentos compartidos en sus fallos, sino que elige sus precedentes sin justificarlos. Porque, como se muestra en los casos Santa Beatriz, Molinera y Curtidos, la jurisprudencia sobre propiedad del TC se construye con discrecionalidad, y atribuye significado a los casos que sólo reproducen la sección de la sentencia que más se aviene a sus convicciones”<sup>464</sup>.

A pesar de la pretendida incompatibilidad entre contenido esencial y expropiaciones regulatorias, denunciada por Guiloff en su trabajo sobre la improcedencia de dicha doctrina en nuestro ordenamiento<sup>465</sup>, el mismo autor señala que la práctica constitucional revela como:

---

<sup>463</sup> Ruiz-Tagle (2018), p. 227

<sup>464</sup> Ruiz-Tagle (2018), p. 228

<sup>465</sup> Guiloff (2018a), p. 634

“La privación de atributos y facultades esenciales del dominio es habitual protagonista de ésta. Efectivamente, la alegación ha dicho que respecto a que una norma legal implica una privación de facultades y atributos esenciales de la propiedad privada se formula continua y recurrentemente en el litigio ante el Tribunal Constitucional. Solo en los últimos cuatro años, esta se ha alegado en los casos *Soterramiento de cables*, *Traslado de infraestructura de telecomunicaciones*, *Santa Beatriz*, y *Curtidos Bas*. La recurrente presencia de este supuesto de expropiación en la práctica constitucional es consistente con la forma en que se ha ido ampliando la interpretación del término privación en el Derecho estadounidense, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los tribunales arbitrales en materia de inversión extranjera, en donde se habla, para estos casos, de expropiaciones regulatorias y expropiaciones indirectas”<sup>466</sup>.

Es posible concluir que el medio jurídico nacional dista mucho de ser pacífico en cuanto a la definición de las diferencias entre limitación y privación, derivadas principalmente del carácter indeterminado del contenido esencial de la propiedad, que por ser indisponible para el legislador, establece una borrosa línea entre aquellos elementos de la propiedad que podrían ser afectados, readecuados, modulados, o intervenidos de cualquier forma en virtud de su función social, y ese núcleo invulnerable.

La teoría institucional sostiene una interpretación objetiva de la esencia de la propiedad, identificándola con la forma histórica que ha adoptado en nuestro sistema, mientras que la teoría subjetiva, presupuesta por la doctrina de las expropiaciones regulatorias, se aferra a la idea del continuo conceptual entre limitación y privación, que en el contexto constitucional nacional

---

<sup>466</sup> Guiloff (2018b), pp. 272-273

conduce a las ya críticas interpretaciones extensivas que confunden, sin ningún criterio de delimitación interno a la teoría misma, cualquier regulación con afectación, negando la función social de la propiedad.

Las falencias de ambas teorías, derivadas de su objetivismo y subjetivismo respectivos, encuentran solución en la aplicación de principios constitucionales como la igualdad ante las cargas públicas y la proporcionalidad, que sirven para determinar concretamente en qué casos se ha de indemnizar o no, atendiendo a circunstancias que, como hemos dicho, no guardan tanta relación con la estructura misma de la propiedad, sino con otro tipo de consideraciones que miran más bien a las características de la intervención estatal concreta, lo que a nuestro juicio es precisamente el resultado de que la indeterminada esencia de la propiedad constituya una pretensión jurídica reclamable ante los tribunales de justicia, que además, cuando entra a ser considerada como elemento de análisis por la jurisdicción, opera como un obstáculo a dichos principios, por cuanto su inherente elasticidad puede ser utilizada por los recurrentes para amparar cualquier expectativa económica que es de esa manera integrada en el núcleo esencial, con lo que esta defensa invulnerable siempre puede ser invocada por cualquier agente que pretenda desafiar la legitimidad de las regulaciones o limitaciones que le afecten, sin tener que fundamentar la cuantía o calidad del daño que dichas intervenciones le causen, sino solo aducir una indeterminada afectación de las “facultades y atributos esenciales” que constituyen su dominio, y que como ya hemos dicho, tiende sistemáticamente a ser entendida como una garantía general de indemnidad patrimonial, que podría también ser invocada en contra de esos principios.

#### IV. Capítulo IV – Análisis Conceptual: El Manojó de Derechos (*Bundle of Rights*), un Modelo Fragmentario

##### A. Origen y características del “modelo fragmentario”

El modelo al que responde nuestra tradición jurídica es el del “señorío absoluto”, correspondiente a la idea moderna de propiedad, entendida como poder absoluto sobre una cosa corporal, con la que se puede hacer todo cuanto designe el propio arbitrio, cuya base ideológica es el individualismo posesivo. Como contrapunto a este modelo “unitario”, en que la voluntad del propietario se proyecta indiscriminadamente confundiendo con la cosa, y todo límite solo puede ser visto como algo exterior a lo que hay que resistir, habremos de recurrir a un modelo “fragmentario”, propio de la tradición jurídica angloamericana, para sortear los problemas que caracterizan al modelo “unitario”.

En la tradición del *common law* también se expresó esta idea de la propiedad, siendo hegemónica hasta principios del siglo XX, cuando fue superada por el modelo fragmentario, caracterizado por entender a la propiedad como un conjunto de relaciones jurídicas. La descripción de la propiedad entendida como poderío absoluto en el *common law* fue famosamente retratada por Sir William Blackstone en sus comentarios sobre el derecho inglés, en los que, al referirse a la propiedad diferenciándola de los derechos personales, declara que:

*“There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe. [Nada hay que de manera tan general*

afecte la imaginación, y encienda las pasiones de la humanidad, como el derecho de propiedad; o ese único y despótico dominio que un hombre pretende y ejerce sobre las cosas externas del mundo, en total exclusión del derecho de cualquier otro individuo en el universo]"<sup>467</sup>.

Anna Di Robilant nos dice, refiriéndose al modelo fragmentario, que fue desarrollado a principios del siglo XX como una alternativa al modelo del señorío absoluto, común a la tradición jurídica continental y al *common law* blackstoniano<sup>468</sup>. Uno de los juristas que contribuyeron a su desarrollo, Athur L. Corbin, señaló en aquel tiempo que el concepto mismo de propiedad había cambiado, pues los derechos incorporales se volvieron objeto de propiedad, y la propiedad había dejado de “describir a cualquier *res* u objeto sensorial, volviéndose un mero manajo de relaciones jurídicas: derechos, poderes, privilegios e inmunidades. Tal es el caso, ya sea estas relaciones afecten el consumo y goce de un objeto sensorial en particular o no”<sup>469</sup>. Di Robilant continúa, señalando que a pesar de que la imagen del manajo de derechos se adjudique a un tratado de 1888 sobre dominio eminente, su concepto es el resultado de los esfuerzos combinados de la jurisprudencia analítica de principios del siglo XX, definidos por el progresismo y el realismo jurídico, en una de las épocas mas tumultuosas en la historia norteamericana. Mientras el capitalismo florecía, la riqueza se volvió progresivamente “incorpórea”<sup>470</sup>. El país atravesó sucesivas depresiones económicas, y la riqueza y el poder se concentraron. El concepto del manajo

---

<sup>467</sup> Blackstone (1753)

<sup>468</sup> Robilant (2013), pp. 877-880

<sup>469</sup> Corbin (1922)

<sup>470</sup> Los autores angloamericanos se refieren al proceso de transformación de la propiedad, que pasó de ser entendida como una relación jurídica con una cosa física sensorialmente perceptible, a una definida por bienes carentes de dicha existencia y por relaciones jurídicas personales, como uno de “*dephysicalization*” [desfiscalización], y a la idea de propiedad derivada de dicho proceso como “*dephysicalized property*” [propiedad desfiscalizada]. En lo sucesivo, traduciremos estos términos y sus derivados por “*abstracción*” de la propiedad, en relación con el proceso; y por “*bienes incorporales*”, propia de nuestra tradición jurídica, en relación con los objetos de la propiedad entendida de esta manera. En la tradición continental, se ha referido a este proceso: Jossierand. En el derecho nacional: Cordero Quinzacara, Aldunate, Fuentes, Guiloff.

de derechos parecía ser más adecuado para estos desarrollos, pues reflejaba el nuevo carácter “incorpóreo” de la propiedad, además de permitir mayor flexibilidad en su regulación<sup>471</sup>

En este escenario, Wesley Newcomb Hohfeld, profesor de derecho de la Universidad de Yale, desarrolló este novedoso esquema conceptual, con el objetivo de traer claridad analítica a la discusión jurídica de su tiempo. Su prematuro fallecimiento en 1918, por complicaciones derivadas de la gripe española que asoló el mundo en aquellos años, no le permitió ser testigo de cómo su trabajo adquiriría tal nivel de difusión, que terminó por volverse el paradigma explicativo de la propiedad en la tradición del *common law*<sup>472</sup>.

Dicho esquema pretende arrojar luz sobre los conceptos jurídicos y esclarecer su significado dentro de la práctica jurídica. No obstante, el esquema del “manejo de derechos” no se reduce solamente a ser un instrumento que permite al analista de la propiedad entender de forma más clara su objeto de estudio. Los modelos posibles para explicar la estructura y las funciones de la propiedad no son casuales, ni dependen solamente de las preferencias del autor, como si cualquier modelo fuera intercambiable por otro. El modelo de Hohfeld responde a un cambio en la idea misma de propiedad, que comenzó a gestarse desde la segunda mitad del siglo XIX en adelante y hasta el día de hoy, cada vez de manera más intensa, con el advenimiento del acelerado desarrollo industrial capitalista. Esta transformación de la estructura económica ha terminado por desligar a la propiedad de las cosas físicas, cuestión que hasta ese momento se había mantenido como un constante elemento central en el concepto de propiedad, abriendo el camino hacia una nueva propiedad “descorporalizada”.

---

<sup>471</sup> Horwitz (1992); Alexander (1997)

<sup>472</sup> Sobre el reconocimiento de este esquema como “paradigma” explicativo en la tradición jurídica angloamericana, Ver: Ackerman (1977); Hart (1982); Johnson (2007); Robilant (2013); Munzer (2013); Glackin (2014).



De esta manera, el modelo “fragmentario”, o del “manejo de derechos” (*Bundle of Rights*) como se le conoce habitualmente, responde a una concepción abstracta de la propiedad, en que la cosa desaparece en un conjunto de relaciones entre diversas posiciones jurídicas, como consecuencia de haber perdido su propia materialidad. Este modelo se caracteriza por su neutralidad ideológica, en el sentido de que puede ser utilizado por posiciones político-ideológicas diversas, incluso contrapuestas<sup>473</sup>, pero a nuestro juicio, esto no es una falencia, sino una virtud, pues no presupone una determinada concepción ideológica de antemano, la que solo será verificable una vez realizado el análisis, cuando tengamos por resultado un concepto expansivo o restrictivo de propiedad determinado por las concepciones ideológicas del juzgador respecto a dicha institución. Así, este modelo contribuiría a diluir las concepciones ideológicas con su formalidad y abstracción, pues no presupone que exista una esencia del dominio, ni asigna un valor intrínseco a alguna de las “relaciones jurídicas” involucradas, que es precisamente de lo que se encargan las concepciones políticas que buscarán desarrollar a la institución de la propiedad privada en un sentido o en otro, así como defender su concepción en el marco de la contradictoria estructura de la propiedad en nuestro sistema.

En este sentido, y en contra de las críticas de la literatura norteamericana acerca de la amplia diversidad ideológica compatible con este esquema, así como las presentadas por Guilloff a propósito del origen de las regulaciones expropiatorias y su relación con el esquema hohfeldiano, nos remitimos a lo señalado por Arriagada, quien dice que:

“Los conceptos que se utilizan para hacer referencia a estas posiciones deben distinguirse de los fundamentos extrajurídicos que justifican su atribución por las

---

<sup>473</sup> Guilloff (2018), p. 630; Robilant (2013)

normas del derecho objetivo. Elucidar estos conceptos y sus relaciones recíprocas es una tarea de la teoría del derecho analíticamente concebida. Justificar la justicia o conveniencia de que determinadas posiciones subjetivas sean o no atribuidas por el orden jurídico a ciertas clases de sujetos es una tarea de la filosofía política del derecho. Esto no significa que entre ambas tareas no exista ninguna relación. Como el proyecto de Hohfeld, antes que empírico o sustantivo, es analíticamente purificadorio y definicional, no puede ser empíricamente refutado ni es susceptible de objeciones morales. Pero la neutralidad de su marco analítico sirve precisamente para evidenciar las diferencias sustantivas de las diferentes teorías político-morales”<sup>474</sup>

Uno de los principales propósitos por los que Hohfeld elaboró esta teoría, era su intención de clarificar el errático y asistemático lenguaje jurídico de su tiempo, en el que con la palabra “derecho”, juristas, abogados y jueces se referían a toda clase de cosas distintas mediante la misma palabra. En tal sentido:

“La palabra propiedad suministra un ejemplo llamativo. Tanto para los legos como para los letrados este término carece de una connotación definida o estable. A veces se lo emplea para indicar al objeto físico con el cual se relacionan varios derechos, privilegios, etcétera; a veces se lo usa –con mucha mayor discriminación y acierto– para denotar el interés jurídico (o conjunto de relaciones jurídicas) que corresponden a tal objeto físico. Con frecuencia hay un tránsito rápido y falaz de un significado al otro. A veces, también, la palabra es empleada en un sentido ‘mixto’, que no transmite significado definido”<sup>475</sup>.

---

<sup>474</sup> Arriagada (2018), p. 13

<sup>475</sup> Hohfeld (1995), pp. 32-33

Esto acarrea imprecisión en el proceso del razonamiento jurídico, manifestándose luego en sus resultados, como queda claro al ver la crítica a la imprecisión del concepto de propiedad planteada por Hohfeld. En este sentido, las cortes norteamericanas de fines del siglo XIX eran “conceptualistas”, pues creían que era posible derivar normas jurídicas y doctrinas particulares a partir de conceptos generales, tales como propiedad; y “formalistas”, por creer que era posible deducir lógicamente estas reglas de la naturaleza misma de la propiedad. La propiedad, entonces, se pensaba como una entidad dotada de una esencia o un núcleo de significado, aún cuando pudiera discutirse acerca de que incluir en la periferia. Más aún, la idea ortodoxa señalaba que la propiedad era un derecho pre-político y natural, no creado por la ley, a pesar de que todos los abogados reconocieran la necesidad de la ley para especificar ciertos derechos en los casos difíciles, en la periferia del concepto<sup>476</sup>.

Con miras a lograr una mayor claridad en el pensamiento jurídico, Hohfeld elaboró un esquema cuyo objetivo era lograr la desambiguación del término “derecho”, separándolo en ocho subconceptos distintos, mediante la revisión de distintos argumentos dados por abogados, así como de diversos fallos emitidos por jueces del *common law*.

De tal manera, definió los nuevos términos agrupándolos en parejas: en cuatro parejas de “opuestos jurídicos”, y cuatro de “correlativos jurídicos”. Los opuestos jurídicos son posiciones jurídicas incompatibles entre sí, por lo que no pueden coexistir paralelamente en un mismo sujeto, mientras que los correlativos jurídicos presuponen sujetos distintos, en tanto la posición jurídica de uno tiene como correlativa la posición jurídica de otro, teniendo una operatividad “inter-

---

<sup>476</sup> Horwitz (1992), p. 155

subjetiva". De esta forma, dos opuestos jurídicos no pueden coexistir dentro del mismo sujeto, mientras que los correlativos jurídicos, son los dos extremos de una relación jurídica.

En la aplicación de este modelo, nos adherimos a los planteamientos de Stephen Munzer, quien presupone que al hablar de propiedad estamos hablando de instituciones realmente existentes, que sugieren una manera particular de analizar la propiedad en contextos legales e institucionales específicos<sup>477</sup>. En este orden de cosas, Munzer plantea su propia versión de la teoría del manajo, en los siguientes términos:

*"My version starts with existing legal systems and their associated laws of property. The chief objective of the theory is analytical clarity. To attain this objective it does the following: marks out a set of relations between persons with respect to things; shows how to use these relations in analysing cases and legislation; exposes confused thinking, such as the failure to discriminate between a claim-right and a liberty-right, between a claim-right and a correlative duty, between a claim-right and a power, between a power and a correlative liability, between a claim-right and an immunity, and so on; uncovers ambiguity, such as the multiple uses of the word 'right'; clarifies the policy issues that judges and legislatures face, e.g. whether a court should recognize a duty of non-interference with the land of another or only a penumbra of protection that falls short of a duty not to interfere; maps out different incidents of property such as possession, use, management, transferability, excludability, and others; identifies the relative functional importance of these different incidents in particular legal systems; isolates different property holders such as natural persons, married couples, cotenants,*

---

<sup>477</sup> Munzer (2013), p. 290: "one is talking about existing institutions of property law and suggests a particular way of analysing property in institutional, especial legal, contexts".

*corporations, limited partnerships, cities, counties, and the state; and applies these tools to a wide range of different systems of property, from early, relatively undeveloped arrangements to complicated contemporary institutions of property law in industrialized nations. Worthy of note are specific illustrations of the usefulness of the bundle approach: its employment to good effect by the US Supreme Court, a stimulating account of the importance of a privilege (liberty-right) in American legal history, and an explanation of property transfers in terms of a network of claim-rights, powers, duties, and liberty-rights. This list is sizeable but incomplete*<sup>478</sup>.

El esquema será aplicado en particular al sistema de propiedad contenido en el Código Civil chileno, para mostrar como aquel puede ser deconstruido en distintas relaciones jurídicas. Al final del análisis, estaremos en posición de entender de manera más exacta qué es lo que queremos decir cuándo respecto a la propiedad utilizamos palabras como “derecho” y “deber”, o que implica el tan elusivo contenido esencial de la propiedad, que tanto ha aquejado a la doctrina y jurisprudencia nacionales, en su intento por hacer más clara la tensión que subyace a la relación entre la función social de la propiedad privada y el núcleo esencial del dominio.

---

<sup>478</sup> Munzer (2013), pp. 290-291

B. Los Correlativos y los Opuestos Jurídicos

<b>Tabla</b>	<b>Contrectatio</b>		<b>Imperación</b>	
<b>Comparativa</b> <sup>479</sup>				

<i>Opuestos</i> <i>Jurídicos</i>	Derecho (Subjetivo)	Privilegio (Libertad)	Potestad (Competencia)	Inmunidad
	No Derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción

<i>Correlativos</i> <i>Jurídicos</i>	Derecho (Subjetivo)	Privilegio (Libertad)	Potestad (Competencia)	Inmunidad
	Deber	No-Derecho	Sujeción	Incompetencia

En el primer circuito, que denominaremos de “*contrectatio*” o “circuito fáctico”, el objeto consiste en acciones de personas, tanto del sujeto pasivo (debidada) como del sujeto activo (no prohibida). En el segundo circuito, que denominaremos de “*imperación*” o “circuito normativo”, los elementos (potestad, inmunidad, sujeción e incompetencia) forman un circuito que es una imagen en espejo del primer circuito. La diferencia está en que el objeto de las cuatro segundas posiciones son normas, y no acciones como en el primero. La *potestad* es un poder normativo, un poder que afecta posiciones normativas: la *sujeción* es un estado en que las posiciones normativas pueden ser

<sup>479</sup> La tabla elaborada en este texto es una reproducción, traducida y levemente modificada, de aquella presentada por su autor en: Hohfeld (1995), p. 47

modificadas por decisión de un otro; la *inmunidad* consiste en que las posiciones normativas están protegidas frente a la decisión de un otro; y la *incompetencia* es un límite a las potestades.

Según Hart, el filósofo Jeremy Bentham llamaba al primer circuito de ‘contractación’, que es una palabra latina para referirse a la acción de echar mano sobre algo, al poder de interferir físicamente ya sea con cosas o con personas (“*the power to interfere physically in this way either with things or with persons’ bodies Bentham subsumes under a general notion of a power of handling or, as he calls it most frequently, ‘power of contractation’*”<sup>480</sup>), y al segundo, de ‘imperación’, un poder activo, distinto a las facultades pasivas de las personas, consistente en un poder que logre hacer que las personas actúen en conformidad con una orden o prohibición, proveyendo motivos que influyeran su voluntad, y como bien nota Hart, también capaz de modificar las posiciones legales de otras personas (“*it is a power over the active as distinct from the passive faculties of persons. This means that it is a power to procure persons to act in conformity with a command or prohibition by providing motives influencing their will [...] The notion of imperation also explains the general run of cases where a person is enabled by law to vary his own or other persons’ legal position*”<sup>481</sup>).

Ambos son circuitos estructuralmente idénticos. Lo que se dice sobre “derecho/deber” y “libertad/no-derecho”, puede decirse de “potestad/sujeción” e “inmunidad/incompetencia”, ya que cada circuito es reflejo del otro. Sin embargo, aunque sus estructuras sean idénticas, y las relaciones entre los elementos del primer circuito sean el reflejo de las relaciones entre los elementos del segundo circuito, el contenido de los elementos es distinto, y eso hace que los dos circuitos no sean exactamente idénticos y tenga sentido hablar de dos, y no de un circuito, pues el primero se refiere a acciones, y el segundo a posiciones normativas.

---

<sup>480</sup> Hart (1982), p. 197

<sup>481</sup> Hart (1982), pp. 200-202

En el par “potestad/sujeción”, el que está sujeto a que sus posiciones normativas cambien es el sujeto pasivo, mientras que en el par “inmunidad/incompetencia”, se trata de una posición normativa del sujeto activo (el que tiene la inmunidad) que lo hace inmune frente a la acción del otro, que es incompetente para afectarle. Las acciones del otro no afectan la posición jurídica de quien tiene una inmunidad.

“Derecho” genéricamente se entiende como una ventaja para el individuo, atendiendo a la idea propiamente moderna de derecho subjetivo, explicada por Michel Villey. Hohfeld dirá que la palabra “derecho” en el lenguaje jurídico es comúnmente usada con excesiva soltura, refiriéndose a posiciones jurídicas que deberían diferenciarse con mayor claridad. Dicha dilucidación resulta en extremo difícil, al homologarse las diferentes posiciones a través del uso indiscriminado de un mismo término para referirse a ellas.

#### 1. Derecho (o pretensión) y Deber

El par “derecho/deber” se refiere a una conducta del sujeto pasivo que es obligatoria en beneficio del sujeto activo. El par “privilegio (libertad)/no-derecho” se funda en que hay una conducta del sujeto activo, frente a la cual el sujeto pasivo no tiene derecho a que sea omitida. Dicho de otro modo, el sujeto activo puede realizar una acción sin que el sujeto pasivo tenga alguna facultad jurídicamente reconocida para negar dicha acción.

Hohfeld inicia su análisis señalando que *“la palabra ‘derechos’ (subjetivos) tiende a ser usada indiscriminadamente para cubrir lo que en un caso dado puede ser un privilegio, una potestad o una inmunidad, más que un derecho (subjetivo) en sentido estricto; y esa imprecisión en el uso de la*



*palabra ha sido ocasionalmente reconocida en fallos judiciales*<sup>482</sup>, pero luego, agrega que existe un elemento mediante el cual podemos percibir si nos encontramos ante un derecho: *“Esa pista o indicio consiste en el ‘deber’ correlativo, porque no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto ‘derecho’ subjetivo en la forma más amplia posible están habituados a pensar en ‘deber’ como su correlativo invariable*”<sup>483</sup>.

El autor termina citando una sentencia del derecho norteamericano (Lake Shore & M.S.R. Co. c/ Kurtz), la cual estableció que *“deber y derecho (subjetivo) son palabras correlativas. Cuando se invade un derecho, se viola un deber*”<sup>484</sup>, y agrega que *“si, tal como parece deseable, buscáramos un sinónimo para la palabra ‘derecho’ (subjetivo) en este sentido limitado y propio, quizás la palabra ‘pretensión’ (claim) resultaría ser la mejor*”<sup>485</sup>. En lo que sigue de esta sección, usaré “derecho” en el sentido técnico “hohfeldiano”, en vez de “pretensión” (*claim*), para efectos de mayor claridad, y cuando use el término “derecho” en el sentido del habla común, lo haré explícito.

En materia de bienes, el dueño tiene derecho a poseer su cosa y mantenerla en su poder. Para proteger esta situación, el Código ha establecido la acción reivindicatoria, además de las demás acciones posesorias, mediante las cuales el dueño o el poseedor dependiendo de las acciones que sean capaces de ejercer, puedan proteger su posesión. El correlativo jurídico de ese derecho a poseer, es el deber general de abstención de los terceros a no interferir con la detentación del dueño. Quienes intervengan con esa detentación y se hagan con la cosa, tendrán el deber de entregársela al dueño, una vez que las acciones correspondientes hayan sido ejercidas contra ellos.

---

<sup>482</sup> Hohfeld (1995), p. 47

<sup>483</sup> Hohfeld (1995), p. 49

<sup>484</sup> Hohfeld (1995), p. 50

<sup>485</sup> Hohfeld (1995), p. 50

El artículo 907 establece, en relación con las prestaciones mutuas, que el poseedor de mala fe vencido tendrá el deber de restituir al actor los frutos naturales y civiles que haya dado la cosa, tanto los percibidos como los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Aquí el dueño tiene el derecho a gozar de su cosa, esto es, a percibir los frutos que ella pueda dar, y como correlativo jurídico, el poseedor de mala fe tiene el deber de no interferir. En esta norma en particular, el poseedor de mala fe ha infringido ese deber, y como consecuencia de esa interferencia, surge otro deber, el de indemnizar los daños causados por la infracción del primer deber relativo a no interferir.

## 2. Privilegios (o libertades) y No-Derechos

Respecto a este par, Hohfeld señala que *“un privilegio es el opuesto de un deber, y el correlativo de un ‘no derecho’. (...) Cada vez que se dice que un determinado privilegio es la mera negación de un deber, lo que se quiere decir, por supuesto, es que es la negación de un deber que tiene un contenido o tenor precisamente opuesto al del privilegio en cuestión”*<sup>486</sup>.

Al comentar el caso *“Quinn v. Leathem”*<sup>487</sup>, Hohfeld concluye que el argumento desarrollado por el tribunal no es más que el fruto de la confusión entre palabras. Esta es una de las consecuencias más importantes del análisis de Hohfeld, pues el correlativo de una libertad nunca es un deber, sino un “no-derecho”. Por ejemplo, la competencia económica supone que los agentes que operan dentro del mercado (y de acuerdo a las regulaciones legales que dan forma a dicho ámbito de acción), buscan interferir en las eventuales contrataciones de otros competidores, con miras a lograr adjudicarse una contratación específica. En este sentido, los competidores son libres (tienen

---

<sup>486</sup> Hohfeld (1995), pp. 50-51

<sup>487</sup> Hohfeld (1995), p. 56

el privilegio) para interferir, respetando los límites legales, en las eventuales contrataciones de sus competidores, pues estos carecen del derecho para excluirlos.

Para exigirle algo a alguien es necesario que haya un deber, y los deberes se fundan en normas. Las libertades, por otro lado, no requieren necesariamente de la existencia de normas. Del hecho que el sujeto A tenga una libertad, no se infiere que haya un deber (de algún sujeto B) de tolerar la libertad de A. Libertad quiere decir ausencia del deber de omitir; por el otro lado (del sujeto B), hay un no-derecho a exigir al sujeto A que omita.

En principio, el que una persona tenga libertad de contratación, no implica que el resto esté obligado a no interferir. De el solo hecho de que haya libertad de contratación, no se sigue un deber general de no-interferencia. Dadas las particularidades de un determinado sistema jurídico puede que haya un derecho de libertad de contratación, con el correlativo correspondiente, que impida intervenir en relaciones contractuales ajenas, pero la libertad (o privilegio) entendida por sí misma, supone que el otro carece de derecho a exigir la omisión respectiva. Dicho en otros términos, si A tiene libertad de contratación, B no tiene el derecho (tiene el no-derecho) a que A no contrate (o dicho de otro modo, a que omita). Puede haber privilegios (o mejor dicho, libertades), sin que haya derechos que los respalden.

Hohfeld explica esto con un ejemplo, en que los dueños de una ensalada, en virtud de la potestad de la que son titulares para levantar la prohibición general de intromisión en su bien, conceden una licencia condicional a un tercero para que la coma:

*“A, B, C, D, dueños de la ensalada, podrían decirle a X: ‘Coma la ensalada si puede; tiene nuestra licencia para hacerlo, pero no nos comprometemos con usted a no*

*interferir'. En tal caso los privilegios existen, de modo que si X consigue comer la ensalada, no habrá violado derecho alguno de las partes. Pero resulta igualmente claro que si A consiguiera retener el plato de manera tal que X no pudiese comer su contenido, no se habría violado ningún derecho de este último”<sup>488</sup>*

¿Cuál es el sentido de consagrar legalmente una libertad? Sin una regla las partes tienen libertad, porque no hay deber. Con una regla pareciera que también tienen una libertad porque es una regla que dice que no hay deber. Si asumimos lo anterior, las reglas que confieren libertades o privilegios serían redundantes. El punto de Hohfeld es que la libertad por sí misma no implica un deber de no interferencia, aunque en la práctica tal deber suele estar presente. Hart lo ejemplifica diciendo que:

*“The fact that a man has a right to look at his neighbour over the garden fence does not entail that the neighbour has a correlative obligation to let himself be looked at or not to interfere with the exercise of this specific liberty-right. So he could, for example, erect a screen on his side of the fence to block the view. But though a neighbour may do this if he wishes, and so has himself a liberty-right or bilateral liberty to erect or not to erect such a fence, there are no other things that, in most countries, he cannot legally do to prevent his tormentor looking at him. For he has certain legal obligations or duties, civil or criminal, or both, which preclude some, though not all forms of interference, and these in practice more or less adequately protect the exercise of the liberty-right. Thus he cannot enter the next-door garden and beat up his tormentor, for this would be a breach of certain duties not indeed correlative to his tormentor’s liberty-right to look at him, but correlative at least in this case of civil duties to certain other things, which his*

---

<sup>488</sup> Hohfeld (1995), p. 54

*tormentor has and which are not mere liberties. These are the tormentor's tights not to be assaulted and his right that others should not enter on his land without his consent*<sup>489</sup>.

En los hechos, todos los sistemas jurídicos tienen reglas que hacen ilícitas ciertas formas de intervención mediante acciones no legalmente ordenadas, como queda claro en el ejemplo anterior. Dicho de otro modo, las libertades no imponen deberes de no-interferencia por sí mismas, pero la ley crea perímetros genéricos en torno a todos los individuos, que podrían confundirse con las libertades de aquellos individuos. No obstante, el deber de no interferencia no se deriva inmediatamente de la libertad, sino de que los sujetos tienen un derecho a que no interfieran con sus respectivas acciones libres. En segundo lugar, cabe mencionar que, típicamente, estas libertades existen en el contexto de una prohibición. Si hay prohibiciones generales, aquí hay razones para tener reglas que confieren libertades, que sean excepciones al régimen de prohibiciones generales. En último lugar, y aparentemente, de manera menos importante para una reconstrucción de la propiedad en el Código Civil, cabe mencionar el lugar que las libertades consagradas constitucionalmente ocupan dentro de dicho ámbito. Si hay una regla constitucional que establece una libertad, serán inconstitucionales todas aquellas reglas que resulten incompatibles con esa libertad. Una regla que reconoce una libertad, implica que nadie (ningún agente; ningún A) tiene derecho a que B no elija (a que omita una determinada acción), lo cual sería en realidad una ausencia de prohibición, y no un deber de tolerancia. El deber de tolerancia tendría relación con una acción de quien tiene el deber; la ausencia de prohibición, por otro lado, con una acción de quien se beneficia de dicha ausencia. Sin embargo, si se piensa, por ejemplo, en que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es una de las formas más recurrentes en que se busca la impugnación de decretos o leyes que regulan la propiedad en razón

---

<sup>489</sup> Hart (1981), p. 167

de su función social, puede ser relevante a la hora de determinar cuál es el espacio de libertad protegido por la Constitución.

En el derecho chileno, el artículo 582, al establecer que el dueño puede gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, está estableciendo una libertad. El dueño no tiene el deber de actuar de una manera determinada respecto a su cosa, y ningún tercero tiene el derecho para exigirle al dueño que, por ejemplo, maneje racionalmente o explote hábilmente su cosa. De hecho, no solo tiene una libertad para hacer, sino también para no hacer, que en términos de Hart es una “libertad bilateral”<sup>490</sup>, por cuanto puede hacer y no hacer. Este es el sentido fundamental de la propiedad privada, pues como ya hemos dicho, la función principal de la institución en sus orígenes modernos fue consagrar la libertad de los propietarios, para lo cual se estableció la estructura de atributos y facultades del Código Civil, que hacen posible esta libertad.

Las obligaciones naturales pueden entenderse como ejemplo de una libertad establecida a nivel legal, pero sólo desde el punto de vista del deudor. El Código Civil establece distintos tipos de obligaciones, entre las cuales se encuentran las obligaciones naturales, que como señala el artículo 1470 *“son las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas”*. Si X entrega a Y una cantidad de dinero, jurídicamente eso es una donación, la cual requiere ciertas condiciones (la insinuación, por ejemplo), pero si X paga a Y una obligación natural, eso no es una donación. X tiene una libertad de hacer esa transferencia patrimonial, sin la cual la transferencia sería donación, pero precisamente X no tiene el deber de hacerla, pues el acreedor tiene un no-derecho para exigir el pago de la obligación.

---

<sup>490</sup> Hart (1981), pp. 166-167

### 3. Potestades (o competencias) y Sujeciones

La “Potestad” puede ser también llamada “Competencia”, pues según el autor es su “sinónimo más próximo”<sup>491</sup>. Hohfeld inicia la exposición relativa a este par estableciendo que “una potestad jurídica (como cosa distinta, por supuesto, de un poder físico o psíquico) es el opuesto de una incompetencia jurídica, y el correlativo de una sujeción jurídica”<sup>492</sup>. Luego, busca explicar las causas de los cambios de las relaciones jurídicas:

“Un cambio de una determinada relación jurídica puede resultar: (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que no están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos; o (2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En relación con la segunda clase de casos, se puede decir que, la persona (o personas) cuyo contralor es decisivo tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio de la relación jurídica en juego”<sup>493</sup>

Hohfeld distingue claramente entre “potestad” y “libertad”, en lo relativo a la capacidad de enajenar. La capacidad de enajenar implica la posibilidad de modificar una determinada relación jurídica, por ejemplo, un derecho real sobre una cosa, mientras que la libertad implica un espacio de acción para el cual no simplemente existe una ausencia de derecho de los terceros para poder evitar que el titular de la libertad realice una acción:

---

<sup>491</sup> Hohfeld (1995), p. 68

<sup>492</sup> Hohfeld (1995), p. 67

<sup>493</sup> Hohfeld (1995), pp. 67-68

“En el supuesto de la potestad de enajenación del propietario común, es menester distinguir con cuidado entre la potestad jurídica, el poder físico de hacer las cosas necesarias para el ‘ejercicio’ de la potestad jurídica, y, por último, el privilegio de hacer esas cosas, en caso de que tal privilegio realmente exista. Puede ocurrir que exista o que no. Así si X, propietario de un inmueble, ha celebrado un contrato con Y, comprometiéndose a no venderlo a Z, los actos de X, necesarios para ejercer la potestad de enajenar el inmueble a Z son ‘privilegiados’ en las relaciones entre X, y toda otra persona que no sea Y; pero obviamente, entre X e Y, el primero no tiene el privilegio de realizar los actos necesarios; o, invirtiendo la frase, X tiene frente a Y el deber de no hacer lo que es necesario para ejercer la potestad”<sup>494</sup>.

Sujeción, según Hohfeld, podría identificarse con “responsabilidad”<sup>495</sup>. De manera más precisa, vale decir que la sujeción es un estado que hace a quienes son titulares de ella, candidatos a ser afectados por una potestad jurídica. Esto puede concluirse de lo dicho por el autor respecto al caso “*Booth c/ Commonwealth*”, en que un

“tribunal tuvo que interpretar una ley de Virginia ‘que establece que todas las personas libres de sexo masculino y de raza blanca, mayores de 20 años y menores de 61, estarán sujetas a servir como jurado, salvo las excepciones que más adelante se establecen’. Es obvio que esta ley solo impuso una sujeción y no un deber. Es una sujeción que somete a la creación de un deber. El último sólo surgirá cuando, en ejercicio de sus potestades, las partes litigantes y los funcionarios del tribunal hayan

---

<sup>494</sup> Hohfeld (1995), p. 78

<sup>495</sup> Hohfeld (1995), p. 80



hecho lo que es necesario para imponer el deber específico de cumplir las funciones de jurado”<sup>496</sup>.

En nuestro derecho, podemos encontrar una disposición similar en la ley 18.700 sobre votaciones populares y escrutinios. En dicha ley se establece la sujeción a la cual están expuestos los ciudadanos, de ser elegidos para participar de los procesos de escrutinio en calidad de vocales de mesa. Esto se ve de manera muy particular, en la situación en que se encuentran quienes llegan temprano a votar y son declarados vocales de mesa cuando falta alguien para conformar las mesas. El ciudadano diligente que se presentó a votar temprano, estaría sujeto a la competencia del Estado de imponer el deber de reemplazar al vocal de mesa previamente designado pero que se encuentra ausente, y este deber nace solamente producidas las circunstancias ya mencionadas.

A este respecto, el artículo 57 de la ley 18.700 sobre votaciones populares y escrutinios, nos ofrece un ejemplo análogo al dado por Hohfeld en relación a las reglas jurídicas que determinan la obligación de comparecer como jurado ante los tribunales del *common law*, al establecer, en su inciso cuarto, que “a partir de las nueve horas el Delegado procederá a designar los vocales que faltaren hasta completar sólo el mínimo necesario para funcionar, de entre los electores alfabetos no discapacitados que deban sufragar en el recinto y que no estén afectos a las causales de excusabilidad establecidas en el artículo 44. Deberá preferir a los electores que voluntariamente se ofrezcan, en el orden en que se presenten. A falta de éstos, deberá designar a otros que se encuentren en el recinto, recurriendo al auxilio de la fuerza encargada del orden público si fuera necesario”<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> Hohfeld (1995), p. 79

<sup>497</sup> Hohfeld (1995), p. 80

En el derecho civil chileno, podemos encontrar ejemplos de lo anterior en los artículos 1860 y 1861 del Código Civil, que establecen la obligatoriedad del saneamiento de vicios redhibitorios y las consecuencias que derivan de su incumplimiento. El vendedor de la cosa tiene el deber de sanear dichos vicios, siempre y cuando los conociera o tuviera que conocerlos en razón de su oficio. En caso de que no los saneara, incumpliendo su deber, el comprador tendrá el “derecho legítimo” para exigir la rescisión del contrato o la rebaja del precio, ejerciendo la acción redhibitoria del artículo 1857. El incumplimiento por el vendedor de sanear los vicios redhibitorios, crea para el comprador una potestad, pues deja expuesto al vendedor a la decisión del comprador en lo relativo a la subsistencia del contrato, situación análoga a la que ocurre en los contratos bilaterales cuando una de las partes incumple. Es una potestad, y no un derecho o una libertad en sentido “hohfeldiano”, pues tiene por objeto el contrato. Si el comprador, al igual que el cumplidor del art. 1289, decide poner término el contrato, la contraparte no puede oponerse, estando sujeta a la decisión del comprador.

La posibilidad de elegir correspondiente a la parte cumplidora es una potestad para cuyo ejercicio el titular tiene completa libertad. Mediante dicha potestad, la parte cumplidora puede modificar los derechos del otro, pues en caso de que decida terminar el contrato, los derechos que genere se extinguen a su vez. Como consecuencia del ejercicio de dicha potestad emergen derechos, siendo un ejemplo, el derecho a que se le restituya lo pagado al comprador. Por el contrario, si no ejerce la potestad y exige el cumplimiento forzado, no está ejerciendo una potestad, sino un derecho; su derecho original a que se cumpla el contrato. Lo nuevo que surge cuando el vendedor incumple su deber de sanear los vicios redhibitorios es una potestad para el comprador, pues el vendedor queda sujeto a la voluntad del comprador en cuanto a la subsistencia del contrato.

#### 4. Inmunidades e Incompetencias

Habiendo llegado a la explicación del último par, Hohfeld nos dice que:

“Una inmunidad es el correlativo de una incompetencia (‘no-potestad’), y el opuesto (o lo negado) de una sujeción. (...) Una potestad ofrece el mismo contraste general con una inmunidad que el que un derecho presenta frente a un privilegio. Un derecho es una pretensión afirmativa de un individuo contra otro, y un privilegio es la libertad de un individuo frente al derecho o la pretensión de otro. Del mismo modo, una potestad es el ‘contralor’ afirmativo que un individuo ejerce sobre una relación jurídica dada, respecto de otro individuo; mientras que una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o ‘contralor’ jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica”<sup>498</sup>.

En el caso de la enajenación de bienes inmuebles, el dueño tiene la potestad de enajenarlo a cualquier otro individuo, mientras que cualesquiera otros individuos carecen de dicha potestad, por lo que el dueño tiene esa, entre otras inmunidades frente a los demás. De forma esquemática, Hohfeld explica que

“Y está limitado por una incompetencia (esto es, carece de potestad) en lo que concierne a desplazar el interés jurídico de X en dirección a sí mismo o a un tercero. Y lo que vale para Y se aplica también a todo otro individuo que no haya adquirido,

---

<sup>498</sup> Hohfeld (1995), p. 81

por virtud de hechos operativos especiales, la potestad de enajenar la propiedad de X<sup>499</sup>.

En el derecho chileno, lo anterior se encuentra establecido por el artículo 682, que hace inoponible al dueño la venta de su cosa hecha por un tercero, en tanto el tercero no puede transferir más derechos de los que tiene, siéndole imposible, por lo mismo, transferir el dominio sobre una cosa de la cual no es dueño. Esto además se encuentra respaldado por el artículo 1815, y protegido por el sistema de acciones reales, en particular, por la acción reivindicatoria.

En materia de bienes, los actos de mera tolerancia pueden describirse en términos del par inmunidad/incompetencia. El artículo 2499 señala lo siguiente:

“La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.

Así el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.

Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto.

Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro”.

Lo anterior implica que no se adquiere un derecho por la realización de un acto que, en estricto rigor, constituye incumplimiento del deber (de no interferencia) pero que no impone un gravamen,

---

<sup>499</sup> Hohfeld (1995), p. 81

pues el tercero interfiere ese deber general de no interferencia al caminar por el predio ajeno. Esta interferencia no es costosa para el dueño, y por tanto, el dueño no reacciona. Sin embargo, no puede alegarse que por ese tránsito se adquiriera vía prescripción un derecho de servidumbre. Esto, desde el punto de vista del dueño, es una inmunidad. Su derecho a la exclusión es inmune a los actos de terceros, por lo menos en cuanto a las servidumbres, pues suponiendo que terceros se instalen ahí y que el predio no estuviera inscrito, el dueño podría perder la posesión, pero respecto a las servidumbres, no. Los terceros por otro lado son incompetentes para crear un derecho, pues de lo que se trata es de la creación de un derecho de servidumbre para los terceros, ya que hablamos de derechos y no de acciones. No hay duda de que estos actos son ilícitos, pero el dueño no tiene acción para reclamar una indemnización al no sufrir daño. Cabe mencionar, para terminar, que la libertad por la que el dueño puede permitir a los terceros ejecutar los actos señalados en el artículo 2499 ha de entenderse como parte de la libertad general que tiene el dueño para gozar y disponer de la cosa arbitrariamente, establecida por el artículo 582, y no como una libertad específica.

Otros ejemplos del par inmunidad/incompetencia, pueden hallarse en los artículos 1797, 1798 y 1799 del Código Civil. En estas disposiciones se establecen las incompetencias que pesan, respectivamente, sobre el administrador de un establecimiento público para vender los bienes que administran sin estar facultados o autorizados para ello; sobre el empleado público para comprar los bienes públicos o privados que se vendan por su ministerio; y sobre los tutores en relación con la compra de bienes pertenecientes a sus pupilos. En el primer caso, el Estado tendría una inmunidad frente a la venta que el administrador realice de los bienes señalados, en el segundo, el Estado o los particulares gozan de similar inmunidad, dependiendo del tipo de bienes en cuestión, y en el tercer caso, los pupilos.

### C. Claridad conceptual

El derecho de propiedad según la tesis hohfeldiana es en realidad un manajo de posiciones jurídicas. El dueño tiene: el *derecho* a que otros no interfieran con su cosa; la *libertad* de hacer lo que quiera con su propiedad; la *inmunidad* frente a terceros, en cuanto a su imposibilidad de generar derechos en contra del dueño sin cumplir las condiciones legales necesarias, como en el caso de adquirir servidumbres por prescripción, cuestión prohibida por la ley, o en la venta de cosa ajena, en que le es inoponible, o también frente el Estado, en tanto impide a este último expropiar si no es mediante ley expropiatoria con su respectiva indemnización; y la *potestad* de levantar aquella prohibición que afecta a los demás respecto a su cosa, autorizando el uso de ella por terceros. Lo que se sigue de esto es que el derecho real se disuelve en un haz de posiciones jurídicas, y el análisis de la propiedad será sobre cuáles son las posiciones jurídicas que el dueño tiene frente a terceros. Frente al Estado, el dueño sería inmune a que se le prive de su cosa sin que se cumplan los requisitos que la ley establece para la expropiación. Frente al público general, tiene el derecho que es correlativo al deber de abstención; tiene la libertad que es correlativa al no-derecho a que él no use la cosa de alguna manera determinada (motivo por el cual puede usarla arbitrariamente); y tiene la potestad de levantar la prohibición general de intromisión en su propiedad (deber de abstención).

La estructura del concepto de propiedad puede explicarse así en términos de Hohfeld. El dueño tiene derecho a que no interfieran con su goce (como lo muestran las reglas sobre prestaciones mutuas), y además tiene derecho a usar y a que no interfieran con su uso. Aparte de estos derechos, también tiene la libertad de elegir como va a explotar y manejar la cosa. Desde el punto de vista de

los terceros, lo que éstos ven son los derechos del dueño, frente a los cuales no deben interferir (con el uso, con el goce, con la explotación, etc.). De esta manera, no hay identidad entre la estructura de Hohfeld y las facultades (el uso, goce y disposición) establecidas por el Código. Hay derechos y libertades de uso, como también derechos y libertades de gozar, y estas son cosas distintas entre sí, pudiendo el dueño, por ejemplo, obligarse contractualmente a no ejercer uno de ellos. La “disposición” se manifiesta en la potestad de enajenar la cosa, de extinguir el derecho de dominio por la vía de destruirla, y también en la posibilidad de levantar los deberes correlativos a su derecho, pues puede autorizar su uso.

La idea de propiedad unitaria bajo esta concepción se esfuma. Concebir la propiedad en estos términos conduce a entenderla como un conjunto de posiciones jurídicas, un “haz de derechos” (un *bundle of rights*). Para el profesor norteamericano Tony Honoré, estos “derechos” constituyen los “incidentes” de la propiedad, la que no es más que un conjunto de ellos. Según este autor, convendría más hablar de una serie de elementos que, siendo suficientes, hagan que tenga sentido referirse a dicha institución. En vez de hablar de propiedad, sería mejor referirse a la regulación de la explotación, de la enajenación, de la transferencia, etc., no habiendo una posición más importante que otra. Honoré dice que podremos encontrar diferentes versiones de la propiedad, más o menos sofisticadas, dependiendo de los incidentes que éstas contengan, e incluso, que aunque estas configuraciones no contengan todos los ingredientes que consideraríamos esenciales para la versión liberal del concepto de propiedad, dentro de los diversos sistemas encontraremos relaciones jurídicas cuyos titulares reciben el nombre de dueños, a pesar de que no contar con los incidentes que tradicionalmente han configurado el concepto señorial de propiedad<sup>500</sup>. Con esto reconoce la dimensión profundamente histórica de la propiedad privada, que la doctrina más crítica ha reconocido en diversos trabajos, citados en esta investigación, con lo que la esencia de la

---

<sup>500</sup> Honoré (1961), pp. 112-113.

propiedad no sería una cuestión inmutable, como señalaron algunos miembros de la CENC, sino dinámica, producto de los diversos contextos (históricos, sociales, políticos, económicos, culturales, etc.) en que se establezca como una institución, configurada por estos incidentes, que por lo anterior, pueden variar.

De esta manera, aunque la conjunción de cierta cantidad de elementos haga posible y coherente hablar de propiedad, no hay incidentes más importantes que otros, y la noción de propietario puede extenderse más o menos de lo que usualmente entendemos por tal. Esta concepción implicaría que no hay un “núcleo esencial del dominio”, lo cual resulta particularmente complejo al atender a las particularidades del régimen constitucional chileno, que protege las “facultades y atributos esenciales del dominio”, así como la “los derechos en su esencia” (Art. 19, N°s 24 y 26).

Una posibilidad, entonces, sería identificar el núcleo esencial con todas las “varillas” del “manejo”, pues al no haber unas más importantes que otras, no sería difícil construir una hipótesis del manejo para la cual todas las varillas fueran esenciales. Este pareciera ser el caso de cierta doctrina norteamericana, para la cual, según di Robilant:

*“The bundle of rights image may be seen equally well as giving a strong and internally coherent notion of property. For Epstein the bundle includes possession, use and disposition. In other words, the bundle metaphor may be used to refer not to a nominalist claim about property (i.e. property is whatever set of sticks the state bundles together) but to a fixed and coherent set of entitlements. For example, Eric Claeys has noted that if we agree that property protects the owner’s interest to exclusively determine how a resource may be used, then a bundle conception can explain why all the various entitlements that go into the bundle belong there. In turn, this coherent and*



*coordinated bundle concept works as a trump against government confiscation. The state takes property whenever it takes any stick out of an owner's bundle*<sup>501</sup>.

Una conclusión como la anterior no sería posible en nuestro derecho. El mismo constituyente estableció la “función social de la propiedad”, que ha de entenderse como la “potestad configuradora” del Estado para imponer limitaciones al dominio en virtud de las causales establecidas por la Constitución.

En términos de Hohfeld, la relación entre ambas funciones puede entenderse de la siguiente manera: el titular del dominio tiene la posición jurídica de “sujeción” ante la intervención administrativa del Estado, pero además, una “inmunidad” frente a dicha “competencia”, delimitada por el núcleo esencial del dominio. Lo problemático de esto, es que al remitirnos al núcleo esencial del dominio, lo estamos haciendo al conjunto de posiciones jurídicas que pretendidamente no pueden ser afectadas. Y esto sería correcto, si es que el constituyente no hubiera establecido la potestad configuradora de la propiedad<sup>502</sup>, lo que constituye un par “potestad/sujeción” en la relación entre intervención administrativa y titulares del dominio. Apelar a la esencia del dominio o a sus facultades y atributos esenciales simplemente nos lleva de vuelta al principio, con lo que el problema persiste. Analizada desde el prisma hohfeldiano, la muy reiterada discusión sobre el núcleo esencial del dominio y su relación con la potestad regulatoria del Estado se vuelve una tautología, un círculo vicioso en que con la palabra “derecho” se designan indiscriminadamente posiciones jurídicas muy diferentes, obstando al esclarecimiento del problema, que queda en una zona de penumbra e indeterminación.

---

<sup>501</sup> Robilant (2013), pp. 888-889

<sup>502</sup> Aldunate (2006); Guiloff (2018a), p. 273; Fuentes (2018)

Al analizar la jurisprudencia del Tribunal mediante este esquema, podemos entender con mayor claridad cuáles han sido las pretensiones de los particulares que han buscado impugnar diversas regulaciones a través de los años.

En Galletué, el requirente señalaba tener un derecho a disponer de sus araucarias de la manera que estimare pertinente, lo que en el caso concreto, implicaba talarlas para vender la madera obtenida de ellas, mientras que la regulación establecida por el Estado prohibía ese acto de disposición material. En este caso, podemos entender que el requirente reclamaba su “libertad o privilegio” de usar la cosa arbitrariamente, por lo que el Estado carecería del “derecho” a imponerle condiciones o restricciones a ese uso, que podrían ser vistos como “deberes” correlativos a ese derecho, y que son precisamente lo opuesto de las “libertades”. Pero la libertad hohfeldiana, por su naturaleza, no garantiza un resultado determinado, como si lo haría el derecho-pretensión (*claim right*) de excluir a terceros del uso de la cosa. En este sentido, las araucarias continuaron en manos de sus propietarios, sin que se hubiera producido la transferencia de ellas al Estado o a un tercero, lo que habría consistido evidentemente en una expropiación, y por ello, en una negación del resultado esperado por ese derecho-pretensión a excluir. Pero el uso económico del recurso consiste en una libertad, no en un derecho-pretensión, pues nadie tiene un deber respecto a ese uso económico, sino solamente, el no-derecho a intervenir con ese uso, razón por la cual, además, resultaría inútil apelar al derecho a excluir para lidiar con la regulación en cuestión, porque la posesión de las araucarias seguía intacta, pero su uso debía ejercerse según ciertas consideraciones ajenas a la voluntad del propietario, impuestas, cabe recalcar, por la “competencia” del Estado para delimitar la propiedad, lo que implica la “sujeción” de los propietarios a ver modificados los estatutos de su propiedad, cuestión que como ya dijimos, dado nuestro diseño institucional, conduce a una contradicción estructural, pues la “inmunidad” frente a la intervención estatal incluiría la protección de todos los incidentes de la propiedad (uso, goce

y disposición), lo que niega en la práctica la operatividad de la “potestad” para regularla, reconocida en el mismo texto constitucional.

En Molinera y Curtidos Bas, los requirentes señalaban que la orden de traslado implicaba, entre otras cosas, una vulneración de la esencia de su propiedad. En concreto, lo que se vulneraba era la libertad de usar el inmueble de manera arbitraria, pues la posesión del inmueble seguía intacta, solo que no podía ser destinado a uso industrial. En tal contexto, la LGUC establecía la “sujeción” de los operadores industriales que al causar molestias al vecindario, debían retirar la fuente de tales molestias del lugar, en virtud de la “potestad” entregada al alcalde facultado para decretar la orden. Pero aquí además está presente el derecho de los vecinos a vivir en un medioambiente libre de contaminación, que a pesar de lo señalado por algunos ministros, en cuanto a que contaminación es un concepto “discutible”, aún así está presente en la discusión y ha de ser analizado. Este derecho consiste en un derecho-pretensión, no en una simple libertad, pues la pretensión en este esquema busca un determinado resultado, como ya señalamos respecto al derecho a excluir, cuyo resultado es precisamente excluir a terceros del uso de la cosa. En el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, este último es el resultado esperado, por lo que a diferencia de la libertad, el derecho se verá vulnerado en caso de que tal resultado se vea obstaculizado por algo o alguien. En ambos casos, tal resultado se ve impedido por la libertad de uso de las industrias “molestas”. De esta manera, podemos concluir que el “derecho” de las industrias a desarrollar su actividad y consecuentemente, generar molestias al vecindario, es una libertad cuyo resultado no está garantizado por la ley, pues nadie tiene un deber de contribuir a ese resultado específico, mientras que el “derecho” de los vecinos si implica el deber de abstención de todos los demás a contaminar, obstaculizando el resultado esperado, tal como ocurre con el derecho a excluir. Así, resulta que la ley ampara con una mayor esfera de protección al derecho-pretensión de los vecinos, en tanto debe asegurar un resultado determinado, mientras que la

libertad de las industrias molestas estaría solo amparada en cuanto a generar las condiciones para que la industria *ejerza o no* los actos requeridos para su propio desarrollo económico, cuyos resultados son, para todos los demás, indiferentes.

La libertad hohfeldiana puede además ser infringida, porque su opuesto es el establecimiento de una obligación en contrario, y no un deber general de abstención, o dicho de otro modo, un no-derecho a intervenir. En el caso de la libertad de uso de las “industrias molestas”, su opuesto sería el establecimiento de un determinado uso para el inmueble, por ejemplo, la plantación de árboles para fomentar la protección del medio ambiente, no habiendo más posibilidades que ese uso. Eso implicaría un deber, lo que es contrario a la libertad, y por tanto la infringe y vulnera. Pero ese no fue el caso ni en Curtidos Bas, ni en Molinera, como tampoco lo fue en Santa Beatriz, o en Bellavista Oveja Tomé. En todos estos casos, la libertad de usar fue, simplemente, intervenida por la regulación en concreto, que estableció ciertas condiciones para ejercer dicha libertad, sin suprimirla, que es lo que habría implicado el establecimiento de un deber. En este sentido, los resultados que puedan derivarse de la libertad o privilegio no están previstos ni garantizados por la ley, sino solo por el titular de esa libertad.

#### D. Abstracción de la propiedad y desaparición de la esencia

Cabe destacar que una de las consecuencias que tiene entender la propiedad según el esquema de Hohfeld, es que la “res” física desaparece. Como bien señaló Morton Horwitz:

*“The most important consequence of Hohfeld’s system of classification was that it carried through the radical implications of a de-physicalized system of property. As Arthur L. Corbin put it in 1922, ‘Our concept of property has shifted; incorporeal rights*

*have become property. And finally, 'property' has ceased to describe any res, or object of sense, at all, and has become merely a bundle of legal relations: rights, powers, privileges, immunities*"<sup>503</sup>.

La abstracción del esquema de Hohfeld debe entenderse, entonces, desde dos puntos de vista. Por un lado, su abstracción "material", que describe la transformación subyacente al derecho de propiedad desde la segunda mitad del siglo XIX hasta ahora, y que ha desembocado en que la propiedad ya no solo designe bienes físicos de manera eminente (principalmente la tierra), sino además bienes incorpóreos, los que hoy pueden llegar a valer cuantiosamente más que la tierra, que durante tanto tiempo fue la máxima fuente de riqueza. Por otro lado, su abstracción "jurídica" permite entender de manera mucho más exacta y ordenada las distintas posiciones jurídicas que se enarbolan cuando alguien dice "yo tengo derecho a X", al dividir esquemáticamente ese "derecho" en los correlativos y opuestos jurídicos ya reseñados, los que como consecuencia de esa fragmentación, no sostienen una relación necesaria entre sí, siendo absolutamente contingentes las diversas configuraciones que puedan adoptar tales "derechos" dependiendo de la situación y contexto.

Gracias al esquema, podemos entender correctamente en que consiste cada posición jurídica, y vislumbrar las características de la tensión que existe entre la función social de la propiedad y el núcleo esencial del dominio, en el contexto de una economía posindustrial en que los bienes progresivamente se han descorporalizado. Este desarrollo de la propiedad abstracta en sentido material, ha permitido utilizar la idea de su esencia como un blindaje elástico de contornos indeterminados cuyo propósito es proteger al derecho de cualquier intromisión estatal, lo que conduce a un concepto inasible de propiedad, que en el derecho nacional ha adoptado la forma la

---

<sup>503</sup> Horwitz (1992), p. 152.

propietarización de los derechos, y que ha permitido, en sede regulatoria, una especie de derecho general a que no cambie la regulación vigente<sup>504</sup>, lo que en términos concretos se traduce en la imposibilidad de la regulación de la propiedad. Respecto a este punto, como hemos visto, nuestro medio jurídico reconoció en un momento la doctrina de la intangibilidad de los contratos, que coincide con la idea del derecho a un mundo inmutable, y que por ello fue superada. Sin embargo, y a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia estén contestes respecto a dicha superación, en los hechos, las posturas jurídicas amparadas bajo el paradigma señorial siguen confundiendo la esfera subjetiva del propietario con la dimensión objetiva de la propiedad, lo que al amparo de una teoría del continuo conceptual entre limitación y privación, aun puede conducir a un derecho a la ya mencionada intangibilidad, escondido tras la defensa indeterminada del núcleo esencial del dominio interpretado de manera expansiva.

Esta abstracción, en realidad, implica la desaparición de la esencia de la propiedad, pues la cosa desaparece del análisis, con lo que la esencia de la propiedad sobre una cosa, consistente en las facultades de uso, goce y disposición, desaparece en consecuencia. Y por otra parte, la fragmentación jurídica del esquema conduce a que no haya, necesariamente, unos elementos mas importantes que otros, por lo que la esencia desaparece de este plano también. Sin embargo, esto es plenamente consistente con la doctrina planteada por Fuentes para comprender la esencia de los bienes incorporales: tales bienes no tienen realmente una esencia<sup>505</sup>.

En este sentido, Glackin comenta que la teoría del manajo de derechos entiende estas facultades jurídicas como separables e individuales, así como un conjunto de varillas, que carecen de una conexión sustancial o esencial entre ellas, a tal punto de que la conjunción de cualquiera de ellas

---

<sup>504</sup> Horwitz (1992), p. 151: "*a property right to an unchanging world*"; Guiloff (2018b), pp. 296-297, se refiere a esta misma idea en el contexto nacional

<sup>505</sup> Fuentes (2018), pp. 287-298

es más bien contingente, y no intrínseca. Desde un punto de vista lógico, bien se podría reunir cualquier grupo de esas varillas, y llamárseles propiedad, y lo que se observa en las transacciones comerciales ordinarias, es que es posible separar dichas varillas o manojos de varillas, redistribuyéndolas de diversas maneras, y remplazándolas con nuevas conjunciones de ellas, sin que se pierda la idea de propiedad [*“The bundle theory regards these individual and separable rights, or ‘sticks’, as having no substantive, essential connection to each other. To the extent that any two or more of them tend to accompany each other, their conjunction is contingent rather than intrinsic; from a logical point of view, we might as easily have tied any other combination of the possible interests in the chattel or property together in the bundle. In our ordinary commercial transactions, we can and do take these bundles apart, redistributing the sticks among others’ bundles, and replacing them with new ones”*]<sup>506</sup>.

Por lo anterior, continúa señalando el mismo autor, “propiedad” o “dominio” resultan conceptos amorfos e informes, que fallan al intentar aprehender de manera consistente cualquier determinación legal o conjunto de relaciones jurídicas. Incluso, su extensión cambia de un caso a otro; aunque cotidianamente se pueda hacer referencia a una esencia o ‘núcleo’ del contenido de la propiedad, dicha entidad no existe realmente. Para la teoría del “manejo de derechos”, dicha idea representa una especie de resaca primitiva de teorías anticuadas que la ciencia jurídica ahora ha descartado [*amorphous and ‘shapeless’ concepts, failing to pick out consistently any determinate legal relation or set of legal relations. Rather, their extension changes from one occasion to the next; while everyday talk ascribes an essence or ‘core’ content to the concepts of property, no such entity in fact exists. For the bundle theorist, then, the terms represent a sort of primitive hangover from outdated theories that legal science has now dispelled*]<sup>507</sup>.

---

<sup>506</sup> Glackin (2014), p. 4

<sup>507</sup> Glackin (2014), p. 5

Sin embargo, creer que han sido las teorías o las diferentes, pero igualmente respetables, decisiones de diseño institucional las que han llevado a esta inevitable conclusión sería un error. Es el desarrollo mismo de la propiedad en las sociedades contemporáneas el que ha implicado la desaparición de esa “esencia”, si es que alguna vez la hubo realmente. Es por esto que el esquema de Hohfeld, así como las ideas planteadas, en general, por la literatura angloamericana más crítica, nos entregan herramientas que permiten atender a estos problemas de manera más específica y clara, porque en sus sistemas reconocieron esta evolución histórica, mientras que el nuestro siguió anquilosado en la concepción propietaria decimonónica. Y es que a pesar de que dicha concepción fue progresivamente erosionada desde, por lo menos, el establecimiento de la Constitución de 1925 y el Estado intervencionista y regulador del siglo XX, mediante las más diversas reformas legislativas que se alejaban del paradigma señorial del Código Civil, el constituyente reaccionario, conservador y neoliberal de 1980 optó por elevarlo al nivel constitucional, haciendo caso omiso de las transformaciones de toda índole que, en primer lugar, condujeron a la superación histórica de dicho paradigma, en la forma de la proliferación de bienes incorpóreos; de una mayor participación del Estado en la sociedad y en la economía, a través del establecimiento de derechos sociales y la prestación de servicios públicos; y de la agudización del conflicto entre individuo y sociedad, todos fenómenos a los que ya hemos hecho referencia, y que como hemos visto, pueden ser explicados por la literatura extranjera, mientras que en nuestro derecho causan confusión y contradicciones, llegando incluso a permitir interpretaciones que niegan el tenor literal mismo de la Constitución.





## V. Conclusiones

1. Un ejercicio de reconstrucción conceptual como el presentado en esta investigación era necesario dado el “caos terminológico y conceptual”<sup>508</sup> que ha definido estas controversias desde el establecimiento de la Constitución de 1980, y que perdura aún hoy en parte de la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que a pesar de haber perfeccionado sus análisis y metodologías para evaluar los casos de afectación de la propiedad, ha continuado utilizando indiscriminadamente el concepto de “esencia” de la propiedad como barrera a la regulación legal y administrativa, como podemos ver del desarrollo jurisprudencial más reciente del Tribunal. Consideramos que esta reconstrucción ha demostrado ser provechosa, por cuanto se ha evidenciado el carácter ideológico de la discusión constitucional respecto a la configuración del concepto mismo de propiedad. La propiedad, al ser un concepto constitucional, es un concepto polémico, y su construcción dependerá de las concepciones en competencia para definirlo, como queda de manifiesto en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en la materia, aceptando las más diversas interpretaciones de la esencia de la propiedad, de manera caótica tanto en cuanto a límites como incluso en las definiciones, pues como vimos, solo recientemente la doctrina más crítica ha venido a introducir numerosas aclaraciones conceptuales en la materia, y aun así, las posiciones doctrinarias siguen manteniéndose radicalmente opuestas, y la jurisprudencia, errática.
2. Podemos constatar como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha pasado por diversas etapas en su historia, desde una protección extremadamente amplia del derecho de propiedad, a una fase de equilibrio funcional, en que comenzaron las referencias a diversos tests y principios constitucionales para evaluar el impacto de una determinada regulación, en un intento por

---

<sup>508</sup> Aldunate y Fuentes (1998)

conciliar a ambas funciones de la propiedad, a la etapa en que nos encontraríamos actualmente, definida por empates políticos y fallos contradictorios.

3. En el desarrollo reciente de la jurisprudencia constitucional<sup>509</sup>, podemos ver con especial claridad la tensión de la que hemos tratado durante toda esta investigación, y al estudiar los argumentos presentados por las posiciones enfrentadas, hemos logrado apreciar la fuerte influencia ideológica en la doctrina favorable a radicalizar la función señorial de la propiedad, y por otro, las tendencias objetivistas (y por ello, en este contexto tan subjetivista, restrictivas), en los argumentos presentados por los ministros que, en diversas ocasiones y con resultados contradictorios, han decidido desarrollar en uno u otro sentido el derecho constitucional de propiedad. Por un lado, la postura que defiende cada centímetro de la propiedad con garras y dientes, mediante el blindaje indeterminado y flexible del “contenido esencial de la propiedad” en conjunción con la doctrina de las expropiaciones regulatorias; y por otro, la postura que ha buscado desarrollar la dimensión social del concepto de propiedad, respetando el texto constitucional al permitir la operatividad de la regulación administrativa fundada en la función social, encontrando sustento en la doctrina nacional que ha desarrollado críticamente esta tensión esencial de la propiedad privada en nuestro derecho.
  
4. Respecto a lo señalado por el profesor Guiloff, en relación con la improcedencia de las expropiaciones regulatorias en Chile<sup>510</sup>, hemos de enfatizar que si bien compartimos su crítica a dicha doctrina por la invulnerabilidad propietaria a la que conduce, llevando incluso a la desprotección de otros propietarios particulares (refiriéndose a “Curtidos Bas”)<sup>511</sup>, no podemos compartir el fondo de la crítica, que considera improcedente no solo a las “expropiaciones

---

<sup>509</sup> Ver: Capítulo 3, sección D, número 3

<sup>510</sup> Guiloff (2018a)

<sup>511</sup> Guiloff (2016)

regulatorias”, sino también al modelo propietario que habría dado nacimiento a dicha doctrina: el “manejo de derechos” de la tradición angloamericana. Creemos que la causa de los problemas tiene que ver en realidad con el “paradigma señorial” que ha definido largamente a un sector de la doctrina e influenciado decisivamente a la jurisprudencia en diversos fallos. En este sentido, nos remitimos a dos cuestiones para sostener lo anterior. En primer lugar, que una de las obras más influyentes sobre la doctrina de las “expropiaciones regulatorias”, escrita por Richard Epstein en 1985, señala explícitamente que la propiedad es una entidad unitaria, y a pesar de utilizar el lenguaje del manejo de derechos para llegar a tal conclusión, en realidad lo desnaturaliza, al señalar que todas las “varillas” del manejo son constituyentes de la propiedad<sup>512</sup>, lo que en el esquema original no es necesariamente así, además de referirse a la propiedad en términos más propios de la tradición continental, como son el uso, goce y disposición<sup>513</sup>, dejando de lado los opuestos y correlativos jurídicos, característicos del “modelo fragmentario”. En segundo lugar, ni la doctrina ni la jurisprudencia nacionales han hecho referencia al modelo de Hohfeld para elaborar la férrea defensa a la propiedad que se ha expresado en diversos fallos, recurriendo, en cambio, a los “atributos y facultades esenciales del dominio” y a otros principios constitucionales, en conjunción con la doctrina de las expropiaciones regulatorias. El mismo Fermandois defiende enardecidamente en su comentario sobre Curtidos Bas la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional<sup>514</sup>, en que recurre al mismo tiempo a la protección de la esencia del dominio como a la doctrina norteamericana criticada por Guiloff. De esta manera, la idea de esencia es plenamente compatible con dicha doctrina en la práctica jurídica real.

5. El modelo de propiedad defendido por la doctrina y jurisprudencia adherida al “paradigma señorial” responde más bien a una concepción unitaria de la propiedad, como ya hemos señalado

---

<sup>512</sup> Epstein (1985), pp. 57 y ss.

<sup>513</sup> Epstein (1985), p. 61

<sup>514</sup> Fermandois (2016)

a lo largo del presente trabajo. Lo anterior queda aún más claro, cuando nos remitimos a lo dicho por el propio Epstein al referirse a la manera en que se configura la propiedad en su versión del manajo de derechos. En este sentido, el profesor norteamericano señaló que “agregar cualquier varilla al manajo de la propiedad implica tomarlo de otros individuos con la misma pretensión de protección jurídica”<sup>515</sup>, lo que como correctamente señaló Guiloff en su análisis de “Curtidos Bas”<sup>516</sup>, pasó totalmente desapercibido para las jueces, así como para Fermandois<sup>517</sup>. Queda entonces demostrado que no hay una conexión necesaria entre la aplicación de dicha doctrina y el esquema del manajo, pues incluso, de haber sido utilizado por el Tribunal, los ministros se habrían percatado de que había otras posiciones jurídicas en juego, tan merecedoras de protección como la Curtidora afectada. Por todo lo anterior, creemos que el problema en cuestión es político, y que la recurrencia a la doctrina de las “expropiaciones regulatorias” responde más a las interpretaciones conceptuales de la propiedad privada realizadas por los adherentes al “paradigma señorial”, que a razones de técnica jurídica o elaboración conceptual.

6. A lo largo de la presente investigación hemos sostenido que la principal causa de problemas en materia de limitaciones al dominio es la profunda indeterminación de sus conceptos cruciales, tales como la “esencia” de la propiedad y la “función social”, y el profundo carácter polémico de la discusión constitucional en esta materia. En este orden de cosas, el modelo de Hohfeld viene a servir para clarificar los intereses jurídicos en juego, y de su aplicación a diversas situaciones jurídicas presentes en el Código Civil, en general, y a la propiedad, en particular, poniendo especial énfasis en la relación entre las funciones de la propiedad en sede constitucional, hemos logrado a nuestro juicio determinar con mayor claridad la operatividad de ambas.

---

<sup>515</sup> Epstein (1985), p. 60

<sup>516</sup> Guiloff (2016)

<sup>517</sup> Fermandois (2016)

7. La idea de “núcleo esencial del dominio” no resulta identificable de manera necesaria con la “esencia” de la propiedad, como lo demuestra la teoría de las garantías del instituto, que al definir la esencia de la propiedad en términos históricos y de diseño constitucional, no configuran un blindaje invulnerable en torno a las posiciones subjetivas de los propietarios, lo que ha sido la persistente consecuencia de la invocación del “núcleo esencial” en el desarrollo jurisprudencial constitucional, interpretado de forma extensiva.
  
8. El “núcleo esencial del dominio” es el resultado teórico e institucional del intento por hacer probable una propiedad sagrada e invulnerable, en el marco de desarrollo del neoliberalismo y del auge de posiciones conservadoras, que en este sentido han de entenderse como reacciones a un ambiente en que la concepción decimonónica de propiedad y sociedad habían devenido improbables. De esta manera, el blindaje que implica dicha teoría, viene a hacer probable la función señorial, en un contexto que se ha vuelto hostil a las ideas liberales acerca de la propiedad. Lo problemático, es que dicha hostilidad no se debió solamente a posicionamientos políticos contingentes, sino a transformaciones profundas de índole económica y social, por lo que una adherencia irrestricta al “paradigma señorial” no es actualmente razonable como principio político orientador, ni mucho menos como criterio jurídico interpretativo, que como hemos dicho, ha llevado a negar el texto expreso de la Constitución, lo que es absurdo, como el mismo desarrollo de aquella doctrina ha demostrado en su matización progresiva respecto al reconocimiento de la función social. En este sentido, resulta ilustrativa la evolución de Fermandois, desde 2004, en que le niega cualquier valor refiriéndose a ella como “fraseología ideologizada”, a 2016, en que parece no quedarle opción, dado el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, que reconocerle una existencia, si bien marginal, en nuestro ordenamiento, reconociendo virtualmente la posibilidad de las limitaciones al dominio, aunque efectivamente la niegue con las referencias extensivas al núcleo esencial del dominio en que sustenta su doctrina, manteniendo, por supuesto, sus

objeciones ideológicas fuertemente marcadas respecto al origen de la función social y su relación con “ideologías colectivistas”.

9. En este sentido, sostenemos que el esquema de Hohfeld viene a representar una respuesta jurídica al proceso de transformación de la propiedad en el marco de la revolución industrial, capaz de explicar en toda su complejidad las nuevas relaciones que se suscitaron con ocasión de aquella transformación. Las viejas ideas acerca de las facultades y atributos del dominio tienen sentido en el contexto de bienes corporales, pero pierden toda su fuerza conceptual al tratar de bienes incorporeales, como ha demostrado Fuentes en relación con las discusiones acerca de la esencia de la propiedad. Los opuestos y correlativos jurídicos permiten una esquematización más idónea a esta nueva realidad que las viejas concepciones decimonónicas unitarias, incapaces de reflejar las diferentes relaciones subjetivas implicadas en el concepto de propiedad. Esto se debe a que para el paradigma señorial, la propiedad se reduce a una relación entre propietario y tercero, mediada por la presencia de una cosa (ya sea por el derecho a exclusión del dueño o por la facultad de disposición, que coinciden al ser entendidas como expresiones del poder del dueño sobre la cosa), mientras que para el paradigma funcional, la propiedad es una institución, en que deben reconocerse tanto su dimensión objetiva como subjetiva, esto es, tanto su dimensión social como individual, y por esa razón, es que tal paradigma es compatible con el esquema del “manejo de derechos”, en que el acento no está puesto de manera fetichista en la cosa, sino en las diversas relaciones subjetivas suscitadas a raíz de la institución de la propiedad. Un ejemplo concreto de estas diferencias se expresa en los casos “Molinera” y “Curtidos Bas”, en que las relaciones jurídicas a considerar por el Tribunal se vieron limitadas a las sostenidas por el propietario industrial y la municipalidad reguladora, sin incluir a aquellas suscitadas entre el propietario de una industria y los vecinos colindantes. En este sentido, la doctrina planteada por Fuentes, acerca de la inaplicabilidad de la garantía esencial a los bienes incorporeales, coincide con el esquema de

Hohfeld, no solo en su aplicabilidad, sino en que ambas pueden ser vistas como constataciones del colapso de la idea tradicional de propiedad, definida por el modelo unitario sostenido por el paradigma señorial.

**10.** No es difícil interpretar el desarrollo doctrinario acerca de la propiedad privada, presentado a lo largo de este trabajo, como una persistente situación en que los juristas, al estar enfrascados en una discusión sobre la correcta concepción de la propiedad, no se percatan que fuera de las aulas de sus Universidades y de las salas de sus Cortes, la propiedad se ha transformado tan radicalmente, que sus concepciones han quedado rezagadas frente a esos cambios. En este sentido, creemos que los debates en torno a la propiedad han girado sobre dos ejes. Uno de ellos, es propiamente ideológico, y se define por la oposición entre una concepción individualista y otra social, que pretenden desarrollar el concepto de propiedad según sus propios criterios ideológicos. El segundo nivel, vendría a ser técnico, pues guardar relación con la forma jurídica que se propone para el concepto de propiedad, habiendo por un lado, un grupo doctrinario afín al paradigma señorial, que pretenderá establecer un concepto de propiedad fundado sobre el señorío absoluto y su fuerte impronta subjetiva; y otro paradigma, de carácter funcional, que buscará acentuar la dimensión objetiva e institucional de la propiedad, en el marco de reconocer a las diversas funciones que, en los hechos, ya se han incorporado históricamente a dicha institución en las sociedades contemporáneas, con lo que se hace inevitable considerar al primer grupo como uno conservador, o incluso reaccionario frente a las innovaciones acaecidas durante el siglo XX, mientras que al segundo, como progresista, al ser capaz de reconocer esos cambios, e intentar articular una idea de propiedad capaz de dar cuenta de ellos.

**11.** Concluimos que la dimensión objetiva de la propiedad es correctamente descrita por la “teoría institucional”, al referirse a las diversas formas de propiedad hoy existentes, reconociendo sus



particularidades normativas, y además, la historia institucional de cada una de ellas, entendiendo la lógica que subyace a cada régimen de propiedad. La dimensión subjetiva, por otro lado, puede entenderse recurriendo al modelo fragmentario, que permite identificar con mayor precisión las relaciones jurídicas implicadas entre los diversos agentes en el marco de la institución de la propiedad privada. La diferencia entre la dimensión subjetiva y la objetiva propuesta por la doctrina crítica más reciente es útil para poner un límite a las interpretaciones extensivas de la esencia del dominio. Sin embargo, creemos que desconectar los derechos subjetivos de la dimensión objetiva de la propiedad en cuanto a su regulación, puede conducir a soluciones en extremo casuísticas, además de responder a una diferenciación poco práctica en cuanto lo que se reclama precisamente es la afectación de esos derechos, y no el estado actual de un determinado régimen propietario, con el cual los titulares suelen relacionarse principalmente mediante esos derechos subjetivos adquiridos en el marco de dicho régimen. En este sentido, el esquema de Hohfeld podría resultar de utilidad, al permitirnos determinar con mayor claridad que es lo que está en juego en cada caso en que se denuncie una privación ilegítima de la propiedad.

**12.** El esquema de Hohfeld podría servir como criterio auxiliar de la jurisprudencia constitucional para determinar con mayor precisión las posiciones jurídicas afectadas en el marco de una regulación, supliendo las falencias en cuanto a precisión y coherencia que padece particularmente el criterio de proporcionalidad, junto al mejor ponderado principio de igualdad de las cargas públicas, que aplicado “casuísticamente” como propone Guiloff, podría beneficiarse enormemente del ya mencionado esquema.

**13.** La aplicación de los principios de igualdad y proporcionalidad con el objetivo de establecer una diferencia entre limitaciones y privaciones, constituye un intento genuino por lograr un equilibrio entre el interés público y el privado en esta materia, y a diferencia de la garantía del “núcleo

esencial”, no conduce a situaciones en que el interés público se ve absurdamente frustrado por la expansión irrestricta que puede adoptar dicha garantía, entendida no ya como protección de la propiedad solamente, sino como expresión de una flexible e ilimitada defensa de la indemnidad patrimonial, en que toda regulación es asimilada a una privación de valor económico.

14. A pesar del deficiente diseño constitucional que ha definido estas materias, en relación con la función social y el dominio clásico civil, así como con las regulaciones y las privaciones, hemos de concluir que las problemáticas que enfrenta nuestra dogmática constitucional, no responden solamente a los defectos normativos que nos legó la Dictadura, sino a un proceso que se ha presentado en los diversos ordenamientos comentados en este trabajo. A pesar de que en Alemania no exista la idea de núcleo esencial del dominio, y su función social esté establecida en términos más decididos que la nuestra al imponer explícitamente obligaciones a la propiedad, o que en EE.UU. no se reconozca constitucionalmente la “potestad configuradora”, como si lo haría nuestro texto, en ambos países, así como en el nuestro, debemos enfrentar los mismos desafíos presentados por un Estado burocrático, intervencionista y regulador, en el marco de una sociedad ideológicamente plural y económicamente desigual, teniendo como telón de fondo la continua y abrumadora transformación de la propiedad misma, que ha planteado a nuestra era el desafío de conceptualizar el enorme desarrollo al que han llegado la propiedad intelectual o la protección de datos personales. Todos estos fenómenos han configurado a la economía global durante el pasado siglo, y como se ve de la recapitulación histórica presentada en esta investigación, han generado una misma serie de problemas jurídicos que han sido resueltos por los diversos sistemas, articulando diferentes soluciones en razón del lenguaje propio de cada uno de ellos, pero también, de la flexibilidad y adecuación que dichas tradiciones presentaron frente a tales coyunturas. En este sentido, el esquema de Hohfeld representa esa realidad, como también lo hace la idea de la propietarización de los derechos en nuestro ordenamiento; o las similitudes entre la forma que

adopta la tensión entre potestad configuradora y el núcleo esencial del dominio en Chile, y la representada por la oposición entre “*police power*” y “*takings clause*” en EE.UU.; o el hecho de que la doctrina de las expropiaciones regulatorias, a pesar de haber emergido en un sistema dominado por una concepción de la propiedad que, en principio, no le reconoce una esencia, haya logrado asentarse con tanto vigor en un ordenamiento constitucional que consagró una defensa extrema (si es que no absoluta, vista por si misma) de la propiedad en virtud de su esencia; o que el principio de proporcionalidad desarrollado en Alemania se haya extendido con tanto éxito por diversos países, incluido el nuestro.

**15.** El criterio económico para determinar si un acto es expropiatorio, en tanto se ha de determinar si hay un desplazamiento de valor económico hacia el Estado, en conjunción con un criterio formal que distinga entre regulación y expropiación, resultan problemáticos, por cuanto en regulaciones a la propiedad con carácter ambiental (Molinera y Curtidos Bas) o incluso en las declaraciones de Monumentos Nacionales, la colectividad o la nación toda se ven beneficiadas de ellas, lo que podría cuantificarse económicamente. En este sentido, la tendencia a reducir a los bienes a su valor económico, consecuencia de la abstracción progresiva de la propiedad, debe ser tomada tanto desde el punto de vista del regulador como del regulado, por cuanto resulta igualmente artificioso sostener que *toda* regulación implica un daño patrimonial en el sentido ya descrito, como asumir que los beneficios establecidos en favor de la colectividad y en desmedro del propietario *no pueden* valorizarse económicamente, restringiendo la procedencia de la expropiación a sus requisitos formales o a un desplazamiento económico al Fisco, pues la colectividad y la nación son también parte del Estado, solo que en otra dimensión.

**16.** Se ha criticado a la doctrina de las expropiaciones regulatorias por diversas razones. Las fundamentales, son que permite interpretaciones demasiado extensivas del contenido esencial de

la propiedad, obstaculizando el ejercicio de la potestad configuradora, y haciendo muchas veces imposibles las limitaciones a la propiedad en virtud de su función social. Por estas razones, dicha doctrina quizás haría bien en recurrir al esquema hohfeldiano para determinar las afectaciones de la propiedad, siendo consistente con su origen histórico, en vez de recurrir al blindaje elástico del núcleo esencial del dominio, que termina desdibujando la frontera entre limitación y privación. Sin embargo, y como se ve del desarrollo jurisprudencial norteamericano, el “manejo de derechos” tampoco es garantía de resolver esta indeterminación, pues a pesar de que la Constitución federal no establezca ni la función social ni una protección esencial de la propiedad, el medio jurídico de dicho país se ha visto enfrentado a los mismos problemas que los que han aquejado al medio nacional.

17. Resulta complejo asumir que las facultades y atributos del dominio constituyen la esencia de la propiedad. La tesis de Fuentes implica que en los bienes incorporales solo sería esencial la facultad de disposición, pues el uso y el goce están determinados por la regulación legal. En el caso de los bienes corporales, lo cierto es que no tiene mucho sentido asumir literalmente que las facultades y atributos constituyen el núcleo esencial, pues eso implicaría que cualquier reducción, por mínima que sea, puede legítimamente ser entendida como una afectación de dicha garantía, lo que a pesar de ser reclamado por los requirentes en todos los casos en que se alega una vulneración de dicha esfera protegida, en la práctica jurisprudencial no ha sido reconocido, pues toda regulación o “modulación”<sup>518</sup> de la propiedad implica una disminución de esas facultades o atributos. Por otra parte, la naturaleza corporal del bien resulta indiferente, pues dado el estado actual de nuestro medio jurídico, la propietarización de los derechos ha conducido a que el derecho sobre la cosa corporal sea entendido como un conjunto de poderes jurídicos que tienen que ver más con la dimensión subjetiva del propietario que con la cosa misma, lo que confunde

---

<sup>518</sup> Como les llama Fuentes (2018), p. 303

inevitablemente las dimensiones objetiva y subjetiva de la propiedad, como hemos visto.

**18.** Sostenemos que sería un despropósito mantener la institución del núcleo esencial del dominio en el texto a ser elaborado por la Convención Constituyente, pues lo único que ha generado es caos: una doctrina que ni siquiera está hablando de lo mismo al utilizar el mismo término de esencia, y una jurisprudencia que puede recurrir a elementos ideológicos en la colisión de los dos conceptos jurídicos indeterminados sobre los que ha tratado esta investigación. La idea de la esencia de los derechos por sí misma, establecida por el artículo 19 N° 26, en conjunción con los principios de proporcionalidad e igualdad ante las cargas públicas, es suficiente para lidiar con los problemas derivados de la tensión entre el interés individual y el colectivo, y en este contexto, el núcleo esencial no es más que una trampa que puede ser invocada ante cualquier regulación para obstaculizarla. Replicar la estructura tradicional del derecho de propiedad a nivel constitucional es extender indiscriminadamente la lógica del paradigma señorial a un nivel en que solo puede generar contradicción, pues mientras la Constitución ha llegado a reconocer, por la fuerza del desarrollo histórico, más de una función para el concepto jurídico de propiedad privada, el sistema del Código Civil solo reconoce una, y en virtud de ese fundamento, estableció la estructura consagrada por el artículo 582. Sacar esa estructura de su propio contexto, que es el Código Civil y las relaciones entre particulares, para establecerlo como una protección hipertrofiada en el nivel constitucional, solo ha conducido al entorpecimiento de la regulación legislativa y administrativa, así como a la obstaculización del avance del interés público en diversas situaciones, lo que implica, como ya hemos dicho, ir contra el texto mismo de la Constitución vigente, que garantiza la función social de la propiedad tanto como su función señorial. La esencia del derecho de propiedad corresponde a ambas funciones, no solo a la señorial, y si tiene aún algún sentido hablar de “esencia” de la propiedad, esta necesariamente ha de incorporar tanto el hecho de que el dueño tenga la libertad usar, gozar y disponer de sus bienes, como el que el legislador y la administración

puedan fijar los contornos de ese espacio, y para esto, resultan útiles tanto las ideas planteadas por Underkuffler, en relación a las concepciones de la propiedad (proteccionista y operativa), como el esquema elaborado por Hohfeld, al arrojar luz sobre las diversas relaciones jurídicas que se dan en el marco de la institución propietaria.

## VI. Bibliografía

- 1) Alexander, Gregory (1997). *Commodity and Propriety. Competing visions of property in American Legal Thought, 1776-1970*. Chicago: University of Chicago Press
- 2) Alexander, Gregory (2009). "The Social-Obligation Norm in American Property Law". *Cornell Law Review* 94 (4).
- 3) Aldunate, Eduardo y Fuentes, Jessica (1997). "El concepto de derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías del instituto", (Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso)
- 4) Aldunate, Eduardo (2006). "Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la Dogmática Constitucional de la Propiedad", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 33, N°2, pp. 285-303
- 5) Aldunate, Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile: Legal Publishing
- 6) Arnold, Rainer; Martínez, José Ignacio; y Zúñiga, Francisco (2012). "El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Estudios Constitucionales, Año 10* (N°1), pp. 65-116
- 7) Atria Fernando (2014). *Derechos Sociales y Educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: Editorial LOM
- 8) Atria, Fernando (2016). *La Forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons

- 9) Atria, Fernando (s/f). *Tratado del Dominio y la Posesión*. (en edición)
- 10) Cea Egaña, José Luis (2002). *Derecho Constitucional Chileno Tomo II*. Santiago: Editorial Universidad Católica de Chile
- 11) Cristi, Renato (2014). "La Génesis de la Constitución de 1980 y sus Claves Conceptuales: Función Social de la Propiedad y Bien Común", *Derecho y Humanidades* N° 23, 21-58
- 12) Cordero Vega, Luis (2014). "Prólogo" en Claudio Matute, *Expropiaciones Regulatorias. Aplicabilidad al Caso Chileno* (pp. V-XXIX). Santiago de Chile: Legal Publishing
- 13) Cordero, Eduardo (2006). "La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno", *Revista de Derecho* Vol. XIX (N°1), pp. 125-148
- 14) Cordero, Eduardo (2008a). "De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXI, pp. 493-525
- 15) Cordero, Eduardo (2008b). "El derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad"
- 16) Cordero, Eduardo (2015). "Naturaleza, Contenido y Principios del Derecho Urbanístico Chileno". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 22 (N°2), pp. 93-138
- 17) Cordero, Eduardo y Nuñez, Manuel (2014). "*Sobre el efecto contrario a la Constitución que puede generar la aplicación de los artículos 62 inciso 2° y 160 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcción. A propósito del traslado o retiro de la Industria Molesta sin derecho a indemnización*", Valparaíso, informe en derecho en el marco de las causas STC Roles N°s 2643-2014 y 2644-2014



- 18) Covarrubias, Ignacio (2014). “¿Emplea El Tribunal Constitucional El Test De Proporcionalidad?: 128 Sentencias Del Tribunal Constitucional En La Perspectiva De La Jurisprudencia Constitucional Alemana, De La Cámara De Los Lores Y Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 12 (Nº1), pp. 163-238
- 19) Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press
- 20) Dworkin, Ronald (2012). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa
- 21) Epstein, Richard (1985). *Takings. Private Property and the power of eminent domain* (Harvard University Press).
- 22) Faúndez, Julio (2011). *Democratización, Desarrollo y Legalidad: Chile, 1831-1973*. Santiago: Ediciones UDP
- 23) Fermandois, Arturo (2004). “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en: *Sentencias Destacadas 2004*, Libertad y Desarrollo, pp. 19-53
- 24) Fermandois, Arturo (2010). *Derecho Constitucional Económico. Regulación, Tributos y Propiedad*”, Tomo II. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile
- 25) Fermandois, Arturo (2016). “Curtidos Bas y Expropiación Regulatoria: Elevando El Estándar Constitucional para Cargas Gravosas a la Propiedad”, *Sentencias Destacadas 2015*, Libertad y Desarrollo.

- 26) Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2014). "El Derecho de Propiedad en el ordenamiento constitucional chileno: revision, evolución y estado actual", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Año LXXXII (N°235-236), pp. 25-56
- 27) Fuentes, Jessica (2018). *El Derecho de Propiedad*. Santiago de Chile: Der Ediciones.
- 28) García, José Francisco (2011). "El Tribunal Constitucional Y El Uso De 'Tests': Una Metodología Necesaria Para Fortalecer La Revisión Judicial Económica". *Revista Chilena de Derecho, Vol 38* (N°1), pp. 101-138
- 29) Garnsey, Peter (2007). *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*. New York: Cambridge University Press
- 30) Glackin, Shane Nicholas (2014). "Back to Bundles: Deflating Property Rights, Again". *Legal Theory, Vol. 20* (Issue 01), pp. 1-24. DOI: 10.1017/S1352325213000153
- 31) Guiloff, Matias (2016). "ElijaCuál 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 Blas", en Javier, Couso (ed.), *Anuario de Derecho Publico 2016* (pp. 152-167). Santiago de Chile: Editorial UDP
- 32) Guiloff, Matías (2018a). "La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena". *Revista Ius et Praxis, Año 24* (N° 2), pp. 621-648
- 33) Guiloff, Matías (2018b). "La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control para las intervenciones sobre el derecho de propiedad privada". *Estudios Constitucionales, Volumen 16* (N°2), pp. 271-306

- 34) Guilloff, Matias (2019). "En Defensa Del Casuismo: Reflexiones Acerca Del Control De Constitucionalidad De Las Limitaciones A La Propiedad Privada", *Estudios Constitucionales, Año 17 (Nº 2)*, pp. 265-300
- 35) Hart, H.L.A (1982). *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. New York: Oxford University Press.
- 36) Hohfeld, W. N. (1995). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México DF: Fontamara
- 37) Honoré, A.M. "Ownership", en "Essays in Jurisprudence: a Collaborative Work", edited by Anthony Gordon Guest, 107-147. Oxford: Oxford University Press, 1961
- 38) Horwitz, Morton (1992). *The Transformation of American Law, 1870-1960*. New York: Oxford University Press.
- 39) Johnson, Denise (2007). "Reflections on the Bundle of Rights", *Vermont Law Review, Vol. 32*, pp. 247-272
- 40) Kuhn, Thomas (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE
- 41) Macpherson, Crawford (2015). *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*. Madrid: Trotta
- 42) Martínez López-Muñiz, José Luis (1992). "Derecho de Propiedad y Proyecto de Reforma de Ley del Suelo", en José María Boquera (ed.), *"Derecho Urbanístico Local"*. Madrid: Civitas
- 43) Marx, Karl y Engels, Friedrich (2014). *La Ideología Alemana*. Madrid: Akal.
- 44) Matute, Claudio (2014). *Expropiaciones Regulatorias: Aplicabilidad al Caso Chileno*. Santiago de Chile: Legal Publishing

- 45) Novoa Monreal, Eduardo (1981). *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social* (5ª Edición). Madrid: Siglo XXI
- 46) Novoa Monreal, Eduardo (1983). *Derecho, política y democracia*. Bogotá, Colombia: TEMIS
- 47) Nozick, Robert (1974). *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Blackwell
- 48) Penner, James (1997). *The Idea of Property in Law*. New York: Oxford University Press
- 49) Peñailillo, Daniel (2015). *Los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica
- 50) Ponce de León, Viviana (2015). “La noción de Carga Pública y su función en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42 (Nº3), pp. 843-871
- 51) Quezada, Flavio (2011). *El Derecho de Propiedad Privada en la Constitución chilena. Un intento de sistematización* (memoria de prueba). Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- 52) Rajevic, Enrique (1996). “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 (Nº1), pp. 23-97
- 53) Ramirez, Alejandro (2020). “La Propiedad Blindada” en Juan Pablo, Ciudad (Ed.), *La Constitución Comentada* (pp. 95-97). Santiago de Chile: Editorial USACH
- 54) Ramis, Álvaro (2017). *Bienes comunes y democracia: Crítica del individualismo posesivo*. Santiago de Chile: LOM Ediciones

- 55) Ruiz-Tagle, Pablo (2018). “La propiedad en Chile y sus dilemas”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 51 (2° Semestre), pp. 199-230
- 56) Ríos, Lautaro (1986). “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 84 (N°2)*, pp. 57-73
- 57) Robilant di, Anna (2013). “Property: A Bundle of Sticks or a Tree?.” *Vanderbilt Law Review, Vol. 66 (N°3)*, 869-932
- 58) Salah, María Agnes (2016): *Fisonomía del Derecho de Propiedad sobre los Inmuebles: Evolución y Desafíos* (tesis doctoral). Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- 59) Underkuffler, Laura (2003). *The Idea of Property: its meaning and power*. Oxford University Press. DOI:10.1093/acprof:oso/9780199254187.001.0001
- 60) Villey, Michel (1976). “Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo”, 1ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, colección jurídica Serie Mayor, Valparaíso
- 61) Whitney, Zach (2002), “Regulatory Takings: Distinguishing Between the Privilege of Use and Duty”, *Marquette Law Review, Vol 86 (Issue 3 Winter)*, pp. 617-652

### **Bibliografía Digital**

- 1) Actas de la CENC, Tomo IV, Sesiones 116 a 148 (24-04-1975 a 26-08-1975), [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)
- 2) Actas de la CENC, Tomo V, Sesiones 149 a 181 (02-09-1975 a 13-01-1976), [http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_V\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_V_Comision_Ortuzar.pdf)

- 3) "Alianza para el Progreso: Documentos Básicos" (1961). Punta del Este, <http://www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/MC0016012.pdf>
- 4) Arriagada, Magdalena (2018). "Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión". DOI: 10.4000/revus.4095, ISSN: 1855-7112, URL: <http://journals.openedition.org/revus/4095>
- 5) Accatino, Daniela (2004). "Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad de Algunas Disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)", <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200009>
- 6) Blackstone, William (1753). "Commentaries on the Laws of England", <https://oll.libertyfund.org/page/blackstone-on-property-1753>
- 7) Bordalí, Andrés (1998). "La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental", <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3238>
- 8) Corbin, Athur L. (1922). "Taxation of Seats on the Stock Exchange", [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2929/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2929/)
- 9) Cordero Vega, Luis (2011). "La Corte Suprema y la Responsabilidad del Estado", <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2011/09/20/La-Corte-Suprema-y-la-responsabilidad-del-Estado.aspx>
- 10) Matute, Claudio (2019). "Expropiaciones Regulatorias. Aplicabilidad al Caso Chileno. Segunda Edición Actualizada", <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2018/42494558/v1/document/8b9fd3db-34ed-823d-0410-70e35756be75/anchor/8b9fd3db-34ed-823d-0410-70e35756be75>

- 11) Mirow, M.C (2011). "Origins of the Social Function of Property in Chile", [http://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=faculty\\_publications](http://ecollections.law.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=faculty_publications)
- 12) Underkuffler, Laura (1990). "On Property: An Essay", <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol100/iss1/3>
- 13) Villey, Michel (1976). La Génesis del Derecho Subjetivo en Guillermo de Occam, (transcripción del Capítulo VI de "Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo"; Valparaíso; Ediciones Universitarias de Valparaíso; colección jurídica Serie Mayor), <https://es.scribd.com/doc/128424110/Villey-Occam-y-el-derecho-subjetivo>

### **Jurisprudencia Nacional**

- 1) Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol 4309-2002 (18 de junio de 2002), <https://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-254742266>, [consultado el 10 de diciembre de 2020] STC Rol N° 253-97, de 15/04/1997
- 2) SCS Rol 16743, año 1984 (Galletué)
- 3) STC Rol N° 1295-08, de 6/10/2009
- 4) STC Roles N°s 1993-2011; 2043-2011; 2077-2011; 2078-2011; 2079-2011 ( acumuladas)
- 5) STC Rol N°1863-2010
- 6) STC Rol N° 1298-09, año 2009 (Gatica Fuentes con Soto Machuca)
- 7) STC Roles N° 245-246, año 1996 (Playas I)
- 8) STC Roles N°s 1141-08 y 1215-08, año 2009 (Playas II y III)
- 9) STC Roles N°s 505-06 y 506-06, año 2007 (Eléctricas I y II)
- 10) STC Rol N° 467, año 2006 (Puerto de Arica)
- 11) STC Rol N° 334, año 2001 (Rentas Vitalicias)
- 12) STC Rol N° 207, año 1995 (Deuda Subordinada)

- 13) STC Rol N° 2299-12, año 2014 (Santa Beatriz)
- 14) STC Rol N° 2644-14, año 2015 (Molinera)
- 15) STC Rol N° 2684-14, año 2016 (Curtidos Bas)
- 16) STC Rol N° 4269-18, año 2018 (Bellavista Oveja Tomé)

### **Jurisprudencia Extranjera**

- 1) Jacobson v. Massachusetts 197 U.S. 11 (1905).
- 2) Pennsylvania Coal Company v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922).
- 3) Penn Central Transportation Co. v. New York City 438 U.S. 104 (1978).
- 4) Agins v. City of Tiburon, 447 U.S. 255 (1980).
- 5) Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp. 458 U.S. 419 (1982).
- 6) Nollan v. California Coastal Commission 483 U.S. 825 (1987).
- 7) Lucas v. South Carolina Coastal Council 505 U.S. 1003 (1992).
- 8) Lake Shore & M.S.R. Co. c/ Kurtz (1894)
- 9) Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 11 de 1981

### **Legislación Nacional**

- 1) Código Civil de Chile (1855)
- 2) Constitución Política de la República de Chile (1925)
- 3) Constitución Política de la República de Chile (1980)
- 4) Ley General de Urbanismo y Construcción
- 5) Ley de Monumentos Nacionales



## **Legislación Extranjera**

### 1) Constituciones

- a. Portugal
- b. Italia
- c. España
- d. Alemania
- e. Colombia
- f. Perú
- g. Bolivia
- h. Venezuela
- i. EEUU