

LIMITACIONES, RESERVA LEGAL Y CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Enrique Petar Rajevic Mosler

Abogado, Ayudante de Teoría de la Ley,
Pontificia Universidad Católica de Chile

Este trabajo forma parte de nuestra memoria, dedicada al tema urbanístico¹. En él se revisa el estatuto jurídico de la propiedad privada y sus limitaciones en el ordenamiento jurídico vigente —básicamente el constitucional—, poniendo especial énfasis en la reserva legal de este derecho y su contenido esencial.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. EL DERECHO CIVIL

Parece existir cierto consenso en la doctrina a la hora de periodificar la evolución de la regulación constitucional del dominio en Chile, sin considerar los ensayos que precedieron a la Constitución de 1833² por su corta duración. Así, autores como José Luis Cea, Enrique Evans y Pedro José Rodríguez contemplan básicamente como etapas³: una que podría denominarse Propiedad Pri-

¹ "La Propiedad Privada ante los Planes Reguladores" (Estudio sobre las limitaciones del dominio en la esfera de la legislación urbanística), Memoria para optar al Grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho P.U.C.Ch., 1996.

² La primera Constitución que se pronuncia sobre el tema es la "Provisoria" de 1818, que reconoce que "...los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inadmisibles a su... hacienda", para expresar más adelante pintorescamente que "no puede el Estado privar a persona alguna de su propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aún en ese caso, con la indispensable condición de un *rateo* proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con *tropeltas e insultos*" (art. 9, cursivas nuestras), idea más bien conectada con la institución de las requisiciones militares propias de la guerra vivida; la de 1822 es marcadamente liberal en la materia (p. ej., arts. 47 N° 27, 216, 217, 221, 222), pues no sólo reconoce la libre disposición de los bienes, sino, además, llega a prohibir el establecimiento de impuestos, "sino en los casos muy urgentes, ...para salvar con la Patria las vidas y el resto de fortuna de cada uno". Sólo la disposición de 1821, obra de Juan Egaña, tiene características modernas (art. 117), pero sin contemplar la idea de limitaciones del derecho: "A ninguno puede privarse de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado de *notoriamente grave*, y con previa indemnización" (cursivas nuestras). La Constitución de 1828, por último, dirá en su art. 17 que "ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, o de aquellos a que tiene legítimo derecho, ni de una parte de ellos, por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial. Cuando el servicio público exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, e indemnizado de sus perjuicios en caso de retenersele". Al respecto, puede verse la sentencia "Barahona con Cora", R.D.J., t. 78, S. V, pp. 88-103, en consid. 11°, fs. 67 y ss., y la tesis de Mauricio Baeza H., "La Evolución de la Garantía Constitucional de la Propiedad en Chile", U. de Concepción, 1986. El texto de las diferentes disposiciones constitucionales puede verse en VALENCIA A., Luis, *Anales de la República*, compilación de Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1986.

³ Puede verse en RODRÍGUEZ, Pedro Jesús, "La Propiedad Privada", R.D.J., t. 69, 1972, 1ª parte, pp. 111 y ss.; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile*, Ed. Jdca. de Chile, 1967, y *Los Derechos Constitucionales*, t. II, Ed. Jdca., 1986, p. 161 y ss.; y CEA EGAÑA, José Luis, "Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980", XVIII Jornadas de Derecho Público, U. de Concepción, 1988, pp. 55 y ss.

vada Libre o Individualista (1833-1925); después, una de Propiedad Privada Limitada (1925-1967), que en 1967 pasaría a otra de Propiedad Privada Social⁴ (1967-1971); finalmente, la etapa actual, producto del quiebre de 1973 cristalizado en los textos constitucionales de 1976 y 1980. Este último ha logrado un paulatino consenso desde entonces, y será el objeto de nuestro análisis.

Conviene hacer una referencia a la primera etapa que hemos mencionado, particularmente porque en ella se forma la matriz civil de la propiedad, esencial para entender esta institución. En esa época se concibe al dominio como un derecho absoluto, según la típica noción liberal-individualista, y así lo recogen la Constitución de 1833 y el Código Civil de 1857. No es el momento de hacer una recapitulación de la historia constitucional de estas disposiciones. Revisemos sí, brevemente, los aspectos medulares de la propiedad como la plasmó Bello en 1857. Destacan para nuestros efectos las siguientes disposiciones:

Art. 582: *"El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno"*;

Art. 583.1: *"Sobre las cosas incorpóreas también hay una especie de propiedad..."*;

Art. 584: *"Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad..."*;

Art. 712: *"El dominio puede ser limitado de varios modos:*

1° Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición;

2° Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; y

3° Por las servidumbres".

Art. 819: *"Las servidumbres legales son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares.*

Las servidumbres legales relativas al uso público son:

*El uso de las riberas... que se regirá por el Código de Aguas; y las demás determinadas por los reglamentos y ordenanzas respectivas"*⁵.

De las normas transcritas se desprende que el dominio es un derecho real que confiere las facultades de gozar y disponer del objeto sobre que recae de modo arbitrario (esto es, sin que nadie pueda enjuiciarlo), y que sólo reconoce límites en la ley o el derecho ajeno, los que —siguiendo la idea de arbitrariedad y la cultura dominante— debieran ser los menos posibles.

Asimismo, la propiedad se estructura básicamente como un derecho sobre las cosas corporales, dando particular importancia dentro de éstas a los bienes raíces (basta ver cómo en el mensaje Bello se extiende respecto a este último aspecto), si bien se reconocen "especies" de propiedad, a saber, la que recae sobre producciones del talento o del ingenio (propiedad intelectual e industrial) y la que existe sobre cosas incorpóreas (propiedad sobre los derechos, que

⁴ Evans estima que una etapa anterior estaría marcada por la ley de reforma constitucional 17.450, que nacionalizó la Gran Minería del Cobre. Si bien esta reforma tiene aspectos de indudable interés, para la materia específica de las limitaciones al dominio resulta de poca importancia, por lo que no recogemos dicha idea.

⁵ Código Civil de la República de Chile, Ed. Jdca. de Chile, reimpresión de la 10ª Ed. oficial, aprobada por D.S. del 10/1/1990. Lo destacado es nuestro. Los artículos citados, en todo caso, no han sido modificados desde que este cuerpo legal entrara en vigencia (1857).

constituye una singularidad del código respecto de sus similares modernos que abandonaron esta distinción de Gayo⁶.

Las limitaciones que reguló el C.C. son básicamente de dos tipos. Por un lado, se refiere a aquéllas fundadas en el derecho ajeno. En este rubro parecería que caben aquellas que Bello denominó literalmente "limitaciones" ("De las Limitaciones del Dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria", Libro II, "De los Bienes", Tít. VIII). No obstante, éstas se originan básicamente a partir de relaciones que los particulares pueden pactar, en el plano de la libre contratación (art. 712), y que no parecen ser más que una extensión de las facultades de disfrute y disposición que competen al propietario. Por ello, no nos parece apropiado incluirlas dentro de las restricciones del dominio, pues éstas no aluden a un fenómeno de derecho privado, cuyo nervio inspirador es la autonomía de la voluntad, sino más bien a uno de derecho público, el cual es recorrido por el principio de legalidad. En ese sentido es que Mohor ha calificado a las limitaciones como "cargas públicas". Con mayor propiedad cabe dentro de los límites fundados en el derecho ajeno el abuso del derecho, sobre el cual existe una nutrida y variada doctrina⁷, y, según Claro Solar, también se incluirían "...las obligaciones que impone la vecindad de los inmuebles a sus respectivos propietarios"⁸⁻⁹, las que, para Pothier, se fundaban en un cuasicontrato, el de vecindad, idea que no tuvo éxito y fue superada por la doctrina del abuso del derecho. Por último, la ley es también fuente idónea para restringir las facultades

⁶ Al respecto puede verse el excelente libro de GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Las Cosas Incorporales en la Doctrina y el Derecho Positivo", Ed. Jdca. de Chile, 1995, que hace un notable y profundo estudio sobre el tema. Alguna observación, también, en nuestra memoria, nota 12 de p. 14, ob. cit. supra nota 1. Con todo, es menester recordar que en nuestro derecho la propiedad sobre las cosas incorporales no puede asimilarse en todo a la que recae sobre cosas corporales, particularmente cuando estas últimas consisten en derechos de crédito. Existen diferencias en torno a la forma de hacer la tradición (arts. 684 y ss. versus arts. 699, 1901 y ss. del C.C.) y el contrato de depósito (art. 2215 C.C.). Se discute, además, la posibilidad de poseer cosas incorporales cuando consisten en derechos personales y, en consecuencia, de reivindicarlas, ejercer acciones posesorias sobre ellas (en estas dos acciones la cosa pedida es, precisamente, la posesión) y adquirir su dominio por prescripción (a favor ROZAS V., Fernando, "Los Bienes", Dist. Forense. Santiago, 1984, N° 229, pp. 221-222; en contra, VODANOVIC, ob. cit., t. I, N° 676, pp. 168-169, y t. II, N° 781.1, p. 18). Pueden verse al respecto los arts. 715 y 2498 del C.C. Con todo, la visión tradicional sostiene que se trata de diferencias que más que plantear un derecho de otra categoría modalizan la propiedad frente a las características del objeto en que recae. GUZMÁN BRITO, en cambio, tras un exhaustivo y notable análisis histórico y dogmático sobre la propiedad de cosas incorporales, ob. cit., esp. pp. 105 y ss., estima que el aprovechamiento de las cosas incorporales *en sí mismas* es bien diverso del que existe sobre las corporales: así, las primeras no son susceptibles de uso, goce, tenencia y disposición material. Sobre ellas sólo cabe la facultad de disposición jurídica, y aun con ciertas limitantes. Lo que sí acontece es que "...los derechos reales y algunos personales legítiman para el uso, disfrute, disposición y tenencia, según el tipo de derecho, de la cosa corporal en que inciden... al efectivo desarrollo de esta legitimación en la cosa corporal de que se trate, lo mismo que a la efectiva práctica de la disposición jurídica de la cosa incorporal, los podemos llamar 'ejercicio del derecho'; también 'uso (o disfrute o goce) del derecho', en el entendido de que este uso es algo muy distinto al de las cosas corporales" (ibíd., p. 116).

⁷ Entre nosotros puede verse una síntesis en CLARO SOLAR, cit., pp. 146 y ss.; VODANOVIC, ob. cit., pp. 71-81, y ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed., 1991, pp. 186-9.

⁸ Ob. cit., p. 158; también VODANOVIC, ibíd., pp. 100-102; ABELIUK, ibíd., p. 190.

⁹ En este grupo están las servidumbres legales relativas a la utilidad de los particulares, muchas de las que se relacionan con la vida urbana, v. gr., la de medianería, luz y vista, cerramiento y demarcación.

des del propietario por el interés público, que en nuestro C.C. se entendía "como una emanación del privado, con el cual se identifica"¹⁰, lo que testimonia el propio código en instituciones como las asignaciones forzosas, la prohibición del pacto de indivisión por más de cinco años o de constituir fideicomisos o usufructos sucesivos (arts. 745 y 769, respectivamente), las establecidas en los arts. 611, 614, 620, 856, 916, 917, 940 y 941¹¹, etc. En la tesis de Mohor, que más adelante expondremos, se incluirían, como limitaciones al dominio, la nulidad, la resolución, el embargo y, en general, cualquier efecto que la ley incorpore como consecuencia necesaria, directa o indirectamente, de la voluntad manifestada por los particulares, y que constituyen normas de orden público dentro del derecho privado. Existe también en el código la idea de limitaciones de derecho público (o más bien, de interés público), expresadas en las servidumbres legales (arts. 819 y ss.) relativas al uso público, que incluyen el uso de las riberas en cuanto necesario para la navegación o la pesca, regido por el Código de Aguas, y las demás que determinen las ordenanzas. Estas últimas, según Alessandri, son enteramente análogas a las limitaciones de tipo urbanístico que se aprobarían más tarde bajo la Constitución del 25¹²⁻¹³, y muestran la visión del autor de nuestro Código. Es de interés señalar que las limitaciones establecidas por el Código Civil, salvo excepciones como la del 819, tienen un fundamento de tipo liberal que no resulta contradictorio con las ideas individualistas en boga. Dice Novoa que se basarían en la idea expresada en el punto IV de la Declaración de Derechos del Ciudadano francesa (1789), el cual expresa que "el ejercicio de los derechos de cada hombre no tiene otros límites que aquellos necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el ejercicio libre de los mismos derechos, límites que sólo pueden ser determinados por la ley", con lo que "los límites no han de ser entendidos como restricciones al contenido de éste que se contrapongan a su carácter pleno, absoluto e ilimitado, sino como que el ejercicio del derecho de un propietario no puede afectar al ejercicio del derecho análogo que corresponde a otros propietarios"¹⁴. No es, en rigor, un límite impuesto por el Estado al dueño, sino uno que deriva de la coexistencia de los diversos derechos de dominio, y que cobra especial relevancia en las llamadas "relaciones de vecindad".

¹⁰ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 111.

¹¹ CLARO SOLAR, ibíd., p. 162.

¹² ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, redactado por A. Vodanovic, Ed. Nascimento, 1949, t. II, p. 589.

¹³ Lo reconoció tempranamente la jurisprudencia, cuando en 1922 expresaba que no debían considerarse como quebrantamientos del dominio "las restricciones o limitaciones a que, a veces, está sometida la propiedad privada cuando se halla afectada a un servicio público, o cuando consideraciones de utilidad general o local imponen esas limitaciones", indicando que éste era precisamente el caso del art. 819. Agregaba después que "estas limitaciones o imposiciones adquieren mayor extensión en la esfera del derecho público, atendida su finalidad propia en razón de que los motivos que le sirven de fundamento tienden a satisfacer necesidades o conveniencias de interés general y están llamadas a servir a todos los ciudadanos". C. Sup., 8/9/1922. G. 1922, 2º Sem., Nº 11, y R.D.J., t. 21, S.L., p. 811.

¹⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Instrumentos Jurídicos para una Política Económica Avanzada. ¿El Derecho como Factor de Cambio Social?*, Ed. Depalma, B. Aires, 1987, p. 81. Por esta razón, Novoa dificulta que se pueda hablar en este caso de limitaciones, ya que no son verdaderas cargas impuestas al derecho, sino su misma configuración normal, por lo que prefiere denominarlas "límites".

Tras esta primera mirada, revisaremos la normativa constitucional atingente al tema.

2. LA PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE

El texto correspondiente está contenido en el artículo 19 de la Carta Fundamental:

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

Nº 24: *El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.*

Sólo la ley puede establecer... las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental...

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”¹⁵.

Revisaremos la actual regulación del siguiente modo: primero daremos una visión general (apartado 2.1) para después examinar el tema de la reserva legal de la propiedad (apartado 2.2) y las tesis que han surgido para deslindar dominio legal y reglamentario, con alguna jurisprudencia ilustrativa; luego revisaremos en detalle el alcance del contenido esencial del dominio (apartado 2.3, dividido en 6 subapartados: limitaciones, privaciones, derecho comparado, posibles sistematizaciones de las limitaciones, reseña de la discusión en la C.E.N.C., aproximación a la esencia del derecho). Continuaremos con un comentario sobre la categoría de los ‘derechos adquiridos’ y las ‘meras expectativas’ (apartado 2.4) y terminaremos analizando la función social de la propiedad (apartado 2.5 con 5 subapartados: concepto, función social y abuso del derecho, taxatividad de la función social, reseña de la discusión en la C.E.N.C., la tesis de la pluralidad de propiedades).

2.1. Visión general

La discusión de la garantía constitucional de la propiedad en la C.E.N.C. fue especialmente profunda y dilatada. Duró aproximadamente ocho meses en alrededor de treinta sesiones¹⁶. Sin perjuicio de que más adelante profundicemos la génesis de la norma en la llamada “Comisión Ortúzar”, queda claro que el esqueleto de la disposición —en lo referido a las limitaciones— se basa en el texto de 1967. En efecto, se habla de “obligaciones y limitaciones”, tal cual lo hacía esa norma, las cuales, al decir de la Comisión, “...no dan lugar, por cierto, a indemnización alguna, pero siempre que ellas no afecten la esencia del derecho ni importen privar a su titular de alguno de los atributos del dominio, pues

¹⁵ No transcribimos las disposiciones que reforzaron notablemente la indemnización (incisos 3, 4 y 5) por no ser razón principal de este trabajo.

¹⁶ Parte de estas sesiones puede encontrarse en la obra citada de EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos...*, t. II, pp. 361 y ss.

ello sólo podría tener lugar a través de la expropiación"¹⁷, idea reforzada en el art. 27 del anteproyecto (actual art. 19 N° 26), que protege la esencia de todos los derechos, y el inciso de la expropiación, ya que se dice que es en él "...donde debe residir la verdadera y real garantía constitucional del derecho de propiedad"¹⁸, a saber, que la expropiación sólo proceda en virtud de una ley e indemnizando oportunamente el daño patrimonial efectivamente causado. En caso contrario, podrá ejercerse el recurso de inaplicabilidad o protección (según el caso). Esta, podríamos decir, es la garantía 'material o sustancial' del dominio. Sin embargo, el constituyente también quiso dotar a este derecho de una garantía 'formal o adjetiva', reservando a la ley su regulación y limitación (reserva fortalecida al encabezarse con el adverbio "sólo" el inciso segundo del numeral respectivo).

El fundamento de las restricciones sólo puede ser la función social de la propiedad, enumerándose los componentes de ésta: los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. El informe de la Comisión dice que el dominio se sujeta a una función social "...implícita en él...", y que "...supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos"¹⁹.

Es claro, entonces, que el texto constitucional vigente busca reforzar las garantías del propietario frente a las intervenciones estatales²⁰ (lo que es aún más evidente si revisamos las normas relativas a la expropiación), tal cual se dice a lo largo de todas las declaraciones de los órganos que intervinieron en la redacción de la Carta Fundamental. Así, cuando el General Pinochet envía sus "orientaciones fundamentales" para guiar el trabajo de la Comisión recién formada (10/11/1977)²¹, postula la idea de una 'nueva democracia', caracterizada como "autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social", uno de cuyos pilares sería una estructura económico-social que reforzara la libertad del hombre frente al 'estatismo avasallador'. En ese contexto, el respeto del derecho de propiedad privada constituía una regla social básica.

Por su parte, la Comisión señala en el anteproyecto (16/08/1978) que la 'nueva democracia' contaría con mecanismos jurídicos para fortalecerla y protegerla de sus mayores enemigos (la "demagogia" y, especialmente, "el imperia-

¹⁷ El Informe de la Comisión está publicado en la Revista Chilena de Derecho, vol. 8, N°s 1-6, 1981. La cita es de la p. 214.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*, p. 213.

²⁰ No debe extenderse este reforzamiento al extremo, pues puede llevar a situaciones realmente inconvenientes. Un ejemplo es la reciente opinión del profesor Raúl Tavolari sosteniendo que no era constitucionalmente posible subastar bienes embargados en un juicio ejecutivo, ya que la Constitución sólo permite privar de la propiedad por expropiación, omitiendo expresamente la mención a la sentencia judicial como instrumento idóneo para privar del dominio que contenían la Constitución de 1833 y la de 1925 hasta 1967 (cfr. en Gaceta Jurídica N° 162, pp. 7-9). Dicha postura, totalmente rechazable, fue oportunamente rebatida por el profesor Alejandro Silva Bascuñán y María P. Silva Gallinato, quienes, en base a la historia fidedigna de la Carta Fundamental y los antecedentes de la Ley 16.615, demuestran con nitidez que "el dominio puede ser perdido como resultado de los compromisos libremente contraídos, en virtud del principio de la autonomía de la libertad" (cfr. en El Mercurio, p. A-2, 15/4/1994).

²¹ "Normas para la Nueva Constitución", del 10/11/1977, en Revista Chilena de Derecho, cit., p. 137.

lismo totalitario”); uno de ellos sería el reconocimiento del “...derecho de propiedad, ya que él constituye un fundamento de las libertades públicas y especialmente de la libertad política”²². Es una explícita ligazón entre libertad y propiedad, pues ésta evitaría que el Estado controlara o impidiera la libre actividad de las personas, aniquilando de este modo su “capacidad creadora”. Afirma también el informe que, mientras más respetuoso sea el Estado de este derecho, “...más libres serán el modo de vivir y la actividad de las personas”²³. En síntesis, la C.E.N.C. concibe al derecho de propiedad como una de las garantías “...de mayor trascendencia en nuestro ordenamiento institucional... a la vez que... reconoce la función social que está llamado a cumplir”.

El texto, además de regular el estatuto general de la propiedad adquirida y el derecho a la propiedad, se refiere especialmente a las propiedades minera, de las aguas, industrial e intelectual. La garantía establecida alcanza toda clase de bienes, cualquiera sea su relevancia patrimonial y la forma de propiedad (individual, comunitaria, etc.), pues se “ampara en forma amplia este derecho”²⁴.

Otra novedad es que se da rango constitucional a la propiedad sobre bienes incorporeales, hasta entonces reconocida sólo a nivel legal por el C.C. (ello hizo innecesario referirse en la Constitución a los contratos leyes, pues los derechos que de ellos emanan quedaban igualmente amparados). Ser reconoce así una situación tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, dado que en él, como ya hemos visto, la propiedad ha comprendido también las cosas incorporeales, que según el art. 565 del Código Civil consisten en meros derechos, los que pueden ser —al tenor del art. 576— reales o personales. Ahora bien, la acción de protección conectada con este artículo ha profundizado la “propietarización de los derechos” de que habla Vergara²⁵⁻²⁶, como puede verse en cualquier Repertorio. Sin embargo, ha de tenerse cuidado en que la garantía constitucional no se refiere a las “cosas”, sino a los “bienes”, esto es, sólo a las cosas que se

²² Informe de la Comisión N° 14, letra d), cit., p. 153.

²³ *Ibid.*, p. 212.

²⁴ Estas expresiones ya eran usadas por EVANS, en “Estatuto...”, p. 407, para calificar la situación postreforma del 67. Fueron recogidas expresamente en el debate de la Comisión Ortúzar, cuando las leyó su Presidente (Sesión N° 158) y Cea la cita en su “Tratado de la Constitución de 1980”, Ed. Jdca., 1988, p. 189, junto con otros textos que recalcan la amplitud de la garantía.

²⁵ Alejandro Vergara B. critica con fuerza esta extensión del concepto de propiedad, especialmente profundizada en los últimos años gracias al recurso de protección, en “La Propietarización de los Derechos”, Revista de Derecho de la U.C.V., Vol. XIV (1991-92), esp. pp. 282 y 283. Al respecto, cita ejemplos de esta jurisprudencia: propiedad sobre el empleo, sobre una concesión, sobre la calidad de estudiante universitario, sobre la facultad de desempeñarse como consejero de una asociación gremial, etc. Para Vergara se trata de un mecanismo útil para conferir seguridad jurídica, pero que tiene el inconveniente de conducir al concepto de propiedad hacia una crisis dogmática, relajándolo inevitablemente: “...al final —termina diciendo—, cuando ‘todo’ sea propiedad (derechos, técnicas, actos, ámbitos, situaciones, etc.), ... por lógica, al mismo tiempo nada va a ser propiedad, pues se habrá inundado completamente en medio de este exceso”. Para evitarlo, Vergara propone reconducir los ámbitos, posiciones y titularidades a lo que son jurídicamente, protegiéndolos y reconociéndolos desde esta perspectiva y no vía el instituto de la propiedad (por ejemplo, con la categoría de los derechos reales administrativos).

²⁶ Incluso se ha reconocido la propiedad sobre estos derechos en el plano del derecho público, cuando ellos deriven de actos administrativos y cumplan ciertas condiciones, contraviniendo la consabida fórmula de que “en derecho público no existen derechos adquiridos”. Cfr. en SOTO KLOSS, Eduardo, “Los Derechos Adquiridos en el Derecho Público Chileno (Réquiem para una inepia doctrinaria)”, R.D.J., T. 81, 1984, 1^{era} parte, pp. 13 a 23.

encuentran dentro de un patrimonio y no a cualquier interés subjetivo lícito²⁷. Lo mismo se aplica a la llamada propiedad intelectual o industrial (art. 584), que el Código consagra también como especies de propiedad. Cabe recalcar que la *garantía constitucional del dominio en nuestro país siempre se ha aplicado sobre todas estas manifestaciones de la propiedad*. Así la Constitución de 1833 protege la propiedad "sin distinción alguna"; igual fórmula emplea la Constitución de 1925 originalmente, cambiando en su reforma de 1967 a "el derecho de propiedad en sus diversas especies", texto que recogió la actual Constitución, agregando "sobre toda clase de bienes corporales e incorporales", lo que impide que el legislador pueda derogar o desconocer esta institución. Incluso se ha reconocido la propiedad sobre estos derechos en el plano del derecho público, cuando ellos deriven de actos administrativos y cumplan ciertas condiciones, contraviniendo la consabida fórmula de que "en derecho público no existen derechos adquiridos"²⁸.

Por último, el informe del Consejo de Estado, emanado el 1/7/1980, no contiene novedades de interés ni explica las modificaciones que realizó al proyecto de la Comisión.

2.2. *La garantía formal de la propiedad: reserva legal. Su deslinde con la potestad reglamentaria*

El primer rasgo que conviene destacar en nuestra normativa constitucional de la propiedad es la especial reserva legal de su regulación. Este elemento ya es apreciable con nitidez en el ordenamiento nacional desde 1967, si bien el texto de 1925 tenía igual sentido, a la inversa de lo que podía deducirse del Código Civil²⁹. El informe de la Subcomisión de Derecho de Propiedad formada por la Comisión Ortúzar resaltaba que las limitaciones serían sólo materia de ley, lo que se reforzaba con el adverbio "Sólo...". La inclusión en el texto de este término es propuesta por J. M. Eyzaguirre, presidente de la Subcomisión, que procuraba evitar "la posible interpretación consistente en que, en virtud de normas jurídicas de menor jerarquía que la ley, pudieran limitarse las facultades inherentes al dominio"³⁰, y si bien hubo subcomisionados que estimaron que sería una redundancia, se impuso la tesis de que era conveniente para reafirmar la reserva.

²⁷ Cfr. Guzmán Brito, ob. cit., pp. 240 a 244. En el mismo sentido puede verse un comentario de este autor a un fallo de protección: "Un nuevo derecho de creación judicial: el Derecho al Prestigio Profesional", en *Gaceta Jurídica* N° 191, mayo de 1996, pp. 18 a 22.

²⁸ Cfr. en SOTO KLOSS, Eduardo, "Los Derechos Adquiridos en el Derecho Público Chileno (Réquiem para una ineptia doctrinaria)", R.D.J., t. 81, 1984, 1ª parte, pp. 13-23.

²⁹ A pesar del "no siendo contra la ley" del art. 582 del C.C., el art. 839 remitía el establecimiento de las servidumbres legales relativas al uso público —que, como vimos, son homologables a las limitaciones—, a las Ordenanzas y Reglamentos respectivos. Por otro lado, en tanto el principio estuviera reconocido sólo en la ley, cualquier precepto legal posterior podía desdecirlo y deslegalizar la materia, confiándola a la Administración, como de hecho ocurrió en temas específicos (vimos en la primera parte el caso del Código Sanitario y la Ley de Municipalidades de 1891), al amparo de la falta de control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la cultura decimonónica fue siempre respetuosa de la propiedad, como lo confirma el que las primeras normas urbanísticas, que hoy se considerarían meras ordenanzas, fueran —como lo vimos— leyes. *Infra* cap. 5.

³⁰ Actas de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, en Sesiones C.E.N.C., N° 148, Anexo de Documentos, p. 70, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1977.

Es bien sabido que el constituyente del 80 invirtió el principio de dominio legal mínimo vigente con la Constitución del 25, ya que ésta, en su artículo 44, enumeraba 15 materias que "Sólo en virtud de una ley" podían ser reguladas, entendiéndose que el legislador era competente para normar no sólo éstas, sino también toda otra no incluida en esos 15 numerales y que no hubiese sido confiada expresamente a otro órgano. Desde 1981, por el contrario, rige el sistema de dominio legal máximo o taxativo, de modo que las materias no reservadas a la ley en el art. 60 de la Carta Fundamental ("Sólo son materia de ley: ...") competen a la potestad reglamentaria autónoma del Ejecutivo (en teoría³¹), en tanto las incluidas en el dominio legal sólo admiten regulación del Ejecutivo mediante potestad reglamentaria de ejecución³². Es este último el caso de la regulación y limitación de la propiedad, cuya reserva de ley se desprende de los arts. 19 N°s 24.2 y 26, y 60 N° 2³³.

El problema que nos ocupa es entender cómo se da esta relación de ejecución entre la potestad reglamentaria y la ley, máxime cuando en materias urbanas las limitaciones y obligaciones del derecho de propiedad se imponen mediante los planos reguladores, actos administrativos cuyo amplísimo campo de discrecionalidad podría atentar contra la rigurosa reserva legal del art. 19 N° 24.2.

Las limitaciones de derechos y garantías constitucionales, como se desprende del principio de supremacía constitucional (art. 6), no pueden establecerse, sino en la medida que la misma Carta Fundamental lo autorice (lo refrenda el art. 19 N° 26), casos en los cuales el instrumento a utilizar será la ley (v. gr., art. 19 de la Constitución en sus numerales 5, 7, 8, 11, 12, 16, etc.), con la única

³¹ Decimos "en teoría", pues la fórmula general del art. 60 N° 20 de la C.P.R., que incluye en el dominio legal "...toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico", hace que esta clase de potestad reglamentaria pierda mucha importancia. En efecto, en virtud de esta norma la potestad reglamentaria autónoma no podrá jamás regular las bases esenciales de un ordenamiento, cualquiera que sea (penal, civil, urbanístico, etc.). Cea califica a la potestad reglamentaria autónoma como "mera apariencia de innovación", dada la desmesurada extensión material del dominio legal que hace perder relevancia a su carácter taxativo: "...el catálogo taxativo del art. 60 contiene mandatos cuya sustancia preceptiva o capacidad normativa es disífnil, llegándose a la cima con el principio común consagrado en su último número. Pero, además, en dicho artículo hallamos remisiones a los códigos y también a las leyes que deben ser dictadas donde la Constitución exige que ellas regulen asuntos determinados. Una cuantificación somera de esta última especie de reserva nos indica que son 150, aproximadamente, las materias que la Constitución confía sólo al legislador y sustrae, consiguientemente, de la potestad reglamentaria..." (CEA E., José Luis, "Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980", Revista Chilena de Derecho, vol. 11, 1984, pp. 417 y ss., esp. p. 430). En igual sentido, este profesor comenta la disposición transitoria sexta de la C.P.R. Podrían citarse, tal vez, como ejemplos de potestad autónoma los decretos que crearon las comisiones de Verdad y Reconciliación (N° 355 del M. del Interior, 25/4/1990) y la de Ética Pública (N° 423 del M. del Interior, 5/4/1994).

³² Al respecto, puede verse CEA E., José Luis, *ibíd.* También MOLINA GUAITA, Hernán, "La Distribución de Materias entre el Dominio Legal y el Dominio Reglamentario", XVIII Jornadas de D. Público, cit., pp. 31 y ss., quien señala que el modelo vigente se inspira en el francés de 1958 (arts. 60, N°s 1 al 19, 32 N° 8 y 82 N° 12), pero atenuado con elementos del constitucionalismo clásico (60 N° 20 y disposición sexta transitoria). También pueden verse las sesiones N° 345, p. 2094, y 255, pp. 2278-9, de la C.E.N.C., en las Actas Oficiales.

³³ En efecto, el art. 60 N° 2 señala que "sólo son materias de ley: ...N° 2 las que la Constitución exige que sean reguladas por una ley". El 19 N° 24, en tanto, dice respecto de la propiedad que "sólo la ley puede establecer ...las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social". El 19 N° 26, finalmente, alude a que las limitaciones de derechos son materia de ley, lo que debe autorizar a la misma Norma Fundamental.

salvedad del N° 13, pues el derecho a reunión se somete a las disposiciones generales de policía, y el N° 6, en que el derecho a erigir templos de confesiones religiosas se condiciona a la ley y las ordenanzas (aunque este último caso no implica limitar el derecho en sí —que es la libertad de conciencia y de culto—, sino una de sus consecuencias, y más que autorizar la limitación del derecho habilita para su regulación). Baste ver, al respecto, el acuerdo expreso tomado en la sesión N° 212 de la C.E.N.C., el que indica que “primero, ...la regulación, complementación o interpretación de las garantías que asegura la Constitución corresponde exclusivamente al ámbito de la ley; segundo, que, por lo tanto, ni el Poder Administrador ni ningún otro Poder Público pueden atribuirse la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegura el texto constitucional”³⁴.

Como se ha dicho, “es sabido que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales ha sido entregada —excepción hecha del derecho de reunión...— a la reserva del legislador, en cuanto es éste el órgano estatal competente para dictar normas que permitan su más adecuada realización por sus titulares... Pero hay más: a fin de asegurar efectivamente que sea el legislador quien determine esa regulación, le prohíbe expresamente que delegue atribuciones legislativas en tal materia, de tal manera que jamás puede el Presidente de la República —en tal caso a través de D.F.L.— intervenir en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 61.2, C.P.R.)”³⁵. De este modo, no sólo se vedó a la potestad reglamentaria autónoma la regulación de derechos, sino que, también, se prohibió al legislador delegar sus facultades legislativas respecto esta materia a la Administración.

Sólo la ley, entonces, es apta para limitar derechos constitucionales. Ahora bien, el caso que nos interesa, esto es, el del art. 19 N° 24.2, tiene una particularidad especial: La reserva al dominio legal está encabezada por el adverbio “Sólo”, que no aparece en ninguno de los demás numerales del artículo que admiten limitación por ley (el art. 19 N° 22.2 no se refiere a una limitación), por lo que debemos entender que constituye una reserva particularmente vigorosa.

En nuestro medio pueden advertirse dos posturas para definir el deslinde entre la ley y los reglamentos de ejecución cuando se trata de materias reservadas a la ley, las que se han controvertido —especialmente— en relación a regulaciones reglamentarias del derecho a realizar actividades económicas lícitas (art. 19 N° 21 C.P.R.) o, eventualmente, del de propiedad (art. 19 N° 24 C.P.R.). La primera tesis —que llamaremos para efectos convencionales ‘extensiva’— es aquella que defiende la rigurosidad de la reserva legal, exigiendo que desarrolle completamente las regulaciones que caen dentro de ella (frecuentemente recogida en el T.C., especialmente fallos rol N° 146, 167 y 185). La segunda —que designaremos como ‘restrictiva’³⁶, en cambio, plantea que basta que los precep-

³⁴ Ob. cit., t. II, p. 148. En igual sentido, puede verse de CEA EGAÑA, “La Esencia de los Derechos y su Libre Ejercicio”, en Revista de Derecho Público N° 29-30, 1981, pp. 105-119, esp. letras C) y D) en pp. 114-115.

³⁵ Disidencia del Ministro Jordán y el Abogado Integrante Soto Kloss en la Sentencia del T. Constitucional recaída en el proyecto de ley sobre “Bases del Medio Ambiente”, rol N° 185, 28/2/1994, fs. 73 vta.

³⁶ Hago la calificación de ‘restrictiva’ y ‘extensiva’ desde el punto de vista del dominio legal, de modo que desde la óptica de la potestad reglamentaria los calificativos son inversos: a una visión ‘restrictiva’ del dominio legal corresponde una ‘extensiva’ de la potestad reglamentaria; a una postura ‘extensiva’ sobre aquél, una ‘restrictiva’ de la segunda.

tos legales contengan los principios fundamentales de la regulación reservada, pudiendo remitirse al Reglamento su ejecución o complementación; así lo sustentó el gobierno del Presidente Aylwin para defenderse de los requerimientos presentados contra actos de la Administración (además de los mencionados, el interpuesto contra el D.S. que aprobó el Plano Intercomunal La Serena-Coquimbo, rol N° 153 T.C.), recibiendo cierto respaldo jurisprudencial (votos de minoría en el T.C., sentencias de la Corte Suprema aprobando la restricción vehicular y del T.C. rol N°s. 183 y 242) y doctrinal (Reyes Riveros³⁷, cuya exposición seguiremos). A continuación analizaremos cada tendencia con más detalles y veremos la doctrina hispana sobre el particular.

a) Tesis extensiva

Ella exige que las normas legales desarrollen las materias reservadas a la ley hasta el máximo de determinación posible. Así toda regulación del ejercicio de un derecho debe ser mediante ley, correspondiendo al reglamento su sola ejecución y no el establecimiento de nuevas regulaciones en reemplazo de la ley (art. 32 N° 8, parte final), deviniendo en inconstitucional la ley que así lo admitiera.

En este sentido, Bertelsen ha lamentado la frecuencia con que la Administración, a través de Reglamentos, ha invadido el dominio legal, a veces, "a instancias del legislador que remite al Reglamento la regulación de determinadas materias que la Constitución incluyó dentro del dominio legal, remisiones que, está de más decirlo, son inconstitucionales"³⁸.

Soto Kloss, en uno de sus recientes artículos³⁹, insiste en esta doctrina —no en vano redactó el fallo del T.C. rol N° 185— al criticar las, a su juicio, constantes y flagrantes violaciones de la reserva legal cometidas por el Congreso Nacional en ejercicio de su potestad legislativa. Entre éstas incluye las remisiones normativas en materias propias del dominio legal, para que el Presidente de la República u otro organismo administrativo entre a regularlas, "...complementando o completando lo que al legislador le corresponde por imperativo constitucional y que no hace u omite"⁴⁰. Tal figura carecería de toda cobertura normativa en nuestra Constitución, que tan sólo previó la delegación de atribuciones legislativas en el art. 61 (D.F.L.), excluyendo expresamente —entre otras— las materias que correspondan al dominio legal y las comprendidas en las garantías constitucionales.

³⁷ REYES RIVEROS, Jorge, "El Estado como Regulador, mediante ley, del Ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Contralor de dicha Normativa", en R.Ch.D., vol. N° 20, N° 1, 1993, pp. 69-91, esp. 71.

³⁸ Comentario a la Sentencia del T. Constitucional sobre Letreros Camineros, rol N° 146, Revista Chilena de Derecho, vol. 19, p. 127.

³⁹ "En la forma que prescriba la ley. Nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales", en R.Ch.D., vol. N° 20, N° 3 (XXIV Jornadas de Derecho Público), 1993, pp. 687-693.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 690.

b) Tesis restrictiva

Para exponerla seguiremos a Reyes, quien plantea que el administrador puede, ejerciendo la potestad reglamentaria de ejecución, complementar –no sólo detallar– la regulación de las garantías constitucionales, pues *“la ley sólo establecerá los principios rectores de la normativa que regula el ejercicio de los derechos inherentes a la persona, de tal forma, que, por el desarrollo de la potestad reglamentaria, se integrarán a las normas básicas legales los preceptos de carácter reglamentario”*⁴¹; así al legislador tocaría seleccionar los aspectos y detalle de la materia que serían regulados directamente por la ley, definiendo con ello el dominio reglamentario –en ese ámbito– por vía de exclusión. Fundamenta la postura en: a) El carácter básico y general que corresponde a las normas legales, según se desprende del texto constitucional (art. 60 en sus numerales 4, 16, 18 y 20, particularmente este último), y b) El carácter general y complementario que poseen los reglamentos; si la ley no se atuviera a las puras disposiciones básicas, carecería de sentido la potestad reglamentaria de ejecución, lo que sería tanto más absurdo, si se recuerda que el sentido manifiesto de la Carta Fundamental en la materia fue acotar el dominio legal y expandir el reglamentario. Además cita numerosas leyes que emplean esta técnica: Ley N° 18.892, o General de Pesca y Acuicultura, que faculta al Administrador para imponer vedas y le entrega otra serie de facultades respecto de la actividad pesquera; D.F.L. N° 725 de 1967, o Código Sanitario, lleno de limitaciones entregadas a regulación reglamentaria; D.S. N° 458 de 1976, o Ley General de Urbanismo y Construcciones, que limita a los propietarios de bienes raíces urbanos; Ley N° 19.162, sobre clasificación de ganado, tipificación de la carne y funcionamiento de ganaderos, frigoríficos y otros establecimientos que manipulen carne; Ley de Bosques, etc.⁴². Ello se justifica por un asunto de eficacia y eficiencia, especialmente importante en materias como prevención de epidemias o graves enfermedades (control del ingreso de extranjeros o prohibición de extracción de moluscos afectados por la ‘marea roja’), planificación urbana, etc.

Asimismo, Reyes no ve inconveniente en que esta regulación se haga mediante prohibiciones, que pueden ser absolutas y relativas. Las primeras no podrían ser establecidas reglamentariamente. En las segundas, la ley puede pro-

⁴¹ Loc. cit., p. 83: “B) Contenido de la ley que regula el ejercicio de los derechos individuales”.

“El juicio indiscutido es que tal regulación es materia de ley... Frente a esta conclusión fundamental, cabe preguntarse si dicho instrumento jurídico posee el carácter de ley reglamentaria o si es sólo una normativa de tipo básico, es decir, que sólo contiene los elementos fundamentales de cada materia regulada. La misma interrogante se puede presentar así: las prohibiciones y los requisitos para ejercer derechos, o la regulación del uso de los derechos deben ser agotados en la ley, con lo que una veda o prohibición no podrá ser decretada, sino declarada por ley, con lo que todos los requisitos, condiciones y regulaciones tienen que estar consignados por ley, o bien, ésta sólo establece los principios básicos de tales asuntos”.

“La segunda de estas hipótesis es la que corresponde dar como cierta...” (y siguen los fundamentos reseñados arriba).

⁴² Aquí aparece de manifiesto la discrepancia planteada. Las normas que Reyes, en el trabajo recién citado, daba por constitucionales (Ibíd. p. 89), como los arts. 2 y 3 de la Ley 19.162 o las disposiciones de la Ley de Pesca y Acuicultura, son calificadas expresamente de inconstitucionales por Soto (loc. cit., p. 690).

hibir con generalidad el ejercicio de un derecho, para que, mediante un *permiso de policía* o *acto administrativo de autorización*, el administrador remueva, para un caso individual, la prohibición legal establecida. Para otorgar esta autorización, los órganos del Estado estarían “dotados de facultades más o menos discrecionales, pues deben apreciar el mérito del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios y de las finalidades que la prohibición legal persigue”⁴³. Ejemplos de este mecanismo serían el otorgamiento de licencias de conducir (arts. 5 y ss. de la Ley N° 18.290) y permisos de construcción (art. 116 de la L.G.U.C.), ambas situaciones perfectamente normales. De esta manera el Estado completa la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales⁴⁴.

c) Jurisprudencia

Nuestra jurisprudencia ha tenido algunas ocasiones recientes para abordar este polémico tema⁴⁵. En el fallo del T.C. sobre Letreros Camineros⁴⁶, rol N° 146, 21/4/1992, se reconoció la tesis ‘extensiva’ sobre la reserva legal de la regulación del dominio. Este declaró que el decreto que prohibía instalar avisos publicitarios en las fajas adyacentes⁴⁷ de los caminos públicos constituía una norma reglamentaria que imponía limitaciones –más bien, privaciones– al ejercicio del derecho de propiedad de los dueños de esas fajas, vulnerando así la reserva en comento. Estas restricciones “impiden a los propietarios usar y gozar de los legítimos beneficios que podrían aportarles los contratos de arriendo u otras convenciones que celebraren para los efectos de propaganda comercial o publicidad caminera” (cons. 18); no cabe fundar el Decreto en leyes que permitieran al Reglamento establecer requisitos para autorizar la colocación de avisos⁴⁸, pues “...si bien es efectivo que el legislador, haciendo uso de su facultad de ‘regular’, puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarro-

⁴³ *Ibíd.*, p. 72, N° 5.

⁴⁴ Revisando el art. 19 de la C.P.R. en sus números 21 y 24, estima que es factible incluir dentro de la regulación de estas garantías prohibiciones del tipo relativo: “*Cabe preguntarse si la ley puede o no establecer prohibiciones en relación al ejercicio de las actividades económicas lícitas.*”

El concepto de ley que puede extraerse del art. 60 N° 2 de la Carta Política, determina que lo propio de la ley es que estatuya las bases de un ordenamiento jurídico y un ordenamiento jurídico puede contemplar prohibiciones. Lo anterior se ve reforzado con la norma más que centenaria del artículo 1° del Código Civil, que establece que el objeto de la ley es el de mandar, prohibir o permitir. Regla es estatuto, Constitución... precepto. Precepto es un mandato u orden de un superior. Entre ellos se refiere a los del Decálogo, que son en su mayoría prohibiciones.

Luego, la ley puede prohibir el ejercicio de actividades con las cortapisas del art. 19 N° 26”.

Más adelante, y en torno al 19 N° 24 expresa que “*limitar significa poner límites, acotar. fijar la mayor extensión de algo, todo lo cual supone, según los casos, prohibiciones*”. *Ibíd.*, p. 82.

⁴⁵ Sobre los fallos del T.C. relativos a este tema, puede verse ZAPATA L., Patricio, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago de Chile, 1994, pp. 193-202.

⁴⁶ Publicado en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, p. 119-125, con comentario de R. Bertelsen.

⁴⁷ Se trató del D.S. N° 357. Faja adyacente es la comprendida paralelamente en los 300 metros exteriores al borde del camino y a todo su largo.

⁴⁸ Art. 16 del D.F.L. N° 206 de 1960, conocido como “Ley de Caminos”, y 104 de la Ley N° 18.290 o “Ley del Tránsito”.

lizar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al... art. 60 N° 2... estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador... (cita el art. 19 N° 21.1). En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse" (cons. 19). Además, regular, dice el fallo, es "establecer las normas conforme a las que algo debe ajustarse", pero no puede ser pretexto para que se impida el ejercicio de una actividad, y menos reduciendo gravemente el derecho de uso, goce y disposición, en términos de afectar la esencia del derecho.

Se trata, sin embargo, de un fallo dividido (4 por 3); la disidencia sostuvo que el decreto impugnado era constitucional, toda vez que la Constitución de 1980 había ampliado la potestad reglamentaria en relación a la Carta de 1925. La limitación, *in casu*, estaba establecida en la ley -D.F.L. N° 206- que "...autoriza la dictación del Reglamento contenido en el D.S. N° 357. A lo cual cabe añadir que se trata de una limitación muy restringida y especial..." (cons. 6). Conviene advertir que Reyes, en el trabajo recién citado, expresa que no comparte los fundamentos del fallo, pero sí su resultado, dado que en el caso concreto la Ley de Caminos y del Tránsito establecieron una prohibición de tipo relativo en relación al aviso, y no absoluta, como resultaba del D.S. impugnado⁴⁹.

El T.C. ratificaría su primer pronunciamiento en los mismos términos, menos de un año después, en un nuevo fallo sobre publicidad caminera relativo a un decreto del Ministerio de OO.PP., rol N° 167⁵⁰, 6/4/1993, también con votación dividida.

Más nítidamente se aprecia una postura 'extensiva' en relación a la reserva legal en el fallo del T.C. referido al Proyecto de Ley sobre "Bases del Medio Ambiente" (rol N° 185, 28/2/94), que, al controlar la constitucionalidad del proyecto, rechazó su artículo 49, que permitía establecer regulaciones de carácter permanente para las emisiones contaminantes del aire, aplicable cuando se sobrepasa el nivel de contaminación constitutivo de una "situación de emergencia ambiental", y cuyo objetivo era fijar emisiones máximas que permitieran recuperar un nivel de normalidad. Agregaba la norma -y esto es lo cuestionado- que "excepcionalmente, sólo cuando resulte indispensable para recuperar la normalidad de los índices de calidad ambiental y exclusivamente por el período

⁴⁹ Loc. cit., p. 91, 1) (Si bien en esta parte hace referencia al D.S. N° 319 de 1991, entiendo que se estaría refiriendo al D.S. N° 357 de 1991 que fue el anulado).

⁵⁰ Revista Chilena de Derecho, vol. N° XX, N° 1, 1992, pp. 124-131. Se trató de un decreto del M.O.P., que aumentaba las distancias mínimas que debían observarse entre letreros de publicidad en los caminos públicos de 300 a 1.000 metros, y las exigidas respecto de "puntos peligrosos" de 300 a 500 metros. El decreto se fundaba en la Ley de Caminos y la Ley N° 18.290 (arts. 104 y 105), y se le impugnó por vulnerar la reserva legal del 19 N° 21 y 24, y por infringir el 19 N° 26. El fallo acoge el requerimiento en cuanto a la vulneración del art. 19 N° 21, solamente, dado que el administrador estaría regulando el ejercicio de garantías constitucionales sin estar autorizado por la Constitución, y de modo tal, que estaría obstaculizando o impidiendo la ejecución de actos lícitos amparados por el art. 19 N° 21. Existe voto de minoría del Ministro Velasco y el Abogado Integrante Colombo, que rechaza el requerimiento, como también de los Ministros Bulnes y García, que estimaban que procedía también acoger la objeción planteada en atención al 19 N° 24. (Lo que no prosperó, porque el Ministro Jiménez previno que no estimaba procedente pronunciarse sobre la segunda causal, habiéndose anulado ya el decreto por la primera). Puede verse un comentario y resumen en ZAPATA, ob. cit., pp. 197-8.

necesario para ello, dichas regulaciones podrán comprender *restricciones totales o parciales* al uso de vehículos motorizados contaminantes y *prohibiciones totales o parciales* de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental”, regulaciones cuya imposición se haría mediante D.S., el cual debería señalar “las autoridades encargadas de su aplicación y fiscalización y establecer(á) las obligaciones de medición y control que correspondan”. Por último, las regulaciones deberían dictarse según el procedimiento establecido en el art. 32.3 de la ley (que también remitía esta materia a un Reglamento). El razonamiento de la mayoría estableció que si bien el art. 19 N° 8.2 de la Carta Fundamental admite que con el fin de proteger el medio ambiente se establezcan restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, “...ello es de reserva legal, es decir, es de competencia exclusiva y excluyente del legislador” (cons. 12.a); lo mismo reza para las restricciones del dominio (19 N° 24.2) –caso del uso de los automóviles– y del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (19 N° 21) –caso de las empresas–. Contrariando estas normas, en el proyecto no sería la ley “la que establece las condiciones o requisitos, sino que se reenvía ello a la determinación que haga el Presidente de la República mediante un ‘acto administrativo reglamentario’” (lo que también desconocería los arts. 6, 7, 1.4 y 5 de la Constitución). Concluyendo, la sentencia declara inconstitucional el artículo impugnado por vulnerar una doble reserva legal; en un caso, la establecida por los arts. 19 N°s 8.2 y 24.2 de la Constitución, y, en otro, por los arts. N°s 8.2 y 21. (Además se estimó que también la esencia de los derechos en juego resultaría afectada, con lo que se violentaría el art. 19 N° 26 de la Carta.) Es interesante hacer notar que si bien hubo un voto disidente, estableciendo la constitucionalidad de la norma⁵¹, hubo también otros en el extremo opuesto, objetando que no se hubiesen declarado inconstitucionales otros artículos del proyecto que violentarían otras reservas legales, al permitir la regulación de esas materias por el Ejecutivo⁵². Se trata, por cierto, de una doctrina jurisprudencial bastante rígida y hasta peligrosa⁵³.

⁵¹ En este aspecto hubo sólo un voto disidente: El del Ministro Colombo, quien estimó que las limitaciones establecidas estaban autorizadas por el 19 N° 8.2 y tenían por objeto el bien común, cuyo logro es deber de la autoridad (lo señala el artículo 1.3 de la Constitución). Además, “...para seguridad de los afectados (la ley) contiene los recursos jurisdiccionales necesarios para evitar que el Poder Ejecutivo pueda vulnerar garantías constitucionales ejerciendo las atribuciones que la ley en consulta le confiere” (Cons.8, fs. 72 vta.-73).

⁵² En efecto, Soto Kloss y Jordán estimaron que el T.C. también debía pronunciarse sobre el artículo 32 del proyecto, dado que era “traído, insertado e incluido en el artículo 49” (el declarado inconstitucional), el que sí era materia de L.O.C. y debía ser, entonces, controlado y rechazado, porque involucraría una regulación de derechos fundamentales “...por la vía simplemente reglamentaria mediante una remisión que le haga (hace) el legislador, pues ello, además de infringir claramente las competencias que ha establecido el constituyente, significaría un verdadero fraude a la Constitución, lo que debe declararse perentoriamente inadmisibles; más aún si se considera la notoria discrecionalidad administrativa que ello conlleva y en una materia ostensiblemente delicada, tanto respecto de los derechos de las personas como respecto de la actividad económica del país” (fs. 74). El Ministro Jiménez, en tanto, previno que, estando de acuerdo con el fondo de esta tesis, no lo estaba con calificar el art. 32 del Organismo Constitucional, por lo que estimaba que no podían pronunciarse sobre él. Es decir, la idea de fondo (no admitir la remisión de la regulación de derechos fundamentales a la Administración) obtuvo 3 votos. Por otra parte, Soto Kloss tiene una prevención en que se manifiesta partidario de declarar inconstitucionales otros 3 artículos (los números 13, 14 y 35) por la misma razón (fs. 79 y 79 vta.).

⁵³ Ha dicho Zapata: “Si la doctrina jurisprudencial de “*Bases del Medio Ambiente*” llega a consolidarse, todas las muchísimas regulaciones razonables y legítimas que deben imponerse

Curiosamente, la Corte Suprema ha tenido una postura 'restrictiva' sobre el dominio legal, al revisar una situación idéntica a la del rol N° 185 del T.C. En efecto, las restricciones a la circulación vehicular —materia que el artículo rechazado por el T.C. normaba (art. 49)— han sido impuestas en los últimos años aplicando los arts. 113 y 118 de la Ley N° 18.290, cuyo texto es absolutamente más vago y genérico que el de la norma suprimida por el T.C. Interpuesta una acción de protección contra un decreto que establecía una restricción vehicular fundado en el citado art. 118, la Corte dictaminó que aquél se ajustaba a derecho, pues no atentaba contra la esencia del derecho de propiedad ni era arbitrario, toda vez que es "es... un hecho notorio que la drástica restricción vehicular ha constituido, por lo menos hasta ahora, el medio más idóneo y plausible para combatir tan grave problema (la contaminación del aire)"⁵⁴; omitió, así, cualquier referencia al tema de la reserva legal, y no precisamente por ignorancia; incluso tras la rigurosa sentencia N° 185 del T.C. no hubo variación en la doctrina del alto Tribunal, en orden a admitir como lícita la imposición de la restricción, aun cuando los recurrentes citaron expresamente dicho fallo y los argumentos en que se sustentaba⁵⁵.

Cabe consignar que una cuarta resolución del T.C. sobre la materia parece contradecir la estricta tesis de los tres veredictos anteriores y acercarse a una postura 'restrictiva' de la reserva de ley. Se trata de una sentencia sobre Tarifas de Peajes⁵⁶, rol N° 183, 17/5/94, que, analizando la reserva legal tributaria, estimó ajustado a derecho el D.S. N° 434 del 13/1/94, dictado en cumplimiento de la Ley N° 14.999 de 1962. Esta autorizaba al Presidente de la República para "establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime conveniente, fijando su monto", y determinar "los vehículos que no pagarán esta contribución"; el tribunal resolvió que los peajes eran un tributo y que, en el caso analizado, respetaban la legalidad tributaria exigida por el art. 19 N° 20 de la C.P.R., pues su observancia no exigía más que una ley que autorizara al Presidente para imponerlos. Se trata, esta vez, de caer en el extremo opuesto al del rol N° 185, situación también peligrosa. Hubo voto de minoría, de parte del Ministro García, en orden a establecer que la reserva en comento exigía que la propia ley singularizara el tributo, precisando su forma, proporcionalidad o progresión; la indeterminación de la Ley N° 14.999 equivaldría a la ausencia del fundamento legal indispensable para imponer un tributo. Parece haber aquí un vuelco en el sentido de ampliar la potestad reglamentaria, si bien es obvio que el tema no es para nada pacífico y necesita decantarse, como ha expresado el mismo Zapata⁵⁷.

Un último alcance nos merecen las sentencias que hemos comentado. Cuando el T.C. ha declarado que se quebrantó la reserva legal del 19 N° 24.2, ha afirmado simultáneamente la vulneración del contenido esencial (19 N° 24.3 y

cotidianamente al ejercicio de derechos individuales tendrían que no sólo ordenarse por ley, sino que también especificarse en una ley. Tal situación conduciría, con toda seguridad, o bien a la saturación y desnaturalización de la actividad legislativa, o a la abdicación del Estado de su deber de promover el Bien Común". *La Jurisprudencia...*, ob. cit., p. 199.

⁵⁴ Fallos del Mes N° 379, pp. 307-309, esp. cons. 4°.

⁵⁵ Vid. "Gaceta Jurídica" N° 171, septiembre de 1994, pp. 44 y ss., especialmente el considerando séptimo (p. 47).

⁵⁶ Tomamos los datos de este fallo de Zapata, ob. cit., pp. 200-202.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 202.

Nº 26). No existen casos en que solamente se anule una norma por violentar la reserva legal, como si existiera una suerte de tolerancia o indiferencia a este respecto. Tampoco conocemos un fallo en tal sentido de la Corte Suprema. Hay, sin embargo, una interesante sentencia de la C.A.A. de Valparaíso (29/3/1995) en reclamación de ilegalidad contra gobierno regional⁵⁸. El Plan Regulador Intercomunal del Valle de Auco estableció una "zona de preservación", donde se estableció un mínimo de subdivisión predial de 40.000 m². Ante el reclamo del dueño de un inmueble ubicado en la zona, que quería subdividirlo según las normas del D.L. 3.516, la Corte señaló que este D.L., en su art. 1º, permite la división de los predios de aptitud agrícola, ganadera o forestal ubicados fuera de los límites urbanos o de los Planos Intercomunales de Santiago, Valparaíso y Concepción, hasta un mínimo de 5.000 m², y no era admisible que una resolución administrativa modificara dicho texto legal (como ocurría en el caso de aumentarse ese mínimo a 40.000 m²), por lo que ésta debía ser anulada (cons. 10 y 11). También existe un dictamen de la C.G.R., que declaró inconstitucional las cesiones exigidas en la Ordenanza General de Construcciones (D.S. Nº 47/92 del MINVU) en los casos de crecimiento por densificación (art. 2.1.3.), al no estar éstas contempladas expresamente en el texto de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (arts. 65 y 70)⁵⁹.

d) La solución española

Para cerrar el tema del dominio de la reserva legal, resulta interesante revisar la doctrina hispana sobre este punto, pues su ordenamiento constitucional garantiza, mediante reserva legal, la regulación de los derechos y libertades, entre los que está el derecho de propiedad (art. 53.1).

García de Enterría se pregunta si sería constitucional una ley que diera a la Administración una cláusula general de habilitación para "construir a su albur intervenciones o limitaciones de los derechos de sus ciudadanos o de sus condiciones de ejercicio", y niega esta posibilidad citando una sentencia del Tribunal Constitucional: "El principio (de reserva de ley) no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador... que produce(n) una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para imponer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir"⁶⁰.

Barnés, en relación a este punto, expresa que "el legislador tiene vedada toda disposición relativa al contenido esencial; su tarea se traduce en articular y modalizar el derecho, concretar las amplias posibilidades que permite su definición normativamente abstracta; la ley habrá de colmar y dar complitud, hasta

⁵⁸ "Gaceta Jurídica", Nº 178, abril de 1995, pp. 101 a 103.

⁵⁹ Dictamen 1892/96.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, reimpresión de la 3ª ed. de 1991, 1992, p. 111. La sentencia citada es del 24 de julio de 1983.

donde su capacidad normativa lo permita, al contenido constitucional de los derechos, puesto que, de lo contrario, incurriría en una deslegalización de una materia reservada, con todo rigor, al Poder Legislativo⁶¹. De este modo, y como ha señalado un autor, no se trata de una reserva de ley meramente formal, sino también material⁶². Ahora bien, trasladado el tema al ámbito específico de la propiedad, surge un problema adicional, pues en el sistema constitucional español la propiedad no sólo goza de la reserva legal genérica del 53.1, común a todos los derechos y libertades, sino también de una reserva legal específica en virtud del 33.2.

Parejo Alfonso estima que la ley debe regular por sí todo cuanto sea susceptible de ser regulado por normas legales, caracterizadas por su "generalidad, abstracción y vocación de permanencia... Alcanzando el punto en que la ley, razonablemente, no pueda ir más allá, por la propia naturaleza del objeto normado, debe entenderse que cesa la exigencia... de la reserva material de ley, abriendo paso a la posibilidad de la colaboración de ésta con el Reglamento, tal como autoriza desde luego el art. 33.2"⁶³.

1.3. *La garantía material de la propiedad: la esencia del derecho*

El segundo aspecto que merece destacarse de la normativa constitucional sobre el dominio es el respeto de su contenido esencial, que deriva tanto de la cláusula genérica del 19 N° 26 como también del mismo 19 N° 24.3, los cuales señalan:

Art. 19. "La Constitución asegura a todas las personas:...

N° 24. El derecho de propiedad...

(...)

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.

(...)

N° 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*".

Revisando la última disposición, el T.C. ha sostenido que su misión no es conceptualizar la esencia de los derechos en términos de filosofía jurídica, sino

⁶¹ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La Propiedad Constitucional. El Estatuto Jurídico del Suelo Agrario*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 598.

⁶² Se trata de SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. C. de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 784, citado en el sugestivo trabajo de José María BOQUERA, "La Limitación de la Propiedad Urbanística según la Constitución", p. 53, en "Derecho Urbanístico Local", BOQUERA, José María, Ed. Civitas, 1992. Este artículo muestra en forma clara la evolución del tema en el derecho español, por lo cual volveremos a él, al introducirnos al tema urbanístico propiamente tal.

⁶³ PAREJO ALFONSO, Luciano, "Derecho Urbanístico: Instituciones Básicas", p. 35, cit. por Barnés, ob. cit., p. 475. Con todo, dada la importancia de este tema en materia urbanística, lo profundizamos en nuestra memoria "La Propiedad...", cit., pp. 200-207.

que debe "...desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal, que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica"⁶⁴.

Comentando esta norma, Cea ha sostenido que la seguridad garantizada comprende "el fin esencial asignado al Derecho en su concepción positiva"⁶⁵, de modo que es necesario buscarlo para conocer cuál es el núcleo del derecho subjetivo. Este puede aparecer en el mismo texto constitucional, caso en que "debe ser interpretado para fijar su sentido. Esa interpretación debe ser extensiva en favor del titular del derecho y restrictiva respecto de la competencia asignada a la autoridad legislativa para regularlo, complementarlo, limitarlo o restringirlo". 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"⁶⁶. De este modo, la esencia de un derecho queda al criterio de la Jurisprudencia, "que debe modelar tales conceptos, porque es tarea de interpretación. Esta tiene que ser hecha buscando el sentido objetivo y que... es la finalidad de las normas no en sí mismas, sino que conectadas con la evolución social y la idea de justicia también progresiva. El Capítulo I de la Constitución se torna aquí capital"⁶⁷.

La formulación de una "esencia" de los derechos, como un concepto jurídico indeterminado que les sirva de garantía, proviene —como ya dijimos— de la Ley Fundamental de Bonn (Grundgesetz)⁶⁸, que en su art. 19 dispone:

"Cuando, de acuerdo con la presente Ley Fundamental, un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia"*⁶⁹.

Este contenido esencial (Wesengehalt) de los derechos ha sido recogido también en el ordenamiento español, cuya doctrina nos es más accesible por motivos de idioma. El art. 53.1 de la Constitución de 1978 dice que:

"Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades"⁷⁰.

⁶⁴ Sentencia T.C., rol N° 43, 24/2/87, R.D.J., t. 84, S. VI, pp. 4 y ss., esp. cons. 20 y 21. Citado en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia de la Constitución Política de la República, pp. 98-99.

⁶⁵ CEA EGAÑA, José Luis, *La Esencia de...*, ob. cit., p. 112.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 116.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 117.

⁶⁸ Cfr. en nuestra memoria, supra nota 1, cap. 1.5.5.

⁶⁹ BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, "La Propiedad Constitucional. El Estatuto Jurídico de Suelo Agrario", Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 174, notas 14 y 16. También puede verse, con ligeras variaciones, en PAREJO ALFONSO, Luciano, "La Garantía del Derecho de Propiedad y la Ordenación Urbanística en el Derecho Alemán I", R.E.D.A. N° 17, 1978, p. 245.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 165.

La noción de contenido esencial se encuentra especialmente clara en una sentencia del Tribunal Constitucional Español de 1981, que recayó en un recurso de inconstitucionalidad sobre el derecho de huelga, y cuyo ponente fuera el destacado civilista Luis Díez-Picazo. Esta resolución señala las vías para indagar el contenido esencial: "Entendemos por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo..." "Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga"⁷¹. Ya veremos la aplicación de estos criterios al dominio.

El contenido esencial, como hemos visto, 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, el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución⁷². 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 cosas⁷³. Barnés plantea, empero, que no se debe desconectar del derecho positivo, puesto que el contenido esencial debe descubrirse "desde -y conforme a- la Constitución"⁷⁴. Un último alcance de este autor nos parece indispensable: esencial no equivale a mínimo, pues entonces de poco valdría la garantía, sino a sustancial, que es "lo más noble o principal, el esqueleto o elemento arquitectural, lo permanente"⁷⁵. Se trata de garantizarle a las personas un *plus*, y no una *armazón desnuda*.

En el caso de nuestro derecho positivo, la Carta Fundamental parece tener como base la plenitud de todos los derechos. Así el art. 19 N° 26 indica que su limitación es excepcional, ya que procede "en los casos en que ella lo autoriza", y sin que con ella se pueda afectar "su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". La misma idea de plenitud se desprende del art. 1°, especialmente en su primer y tercer inciso, del art. 5.2 y de todo el art. 19. Sin embargo, es evidente que los derechos pueden colisionar en múltiples circunstancias; por ejemplo, la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa (art. 19 N° 12), frente al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia (art. 19 N° 4); el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8) frente al derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21), etc. Estas colisiones no son sino aparentes. Ningún derecho es ilimitado en todas sus expresiones, sino que todos tienen reconocido y garantizado un ámbito específico y circunscrito de legítimo ejercicio, absolutamente coherente y conciliable

⁷¹ *Ibíd.*, p. 172.

⁷² *Ibíd.*, p. 176.

⁷³ Tanto NOVOA como RODOTÁ rechazan este renacer iusnaturalista. Díez-PICAZO, en cambio, expresa que "esta idea es indiscutiblemente dogmática y está empañada de alguna suerte de iusnaturalismo, por lo demás inevitable, porque el mismo concepto es iusnaturalista de una u otra manera, y está presuponiendo un sistema de interrelaciones entre la Constitución y el sistema de conceptos que es propio de la ciencia del derecho, por llamarla así, o de la comunidad de los juristas", en "Estudios...", cit., p. 1262. De una opinión similar es Barnés.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 245.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 251.

con el del resto, de modo de permitir, al tenor del art. 1.3, que cada integrante de la comunidad nacional alcance su mayor realización material y espiritual posible. Por algo la Constitución agrega que esto debe lograrse con pleno respeto a las garantías y derechos que ella misma establece y tutela⁷⁶.

La propia jurisprudencia, al pronunciarse sobre un conflicto entre el derecho a la intimidad (art. 19 N° 4) y la libertad de información (art. 19 N° 12), ha resuelto que "...los derechos referidos no son absolutos, éstos llevan implícitos un deber, correspondiendo al ser humano usarlos para su propio desarrollo personal y para el progreso social, pero en caso alguno para atropellar los derechos y libertades de otras personas, lo que importa que el titular de cada derecho deba ejercer el suyo de una manera legítima, aceptando que su vigencia está limitada por la de otro u otros derechos"⁷⁷.

Concluimos así que cualquier análisis de un derecho constitucional debe comenzar por arribar a su ámbito legítimo de ejercicio, tarea hermenéutica para la cual la Constitución nos entrega datos suficientes. En el caso concreto del contenido esencial del dominio, la clave está en fijar la frontera entre aquellas intervenciones estatales sobre el derecho (limitaciones u obligaciones) que no son indemnizables y aquellas que sí lo son (privaciones, que exigen para ser impuestas el procedimiento expropiatorio).

Se ha dicho que la esencia del derecho de propiedad opera en dos direcciones al referirse a la propiedad. Por un lado, su violación desemboca en la inconstitucionalidad de la norma objetada (límite absoluto); por otro, en la generación de una indemnización (límite relativo)⁷⁸. Lo primero ocurre en torno a la propiedad como institución, insuprimible bajo cualquier respecto, salvo reforma de la Constitución; lo segundo, respecto de las ablaciones singulares, sea que afecten a individuos o categorías de bienes. En este último caso, siempre será necesario que el legislador respete el límite relativo indemnizando la intervención de acuerdo al art. 19 N° 24.3 C.P.R.

De este modo, aquella ley que establezca limitaciones que no respeten el contenido esencial del dominio debe ser declarada inconstitucional, por negar la indemnización que garantizó para estos eventos el constituyente —y desconocer el procedimiento idóneo para tal fin—, al igual que el acto que la aplique (sea que se reclame mediante el recurso del D.L. N° 2.186 —art. 9—, el de protección, el de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, un requerimiento ante el Tribunal

⁷⁶ Empero, algunas dimensiones del ejercicio de un derecho pueden ser suspendidos o restringidos en los Estados de Excepción que regulan los arts. 39 y ss. de la Constitución (esp. art. 41), dadas las especiales y urgentes características de estas situaciones.

⁷⁷ Se trata del séptimo considerando de la sentencia de la Corte de Apelaciones (31/5/93) en el llamado "Caso Martorell", F.M. N° 415, p. 355, confirmada después por la Corte Suprema (15/6/93).

⁷⁸ Cfr. en DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Algunas Reflexiones sobre el Derecho de Propiedad Privada en la Constitución*. "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría", t. II, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 1257-1270, especialmente 1264-5. Este autor plantea que para la propiedad como institución el contenido esencial es límite absoluto; y así, la configuración de una propiedad pública para todos los medios de producción sería imposible con el texto constitucional hispano. Sin embargo, respecto de categorías de bienes configuradas respetando la Constitución —por ejemplo, ciertas sustancias minerales, plantas productoras de energía atómica, etc.— el contenido esencial sólo jugaría como límite relativo, con lo que la intervención sería posible, pero dando lugar a una expropiación con la correspondiente indemnización.

Constitucional, etc.). En este evento el Estado deberá retractarse de su acción, y sólo podrá insistir mediante algún tipo de transacción con el particular o un acto expropiatorio en conformidad a las normas constitucionales y legales vigentes (D.L. N° 2.186); no cabe que el juez valide la limitación a cambio de una indemnización, pues no es posible sanear una nulidad de derecho público.

* * *

Para continuar el análisis del contenido esencial de la propiedad, deslindaremos los conceptos de limitación y privación del dominio, en primer lugar (2.3.1 y 2.3.2). Revisaremos luego algo de derecho comparado al respecto (2.3.3), para continuar con algunas de las sistematizaciones que sobre la materia se han hecho entre nosotros (2.3.4). Daremos una visión sobre la discusión que el tema suscitó en la C.E.N.C. (2.3.5) y, por último, concluiremos con una aproximación a la esencia del derecho de propiedad (atributos y facultades) considerando todo lo expuesto (2.3.6).

2.3.1. Las limitaciones

En el derecho comparado se denominan limitaciones a todas las restricciones que puede sufrir el derecho de propiedad, en virtud de intervenciones estatales. Sin embargo, nuestra Constitución desde 1967 se refiere a éstas usando dos términos diferentes, a saber, "limitaciones y obligaciones", lo que se reiteró en el 19 N° 24.2. Ello entraña, sin duda, alguna distinción o matiz entre ambas palabras, aunque no parece claro cuáles sean sus consecuencias prácticas. Si indagamos en las expresiones del constituyente de 1925, podremos advertir una dualidad semejante: "limitaciones o reglas" y "obligaciones o servidumbres de utilidad pública", aunque situadas en un plano diverso. (Las primeras, como el principio general, y las segundas, como el mecanismo concreto para que éste sea operativo.) Ya Claro Solar criticaba estas expresiones por estimar —con toda razón— que carecían de "claridad y corrección"⁷⁹.

Los alcances hechos por la doctrina proporcionan luces al respecto. Evans, pese a haber participado en la Comisión que incorporó esta fórmula a nuestro derecho, no parece prestarle al punto demasiado interés ni tener un pronunciamiento explícito. Sólo indirectamente da una pista a través de ejemplos en su ya citada obra de 1967 ("Estatuto..."). De acuerdo a ellos parece tratarse de que la limitación implica un deber de abstención (u obligación de "no hacer") y la obligación, en cambio, un deber activo (u obligación de "hacer")⁸⁰. En este sentido se pronuncia Cea, indicando que "las limitaciones son, en general, prohibi-

⁷⁹ CLARO SOLAR, ob. cit., cita 88 en p. 362.

⁸⁰ "Estatuto...", pp. 402-3. Indica como ejemplos de limitaciones: "Las acciones bancarias no podrán ser entregadas en garantía..." o "Nadie puede ser dueño de más del ...% de una S.A."; de obligación, en cambio: "Los dividendos que correspondan durante el período ... a las acciones bancarias deberán ser invertidos en bonos de..." (suponiendo que se trata de dividendos aún no percibidos). En igual sentido, pero sin mucha claridad, se pronuncia LIRA CORREA, Blanca, "El Derecho de Propiedad Privada y su Función Social: Investigación del caso de las intervenciones de Bancos e Instituciones Financieras", Tesis de Grado, U.C., 1985, p. 89.

ciones de hacer algo, de manera que si se hace lo prohibido por la ley se incurre en sanción. Las obligaciones, por el contrario, son deberes de hacer algo, de forma que no cumplir lo ordenado por la ley acarrea también una sanción”⁸¹. Mohor, en tanto, apunta que “...la expresión obligaciones designa el conjunto de requisitos que el titular del dominio está obligado a cumplir para ejercer su derecho (limitaciones funcionales)”; en cambio, “...limitaciones no puede sino designar a aquellas que presentan el carácter de extintivas parciales o restrictivas”⁸², o sea, las que implican una privación parcial del derecho y que se expresan por medio de la imposición de deberes de “no dar” o “no hacer”. La postura tomada por estos autores es básicamente homologar limitaciones con deberes de abstención y obligaciones con deberes activos. No se trata, sin embargo, de una conclusión evidente, ya que el término ‘obligaciones’ –acuñado en el ámbito civil, pero de validez general en el derecho– siempre ha comprendido conductas de ambos tipos, y así se clasifica a las obligaciones como “positivas” y “negativas”⁸³. Del mismo modo, tampoco se ve, porque la palabra ‘limitaciones’ sólo pudiera englobar deberes de abstención. Si la ley exigiera a los propietarios rústicos cultivar la tierra, o a los urbanos habitar personalmente su casa habitación, tanto como pueda sostenerse que ellos deberían realizar una conducta positiva (obligación), puede decirse que también ven *limitada* su libertad al no poder ejercer en otra forma su derecho (viendo el tema, claro, desde la clásica concepción individualista).

Para Lautaro Ríos, en tanto, ambas expresiones pueden englobarse en el género común de ‘restricciones’. Limitar, para la R.A.E., es “fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de uno” (acepción 3). Para Ríos no parece muy preciso, porque el constituyente fija a la propiedad una menor extensión desde fuera, moderando los caracteres liberales tradicionales: más claro es su sinónimo restricción, y restringir es “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites” (R.A.E.). La expresión ‘obligaciones’, en tanto, no aparece en su típica noción civil de relación entre sujetos; en efecto, se imponen a la propiedad y no al propietario, lo que dificulta la identificación de un sujeto activo y uno pasivo. Por ello, Ríos prefiere asimilar este término a la palabra ‘carga’, que designa un “gravamen real de la propiedad, generalmente en la inmueble” (R.A.E., acepción 15)⁸⁴⁻⁸⁵. Sabemos que en

⁸¹ CEA EGAÑA, José Luis, “Apuntes de Derecho Constitucional Curso 1993”, versión en fotocopias, p. 282. Hay que hacer notar que en un trabajo anterior –“Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980”, en XVIII Jornadas de Derecho Público (Nov. 1987), U. de Concepción, 1988– Cea expresa otra opinión: el género de estas intervenciones sería la ‘delimitación’, que abarcaría “...las dos situaciones siguientes: Primero, las limitaciones o restricciones y las obligaciones –positivas o deberes y negativas o prohibiciones– que derivan de la función social del dominio; y segundo, los límites e imperativos que impiden el abuso del derecho por el titular del mismo”, ob. cit., p. 61.

⁸² “Taxonomía...”, cit., p. 295 y 288.

⁸³ Un ejemplo gráfico es que en el texto de Rozas se afirma que las principales limitaciones del derecho de propiedad son las del art. 732 del C.C. (opinión que claramente no podemos compartir), las derivadas de la teoría del abuso del derecho y las obligaciones reales o *propter rem*; estas últimas “obligaciones” englobarían desde las relaciones de vecindad hasta la función social, en un listado de 16 situaciones que abarca prácticamente todas las limitaciones contenidas en leyes especiales, sin distinguir que su objeto sea una conducta activa o pasiva. Rozas, ob. cit., N^{os} 89 y 91, pp. 94 y ss.

⁸⁴ RÍOS ALVAREZ, Lautaro, “El Principio Constitucional de la Función Social de la Propiedad”, en R.D.J., t. 84, parte primera, pp. 69 y ss.

⁸⁵ En un sentido semejante se pronunciaba Claro Solar respecto del 10 N^o 10 de la Constitución del 25, que también hablaba de obligaciones: “ha sufrido la pureza del lenguaje al hacer ‘el

el Derecho civil se habla de obligaciones *propter rem*, que son las que “incumben al propietario o al poseedor de una cosa por el solo hecho de serlo”⁸⁶, de modo que se traspasan de propietario en propietario automáticamente; esta pudiera ser la noción de obligación que busca Ríos. Sin embargo, nuevamente no se divisa cuál es el motivo de usar estas dos palabras y qué consecuencia entraña.

Creemos que resulta necesario encontrar el sentido que tiene cada uno de estos términos en el texto constitucional. Quedarnos en simples juegos semánticos implica pretender que existen disposiciones inútiles dentro de la Carta Fundamental y devaluar, en consecuencia, su contenido.

A nuestro juicio, el término ‘limitaciones’ es comprensivo de cualquier restricción que pueda imponerse al derecho de propiedad, sea que consista en deberes de acción o abstención, y así parece mostrarlo la doctrina comparada. Sin embargo, es innegable que resulta más fácil asociar esta palabra con la idea de recortar el derecho con deberes negativos. Por ello se agregó en el texto la expresión ‘obligaciones’, claro mensaje del constituyente al legislador en el sentido de que la ley, al concretar la función social de la propiedad, puede exigir de los propietarios conductas activas en relación a sus bienes, lo que —reitero— no era del todo evidente con la pura palabra ‘limitaciones’.

Así el término ‘obligaciones’ —unido al reconocimiento de la función social de la propiedad— hace patente al legislador un aspecto de trascendental importancia, a saber, que en nuestro derecho las típicas restricciones del dominio reconocidas (en la concepción individualista o liberal-burguesa) “...dejan de ser predominantemente negativas en el sentido de imponer deberes de abstención, para convertirse en deberes positivos dirigidos a exigir una gestión socialmente útil de los bienes”⁸⁷; en otras palabras, y recogiendo las expresiones de un autor español: “De la noción negativa del límite como prohibición se pasa a la noción positiva del deber en la gestión de los bienes. El propietario no encuentra ante sí simples barreras, sino cauces predeterminados del comportamiento que le es exigido”⁸⁸.

Pese a esta diferencia cualitativa, parece ser indiferente rotular a las restricciones de una manera u otra, en la medida que se capte e implemente la *ratio* ya apuntada. Sin embargo, usaremos en este trabajo el término ‘limitaciones’ como sinónimo de restricción positiva o negativa, siguiendo la doctrina comparada. Entenderemos que las limitaciones del dominio son *aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación 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*⁸⁹.

Con todo, para nuestra jurisprudencia podrían existir situaciones en que sí serían indemnizadas —como lo declaró en el caso Galletué—, pero no por su calidad de limitaciones, sino como reparación de una desigual repartición de cargas públicas.

ejercicio del derecho’, un sujeto de las ‘obligaciones o servidumbres’”, ya que una obligación sólo puede referirse a una relación entre sujetos, y no entre un sujeto y una cosa. Señala que habría sido preferible utilizar el término “cargas”, ob. cit., cita 88 en p. 362.

⁸⁶ VODANOVIC, ob. cit., p. 61.

⁸⁷ HERNÁNDEZ GIL, citado por Barnés, ob. cit., en nota 26 de p. 59.

⁸⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La Función Social de la Posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, p. 171. Ver también pp. ss.

⁸⁹ Dice Precht (ob. cit., p. 7): “Conjunto de reglas jurídicas que determinan el modo de usar y disponer de la propiedad”. Hay que recordar que la definición se da en 1968.

Las restricciones equivalen, a nuestro entender, a las llamadas servidumbres administrativas⁹⁰. Se diferencian, en cambio, de otras actuaciones estatales sobre la propiedad como la confiscación⁹¹, el comiso⁹² y las requisiciones⁹³.

2.3.2. Las privaciones

Son aquellas intervenciones estatales que despojan al propietario de su bien, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio. Ello exige una compensación efectiva del daño producido, denominada indemnización, y que en nuestro derecho debe ser previa a la toma de posesión del bien y equivalente al daño patrimonial efectivamente causado. Para nuestra Constitución, la privación de la propiedad sólo puede efectuarse mediante expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional (que debe calificar el legislador), autorizada por ley general o especial. Esta, insistimos, es la *única* vía admitida para privar a una persona de su propiedad, del bien sobre que recaer o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio.

Las limitaciones, en cambio, comprimen, restringen o reducen los atributos y facultades esenciales del dominio, pero lo dejan subsistente: Puedo todavía usar, gozar y disponer, con carácter perpetuo, exclusivo y libre⁹⁴. No ocurre lo mismo con la expropiación, pero muchas veces la frontera entre ambas situaciones es poco clara. Ello hace especialmente importante buscar mecanismos legales y constitucionales idóneos para evitar que las limitaciones lleguen a transformarse en expropiaciones encubiertas. En este sentido, nuestra Constitución está absolutamente reforzada mediante los numerales 24 y 26 del artículo 19, y los artículos 5, 6, 7 y 20. Existen varios autores que estiman que la expropiación no es sino una especie extrema de limitación, como Precht y Mohor. En nuestro concepto, si bien pueden reconducirse ambas situaciones a un género común de

⁹⁰ Así opina Juan Arroyo (ARROYO GARCÍA, Juan, "Las Limitaciones y Servidumbres Públicas en el Derecho Administrativo Español", Tesis de Diplomado, Editorial Aranzandi, 1982), al punto de señalar que "toda limitación a la propiedad privada es una verdadera servidumbre administrativa" (cfr. pp. 41 y ss.), si bien admite que existe doctrina contraria. Como éste también señala, hay que recordar que la noción de servidumbre civil no es traspasable íntegramente al derecho administrativo, fundamentalmente porque no existe predio dominante, ya que el beneficiado por la limitación es un servicio público determinado y no otro bien raíz. Además, dentro del derecho civil la servidumbre sólo es apta para generar en el predio sirviente obligaciones de no hacer o dejar hacer; en cambio, la administrativa también puede generar obligaciones de hacer. Arroyo define la servidumbre administrativa como "...el gravamen o limitación impuesto sobre un inmueble en beneficio de los servicios públicos y el cumplimiento de sus fines, así como para la mayor comodidad de la colectividad" (pp. 25-26).

⁹¹ La confiscación es una pena pecuniaria, que consiste en la privación de los bienes del delincuente. Se encuentra abolida de las legislaciones modernas, si bien subsiste en ciertos casos de excepción. En nuestro derecho está prohibida con la pura salvedad del delito de asociación ilícita y sólo respecto del patrimonio de ésta (art. 19 N° 7, g) y h) de la Constitución).

⁹² PRECHT define a la requisición como el "ejercicio del poder de expropiar en estado de necesidad", ob. cit., p. 28. MOHOR, por su parte, explica que "constituye un préstamo forzoso de bienes en favor de la Administración del Estado, especialmente de las entidades militares, con miras a satisfacer los requerimientos propios de la situación de guerra exterior y de catástrofe, según sea el caso". Si versa sobre bienes fungibles, empero, produce la transferencia del dominio en favor de la Administración, que queda obligada a restituir otras tantas especies del mismo género. "Taxonomía...", cit., p. 302.

⁹³ El comiso está definido en el art. 31 del Código Penal como la "...pérdida de los efectos (que provengan del delito) y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito".

⁹⁴ CEA, "Delimitación...", ob. cit., p. 62.

intervenciones estatales sobre la propiedad, es mejor separarlos dada la fundamental y radical diferencia que genera la posibilidad de indemnización⁹⁵.

2.3.3. Derecho comparado

Siguiendo a Albrecht Weber⁹⁶, podemos notar la misma distinción entre limitación y privación del dominio en una serie de otras constituciones occidentales. Citaremos, a continuación, los ejemplos más relevantes.

a) Alemania

Las disposiciones pertinentes de la Ley Fundamental de Bonn o G.G. (12/5/1949) son las que siguen:

“14.1. Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia (*Erbrecht*) con el contenido y las limitaciones que la ley determine.

2. La propiedad obliga (*Eigentum verpflichtet*). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común.

3. Sólo procederá la expropiación (*Enteignung*) cuando sea en interés común, y se producirá únicamente por ley o en virtud de una ley, que determinará la modalidad y el alcance de la misma. La indemnización (*Entschädigung*) se ajustará mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto, se dará recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización”.

“15.1. La tierra y el suelo, los recursos naturales y los medios de producción podrán, con fines de socialización (*Zum Zwecke der Vergesellschaftung*), ser transferidos a la propiedad pública (*Gemein Wirtschaft*) mediante una ley que regulará la modalidad y la cuantía de la indemnización. Se aplicará por analogía el párrafo 3, tercer y cuarto incisos, del artículo 14 en materia de indemnización”⁹⁷.

Así los límites del dominio son determinados por la ley y se fundan en la vinculación social de la propiedad, al tenor del art. 14.2, que reprodujo la exitosa norma del art. 153 de la Constitución de Weimar. Lo relevante es saber hasta dónde llegan estas limitaciones en forma legítima, pues una vinculación puede ser desproporcionada y llegar a constituir una verdadera expropiación material, para lo cual debe recurrirse a la figura del contenido esencial del derecho, conforme el art. 19 de la G.G. que reproducimos anteriormente.

“Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia intentan, pues, determinar la vinculación social legítima (es decir, no indemnizable) a través de un proceso de ponderación de los intereses, así como por medio de la aplicación

⁹⁵ NOVOA, en cambio, estima que la expropiación no implica una limitación. dado que la exigencia de indemnización previa y completa en los ordenamientos liberales evita cualquier merma en el patrimonio. “¿Se puede —afirma— concebir una garantía más plena, eficaz y completa para que permanezca intangible la propiedad absoluta, sagrada e inviolable?” Cit., p. 95. La expropiación no afecta al patrimonio del expropiado, sino que a la libertad de éste en su noción liberal, termina diciendo.

⁹⁶ Ob. cit., p. 481.

⁹⁷ El texto está sacado de DARANAS, Mariano, *Las Constituciones Europeas*, Ed. Nacional, Madrid, t. I, 1979, p. 63.

del principio de la proporcionalidad”⁹⁸. Se dice que sería una expropiación formal aquella situación en que existe un ‘sacrificio especial’, o sea, desigual respecto de otras personas en situación similar; también se usa la teoría de la ‘gravedad’, esto es, la intervención será expropiación si es desproporcionada o irresistible.

Parejo Alfonso, empero, opina que “no puede decirse que los múltiples esfuerzos aplicados a la identificación de unos límites que encuadren el ámbito de la regulación legítima del derecho de propiedad, sin deber de indemnización, haya dado como fruto fórmulas precisas. Los resultados permanecen más bien en el marco de las exposiciones abstractas y excesivamente generales”⁹⁹. Sistematiza estos criterios en aquellos que se esfuerzan en derivar una frontera desde los valores que reconoce la Constitución, y aquellos que se centran en hacerlo a través de definir cuál sería el contenido esencial de la propiedad. Los primeros son verdaderamente poco precisos, al punto que enuncia siete posturas, cada cual con sus debilidades. La más razonable parece ser aquella que busca un criterio de acuerdo a principios generales del Derecho administrativo, básicamente el de proporcionalidad, a saber, que la “incidencia sobre el derecho de propiedad ocasionada por los medios —en sí mismos eventualmente necesarios— empleados para la consecución del fin perseguido estén efectivamente en justa proporción a este último”¹⁰⁰.

b) Italia

La Constitución italiana del 21/12/1947 distingue la restricción del contenido de la propiedad (art. 42, párr. 2) de la expropiación (art. 42, párr. 3) en los siguientes términos:

“Art. 42: La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entidades o particulares.

La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.

La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización (*salvo indennizzo*).

La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia”¹⁰¹.

La evolución que ha experimentado la interpretación y doctrina sobre esta norma grafica fielmente la ocurrida en el mundo durante las últimas décadas.

Rodotó ha puesto de relieve las distintas lecturas que admite este artículo, indicando que su texto es sólo una solución de compromiso entre las fuerzas políticas de la época, que dejaba abierta la decisión sobre el régimen propietario al legislador futuro mediante una reserva de ley, de modo de permitir a los partidos en pugna “conservar intactas las posibilidades de determinar cuáles

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 482.

⁹⁹ PAREJO ALFONSO, *ob. cit.*, pp. 260-261.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 266.

¹⁰¹ DARANAS, *ob. cit.*, t. II, pp. 1228-9. La Constitución italiana prevé en el art. 43 la reserva o transferencia con indemnización al Estado, entes públicos o comunidades de trabajadores o usuarios, de las empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio que tengan carácter de interés general predominante.

habían de ser los arreglos en el porvenir¹⁰². Así, “la garantía de la propiedad queda enclavada en la ley y sólo en la ley”, la cual determina sus límites con el fin de asegurar su función social. De acuerdo a las discusiones dentro de la Asamblea Constituyente, Rodotá concluye que existió “una voluntad de estructurar la norma constitucional de modo tal, que permitiera que, en los recurrentes contrastes entre intereses dominicales e interés social, fuese legítima la preferencia legislativa concedida a este último. No es, pues, un criterio de equilibrio, sino de selección”¹⁰³.

La Corte Constitucional Italiana, sin embargo, ha desdeñado estos antecedentes, particularmente desde la sentencia N° 55 de 1968, referida precisamente a materias urbanísticas. En efecto, ésta declara inconstitucionales varios artículos de la “Legge urbanistica” de 1942, por establecer restricciones de duración ilimitada para proyectos generales en zonas de uso (*vincoli urbanistici*) sin la correspondiente indemnización. Para Rodotá, este es el ‘leading case’ italiano sobre estas materias, iniciando un reforzamiento de conjunto sobre la tutela de la propiedad¹⁰⁴, pues “se ha terminado rompiendo el esquema formal del derecho de propiedad, atribuyendo un relieve especial a los diferentes estatutos de las varias categorías de bienes y encontrando el núcleo constitucional protegido de cada una de las situaciones en la posibilidad de utilización económica conforme con la naturaleza del bien”¹⁰⁵. Ello afecta, según Rodotá, la fuerza del principio de igualdad sustancial contenido en el art. 3 de su Carta Fundamental, pues los criterios de valoración económica no se emplean para aplicar éste, como se hace para determinar el núcleo de la propiedad. Se olvida así la función social, y el hecho de que los valores del libre juego del mercado sí provocan desigualdades. La sentencia 55 de 1968, empero, no reconoce la existencia de un núcleo esencial en materia de propiedad, sino que sólo establece que el legislador debía indemnizar las imposiciones particulares o singulares sobre la propiedad, y no las generales. Se evitaba que el “sacrificio impuesto incidiera sobre el bien más allá de lo que es connatural con el derecho dominical, tal como se le reconoce en el actual momento histórico”¹⁰⁶. Esta tesis admitía la posibilidad de que una ley privara del *ius aedificandi* a los propietarios urbanos siempre que fuera de un modo general, ya que se confiaba a la ley la determinación, en cada momento histórico, del contenido mínimo de la propiedad en relación con cada categoría de bienes. Sin embargo, también esterilizaba el principio de igualdad del art. 3 de la Constitución italiana, tanto por crear un marco de privilegio para los propietarios urbanos —asegurándoles una protección de la que carecen otros propietarios frente a incisiones en el valor económico de sus bienes igualmente relevantes—, como porque dentro de los mismos propietarios urbanos se indemnizó una sola situación, el vínculo de inedificabilidad, pero no otras igualmente onerosas, como la fijación de densidades mínimas para ciertas zonas. Ya en 1966 la Corte empieza a tutelar una esencia del derecho, intangible para el legislador, al aludir a la “naturaleza” del bien, argu-

¹⁰² RODOTÁ, ob. cit., p. 317.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 323.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 338.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 341.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 348.

mento iusnaturalista que para Rodotá había sido depurado del texto constitucional en la Asamblea Constituyente, puesto que implica estimar que existe un contenido mínimo del derecho de propiedad garantizado. En 1977 (sent. 153) la Corte reafirma esta postura, al decir que “las limitaciones no pueden incidir excesivamente en la sustancia del derecho de propiedad”. De mayor interés es la sentencia N° 5 de 1980, nuevamente en el tema urbano, pues rechaza la constitucionalidad de una ley de 1977 que había extraído el *ius aedificandi* de las facultades que confería la propiedad urbana a sus titulares. En efecto, señala que, aunque ésta fuera una limitación general, no podía el legislador afectar los *caracteres esenciales* de la propiedad y la destinación económica que se pueda dar al bien. De esta manera —y con el lamento de Rodotá—, pese a que el ordenamiento constitucional italiano carece de una referencia explícita a la protección de la esencia del derecho de propiedad, la jurisprudencia la ha deducido y consagrado merced a razonamientos hermenéuticos. Ello implica abandonar la tesis de la pluralidad de propiedades, pues se recompone una noción unitaria del dominio fundada en esta ‘esencia’. Ello, para nuestro autor, es anular la referencia a la función social que hizo el constituyente¹⁰⁷.

c) Tribunal Supremo de Estados Unidos de Norteamérica

La quinta enmienda (1791) establece que “a nadie se le privará de la vida, la libertad o la propiedad, sino por medio del debido proceso legal; ni se podrá tomar propiedad privada para el uso público sin la debida compensación”.

No existe una fórmula de delimitación general, de modo que es necesario desprenderla de los precedentes. Weber menciona al caso de Penn Central Transportation v. City of New York (1978), en el cual se discutió que un edificio de la ciudad pasara a una zona de conservación urbana, lo que impediría destinarlo a una serie de usos posibles. La Corte negó que esta imposición fuera más que una limitación, pues todavía era posible un uso razonable del edificio, con ella se encarecía el valor general del barrio, y la restricción se relacionaba entonces con la promoción del bienestar común¹⁰⁸.

d) España

La Constitución de 1978 (31/10) garantiza la propiedad en los siguientes términos:

“Art. 33.1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

¹⁰⁷ Cfr. en RODOTÁ, ob. cit. Este autor también grafica estos asertos, analizando la evolución de la garantía expropiatoria. En la Asamblea Constituyente se discutió la ligazón expropiación-indemnización, pues hubo numerosas propuestas tendientes a reconocer la posibilidad de expropiaciones no indemnizables (p. 409). Estas tesis no prosperaron, pero la Constitución, en su art. 42.3, estableció la indemnización sin hacer referencia alguna a su monto o cálculo. La jurisprudencia partió señalando que no podía el interés privado obstaculizar el logro de finalidades de bien público, por lo cual la indemnización no podía significar “el resarcimiento integral... sino sólo el máximo de contribución y de reparación que, en el ámbito de las finalidades de interés general, la Administración Pública puede garantizar al interés privado” (p. 417, sent. de 1957, en Giurisprudencia Const., p. 703). En 1980, en cambio, la sent. 5 exige que la indemnización sea “adecuada”, esto es, que represente “una seria restauración” para el afectado.

¹⁰⁸ WEBER, ob. cit., pp. 486-7.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”¹⁰⁹.

El art. 53.1 resguarda el *contenido esencial* de los derechos¹¹⁰ y el art. 128.1 establece que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. Esta formulación debe mucho a la alemana.

Dadas las similitudes que existen entre nuestro ordenamiento y el español, trataremos in extenso de la distinción que éste hace entre expropiación y limitación más adelante.

e) Conclusión

En definitiva, Weber afirma en su artículo que la doctrina comparada reconoce la existencia del instituto de las ‘expropiaciones de facto’, o intervenciones equiparables a expropiación. Este es uno de los temas más complejos en la dogmática y la jurisprudencia sobre la propiedad de varios países (Alemania, Austria, Suiza, Italia –desde hace algún tiempo–), las que se esfuerzan notablemente por compensar las intervenciones desproporcionadas mediante la vía de la responsabilidad extracontractual del Estado, entendiendo que estas expropiaciones de facto vulneran el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia europea, entonces, trata de distinguir entre estas cuasi expropiaciones (indemnizables) y las limitaciones fundadas en la vinculación social (inindemnizables), de acuerdo a los principios de proporcionalidad, gravedad de la intervención y desigualdad de trato.

2.3.4. Sistematización de las limitaciones. Posibilidades

Abordar una clasificación de las limitaciones es de suyo complejo y pareciera que cada autor maneja un criterio particular. Por ejemplo, Novoa cita en el derecho comparado las diversas posturas de Natoli, Sala Arquer, Wolff y Raiser y Hedemann¹¹¹. Por nuestra parte, creemos que basta con exponer las dos visiones más elaboradas sobre el tema producidas por nuestra doctrina, una –de S. Mohor– desde el Derecho Público; la otra –de A. Vodanovic– desde el Privado.

a) Tesis de Salvador Mohor¹¹²

Este autor define a las limitaciones como “exigencias impuestas *unilateralmente* por el Estado con miras a satisfacer necesidades superiores de bien públi-

¹⁰⁹ DARANAS, ob. cit., t. I, pp. 733-4.

¹¹⁰ Cfr. nota 279.

¹¹¹ “El Derecho...”, cit., pp. 54 y ss.

¹¹² Puede consultarse “De las Limitaciones al Dominio y, en particular, de las que afectan a la Propiedad Ganadera”, en “XVIII Jornadas...”, ob. cit., pp. 69 y ss., especialmente en 110 y ss. Dicho trabajo fue ampliado y revisado en una ponencia que Mohor presentara en las siguientes Jornadas (XIX de 1988), llamada “Taxonomía de las Limitaciones al Dominio y Derecho de Indemnización” y que se publicó en la Revista Chilena de Derecho, vol. 16, 1989, pp. 203 y ss.

co y que necesariamente inciden en el plano de los derechos subjetivos de las personas"¹¹³, pudiendo asimilárseles en todo el concepto de carga pública, al cual equivaldrían. Con esta definición excluye, evidentemente, las limitaciones que pudieran fundarse en la convención o la declaración unilateral de voluntad de los particulares (como serían las del art. 732 del C.C.). Ello no obsta, sin embargo, a que considere que las consecuencias jurídicas de dichas manifestaciones sí lo sean. Así constituirían una limitación del dominio la ejecución forzada de las obligaciones, la resolución, la rescisión, la nulidad absoluta y, en general, cualquier efecto que la ley incorpore como consecuencia necesaria, directa o indirectamente, de la voluntad manifestada. En estos casos lo relevante es la "posibilidad del Estado de hacer efectiva tal exigencia o efecto jurídico independientemente y, más aún, contra la voluntad del afectado"¹¹⁴. Mohor defiende un concepto amplio de limitación que incluya aquellas que llevan a la pérdida o extinción del mismo, aunque reconoce que surge una natural resistencia a esa idea, dado que el concepto de limitación se vincula a la subsistencia del derecho.

Las limitaciones admiten diversas clasificaciones. Según su contenido, serán sancionatorias, conciliatorias, de protección y de 'desarrollo y fomento'; según su permanencia, ordinarias y 'extraordinarias o de emergencia'; por último, y según los efectos derivados de su aplicación, surge la clasificación más importante para este autor y en la cual nos detendremos. De acuerdo a este criterio, Mohor entiende que las limitaciones pueden ser estructurales, funcionales y suspensivas:

a. *Funcionales*, aquellas que recaen solamente en el ejercicio del derecho, condicionando su goce al cumplimiento de determinadas condiciones u obligaciones por su titular. Produce, así, un *efecto regulador* sobre la propiedad. Cita como ejemplos los tributos, el sueldo mínimo, la franja electoral gratuita que impone la Ley N° 18.700 a los canales de televisión y todas las que se imponen al ejercicio del derecho de propiedad.

b. *Básicas o Estructurales*, aquellas que inciden en el derecho mismo, en términos de condicionar su existencia o nacimiento. De este modo, pueden ser:

b.1: *Obstructivas*: Las que impiden que nazca un derecho (por ejemplo, la condición de ser chileno para adquirir bienes raíces en las áreas limítrofes del país).

b.2: *Generativas*: Las que condicionan el nacimiento del derecho. Por ejemplo, la concurrencia de un modo de adquirir el dominio y un título traslativo para hacerse dueño de un bien.

b.3: *Extintivas*: Las que producen como efecto la privación del derecho. Pueden ser totales, cuando implican la privación integral (sacrificio forzoso de ganado, prescripción adquisitiva, expropiación, requisición y confiscaciones, etc.), o parciales, cuando la extinción del derecho no es completa (caso de los impuestos, servidumbres administrativas en general, etc.). En este último caso, la limitación se traducirá en la imposición de deberes de *no dar o no hacer*, ocasionando sobre el dominio un *efecto restrictivo*, en vez de uno regulador, como era en el caso de las limitaciones funcionales. Para Mohor, sólo las limitaciones extintivas pueden generar el derecho a una indemnización, siempre y cuando la

¹¹³ "Taxonomía...", cit., p. 284.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 285.

Constitución lo acepte. Ello ocurre con las requisiciones, en la hipótesis del art. 41 N° 8, y la expropiación, según el art. 19 N° 24. Hay situaciones en que la Constitución expresamente deniega tal indemnización, lo que ocurre con los tributos. En caso de silencio constitucional, habrá que revisar si el afectado estaba o no obligado jurídicamente a aceptar la extinción de su derecho.

c. *Suspensivas o Mixtas*, aquellas que impiden temporalmente el ejercicio del derecho (lo inmovilizan). Por ejemplo, las prohibiciones de informar que los jueces pueden dictar en virtud de la Ley N° 16.643.

Según cual sea el tipo de limitación (Funcional, Básica o Suspensiva), se producirá un efecto determinado. Con las suspensivas, un efecto suspensivo; con las funcionales, un efecto regulador, etc. Sin embargo, Mohor advierte que no siempre la imposición de una limitación producirá un solo efecto. Así, pagar impuesto tiene un efecto regulador y, a la vez, restrictivo, dado que comparte los caracteres de una limitación funcional y de una extintiva parcial. Igual ocurre con la franja electoral que la Ley N° 18.700 impone a los canales de televisión.

En este esquema, las limitaciones al derecho de dominio son funcionales y no indemnizables, porque su función es equilibrar el interés del individuo con los de la sociedad; no le privan de un lucro, sino que están ínsitas en el ejercicio legítimo del derecho que posee. Pese a ello, cabe plantearse si existen ocasiones en que una limitación deba indemnizarse. Para resolver el punto, Mohor analiza los supuestos indemnizatorios de las limitaciones en el derecho público. Sostiene que la procedencia de una indemnización es independiente de la licitud o ilicitud del acto que impone la limitación¹¹⁵, y aún, en ciertos casos, de la existencia de daño¹¹⁶. En todo caso, lo usual será que, junto a la ilicitud del acto, concorra la existencia de un perjuicio. El deber de indemnización del Estado nace de un sólido basamento constitucional (así, cita los arts. 1, 6, 7, 19 N°s 2, 3, 17, 20 y 22; arts. 19 N° 3, 73.2 y 19 N°s 23, 24 y 26)¹¹⁷.

No siempre el particular está obligado a soportar el daño ocasionado por una limitación. No le es exigible cuando ésta se impone:

1. Por medio de una norma de rango inferior a la ley o que, siendo una ley, resulta inconstitucional.
2. Por un acto administrativo que ejecuta una ley contraviniéndola.
3. Por una ley que no es general.
4. Sin satisfacerse la exigencia de una igualitaria distribución de las cargas públicas¹¹⁸, a menos que:

¹¹⁵ Así las requisiciones son lícitas, pero generan indemnización; a la inversa, puede que un acto sea ilícito, pero no cause daño o, causándolo, no genere derecho a indemnización por configurarse una situación de nocividad esencial, como se verá más adelante.

¹¹⁶ Hay casos en que la Constitución reconoce el derecho a indemnización independiente del daño (41 N° 8 ó 19 N° 24.3), y a la inversa, en que, pese a existir un daño, se niega el derecho a indemnización (19 N° 20 y N° 24.2; 41 N° 8).

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 290.

¹¹⁸ MOHOR cita como ejemplo el de las servidumbres administrativas, como la que permite instalar torres eléctricas en un predio. En este tipo de situaciones la limitación puede imponerse potencialmente a un sinnúmero de predios, pero sólo la sufrirán quienes sean seleccionadas con la autoridad en beneficio de todos, lo que debe repararse con una indemnización sustitutiva, *ibíd.*, p. 292. En igual sentido se pronunció la C. Suprema en el caso Galletué (R.D.J., t. 81, II, S. V, pp. 181-189) que veremos más adelante.

4.1. Exista una causal específica de justificación constitucional (ejemplo, art. 41 N° 8).

4.2. Se trata de un estado de *nocividad o riesgo esencial*. Mohor entiende por *nocividad esencial* un estado de confrontación del ejercicio del derecho con el interés general y el ordenamiento jurídico, sea o no imputable al propietario, y que reviste un carácter objetivamente dañino para la sociedad, debiendo el Estado neutralizarlo (arts. 1 y 24.2 de la Constitución) en una suerte de “legítima defensa”¹¹⁹. El *riesgo esencial*, en tanto, es aquella situación en que se pone quien realiza una actividad perfectamente lícita, pero que genera un riesgo o peligro, como la construcción de edificios o la conducción de vehículos. Se origina en estos casos un estado objetivo de peligro que también el Estado debe anular¹²⁰.

5. Si la limitación establecida afecta la esencia del derecho de propiedad, asunto que consideraremos más adelante, al tratar este tema en particular.

6. Si no existe un objetivo de Bien Común que justifique su establecimiento. Ello implica que toda limitación debe tener un fundamento constitucional que autorice su existencia. De acuerdo a ello, habrá limitaciones:

6.1. Concentradas, nominadas y específicas.

a) *Las individualistas tradicionales*, propias del derecho privado decimonónico. Entre ellas pueden verse, a modo de ejemplo, los requisitos para enajenar bienes raíces pertenecientes a incapaces (limitación funcional), las restricciones a la libertad de testar en beneficio de los legitimarios (extintiva parcial), la prescripción extintiva y la caducidad (extintivas totales).

b) *Aquellas que concretan la función social de la propiedad*. Esta parte por reconocer la subsistencia del dominio privado, de modo que no pueden ser extintivas totales.

c) *Las expropiatorias*, que consisten en la privación del derecho de propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades del dominio, sea de forma total o parcial, pero significativa. La determinación del efecto expropiatorio, según Mohor, la revisaremos más adelante, al referirnos al contenido esencial.

d) *Las extraordinarias*, que son las impuestas en los *Estados de Asamblea* (art. 41 N° 1) o *Catástrofe* (41 N° 5). En este caso excepcional, pueden imponerse por acto administrativo, frente al cual cabe la interposición del recurso de protección, restringido en el sentido indicado por el N° 3 del art. 41. Estas limitaciones pueden ser funcionales o extintivas parciales, y no requieren cumplir con la exigencia de distribución igualitaria de las cargas –de modo que jamás darían derecho a indemnización por esta razón–, sino tan sólo con los requisitos del art. 41 N° 8, o sea, que con ellas no se produzca la privación¹²¹ de

¹¹⁹ Así, puede existir culpa (v. gr., caso de los delitos) o fuerza mayor (v. gr., caso de la quiebra, fiebre aftosa del ganado, etc.). *Ibíd.*, p. 293.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 294.

¹²¹ Parece existir un contrasentido, pues en el art. 19 N° 24 la Constitución contrapone limitaciones con expropiación (privación), pero en el 41 N° 8 se refiere expresamente a “limitaciones que importen privación”. Tal vez esta última frase deba entenderse en el sentido de que en estos casos, al tratarse de medidas transitorias, no puede llegarse a la expropiación permanente, de modo que siempre el dominio debe volver al titular una vez finalizado el Estado de Excepción. En caso contrario, no sería ni una limitación ni una expropiación: más bien estaríamos en presencia de una requisición.

uno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño (la L.O.C. N° 18.415 de Estados de Excepción –D.O. 14/6/1985– aclara que debe ser un daño directo). Sólo en caso de darse esta última hipótesis, deberán ser indemnizadas. Son transitorias (41 N° 7) y se puede considerar en este grupo a las requisiciones autorizadas por el N° 8 del mismo artículo.

e) *Las sancionatorias expresas*, cuyo efecto será siempre extintivo en grado total. Aquí se enmarcan la confiscación de bienes (admitida por excepción en nuestro ordenamiento jurídico –art. 19, N° 7, g), C.P.R.– sólo sobre el patrimonio de las asociaciones ilícitas) y el comiso.

6.2. Difusas, atípicas y residuales.

Son aquellas que no caben en la anterior clasificación (si bien deben cumplir los requisitos señalados para no dar origen a una indemnización) y que, para Mohor, emanan principalmente del art. 19 N° 20 de la Constitución (también de los numerales 3.7, 8, 15.6, 21, 22 y 24.2 del art. 19, y los arts. 1, 6, 7 y 9) y son cargas públicas, cuya finalidad es el bien común. Se justificarían en una facultad de autodefensa residual de la sociedad y el poder sancionador del Estado. Así estas normas permitirían ampliar el campo de las limitaciones funcionales y restrictivas, lo que para este autor resulta necesario, dado que el 19 N° 24 –que califica como “de un sentido más bien individualista y de evidente inspiración liberal¹²²– no permite validar las limitaciones extintivas por una vía distinta de la expropiación. Un razonamiento como el propuesto por este autor permitiría fundar limitaciones indirectas, a saber, medidas sin indemnización frente a razones de fuerte denotación social, “como, por ejemplo, el sacrificio forzado del ganado aftósico, la destrucción obligatoria de especies arbóreas contaminadas, las nacionalización de empresas...”¹²³. También serían limitaciones indirectas las fundadas en razones ajenas a las comprendidas en la función social, como, por ejemplo, los conceptos que la función social admitía en el texto del '67 y que se eliminaron en 1980 (intereses generales del Estado, mejor aprovechamiento de fuentes...), extensión que, a su juicio, no está prohibida por la Constitución, ya que el 19 N° 24 limita taxativamente el concepto de función social, pero no impide fundar limitaciones en otras causas o razones, diferentes a la función social.

El trabajo de Mohor es, sin duda, bastante completo y original. Estimamos, sin embargo, que algunos de los tópicos que plantea son bastante dudosos, particularmente:

i. La idea de reconocer la existencia de una categoría de limitaciones “difusas, atípicas y residuales” que, en nuestra opinión, escapa claramente a la sistemática del texto constitucional, en tanto esas ‘limitaciones’ podrían extinguir el dominio sin dar derecho a una indemnización, según el 19 N° 24.3 de la C.P.R.;

ii. También parece problemático fundamentar este tipo de limitaciones en una “facultad de autodefensa residual de la sociedad y el poder sancionador del Estado”, tanto por la razón recién apuntada, como porque consideramos que la amplitud de la función social consagrada en nuestro ordenamiento permite justificar cualquier limitación –no privación– del dominio que reclame el bien común;

¹²² Cit., p. 305.

¹²³ *Ibíd.*, 306.

iii. Por último, también estimamos criticable establecer la no indemnizabilidad de ciertas privaciones basado en lo que Mohor llama estados de “nocividad o riesgo esencial”. Basta al respecto revisar los ejemplos que pone el autor:

– el sacrificio forzado de ganado afectado por fiebre aftosa. Se trata de un problema nada de pacífico. En 1987 el Servicio Agrícola y Ganadero (S.A.G.) debió ejecutar numerosas reses en tal estado, situación que motivó un debate en el que precisamente Mohor defendió el carácter de limitación –por ende, no indemnizable– que tenía la medida. Y si bien esta tesis tuvo respaldo en un fallo de protección confirmado por la Corte Suprema, el gobierno de la época se apresuró a dictar una ley (Nº 18.617, D.O. 3/6/1987) para establecer un procedimiento indemnizatorio en favor de los propietarios afectados, con lo que reconocía expresamente el deber fiscal de reparar los perjuicios (inexistente de ser ésta una mera limitación) y evitaba nuevas contiendas jurisdiccionales al respecto. Cea, por su parte, criticó la actitud de los Tribunales y el S.A.G., sustentando una opinión radicalmente distinta, a saber, que el sacrificio de ganado era una privación de bienes inconstitucional, por vulnerar el procedimiento previsto en el art. 19 Nº 24.3 y ss. de la C.P.R.¹²⁴.

– la privación del dominio que deriva de un delito. Pero esto no requiere de mayores argumentaciones o construcciones doctrinales suprapositivas, toda vez que la misma Constitución admite *expresamente* el comiso y la confiscación en ciertos casos, como ya hemos visto en este trabajo.

– el evento de la quiebra y el desasimiento. Empero, el procedimiento concursal y la administración del síndico no entrañan una privación de bienes inconstitucional, sino que sólo constituyen un efecto asociado a la declaración judicial del estado de insolvencia. Ahora bien, el origen de estas instituciones es el incumplimiento de múltiples obligaciones civiles, las que por regla generalísima se pactan libremente. Lo mismo ocurre –en menor escala– con el embargo y remate. De este modo, la actuación estatal sólo opera resguardando el cumplimiento de los contratos voluntariamente asumido, lo que las partes contratantes saben perfectamente; es más, ellas contratan confiando en la existencia de estos mecanismos. Como ha escrito hace poco Silva B. respecto de un problema similar “...el dominio puede ser perdido como resultado de los compromisos libremente contraídos, en virtud del principio de la autonomía de la libertad”¹²⁵.

Sin embargo, es importante admitir que, si en vez de hablar de nocividad o riesgo esencial, se habla de ‘estado de necesidad’, la situación se hace más compleja. Pero aun en este caso parece que habrá que inclinarse por exigir del Estado una indemnización para el particular afectado –pese a que la doctrina civil y penal reconoce un amplio efecto excusante a esta figura¹²⁶–, dado lo es-

¹²⁴ CEA, “Delimitación...”, ob. cit., pp. 64-68.

¹²⁵ Cfr. supra nota 20.

¹²⁶ El *estado de necesidad* es “...aquel en que una persona se ve obligada a ocasionar un daño a otra para evitar uno mayor a sí misma o a un tercero” (ABELIUK M., René, ob. cit., t. I, p. 192). Civilmente no está consagrado como causal que exima de reparar el daño producido contractual o extracontractualmente. Y es que, a distinción del caso fortuito, aquí el hecho que ocasiona la infracción es ‘resistible’, si bien a costa de un daño propio de mayor entidad que el provocado. El estado de necesidad, dice Abeliuk, “...supone un conflicto de intereses en que es difícil decidir cuál es el más legítimo...” (p. 193). En otras legislaciones se permite cobrar una

tablecido en el art. 38.2 de la C.P.R. y la L.O.C. N° 18.575 (D.O. 5/12/1986), especialmente art. 4.

Por las razones expuestas, no compartimos ninguna de las tres ideas recién enunciadas. Con todo, claramente el trabajo de Mohor está entre los mejores que existen en nuestro país sobre el tema del dominio.

b) Tesis de Antonio Vodanovic¹²⁷

Para este autor, deben distinguirse dos conceptos: las restricciones y las limitaciones. Las primeras son las reducciones de facultades immanentes al do-

indemnización al perjudicado (Alemania, Suiza) o entregar al juez la fijación de una reparación equitativa (Italia). En nuestro ordenamiento sólo podría operar asimilándose al caso fortuito o la ausencia de culpa, pero no en cuanto tal. En esas hipótesis eximiría de reparar daño alguno. Abeliuk cita un fallo de 1890, en que se exonera al Fisco de indemnizar los daños producidos a la propiedad de un particular para evitar la propagación de un incendio.

Vial, recogiendo la doctrina italiana (Betti, Briguglio), expresa acerca del estado de necesidad y la responsabilidad extracontractual: "Sabido es que quien produce un daño a terceros está obligado a repararlo, en virtud de los principios de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, si la persona ha actuado como consecuencia de un estado de necesidad, no va a estar obligada a reparar los daños que produzca a terceros. 'El estado de necesidad es ciertamente atendible para privar al acto lesivo del carácter de ilicitud'". VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed., 1991.

Penalmente, esta figura puede ser una causal de justificación o exculpación (esta última, dentro del rótulo de la *no exigibilidad de otra conducta*) de responsabilidad penal. Cury define al estado de necesidad justificante como el ataque al bien jurídico de un tercero, producido con el objeto de evitar la lesión de uno más valioso, perteneciente a sí mismo o a otro (CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 1994, p. 370). Nuestra legislación penal respecto al punto es restrictiva, pues sólo acepta esta justificación en la hipótesis del art. 10 N° 7 del C. Penal. Tales actos serían también inocuos en el plano de la responsabilidad civil para Cury, que estima que en nuestro sistema "...al menos, esta discusión no puede llevarse lejos. Quien obra justificado por un estado de necesidad al que la propia ley acuerda tal eficacia, no incurre en ilícito de ninguna especie; la unidad del ordenamiento jurídico impide, por ende, que se reclamen indemnizaciones civiles o de otra índole: el que se conduce de una manera justa, de nada es responsable... frente a la desgracia ajena impera un principio de solidaridad universal que aquí encuentra su expresión más característica. Esto es más evidente en el ámbito de nuestra ley, cuya regulación restrictiva del estado de necesidad impide, en la práctica, la producción de situaciones extremas" (p. 374).

La tesis de Cury rechaza expresamente la que expusiera Novoa en su "Curso de Derecho Penal Chileno" (Ed. Jurídica de Chile, 1960-66, t. I, pp. 386-7), pues este último opinaba que, a falta de regulación expresa del caso, debiera exigirse al beneficiado por el hecho que *compensara* al afectado, considerando el provecho que el acto le había reportado.

Con todo, en abono de la tesis de Novoa, cabe señalar que el art. 179 N° 1 del C.P.C. señala que las sentencias penales absolutorias o que sobresean definitivamente un juicio penal producen cosa juzgada en materia civil si se fundan en la no existencia del delito materia del proceso, a menos que "la absolución o sobreseimiento provengan de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal"; de este modo, la existencia de un estado de necesidad justificante será plenamente eficaz en el plano penal (art. 10 N° 7 del C. Penal), pero no por ello producirá cosa juzgada en el respectivo juicio civil. Esta norma da pie para exigir al beneficiado la compensación correspondiente (la referencia a este art. está en Abeliuk, ob. cit., p. 195).

¹²⁷ VODANOVIC, ob. cit. Es tan significativa la variación que experimenta esta parte del libro en la edición de 1957 con respecto de las anteriores, que obviamente hay que considerar como autor de esta sistematización al mismo Vodanovic, que, en todo caso, reconoce basarse en el texto del autor español J. Castán Tobeñas —que, por desgracia, no hemos tenidos a la vista— para esta materia. Debe recordarse que esta tesis se hace considerando el derecho positivo de entonces, siendo repetida sin variaciones desde 1957 (salvo las actualizaciones legales de estricto rigor) hasta la última edición de 1992. Puede verse la esquematización completa de las restricciones en esta última, pp. 104-105, y su desarrollo en pp. 72-104.

minio, que no lo menoscaban, sino que señalan sus límites naturales, como el abuso de derecho y todas las restricciones de Derecho público. Las limitaciones, en cambio, serían reducciones *ab externo*, esto es, que constriñen el contenido normal del derecho, comprimiéndolo. Un ejemplo son las servidumbres. Desde esta perspectiva, las únicas 'limitaciones' serían las que expresa el C.C. en el art. 739, y especialmente las servidumbres, pues éstas son, "por su esencia, una derogación al régimen normal de la propiedad (constituido por la libertad de los fundos), mientras que las limitaciones (impuestas por la ley a todos los predios que se encuentran colocados en determinadas condiciones) señalan los contornos normales del dominio y constituyen precisamente el derecho común de la propiedad"¹²⁸.

Conforme estas ideas, Vodanovic hace la siguiente esquematización de las restricciones:

1. Genéricas

1.1. *Teoría del abuso del derecho*¹²⁹. Esta surge en la doctrina francesa para atemperar el individualismo decimonónico que estaba asociado al reconocimiento de derechos subjetivos absolutos, y responde a la siguiente interrogante: ¿Incurre en responsabilidad quien, al ejercer un derecho legítimo, lesiona un interés ajeno? Lógicamente si el acto es imputable al sujeto (esto es, hay culpa o dolo) surgirá el deber de responder debido a las normas de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, puede que no haya tal imputabilidad: allí cobra importancia esta teoría.

Por lo tanto, el tema a estudiar es qué ocurre cuando un sujeto ejerce un derecho del que es titular sin dolo o culpa y produce a otro un daño, sin que al sujeto activo el acto en cuestión le rinda utilidad, o cuando, rindiéndole alguna, el beneficio obtenido fuese inferior al perjuicio ocasionado al tercero.

La doctrina del abuso del derecho resuelve estos problemas, analizando: i) si éste es ejercido conforme a los fines económicos y sociales para y por los cuales es tutelado por el ordenamiento jurídico; y ii) si el daño causado no produce utilidad o ésta es inferior a aquél. Dice Vodanovic que los elementos del abuso son: 1. Ejercicio de un derecho legalmente reconocido; 2. Daño a un interés que no está protegido específicamente; 3. Inmoralidad o Asocialidad, sea objetiva (el daño proviene del exceso en el derecho) o subjetiva (existe intención de perjudicar al tercero)¹³⁰.

En nuestro ordenamiento los derechos absolutos son excepcionales (por ejemplo, arts. 112, 1184, 854 y 942 del C.C.), y la propiedad no es tal, por lo que ser verá afectada por esta restricción. La sanción del abuso del derecho, ha dicho Abeliuk, puede consistir en una reparación en especie o por equivalencia (indemnización). En todo caso, Vodanovic reconoce que existen tendencias que estiman que esta teoría es superflua¹³¹.

¹²⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., "Derecho Civil", t. II, Madrid, 1943, p. 103, citado por Vodanovic en p. 73, ob. cit.

¹²⁹ *Supra* nota 7.

¹³⁰ VODANOVIC, ob. cit., pp. 78 y ss.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 83. Ver *infra* nota 159 y cap. 2.5.2.

1.2. *Limitaciones a la facultad de excluir*¹³². Estos son deberes negativos que aminoran el atributo de la exclusividad del propietario. Son tres:

1.2.1. Derecho de uso inocuo, esto es, de "aprovechar una cosa ajena, por razón de utilidad, no sufriendo el dueño perjuicio alguno o sufriendolo en una cuantía despreciable"¹³³. Sin embargo, nuestro C.C. no lo incluye como un deber exigible, de modo que estaría entregado a la mera tolerancia del dueño.

1.2.2. Derecho de acceso forzoso o coactivo, que es el que "en razón de manifiesta necesidad, la ley concede a una persona para entrar, ocasional o transitoriamente, a un predio rústico con el fin de llevar a cabo un acto relacionado con una cosa que le pertenece o está a su cargo"¹³⁴. No existe una norma general que lo consagre, pero sí algunas específicas, como el 620 del C.C. o la servidumbre de acueducto del C. de Aguas (arts. 76 y ss. del D.F.L. N° 1.122 del 29/10/1981). Es discutible si estas manifestaciones son reflejo de un principio general o las excepciones de la regla contraria.

1.2.3. El principio del mal menor, según el cual, se "concede derecho a un extraño para aprovechar una cosa ajena, a fin de salvar de un peligro inminente un bien o un interés jurídico de mayor valor que aquélla"¹³⁵. Si bien es de equidad considerarlo, la ley guarda silencio al respecto, y el mismo Código Penal, al tratar el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal (10 N° 7, dado que es una causal de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta) no dice nada respecto del propietario afectado en sus bienes^{345a}.

2. Específicas o por razón de interés general o legales

1.1. *De utilidad pública*, excluyendo la figura de la expropiación, pues para este autor ella es una privación y no una restricción. Se subdividen según el interés comprometido:

1.1.a. Seguridad, salubridad y ornato públicos, que incluye la policía de construcciones (L.G.U.C. y O.G.U.C.), de caminos (Dcto. N° 294 de 1984, D.O. 20/5) y de ferrocarriles (Ley General de FF.CC., texto refundido del 13/7/1931). Las referidas a la salubridad pública se contienen en el Código Sanitario. Agrega las relativas a la Ecología, derivadas directamente del art. 19 N° 8 de la C.P.R. y expresadas también hoy en la reciente Ley N° 19.300, de Bases del Medio Ambiente¹³⁶.

1.1.b. Defensa Nacional, que surgen de promulgarse una "Orden de Movilización" de tipo militar, según el D.L. N° 405 de 1935 (D.O. 22/8).

1.1.c. Economía Social, que incluye la regulación de precios y rentas (Vodanovic reconoce que ésta se bate en retirada con la economía social de

¹³² También menciona la facultad de excluir y sus tres límites Peñailillo, indicando que éstos son aplicaciones concretas de la función social de la propiedad; ob. cit., pp. 71-72.

¹³³ *Ibid.*, p. 83.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 84.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 86.

^{345a} Ver supra nota 126.

¹³⁶ Publicada en D.O. del 9/3/94, y modif. en D.O. del 8/2/95. Las principales limitaciones se contienen en sus arts. 38 y ss., recayendo sobre preservación de la flora y fauna (restricciones a su corte, captura, caza, comercio y transporte, art. 38), uso racional del suelo (art. 39, si bien se remite a "la ley", indeterminadamente), normas de emisión de sustancias contaminantes (art. 40), uso de recursos naturales renovables (art. 41), etc.

mercado, subsistiendo en escasas situaciones, como algunos arrendamientos), fomento de la industria minera (restricciones para propietarios de los predios superficiales), uso de aguas (servidumbres como la de camino de sirga y abrevadero), régimen de la agricultura (fijación de precios, como la Ley N° 7.747, la N° 16.640, etc.; no se citan disposiciones vigentes de nuestro país), régimen de bosques (Ley de Bosques), de navegación aérea, etc.

1.1.d. Patrimonio artístico o histórico nacional; bienes ambientales; monumentos nacionales y naturales. Dice Vodanovic que los bienes ambientales serían aquellos que “encierran un valor artístico esencial para la comunidad, sea artístico, histórico o ecológico. No obstante ese valor para la comunidad, dichos bienes pueden permanecer en la propiedad particular, pero sometidos a la tutela de la autoridad respectiva”¹³⁷. La Ley N° 17.288 se encarga, fundamentalmente, de regular la materia, a través del reconocimiento y protección de *Monumentos Nacionales*, aquellos bienes cuya conservación interesa a la historia, el arte o la ciencia, y de *Santuarios de la Naturaleza*, sino que ofrecen posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuya conservación sea de interés para la comunidad. La protección de la naturaleza se ve reforzada con el D.S. N° 531 (23/8/1967), que ordena cumplir la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas de América (firmada en Washington el 12/10/1940) y que ha permitido proteger de la explotación especies como la Araucaria y el Alerce. Mediante aquella y otras leyes se tutelan monumentos históricos, se conserva el aspecto típico y pintoresco de ciertas poblaciones o sectores, se concede un derecho preferente a ciertas Bibliotecas Públicas y al Ministerio de RR.EE. para subastar documentos, y se controla la salida del país de obras artísticas. También está limitada, con la Ley N° 17.929, la propiedad de instrumentos artísticos de interés nacional.

1.1.e. Servidumbres administrativas, o “gravámenes que se imponen a un predio en favor del interés público”, generalmente para asegurar el funcionamiento de Servicios Públicos. Dice Vodanovic que existen autores de Derecho Administrativo que no califican estas servidumbres como restricción, sino como limitaciones, esto es, como una disminución *ab externo* del derecho, y no como una configuración de su contenido normal.

1.1. *De utilidad privada*. En este grupo caben todas aquellas derivadas de las relaciones de vecindad. En efecto, “el ejercicio del derecho que nos compete sobre un predio trae muchas veces como consecuencia, una especie de invasión directa o indirecta de la propiedad contigua o cercana... hay intromisiones que no pueden ni deben permitirse; son las que perturban la propiedad ajena”¹³⁸. No existe una norma general que regule estas situaciones, salvo la muy general del art. 1437, que no indica cuándo el daño llegará a ser indemnizable. Ello exige revisar las disposiciones específicas del C.C. y leyes especiales, que reflejan como principio que una inmisión será ilegítima cuando su influencia sobre el vecino es directa o indirecta y resulta considerable, atendida su cualidad, cantidad, duración, etc. La sanción será cesar dicha inmisión o indemnizar.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 91. Es conveniente aclarar que, al desarrollar las restricciones, Vodanovic incluye todo este grupo en las impuestas en interés del de la seguridad, ornato y salubridad públicas, pero en el esquema final (p. 105) las considera un grupo aparte. Hemos preferido seguir esta última opción.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 100.

Conviene hacer algún comentario antes de pasar a la historia fidedigna de la garantía. La clasificación de Vodanovic es valiosa por la cantidad de limitaciones enunciadas, pero contiene algunos errores debido al método empleado, eminentemente privatista, que no puede sino resultar extraño en un tema que hoy pertenece sin discusión al campo del Derecho público. Así, estimar que las únicas 'limitaciones' propiamente tales son las desmembraciones del art. 739 haría verdaderamente ininteligible el art. 19 N° 24.2 de la C.P.R. en su referencia a las "limitaciones y obligaciones"; por otro lado, no tratar el problema de la esencia del dominio, o la distinción limitación-expropiación, es obviar asuntos que hoy son capitales.

2.3.5. Breve reseña de la discusión en la C.E.N.C.

La regulación del derecho de propiedad fue estudiada preliminarmente por una Subcomisión nombrada al efecto que presidiera el profesor de Derecho Civil José María Eyzaguirre de la Huerta. El informe de esta Subcomisión trata el tema de forma integral, y entre las novedades propuestas está la idea de referir la garantía constitucional a la 'esencia' del derecho, tesis formulada por Julio Philippi¹³⁹, citando textualmente el art. 19.2 de la G.G. Agregaba que "el concepto de esencia no es ajeno al ordenamiento positivo nacional, ya que se contiene en el art. 1444 del C. Civil", y con él se protegía mejor al propietario que con la distinción entre derecho y ejercicio (en el sentido de disponer que sólo es limitable el ejercicio de un derecho y nunca el derecho en sí). Además, "el concepto de esencia tiene la ventaja... de que va evolucionando en función del desarrollo cultural y las condiciones sociales, pudiendo incluso ocurrir que aquello que hoy es esencial mañana pueda dejar de serlo y viceversa". De este modo, sería un concepto flexible, apto para que los tribunales buscaran el "verdadero sentido de la equidad". Más adelante, Ruiz y Eyzaguirre indican que la 'esencia' del derecho estaría constituida por las facultades que confiere, o sea, usar, gozar y disponer¹⁴⁰.

La discusión dentro de la misma Comisión Ortúzar se inicia en la sesión 149, a la cual se invita a Eyzaguirre. Este explica que el proyecto presentado introduce el concepto de 'esencia' de derecho en lo que hoy día sería el inciso 2 del 19 N° 24 –no el tercero–, con la precisa intención de evitar que las limitaciones del dominio o su regulación cobren tal intensidad que lleguen a suprimirlo. En efecto, el texto señala que:

"Sólo la ley puede, y sin afectar el derecho en su esencia, establecer los modos de adquirir, de usar, gozar y disponer de la propiedad, y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar el cumplimiento de su función social y hacerla accesible al mayor número de personas, satisfacer los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, la seguridad nacional, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

¹³⁹ Actas de la Subcomisión de Propiedad, en Anexos de la Sesión N° 148, cit., p. 27.

¹⁴⁰ *Ibíd.* Cfr. en p. 62 *in fine* y 64 las opiniones de Ruiz. En p. 63, la de Eyzaguirre.

La función social obliga a emplear la propiedad en el fin que le es natural, en armonía con los intereses colectivos”¹⁴¹.

En la sesión 150, Evans de la Cuadra se opone a la idea de incluir en esta disposición la expresión ‘esencia’, en contra de la mayoría que la estima una innovación claramente positiva. A su juicio, los elementos de la ‘esencia’ del dominio son sus modos de adquisición, y las facultades que concede al titular del bien (usar, gozar y disponer). Sin embargo, incluir la palabra ‘esencia’ llevaría a congelar el concepto de la propiedad contenido en el ordenamiento jurídico existente al entrar en vigor la Carta Fundamental, lo que sería retardatario e inconveniente para una Constitución, llamada a durar mucho tiempo, en medio de diversas circunstancias sociales e históricas. El problema es que la llamada ‘esencia’ sería un supuesto anterior a la Constitución, que ésta no puede definir, y que inevitablemente se identificaría con el ordenamiento preexistente. Propone finalmente que una disposición de este tipo se traslade al inciso siguiente, como freno de las limitaciones que se pueden imponer a un propietario, pero sin referirse a la ‘esencia’ del dominio, sino directamente a sus elementos constitutivos, concepto que no tendría esta identificación con las normas legales anteriores y podría evolucionar satisfactoriamente conforme los requerimientos de la comunidad nacional. Finalmente, se manifiesta partidario de una cláusula general que proteja la esencia de todos los derechos reconocidos en la Constitución¹⁴².

Silva Bascuñán planteó su desacuerdo con Evans, estimando valiosa la innovación. Recalcó también que la garantía amplía la noción civil del dominio en forma tal, que “...cualquier tipo de beneficio patrimonial está comprendido dentro del derecho de propiedad... nadie puede ser privado sin expropiación... de la esencia del beneficio patrimonial que se le ha concedido”¹⁴³. Acepta —como lo hará toda la Comisión— la propuesta de extender la protección del contenido esencial a las demás garantías, de modo que las leyes que lo desconocieran pudieran ser declaradas inaplicables por la C. Suprema.

Rodríguez recuerda que la esencia de un derecho es lo que le es consustancial, de modo que si falta éste se transforma en otro o desaparece. A su juicio, en el caso del dominio la esencia englobaría sus:

- Modos de adquirir;
- Facultades de uso, goce y disposición;
- Atributos de exclusividad y perpetuidad.

Le gusta el texto propuesto, y piensa que la esencia de la propiedad podrá entenderse como:

¹⁴¹ Es evidente la semejanza del “sólo la ley puede, y sin afectar el derecho en su esencia...” con el art. 53.1 de la Cons. Española de 1978, que —refiriéndose a los derechos y libertades constitucionales— dice en su segunda frase: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio...” Dado que las actas son de 1975, no podemos saber si hay algún contacto entre estas normas más allá de la raíz común del art. 19.2 de la G.G., si bien ello no resulta relevante dado que el texto chileno, en definitiva, tomó otros rumbos en su redacción.

¹⁴² Esta propuesta parece ser el origen del actual 19 N° 26, ya que fue aceptada por todos los demás comisionados. Corresponde, en todo caso, a una incorporación más fidedigna del modelo alemán (el citado 19.2 de la G.G.), que se refiere a todos los derechos fundamentales y no sólo al dominio.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 13.

- el concepto filosófico de la institución;
- el modelo de propiedad, según el derecho vigente al entrar a regir la Constitución.

Evans, en la sesión 155, descalifica ambas alternativas para fundar su oposición al término 'esencia'. Explica, así, que la idea filosófica de la propiedad siempre será fuente de debates eternos, ¿comprendería, por ejemplo, la perpetuidad?, y de ser así, ¿por qué se aplicaría de una manera al dinero que se deposita en el Banco, y de otra a las producciones del talento o el ingenio? La segunda opción (entender la propiedad según el derecho vigente al publicarse la Carta), en tanto, petrificaría estas normas, paralizando el progreso social y arriesgando seriamente la estabilidad futura del mismo precepto. Finalmente, insiste en que le parece "extraordinariamente peligrosa" la expresión 'esencia', pues en todas las demás garantías del texto constitucional se da una clara idea de lo que es en cada caso; v. gr., en la libertad de expresión la ausencia de censura previa, en la igualdad ante ley que no exista discriminación arbitraria, etc. Sólo en la propiedad el constituyente habría callado, y ¿sobre qué base enjuiciaría la Corte Suprema la constitucionalidad de un texto legal impugnado al plantearse un recurso de inaplicabilidad? ¿Con el Código Civil vigente en 1975, que sólo tiene rango de ley? ¿Con una concepción filosófica polémica?

Silva B. vuelve a defender la inclusión del término. Precisa que la garantía constitucional de la propiedad se refiere al estatuto del derecho adquirido, sin obstar a que posteriormente el legislador pueda configurar estatutos propietarios diversos. Diez le sigue, indicando que será una válvula para que los jueces creen derecho (un concepto jurídico indeterminado). Ovalle se suma a las opiniones anteriores, pero manifiesta que debería precisarse qué es la esencia del dominio. Si se deja la definición a la filosofía, puede caerse en los extremos más perniciosos, invocando "las nuevas ideas", "la liberación social", etc. Ortúzar observa que el problema está en que el concepto no se define en la Constitución, pero apunta que esta dificultad se subsana con la doctrina característica que existe sobre la propiedad, unida al aporte renovador que en forma oportuna recogería la jurisprudencia, según la evolución socioeconómica que sufriera la institución. Rodríguez señala que tal vez el término fuera innecesario, en el entendido de que si la Constitución quiso garantizar la propiedad, lo mínimo que puede comprender esta protección es su esencia o, de lo contrario, dicha garantía sería letra muerta.

En la sesión N° 157 se distingue entre privación y limitaciones del dominio, debiendo las últimas respetar la 'esencia' de la propiedad. En la N° 158 aparece Jaime Guzmán, quien apoya la tesis de Evans y refuerza su postura. Este último insiste en que prefiere disposiciones concretas que sean prácticas y verdaderamente operativas, antes que preceptos doctrinarios que generen un debate interminable. Para ello quisiera trasladar el concepto del inciso segundo –limitaciones– al inciso tercero –expropiación: "Nadie puede ser privado de su propiedad ni de su facultad de usar, gozar y disponer..."–, tesis que en definitiva se irá imponiendo.

En la sesión 159, Evans dice que "...se deben distinguir tres situaciones...

...privación total del dominio... expropiación autorizada por ley, indemnización...

...obligación o limitación impuesta por razón de función social ...normalmente en el uso o en la administración... están autorizadas por la Constitución y no dan derecho a indemnización.

...una tercera situación intermedia en que, sin privarse del dominio, sin romper la vinculación jurídica entre el titular y el bien, se afecta a uno de los elementos constitutivos y se priva totalmente de la administración o... del derecho a gozar... a obtener los frutos... o... del derecho de disponer de ella..."¹⁴⁴. Es esta tercera situación la que debe impedirse, lo que para Evans no se logra con una norma que diga: "En todo caso, la ley no podrá afectar la esencia del derecho", que sería fuente de permanente debate.

Silva Bascuñán discrepa de la tesis de eliminar la palabra 'esencia' del inciso segundo, pero, no obstante ello, está de acuerdo conceptualmente con lo que expresa Evans. Dice que "...el derecho de dominio no es cuestión de ser titular de algo nominal...", exige que "...acarree una serie de eventuales beneficios para quien es titular del mismo. Y hay beneficios de tal manera engarzados en la esencia de la titularidad, que si se priva de ellos se ataca a la esencia"¹⁴⁵. Rodríguez, siguiendo a Silva, opina que "...en buenas cuentas, al establecer que se debe respetar la esencia del derecho, lo que se está diciendo es otra cosa: que no se haga fraude a la garantía constitucional mediante algunos resquicios y fórmulas que no están en flagrante contradicción con los términos literales, pero que, no obstante, pueden desconocer lo que se señala como la 'esencia' del derecho. Y no cabe la menor duda de que, si se esterilizan todas las posibilidades de los beneficios materiales que pueda obtener el propietario y se lo transforma en algo así como un propietario moral, la esencia del derecho ha sido conculcada"¹⁴⁶. Ovalle propone mantener la referencia a la 'esencia', pero sugiere como fórmula alternativa poner en el inciso segundo: "En todo caso, los modos de adquirir y las obligaciones y limitaciones que la ley establezca no podrán significar ni la pérdida ni la disminución sustancial de las facultades de usar, gozar y disponer". La propuesta, empero, no genera consenso.

Ortúzar también 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. Precisamente por esa incapacidad presente conviene establecer una fórmula conceptual general, que pueda abarcar al máximo de casos. 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? Guzmán se suma a esta postura y recuerda que la esencia del dominio se puede remontar a Roma, sintetizándose en los modos de adquirir el dominio y las facultades que éste otorga, a saber: usar, gozar y disponer. Que cambien es altamente improbable, y si se deja en la Constitución una fórmula vaga, pudiera ser que el dominio se interpretara en el futuro de un modo más restrictivo que aquel en que todos concuerdan dentro de la Comisión. Evans, siguiendo a Guzmán, recuerda que como van a establecer un recurso de amparo general para todas las garantías constitucionales, la esencia del derecho no quedará a la sola interpretación de la Corte Suprema, sino que de todas las Cortes de Apelaciones del país, lo que —dada la natural disper-

¹⁴⁴ *Ibíd.*, Sesión 159, p. 8.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 9.

sión jurisprudencial— sería un serio riesgo para la estabilidad económica de la nación, dada la ambigüedad del término controvertido.

Ovalle se suma a Evans y Guzmán, porque es un hecho que no aparecen más elementos en la esencia del dominio. Ortúzar, Silva y Lorca no están de acuerdo, e insisten en mantener el término 'esencia' en el inciso segundo de la disposición, según lo propusiera la Subcomisión. Guzmán deja constancia de que existe consenso en torno al respeto que merece la esencia del derecho, reduciéndose el dilema a buscar la fórmula más eficaz para protegerlo. Ortúzar propone combinar las propuestas. Evans acepta, pero pide que no se repita el término 'esencia' en la cláusula general de protección para los derechos y en el numeral de la propiedad.

En la sesión N° 160, Ortúzar propone una mezcla, pero incluye la palabra 'esencia' con lo que deja el debate en el mismo lugar. Evans insiste en trasladar este concepto al inciso tercero, estableciendo en él que no puede privarse de "alguno de los elementos que constituyen o caracterizan el dominio". Guzmán le sigue. Si bien existen dos fórmulas útiles, él prefiere optar por la que define más al derecho de propiedad, precisando "...ciertos atributos y facultades determinadas que no se puedan desconocer sin que, al mismo tiempo, se desconozca la esencia del derecho, porque eso tiene un carácter preceptivamente nítido". Además la idea de 'esencia' se resguardaría con una cláusula general que garantizara a todos los derechos un contenido esencial (actual 19 N° 26).

Silva propone trasladar derechamente la expresión 'esencia' al inciso tercero, de modo que nadie pueda ser privado de la esencia del derecho, sino por medio de ley expropiatoria. Ello reeogería la idea de 'esencia' como criterio base para que el legislador sepa distinguir expropiación de limitación. Ortúzar dice que, en ese caso, preferiría la fórmula de Evans que define, en el fondo, la 'esencia', a fin de no repetir la palabra. El resto de los comisionados se opone a la idea. En esa línea Rodríguez dice que la esencia debe ponerse encabezando la norma, y que ésta incluye:

- Facultades de usar, gozar y disponer.
- Atributos de exclusividad, arbitrariedad y perpetuidad.

Guzmán insiste en su punto de vista. Cree conveniente seguir la precisión de Rodríguez, consignando los conceptos de atributos y facultades como cosas distintas, según éste expresó. Evans agrega un argumento lógico en su postura: la idea de 'esencia', si existe una cláusula general en ese sentido, sobraría en el derecho de propiedad. Sin embargo, en el inciso tercero —gracias a la acertada propuesta de Silva B.— sí tendría utilidad, pues el derecho de propiedad es el único que no sólo admite limitaciones, sino también puede llegar a extinguirse con su expropiación. Ortúzar cede. Silva B. propone poner esencia en el inciso tercero, según ya había dicho, pero será Guzmán quien postulará la redacción definitiva: poner, en vez de 'esencia', "de sus atributos y facultades esenciales"¹⁴⁷.

En la 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 estable-

¹⁴⁷ *Ibíd.*, Sesión N° 160, p. 29.

cer 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 esencia del derecho: si el menoscabo es tal, que ella resulta afectada, deberá tomarse obligatoriamente el camino de expropiar totalmente el bien; sólo si ello no ocurre podría privarse parcialmente¹⁴⁸.

2.3.6. Aproximaciones a la esencia del derecho

Ya sabemos que la clave de la garantía material del dominio pasa por averiguar cuál es su *esencia*¹⁴⁹. Esta aparece conformada en el art. 19 N° 24.3 por los atributos y facultades esenciales de la propiedad, que revisaremos a continuación.

A. Los “Atributos Esenciales”

El Diccionario de la R.A.E. explica que atributo es “cada una de las cualidades o propiedades de un ser” (acepción 1)¹⁵⁰. La lógica entiende por ‘atributo’ aquello que se afirma o niega del sujeto. Sin embargo, no se trata de un simple predicado, pues hace referencia a lo que de forma más o menos esencial corresponde al objeto pensado. La metafísica, de hecho, los estima una cualidad de la sustancia, los “accidentes esenciales”, o predicados necesarios para que una cosa sea lo que es. Incluso la escolástica identificaba los atributos de una cosa con su esencia^{360a}. Ahora bien, hemos visto que en el debate de la Comisión Ortúzar se utilizó esta expresión, identificándola con las clásicas características del derecho de propiedad, a saber, que es un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Sin embargo, hace ya tiempo que la doctrina ha señalado que estos atributos merecen, en rigor, serias observaciones, de modo que es necesario hacer una serie de precisiones sobre ellos para dilucidar hasta qué punto son consustanciales al dominio¹⁵¹.

En relación al carácter *absoluto* de este derecho, esto es, que el dueño tiene sobre su propiedad “...un poder soberano para usar, gozar y disponer de ella a su

¹⁴⁸ Cfr. en art. 9, b) de D.L. 2.186.

¹⁴⁹ Según la R.A.E., *esencia* es “lo permanente e invariable en ellas (las cosas); lo que el ser es” (acep. 2); *esencial* es “sustancial, principal, notable” (acep. 2); y *sustancial*: “dícese de lo esencial y más importante de una cosa”. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Espasa-Calpe, Madrid, 19ª ed., 1970.

¹⁵⁰ *Ibid.*

^{360a} Enciclopedia Salvat, t. II, Salvat Editores S.A., 1976, Barcelona, p. 341.

¹⁵¹ Una mirada a nuestra doctrina civilística nos indica que, más que hablar de “atributos”, ella se ha referido a caracteres o características del derecho de dominio. Así, CLARO SOLAR, *ob. cit.*, pp. 341 y ss., se refiere indistintamente a los “atributos o facultades” de usar, gozar y disponer. Pese a confundir ambos términos, más adelante, sin mediar algún subtítulo particular, dice que de la propiedad plena (la que reúne las tres facultades) se predica que es absoluta, perpetua y exclusiva (N°s. 292 a 295, en pp. 341 y ss.). Por su parte, el texto de Alessandri —o mejor de Vodanovic— en sus diversas ediciones indica que estos tres — más el ser un derecho real— son los “caracteres” del dominio. El texto de Fernando ROZAS (*ob. cit.*, p. 86), en tanto, las enumera como “características” y el de Daniel PEÑAILILLO (*Los Bienes. La Propiedad y otros Derecho Reales*, Ed. Jdca., Stgo., 1993 —reimpresión de la segunda edición de 1991—) como “caracteres”, agregando como Alessandri el de ser un derecho real. Novoa también se refiere a los tres “caracteres tradicionales del derecho de propiedad”, “fruto de una doctrina jurídica tradicional al servicio del capitalismo”, “Instrumentos...”, *cit.*, pp. 77 y 81, y “El derecho...”, *cit.*, pp. 23-27.

arbitrio, sin que nadie pueda impedirselo"¹⁵², Novoa ha negado su vigencia¹⁵³ y Vodanovic asegura que es una idea que "siempre se ha considerado exagerada"¹⁵⁴, pues el derecho tiene limitaciones internas que lo restringen y determinan su contenido normal. En abono de ello, cita el mismo art. 582 del C.C., pues concede, es cierto, un poder arbitrario, pero "...no siendo contra la ley...", es decir, admitiendo que ésta pueda restringirlo. Por ello sugiere que más bien debería hablarse de que es un derecho *general o independiente*¹⁵⁵. Ello, en nuestra opinión, no resuelve el problema, pues estas dos últimas notas sirven para distinguir el dominio de los demás derechos reales en una lógica de Derecho privado extraña al problema de las limitaciones, propias del Derecho público¹⁵⁶. En efecto, la constitución de derechos reales limitados sobre una cosa es un asunto que compete a la voluntad de los particulares, y más bien corresponde a una forma de uso o goce particular que hace el dueño del bien; si a cambio recibe una contraprestación, sería casi un goce y ésta el fruto civil obtenido. En definitiva, más que como una restricción que se autoimponga, el propietario debe verse como una alternativa de uso o disfrute de su bien, aunque sea por mera liberalidad¹⁵⁷⁻¹⁵⁸. El problema de las limitaciones que se oponen a este pretendido carácter absoluto, en cambio, tiene que ver con intervenciones admi-

¹⁵² VODANOVIC, ob. cit., p. 137.

¹⁵³ "El Derecho de...", cit. p. 24.

¹⁵⁴ El mismo CLARO SOLAR, al decir que la propiedad es absoluta, de inmediato aclara que ello no equivale a ilimitada, ya que "el propietario debe servirse de la cosa conforme a las leyes naturales y con sujeción a las leyes civiles", cit., p. 342.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 138. Por *general* se entiende que autoriza al titular para aprovecharse de todas las utilidades de la cosa, salvo las excepciones que importa la existencia de otros derechos reales sobre la cosa. En oposición a ello, los demás derechos reales sólo son especiales. Por *independiente*, en tanto, que el derecho existe por sí mismo, no presuponiendo la existencia de ningún otro derecho sobre la cosa. Nuevamente se opone a los demás derechos reales que siempre concurren conjuntamente, al menos, con el derecho de propiedad del dueño de la cosa.

¹⁵⁶ Como es sabido, la doctrina más generalizada sostiene que el criterio diferencial entre el derecho público y el privado no debe buscarse en la índole de los *intereses protegidos*, sino que en la *naturaleza de la relación* existente entre los sujetos. Así, según Eduardo García Máynez, "...la relación es de derecho privado si los sujetos de la misma encuéntrase colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana. Es de derecho público, si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son dos órganos de poder público o dos estados soberanos", en *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa S.A., 29ª ed., 1978.

¹⁵⁷ Sería el ejercicio de la facultad jurídica de disposición, conforme a la clasificación de facultades de Vodanovic, concretada en una enajenación *lato sensu*. ("Todo acto de disposición entre vivos por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona o constituye sobre él un nuevo derecho real a favor de un tercero, nuevo derecho que viene a limitar o gravar el suyo ya existente", ob. cit., p. 170).

¹⁵⁸ En relación a la misma situación, se dice que este derecho sería *abstracto y elástico*, en tanto existe independientemente de las facultades que otorga, de modo que el propietario puede suspender o enajenar el ejercicio de algunas de éstas, sea por la vía contractual o la mera abstención del titular, y a la inversa, así como se comprime puede "...expandirse, de nuevo en toda su plenitud, automáticamente, en cuanto cesa de existir el derecho concurrente que lo comprime" (*ibíd.*, p. 140). Los ejemplos señalados son la cláusula de no enajenar y las servidumbres. A nuestro entender, y tal como lo señala Rodotá (ob. cit., p. 238), esta característica es propia de la constitución de derechos reales limitados sobre un bien (que, como vimos, nuestro Código llama "limitaciones de la propiedad"), pero no puede exportarse sin más al derecho público y las limitaciones que éste impone a la propiedad, pues éstas definen el contenido normal de la propiedad, por lo que no cabe ninguna reexpansión.

nistrativas, equiparables, como dice Mohor, a “cargas públicas”, en las que la autonomía de la voluntad es prácticamente indiferente. Por ello parece más acertada la tesis italiana, recogida por autores hispanos, que prefiere hablar de un derecho *tendencialmente pleno*¹⁵⁹, antes que absoluto. Y esta tendencial plenitud viene asociada a la idea de que la propiedad, en cualquier sistema jurídico y en toda época, se ha entendido siempre como el poder más intenso de un sujeto sobre los bienes que reconoce el ordenamiento en vigor. Ahora bien, el término ‘absoluto’ parece también inconveniente, porque el ordenamiento constitucional reconoce las facultades del propietario, pero las orienta a ciertos fines (función social) que permiten su restricción, con lo que el derecho de propiedad constituye un *poder funcionalizado*, es decir, siempre una facultad individual –un ‘poder’–, pero dirigida al logro de ciertos fines que legitiman su protección jurídica; precisamente éstos constituyen la llamada función social de la propiedad. Al decir de Rodotá, esta función “sólo se puede encontrar en el interior de la propiedad como un elemento componente de su estructura”¹⁶⁰. Fuera de estos fines no existen poderes o facultades, de modo que ya no es posible hablar de “abuso de derecho”, sino, como dice Barnés, de ausencia de derecho¹⁶¹. No está de más recordar que también la doctrina social de la Iglesia ha insistido permanentemente en que la propiedad no es un derecho absoluto¹⁶². Por todas estas razones, me parece correcto decir que el dominio, en vez de absoluto, es un *poder funcionalizado tendencialmente pleno*.

La segunda característica clásica es la *exclusividad*, que “supone un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa y, por ende, para impedir la intromisión de cualquier otra persona”¹⁶³, sin que esto obste a la copropiedad. Sin embargo, ella también admite excepciones, como lo expone el mismo Vodanovic. Estas son el derecho de uso inocuo, el acceso forzoso o coactivo y el principio del mal menor.

El último ‘atributo esencial’ es la *perpetuidad* del dominio. Ella implica que no se sujeta a limitación de tiempo y puede durar “tanto como dure la cosa”, subsistiendo “independientemente del ejercicio que se puede hacer de él” –si bien esto depende del estatuto concreto del bien poseído que siempre debe ser respetado; la propiedad de una concesión minera, por ejemplo, lícitamente podría tener un régimen de amparo por trabajo, según el art. 19 N° 24.7 de la C.P.R.–. Ello no se opone, entonces, a que la cosa se destruya o el derecho adquirido se pierda por una causal de caducidad congénita a éste o convenida

¹⁵⁹ En este sentido, NOVOA cita a U. NATOLI y S. PUGLIATTI, “La Propiedad...”, cit., p. 26. S. RODOTÁ opina del mismo modo, y le siguen los españoles MONTÉS, ob. cit., y BARNÉS, ob. cit., p. 92.

¹⁶⁰ Ob. cit., p. 220.

¹⁶¹ Para BARNÉS, la tesis del abuso del derecho es válida en las coordinadas propiedades-derecho subjetivo absoluto, pero no cabe ante un poder funcionalizado, pues “no parece posible hablar, ante un uso incorrecto del derecho de propiedad privada de “desviación de poder” o “abuso del derecho”, sino más bien de un “no poder” o “exceso de poder”. Es decir, no se concibe que el dominio incluya facultades para dañar a otros, ob. cit., p. 87. Cabe hacer notar que la mayoría de la doctrina no ve incompatibilidad en la coexistencia de ambos institutos, incluso los autores más dedicados al tema como MONTÉS, NOVOA, CEA, VODANOVIC, etc.

¹⁶² Al respecto puede verse nuestra memoria, cit. supra nota 1, capítulos 1.2.1. y 1.5.4., y las encíclicas C.A. N° 30; R.N. N° 16; Q.A. N° 45 y 49; M.M. N° 19 y 119; G.S. N° 71; P.P. N° 23.

¹⁶³ VODANOVIC, ob. cit., p. 38.

libremente, como en el caso de la propiedad fiduciaria¹⁶⁴⁻¹⁶⁵. En estos casos no se trata de que el dominio en cuanto derecho sea temporal, sino de que su objeto tiene una duración limitada o finita.

Quedan así precisados en su correcto alcance los atributos del dominio¹⁶⁶.

B. Las Facultades Esenciales

Según la R.A.E., facultad es la "aptitud, potencia física o moral" y, en una segunda acepción más cercana a nuestro tema, el "poder, derecho para hacer alguna cosa"¹⁶⁷. De este modo, podemos decir que las facultades dominicales son los poderes que, al ejercitarse, permiten el aprovechamiento del objeto del dominio. La jurisprudencia y doctrina nacional han enumerado las clásicas facultades romanas, esto es, usar, gozar y disponer¹⁶⁸, recogidas por las palabras

¹⁶⁴ VODANOVIC cita a CASTÁN TOBEÑAS, quien indica que el carácter perpetuo "no es obstáculo a que se pueda hacer depender la extinción del derecho de propiedad de ciertas causas establecidas y previstas en el momento mismo de su adquisición. Se puede decir, en este sentido, que el derecho de propiedad es *potencial o normalmente perpetuo*, pero no *irrevocable*". *Ibíd.*, pp. 38-9.

¹⁶⁵ NOVOA, reconociendo esta característica como parte de la propiedad en el sistema del derecho occidental tradicional, se pronuncia en contra de ellas, siguiendo a J. CARBONNIER, quien proponía que la propiedad durase sólo tres o cuatro generaciones, a fin de que fuera sólo por un plazo "conforme con el tiempo de la vida humana"; cfr. "Instrumentos Jurídicos...", *ob. cit.*, p. 107.

¹⁶⁶ Dejamos constancia de que NOVOA señala que otra nota característica del dominio en el derecho occidental, omitida por los juristas tradicionales, sería su ilimitación cuantitativa, pues "el concepto tradicional sobre el derecho de propiedad no ve ningún aspecto reprochable en una gran y desproporcionada acumulación de riqueza, olvidando que ésta no puede menos de ser ponderada con la situación de extrema pobreza en que se desarrolla la vida de tantos". Para NOVOA, "es necesario, por exigencia racional, poner límite cuantitativo al monto de los bienes sobre los cuales un solo individuo puede pretender dominio, tanto porque en los casos de evidente exceso se quiebra el fundamento teórico mismo del derecho de propiedad privada, cuanto porque en un mundo en el cual hay tanta hambre y miseria resulta inicuo reconocer a unos pocos el derecho sobre una cantidad tan desbordante de riqueza" ("Instrumentos Jurídicos...", *cit.*, pp. 105 y 130). El mismo autor cita el criterio de J. CARBONNIER, que sostiene que "la propiedad no sea reconocida más que en cuanto esté sostenida por una posesión subyacente y estable", lo que no ocurre cuando es tan dilatada, que "no puede ya ser 'aprehendida *corpore et animo* por un solo hombre'". (*Ibíd.*, p. 105. La cita de CARBONNIER es del libro *Derecho Flexible*. Ed. Tecnos, 1974, 235 a 238. Igual criterio sustentaba NOVOA en su obra de 1977, "El derecho...", p. 32). Es claro que este tipo de opiniones no gozan en la actualidad de mucha vigencia, sin perjuicio de entender que la posibilidad de limitar a la propiedad parezca especialmente clara en los casos que estos autores denuncian, dado que la función social a la que están llamados dichos propietarios es especialmente exigente. En todo caso, este tema no puede tratarse como característica del dominio en el sentido de verificar si constituye o no un atributo, ya que se enmarca en el tema del derecho a la propiedad, el *ius ad rem* (19 N° 23 de la Constitución), conceptualmente diferente, y que en nuestro derecho no se extingue de modo alguno, porque un sujeto haya adquirido una cierta cantidad de bienes.

¹⁶⁷ Diccionario, *ob. cit.*

¹⁶⁸ Nuestros autores han señalado reiteradamente que estas son las facultades inherentes al dominio. Así lo sostienen CLARO SOLAR (*ob. cit.*, pp. 334 y ss.) y ROZAS (*ob. cit.*, p. 87), si bien las llaman indistintamente atributos o facultades. Las diversas ediciones de ALESSANDRI y el texto de PEÑALILLO (*ob. cit.*, pp. 73-74) hablan de ellas sólo como facultades. La jurisprudencia también recoge esta idea, p. ej., en R.D.J., t. 53, I, 217; t. 46, I, 54; t. 86, V, 222; Fallos del Mes N° 380, p. 359, consid. 11, entre otros. Nuestra doctrina de tipo publicista, como MOHOR, NOVOA y CEA, son del mismo parecer. Hay fallo, sin embargo, que también confunden facultades con atributos. En *Ríos Martínez con Sociedad Constructora Octava (C. de AA. de Concepción, R.D.J., t. 86, 2ª parte, S. V., pp. 222 y ss.)* se da una idea de 'atributos' sumamente amplia y confusa:

“gozar y disponer” del 582 del C.C. (en que gozar comprende el uso y el goce¹⁶⁹), y por nuestro constituyente expresamente en el art. 19 N° 24.2 (“Sólo la ley puede establecer el modo... de usar, gozar y disponer...”).

Sin embargo, en la actualidad existe resistencia a ver este derecho como una suma de facultades determinadas y se prefiere una perspectiva unitaria del dominio, en la cual ésta se entiende como un “señorío pleno sobre el objeto de la propiedad, con abstracción de las mayores o menores facultades que confiere”¹⁷⁰, entendiéndose que caben todas las imaginables habida cuenta de las limitaciones del derecho¹⁷¹, aun cuando la generalidad de los códigos, incluso los más recientes, siguen definiendo al dominio analíticamente, esto es, enumerando las facultades que confiere¹⁷².

Vodanovic clasifica las facultades en materiales y jurídicas. A la primera corresponden uso, goce y disposición material¹⁷³. Las segundas se engloban en la disposición jurídica, que incluye el abandono, la renuncia y la enajenación. Esta última puede entenderse en un sentido estricto, que consiste en entender por tal la transferencia de un derecho, o, en un sentido amplio, que agrega la posibilidad de limitar la propiedad (constitución de usufructos o servidumbres) o gravarla (constitución de una prenda o hipoteca).

Ahora bien, entendiéndose incluidas estas facultades en la esencia del derecho, no avanzamos demasiado. En efecto, lo importante es saber hasta qué

“En este concepto de ‘atributos’ del dominio deben considerarse, a manera de ejemplos: la condición de predio riberano, tener acceso a una plaza o a un camino público. Estas circunstancias evidentemente son atributos y facultades de un predio con contenido patrimonial y al terreno que se le priva de ellos, se le quita algo de su valor” (cons. 25°, final). Algo similar en sentencia de C. AA. de Santiago, 16/6/1993, cons. 3°.

¹⁶⁹ Cfr. Claro Solar, ob. cit., p. 335.

¹⁷⁰ Cfr. PEÑAILILLO, ob. cit., p. 61.

¹⁷¹ Se ha dicho que “están hoy olvidadas y se consideran falsas las doctrinas antiguas que definían el dominio como el *ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi, disponendi, vindicandi*, o más brevemente, como el derecho de usar y disponer de la cosa (...); la propiedad no es suma de facultades, sino unidad de poderes conferidos al titular; no es una serie de facultades determinadas a priori, sino un señorío general del que forman parte todos los poderes imaginables y no son sino manifestaciones de su plenitud. Enumerarlos no es, pues, posible, porque no es posible enunciar lo que el propietario pueda hacer, sino sólo lo que no puede hacer, ya sea que el límite le venga impuesto por las normas jurídicas, ya derive de la concurrencia de un hecho ajeno”. R. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª ed. italiana, Ed. Reus, Barcelona, s/f. (Se trata, en todo caso, de comentarios al Código de 1865 y no al de 1942).

¹⁷² Refiriéndose al art. 348 del C.C. español, que define la propiedad, dice DÍEZ-PICAZO que “seguramente el legislador pretendió incluir, al hablar del derecho de gozar y disponer, todas las facultades que un examen erudito y metódico es capaz de descubrir en el propietario. Además, los Códigos modernos no han podido abandonar la caracterización de la propiedad que se indica. Así, el art. 832 del Código italiano de 1942 dice que ‘el propietario tiene el derecho de gozar y disponer’; el art. 1305 del Código portugués de 1966 reconoce en el propietario ‘los derechos de uso, goce y disposición’, el parágrafo 24 del Código Civil de la R.D.A. de 1975 expresa que ‘el ciudadano tiene el derecho a la posesión y goce de las cosas de su propiedad. Tiene el derecho de disponer de las cosas que le pertenecen, en particular de transferir la propiedad a otro, como también de ceder a otro la posesión y goce de las cosas’, etc.”. Luis DÍEZ-PICAZO y A. GUILLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Derecho de Cosas, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

¹⁷³ Según VODANOVIC, uso es “aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que importe su destrucción inmediata”, ob. cit., p. 52. El goce consiste en hacerse dueño de los frutos y productos que da la cosa, y la disposición material implica poder destruir materialmente la cosa, transformarla o degradarla, y es la clásica característica del dominio.

grado son esenciales: ¿lo es todo tipo de goce o cualquier forma de uso o disposición?

Barnés, analizando el mismo problema en el ordenamiento español, estima que “la Constitución, en definitiva, no parece garantizar ni proteger un concreto tipo de goce, un aprovechamiento de naturaleza específica ni, por tanto, de un ámbito y alcance determinados. Protege, en cambio, la presencia de una facultad de goce tendencialmente plena y, relativamente, siempre superior al de los restantes derechos que tengan por objeto la explotación de bienes”¹⁷⁴. De este modo, el legislador no podría eliminar esta facultad, sino sólo regularla. Ello implica que la elección del tipo de goce pasa a ser competencia de la autoridad. No la elección frente a terceros, esto es, en el campo privado, sino frente al Estado. Así, en la propiedad urbana, “son los poderes públicos los que eligen el tipo de goce, determinan el aprovechamiento o explotación del particular”¹⁷⁵, sin que se dude de la constitucionalidad de tales medidas. Sin embargo, la competencia del legislador no es absoluta, pues no puede llegar al extremo de que el propietario no obtenga beneficios. Así, la ecuación entre cargas y beneficios debe siempre ser favorable para estos últimos. Los mismos principios son predicables para la facultad de disposición. Sin embargo, dejaremos esta polémica para cuando tratemos de recapitular y dilucidar en qué consiste efectivamente la ‘esencia’ del dominio.

Conviene aclarar que nuestra doctrina no menciona entre las facultades a la de *administración*, por entenderla comprendida en el uso y goce de la cosa¹⁷⁶, de modo que también resulta esencial. Otra facultad no señalada por nuestra doctrina, pero sí por la española, es la de *reivindicar*¹⁷⁷, que resulta de ser el dominio un derecho real; me parece que también debe ser considerada como facultad esencial para los efectos del 19 N° 24.3 de la Constitución.

C. La Esencia del Derecho

Llega, finalmente, el momento de recapitular y descubrir en qué consiste realmente la escurridiza esencia de la propiedad privada. Dentro de la doctrina nacional y comparada existen varias opiniones que pasamos a exponer.

Mohor sustenta una tesis relativista. Para él, la idea de una *esencia* como núcleo del derecho, intangible para las limitaciones y rodeado por un espacio concéntrico que, si las tolera, sólo “dificulta la comprensión del problema”¹⁷⁸. No existe un sector no esencial o accidental del derecho, pues en éste no hay aspectos más significativos que otros: “ninguno, en esencia, es más sacrificable

¹⁷⁴ BARNÉS, ob. cit., p. 323.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 325.

¹⁷⁶ En este sentido, CEA, “Apuntes..”, ob. cit., p. 281 (con sólido respaldo en la historia fidedigna: entre muchos, “Actas...”, Sesión N° 160, p. 12). Define administrar como “la facultad de conservar el bien de que se trate, de incrementarlo y aprovecharse de los beneficios que el bien genere”.

¹⁷⁷ Dice DIEZ-PICAZO que el art. 348 del C.C. español destaca que “el derecho de propiedad se define por la reunión de tres facultades (gozar, disponer y reivindicar)”, ob. cit., p. 161. Ello se explica al leer el citado artículo, que señala que el dominio es “el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

¹⁷⁸ “Taxonomía...”, cit., p. 306.

que el otro". Lo que ocurre es que, conforme se van sucediendo las limitaciones, pareciera ser que la parte del derecho que no se ha visto afectada por ellas es más importante que los aspectos que sí se han visto restringidos. El fenómeno de las limitaciones no hace sino reflejar la tensión existente entre la sociedad (limitaciones) y el individuo (propiedad) —en otras palabras, entre la dimensión social y la individual del hombre—, que se encuentra en un nivel de equilibrio diferente conforme evolucionan los pueblos: avanza, se mantiene o retrocede en una u otra dirección. Termina afirmando que "no hay un núcleo, hay sólo 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..."¹⁷⁹, de modo que no existen dos círculos concéntricos, sino sólo uno, cuyos contornos se modifican continuamente. Esta variación no significa que el conjunto de finalidades a que responde el dominio cambie; lo que ocurre es que son satisfechas mediante diversas modalidades específicas. Por ello la esencia del derecho "no debe definirse por un *contenido específico y concreto*. Hay, efectivamente, y seguirá habiendo, una facultad de uso, goce y disposición, pero el cúmulo de atribuciones que cada una de ellas involucra irá modificándose indefectiblemente. Por esta razón, la esencia debe ser definida sólo por la *relación ontológica del derecho con la finalidad* a que accede, puesto que ella permanecerá a través de los tiempos"¹⁸⁰; y esta finalidad consiste en "satisfacción de necesidades personales, instinto de seguridad, previsión de necesidades futuras, estímulo de la producción"¹⁸¹. De este modo, los tribunales controlarán las limitaciones del dominio de acuerdo con el nivel de equilibrio entre individuo-sociedad y la modalidad de satisfacción de las finalidades reseñadas *vigente en ese momento histórico*. ¿Qué sentido tendría entonces la protección del art. 19 N° 26 de la C.P.R.? Básicamente, permitir ese control jurisdiccional de las leyes, de modo que el juez pueda determinar si una limitación se ajusta o no a la Constitución, considerando —en el momento y situación concreta— el nivel de equilibrio ya referido, y del que forma parte el mismo juez: "de ahí es que su decisión no es puramente *jurídica*, sino básicamente *psicológica*, de lo que, en definitiva, resulta que la esencia del derecho no es una realidad jurídico-geométrica, sino, más bien, jurídico-psicológica y teleológica"¹⁸². Sin embargo, al comentar en el mismo trabajo hasta dónde son admisibles las restricciones parciales del derecho y cuándo es necesario para el Estado hacer uso de la expropiación y no la limitación —por lo menos en el "actual momento histórico"—, dice que el problema "...parece resolverse en función de las posibilidades de aprovechamiento residual que corresponden al titular del derecho, es decir, de las reales posibilidades de explotación o de aprovechamiento que restarían 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"¹⁸³.

Cea, más sintéticamente, se limita a indicar que, según la historia fidedigna de la norma fundamental, "la esencia del dominio, su núcleo característico e

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 307. *Cursivas en el original.*

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 308.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 298.

insuprimible, es la suma o conjunto de atributos y facultades¹⁸⁴, los que deben ser ejercidos por su titular¹⁸⁵; el contenido mínimo es más que la titularidad nominal; es su ejercicio efectivo: "Si privar del derecho es despojar (...) de la titularidad, privar al derecho de su esencia es, en cambio, dejar aparente o nominalmente la titularidad, quitando su contenido. Por eso el constituyente obturó el resquicio, defendiendo al dueño tanto de la privación de su derecho como de la esencia del mismo. Y puesto que 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 sólo uno de aquellos componentes esenciales, es quitar la propiedad y hacer esto es, obviamente, privar al titular de su ejercicio"¹⁸⁶.

Baeza cita a Bernaschina, quien —al comentar el mismo problema en relación al texto de 1925— indicaba que, mediante ley, podía limitarse el *ejercicio* del dominio, lo que únicamente comprendía su uso y goce; la facultad de disponer, en cambio, sólo podía verse afectada por expropiación o sentencia judicial¹⁸⁷. Así esta última facultad sería la esencial.

Para Evans, "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 parecería 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"¹⁸⁸.

Por su parte, Ríos indica que el contenido esencial de un derecho es su núcleo irreductible, el cual no puede ser definido por la ley, ya que lo establece el constituyente. Por ello, debe ser encontrarse "en la propia Constitución; o, en su defecto, en el ordenamiento jurídico preexistente, que hubo de servir al constituyente de necesaria referencia; siempre que sus normas sean armónicas con la preceptiva constitucional y efectivamente consagren lo que la Constitución garantiza"; en la propiedad, este contenido se expresa en las facultades sustanciales que comprende este derecho "y que no son otras que los derechos de usar, gozar y disponer del objeto en que recae"¹⁸⁹.

Conviene echar un vistazo a lo que ha dicho respecto al tema la doctrina española. Barnés indica que el contenido esencial de la propiedad consta de dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica que le pueda producir al propietario la explotación directa de los objetos de su dominio, y el que esta explotación haga accesible al resto de las personas los bienes —lo que él llama "eficacia difusiva"—. En su perspectiva, las facultades de goce y disposición forman parte de la esencia del derecho, si bien —como ya dijimos— la Constitución no garantiza una concreta amplitud de goce o disposición para el propietario, asunto que toca definir al legislador, si bien en la ecuación cargas-beneficios el propietario siempre debe salir favorecido¹⁹⁰.

¹⁸⁴ CEA, "Apuntes...", p. 285.

¹⁸⁵ Cfr. en Sesión N° 157 de la C.E.N.C., en EVANS, "Los Derechos...", tomo II, cit., p. 524.

¹⁸⁶ CEA, "Delimitación...", ob. cit., p. 63.

¹⁸⁷ BAEZA, ob. cit., p. 51. La obra de Bernaschina citada es *Constitución Política y Leyes Complementarias*, p. 282.

¹⁸⁸ "Los Derechos...", ob. cit., t. II, p. 149.

¹⁸⁹ "El principio...", ob. cit., p. 68.

¹⁹⁰ *Supra* nota 72.

Expresamente se opone a esta idea Martínez López-Muñiz, quien estima con razón "...que la garantía constitucional incluye todo el poder de goce y disposición que permita cada tipo concreto de bien, por su propia naturaleza, habida cuenta de la integridad de la función social del derecho de propiedad sobre él, con arreglo a la cual la ley habrá de hacer... la *determinación de límites* que resulten razonables. No hay base en la Constitución para entender que se ha entregado al poder público el *entero poder para decidir el tipo de goce y el tipo de poder de disposición* que haya de corresponder a cada tipo de bien... Es cierto que el margen de determinación deferido al legislador es grande, pero éste debe encontrar sus límites constitucionales *en la misma naturaleza de los bienes*, de que, en buena medida, depende la concreta función social que ha de 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*..."¹⁹¹. El contenido esencial, para este autor, reside en reconocer un "*...espacio para la libre determinación en el ejercicio de las facultades dominicales, que es radicalmente consustancial con la noción misma del derecho a la propiedad privada*"¹⁹².

Por último, hay quienes restringen fuertemente el alcance del contenido esencial garantizado. Montés, fuertemente influido por la doctrina italiana¹⁹³, es de este parecer. "Se trata —dice— de no suprimir el instituto 'propiedad privada' por obra del legislador ordinario"¹⁹⁴, de modo que perviva en la organización socioeconómica alguna categoría de bienes apropiables por los particulares; el objeto de la protección constitucional es la propiedad privada como institución, no pudiendo el legislador ordinario suprimir la de los medios de producción como base de la organización económica; "pero no se reconoce el *statu quo*, ni en la extensión ni en el *quantum*"¹⁹⁵, admitiéndose cualquier tipo de limitación general, pues "sólo los sacrificios *individualizados* se indemnizan en nuestros sistemas"; los generales sólo darían derecho a una "distribución equitativa de cargas y beneficios", como lo plantea el art. 87 de la Ley del Suelo hispana. Con todo, este autor reconoce un 'contenido mínimo': "la imposición de vínculos o límites a la propiedad no podría llegar a ser tal, que impidiera el desarrollo de la libre iniciativa económica privada, o que la hiciera ilusoria"¹⁹⁶.

Novoa sigue un criterio de este tipo, si bien su análisis —como el de Montés— se basa especialmente en la doctrina italiana y no examina nuestro texto constitucional; así, estima que aun cuando la Constitución de un país garantizara un contenido esencial de la propiedad, éste sólo se vería vulnerado "cuando se saca del ámbito de apropiación privada a la mayor parte de los bienes que el

¹⁹¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "Derecho de Propiedad y Proyecto de Reforma de Ley del Suelo", en "Derecho Urbanístico Local", José María Boquera Editor, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 78.

¹⁹² *Ibid.*, p. 77. También en pp. 71-73.

¹⁹³ Cfr. en nota 243 de p. 155, MONTÉS, V. L., *ob. cit.*, la cual contiene numerosas opiniones de autores italianos que sostienen que en su sistema jurídico la única garantía existente es que la propiedad *ya constituida* sólo puede expropiarse por ley, fundándose en la utilidad pública y previa indemnización. No se impide, en cambio, que leyes futuras establezcan nuevas limitaciones a la propiedad constituida anteriormente, o creen nuevos estatutos dominicales que confieran menores facultades que los actuales, con tal que estas nuevas leyes carezcan de efecto retroactivo.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pp. 165-166.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 168.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 158.

hombre necesita para su subsistencia y desarrollo”, de modo que el legislador podría, “aun sin autorización constitucional expresa..., fijar tope a la cantidad de bienes que cada individuo puede acumular para su propiedad exclusiva”. Reconoce, en todo caso, la necesidad de cumplir las normas sobre expropiación que existan¹⁹⁷.

Dejamos para el final la opinión de Díez-Picazo, que parece ser la más completa. Este autor, aplicando la doctrina jurisprudencial que él mismo había iniciado en 1981¹⁹⁸, entiende que para aproximarse a la esencia del derecho debe acudirse a dos criterios complementarios, uno dogmático (parte del contenido que permite la reconocibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo) y otro de jurisprudencia de intereses (la parte del contenido que resulta necesaria para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento). En base al criterio dogmático, “un derecho de propiedad sólo es reconocible como tal, si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*”. De acuerdo a la jurisprudencia de intereses, por su parte, Díez-Picazo estima que la propiedad sirve a la dignidad y libertad de las personas y al libre desarrollo de su personalidad, como también al reconocimiento de la iniciativa y gestión económica en una economía de libre mercado; “esto sólo es posible si se reconoce un derecho subjetivo a los valores en uso, en renta y en venta de los bienes”. No podrían, de este modo, configurarse estatutos dominicales sin libre disposición, o que excluyeran de la propiedad privada los bienes de producción; y es que no cabe convertir a la propiedad “en una concesión enfiteútica o en una concesión administrativa”¹⁹⁹. De esta manera se complementa una cierta estructura jurídica con los fundamentos que ameritan su tutela jurídica.

Esta última postura resume magistralmente el contenido esencial del dominio. Junto con recoger la fisonomía concreta del derecho, atiende a las finalidades en base a las que éste es atribuido y tutelado por el ordenamiento –como ya decía Cea al estudiar la esencia en abstracto²⁰⁰–. No basta, por tanto, una mera indagación historicista o un examen formal del derecho positivo; es 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, asunto capital en la planificación urbana, como ya veremos.

2.4. *Derechos adquiridos en la jurisprudencia constitucional*

Otro tema dogmático relevante en torno al dominio consiste en determinar cuándo un derecho puede entenderse ingresado en el patrimonio de una persona y, por ende, tutelado por las garantías que acabamos de explicar. Anticipamos que la garantía de la propiedad en nuestro ordenamiento se extiende expresamente a toda clase de bienes corporales e incorporales.

¹⁹⁷ NOVOA, “El derecho...”, pp. 113 y ss., especialmente 117.

¹⁹⁸ Cfr. supra nota 68.

¹⁹⁹ Cfr. en “Algunas Reflexiones...”, ob. cit., pp. 1262-1263.

²⁰⁰ Cfr. supra cap. 2.3, inicio.

La doctrina clásica resolvió este problema con la teoría de los 'derechos adquiridos', que permite determinar qué pasa con las situaciones y relaciones jurídicas de los particulares cuando son modificadas las leyes de que dependen. Conforme a esta teoría, la nueva ley debe respetar los derechos adquiridos al amparo de la anterior normativa, pero puede modificar sin limitaciones todas las situaciones que sean meras expectativas. Pensamos que análogos criterios deben regir los efectos de las modificaciones de normas de rango reglamentario (como los planos reguladores).

Se dice que la mejor definición de derechos adquiridos es la del tratadista italiano Gabba, quien decía que eran "*todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlo bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe las circunstancias de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rija*"²⁰¹. Nuestros civilistas siguen esta definición con pequeños matices. 'Mera expectativa', en cambio, es la esperanza en la adquisición de un derecho fundada en la ley vigente, y aún no convertida en derecho por falta de alguno de los requisitos que la ley exige. Por ejemplo, suceder a un pariente vivo o a quien testó en mi favor.

La clave está, entonces, en determinar cuándo se puede decir que un derecho fue 'adquirido'; en otras palabras, precisar cuándo ingresa efectivamente al patrimonio de una persona. Pero, además, esta teoría de los 'derechos adquiridos' debe complementarse con la referencia constitucional a los atributos y facultades esenciales del derecho de propiedad. En efecto, la mera expectativa admite cualquier restricción o modificación, incluso si ésta termina por eliminarla, ya que no tiene un verdadero contenido patrimonial para el sujeto; no hay algo de que se prive, en verdad. El derecho adquirido, a su vez, también admite limitaciones, pero no cualquiera: deben ser impuestas mediante ley y respetar el contenido esencial del derecho, caso en que su establecimiento no importará retroactividad alguna; de vulnerarse la esencia del dominio, en cambio, habría retroactividad y debería usarse el mecanismo expropiatorio, como ha yemos tenido ocasión de analizar en detalle.

Dos fallos del Tribunal Constitucional, referentes a la garantía de la propiedad en el actual texto constitucional, pueden ilustrar la relación esencia del derecho/derechos adquiridos.

El primero es del rol N° 12 (16/7/1982) que, al pronunciarse sobre una ley interpretativa del art. 19 N° 24 de la C.P.R. relativa a la reajustabilidad de las pensiones²⁰², señaló que la pensión del funcionario que cumplió todos los requisitos establecidos en la ley para obtenerla era un derecho adquirido; pero, en cambio, sus mecanismos de reajustabilidad o actualización²⁰³ eran meras expectativas, que podía alterar cualquier ley administrativa que, al ser de derecho público, regiría *in actum*. Cita en este sentido jurisprudencia de la Contraloría General de la República (1964, 1968, 1975) y de la C. Suprema (1967, 1968,

²⁰¹ *Teoria della retroattività delle leggi*, 3ª ed., Torino, 1891-1898, t. I, p. 191, ob. cit. en el considerando 16° del fallo.

²⁰² VALENZUELA, Eugenio, "Repertorio de Jurisprudencia Constitucional, 1981-1989", Ed. Jurídica de Chile, 1989, pp. 41 y ss.

²⁰³ Obviamente es el mecanismo o sistemas que la ley determina, y no la evolución del índice respectivo que es siempre incierta.

1970, 1980). El fallo sigue la definición de derechos adquiridos de Gabba, y conceptualiza las meras expectativas como "las esperanzas de adquirir un derecho fundadas en la ley vigente"²⁰⁴.

De este modo, más que razonar sobre los nuevos términos establecidos en la Constitución de 1980 (atributos y facultades esenciales), el Tribunal resolvió casi *exclusivamente sobre la base de la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas*. Con todo, advierte el fallo que esta declaración se hizo entendiendo que el proyecto no comprendía el sistema de seguridad social privado (de capitalización) regido por el D.L. 3.500, esto es, que tuvo en consideración que se pronunciaba en torno al sistema de seguridad social de reparto, administrado por entes estatales, que caería en la órbita del derecho público.

Silva Bascañán, miembro de la Comisión Constituyente, criticó la sentencia indicando que, cuando un funcionario público jubila, la pensión generada en su favor "*...pasa a constituir, como derecho de propiedad, una partida de su activo que le permite gozar del bien dentro del régimen propio del estatuto legal conforme al cual le ha sido atribuido. Si integra el estatuto legal que consagra la jubilación la facultad de reajustarla en forma de aprovechar los incrementos, reajustes o beneficios que lleguen a otorgarse con posterioridad al personal en servicio activo, tal facultad constituye, evidentemente, un derecho adquirido, del cual no puede ser privado en forma alguna, sin violar el derecho de propiedad, a menos que le sea expropiado*"²⁰⁵. No se opone a ello que el beneficio sea eventual, porque lo que se adquirió no fue un determinado reajuste, el que podría no llegar nunca, sino que fue "*...la potencialidad inserta como accesoria del derecho principal de la jubilación*"²⁰⁶. Eso es lo que no se puede desconocer, so pena de vulnerar la esencia del derecho. El precedente, sin embargo, tomó la ruta opuesta²⁰⁷.

²⁰⁴ C.S. R.D.J. t. LXIV, 2ª parte, S. 1ª, p. 47, ob. cit. en cons. 17°.

²⁰⁵ "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre "Perseguidores", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. N° IX, 1982, p. 588.

²⁰⁶ *Ibíd.* Agrega más adelante que "la facultad de reajustar tendrá contenido y alcance práctico, según las decisiones del legislador que lleguen a favorecer al personal activo. En este último sentido, desde un punto de vista económico, la facultad contiene una expectativa, pero ella misma, en su esencia, es un derecho" (p. 589).

²⁰⁷ Respecto a este fallo, puede verse ZAPATA LARRAÍN, Patricio, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1991)", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, N° 2, 1991, pp. 261-330, esp. pp. 274 y ss. y 276. Este autor también ha criticado esta sentencia, opinando que representa una "muy criticable falta de coherencia" en la jurisprudencia del T.C.; paradójicamente, este dictamen ignora como recurso interpretativo el elemento histórico, o "espíritu del constituyente", constante herramienta hermenéutica empleada por los integrantes del primer Tribunal instalado bajo la actual Constitución (1981-1985), especialmente por el propio redactor del fallo, el Ministro Enrique Ortúzar (que presidiera la Comisión que elaboró la Carta Fundamental) y en base al cual se "tendría necesariamente que haber descartado la interpretación del proyecto de la Junta de Gobierno". Asimismo, la sentencia primordialmente examina fuentes secundarias (doctrina y jurisprudencia) y no la propia Constitución, limitándose a la mera transcripción del art. 19 N° 24 sin examinarlo de modo sistemático y finalista. Recalamos que el autor estima que la Constitución debe interpretarse con un criterio sistemático y finalista, y no literalista-originalista; esto es, el genuino sentido de sus prescripciones debe buscarse desde los valores que sustenta la Carta y conforme el sistema que forman sus disposiciones, y no ensimismándose en el tenor literal de la norma y la opinión de sus redactores. Por ello, lo que se critica es la falta de coherencia del Tribunal, literalista y originalista al extremo en aquella época (1981-85), y no la desatención del elemento histórico. Es relevante recordar, con todo, que durante esos cuatro años el Tribunal debió controlar 24 veces la constitucionalidad de normas legales preparadas por la Junta de Gobierno y en todas esas ocasiones no declaró una sola inconstitucionalidad... (*Ibíd.*, p. 264).

Recientemente el tribunal nuevamente se abocó al tema en su sentencia rol N° 207 (10/2/1995), recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley (promulgado²⁰⁸) sobre derogación del inciso cuarto del art. 10 de la Ley N° 18.401. En la parte que nos interesa, el fallo declaró inconstitucional esta derogación por vulnerar el derecho de propiedad (cuatro votos contra dos).

La Ley N° 18.401, de 1985, concedía a los adquirentes de acciones de ciertos bancos, intervenidos por la autoridad en 1982, la facultad de capitalizar sus dividendos de modo más simple y ventajoso, que conforme a las reglas generales (especialmente porque se adquirían acciones a valor libro y no de mercado), en el marco de una serie de otros incentivos que se explicaban por el delicado estado patrimonial de dichas instituciones y la necesidad de capitalizarlas. Una década después, la situación era diferente y el Banco Central se veía perjudicado por estas capitalizaciones (según se indicó, en más de 70 millones de dólares)²⁰⁹, por lo que el legislador decidió poner fin a ese mecanismo excepcional y derogó el beneficio²¹⁰.

Requerido el T.C. por un grupo de parlamentarios para que controlara la constitucionalidad de la norma, resolvió que el contrato mediante el cual los particulares adquirieron las acciones preferentes de esos Bancos también incorporó a su patrimonio la facultad de capitalizar los dividendos automáticamente (cons. 51° y 63°), derecho que no era una mera modalidad de pago de dividendos, sino una parte importante y especial del estatuto del inversionista de dichas acciones (cons. 52°). Esta facultad "constituye(n) un bien incorporal, cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución" (cons. 54°); en otras palabras, un derecho adquirido, de modo que su derogación importaría una privación (cons. 62°) del derecho, improcedente por no cumplirse los requisitos del mecanismo expropiatorio (art. 19 N° 24.3 C.P.R.); tampoco podría calificarse de limitación (cons. 58°), pues no derivaría de la función social del dominio. El fallo cita a Claro Solar recordando que, en materia de contratos, rige la ley vigente a la época de su perfeccionamiento, dado que ésta fue la que las partes

²⁰⁸ Omitimos en este comentario referirnos a la procedencia del requerimiento, que sólo puede formularse respecto de proyectos de ley, y no de leyes promulgadas (art. 82.4, C.P.R.). El Presidente cuestionó la oportunidad de la presentación, porque la Contraloría tomó razón del decreto promulgatorio del proyecto de ley impugnado *un par de horas antes* de que el Ejecutivo recibiera el oficio del T. Constitucional en que le comunicaban la interposición del requerimiento. A juicio del gobernante, terminada la tramitación del decreto promulgatorio del proyecto de ley se agotaba la competencia del T.C. para controlar su constitucionalidad. Empero, el tribunal resolvió que su competencia nacía desde la interposición (22/1/95) del reclamo, que se hizo un día antes de la promulgación del proyecto (23/1/95), no siendo relevante para estos efectos el momento en que el Presidente se hubiera enterado de dicha interposición (Considerandos 1° a 26°).

²⁰⁹ Para el T.C. los eventuales perjuicios que pudiese sufrir el Banco Central por este mecanismo no resultarían jurídicamente relevantes, toda vez que sería inconcebible que, al conferirse el derecho de capitalizar automáticamente, no se hubiese considerado como una posibilidad que el ejercicio de esta facultad demorara aún más el pago de la deuda subordinada, perjudicando patrimonialmente al Instituto Emisor (cons. 49°). Con todo, el eventual perjuicio no habría sido acreditado en el proceso.

²¹⁰ El Tribunal admitió que este régimen de capitalizaciones era completamente excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, pero argumentó, en cambio, que "forma parte integrante de un sistema o régimen que creó una determinada ecuación y un equilibrio de derechos y obligaciones para obtener un fin preciso, cual es el de hacer factible que la banca con compromisos asumidos frente al Banco Central pudiera atraer a nuevos accionistas, los que estarían afectos a esa ecuación y en quienes no podría dejar de suponerse y admitirse que tuvieron precisamente en consideración los elementos de dicha ecuación y los diferentes derechos y limitaciones implícitos en ella para adoptar sus respectivas resoluciones de inversión" (cons. 43°).

conocían: “Hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener en vista al contratar, sería sustituir una nueva convención a la que las partes han celebrado, y despojarlas, al mismo tiempo, de derechos adquiridos” (cons. 64°).

Finalmente, el Tribunal estableció que la facultad que se pretendía derogar no pertenecía al campo del derecho público (cons. 70° y 71°), ni emanaba de una norma de orden público económico (cons. 72° a 74°), sino que era un derecho patrimonial privado.

El voto disidente, de los ministros Jordán y Colombo, sostiene que la actividad bancaria, por razones de bien común, está fuertemente controlada por el Estado, como garante de la fe pública, mediante diversos mecanismos e instituciones (Superintendencia, Banco Central, etc.) enmarcados en la parte final del primer inciso del art. 19 N° 21 de la C.P.R. Ello se fundamenta en que la base de su negocio no está en el capital que reúnen sus accionistas, sino en el dinero que captan del público y que pueden prestar en razón de 1:20. Ello es lo que la ley resguarda, y para cumplir esta función limita fuertemente el campo de la autonomía contractual (cons. 3°, citando especialmente el Informe en Derecho de Julio Chaná C., publicado en R.Ch.D. Vol. XIII, 1986, pp. 52 a 58). La ley derogatoria controlada no prohibía percibir dividendos, ni menos capitalizarlos: Solamente impediría capitalizar a valor libro, debiendo ahora hacerse a valor de mercado y conforme las normas generales. Por esta razón, “*estamos en presencia de un problema económico y no jurídico, puesto que por la vía alternativa se llega a la misma solución, pero a un precio diferente*”. En tal circunstancia, “*no hay una vulneración al derecho de propiedad del accionista, toda vez que no se le priva ni de su capacidad ni de sus frutos, sino que sólo se le LIMITA la facultad de capitalizar los dividendos en las condiciones que antes pudo hacerlo*” (cons. 5°). No habría, entonces, privación, sino limitación en el ejercicio de un derecho. Esta limitación se basaría en los intereses generales de la nación —que están comprendidos dentro de la función social de la propiedad (art. 19, N° 24.2 C.P.R.)—, pues este mecanismo merma los ingresos del erario nacional, como lo acreditan los informes del Instituto Emisor (cons. 8°). Asimismo, es un justo límite del ejercicio a desarrollar actividades económicas (art. 19, N° 21 C.P.R.) fundado en el orden público económico.

La disidencia califica el derecho de capitalizar conforme la norma cuestionada como mera expectativa, pues “dicha facultad, que no es esencial al dominio, se encuentra condicionada por una serie de presupuestos que pueden o no acontecer”, lo que la deja en total incertidumbre (cons. 10°). Asimismo, indica que la esencia del derecho recae sobre la propiedad de las acciones y el derecho de percibir sus dividendos; no sobre la forma de recibir estos últimos. Por estas razones, estima que la ley es constitucional y no vulneraría el derecho de propiedad, al enmarcarse en disposiciones completamente excepcionales; con todo, si se concluyese que lo afecta debe calificarse tal intromisión como limitación de dominio fundada en los intereses generales del Estado.

Existe también doctrina que adhiere al voto de minoría, como Evans y Lecaros²¹¹, pero nos parece más convincente la decisión de la mayoría, con algunas reservas.

²¹¹ Enrique Evans, por ejemplo, en un informe en derecho acompañado al rol N° 207, explicó que “un derecho adquirido patrimonial... es aquel que, teniendo esa significación, reúne también las calidades de perpetuo, irrevocable, exclusivo, y cuyo titular tiene la aptitud legal de usarlo, gozarlo y disponer de él del modo que desee, sin estar sujeto para todo ello al cumplimiento-

Con todo, conviene señalar que el Banco Central recurrió de protección, posteriormente, contra uno de los bancos involucrados que hizo una capitalización parcial de dividendos (el Banco de Chile), y la Corte de Apelaciones, en sentencia unánime confirmada por la Corte Suprema en voto de mayoría (tres a dos), declaró que, si bien efectivamente esta facultad constituía un derecho adquirido, el ejercicio que de ella se hacía al capitalizar dividendos con un puro fin de lucro constituía un abuso de derecho (cons. 22º)²¹².

Los dos casos comentados tienen una interesante semejanza. En ambos se discute la calidad de "derecho adquirido" que tendría un elemento complementario (reajustabilidad y facultad de capitalizar) de otro derecho adquirido incuestionado (pensiones de jubilación y acciones preferentes). Las soluciones adoptadas en uno y otro, sin embargo, son completamente diferentes.

En el caso de la ley interpretativa del 19 N° 24 C.P.R., se resuelve que, una vez cumplidos los requisitos legales para obtener una pensión, ésta pasa a constituir un derecho adquirido. No obstante ello, sus mecanismos de reajustabilidad o actualización sólo tienen la calidad de meras expectativas, modificables por cualquier ley administrativa (derecho público). Es útil recordar la discrepancia de Silva Bascuñán, al plantear que no sólo se adquiere la pensión, sino también la fórmula de actualización, que califica de "...potencialidad inserta como accesorio del derecho principal de la jubilación". Es decir, se adquiere la facultad de actualizar la pensión conforme las reglas preestablecidas en la ley, que no podrán variarse a futuro.

to de una condición, plazo o modo, ni al consentimiento de uno o más terceros"; la facultad legal otorgada por el artículo que se pretendía derogar era una mera expectativa, pues dependía de la manifestación de voluntad de la Junta de Accionistas sujeta a un quórum y el consentimiento de la autoridad. Además, la facultad otorgada no era perpetua "...ya que como tuvo su origen en la ley, ésta puede modificarla, derogarla o bien sustituirla; es decir, constituye una simple autorización administrativa, sometida en su génesis, ejercicio y extinción a la ley" (pp. 17-8).

Por otro lado, Raúl Lecaros expresó que "la esencia del derecho de propiedad se manifiesta en las facultades que concede de usar, gozar y disponer del bien. En el caso del accionista, la esencia del derecho a gozar o usufructuar de su acción es que pueda percibir sus dividendos. La ley que nos ocupa no ha conculcado tal derecho; sólo ha quitado una modalidad de ejercerlo, cual es la de capitalizarlos" ("Objeciones a un fallo", en "El Mercurio", p. A2, 24/2/95. Calificó también el derecho a capitalizaciones futuras como "mera expectativa", indicando además que el proyecto de ley derogatorio limitaba —no privaba— el dominio de los accionistas en aras de los intereses generales de la nación.

Esta última afirmación merece un alcance. El fallo desestima la idea de limitación por —además de las razones ya explicadas— entender que no estarían involucrados los intereses generales de la nación como parte de la función social de la propiedad, lo que es francamente absurdo. Si la ley derogatoria no puede calificarse como una limitación es por incurrir en privación del derecho, no por carecer de una justificación de bien común. Por el contrario, parece bastante fundada la preocupación del Banco Central y los legisladores, pues el perjuicio del Instituto Emisor (en el fondo, del Fisco) resulta evidente. Lamentablemente las herramientas jurídicas empleadas fueron inadecuadas.

²¹² Se trata de sentencias de la C.A.A. de Santiago del 22/9/1995 y de la C. Suprema del 22/4/1996. Cabe señalar que, dado que el Banco de Chile capitalizó una parte de los dividendos y dejó el resto en una cuenta de reserva, para decidir posteriormente si los capitalizaba, la Corte optó por declarar que los fondos guardados en dicha cuenta no podían ser capitalizados, decidiendo que el problema de los dividendos efectivamente capitalizados debía discutirse en un juicio de lato conocimiento, lo que no ocurrió, dado que, como es sabido, el problema de la deuda subordinada se resolvió mediante una negociación directa entre el Banco Central y los Bancos privados involucrados.

En la sentencia sobre deuda subordinada el tema es similar. Ciertamente las acciones preferentes son un derecho adquirido. ¿Lo son también el derecho de efectuar capitalizaciones de sus dividendos? El fallo indica que sí. Se es dueño no sólo de la acción, sino también de la *potencialidad inserta como accesorio del derecho principal*, usando los términos recién citados de Silva B. El voto disidente, en cambio, estima que esta facultad es una mera expectativa y que la ley puede, limitando el dominio de los accionistas, eliminar esta facultad, pues no sería parte de los atributos y facultades esenciales de su dominio.

Creo que ambos fallos debieron haber anulado las leyes controladas, como ocurrió en el rol N° 207, atendido el sentido de los preceptos constitucionales que hemos revisado en la primera parte de este trabajo. No desconocemos que desde una perspectiva de justicia social esta solución implica mantener privilegios que pueden carecer de una equitativa justificación, pero nos parece que el actual sistema constitucional no permite otra alternativa. El problema podría resolverse a la luz de la teoría de la imprevisión o del abuso del derecho, pero —insistimos— parece difícil considerando nuestro ordenamiento.

Tal vez pudiera explicarse la diferencia de criterios, encuadrando el primer caso en el campo del derecho público, pues el sistema de pensiones interpretado dependía directamente del Fisco²¹³, y el segundo, en cambio, en el ámbito del derecho privado, ya que recaía en el sistema bancario privado. Esta idea, empero, carece de asidero. En ambas situaciones el punto en discusión es la propiedad que puedan tener particulares sobre derechos conferidos por leyes que después son modificadas en sentido adverso para sus intereses, asunto en que no influiría mayormente la división derecho público/privado. De hecho, el Estado se veía fuertemente afectado en el plano patrimonial en los dos casos, pues mantener los beneficios impugnados en cada caso suponía una fuerte dosis de recursos fiscales.

Nos parece que la divergencia de criterios nace de la diversa perspectiva de cada fallo. El rol N° 12 se mueve en una *propiedad anclada en el derecho civil*, sin profundizar las referencias constitucionales sobre el tema. La esencia del derecho no es mencionada en la sentencia, y la jurisprudencia citada por el T.C. en su apoyo es anterior a la Constitución de 1980 y al Acta Constitucional N° 3²¹⁴, de modo que se basa en el art. 10 N° 10 de la Carta de 1925, que no tenía referencias a la esencia del derecho, ni menos un art. 19 N° 26 como el actual. El rol N° 207, en cambio, resulta más equilibrado y centra su análisis en

²¹³ En materia privada nadie dudaría que la reajustabilidad de una obligación constituye parte inseparable de ésta, al punto que el art. 35 N° 9, de la L.O.C. del Banco Central de Chile, encarga a este órgano la aprobación de los sistemas de reajuste para operaciones de crédito; si con posterioridad a la aprobación de un mecanismo éste se modifica o suprime con autorización del Banco, no se verán afectadas las Instituciones Bancarias o Financieras y las Cooperativas de Ahorro y Crédito que convinieron ese sistema en alguna operación. Para eso el Banco seguirá calculando y publicando el índice primitivo por los siguientes diez años, y aún después deberá proporcionarlo a solicitud de cualquier interesado.

²¹⁴ Salvo un fallo de 1980, pero éste se limitaba a aplicar, denegando un recurso de inaplicabilidad, un D.L. (N° 3.444) interpretativo del Acta Constitucional N° 3 (art. 1 N° 16) en la garantía de propiedad de *idéntico tenor al proyecto de ley que controlaba el T.C.*, con el agravante de que ese D.L., obviamente, no fue controlado por una judicatura constitucional, inexistente a la fecha. Por tal razón, nos parece una verdadera burla usarlo como argumento en abono de la parte resolutive del fallo.

el texto constitucional vigente para concluir que se violentaba la garantía del art. 19 N° 24, es decir, trabaja sobre la *imagen del dominio concebida según la Constitución*, como lo exige el respeto de la supremacía constitucional.

2.5. La función social de la propiedad

2.5.1. Concepto

Las limitaciones y obligaciones del dominio, en nuestro sistema constitucional actual, derivan de su función social, la cual "...comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental" (art. 19 N° 24 C.P.R.), y sólo pueden establecerse por ley. Su fundamento último se encuentra indudablemente en el *bien común*, entendido según el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución.

Pedro Jesús Rodríguez, al defender la reforma de 1967 en la sala del Senado, decía que el conjunto de deberes que apareja el derecho de propiedad para armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad "...puede decirse que constituye la llamada función social de la propiedad, la que de este modo configura los límites internos del derecho, los que tiene por su propia naturaleza y esencia... estos límites son internos, consustanciales al derecho mismo"²¹⁵. Es el Estado quien debe velar porque estos deberes se cumplan, por lo que, al hacerlo, "ni se entromete indebidamente en un área que no le corresponde, ni mutila arbitrariamente un derecho legítimamente constituido..." Más allá de la función social está la utilidad social o pública, ante la cual el derecho puede ser afectado en su misma naturaleza, con la diferencia de que esta vez surgirá para el propietario "...el derecho a ser compensado, por la comunidad beneficiada, del daño o lesión que por tal causa experimenta".

La naturaleza jurídica de la función social es un tema polémico, renovado con la reflexión del jurista francés Léon Duguit, para quien la propiedad, entendida como un derecho subjetivo absoluto, debía ser superada por la realidad sociológica. El detentador de un bien no tiene un derecho sobre éste en sí, sino que existe una situación de hecho que lo obliga a realizar una cierta función social; su propiedad, entonces, sólo es protegida en la medida que cumpla aquélla. El legislador moldea el contenido de la propiedad según las necesidades sociales existentes. De esta manera, la propiedad no es un derecho, sino una función social que debe desempeñar su titular.

Sería erróneo, sin embargo, adjudicar a Duguit el descubrimiento de esta veta social del dominio. La doctrina de la Iglesia —expuesta precedentemente— estimó siempre que la propiedad debía desarrollar una función social, sin llegar a indicar, eso sí, que ella misma fuese una función social: ésta no era un sustantivo equivalente de aquélla, sino más bien un adjetivo que cualificaba al derecho.

Santo Tomás, por ejemplo, en base a la *patrística*, explicó cómo existe una destinación común de los bienes para el género humano, que fundamenta y a la que se subordina la propiedad privada. Ha dicho de esto uno de sus comentaristas

²¹⁵ EVANS DE LA CUADRA, "Estatuto...", p. 177.

tas: "Lo que legitima... el régimen de propiedad privada es que promueve mejor que ningún otro la igualdad en el acceso y disfrute de los recursos de una comunidad. No bastaría, pues, ni estribaría en ello la mayor oportunidad de este régimen, con que se exploten esos recursos con un índice superior de rentabilidad —tal cosa puede darse sin que sea para beneficio de todos—, sino que, en primer término, tiene que conseguirse que esa rentabilidad repercuta equitativamente en todos. Sólo cuando esto ocurre, está legitimando el sistema de propiedad privada"²¹⁶.

El constituyente de 1925, bien enterado de la tesis de Duguit, siguió la idea de estimar que la propiedad debía cumplir una función social, como ya vimos.

Rodotá critica este tipo de posturas, pues estima que transforman a la función social en un dato externo al derecho, una suerte de temperamento que, no formando parte de su estructura, es, sí, insuprimible; ello sitúa a la propiedad en un sistema jerárquico de deberes entre superiores e inferiores, que es propia, a su entender, de concepciones autoritarias del Estado.

Un autor como Riesle, al buscar una sistematización de la doctrina pontificia sobre la propiedad, dice que cuando se habla de la función social de un derecho individual, "...se está haciendo referencia a que el ejercicio de ese derecho no se orienta única y exclusivamente al bien del individuo que lo detenta, sino también al bien común". Sin embargo, al desarrollar el significado de la función social de la propiedad, expone una tesis francamente reductora, ya que estima que ella radica en la "calidad de condición o requisito esencial del bien común" de la propiedad privada; su sentido propio y normal, respecto de un bien, se logra en "cuanto reporta al dueño el beneficio correspondiente". Existe un segundo sentido, más amplio: ser razón de eventuales limitaciones al ejercicio de los derechos individuales en casos calificados, debiendo aquéllas "...regirse por el principio de subsidiariedad e imponerse sólo si la limitación es comprobadamente necesaria, únicamente en la medida de lo necesario, apenas durante el tiempo que fuera necesario e indemnizando cuidadosamente, en toda la medida de lo posible, a los titulares de los derechos afectados"²¹⁷. En nuestra opinión es absolutamente compatible con la doctrina social de la Iglesia una concepción de la propiedad en que la función social integra la estructura de este derecho, en términos tales, que legitima —e incluso exige— todo tipo de restricciones que, sin menoscabo de su esencia, se fundan en el bien común²¹⁸.

Existe también amplia doctrina de signos más bien extremos (liberales o marxistas) que esterilizan a la función social con duros términos. Se ha dicho que es una "fórmula sonora, pero jurídicamente vacía"²¹⁹, ya que todo derecho, por el hecho de ser tal, tiene una naturaleza social. Para Ripert, esconde una hipocresía, usada por quienes trataban de conciliar las ventajas del capitalismo con las enseñanzas cristianas sobre el uso de los bienes y, al mismo tiempo, "endulzar el dogmatismo de la doctrina colectivista con el mantenimiento de la

²¹⁶ ESTEBÁÑEZ, Emilio G., O.P., "Introducción a las cuestiones 61 a 79", p. 506, en "Suma de Teología", T. III, parte II-II (a), Santo Tomás de Aquino, B.A.C., Madrid, 1990.

²¹⁷ Ob. cit., pp. 149-150.

²¹⁸ Supra cap. 2.3.6.A.

²¹⁹ W. C. SFORZA, *Codice Civile*, p. 99, citado en RODOTÁ, ob. cit., p. 217.

propiedad privada²²⁰. Existen quienes niegan por principio su admisibilidad ante la contradicción entre la idea de función (como deber) y la de derecho (como libertad), negando la posibilidad de admitir la limitación de un derecho subjetivo y menos el de propiedad, tradicionalmente considerado el mejor resguardo de la libertad²²¹. Otros apuntan que esta expresión, por su vaguedad, no sería sino una transacción entre ideologías de signo diverso que permite la “utilización semántica de una fórmula polivalente”²²², razón por la cual sería acogida con tanta simpatía por todos los sectores.

El punto en disputa, entonces, es discernir cuáles son las reales consecuencias operativas de la función social en un ordenamiento jurídico determinado.

Para Rodotá, la clave está en considerar que la función es parte de la estructura misma del derecho de propiedad y no un fin externo. En efecto, por fin entiende el “destino a una tarea abstractamente fijada e inmutable”. Una función, en cambio, constituye una “histórica y concreta toma de actitud frente a situaciones siempre renovadas y diversas”²²³. La función, entonces, es algo esencialmente mudable, recogiendo el derecho concreto que se vive en la sociedad y aireando la estructura que tiende a ser rígida e inmutable. En la actualidad no puede rechazarse la compatibilidad entre la noción de derecho subjetivo y de función, pues la propiedad no puede seguir mirándose desde una óptica de derecho privado, sino como parte de la Constitución Económica, que, tanto como garantiza una esfera de libertad, exige del titular el cumplimiento de ciertos deberes. Así la referencia a la función social de la Constitución italiana importa “una mutación cualitativa, que concierne al fundamento mismo de la atribución al particular de poderes dominicales”²²⁴. Esta repercute sobre las intervenciones estatales en materia de dominio, pues en un esquema de propiedad inviolable o absoluta, “las intervenciones restrictivas deben considerarse como excepcionales y, en cuanto tales, no son susceptibles de utilizarse a través del procedimiento analógico, ni de recibir una atención determinante en la reconstrucción de la noción misma de propiedad, mientras que la conclusión contraria es válida, en cambio, si las intervenciones pueden situarse en un cuadro que adopta como referencia la función social de la propiedad”²²⁵. O, como dice en otra parte, la función social “legitima la aplicación analógica de normas singulares y cuerpos normativos que, en otro caso, tendrían que ser considerados excepcionales. Y opera, finalmente, como un necesario criterio de interpretación y reinterpretación del material legislativo”²²⁶. Crecen, así, las posibles restricciones al dominio. El derecho funcionalizado pasa a ser una situación jurídica marcada por los deberes, de modo que al propietario se le puede afectar de diversas maneras. Al decir del autor italiano, puede ser a través de:

²²⁰ Citado por RÍOS, L., “El principio...”, ob. cit., p. 64.

²²¹ RODOTÁ, ob. cit., p. 223. Puede verse en nota 155, p. 223, una completa reseña de diversas perspectivas respecto a este tema.

²²² C. LASARTE, citado por DIEZ-PICAZO, en “Algunas Reflexiones sobre el Derecho de Propiedad Privada en la Constitución”, en “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría”, t. II, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 1266.

²²³ Ob. cit., p. 219.

²²⁴ *Ibíd.*, p. 323.

²²⁵ *Ibíd.*, p. 327.

²²⁶ *Ibíd.*, p. 332.

- Reducción de los casos en que el particular puede tomar decisiones.
- Subordinación del desarrollo de actividades libremente decididas al respeto de condiciones o presupuestos prefijados en la ley.
- Correspondencia entre las actividades privadas, cuya determinación sigue siendo libre y las finalidades legislativas indicadas.

Esta clasificación puede ser sistematizada también, según su autor –seguido aquí por Montés–, como²²⁷:

- Falta de atribución de determinadas facultades.
- Complejo de condicionamientos para el ejercicio de las facultades atribuidas.
- Obligación –o deber– del ejercicio de determinadas facultades.

En la doctrina española parece prevalecer también la idea de considerar que la función social integra la estructura misma del derecho, y que, aunque sea una fórmula abstracta, debe buscársele un sentido operativo²²⁸. Barnés indica que su efecto típico es ordenar a la ley que conforme el poder funcional en que consiste el derecho, sin desactivar los poderes tradicionales, sino más bien asignándoles comportamientos positivos, lo que satisface mejor que singulares imposiciones de abstención al interés social²²⁹. De este modo, se llega a una “Propiedad Constitucional”, que representa “una feliz conjunción o apretada síntesis de intereses y bienes en juego, que se aleja de toda interpretación que vea en ella un esquizofrénico choque de irreductibles posiciones”. En ella “el interés colectivo –la función social– y el interés del particular (diseccionados idealmente a efectos meramente expositivos), sólo pueden armonizarse *si (y en la medida que) coinciden con plenitud. Los dos polos se identifican con rotundidad en la propiedad constitucional*. En consecuencia, el contenido del derecho de propiedad, los ‘poderes’ del titular *son necesariamente útiles para la sociedad*”²³⁰. La función social y el interés del particular pasan a ser las dos caras de una misma moneda, pues al propietario se le exige “que la explotación del bien sea socialmente útil”, y “socialmente útil es garantizarles a todos los ciudadanos singulares el eficaz ejercicio de sus libertades (fundamento ético-político) y también lo es demandar del titular del derecho que con todas sus fuerzas (lo que permita el uso del bien) contribuya al bienestar social”²³¹. No se trata, apunta Barnés, de una identificación del interés individual con el general, como en las tesis liberales en que éste resulta del libre juego de aquéllos, sino de reconocer que a través de la intervención pública/legislativa, que representa al interés general, se llegue a una más amplia difusión de los bienes económicos y, por consiguiente, a un mayor bienestar social. Así, reconocer la función social es superar un esquema antitético de intereses en que el legislador sería un simple árbitro político. Concluye Barnés expresando que, en el sistema español, la función social se traduce “en última instancia, *en hacer accesible a todos los ciudadanos el dis-*

²²⁷ *Ibíd.*, p. 330. Transcribimos la segunda formulación según el texto de MONTÉS, que sigue la idea de RODOTÁ (le cita expresamente), pero la expresa en forma más clara y sencilla (ob. cit., p. 185).

²²⁸ Un panorama de la doctrina española en BARNÉS, ob. cit., nota 2 de p. 41.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 59.

²³⁰ *Ibíd.*, p. 63, cursivas en el original.

²³¹ *Ibíd.*, p. 64.

frute de los bienes económicos, en general, y la propiedad de los bienes de producción, en particular"²³².

Lautaro Ríos²³³, por su parte, estima que la función social debe verse como un "cauce limitante" de las funciones individuales y sociales que se le asignan a la propiedad. Debe coordinar estos intereses, aunque en caso de conflictos primará el interés colectivo. Tres consecuencias, según este autor, se derivan de este concepto:

a) Para ver que un ordenamiento jurídico reconozca la Función Social no importa tanto el tenor literal de la Constitución, sino su expresión por medio de limitaciones y obligaciones de la propiedad privada, y el reconocimiento de conceptos delimitadores, por ejemplo, el interés público.

b) Las limitaciones suponen una *delimitación* previa del derecho de dominio. La delimitación fija la frontera normal que tienen las facultades del dueño, el *contenido normal* que implica la propiedad. La limitación, en cambio, reduce dicha frontera normal, restringiendo las facultades que se habían conferido.

O sea, la función social restringe un derecho previamente delimitado, distinción que fortalece el mecanismo de garantizar un contenido mínimo o esencial a los derechos, como ya vimos.

c) Las limitaciones tienen, a su vez, un límite: deben hacerse con generalidad, respetando los principios de igualdad ante la ley y, más precisamente, de un equitativo reparto de las cargas públicas, según el art. 19 N° 20 C.P.R. Si existen discriminaciones en su imposición, cabe exigir una indemnización.

Nos parece claro, después de todo lo dicho, que la función social de la propiedad pueda entenderse como una fórmula sin consecuencias concretas. Todo indica que, por el contrario, su introducción desplaza la idea de inviolabilidad de la propiedad o absolutismo de este derecho, pasando a entenderse que ésta, en su misma esencia, exige de su titular actuaciones que tiendan al logro del bien común. Y dichos deberes no son de naturaleza moral solamente, sino que gozan de plena eficacia jurídica. Muchas veces ese deber será trabajar la propiedad, lo que permite que rinda frutos, cuya circulación favorece a toda la comunidad, tanto por generar empleos como por producir riqueza, según sea el caso. Así ocurre, por ejemplo, con la actividad minera, en que el sistema de amparo surge como la fórmula idónea para que ésta desarrolle su función social (art. 19 N° 24.7 C.P.R.). Podrá ser también que se subdividan los grandes predios (en la medida que no implique privación, caso en que deberán usarse los mecanismos expropiatorios) y, en fin, baste recordar la casuística citada por Vodanovic y que reproducimos precedentemente.

2.5.2. Función social y abuso del derecho

Una forma de esclarecer la noción de función social puede ser investigar su relación con la ya explicada institución del "abuso de derecho". Esta última teoría se desarrolló en un momento en que se estimaba que los derechos subjeti-

²³² *Ibíd.*, p. 69, cursivas en el original. Es por esta concepción que BARNÉS estima que el "abuso del derecho" sería una noción obsoleta, pues "la protección para la que se otorga (la propiedad) —el interés jurídicamente protegido— no puede amparar en ningún modo extralimitaciones", de modo que no cabe exceso de poder, sino ausencia de éste, p. 71.

²³³ Ríos, "El Principio de...", *ob. cit.*, pp. 66 y ss.

vos –paradigmáticamente representados por el dominio– eran absolutos. Hoy, en cambio, no parece ser así. En efecto, si el ordenamiento jurídico otorga ciertas facultades es en razón de la tutela que le merecen determinados valores o fines, y siempre uno de ellos será la solidaridad social: más allá de ella no existirán ‘derechos’, sino meras actuaciones *de facto*, carentes de tutela jurídica. Desde que la propiedad privada se somete a una función social –como todo derecho subjetivo– pasa a ser un *poder funcionalizado*, no arbitrario e ilimitado²³⁴.

Puede sostenerse en contrario que, como la C.P.R. reserva a la ley la imposición de las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social, no resultaría posible deducir de ésta restricciones para el propietario que no estén establecidas en textos legales; a mayor abundamiento, toda restricción –como excepción que es– debe ser interpretada restrictivamente. Así, en una situación determinada, el abuso del derecho podría ser la única alternativa jurídica para reprimir un acto asocial relativo al dominio. Sin embargo, me parece improbable una hipótesis de este tipo, porque, en general, todo ‘abuso’ que se pudiera achacar a un propietario estará afectando de algún modo otro derecho constitucionalmente garantizado, caso en que la función social se expresará de modo implícito, sin necesidad de una limitación legal, recortando esas posibilidades de ejercicio. Recordemos el precedente Martorell, sin ir más lejos²³⁵.

Sin embargo, con posterioridad a este trabajo se dictó un fallo que ha reconocido de un modo completamente nítido este principio entre nosotros, dándole verdadera utilidad práctica. Se trata del que dictó la Corte de Apelaciones de Santiago (22/9/95)²³⁶, confirmado por la Corte Suprema, en el caso de las capitalizaciones de dividendos que perjudicaban al Banco Central –una de esas “improbables hipótesis”–. Reproducimos, por su interés, el considerando 21 de la sentencia de primera instancia (fs. 518):

“Que, en consecuencia, si bien los recurridos formalmente han tratado de adecuar su conducta al marco literal de la ley y han pretendido ejercer una facultad que creen ésta les reconoce, lo han hecho con una finalidad o propósito que desvía dicho ejercicio de las finalidades de la norma en un sentido no previsto por el legislador, y además, contradictorio con sus designios fundamentales al punto de comprometer, precisamente, el interés jurídico protegido, esto es, el cumplimiento de la obligación de recompra de cartera vendida al Banco Central, hoy deuda subordinada.

Y por lo mismo, no cabe duda de que estamos en la especie frente a lo del conocimiento y la doctrina jurídica denomina genéricamente como ‘abuso del derecho’”.

²³⁴ Cfr. supra, cap. 2.3.6.A.

²³⁵ Supra nota 74. En los últimos años hay un pretendido fallo sobre abuso del derecho. En él, el propietario de un predio reclama por estimar perturbado y amenazado el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad sobre él, por los propietarios del predio vecino, un Club de Tiro, ya que constantemente las municiones disparadas en él caen en el predio del recurrente. La misma Corte reconoce que los actos de los recurridos son arbitrarios e ilegales por afectar un derecho constitucional (cons. 11°), si bien la actividad deportiva es, en principio, legítima. El cons. 15° alude al abuso del derecho; pero es obvio que aquí hay sólo ausencia de derecho para ejecutar tales actos y no ejercicio abusivo. R.D.J., t. 82 (1985), 2ª parte, S.V., pp. 68-72.

²³⁶ Supra nota 210.

2.5.3. Taxatividad de la función social

En nuestro derecho la función social comprende cinco situaciones aparentemente diversas. La doctrina mayoritaria estima que esta enumeración es taxativa, razón del intento de Mohor por ampliar la potestad estatal para limitar el dominio, mediante los complejos razonamientos que ya vimos. Cea, en base a la historia fidedigna, afirma esta taxatividad, y ya Evans, cuando comentaba la reforma de 1967 en que había intervenido tan cercanamente, decía lo mismo.

Otros autores, empero, han entendido que la función social, como concepto jurídico indeterminado, es comprensiva de infinidad de situaciones, de modo que la pretendida taxatividad resulta ilusoria. Antecedentes históricos hablan en esta dirección. Según Baeza, Bernaschina estimaba que el texto de 1925 también contenía una enumeración de esta naturaleza en el inciso tercero del art. 10 N° 10, pero señalaba, además, que la noción de "intereses generales del Estado" era comprensiva de las anteriores y de toda otra posibilidad imaginable; para Baeza, lo mismo es predicable del actual art. 19 N° 24.2, dada la amplitud de los componentes de la función social²³⁷. Otros comentaristas del art. 10 N° 10 de 1925, como López Rojas y el comisionado J. Guillermo Guerra, llegaban a idéntica conclusión. El primero afirma de las razones que permitían limitar la propiedad en dicha Constitución que eran "expresiones... amplias y elásticas y pueden dar cabida a muchas limitaciones ya consagradas por países más avanzados que nosotros". Guerra, por su parte, afirma que "los intereses generales del Estado" serían una cláusula abierta, puesto que éstos "tienen carácter genérico, y tan genérico, que comprende todas las posibilidades imaginables, con lo cual se vuelve a la primera idea del acápite, o sea, a la ilimitación de las limitaciones del derecho de propiedad por medio de las leyes que exigen el mantenimiento y el progreso del orden social"²³⁸.

En nuestro concepto, y volviendo a la actual regulación, no puede afirmarse concluyentemente que el legislador no pueda crear nuevos elementos comprendidos en la función social de la propiedad. Por un lado, el factor histórico no es el más concluyente dentro de un proceso hermenéutico. Más relevante es el tejido lógico y valórico que anima a la Constitución, la cual debe interpretarse sistemáticamente conforme lo afirma reiterada doctrina. Por lo demás, es bien sabido que una enumeración taxativa suele ir antecedida del adverbio 'sólo' u otra fórmula similar. Ante su ausencia en la norma analizada, es tan legítimo entender que la enumeración no es sino la explicitación ejemplar de un concepto o principio general (un concepto jurídico indeterminado, en este caso), como que tan sólo los elementos expresamente enunciados son los incluidos dentro de la institución. Con todo, creemos que la inquietud es ociosa, pues es indudable que los componentes de la función social existentes en el articulado son tan amplios (al punto que algunos comprenden a otros), que hacen que su pretendido carácter taxativo pierda toda relevancia práctica, como lo señalase Guzmán en las sesiones de la Comisión Constituyente.

²³⁷ Ob. cit., pp. 51 y 78.

²³⁸ Cfr. en "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Constitución Política. ob. cit., notas 2 y 3 de la p. 24.

2.5.4. Discusión en la C.E.N.C.

La Subcomisión de Derecho de Propiedad estimó que la función social de la propiedad se ubicaba dentro del concepto de *bien común*, pero entendiendo este último como una noción dinámica y evolutiva²³⁹. Con el ánimo de restringir la competencia legislativa, se buscó explicitar los factores que comprendía la función social e, incluso, definirla. Pese a ello, el resultado fue –por decir lo menos– confuso, pues se establecían como fuentes de las limitaciones y obligaciones que admitía la propiedad su función social, primero, y luego siete conceptos más, comprendiendo básicamente aquellos que en la Constitución del 25 reformada integraban la función social, más la seguridad nacional y el hacer accesible la propiedad al mayor número de personas (también incluido desde 1967). Por último, parecía definirse la función social señalando que ésta “obliga a emplear la propiedad con el fin que le es natural, en armonía con los intereses colectivos”²⁴⁰.

Por su parte, la C.E.N.C. tocó este tema al terminar el de la esencia del derecho, discusión en que se había determinado que el inciso segundo de la garantía del dominio se referiría a la función social. El primer punto debatido fue si convenía mantener la inspiración de la Ley N° 16.615, en que las restricciones del dominio se basaban no sólo en la función social, sino también en hacer accesible a todos este derecho. Esta última idea –se decía– parecía referirse a privar del derecho ya adquirido, más que a limitarlo. Rodríguez aclara que el espíritu de aquella disposición era que la ley propendiera a una distribución más equitativa de los bienes en sus transferencias o transmisiones, por ejemplo, exigiendo para la enajenación de las tierras agrícolas una cabida mínima, u obligando derechamente a dividir la propiedad, según se buscara ampliar o disminuir la extensión de los fundos. Silva y Guzmán creen que sería mejor hablar de *mejor distribución*, antes que de *hacer accesible*, si esa es la idea. Este último agrega que la clave de todo el inciso está en determinar qué se entiende por función social, la que, para él, “supone fundamentalmente que el ejercicio del derecho se ajuste al bien común” y, como el bien común estaría definido en la Constitución, no habría ninguna dificultad en interpretarlo. La discusión recae en cuáles son los fundamentos de las limitaciones u obligaciones del dominio. ¿Sólo la función social o también el hacer accesible la propiedad a todos?²⁴¹ Evans plantea poner ambas, y rechaza la idea de Guzmán de referir la función social al bien común, pues, para él, ésta es la conjunción entre el derecho del propietario y el bien común. Defiende la idea de enumerar sus componentes taxativamente. Lo mismo dice Rodríguez, indicando que el bien común es algo etéreo, lo que dificultaría la protección de los particulares en los tribunales. Guzmán, en todo caso, explica que, a su juicio, la enumeración es “...innecesaria, pero en ningún caso inconveniente”; su única motivación es sintetizar y ordenar, pues cree que todas las fuentes de las limitaciones son reconducibles a la función social, lo que evita caer en reiteraciones, incluso con

²³⁹ Anexos de Sesión N° 148, p. 32.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 72. El texto puede verse en cap. 2.3.5.

²⁴¹ La idea de que éstas sean las fuentes de las limitaciones parece remontarse a la Constitución italiana de 1949, que en su art. 42 dice que la ley determinará “los límites (del derecho de propiedad) a efectos de asegurar su función social y hacerla accesible a todos”.

términos que van de género a especie (por ejemplo, seguridad nacional se subsume, según él, en intereses generales del Estado)²⁴². Explica que piensa que no cabría deducir un recurso de inaplicabilidad respecto del fundamento de una ley limitativa de la propiedad, ya que ésta sería una decisión política injusticiable, salvo casos realmente extremos. Profundiza esta postura en la sesión N° 162, indicando que, por mucho que se propongan enumeraciones taxativas, éstas son tan amplias y genéricas, que es casi imposible que prosperase una inaplicabilidad en este aspecto —a menos que se tratase de un gobierno ‘demenzial’—, pues siempre las limitaciones se van a basar en algún fundamento de bien común que exprese la autoridad y cuya ponderación no resulte justiciable, salvo casos extremos. *Agrega que la verdadera protección de la propiedad no está en restringir las expresiones que funden las limitaciones, sino en impedir que éstas lleguen a significar un ‘menoscabo sustancial’ para el propietario.* Es en este caso que será gravitante la declaración de inaplicabilidad por no utilizarse el procedimiento expropiatorio tal cual lo regula la Carta Fundamental.

Pese a toda esta argumentación, la tesis de Guzmán quedó en la soledad más completa. Rodríguez, Ortúzar (citando el libro de Evans de 1967 —“Estatuto...”—, en que éste daba igual interpretación para este problema con el texto casi idéntico de la Ley N° 16.615), Silva y Lorca optan por la enumeración, como padrón comparativo para que el juez enjuicie las limitaciones y el legislador las establezca.

En cuanto a la expresión “hacerla accesible a todos” como fuente de restricciones, fue rechazada por las razones que antes mencionamos. Por lo demás, una inspiración de este tipo era perfectamente subsumible dentro de los intereses generales del Estado o la nación, de modo que explicitarla resultaba innecesario. Con todo, se consideró que una norma de esta naturaleza debía mantenerse en la Carta Fundamental, pero ubicada en el derecho a la propiedad (actual art. 19 N° 23), presentándose así en el anteproyecto²⁴³ de la Comisión. Sin embargo, la referencia desapareció del texto constitucional tras la revisión del Consejo de Estado, por razones que ignoramos. En cuanto al resto de los elementos comprendidos en la función social, la Comisión postuló mantener exactamente los contenidos en la Ley N° 16.615, agregando tan sólo la “seguridad nacional”. Las últimas modificaciones correrían por cuenta de la revisión del Consejo de Estado. Este eliminó los dos últimos conceptos contenidos en la reforma del '67, a saber, “el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”, modificó los intereses generales del Estado por los de la nación, y agregó la conservación del patrimonio ambiental.

El informe final de la Comisión —como ya lo señalamos— dirá que “la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él.

²⁴² Es curioso constatar que en esta materia GUZMÁN plantea una idea del todo similar a la que expone NOVOA en 1979 (ob. cit., p. 61), pues ambos coinciden —pese a sus notables y conocidas diferencias ideológicas— en que la mejor definición de la función social es la contenida en la G.G., esto es, que “la propiedad obliga”.

²⁴³ La norma propuesta estaba en el art. 19 N° 22 del anteproyecto, casi idéntico al actual 19 N° 23, que aparte de los dos incisos que subsistieron tenía un tercero que indicaba que “la ley debe propender a una conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar” (cfr. R.Ch.D., vol. 8, 1981, p. 331). El Consejo de Estado eliminó este numeral y la Junta lo restituyó sin este inciso.

Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”²⁴⁴.

Por último, conviene consignar que el proyecto de la C.E.N.C. hizo otra referencia a la función social en el 10º inciso del numeral en estudio. Decía éste que “la propiedad minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer la función social del dominio. El régimen de amparo de la propiedad minera será establecido por ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación...”²⁴⁵, etc. Si bien el Consejo de Estado mantuvo la norma en el art. 19 N° 23.9²⁴⁶, todo varió en la Junta de Gobierno, que cambió esta fórmula y reafirmó un sistema de propiedad patrimonial del Estado sobre las minas y sólo concesiones en favor de los particulares, sin perjuicio de que éstos sean considerados dueños de la concesión –no la mina– y amparados como tales. Aun así, la idea subsiste, pues “la concesión minera obliga al dueño (de la concesión) a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento...” (art. 19 N° 24.7, final).

2.5.5. La tesis de la pluralidad de las propiedades frente a la esencia del derecho y la función social

La diversificación de estatutos de la propiedad, atendiendo al bien sobre que recae, surge en este siglo, insinuándola ya Jossierand²⁴⁷. Sin embargo, la mayor elaboración doctrinal sobre el fenómeno proviene de Italia, desde la obra clásica de S. Pugliatti²⁴⁸. La tesis consiste en reconocer la existencia de diversos estatutos propietarios, atendiendo a la naturaleza del objeto del dominio: una propiedad urbana, una rural, una intelectual, etc. A la ley se confía la determinación, en cada momento histórico, del contenido mínimo de la propiedad en relación con cada categoría de bienes, pudiendo variar la *ratio* particular en cada caso²⁴⁹. No hay ‘propiedad’ sino ‘propiedades’, cada una especial y con su propio y específico régimen jurídico. En consecuencia, la definición del Código Civil adquiere un carácter residual, al punto de sostenerse que ha desaparecido una institución unitaria denominada ‘propiedad’ que englobe todas las situaciones de pertenencia.

En el caso de Italia, existe una fuerte tendencia en este sentido, reforzada por la ausencia en su Constitución de una garantía expresa de la esencia de este u otros derechos. En España tiene numerosos seguidores, pero también importantes detractores, que sostienen (entre otras razones) que el común denominador sería “la referencia constitucional al respeto y salvaguarda del contenido esencial del derecho de propiedad”²⁵⁰, de modo que la ley puede modalizar límites diversos, según el objeto regulado (bienes raíces urbanos o rurales, propiedad indígena, bienes ambientales, etc.), pero siempre *en el marco de respeto a la esencia del derecho*. Díez-Picazo afirma que el problema consiste en averi-

²⁴⁴ Supra nota 17.

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 333.

²⁴⁶ *Ibíd.*, p. 435.

²⁴⁷ Así lo plantea V. MONTÉS, *ob. cit.* en nota 226, p. 144, con citas de Jossierand.

²⁴⁸ “La Proprietà e le Proprietà (Con riguardo particolare alla proprietà terriera)”, en “La Proprietà nel Nuovo Diritto”, Milán, 1954, pp. 145-309.

²⁴⁹ RODOTÁ, *ob. cit.*, p. 245.

²⁵⁰ BARNÉS, *ob. cit.*, p. 101.

guar “si existe todavía un *quid* de común a todos los tipos que permita llamarlos a todos propiedad; o si les seguimos llamando propiedad, porque somos incapaces de encontrar una denominación diversa, en el supuesto, por demostrar, de que el problema sea sólo de denominación. Porque una cosa es el reconocimiento de la pluralidad de diversos regímenes jurídicos y otra diferente la total disolución del instituto”²⁵¹. Termina afirmando que existe una franja de caracterización común derivada de las normas constitucionales sobre el dominio.

Entre nosotros, ya en 1930 se hablaba de “propiedades especiales” o “especies de propiedad”. Entre ellas, Claro Solar²⁵² incluye la copropiedad, la propiedad minera, la de las aguas, la intelectual (que se incluye la literaria, dramática y artística, y la industrial), la del nombre y la de la correspondencia. Alfredo Barros Errázuriz²⁵³, en tanto, menciona bajo igual epígrafe la minera, la petrolífera, la salitrera, la intelectual, la industrial, la austral y la indígena. Ultimamente, Peñailillo aborda expresamente el tema sin llegar a plantear una disolución del instituto del dominio; se limita a indicar que como los diferentes estatutos se forman de acuerdo a la *naturaleza y función* del objeto regulado, ambas deben considerarse preferentemente al interpretar las normas respectivas²⁵⁴. Ríos, en tanto, rechaza esta tesis, pues, aunque existe una disgregación del régimen jurídico de la propiedad “en tantos estatutos como categorías relevantes de bienes que existen..., siempre habrá un denominador común a todas estas distintas especies —que de diversifican por el objeto en que recaen, y no por el derecho mismo— y ése no es otro que su contenido esencial”²⁵⁵.

Para Vodanovic²⁵⁶ (que recién se refiere a “propiedades especiales” en 1993) pueden considerarse como propiedades especiales la propiedad horizontal, la austral y la indígena. En cuanto a la propiedad minera y de las aguas, estima que se trata de “derechos privados sobre bienes nacionales”, ya que el derecho de propiedad recaería casi totalmente en el Estado. En el caso de la propiedad intelectual e industrial, señala que presentan demasiadas peculiaridades, al recaer sobre cosas incorporales, prefiriendo llamarlas “derechos intelectuales” o “derechos sobre cosas inmateriales”. De este modo, entiende que se trata de categorías diversas, “institutos heterogéneos que resisten a un cabal encasillamiento común”²⁵⁷.

La llamada “Propiedad Austral”²⁵⁸ es aquella existente sobre bienes raíces ubicados en ciertos sectores de la zona sur y que se constituyó mediante procedimientos especiales, a fin de arraigar definitiva y legalmente a los indígenas en las tierras en que estaban asentados, por razones de interés agrícola y social, terminando así con la incertidumbre existente acerca de los legítimos dueños de la tierra, pues ésta posibilitaba que personas inescrupulosas se adueñaran fraudulentamente de los predios privados e, incluso, de terrenos fiscales. Esta normativa surge en la segunda década de este siglo, se refunde en el D.S. N° 1.600 de 1931, luego en el D.L. N° 574 de 1974 y finaliza con el art. 4° transitorio del

²⁵¹ “El Derecho de...”, ob. cit., p. 1260.

²⁵² Ob. cit., pp. 503 y ss.

²⁵³ *Curso de Derecho Civil*, 4ª ed., Ed. Nascimento, Santiago, 1930.

²⁵⁴ Ob. cit., p. 70.

²⁵⁵ “El Principio...”, ob. cit., p. 68.

²⁵⁶ Ob. cit., pp. 295 y ss.

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 296.

²⁵⁸ Seguimos en esta parte a ALESSANDRI, pp. 296 y ss.

D.L. N° 1.939 de 1977, que establece un sistema unitario en el país para adquirir terrenos fiscales. Sin embargo, hay que recalcar que su finalidad primordial era regularizar el dominio, y no crear un estatuto especial para ese dominio adquirido, lo que dificulta hablar de una propiedad especial.

La Propiedad Indígena, en cambio, constituye un estatuto dominical singular. Es sabido que la monarquía española hizo esfuerzos para corregir los abusos que se cometían con los indígenas en nuestro continente, creando una serie de instituciones –más o menos eficaces– para protegerlos. Al llegar la independencia, éstas fueron abolidas por estimar que violentaban la igualdad ante la ley. Ya en 1853 el gobierno de Montt reconoce que la realidad reclamaba normas de protección, como la intervención de ciertas autoridades en los actos referidos a bienes raíces que pertenecieran a indígenas de la provincia de Arauco. Progresivas legislaciones se sucedieron en relación a este tema. En este siglo, el D.S. N° 4.111 de 1931, la Ley N° 14.511 de 1961, la Ley N° 17.729 de 1972²⁵⁹ y, para finalizar, la reciente Ley N° 19.253, publicada en 1993 (D.O. del 5/10/93).

Esta reciente ley, en su Título II, regula las tierras indígenas y las somete a fuertes limitaciones. El art. 13, por ejemplo, indica que estas tierras, “por exigirle el interés nacional..., no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia”; por excepción, pueden ser gravadas si lo autoriza la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), pero el gravamen “no podrá comprender la casa habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia”. El inciso segundo establece que “igualmente las tierras, cuyos titulares, sean comunidades indígenas, no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración”; sólo cabe la celebración de estos actos respecto de tierras pertenecientes a personas *naturales* de etnia indígena, pero por un plazo no superior a cinco años (art. 13.3). Cabe señalar que, aunque la ley establece taxativamente cuáles tierras son indígenas en los cuatro numerales del artículo 12, permite permutar tierras indígenas por no indígenas “de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras” (art. 13.3), de modo que puede existir una propiedad ‘indígena’ (por ende, con todas estas características) en cualquier punto del país. Nuevas restricciones aparecen, por último, en los siguientes artículos.

Claramente estas regulaciones nada tienen que ver con los arts. 582 y ss. del Código Civil. Sin embargo, ello no debe extrañarnos. La verdadera noción de la propiedad ya abandonó la legislación civil, resguardándose en la Constitución.

Habría, pues, pluralidad de propiedades, pero siempre “propiedades”, al tenor de las disposiciones del 19 N° 24 y N° 26 de la Norma Fundamental. La esencia del derecho es el “mínimo común denominador” de todos estos estatutos. La segunda parte de este trabajo revisará uno de ellos: el de la propiedad urbanística, buscando determinar hasta qué punto respeta las disposiciones constitucionales.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 303.

CONCLUSIONES

1. El Derecho de Propiedad ha tenido una larga evolución histórica, en la que casi siempre se ha reconocido que su ejercicio apareja ciertas obligaciones para con la comunidad. En el Derecho Positivo Chileno se distinguen cuatro etapas relativas al dominio: propiedad privada libre (1833-1925), bajo la Constitución de 1833 y el Código Civil de 1857, de marcado acento individualista; propiedad privada limitada (1925-1967), que inició la Constitución del 25, al reconocer expresamente la posibilidad de limitar el dominio, según lo exigiera el orden social, y que progresivamente se expresó en más y más limitaciones a los propietarios junto a un creciente intervencionismo estatal; propiedad privada social (1967-1973), período en que se buscó difundir la propiedad mediante *mecanismos expropiatorios desventajosos para los propietarios (Reforma Agraria, Nacionalización del Cobre)* y se definió constitucionalmente la función social de la propiedad de modo expreso (1967); finalmente, la etapa presente (1973 en adelante), que ha reestablecido rigurosamente las garantías de los propietarios, junto con reconocer la función social que deben cumplir al ejercer su derecho.

2. Siguiendo al autor español Barnés, estimamos que son dos los aspectos medulares de la actual regulación constitucional del dominio: la reserva legal de su regulación, verdadera *garantía formal*, y la obligatoriedad de respetar los atributos y facultades esenciales del dominio, *garantía de índole material*.

3. La Reserva Legal implica que sólo la ley es apta para limitar derechos constitucionales. En el caso del 19 N° 24.2 hay una particularidad especial: la reserva legal está encabezada por el adverbio '*sólo*', que no aparece en ninguno de los demás numerales del artículo que admiten limitación por ley. De allí deducimos que constituye una reserva particularmente vigorosa, exigiendo que las normas legales desarrollen la materia hasta el máximo de determinación posible, habida cuenta de la generalidad y esencialidad que es (o debe ser) nota característica de los preceptos de esta jerarquía. Al Ejecutivo sólo le corresponderá su ejecución (art. 32 N° 8, parte final).

4. El respeto del contenido esencial del dominio deriva tanto de la cláusula genérica del 19 N° 26 como también del mismo 19 N° 24.3. Según el T.C. (rol N° 43), un derecho es afectado en su "esencia" cuando de le priva de aquello que le es consustancial de manera tal, que deja de ser reconocible. Definir el contenido esencial del dominio permite fijar la frontera entre aquellas intervenciones estatales sobre el derecho que no son indemnizables (limitaciones u obligaciones) y aquellas que sí lo son (privaciones, que exigen para ser impuestas el procedimiento expropiatorio).

5. Las limitaciones u obligaciones pueden afectar tanto el uso, goce y disposición de un bien, como los atributos de absoluto —entendido según el punto 7—, exclusivo y perpetuo, que caracterizan al dominio, pero *dejan subsistente* la facultad o atributo restringido. Es por ello que no generan derecho a indemnización alguna. En cambio, la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional (calificada por el legislador), que también debe ser autorizada por ley —general o especial— priva a una persona de su propiedad, del bien sobre

que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio; exige, por ello, la reparación del daño patrimonial efectivamente sufrido en forma previa a la toma de posesión del bien.

La jurisprudencia europea hace esta distinción en base a los principios de proporcionalidad, gravedad de la intervención y desigualdad en el trato.

6. Un análisis de la discusión en la C.E.N.C. demuestra que "...el derecho de dominio no es cuestión de ser titular de algo nominal...", exige que "...acarre una serie de eventuales beneficios para quien es titular del mismo. Y hay beneficios de tal manera engarzados en la esencia de la titularidad, que si se priva de ellos se ataca a la esencia". De este modo, la distinción limitaciones/expropiaciones garantiza la esencia del dominio, esto es, sus "atributos y facultades esenciales". Cuando el menoscabo que admite la ley afecta sustancialmente algunos de estos elementos, estaremos en presencia de una privación y deberá seguirse obligatoriamente el camino de expropiar totalmente el bien, o el(los) atributo(s) o facultad(es) inutilizada(s), salvo que sea tal el menoscabo que, en atención al 19 N° 26, igual deba expropiarse totalmente.

7. Los 'atributos esenciales' del dominio, a nuestro juicio, serían que es un *poder funcionalizado tendencialmente pleno*, su *exclusividad* y su *perpetuidad*. No creemos que pueda insistirse en que es *absoluto*, dado que el ordenamiento constitucional reconoce las facultades del propietario, pero las orienta a ciertos fines fundado en la función social —*por ello es un poder funcionalizado*—, lo que no obsta a que siga siendo el derecho sobre las cosas con mayor amplitud de facultades que reconoce el ordenamiento, *o sea, es tendencialmente pleno*.

Las 'facultades esenciales' son las de *usar, gozar y disponer* del bien; la de *administrarlo* se comprende en el uso y goce. Conforme Guzmán Brito, podemos adicionar la tenencia. Siguiendo la doctrina hispana, podemos agregar la facultad de *reivindicar*.

Con todo, el carácter de esencial no implica que cualquier limitación sea expropiatoria si afecta uno de estos elementos. Sólo lo será si, en la práctica, lo elimina, quitando al titular del dominio el aprovechamiento efectivo del bien.

8. Descubrir la esencia de la propiedad en un caso concreto es un problema de suyo complejo. Siguiendo a los autores, parece resolverse en función de las posibilidades de aprovechamiento residual que corresponden al titular del derecho, es decir, de las reales posibilidades de explotación o de aprovechamiento que restarían al propietario si se consumare la intervención estatal, las que dependen totalmente de la naturaleza del bien (López Muñiz). Si aquéllas se tornan ilusorias, la vía a utilizar por el Estado debiera necesariamente ser la expropiación (Mohor); y es que el contenido mínimo de este derecho es más que la titularidad nominal: incluye su ejercicio efectivo (Cea). En el derecho comparado destaca la postura de Díez-Picazo, quien acude a dos criterios complementarios para desentrañar el contenido esencial de un derecho: uno dogmático y otro de jurisprudencia de intereses.

9. Las limitaciones y obligaciones del dominio, en nuestro actual sistema constitucional, derivan de su función social, la cual "...comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas, y la conservación del patrimonio ambiental". Su funda-

mento último se encuentra, indudablemente, en el Bien Común, entendido éste según el inciso 4 del art. 1° de la Constitución.

La naturaleza jurídica de la función social y sus efectos concretos son un tema fuertemente equívoco, existiendo tesis que la esterilizan entendiéndola que implica una simple orientación abstracta al bien común. Pensamos, como lo afirman la doctrina española e italiana, que ella es parte de la estructura misma del derecho de propiedad, e implica que éste, en su misma esencia, exige lícitamente de su titular concretas actuaciones en favor del bien común.

En nuestro derecho la función social comprende cinco situaciones aparentemente diversas. La doctrina mayoritaria estima que esta enumeración es taxativa, como fue acordado por la Comisión Constituyente —con disidencia de Guzmán—. A nuestro entender, el tema de la taxatividad es irrelevante, dada la amplitud conceptual que posee cada elemento integrante de la función social, permitiendo fundar sin problemas cualquier limitación que exija el bien común, como lo señalaba el comisionado Guzmán en las sesiones de la Comisión Constituyente.

La función social, operando en diversos ámbitos dominicales, ha originado —en el derecho comparado— la tesis de la pluralidad de propiedades (Josserand, Pugliatti). Empero, estimamos que jurídicamente en Chile la propiedad es sólo una y su concepto se contiene en la Constitución Política. Los diversos estatutos propietarios existentes (propiedad indígena, intelectual, de bosques, etc.), para merecer este adjetivo, deben respetar la esencia de la propiedad definida constitucionalmente, sin perjuicio de desarrollarla según las características del ámbito en que operen.