

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.

Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.

Chile. Constitución 1980.

Reformas constitucionales. Chile.

Migrantes.

Derecho internacional. Chile.

Pandemia.

Estallido social. Chile.

Estados de excepción constitucional. Chile.

Prisioneros políticos. Chile.

Ahorro para el retiro.

Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

1. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN: UN PREOCUPANTE RETROCESO

Natalia González Bañados¹

Resumen

El grado de protección que se le brinde al derecho de propiedad es un factor muy incidente en los niveles de inversión y desarrollo y redundando en el bienestar de la población. El presente artículo sostendrá que la regulación Constitucional vigente sobre propiedad es más robusta que la propuesta de la Convención Constitucional, en particular respecto del estatuto expropiatorio, y que ésta última se funda en una concepción errónea, respecto al carácter “absoluto” que tendría la regulación actual de este derecho y que habría implicado un retroceso del Estado en ciertos ámbitos. Se cuestiona en base a lo anterior, la conveniencia de aprobar en dichos términos la propuesta y las posibles consecuencias económicas de aquello.

1. Introducción

El derecho de propiedad, reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Carta Fundamental actualmente vigente en Chile, otorga a su titular la facultad para usar, gozar y disponer del bien material o inmaterial sobre el que el derecho recae y la certeza de que el derecho, así resguardado por el marco jurídico vigente, va a permanecer protegido indefinidamente con un estatuto para la expropiación que otorga certeza jurídica. Tal y como damos cuenta en este documento, la actual Constitución de la República de Chile reconoce, además, la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes -excepto sobre

¹ Directora de Asuntos Constitucionales de Libertad y Desarrollo. La autora es abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho (LL.M) de la Universidad de Chicago. Becaria Fulbright, CONICYT y de la Universidad de Chicago. Correo electrónico: ngonzalez@lyd.cl

aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o pertenezcan a la Nación toda y la ley lo declare así.

Como profundizamos en este documento, una robusta protección del derecho de propiedad es clave para el progreso de las naciones y para el bienestar de sus connacionales. El grado de protección que se le brinde a este derecho es un factor muy incidente en los niveles de inversión y desarrollo, que redundan en el bienestar de la población. Una baja protección del derecho de propiedad inhibe la inversión debido a la falta de claridad de que los frutos del esfuerzo y el retorno de lo invertido pueda ser legítimamente aprovechado por el titular. Además, una baja protección a la propiedad aumenta los costos de defensa del derecho, lo que a su vez afecta la conducta económica de los agentes. Por su parte, cuando la protección sobre el derecho de propiedad se debilita, se deterioran las transacciones comerciales, nacionales e internacionales, pues este derecho es clave para el intercambio y para la celebración de los contratos comerciales más típicos (regulados por el derecho).

En Chile, no obstante, el relato político proveniente de ciertos académicos y sectores políticos ha buscado instalar que el derecho de propiedad sería de carácter absoluto, lo que habría impedido al Estado tomar acciones en diversos ámbitos en que su presencia sería necesaria. Correlacionn una protección robusta del derecho de propiedad con la inequidad y con un menor bienestar general, de ahí que entonces planteen su revisión. Sin embargo, ese relato no se condice con la evidencia. Tampoco con el crecimiento sostenido del gasto público en Chile. En el año 2021 el gasto público (incluyendo municipalidades), en moneda constante, fue casi 9 veces más grande que el gasto de 1990. Dicho de otra forma, el gasto de 1990 se multiplicó por 9 al 2021, ambos expresados en la misma moneda. Por otro lado, el gasto en subsidios y donaciones en 2021 fue más de 13 veces el gasto en este ítem en 1990. También en la misma moneda.

Tampoco es consistente con lo que señala expresamente el marco jurídico. En efecto, y sobre este último punto, la Constitución actual señala, en su artículo 19, No. 24 que “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y *las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social*”. De esta manera, el derecho de propiedad en Chile sí tiene límites. El primero, como señalábamos, está en la propia Constitución vigente, la cual establece los que derivan de su “función social”, es decir, “cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. El segundo se encuentra en el Código Civil chileno, en la definición legal del derecho de propiedad, que

dice: “El derecho de dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra la ley o el derecho ajeno” (artículo 582). Es más, la jurisprudencia constitucional chilena ha evolucionado en las últimas décadas, hasta llegar a afirmar que los contratos celebrados por privados están también sujetos a las limitaciones que se derivan de la función social de la propiedad. Es precisamente esta función social la figura jurídica que habilita la causal de limitación de la propiedad, y que “comprende cuando exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. Todo ello además del estatuto de expropiación consagrado a nivel constitucional y legal.

Por tanto, resulta equívoco sugerir que en Chile existiría un derecho de propiedad absoluto, o que este tendría preponderancia sobre otros derechos fundamentales. Así lo ha establecido, por lo demás, el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 1452-09 de 2010, en cuanto a que “esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social [...], se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo los bienes incorporales, sin excluir los que nacen del contrato. Que, al establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada, la Carta Fundamental establece unos mismos criterios, cualquiera sea el origen o título de la propiedad adquirida. [...] Y que tampoco hay nada en la naturaleza de derecho de propiedad sobre bienes incorpóreos que impida limitarlos debido a la función social de la propiedad”²³.

No obstante, la visión de la disuelta Convención Constitucional (“CC”) sobre el derecho de propiedad pareciera adscribir mayormente la tesis de que se trata de un derecho que debe ser revisado, tanto en su extensión, como en su alcance y efectos, debilitando con ello la protección, más robusta, que el marco constitucional actual otorga a este derecho. Lo anterior es patente, aunque no exclusivo, en el nuevo estatuto expropiatorio que se propone, en que se debilita la protección otorgada por el marco jurídico actual, como veremos. Sobre esta

2 Tribunal Constitucional, Rol No. 1452-09, 2010. Véase también Tribunal Constitucional, Rol No. 1309-09, 2010 “La Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien objeto del derecho de propiedad adquirido y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar, en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho”.

3 Estas ideas también se recogen en la propuesta efectuada por 12 centros de estudio de centro derecha de cara al trabajo de la hoy disuelta Convención Constitucional, publicado en el siguiente link: [Lyd.org, Lineamientos y propuestas para una Nueva Constitución](https://lyd.org/wp-content/uploads/2021/10/LINEAMIENTOS-Y-PROPUESTAS-PARA-UNA-NUEVA-CONSTITUCIO%CC%81N-VE.pdf), 26 de noviembre de 2022. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2021/10/LINEAMIENTOS-Y-PROPUESTAS-PARA-UNA-NUEVA-CONSTITUCIO%CC%81N-VE.pdf>

materia no debemos dejar de considerar que, pese a que la institucionalidad actual refiere a una protección más intensa del derecho de propiedad que lo que se viene proponiendo por la CC, hoy disuelta de pleno derecho por mandato constitucional, que aún hoy la protección amerita ser revisada, pero en términos de hacerla más efectiva. Como señala un informe del Observatorio Judicial⁴ *“Para responder (¿qué tan poderosa es la protección del derecho de dominio bajo la normativa actual?), no basta con analizar los textos legales y constitucionales, sino que se requiere, además, atender a la práctica institucional. Es necesario evaluar la efectividad de los mecanismos jurídicos con que cuentan los propietarios para hacer valer su derecho, así como la práctica de los tribunales de justicia en la materia. Precisamente, dado que la discusión ante los tribunales de justicia se centra en la determinación del monto de expropiación. Como se verá, los procesos de reclamación por expropiación son lentos, engorrosos y generan una situación de incertidumbre para los particulares. (...), esta situación no emana del texto constitucional vigente —que ordena indemnizar el daño patrimonial efectivo— sino de la institucionalidad a cargo de la tutela efectiva del derecho. Como fuere, lo anterior pone en duda la afirmación de que la protección del derecho de propiedad en nuestro país es excesiva. Al contrario, todo indica que el marco normativo que protege la propiedad es razonable, pero que aún hay espacio para mejorar la protección al derecho de dominio a nivel institucional. Lamentablemente, la propuesta que está siendo promovida en la Convención Constitucional parece ir en sentido contrario, introduciendo un elemento adicional de incertidumbre en la determinación del monto de indemnización.”*

2. La propuesta de la hoy disuelta Convención Constitucional en materia del derecho de propiedad y propiedad indígena

La propuesta reconoce el derecho de propiedad de la siguiente manera:

“Artículo 78. 1. Derecho de propiedad. Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables.

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

⁴ Observatoriojudicial.org, Reclamos judiciales por expropiación, 26 de noviembre 2022. <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2022/05/Informe-41-Expropiaciones.pdf>

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

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

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

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

Por su parte, en materia de propiedad indígena, la propuesta constitucional de la CC ha establecido⁵:

5 Cabe hacer presente que, en relación con materias indígenas, y entre otras disposiciones que les otorgan derechos especiales, las siguientes normas que son relevantes para efectos del artículo aquí descrito: “Artículo 5.- 1. Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado.

2. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk’nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley.

3. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones.

“Artículo 34. Los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía; al autogobierno; a su propia cultura; a la identidad y cosmovisión; al patrimonio; a la lengua; al reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen con estos; a la cooperación e integración; al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales; y a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

Artículo 11: El Estado reconoce y promueve el diálogo intercultural, horizontal y transversal entre las diversas cosmovisiones de los pueblos y naciones que conviven en el país, con dignidad y respeto recíprocos. El ejercicio de las funciones públicas debe garantizar los mecanismos institucionales y la promoción de políticas públicas que favorezcan el reconocimiento y la comprensión de la diversidad étnica y cultural, superando las asimetrías existentes en el acceso, la distribución y el ejercicio del poder, así como en todos los ámbitos de la vida en sociedad.

Artículo 162.- 1. En los órganos colegiados de representación popular a nivel nacional, regional y comunal, se establecerán escaños reservados para los pueblos y naciones indígenas cuando corresponda y en proporción a la población indígena dentro del territorio electoral respectivo. Sus requisitos, forma de postulación, número y mecanismos de actualización, serán determinados por la ley.

2. Podrán votar por estos escaños sólo quienes pertenezcan a dichos pueblos y naciones y que formen parte de un registro especial denominado Registro Electoral Indígena, que administrará el Servicio Electoral. Dicho registro será construido por el Servicio Electoral sobre la base de los archivos que conservan los órganos estatales, los que posean los pueblos y naciones indígenas sobre sus miembros y de las solicitudes de ciudadanos y ciudadanas que se autoidentifiquen como tales, en los términos que indique la ley.

3. Se creará un registro del pueblo tribal afrodescendiente chileno bajo las mismas reglas del presente artículo.”

“Artículo 386. 1. El reemplazo total de la Constitución solo podrá realizarse a través de una Asamblea Constituyente convocada por medio de un referéndum (...).”

“Artículo 387. 1. La Asamblea Constituyente tendrá como única función la redacción de una propuesta de Nueva Constitución. Estará integrada paritariamente y con equidad territorial, con participación en igualdad

“Artículo 79. 1. El Estado reconoce y garantiza, conforme con la Constitución, el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

2. La propiedad de las tierras indígenas goza de especial protección. El Estado establecerá instrumentos jurídicos eficaces para su catastro, regularización, demarcación, titulación, reparación y restitución.

3. La restitución constituye un mecanismo preferente de reparación, de utilidad pública e interés general.

4. Conforme con la Constitución y la ley, los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a utilizar los recursos que tradicionalmente han usado u ocupado, que se encuentran en sus territorios y sean indispensables para su existencia colectiva.”.

Finalmente, en cuanto a la limitación o suspensión de derechos y garantías, la propuesta señala:

1. “Artículo 300: 1. Solo se podrá suspender o limitar el ejercicio de los derechos y las garantías que la Constitución asegura a todas las personas bajo las siguientes situaciones de excepción: conflicto armado internacional, conflicto armado interno según establece el derecho internacional, o calamidad pública. No podrán restringirse o suspenderse sino los derechos y garantías expresamente señalados en la Constitución.

2. La declaración y renovación de los estados de excepción constitucional respetará los principios de proporcionalidad y necesidad, y se limitarán, respecto de su duración, extensión y medios empleados a lo que sea estrictamente necesario para la más pronta restauración de la normalidad constitucional.

3. “Artículo 301 (...) 4. Por la declaración del estado de asamblea, la Presidenta o el Presidente de la República estará facultado para restringir la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de trabajo, el ejercicio del derecho de asociación,

de condiciones entre independientes e integrantes de partidos políticos, y con escaños reservados para pueblos y naciones indígenas.

2. Una ley regulará su integración, el sistema de elección, su duración, que no será inferior a dieciocho meses, su organización mínima, los mecanismos de participación popular y consulta indígena del proceso y demás aspectos generales que permitan su instalación y funcionamiento regular.

3. Una vez redactada y entregada la propuesta de nueva constitución a la autoridad competente, la Asamblea Constituyente se disolverá de pleno derecho.”.

“Artículo 66. Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe.”.

“ Artículo 191. Participación en las entidades territoriales en el Estado Regional. 1. Las entidades territoriales garantizan el derecho de sus habitantes a participar, individual o colectivamente en las decisiones públicas, comprendiendo en ella la formulación, la ejecución, la evaluación, la fiscalización y el control democrático de la función pública, con arreglo a la Constitución y las leyes.

2. Los pueblos y naciones indígenas deben ser consultados y otorgarán el consentimiento previo, libre e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución.”.

y para interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

4. (...) 6. *Por la declaración del estado de sitio, la Presidenta o Presidente de la República podrá restringir la libertad de circulación y el derecho de asociación. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.*"

5. "Artículo 302 (...) 5. *Por la declaración del estado de catástrofe, la Presidenta o Presidente de la República podrá restringir la libertad de circulación y el derecho de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter legal y administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.*"

3. ¿Qué dice la Constitución Política de la República de Chile, vigente, sobre el derecho de propiedad?

Nuestra constitución actual, y a diferencia de la propuesta constitucional, contiene una robusta protección del derecho de propiedad. En primer lugar, la Carta Fundamental en vigor no solo protege el derecho de propiedad y de manera mucho más robusta que la regulación que se contiene en la propuesta de la otrora Convención, sino que, previamente y mediante una garantía explícita, **asegura y garantiza la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes excepto sobre aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o pertenezcan a la Nación toda**, estableciendo que una ley (de quorum calificado, esto es una ley aprobada por la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio) y cuando lo exija el interés nacional podrá establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes

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

En materia de expropiación y en el mismo artículo y numeral relativo al derecho de propiedad, señala "**Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación**

*por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y **tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado**, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. **A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.** La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.”*

La Constitución actual también contempla limitaciones a los derechos en los casos de estado de asamblea, sitio, catástrofe y de emergencia (que se viene eliminando, este último en la propuesta constitucional)⁶ y una cláusula muy relevante sobre la protección del núcleo o esencia de los derechos, que no está presente en la propuesta de la disuelta CC, a la que nos referiremos más adelante.

4. Un retroceso evidente

De la sola lectura de las normas antes expuestas, esto es, de la propuesta y la Constitución vigente, se advierten diversos retrocesos en el resguardo de este importante derecho que es la base para el ejercicio de otras libertades y derechos.

En primer lugar, la propuesta de la disuelta CC ha omitido el reconocimiento constitucional que hoy asiste a las personas en Chile sobre la libertad para adquirir toda clase de bienes, no exceptuados del dominio privado, en propiedad, omitiendo, asimismo, el que se requiera de una ley de quorum calificado para establecer restricciones a esa adquisición. Lo anterior no es de extrañar toda vez que, como veremos más adelante, la propuesta constitucional de la CC pone severas restricciones (y cuando no, prohíbe) para que, sobre ciertos derechos (bienes incorporales), pueda haber derecho de propiedad, como ocurre con los derechos que se confieren sobre los títulos que se otorgan a los particulares para usar, explorar y explotar recursos naturales, muchos de los cuales quedan categorizados como “bienes naturales comunes” en la propuesta y sobre varios de los cuales, declarados inapropiables, además de los que declare la ley al efecto, no se admite un título amparado por el derecho de propiedad.

6 Artículo 39 y siguientes de la Constitución Política de la República de Chile.

Por su parte, la CC ha establecido como regla general de quórum de aprobación de las leyes el de mayoría simple, esto es la mayoría de los parlamentarios presentes (en el proceso de formación de la ley que se viene proponiendo). Así las cosas, el derecho de propiedad (su implementación, ejecución y sus limitaciones, entre otras) será materia de ley simple. Por su parte, en la estructura del sistema político y legislativo que se viene proponiendo, se elimina el Senado de la República y se crea una institución llamada Cámara de las Regiones que no lo reemplaza, pues dista de tener las atribuciones de las que hoy goza el Senado en tanto Cámara revisora en un sistema bicameral. En ese contexto, no se encuentra contemplado que la Cámara de las Regiones participe obligatoriamente del debate de los proyectos de ley que regulen el derecho de propiedad, sino que es de aquellas materias en que, para legislar, basta la voluntad, por mayoría simple, del Congreso de Diputados que se viene proponiendo, compuesto por a lo menos 155 miembros con un número de escaños reservados para pueblos indígenas adicionales a tales integrantes. La Cámara de las Regiones podría pedir, como una cuestión voluntaria, intervenir en estos debates legislativos de los que en principio está excluida, como sucede con las discusiones sobre la regulación del derecho de propiedad y la ley expropiatoria, pero en tales casos, cuando es facultativo, tendrá tan solo 60 días para pronunciarse y en todo caso el Congreso de Diputados podría decidir por simple mayoría imponer su voluntad por sobre el proyecto con enmiendas que se propone desde la Cámara de las Regiones.

Luego cabe señalar que en la actualidad se dispone que “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, en tanto la propuesta indica que “*Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica.*”. Así las cosas y por no estar mandatado en la propuesta de nueva Constitución, ni esta sección ni en el artículo que se refiere a las materias que solo pueden ser tratadas por ley (dominio mínimo legal), los atributos del derecho de propiedad, consistentes en usar, gozar y disponer de la propiedad han sido obviados y, en cuanto tales, están fuera de la regulación legal, pudiendo ser determinados por decreto supremo del Presidente de la República. Lo anterior a menos que se interpretase que el vocablo “*contenido*” (“*Corresponderá a la ley determinar (...) su contenido*”) se refiera a los atributos del dominio, pero el texto no es para nada claro al efecto. Por lo demás, al haberse efectuado un explícito cambio en la materia, ello pareciera indicar que la intención es inclinarse en otra dirección. Cabe advertir, además, que la ley podrá, además, imponer deberes y límites conforme a la “función ecológica” de

la propiedad, como una función separada e independiente de la función social (la que por lo demás no se define en la propuesta constitucional como si lo hace la ley vigente, dejando con ello un margen de acción más amplio al legislador para establecer limitaciones). Lo anterior está en línea con las nuevas categorías y derechos que la propuesta constitucional viene creando, con un cargado tinte ecocentrista y biocentrista, consistente en el reconocimiento de derechos de la naturaleza (como sujeto activo de derechos) y los deberes que se imponen al Estado respecto de los llamados “bienes naturales comunes” que en detalle revisaremos más adelante, como los deberes de conservación y otros, ampliando así el espectro de limitaciones que pueden imponerse al derecho de propiedad.

Por su parte y al efecto, es pertinente destacar que la propuesta constitucional no contiene una cláusula como la que expresa el artículo 19 N° 26 de la Constitución vigente en Chile, que prohíbe al legislador limitar de tal manera los derechos fundamentales que afecten su esencia. Así la Constitución actual erige una protección al núcleo del derecho fundamental. Al no existir ese resguardo en la propuesta, el legislador (y en aquellas materias en que pueda también obrar el Presidente vía decreto supremo) no deberá considerarlo y serán, en definitiva, los sistemas de justicia (múltiples que se vienen proponiendo, nacional e indígenas, cuyas competencias se desconocen y han quedado derivadas al legislador) los que deberán establecer si ha existido la vulneración del derecho. Al efecto no debe olvidarse tampoco que la acción de tutela sobre los derechos fundamentales ya no se radica en tribunales de mayor nivel jerárquico, como hoy lo estatuye nuestra Constitución vigente respecto del recurso de protección, sino que se radica en tribunales de instancia, esto es de inferior jerarquía.

Asimismo, al no protegerse los atributos esenciales de la propiedad, queda en un manto de incertidumbre lo que ocurrirá con las llamadas expropiaciones regulatorias, punto al que nos referiremos en el numeral siguiente a propósito de la expropiación en general.

También, el estatuto, para proceder con la expropiación, es notoriamente más débil y laxo en la propuesta de la disuelta CC, en términos que pierde robustez y contornos la protección constitucional del derecho de propiedad.

La expropiación puede definirse como “un acto de la autoridad administrativa competente fundado en una ley que lo autoriza, en virtud de la cual se priva del dominio del bien sobre el cual recae ese derecho o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de interés nacional, con sujeción a un procedimiento legalmente determinado y pagando al expropiado la

indemnización justa”⁷. Es por esto que, para expropiar se necesita primero dictar una ley; segundo, que la ley autorice la ejecución de una o más expropiaciones; tercero, que la ley sea dictada por utilidad pública o el interés nacional y; cuarto, debe determinar que las cualidades de los bienes que se expropián estén dentro de las causales de utilidad pública o interés nacional. Son, por tanto, tres fases, una que le corresponde al legislador, otra que le compete al órgano administrativo y una tercera que se confía al juez.

Decimos que es más débil el estatuto de protección, primero porque la ley expropiatoria (de quorum simple) será de competencia del Congreso de Diputados exclusivamente. Es decir, la expropiación no es de aquellas materias que la propuesta constitucional califique como una “ley de acuerdo regional” (que son aquellas en que por mandato constitucional debe necesariamente intervenir la Cámara de las Regiones), de manera que en su determinación no será obligatorio que intervenga la nueva Cámara de las Regiones que se viene proponiendo. Como señalamos antes, ésta podría involucrarse en el debate legislativo concerniente al derecho de propiedad, solicitando la revisión facultativa de ese proyecto de ley, pero y en todo caso, lo hará con una influencia muy menguada en la discusión legislativa dado que tendría tan solo 60 días para pronunciarse y los cambios que proponga pueden derribarse por el Congreso de Diputados, que puede imponer su voluntad por simple mayoría.

Cabe hacer notar que el futuro Congreso de Diputados que se viene proponiendo estará compuesto por a lo menos 17 escaños reservados para pueblos indígenas (que representan a una fracción menor de la población en Chile, cercana al 12%), adicionales a los 155 diputados, escaños que alteran los principios de igualdad ante la ley e igualdad del voto. Los representantes de escaños reservados tienen un claro interés en las materias atinentes al derecho de propiedad toda vez que, como señalamos antes, la propuesta constitucional de la CC les reconoce el derecho constitucional a la recuperación de tierras, preferentemente vía restituciones, de manera que en la ley que autorice la expropiación y determine cómo ha de conformarse el justo precio tendrán un especial interés.⁸ Esto obligará al Estado

7 Derecho Constitucional Chileno (Tomo II), (E)

8 Normas transitorias: “**Disposición Vigésimoctava.** 1. Dentro del plazo de un año desde la entrada en vigencia de esta Constitución, el Presidente de la República convocará a una Comisión Territorial Indígena, la cual determinará catastros, elaborará planes, políticas, programas y presentará propuestas de acuerdos entre el Estado y los pueblos y naciones indígenas para la regularización, titulación, demarcación, reparación y restitución de tierras indígenas. Sus avances serán remitidos periódicamente a los órganos competentes para su progresiva implementación, obligándose éstos a dar cuenta semestralmente de sus avances en la materia. 2. La Comisión estará integrada por representantes de todos los pueblos y naciones indígenas, determinados por sus organizaciones representativas, a través de un proceso de participación indígena convocado de conformidad al

a redefinir derechos de propiedad en extensos territorios del país. Lo anterior no solo abrirá la puerta a sendas disputas legales, lo que implica un importante nivel de incerteza jurídica y posible confrontación, sino que la norma podría considerarse desde ya un incentivo a la ocupación ilegal de terrenos. Demás esta decir que como este es un derecho especialmente reconocido a los pueblos naciones indígenas, se requerirá de un proceso de consulta indígena y de consentimiento previo por parte de estos en caso de que a futuro y de aprobarse esta propuesta constitucional, quisiera ser enmendado.

Por su parte, la propuesta constitucional establece que es el “propietario” el que tendrá derecho a recibir el “justo precio” a cambio del bien expropiado. La propuesta habla de que será el propietario y no el “expropiado” quien tendrá derecho al “justo precio” por concepto de una expropiación. La expresión “propietario” es más restrictiva que la contenida en el marco jurídico vigente que habla del “expropiado”, pues no se pone en la hipótesis que confieren los atributos que emanan del derecho de propiedad consistente en que puede haber terceros con legítimos derechos de uso o usufructo o tenencia sobre el bien que es objeto de expropiación y que debieran asimismo considerarse para ser objeto de reparación ante una expropiación.

A su turno, la propuesta no define el alcance de ese justo precio que debe pagar el Estado (nótese que la propuesta constitucional no habla de “compensación plena” como lo hacen otras constituciones, como la de Noruega, o como en otras constituciones en que hay recargos incluso por concepto de la expropiación, como en Suecia), en tanto que la Constitución actual señala que lo que debe pagarse a título de indemnización es el “daño patrimonial efectivamente causado”, siendo así mucho más precisa la determinación actual, a nivel constitucional, de lo que debe pagarse por este concepto y los tribunales así lo han aplicado, y no sin dificultades a pesar de la precisión. La Constitución de Croacia refiere al valor de mercado o la rusa al valor equivalente. Es cierto que, en otras naciones, como en EEUU y Alemania se habla de indemnización justa, pero también es cierto que son naciones que reconocen el valor de la iniciativa privada y al capitalismo como base del progreso lo que no está en cuestión, a diferencia del caso chileno, cuyo entendimiento al efecto muta en la propuesta constitucional otorgando al Estado

artículo 7º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Dicha Comisión estará integrada, además, por representantes del Estado y por personas de reconocida idoneidad, quienes serán nombrados por el Presidente de la República. El Estado deberá garantizar su debido financiamiento, infraestructura, acceso a la información necesaria, asistencia técnica, administrativa y además podrá convocar a organismos internacionales para desempeñarse como observadores garantes del proceso. La Comisión funcionará durante cuatro años, prorrogables por otros dos.”

un rol preponderante en la economía y excluyendo, explícita o implícitamente, en diversas oportunidades, al sector privado de la provisión de bienes públicos o de interés público.

Así las cosas, será el legislador, mediante una ley simple que, en principio, solo conoce el Congreso de Diputados integrado con escaños reservados indígenas, el que debe determinar cómo se conforma el justo precio a pagar al propietario.

De otro lado, la norma tampoco establece que en caso de desacuerdo entre las partes (Estado y privado) respecto a cómo pagar el monto, éste deba solucionarse al contado y en dinero efectivo, como sí lo hace la Constitución actual. Sí mantiene el concepto del pago previo, pero al no definir cómo ha de pagarse ante la falta de acuerdo, vuelve la incerteza. Las inquietudes que surgen en esta materia tienen que ver así con la modalidad del pago, pues debiendo ser previo podría éste realizarse mediante un instrumento cobrable a plazo que se desvalorice en el tiempo, como sucedió en la época de la reforma agraria y con las expropiaciones ocurridas en la década de los 60 y 70 en Chile.

En lo que se refiere a las expropiaciones regulatorias, cabe apuntar lo siguiente. Este fenómeno surge en EE. UU. a raíz del fallo de la Corte Suprema en el caso *Pennsylvania Coal vs Mahon*. La doctrina elaborada por el derecho constitucional estadounidense, y que es ocupada a menudo en el derecho de la inversión extranjera, manifiesta que se está frente a una expropiación de este tipo cuando el Estado regula un derecho de propiedad, de tal forma que lleva a que éste pierda un valor importante, por lo tanto, debería ser indemnizado. Esta argumentación se ha utilizado durante el último tiempo para debatir reformas en materias de carácter educacional, ambiental y en la regulación por cobros de estacionamientos⁹. Esto tiene especial importancia para la inversión, en que se efectúan gastos y proyectos bajo ciertas reglas y bajo una situación determinada por esas reglas, y luego, a través de la legislación, las cargas y beneficios son alterados. La doctrina de las expropiaciones regulatorias ya se ha hecho explícita en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y tuvo su aparición por primera vez en el contexto de un fallo sobre peajes de transmisión eléctrica¹⁰. Teniendo en consideración este problema, lo que hubiera sido esperable era que se estableciera constitucionalmente una compensación por las intervenciones sobre la propiedad que impliquen la

9 Guiloff, Matías, “La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”, en *Revista Ius et Praxis*, 24 N° 2, (Universidad de Talca). 2018. pp. 621-648.

10 Tribunal Constitucional, Rol N° 505-2007, 06-03-2007, C° vigésimo.

privación de sus facultades que no sean esenciales¹¹. Si bien, el Tribunal Constitucional en un principio aceptó la figura de la “expropiación regulatoria”¹², luego fue regresando a la tradición ya asentada en el derecho chileno, según la cual la pregunta relevante es si la limitación es legítima atendiendo a ciertos criterios de resolución. Y es en atención a tal distinción (entre limitación y expropiación) que el Tribunal Constitucional no ha admitido indemnización por cualquier limitación del derecho de propiedad que prive al particular de las facultades no esenciales.¹³ En vez al descuidar el reconocimiento de los atributos esenciales del dominio, la expropiación regulatoria podría volverse más frecuente.

Por último, cabe advertir que el reclamo respecto de las expropiaciones y el monto a ser indemnizado, conforme señala la propuesta, no será necesariamente en tribunales ordinarios, como lo establece la Constitución vigente, sino en aquellos que señale la ley, sin más. De esta forma se abre un espacio para que el legislador establezca que estas cuestiones serán de competencia de tribunales especiales, como agrarios y mineros que existieron en Chile hace años para estos fines, para favorecer posibles procesos de expropiación, lo que genera menores niveles de certeza y garantías que los tribunales ordinarios.

Finalmente, la propuesta constitucional asigna al Estado un rol preponderante en la actividad económica, reconociendo de manera expresa que “el Estado participa en la economía para cumplir sus fines constitucionales”¹⁴, así como que “la Constitución reconoce al Estado iniciativa para desarrollar actividades económicas, mediante las formas diversas de propiedad, gestión y organización que autorice la ley”¹⁵. Por lo tanto, si consideramos que la Propuesta menciona 60 deberes del Estado (contando las veces que menciona “es deber del Estado” o “el Estado debe”), podemos anticipar que estos “fines constitucionales” en virtud de los cuales el Estado participa de la economía son múltiples. Ello, especialmente en lo que respecta a los

11 La Asociación de Aseguradores de Chile, por ejemplo, declaró que, ante el proyecto de retiro de fondos de rentas vitalicias, se estaba ante un caso de expropiación regulatoria. La Tercera, Aseguradoras van al Tribunal Constitucional para intentar frenar retiro de rentas vitalicias, 27 de abril de 2021. <https://www.latercera.com/pulso/noticia/aseguradoras-van-al-tribunal-constitucional-para-intentar-frenar-retiro-de-rentas-vitalicias/7Q2HEH73AVB6TOU3JV73TF4S4I/>.

12 Tribunal Constitucional, Rol N° 505-06, 2007.

13 Peralta, Ximena y Yáñez, Isabel, “La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en Revista de Derecho Público, N° 91, (Universidad de Chile), 2019, pp. 35-60.

14 Artículo 182.1 de la propuesta: “El Estado participa en la economía para cumplir sus fines constitucionales, de acuerdo con los principios y objetivos económicos de solidaridad, pluralismo económico, diversificación productiva y economía social y solidaria. En el ejercicio de sus potestades regula, fiscaliza, fomenta y desarrolla actividades económicas, conforme a lo establecido en esta Constitución y la ley.”

15 Artículo 182.2 de la propuesta.

derechos sociales, en donde el Estado juega un rol protagónico -cuando no exclusivo- en su provisión. Si a lo anterior agregamos que la propuesta define a Chile como un “Estado social y democrático de derecho”¹⁶, con un deber explícito de “generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos (...)” podemos concluir que, de aprobarse la propuesta, el Estado no solo requerirá de una economía pujante (cuyos cimientos, no obstante, e inexplicablemente se debilitan en la propuesta), sino que, y a partir de ahí, interpretarse que la política tributaria deberá ser tal que le permita recaudar lo suficiente para satisfacer dicha multiplicidad de fines y derechos. Cuánto podría ello comprometer el derecho de propiedad, está por verse. Por cierto, no podría comprenderse como un mandato sin limitaciones pues las hay y han de respetarse, y consisten entre otras, en la responsabilidad fiscal, en las limitaciones que impone el derecho de propiedad, el carácter no confiscatorio de los impuestos y el objetivo de que el país crezca y se desarrolle de manera que se deben guardar los equilibrios necesarios, pero se trata de cuestiones a determinar tras esta habilitación.

La propiedad industrial no es explícitamente reconocida en la propuesta constitucional, como sí lo es la propiedad intelectual: otro retroceso

Tanto el trabajo de los creadores como el de los emprendimientos con innovación están basados en bienes intangibles que generan riqueza en los más diversos ámbitos de la economía y la cultura. La tradición constitucional chilena ha protegido y garantizado consistentemente el derecho de autor sobre las obras artísticas o científicas, tradición de la que se aparta el constituyente chileno en la propuesta. En un primer momento, las propuestas de normas constitucionales presentadas al efecto en la hoy disuelta Convención daban cuenta de una intención expresa de no querer reconocer el derecho a la propiedad intelectual esgrimiendo, como argumento, la necesidad de “democratizar” el acceso de la cultura y las artes y el acceso libre a bienes culturales, afectando la remuneración de los titulares. Finalmente, y tras diversas discusiones, el Pleno de la otrora CC terminó por reconocer expresamente el derecho de autor y la protección constitucional de los derechos conexos, rechazando las limitaciones o excepciones para los derechos de autor basadas en su función social, acceso a bienes culturales o libertad de expresión lo que, como hasta la fecha, quedó entregado a leyes que se discutirán en el Congreso.

Sin embargo, no hizo lo mismo con la innovación y el emprendimiento, pues la propiedad industrial no quedó recogida en la propuesta de texto constitucional.

16 Artículo 1.1 de la propuesta. Asimismo, dicho artículo, en su inciso 3° señala que “es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.”

A esto se suma la mayor debilidad del artículo sobre el derecho de propiedad en general que ya hemos mencionado y que ya no menciona expresamente a los bienes corporales e incorporeales (o intangibles, como en este caso) como parte del objeto de protección del derecho (aun cuando se refiere a la propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes). Como se pregunta el profesor y experto en derechos de propiedad industrial e intelectual, Rodrigo Velasco: *¿Por qué desconocer los derechos sobre las marcas, patentes, secretos y diseños industriales?* En palabras del citado profesor: *“La respuesta no se encuentra en lógicas de razón ni evidencias, sino en lógicas más bien emocionales. El mensaje de fondo es muy preocupante, y consiste en que la nueva Constitución no tiene ejes para promover la creación y desarrollo tecnológico como una manera de generar desarrollo, sino lo contrario, pues se percibe como algo foráneo que no ocurre en Chile y por lo mismo se eliminan del pacto social”*.¹⁷

Actualmente, industrias que son intensivas en la producción de innovación o con alto contenido de propiedad intelectual, susceptible de ser protegida mediante el marco jurídico, emplean a cerca del 40% de la población laboral en los Estados Unidos y cerca del 28% en la Unión Europea, y son responsables de producir el 40% del producto interno bruto combinado entre Estados Unidos y la Unión Europea. Por su parte, los países con una protección robusta en la materia tienen más investigadores a tiempo completo disponibles, mayor inversión privada en I+D, más artículos y libros publicados y mayores tasas de emprendimiento. Por el contrario, las naciones que no cuentan con una fuerte protección en la materia terminan generando problemas como la piratería y produciendo efectos negativos en la economía, al afectarse la rentabilidad de las inversiones y perjudicando a los consumidores. Y, sin embargo, y a diferencia de la Constitución actual, la propuesta no garantiza la propiedad industrial con protección de rango constitucional.

La Constitución Política de la República de Chile en vigor garantiza la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. La norma referida tiene sus antecedentes en las Constituciones de 1833 y de 1925, perfeccionada en la Constitución de 1980 y que contemplara también el Proyecto constitucional de la Presidenta Bachelet de 2018, ingresado al Congreso Nacional y que no fue objeto de tramitación en la instancia.¹⁸ La propuesta constitucional en cambio y como decíamos, se aleja de esta tradición constitucional

17 El Mercurio, Pe.

18 El Libero, Raúl Bertelsen: Supresión de la proal/

chilena, y guarda completo silencio sobre la materia, dejando esta protección en la esfera del legislador.

Como señala el profesor Bertelsen *“La desprotección constitucional de la propiedad industrial, sin embargo, no significa que vayan a desaparecer de inmediato las marcas comerciales que conocemos en nuestra vida cotidiana y todas las tecnologías que disfrutamos, pero sí un debilitamiento en su protección y una mayor incertidumbre respecto a su existencia futura. En efecto, eliminar la propiedad industrial de la Constitución no significa que todas las formas en que ella se manifiesta dejarían de existir cuando el texto de la nueva Carta Fundamental entrare a regir -si es que se aprueba en el plebiscito de salida-, porque lo impide una de las normas que limita la competencia de la Convención Constitucional. Es así porque el artículo 135 de la Constitución, introducido en la reforma que posibilitó la existencia de la Convención Constitucional, dispuso que la nueva Constitución debe respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. De ahí que, aunque la Constitución no mencione la propiedad industrial, ella no dejará de existir en Chile y tampoco podrá eliminarla la legislación futura, pero sólo en virtud de los compromisos internacionales contraídos con anterioridad sobre marcas comerciales, patentes de invención y otras modalidades de propiedad industrial, y no ya porque la Constitución lo impida.”* Sin embargo, el profesor añade *“Este resguardo de la propiedad industrial basado en el Derecho Internacional y no más en la Constitución del país, debilita su reconocimiento y genera una gran incertidumbre cara al futuro. Por una parte, el país, en la medida que lo permitan los tratados internacionales sobre propiedad industrial que ha firmado, podría retirarse de ellos, lo que los liberaría de cumplir las obligaciones emanados de los mismos, y quedaría entonces habilitado para aprobar una legislación restrictiva en la materia, o que incluso no reconociera o dejara de garantizar algunas de las formas de propiedad industrial que Chile, desde 1833, protege en su Constitución.”*

6. Protección que se brinda en la propuesta constitucional al título que concedido para usar, explorar y explotar recursos naturales: más retrocesos

A su turno, respecto de los derechos que asisten a las personas (naturales o jurídicas) para utilizar, explorar y explotar recursos naturales, la CC propone lo siguiente en relación con el derecho de propiedad:

“Artículo 103. 1. La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y

equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad.

2. El Estado debe garantizar y promover los derechos de la naturaleza.”.

“Artículo 106.- La ley podrá establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos para proteger el medioambiente y la naturaleza.”.

“Artículo 127. La naturaleza tiene derechos. El Estado y la sociedad tienen el deber de protegerlos y respetarlos. 2. El Estado debe adoptar una administración ecológicamente responsable y promover la educación ambiental y científica mediante procesos de formación y aprendizaje permanentes.”.

“Artículo 134.- 1. Los bienes comunes naturales son elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras.

2. Son bienes comunes naturales el mar territorial y su fondo marino; las playas; las aguas, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley.

3. Entre estos bienes son inapropiables el agua en todos sus estados, el aire, el mar territorial y las playas, los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes declaren como tales.¹⁹

4. Tratándose de los bienes comunes naturales que sean inapropiables, el Estado debe preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Deberá, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa. Respecto de aquellos bienes comunes naturales que se encuentren en el dominio privado, el deber de custodia del Estado implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el inciso 1.²⁰

5.- El Estado podrá otorgar autorizaciones administrativas para el uso de los bienes comunes naturales inapropiables, conforme a la ley, de manera temporal, sujeto a causales de caducidad, extinción y revocación, con obligaciones específicas de conservación, justificadas en el interés público, la protección de la naturaleza y el beneficio colectivo. Estas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad.

¹⁹ Nótese, entonces, que la ley – de quorum simple- podría ampliar el catálogo de bienes naturales comunes inapropiables, sin que exista límite alguno para fijar al legislador un alcance más acotado en la materia.

²⁰ “Artículo 1. Crisis climática y ecológica. Es deber del Estado adoptar acciones de prevención, adaptación, y mitigación de los riesgos, vulnerabilidades y efectos provocados por la crisis climática y ecológica. El Estado promoverá el diálogo, cooperación y solidaridad internacional para adaptarse, mitigar y afrontar la crisis climática y ecológica y proteger la Naturaleza.”

6. *Cualquier persona podrá exigir el cumplimiento de los deberes constitucionales de custodia de los bienes comunes naturales. La ley determinará el procedimiento y los requisitos de esta acción.*”

“Artículo 138. El Estado protegerá la función ecológica y social de la tierra”.

“Artículo 140. 1. El agua es esencial para la vida y el ejercicio de los derechos humanos y de la naturaleza. El Estado debe proteger las aguas, en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico. 2. Siempre prevalecerá el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas. La ley determinará los demás usos.”

“Artículo 141. El Estado deberá promover y proteger la gestión comunitaria de agua potable y saneamiento, especialmente en áreas y territorios rurales y extremos, en conformidad con la ley.”

“Artículo 142. El Estado velará por un uso razonable de las aguas. Las autorizaciones de uso de agua serán otorgadas por la Agencia Nacional del Agua, de carácter intransferible, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento.

En vez, respecto de los pueblos indígenas se reconoce un derecho especial para el uso de las aguas, de la siguiente manera:

“Artículo 58. La Constitución reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas. Es deber del Estado garantizar su protección, integridad y abastecimiento.”

Respecto de la minería, en particular, la propuesta constitucional señala:

“Artículo 145.- 1. El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas y las sustancias minerales, metálicas, no metálicas, y los depósitos de sustancias fósiles e hidrocarburos existentes en el territorio nacional, con excepción de las arcillas superficiales, sin perjuicio de la propiedad sobre los terrenos en que estuvieren situadas.

2. La exploración, explotación y aprovechamiento de estas sustancias se sujetará a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental.”

“Artículo 146. Quedan excluidos de toda actividad minera los glaciares, las áreas protegidas, las que por razones de protección hidrográfica establezca la ley y las demás que ella declare.”

“Artículo 147. 1. El Estado debe establecer una política para la actividad minera y su encadenamiento productivo, la que considerará, a lo menos, la protección ambiental y social, la innovación y la generación de valor agregado. 2. El Estado debe regular los impactos y efectos sinérgicos generados en las distintas etapas de la

actividad minera, incluyendo su encadenamiento productivo, cierre o paralización, en la forma que establezca la ley. Es obligación de quien realice la actividad minera destinar recursos para reparar los daños causados, los pasivos ambientales y mitigar sus efectos nocivos en los territorios en que esta se desarrolla, de acuerdo con la ley. La ley especificará el modo en que esta obligación se aplicará a la pequeña minería y pirquineros. 3. El Estado adoptará las medidas necesarias para proteger a la pequeña minería y pirquineros, las fomentará y facilitará el acceso y uso de las herramientas, tecnologías y recursos para el ejercicio tradicional y sustentable de la actividad.”.

Sobre la minería, sostén de nuestra economía y progreso, la propuesta guarda el más abrumador silencio sobre los derechos que tendrán los particulares para explorar y explotar el recurso, estableciendo solamente que el Estado es el dueño absoluto de las minas. Nuestra Constitución vigente además de establecer el dominio del Estado al efecto y no dejar dudas que se trata de bienes apropiables, establece con mucha claridad y desarrollo que los privados podrán solicitar concesiones (derechos reales) al Poder Judicial, independiente, para explorar y explotar el recurso minero, concesiones que son de carácter indefinido y están protegidas por el derecho de propiedad. En el escenario que nos propone la CC *“La exploración, explotación y aprovechamiento de estas sustancias se sujetará a una regulación que considere su carácter finito, no renovable, de interés público intergeneracional y la protección ambiental”*, de manera que, en el mejor de los casos, se regulará mediante ley simple cuando no por decreto del Presidente de la Republica toda vez que la minería no es parte del dominio mínimo legal al que debe abocarse el Poder Legislativo. Desaparece así la adecuada regulación constitucional de la propiedad minera que en buena parte explica la creciente inversión que ha tenido nuestro país.

En el caso del agua, se lo declara un bien común inapropiable, pero además el título (permiso) administrativo para usar o aprovechar las aguas, según se indica expresamente, no generará derechos de propiedad. Será, además, revocable e in-comerciable. Así la propuesta sitúa al título habilitante para su uso y explotación no solo dentro del marco de los títulos precarios, sino que además lo declara completamente fuera del comercio humano, en términos absolutos. No se trata de que sea inalienable, o de una prohibición temporal de enajenar o disponer en general, sino que no cabrá sobre tal permiso acto jurídico alguno de derecho privado. Por su parte es precario pues se trata de un título esencialmente revocable, que en principio no da derecho a su titular a demandar por perjuicios en caso que fuere revocado, con lo que la seguridad jurídica sobre el mismo queda a discreción de la autoridad de turno, a la espera que el texto legal acote el alcance de estas

facultades, de ser ese el caso. Con ello el activo agrícola o silvoagropecuario o sanitario, que utiliza este esencial recurso, carecerá de valor real o disminuirá drásticamente. En la actualidad, la Constitución vigente en Chile reconoce el derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Recientemente, y tras casi 11 años de discusión en el Congreso Nacional, se aprobó una reforma al Código de Aguas que establece que los derechos de aprovechamiento de aguas son un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe el referido Código. Dicho derecho se origina en virtud de una concesión, tendrá una duración de treinta años y se concederá de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según corresponda. En caso que la autoridad considere que el DAA deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada. La duración del DAA se prorrogará por el solo ministerio de la ley y sucesivamente, a menos que la Dirección General de Aguas (DGA) acredite, mediante una resolución fundada, el no uso efectivo del recurso o que existe una afectación a la sustentabilidad de la fuente que no ha podido ser superada²¹. Si la Dirección General de Aguas (DGA) determina el “no uso efectivo del recurso” o que “existe una afectación a la sustentabilidad de la fuente que no ha podido ser superada” podría no prorrogarse su duración.

7. Relación indisoluble entre el derecho de propiedad y desarrollo humano

Si se revisan las estadísticas e índices mundiales sobre la materia, incluso con la mayor robustez que nuestra Constitución actual protege el derecho de propiedad versus la propuesta constitucional de la disuelta CC, es posible darse cuenta de que la propiedad privada en Chile actualmente no está lo bastante protegida en comparación con los países nórdicos y otros países europeos y asiáticos. El índice 2022 de libertad económica (*Index of Economic Freedom*) de la *Heritage Foundation*, analiza el desarrollo de las políticas económicas en 184 países, los cuales son calificados y rankeados en 12 mediciones de libertad económica que se evalúan en cuatro aspectos: Estado de Derecho, tamaño del gobierno, eficiencia

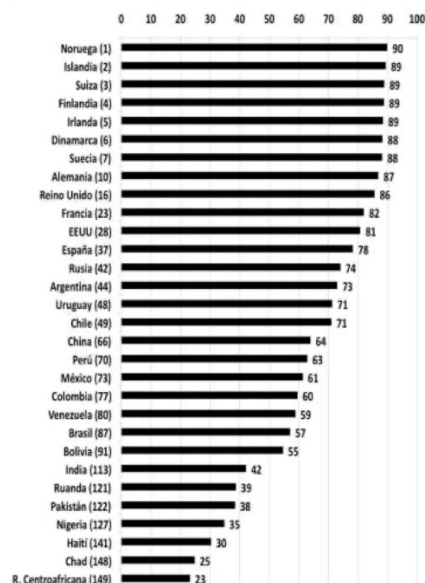
21 Nuevo artículo 6° inciso quinto: “De existir riesgo de que el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae o, en caso de que este riesgo se haya materializado, la Dirección General de Aguas aplicará lo dispuesto en los artículos 17 y 62, según corresponda. En caso de persistir esta situación, suspenderá el ejercicio de todos aquellos derechos que provocan el riesgo o afectación, lo cual, en el caso de los derechos que se encuentren en situación de ser objeto de prórroga, deberá ser considerado en la ponderación a que se refiere el inciso tercero, a objeto de determinar la continuidad, incluso pudiendo ser esta parcial”.

regulatoria y apertura de los mercados. A nivel general, el ranking es encabezado por Singapur y le siguen Suiza, Irlanda y Nueva Zelanda. En este índice se puede notar que Chile desciende un lugar con respecto al año pasado, pasando del lugar 19 al 20, luego de haber retrocedido 4 puestos en el año 2021 en comparación con el 2020. Chile también disminuye -aunque levemente- su puntaje en el valor del índice (de 75,2 a 74,4, siendo el peor puntaje obtenido desde 1999, donde obtuvo una calificación de 74,1), y lejos aún de los niveles previos a 2017. En efecto, el año 2013 el país registró un valor en el índice de 79,0 y se ubicó en el 7° lugar. A pesar del retroceso, Chile sigue liderando el ranking a nivel de Sudamérica. La actual posición lo califica como un país “mayormente libre” (*mostly free*). En relación con el año pasado, retrocedió 0,8 puntos, lo que se debe a las caídas experimentadas en Integridad de gobierno, Gasto de Gobierno, Salud Fiscal, Libertad Laboral, Libertad de Comercio y Libertad de la moneda. En la categoría Estado de Derecho, el reporte destaca que Chile cuenta con un marco legal sólido y, en general, se respetan los derechos de propiedad privada. Los intereses garantizados en bienes inmuebles se reconocen y el Estado realiza expropiaciones que cumplen con un proceso transparente y sujeto a derecho. El Poder Judicial es independiente, y posee la competencia para que el ejercicio de los derechos de propiedad y contractuales estén libres de interferencias políticas.

El índice evidencia una alta correlación entre libertad económica y mejora de indicadores sociales. Países con un alto grado de libertad tienen menores tasas de pobreza y mayor esperanza de vida. Antagónicamente, economías que no poseen libertades o que se encuentran muy reprimidas, presentan altos niveles de pobreza y mala distribución de la riqueza.

De los datos anteriores se desprende que aún falta protección a la propiedad privada para llegar a los puestos de países desarrollados. Más interesante aún es ver que países como Nueva Zelanda, Suiza, Singapur, están hoy en el *top ten* de la tabla de aquellos países que protegen de forma más férrea la propiedad privada. Por su parte, y como da cuenta el gráfico más abajo elaborado a partir del Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, sugiere asimismo que existe una relación de asociatividad entre propiedad privada y altos niveles de desarrollo humano. En simple, es posible inferir que la protección de la propiedad privada es una condición necesaria para la tan anhelada dignidad en el país.

Puntaje del Índice de Desarrollo Humano ajustado por desigualdad (IDHI) (1 nivel más bajo de desarrollo mínima; 100 nivel más alto)



Fuente: PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2020.

De hecho, los resultados de un estudio reciente, titulado “Propiedad Privada, Desarrollo e Igualdad”, publicado en la *Serie Debates Públicos*, de la Universidad del Desarrollo, muestra que existe una fuerte correlación –de un 0,80 con alta relevancia estadística— entre la fuerza con la que se protege el derecho de propiedad en un país y el nivel que ha alcanzado de desarrollo humano ajustado por desigualdad.

Por su parte, el Índice Internacional de Derechos de Propiedad (IPRI, por sus siglas en inglés) ubica, en su edición del año 2022, a Chile en la posición número 33 entre 129 países. El índice es realizado por *Property Rights Alliance* con información que se obtiene a partir de fuentes oficiales puestas a disposición del público por organizaciones internacionales reconocidas, tales como el Banco Mundial, el *World Economic Forum* y Naciones Unidas y con la cooperación de 124 *think tanks* de 70 países del mundo. El instrumento mide la fortaleza de los derechos de propiedad sobre bienes corporales, pero también incorporeales -propiedad intelectual- y el entorno legal y político en los que se enmarcan, en una escala de 0 a 10, donde 10 es el valor más alto (más protección a los derechos de propiedad)

y el 0 el más bajo. Esta lógica se aplica a cada uno de los componentes. IPRI se construye a partir de 10 factores reunidos bajo 3 componentes: Ambiente Legal y Político (*Legal and Political Environment*, LP), Derechos de Propiedad Física (*Physical Property Rights*, PPR) y Derechos de Propiedad Intelectual (*Intellectual Property Rights*, IPR).

Como promedio, la muestra de los 129 países mostró una puntuación de 5,19, donde el Entorno Legal y Político (LP) fue el componente más débil, con una puntuación de 5,06; seguido por el componente de Derechos de Propiedad Intelectual (IPR), con una puntuación de 5,24. Los derechos de propiedad física (PPR) fue el componente más fuerte, con una puntuación de 5,27.

Pese a retroceder dos lugares en el ranking con respecto al año pasado, a nivel latinoamericano, Chile ocupa el primer lugar. Como decíamos, Chile se ubica en el lugar 33 (puntaje 6,14) de entre 129 países y primero a nivel latinoamericano. Este resultado refleja una caída de dos lugares en el ranking en comparación a 2021 (31) y también una reducción en el puntaje global del país (de 6,6 a 6.1) y de todos sus componentes. El ranking se encuentra liderado por Finlandia (8,2), Singapur (8,0) y Suiza (7,9), En tanto, los últimos países en el listado son Venezuela (1,8), Yemen (2,3) y Haití (2,8).

Conclusión

El derecho de propiedad es un derecho fundamental reconocido por la Constitución actual y por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Junto con la libertad para emprender, en una economía de mercado o social de mercado es fundamental que el derecho de propiedad esté protegido y garantizado, ya que ello posibilita el progreso y el desarrollo integral de las naciones, siendo un pilar fundamental de una sociedad libre y del progreso y bienestar de la población. Asegurar a las personas y cuerpos intermedios de la sociedad el derecho de propiedad sobre los frutos de su trabajo genera los incentivos correctos en términos de esfuerzo e inversión, pues se garantiza que no podrán ser indebidamente apropiados o explotados por terceros.

En último término, la protección de los derechos de propiedad proporciona a las personas una importante defensa ante el poder que detenta el Estado. Sin derecho de propiedad y sin la certeza jurídica asociada al mismo, la materialización de las inversiones necesarias para iniciar un negocio o proyecto productivo no sería posible por el temor a que posteriormente sean expropiadas arbitrariamente y sin compensación alguna. No es de extrañar, por las razones antes referidas, que

en prácticamente todas las constituciones del mundo se reconozca y ampare el derecho de propiedad, reconociendo, algunas de ellas, la limitante derivada de la función social de la propiedad y la posibilidad de que el Estado expropie y pague previamente una compensación plena por ello.

Una nación que aspira a progresar requiere de una sociedad libre, pujante, innovadora y desafiante de los incumbentes, que creativamente genera soluciones a problemas cotidianos. Para ello es clave el derecho de propiedad el que, en la propuesta constitucional de la disuelta Convención Constitucional que debe ser aprobada o rechazada en el plebiscito del 4 de septiembre, sale debilitado. Surge la interrogante acerca de las razones para cambiar algo que funciona bien, con las graves consecuencias que ello tendrá para el progreso y bienestar de la población.