

**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.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL PROCESO CONSTITUYENTE: UNA DISCUSIÓN BAJO LA SOMBRA DEL ARTÍCULO 19 N° 24 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Matías Guiloff Titun¹

Viviana Ponce de León Solís²

Resumen

En este trabajo analizamos la regulación del derecho de propiedad en el texto de la Constitución de 1980 y en la propuesta de nueva Constitución elaborada por la Convención Constitucional, identificando sus fortalezas y debilidades comparativas. A partir de este análisis es posible apreciar que la Constitución de 1980 consagró una concepción rígida y absoluta del derecho de propiedad, ante la cual, por contraste, cualquier otro estatuto constitucional parece conllevar un debilitamiento de su protección. Este es un factor que sin duda deberá tenerse en cuenta en un futuro proceso constituyente o en reformas constitucionales que aspiren a promover un mejor equilibrio entre el derecho de propiedad y otros derechos fundamentales.

1. Introducción

Indudablemente, el derecho de propiedad fue uno de los derechos en torno a los cuales se generó más controversia y desinformación a lo largo del proceso constituyente: desde dudas acerca del valor de la indemnización expropiatoria, pasando por inquietudes relativas a si las personas perderían sus hogares, hasta llegar a cuestionamientos en torno al carácter heredable de los fondos en las cuentas individuales de ahorro previsional. Su prominente rol en el debate público da

1 Profesor de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. LL.M. Columbia University (2007), S.J.D. University of Arizona 2014, correo electrónico matias.guiloff@udp.cl.

2 Profesora de Derecho, Universidad Austral de Chile, Puerto Montt, Chile. Doctora en Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2018), correo electrónico viviana.poncedeleon@uach.cl.

cuenta de una especial valoración de este derecho y de los temores que despierta la posibilidad de que cambien las reglas que delinean sus contornos. No en balde un famoso jurista italiano se refería a él como “el terrible derecho”³, en tanto que otros aluden al “mito de la propiedad”⁴.

En este contexto, en las líneas que siguen analizamos las diferencias entre el texto de la Constitución de 1980 y de la propuesta de nueva Constitución formulada por la Convención Constitucional. En concreto, nuestro análisis se dividirá en tres secciones. En la primera de ellas, examinamos el modo en que cada uno de dichos textos define los objetos que son susceptibles del derecho de propiedad y las implicancias prácticas de esa definición. En la segunda sección, estudiamos el alcance de la atribución del legislador para regular el derecho de propiedad en cada texto, a la luz de la noción de la función social (y ecológica, en su caso) del derecho de propiedad. Destinamos la tercera sección, por último, al tratamiento de la privación de la propiedad a través de su expropiación, en ambos textos. Además de estas tres secciones, las conclusiones de rigor se incorporan al cierre de este trabajo.

Más generalmente, este análisis tiene por objeto identificar las potenciales fortalezas y debilidades que habría presentado la propuesta, de haber sido aprobada, en contraste con la Constitución vigente, en términos de su interpretación e implementación. La principal conclusión que resulta de este ejercicio de contrastación es que la regulación del derecho de propiedad en la Constitución de 1980 es tan robusta y sobreprotectora, que cualquier otra alternativa de regulación es vista como un debilitamiento de sus garantías, aun cuando responda a estándares comparados y sea idónea para alcanzar un mejor equilibrio entre la protección del derecho de propiedad y la protección de otros derechos fundamentales. En este sentido, los resultados de nuestro trabajo pueden ser de utilidad en el marco de la discusión sobre el derecho de propiedad en un futuro proceso constituyente⁵ y contribuir a extraer lecciones de la propuesta rechazada. Pero, además, estos resultados ayudan a develar cuán profundamente ciertas formas de comprender el derecho de propiedad han calado en el imaginario colectivo y cuán difícil es para un texto jurídico—aun cuando se trate del texto constitucional—modificar esas comprensiones.

3 Rodota, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, (Civitas), 1986.

4 Murphy, Liam y Nagel, Thomas, *The myth of ownership. Taxes and justice*, (Oxford University Press), 2002.

5 A la fecha de elaboración de este trabajo líderes de los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional se encuentran discutiendo diversas fórmulas para dar continuidad al proceso constituyente, pero no hay ningún acuerdo concreto respecto de plazos, procedimientos u órganos competentes al efecto.

2. Los objetos del derecho de propiedad

Cuando hablamos de los bienes que pueden ser objeto del derecho de propiedad nos referimos a aquellas cosas respecto de las cuales una persona puede llamarse dueña y, en tal calidad, ejercer las facultades que son propias de este derecho. Identificar estos bienes es relevante porque la propiedad se encuentra sujeta a un estatuto constitucional especial, que incluye la reserva legal de su regulación y una serie de garantías frente a la expropiación. En este apartado nos referiremos a la regulación de los objetos del derecho de propiedad en la Constitución de 1980, poniendo especial énfasis en los problemas prácticos a que dio lugar esa regulación. Luego, analizaremos la regulación de los objetos del derecho de propiedad en la propuesta de nueva Constitución y discutiremos su potencial para contrarrestar los problemas antes aludidos.

La Constitución de 1980 contiene dos disposiciones relativas a los objetos del derecho de propiedad. La primera de ellas es el art. 19 N° 24 inc. 1°, que asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies “sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”. A su vez, de acuerdo con el Código Civil, las cosas corporales “son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro” (art. 576 inc. 1°), en tanto que las cosas incorporeales “consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas” (art. 576 inc. 2°). Los bienes corporales, por lo tanto, son cosas físicamente aprehensibles y constituyen el objeto paradigmático del derecho de propiedad. En cambio, los bienes incorporeales, son cosas que tienen una existencia ideal o intelectual, pues carecen de materialidad.

Aunque es común que en la práctica comparada la cobertura del derecho de propiedad se extienda a bienes de este tipo⁶, referencias explícitas a los bienes incorporeales no se encuentran en ningún otro texto constitucional en el mundo ni en ningún tratado internacional de derechos humanos. Desde esta perspectiva, la mención a esta categoría de bienes representa un rasgo único de la Constitución de 1980, inédito en el constitucionalismo comparado. Tal como se registró en las actas de la Comisión Ortúzar, el propósito deliberado de su incorporación fue dar protección a “cualquier tipo de beneficio patrimonial”⁷, pese a que no pudiera encuadrarse en el concepto técnico de propiedad. Esta pretensión resultó ampliamente exitosa, toda vez que a partir de la alusión a los bienes incorporeales

6 Para un análisis comparativo, ver Van der Walt, A.J., *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis*, (Kluwer Law International), 1999.

7 Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesiones 150ª y 155ª, 4 de septiembre y 2 de octubre de 1975.

los tribunales nacionales han entendido que puede existir propiedad sobre derechos que emanan de contratos de suministro de servicios básicos, concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, la calidad de alumno regular, cargos públicos y hasta el recorrido de taxis colectivos, entre otros⁸. De esta forma, se constitucio-
nalizó una concepción expansiva⁹ e “inflacionaria” del derecho de propiedad¹⁰, en
línea con un ideario neoliberal. A este fenómeno se le conoció como “vulgariza-
ción del derecho de propiedad” o “propietarización de los derechos”¹¹.

La segunda disposición relativa a los objetos del derecho de propiedad es el art. 19 N° 23 inc. 1°, que asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, son bienes difícilmente aprehensibles, como el aire o la alta mar y que, por lo tanto, no admiten usos privativos. En cambio, los bienes que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así, son bienes que en principio sí admiten usos privativos, pero quedan excluidos del dominio privado por estar afectos a un uso o servicio público, como las aguas, las playas, la energía geotérmica y otros bienes nacionales de uso público.

No obstante esta declaración de inapropiabilidad, los bienes nacionales de uso público son susceptibles de aprovechamiento privativo mediante títulos de diversa naturaleza, como autorizaciones, permisos, licencias y concesiones. Tal aprovechamiento, en sí mismo, no es problemático. Lo que sí resulta problemático que sobre esos títulos se reconozca un derecho de propiedad y que no se fijen condiciones para su otorgamiento y vigencia. Para ilustrar este punto, el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas resulta particularmente esclarecedor. Respecto de ellos, la Constitución de 1980 establece que “[l]os derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos” (art. 19 N° 24 inc. 11). A falta de una disposición constitucional expresa sobre el particular, ha sido posible

8 Aldunate, Eduardo y Fuentes, Jessica, “El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 1997, pp. 200-202.

9 Guiloff Titun, Matías, “La propiedad y la tensión entre cambio y estabilidad: reflexiones para una constitución sustentable”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 249, (Universidad de Concepción), 2012, pp. 294-304.

10 Guzmán, Alejandro, *Las cosas incorporales en la Doctrina y en el Derecho positivo* (Editorial Jurídica de Chile), 2006, pp. 99-103

11 Vergara, Alejandro, “La propietarización de los derechos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 1991-1992, pp. 281-291.

mantener por décadas un sistema de asignación gratuita, perpetua e ilimitada de derechos de aprovechamiento de aguas, que además eran libremente transferibles y transmisibles.

Así las cosas, el efecto práctico del reconocimiento de un derecho de propiedad incondicionado sobre los títulos de aprovechamiento es que quien lo detenta termina actuando como si fuera propietario del bien en cuestión. Por consiguiente, la inapropiabilidad de los bienes nacionales de uso público termina siendo más aparente que real y esta categoría se revela a sí misma como insuficiente para asegurar el efectivo carácter público de ciertos bienes.

Para hacer frente a los problemas apuntados, la propuesta de nueva Constitución introducía una variación en la formulación de la cláusula de la propiedad. Así, en el art. 78.1 de la propuesta se establecía que “[t]oda 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”. Con este enunciado, la propuesta parecía fusionar el contenido de los derechos que se encontraban consagrados en el N° 23 inc. 1° y el N° 24 inc. 1° del art. 19 de la Constitución de 1980. Pero, pese a estas evidentes semejanzas, había algunas significativas diferencias entre ambos textos.

Una de las principales diferencias radicaba en que en la propuesta no había una referencia expresa a los bienes corporales e incorporeales, como sí la hay en la Constitución de 1980. ¿Podría haberse interpretado tal omisión como una exclusión de los bienes incorporeales de la cobertura del derecho de propiedad? A nuestro juicio, la respuesta es negativa y hay al menos dos argumentos que permitían sustentar esa conclusión. En primer lugar, la propuesta señalaba que se aseguraba este derecho “sobre toda clase de bienes” y las excepciones que enunciaba no incluían a los bienes incorporeales. En segundo lugar, cabe recordar que la propuesta de la Comisión de Derechos Fundamentales originalmente sometida a la aprobación del Pleno señalaba que “[l]os bienes incorporeales sólo están amparados por este derecho cuando lo determine expresamente la ley”, de modo que su rechazo no podía sino significar que los bienes incorporeales estaban amparados por este derecho, como regla general.

Ahora bien, si la propuesta de nueva Constitución aseguraba el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, incluyendo los bienes corporales e incorporeales, cabría preguntarse cuál era la razón para no mencionarlo así expresamente. Respecto de este punto, el exconvencional Matías Orellana señaló que “no existe ninguna Constitución en el mundo que reconozca de forma expresa la propiedad

sobre bienes incorporeales. Es decir, no existe país que le entregue valor económico a los derechos de las personas los que en esencia no lo tienen y eso es precisamente lo que ocurre con la Constitución chilena actual”¹². Mantener el reconocimiento expreso a esa forma de propiedad, en su opinión, “implica perpetuar la extrema y a veces descarnada lógica mercantilista del sistema”¹³.

Con todo, aun cuando se pueda simpatizar con estas aspiraciones, es dudoso que el silencio de la propuesta por sí solo hubiera sido suficiente para revertir las lógicas que se han asentado por décadas en la práctica jurídica. De hecho, las reiteradas críticas académicas en torno a la comprensión de la propiedad sobre los bienes incorporeales¹⁴ no parecen haber tenido mayor impacto en la jurisprudencia¹⁵. En este sentido, el problema de la propietarización de los derechos y de la sobreprotección de la propiedad sobre bienes incorporeales parecen obedecer más bien a factores culturales, más que estrictamente jurídicos. Así las cosas, el impacto de la propuesta en este aspecto quizás habría sido más modesto. Ella habría posibilitado la apertura a nuevos marcos teóricos para conceptualizar las cosas que tradicionalmente se han entendido como pertenecientes a la categoría de los bienes incorporeales, pero sin la carga ideológica que se asigna a la misma.

Otra diferencia relevante se encontraba en la definición de los bienes que no son susceptibles de dominio. Al efecto, la propuesta introdujo la noción de bienes comunes naturales, entendidos como “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 futuras” (art. 134.1). Bajo esta categoría se incluían “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” (art. 134.2). A su vez, entre ellos, tenían el carácter de inapropiables “el agua en todos sus estados, el aire, el mar territorial y

12 LaTercera.com, Constituyentes presentan 83 indicaciones a norma sobre derecho a propiedad, las que se votarán esta semana, 21 de febrero de 2022.

13 LaTercera.com, Constituyentes presentan 83 indicaciones a norma sobre derecho a propiedad, las que se votarán esta semana, 21 de febrero de 2022.

14 Aldunate, Eduardo y Fuentes, Jessica, “El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 1997, pp. 195-221; Guzmán, Alejandro, *Las cosas incorporeales en la Doctrina y en el Derecho positivo*, (Editorial Jurídica de Chile), 2006, pp. 99-103; Fuentes, Jessica, “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVIII, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2012, pp. 543-571.

15 Guerrero, José, *La Constitución económica chilena*, (DER Ediciones), 2020, p. 318.

las playas, los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución o las leyes declaren como tales” (art. 134.3).

Hasta este punto, no había mayor diferencia con el texto de la Constitución de 1980. Efectivamente, ella ya exceptúa de la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes a aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así (art. 19 N° 23 inc. 1°).

La verdadera innovación se hallaba en el estatuto de las autorizaciones administrativas para el uso de bienes comunes inapropiables. Al respecto, la propuesta señalaba que, si bien el Estado podía otorgar tales autorizaciones, estas debían someterse a una serie de limitaciones. Algunas de esas limitaciones decían relación con las condiciones de otorgamiento de la autorización: “conforme a la ley, de manera temporal, sujetas 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” (art. 134.5). Adicionalmente, se puntualizaba que “[e]stas autorizaciones, ya sean individuales o colectivas, no generan derechos de propiedad” (art. 134.5). Esta misma idea era reforzada luego a propósito de las autorizaciones de uso de agua, en cuanto la propuesta disponía que “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” (art. 142).

Es incierto si estas disposiciones habrían sido capaces de impedir la privatización de facto de las aguas y, eventualmente, de otros bienes nacionales de uso público. En principio, su tenor literal parecía despejar cualquier duda respecto del carácter inapropiable tanto de estos bienes como de sus títulos de aprovechamiento y, en ese sentido, la propuesta parecía en abstracto ser adecuada para dar respuesta a los problemas que se han planteado bajo la vigencia de la Constitución de 1980. Sin embargo, en términos prácticos, el reconocimiento constitucional de la apropiabilidad de ciertas clases de bienes es solo uno de varios posibles dispositivos de propietarización. Múltiples teorías pueden conducir a una protección de intereses patrimoniales tan intensa como la que ofrece el derecho de propiedad. En consecuencia, el verdadero desafío de la propuesta de nueva Constitución no era meramente normativo, sino cultural.

Una muestra de estos desafíos culturales puede hallarse en las reacciones que generó la sola circunstancia de que la propuesta de nueva Constitución no señalara expresamente que el derecho de propiedad podía recaer sobre bienes corporales e incorporeales. El silencio de la propuesta en este punto ha sido fuertemente

exagerado, al punto que se ha señalado que equivale al fin de la propiedad sobre los bienes incorpóreos¹⁶ y que se afectaría la certeza jurídica en la contratación con el Estado¹⁷. Tras afirmaciones de este tipo se encuentra la idea de que la única posible técnica jurídica para dar garantías de no arbitrariedad y certeza frente a la acción del Estado es la propiedad. Por otro lado, a ellas subyace una total desatención a los problemas jurídicos y sociales que ha conllevado la propietarización en términos absolutos de ciertos derechos, como por ejemplo, de los derechos de aprovechamiento de aguas.

3. La regulación del derecho de propiedad

Tal como se indicó en la sección anterior, aquellos bienes que son objeto del derecho de propiedad privada son susceptibles de regulación. Son varias las justificaciones que se pueden ofrecer para esta intervención gubernamental; por una parte, esa primera decisión estatal consistente en considerar un bien como susceptible de ser objeto de este derecho puede entrar en contradicción con la realidad o bien, si ese no es el caso, puede ser necesario introducir ajustes al marco legal que la estableció. Esta regulación, con todo, debe ser acometida primordialmente por parte del legislador y, además, debe fundarse en un título preciso: la función social de la propiedad. En concordancia con lo realizado en la sección anterior, en esta describiremos el tratamiento de la regulación del Derecho de propiedad privada en la Constitución de 1980, enfatizando los problemas prácticos que dio a lugar su aplicación. Posteriormente, hacemos lo propio con el establecido en la propuesta de nueva Constitución, analizando su idoneidad para hacerse cargo de estos.

La Constitución de 1980 contiene lineamientos bien precisos para la regulación del derecho de propiedad privada. En efecto, ella no solo indica quién puede efectuarla (el legislador) sino que también especifica detalladamente el motivo que se debe invocar para ello (la función social de la propiedad). Aunque sin el nivel de detalle en cuanto a la regulación de este último aspecto, estas precisiones suelen encontrarse en las constituciones europeas-continenciales elaboradas durante el siglo 20 (por ejemplo, Alemania y España)¹⁸. No sucede lo propio, sin

16 Rojas, Mauricio y Fermandois, Arturo, “Dos discursos sobre el derecho de propiedad y el desarrollo”, en Serie Informe Legislativo, N° 69, (Libertad y Desarrollo), 2022, p. 6.

17 Rojas, Mauricio y Fermandois, Arturo, “Dos discursos sobre el derecho de propiedad y el desarrollo”, en Serie Informe Legislativo, N° 69, (Libertad y Desarrollo), 2022, p. 17.

18 En lo que respecta a la regulación del derecho de propiedad y a la función social de esta, el artículo 14 de la Constitución Alemana establece: “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al

embargo, en la Constitución de Estados Unidos, la que nada indica respecto a la posibilidad de regular o configurar la propiedad, limitándose a señalar que ella no puede ser objeto de privación sin compensación¹⁹. Como veremos, esto último es relevante porque permite poner en planos conceptuales diversos las limitaciones que se imponen al regular la propiedad y su expropiación.

Por ahora, cabe centrarse en lo que concierne a la primera de las garantías que la Constitución de 1980 contempla para la regulación de la propiedad: la reserva de ley. Se trata de una de carácter formal, destinada a asegurar que el establecimiento, configuración y delimitación del derecho de propiedad privada sea realizado por el legislador. Siguiendo los términos previstos en el artículo 19 N° 24 inciso 2 de la Constitución de 1980, esta reserva se extiende al “modo de adquirir la propiedad”, así como a su uso, goce y disposición y a las limitaciones y obligaciones derivadas de su función social”. Lo anterior devela que se trata de una reserva de contornos amplios, que abarcan la adquisición de la propiedad, el establecimiento del alcance de sus facultades para el objeto de que se trate, así como el de limitaciones.

Durante los primeros años desde el retorno de la democracia, se produjo un debate en la jurisprudencia constitucional en torno a qué exactamente implicaba que la regulación de la propiedad fuera objeto de reserva legal. Inicialmente, el tribunal constitucional consideró que ella impedía cualquier tipo de intervención reglamentaria en la regulación del derecho de propiedad privada²⁰. Luego, estimó procedente la participación del reglamento en ella, siempre y cuando este se ajustara a ciertos parámetros o tests que se fueron estableciendo²¹. Aun cuando los contornos exactos de esta reserva no se encuentran para nada claros, considerando el momento y la recurrencia con que se dieron, estas disputas parecen deberse más bien a la naturaleza política de las y los legitimados activos para la impugnación de Decretos Supremos (cualquiera de las cámaras o una cuarta parte de sus miembros). En efecto, como el Reglamento puede emanar de un gobierno proveniente de una coalición política antagónica, estas impugnaciones resultan particularmente atractivas para lograr el propósito de confinar el ámbito

bien común.”. Por su parte, el artículo 33 de la Constitución española dispone: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

19 La quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos dispone: “La propiedad privada no podrá ser destinada a un uso público sin que se pague una compensación”.

20 Ver Tribunal Constitucional, Rol 146-92, 21-10-1992, C° 18; Tribunal Constitucional, Rol 185-94, 28-02-1994, C° 12.

21 Ver Tribunal Constitucional, Rol No 253-97, 15-04-1997, C° 9.

de competencias normativas de la administración de turno. Consecuentemente, si se pretende reducir o evitar estas disputas, los esfuerzos deben centrarse en la regulación de las atribuciones del tribunal constitucional, y no es una reformulación o precisión de lo que exige esta reserva, pues resulta muy difícil formalizar de antemano y a nivel general la exacta densidad normativa (o el nivel de especificidad de las normas) con la que el legislador tiene que regular una materia (para este caso el derecho de propiedad privada).

Si bien la redacción no era exactamente análoga, la consagración de la reserva de ley en materia de derecho de propiedad privada en la propuesta de nueva constitución no tenía mayores diferencias sustantivas con la prevista en la de 1980. Efectivamente, tal como sucede en esta última, la reserva prevista en el texto aprobado por la Convención abarcaba la adquisición, contenido y limitación de la propiedad²². Las diferencias, de carácter meramente formal, se refieren a los siguientes aspectos. En primer término, y tratándose del ámbito de esta reserva, la propuesta usa un término genérico (contenido), en vez de especificar las facultades que lo componen (uso, goce y disposición). Contrariamente a lo que podría estimarse, en comparación con la Constitución de 1980, esta indeterminación no necesariamente reducía el ámbito de aplicación de esta reserva. Si bien se podría llegar a esa conclusión, por la falta de mención explícita de las facultades de uso, goce y disposición, también es plausible plantear que esta reserva abarca aspectos del contenido del derecho de propiedad distintos a las facultades anteriormente nombradas. Se trata de una determinación que habría correspondido adoptar en sede de impugnación.

Siguiendo con el análisis comparativo de los textos de ambas constituciones en lo que respecta a la reserva de ley en materia de propiedad, cabe anotar que una segunda diferencia radicaba en el uso de los términos límites y deberes en el texto aprobado, en vez de la referencia a limitaciones y obligaciones contenida en el de 1980. Se trataba de una modificación meramente terminológica, sobre la cual no cabe ahondar. Finalmente, la tercera modificación consistía en la articulación de la función social y ecológica en el nuevo texto constitucional. Aun cuando esta es efectivamente una materia objeto de la reserva legal bajo análisis, al tratarse de otra exigencia sustantiva que se debe satisfacer cada vez que el legislador acomete la regulación de la propiedad, será analizada separadamente a continuación.

Previo a ello, sin embargo, cabe enfatizar que el proyecto de nueva Constitución, en el artículo 381 letra g, le otorgaba a la Corte Constitucional la facultad de pronunciarse sobre conflictos de competencias precisos, siendo uno de ellos aquel

22 Sobre este respecto el artículo 78.2 establecía: “Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica”.

que pueda generarse entre órganos del Estado. Considerando que dentro de esa categoría cabían tanto el Congreso como el Ejecutivo, no era imposible que el primero planteara la existencia de uno de estos conflictos cuando el segundo dictara un reglamento de ejecución que abordara aspectos de la regulación básica de una materia. Con todo, exactamente cuán probable ello fuera habría dependido de cómo la ley configurara la legitimación activa para solicitar el pronunciamiento de la Corte. De esta manera si, tal como sucede con la Constitución de 1980, solo se hubiera exigido un quorum de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de una cámara habría sido más probable que estos conflictos se plantearan de manera más recurrente. No obstante, y por el otro lado, la Corte también habría podido estimar que carece de atribuciones para pronunciarse acerca de estos conflictos, considerando que su conocimiento habría correspondido en realidad a los tribunales administrativos, aunque esto también dependiera en buena medida de la forma en que la ley regulara las competencias y exigencias para comparecer ante estos órganos.

Establecido lo anterior, cabe centrarse, ahora sí, en la regulación de la función social de la propiedad. Dos son las cuestiones que saltan a la vista inmediatamente cuando se compara su tratamiento en la propuesta de nueva Constitución con la contenida en la de 1980: la eliminación de la referencia explícita a los elementos que comprende y el establecimiento de una función ecológica de la propiedad. En relación con la primera, cabe señalar que esta consagración de la función social en términos amplios es precisamente lo que se contempla en países de la tradición europea continental, como Alemania y España. Pero, además de lo anterior, cabe considerar un segundo fundamento que explica la modificación realizada. Este se refiere a que, aun cuando del establecimiento de estos elementos no se seguía que ellos se comportaban como supuestos que hacían procedente la invocación de esta función, alguna doctrina²³ y jurisprudencia²⁴ los interpretó de esa manera. Pese a que esto no fue permanente, generó de igual forma la posibilidad de argumentar dentro del proceso legislativo que una limitación no se encontraba cubierta por esta función social exhaustivamente regulada y tipificada.

En una Constitución que permite el control preventivo a requerimiento de parlamentarios (opositores a los proyectos de ley), como la de 1980, ello deja a la discreción del Tribunal Constitucional la procedencia de la aplicación de esta función para

23 Evans, Enrique, *Los Derechos Constitucionales Tomo II*, (Editorial Jurídica de Chile), 2004, p. 378.

24 En efecto, conociendo de requerimientos de inconstitucionalidad en contra de proyectos de ley, la jurisprudencia inicial del tribunal constitucional así los entendió, ver Ver Tribunal Constitucional, Rol 207-95, 10 de febrero de 1995, C° 61; Tribunal Constitucional, Rol 334-01, 21 de agosto de 2001, C° 21º.

una limitación en concreto, pudiendo incidir sobre el alcance de esta. Ello cambia radicalmente con la consagración de una función social en términos genéricos, en la medida que ya no resulta posible contrastar el supuesto para el que se aplica con alguno de los previstos específicamente en el texto constitucional. Esto último, a su vez, permite comprender la relevancia del establecimiento de una función ecológica de la propiedad. Uno de los elementos de la función social establecidos por la Constitución de 1980 es “la conservación del patrimonio ambiental”. Cuán efectiva pueda ser esta formulación para proteger el medio ambiente depende en buena medida de cómo se interpreten términos cruciales contemplados en ella, tales como “conservación” y “patrimonio ambiental”, decisión que en definitiva es adoptada por aquel a quien le correspondiera calificar si una determinada limitación se encuentra amparada por este elemento o no. De esta forma, al establecer en términos amplios que, además de la social, la propiedad también tiene una función ecológica, la propuesta de nueva Constitución, en comparación con la de 1980, otorgaba un mayor margen para que el legislador pudiera establecer limitaciones a la propiedad fundadas en consideraciones ambientales.

En forma adicional a estas dos, existía una última innovación, relativa al tratamiento de la expropiación, que resultaba de suma relevancia para el alcance la función social y ecológica: la eliminación de la privación de facultades y atributos esenciales como causal de expropiación. Para entender la vinculación entre este supuesto de procedencia del instituto expropiatorio y la función social de la propiedad, es necesario dar cuenta de lo que se efectúa cuando se regula la propiedad. Esto no es otra cosa que delimitar la extensión de las facultades de uso, goce y disposición del bien que detenta todo propietario²⁵. De lo que se ha dicho hasta ahora, no se sigue que una regulación de la propiedad pueda implicar una de estas privaciones. Ello solo puede ser concebible en la medida que se asuma la existencia de un continuo conceptual entre regulación y expropiación, de forma tal que cuando los efectos de las primeras llegan a ser demasiado intensos (o en términos de la Constitución de 1980, constitutivos de una privación de facultades, incluso parcial), devienen en las segundas²⁶. Aun cuando este planteamiento, conocido como la expropiación regulatoria, es sumamente discutible desde el punto

25 Aldunate, Eduardo, “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 2, 2006, p. 288.

26 Aldunate, Eduardo, “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2006, p. 294.

de vista dogmático²⁷, ha sido adoptado en no pocos fallos del Tribunal Constitucional chileno y de la Corte Suprema de Estados Unidos (durante los últimos 35 años)²⁸. De esta manera, al eliminar este supuesto se reducía considerablemente la posibilidad de que el legislador y las cortes endosaran una concepción limitada de la función social, consistente en que esta solo autoriza a establecer regulaciones y limitaciones que no lleguen a implicar privaciones, incluso parciales, del derecho de propiedad privada.

Este fue uno de los aspectos de la propuesta de regulación del derecho de propiedad que menos reacciones negativas generó, en comparación con los aspectos restantes. Una posible explicación para este fenómeno podría ser que el tratamiento de la función social de la propiedad en la propuesta no implicaba ninguna innovación sustancial respecto de la Constitución de 1980. En efecto, aunque el último no emplea la precisa terminología de “función ecológica de la propiedad”, de alguna manera involucraba una consideración similar –según lo explicamos más arriba– al incluir la “conservación del patrimonio ambiental” entre los elementos en que se concreta la función social de la propiedad. Por lo demás, salvo por ciertas posturas doctrinarias muy aisladas²⁹, el reconocimiento constitucional mismo de la función social del derecho de propiedad no ha generado mayores cuestionamientos ni controversias.

4. La privación del derecho de propiedad

Además de regular el derecho de propiedad privada, modificando sus facultades y atributos, el gobierno también puede privar a su titular de este, a través de un mecanismo denominado expropiación. Este consiste en la adquisición

27 Existen trabajos a favor y en contra de su aplicación en Chile. Tratándose de los primeros, ver en general Fermandois, Arturo, “Inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales”, en Sentencias Destacadas, (Libertad y Desarrollo), 2004, pp. 34-44; Delaveau, Rodrigo, “La expropiación regulatoria en la experiencia norteamericana”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2006, pp. 411-438; Matute, Claudio, *Expropiaciones regulatorias. Aplicabilidad al caso chileno*, (Legal Publishing), 2014. Para los segundos ver Quezada, Flavio, *El Derecho de propiedad en la Constitución chilena: Un intento de sistematización*, Memoria de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile 2011, pp. 85-88 y Guiloff, Matías, “La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”, en Ius et Praxis, vol. 24, N°2, (Universidad de Talca), 2018, pp. 621-648.

28 Fermandois, por ejemplo, califica a la función social como contradictoria, innecesaria e incompatible con el propósito de robustecer el derecho de propiedad que inspiró a la Constitución de 1980. Ver Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico Tomo II: Regulación, Tributos y Propiedad*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2010, pp. 301-317.

29 Fermandois, por ejemplo, califica a la función social como contradictoria, innecesaria e incompatible con el propósito de robustecer el derecho de propiedad que inspiró a la Constitución de 1980. Ver Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico Tomo II: Regulación, Tributos y Propiedad*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2010, pp. 301-317.

de un derecho de propiedad por parte del gobierno mediante el pago de una indemnización. Se trata de uno de antigua data, contemplado incluso en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, además de la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Con todo, las diversas constituciones lo consagran de distintas maneras y, dentro de esta diversidad, la Constitución de 1980 lo plasma de una manera particularmente singular, con un extremo nivel de detalle, en lo concerniente al monto, forma y oportunidad de pago de la indemnización. Como veremos, el proyecto de nueva Constitución intentó morigerar tal nivel de especificidad para varios de los aspectos anteriormente mencionados.

Analicemos primero lo correspondiente al monto. De acuerdo con la Constitución de 1980, este es el equivalente al daño efectivamente causado. Dado que el citado texto legal no ofrece una definición de este concepto, ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que han entregado definiciones más precisas. La primera de ellas es que este corresponde al valor de mercado del bien expropiado, pues es en este dónde el afectado puede encontrar un bien equivalente³⁰. Adicionalmente, la doctrina se encuentra conteste en que este monto no puede ir más allá de este daño porque, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento sin causa por parte del afectado³¹. En cuanto al contenido de este daño, si bien hay consenso en que no abarca los perjuicios de carácter moral, la jurisprudencia de la Corte Suprema es inconsistente en cuanto a si, además del daño emergente, comprende también el lucro cesante³².

Luego, tratándose del pago, corresponde analizar primeramente la regulación de la oportunidad en que corresponde efectuarlo. Tal como lo hace en lo relativo al monto, la Constitución de 1980 no escatima en detalles sobre este aspecto. Establece, específicamente, que este debe hacerse en forma previa a la toma de posesión del bien. La consagración de esta exigencia es una respuesta

30 Mendoza, Ramiro, *La potestad expropiatoria en la Constitución de 1980, en 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, (Editorial Jurídica Conosur), 2001, p. 396. El Tribunal Constitucional chileno también se ha pronunciado en ese sentido en Tribunal Constitucional, Rol 1204-2008, 28-05-2009, C° 20.

31 Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2004, p. 549; Mendoza, Ramiro, "La potestad expropiatoria en la Constitución de 1980", en *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*, (Editorial Jurídica Conosur), 2001, p. 395; Evans, Enrique, *Los derechos constitucionales, Tomo III*, 2a Edición actualizada, (Editorial Jurídica de Chile), 1999, p. 375.

32 Inicialmente, la jurisprudencia se inclinó por rechazar que la indemnización también comprendiera el lucro cesante, postura que se ha revertido en fallos recientes, ver Ponce, Patricio, "Daño material por expropiación, más allá del costo de reposición del bien expropiado. Comentario al caso Inmobiliaria Alameda S.A. con Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano, Corte Suprema, 2020", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 35, (Fundación Fernando Fueyo), 2020, p.232.

a una serie de regulaciones que se establecieron en las sucesivas leyes de reforma agraria dictadas durante la década de los sesenta, que permitieron, siempre que se cumplieran algunas condiciones, la toma de posesión anticipada, aunque sujeta a la aprobación del juez³³.

Similar aproximación es la que se aprecia en la regulación de la forma de pago en la Constitución de 1980, aunque la técnica que se utiliza para ello es distinta. En efecto, en vez de establecer una forma de pago precisa, indica que, a falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo y al contado. Vale decir, aun cuando la Constitución no excluye que el pago se efectúe mediante cuotas, al hacer depender esto de la voluntad del afectado, establece un incentivo para hacerlo improbable. Tal como sucede con la regulación constitucional concerniente a la oportunidad de pago, la relativa a la forma también es una respuesta a las leyes de reforma agraria, en particular a la posibilidad que estas otorgaban, para ciertos casos, de indemnizar a plazo y en cuotas³⁴.

Otro aspecto que es objeto de regulación en el propio texto de la Constitución de 1980, aunque de manera no tan detallada como los anteriores, es la impugnación del acto expropiatorio. Si bien no es posible que el gobierno efectúe una expropiación sin una autorización legal para ello, esta se traduce en la atribución de una potestad que posteriormente es implementada por el gobierno, en cumplimiento de la causa y para los supuestos precisos establecidos por el legislador, mediante la dictación de un acto administrativo. Es precisamente la legalidad de este la que eventualmente puede ser objeto de la reclamación bajo análisis. Conforme a la Constitución de 1980, la interposición de ella para impugnar la procedencia de la expropiación permite al juez incluso suspender la toma de posesión del bien.

De esta manera, queda en evidencia que la regulación de la expropiación contenida en la Constitución de 1980 es indudablemente detallada. Este rasgo presenta un marcado contraste con otras Constituciones, que se limitan a garantizar que nadie podrá ser privado de su propiedad sin indemnización, dejando a la ley el detalle del monto, forma y oportunidad de pago o bien junto con establecer dicha garantía, establecen orientaciones, aunque de carácter general, para la determinación del monto de la indemnización. Dentro de las primeras,

33 Guilloff, Matías y Salgado, Constanza, “Derecho de propiedad”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, (Tirant Lo Blanch), 2021, p. 524.

34 El artículo 33 inciso 3 de la Constitución española preceptúa: “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”.

fuera del caso de la Constitución federal de Estados Unidos, a cuyo texto se hizo referencia al inicio de la sección relativa a la regulación del derecho de propiedad, puede mencionarse también el de España³⁵. En tanto, la segunda es la aproximación utilizada por las Constituciones de Alemania, Sudáfrica y Colombia³⁶. Tratándose de la regulación de la forma y oportunidad de pago, existen algunas constituciones que, tal como la chilena, abordan explícitamente la segunda, indicando que ella debe hacerse en forma previa a la toma de posesión del bien³⁷. Por último, y tratándose de la impugnación judicial, como se puede apreciar en los textos de las disposiciones transcritas al pie de página, aun cuando existen Constituciones que no hacen referencia a ella, como es el caso de la federal de Estados Unidos, española y argentina, hay otras, como la alemana, que también la establecen.

De esta manera, puede apreciarse que, en comparación con otras, la Constitución chilena contiene una regulación bastante más detallada de la expropiación, que abarca varios de sus aspectos. Podría considerarse que este nivel de especificidad regulatoria es positivo, porque garantiza adecuadamente un uso racional de la potestad expropiatoria. Sin embargo, existen buenas razones para afirmar más bien lo contrario, es decir, que tan detallada consagración puede incidir en que este mecanismo no se use todas las veces que sea necesario. Estas se refieren a la característica central de la normativa constitucional y a los fundamentos de la expropiación.

En lo concerniente a la primera, como se sabe las normas constitucionales son más rígidas, y por ende más difíciles de modificar, que las simplemente legales. Esto, en general, es problemático porque incluso estas últimas suelen quedar desfasadas ante la realidad que intentan regular. Ello hace aconsejable que, en aquellas fuentes

35 El artículo 33 inciso 3 de la Constitución española preceptúa: “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”.

36 El artículo 14 inciso 3 de la Constitución alemana indica: “La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios”. En tanto, el artículo 25 inciso 3 de la Constitución Sudafricana establece, en lo pertinente: “El importe de la compensación y el tiempo y la manera el pago deben ser justos y equitativos, reflejando un balance equitativo entre e interés público y los intereses de esos afectados, teniendo en consideración todas las circunstancias relevantes...”. En tanto, el artículo 58 inciso 5 de la Constitución colombiana señala, en lo pertinente: “El importe de la compensación y el tiempo y la manera el pago deben ser justos y equitativos, reflejando un equipo equitativo entre e interés público y los intereses de esos afectados, teniendo en consideración todas las circunstancias relevantes”.

37 El artículo 17 inciso 2 de la Constitución Argentina dispone: “La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

legales de mayor jerarquía, o más rígidas, se contengan orientaciones generales, dejando la regulación detallada para aquellas inferiores, como las leyes o incluso los reglamentos³⁸. De esta forma, cuando los aspectos específicos de la configuración de una institución se regulan en la Constitución, como precisamente lo hace la Constitución chilena con la expropiación, este desfase en la intervención estatal presumiblemente se acentúa. Es por ello que, si bien una buena parte de los países establecen una serie de garantías para sujetar a suficientes contrapesos su ejercicio, estos suelen encontrarse en normas de rango legal y no en aquellas de jerarquía constitucional.

Tratándose de la segunda, y tal como da cuenta la literatura, el fundamento de la expropiación no es otro que reducir costos de transacción³⁹. ¿De qué transacción se trata en este caso? De aquella que se debe generar entre el Estado y la persona propietaria del bien que se requiere expropiar. En efecto, a falta de la potestad expropiatoria, esta adquisición estatal de un bien tendría que regirse por las reglas generales en materia de compraventa, y sería necesario por tanto que la parte vendedora consintiera en efectuar la transacción. Dado que las necesidades públicas deben satisfacerse de manera continua y permanente, y como muy probablemente esta parte dilataría su asentimiento hasta el momento que se le ofreciera el precio por el que quiere vender, se requiere que el Estado pueda forzar la venta del bien, cuestión que es precisamente lo que hace mediante el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Ahora bien, habiendo llegado a este punto, es importante considerar que aun cuando el Estado puede forzar la venta de un bien, solo podría hacerlo si satisface las exigencias constitucionales y legales que rigen el uso de esta potestad. Tratándose de aquellas que rigen en Chile, como hemos visto a nivel constitucional, una de ellas se refiere al monto de la indemnización, estableciendo que ella comprende el “daño efectivamente causado”. Esto conlleva que para usar la potestad expropiatoria el Estado debe contar con una cantidad de dinero equivalente al valor de mercado del bien expropiado, el que, además, salvo en el muy improbable caso que la persona expropiada acceda a otra modalidad, deberá enterar en efectivo y al contado. De esta manera, en Chile a nivel constitucional se establece un

38 Es lo que sucede con la Constitución sudafricana, cuyo texto lista algunas de las “circunstancias relevantes” que han de tenerse en cuenta para articular el balance equilibrado que demanda entre intereses públicos y privados al fijar el monto de la indemnización, siendo ellas de carácter general, por ejemplo, solo por nombrar algunas, el uso habitual de los bienes, la historia de la adquisición y uso del bien y el propio valor de mercado. Ver artículo 25 sección tercera de la Constitución sudafricana.

39 Merrill, Thomas, “The economics of Public Us”, en *Cornell Law Review*, N° 72, (Cornell University), 1986, p. 65.

doble resguardo en favor de la persona afectada: pagarle el valor de mercado del bien expropiado y además hacerlo en la forma y oportunidad que la misma o un tribunal determinen. Estos resguardos, en definitiva, acaban por hacer lo que la expropiación está llamada a evitar: aumentar los costos de transacción.

Además de los problemas de eficacia del Derecho y eficiencia económica antes reseñados, una regulación como la anteriormente descrita también puede generar problemas de justicia. En efecto, consagrar a nivel constitucional que el monto de la expropiación debe corresponder al valor de mercado del objeto de esta, supone la obligación de pagar invariablemente dicho monto, incluso en aquellos casos en que el mismo deriva de una falla de mercado o bien en otros casos donde el bien objeto de la expropiación debe una parte importante de su valor a la configuración legal que se le ha dado a su uso. Quizás el ejemplo más conspicuo de esta última situación es el que se refiere a los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile, muchos de los cuales se asignaron gratuitamente y permiten utilizar en términos exclusivos estas, aspecto este último que las hace particularmente valiosas en el mercado. De esta forma, en este caso se puede producir un problema de justicia porque el valor de mercado de las aguas no solo refleja su escasez natural sino que también aquella que se genera por el régimen legal que las regula y, además, en la medida que ellas fueron asignadas gratuitamente y han permitido utilizar de manera exclusiva un bien que debe ser gestionado en beneficio de todas y todos los habitantes de la nación, esta indemnización, sobre todo una a valor de mercado, puede ser vista como un pago excesivo.

Considerando esta última situación, la propuesta de texto aprobada por la Convención mantenía varios de los aspectos considerados en la regulación contenida en la constitución de 1980 pero modificaba lo concerniente al monto de la indemnización, sujetándola al parámetro del “justo precio”. Este concepto permitía dotar a la regulación constitucional de la flexibilidad necesaria para morigerar los problemas de eficiencia y justicia anteriormente descritos. Por lo demás, su consagración no era para nada inaudita considerando el Derecho comparado, donde, como se vio, no pocas Constituciones establecen que el monto de la indemnización debe reflejar un balance entre los intereses públicos y privados involucrados (Alemania, Sudáfrica, Colombia y Argentina). El establecimiento de este parámetro, más la consagración del Derecho a reclamar por el monto, la modalidad de pago y la propia legalidad del acto expropiatorio, parecían garantizar suficientemente la justicia y racionalidad en la aplicación de esta institución. También contribuía a la misma finalidad de que el texto obligara a efectuar el pago de la indemnización antes de la toma de posesión del bien.

La configuración del instituto expropiatorio en la propuesta de nueva Constitución fue, por lejos, el aspecto de la regulación del derecho de propiedad que

más polémicas desató. Si bien la propuesta regulaba la expropiación de modo aún más detallado que la generalidad de los textos constitucionales, el que no replicara algunas de las garantías previstas en la Constitución de 1980 fue calificada por algunos sectores como un “retroceso”⁴⁰. Sin embargo, esas críticas parecían pasar por alto el modo en que esas garantías—como el pago de una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado—pueden favorecer la especulación y dar lugar al enriquecimiento injustificado de ciertos individuos. Adicionalmente, en torno a este tópico se plantearon una serie de controversias absolutamente artificiales y carentes de fundamento. Entre ellas cabe mencionar, por ejemplo, la que se generó en torno a la supuesta mayor facilidad con que las segundas viviendas podrían ser expropiadas o la relativa a la expropiación de los fondos que se encuentran en las cuentas individuales de ahorro previsional. Aunque sin duda estas polémicas no fueron, por sí solas, determinantes en el resultado del plebiscito de salida, es improbable que no hayan tenido ningún impacto en las preferencias de las y los votantes⁴¹.

5. Conclusión

En este trabajo hemos examinado los problemas que ha planteado en Chile tanto la regulación constitucional del derecho de propiedad como su interpretación, en tres aspectos diferenciados: los objetos del derecho de propiedad, su regulación y su privación. Siguiendo esa misma estructura, hemos analizado la regulación de este derecho en la propuesta de nueva Constitución formulada por la Convención Constitucional, sus fortalezas y debilidades, y su potencial aptitud para responder a los problemas derivados del orden vigente. Asimismo, hemos identificado las principales controversias académicas y mediáticas que se generaron en torno a la propuesta.

A partir de nuestro estudio es posible enunciar una serie de conclusiones parciales. Primero, que la Constitución de 1980 consagró una concepción especialmente rígida del derecho de propiedad, que en ocasiones ha operado como un obstáculo considerable a cualquier cambio en el statu quo. Segundo, que, en lo que respecta a la regulación del derecho de propiedad, la propuesta se ajustaba

40 Foroconstitucional.uc.cl, Minuta Comentarios a las propuestas de norma constitucional sobre expropiación y propiedad indígena, 13 de abril de 2022, p. 2.

41 En este sentido, una reciente encuesta de opinión arroja que para el 12% de las personas encuestadas que votaron rechazo el factor que más influyó en su decisión de rechazar la propuesta fue que esta no garantizaba la propiedad individual sobre los fondos de pensiones. Ver, Feedback.cl, Percepciones y Expectativas sobre la Situación Política del País, 6 y 7 de septiembre de 2022.

plenamente a estándares comparados e internacionales (de haber estándares internacionales aplicables). Y, tercero, que algunas de las controversias en torno a la propuesta se fundan en interpretaciones exageradas o derechamente distorsionadas de esta.

Las razones que motivaron el triunfo de la opción rechazo en el plebiscito de salida de septiembre de 2022 son múltiples, de modo que aislar una en particular y determinar su específico peso en las preferencias agregadas de las y los votantes es prácticamente imposible. Sin embargo, parece razonable conjeturar que al menos una parte de esas razones se vincula con la regulación del derecho de propiedad o, más precisamente, de las controversias que se desarrollaron en torno a ella en la propuesta de nueva Constitución. Estas controversias, a su vez, sugieren que el debate público nacional parece estar dominado por la creencia de que el único posible estatuto constitucional del derecho de propiedad que podría contribuir a la certeza jurídica y al desarrollo económico es el que contempla la Constitución de 1980. Esta creencia podría erigirse en un verdadero obstáculo para introducir los cambios necesarios en esta materia y, potencialmente, comprometer la legitimidad y sostenibilidad de nuestro orden institucional a futuro. Desde esta perspectiva, para que cualquier innovación significativa a la regulación del derecho de propiedad pueda prosperar, será necesario tomar seriamente en cuenta sus representaciones en el ideario colectivo.