

DOGMÁTICA SOBRE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL Y CIVIL EN CHILE*

PABLO RUIZ-TAGLE VIAL**
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
ruiztaglepablo1@gmail.com

RESUMEN: El objeto de este trabajo es una comparación crítica y conceptual del derecho de propiedad en la literatura jurídica chilena. Particularmente se analiza el trabajo dogmático contenido en las principales obras de literatura jurídica y se estudian algunas formas paradigmáticas que la doctrina jurídica se ha servido para ordenar la jurisprudencia de los tribunales.

Palabras Claves: *Propiedad, Dominio, Republicanismo, Art. 19 N° 24 CPR, Quinta República.*

THEORIES ABOUT CONSTITUTIONAL AND CIVIL PROPERTY IN CHILE

ABSTRACT: The aim of this work is to review a conceptual and critical comparison of property rights in the chilean legal studies. In Particular, it is analyzed the dogmatic work contained in major texts of legal literature and examine some paradigmatic forms that legal doctrine has used to order the jurisprudence.

Keywords: *Property Rights, Republicanism, Art. 19 N° 24 CPR, Fifth Republic.*

Las referencias sobre la propiedad que se utilizan en este estudio corresponden principalmente a los trabajos de Ricardo Latcham y José Bengoa referidos al pueblo araucano, las cláusulas de las constituciones chilenas referidas a la propiedad consignadas en los Anales de Luis Valencia Avaria; la obra sobre Filosofía del Derecho de Rafael Fernández Concha y Luis Clarao Solar, la obra sobre los derechos reales de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva y los trabajos de Eduardo Novoa Monreal sobre la propiedad. También son objeto de este estudio comparativo la síntesis de Abraham Kiverstein y el tratado de

* El presente artículo es parte del proyecto Fondecyt regular número 1120830, sobre “Bases para una dogmática republicana del derecho de propiedad en la Constitución chilena: una perspectiva jurídica, filosófica y comparada”.

** Profesor titular, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Master y Doctor en Derecho, Yale Law School, Yale University.

Daniel Peñailillo sobre los bienes y otros textos y artículos de doctrina jurídica nacional sobre la propiedad.

En cuanto a la jurisprudencia, se analizan en forma crítica y comparada las categorías conceptuales que se han usado en la recopilación de sentencias de los tribunales que ha realizado el profesor Emilio Pfeffer, y la excelente publicación de las decisiones del tribunal constitucional de los profesores Enrique Navarro y Carlos Carmona.

Se trata en ambos casos de exponer una muestra para encontrar algunos elementos y criterios que se repiten como una constante, y en ningún caso se pretende ser exhaustivo.

1. APUNTES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA PROPIEDAD EN EL PERIODO PRE-REPUBLICANO EN CHILE

La conquista y la colonia española generan cambios muy significativos en las relaciones de dominio entre los grupos indígenas que existían en Chile, tales como, las que se refieren a un cuestionamiento de la titularidad de los bienes y el paso desde un sistema matriarcal a uno patriarcal. En relación con este punto Ricardo Latcham ha señalado:

“...de todos los documentos del siglo XVI nos convenció de que la forma de totemismo vigente en aquella época correspondía al sistema de filiación materna y que en algunas partes del país todavía se heredaba por la madre y en línea femenina. Por otro lado, teníamos las declaraciones enfáticas de los cronistas y de muchos documentos que a la vez el padre era el jefe de familia, que las mujeres se adquirían por compra, que existía la poligamia y que el reconocimiento de la patria potestad y la sucesión de los hijos a los bienes del padre eran costumbres arraigadas entre los araucanos. ¿Cómo reconciliar estas dos series de hechos?”¹.

Por ejemplo, la explicación que da Latcham sobre la situación previa y el cambio o transición que se produce entre los indígenas araucanos o mapuches con la llegada de los españoles es la siguiente:

“No había ninguna especie de comunismo entre los araucanos, ni siquiera nominal como existía en el Perú, y cada uno era dueño absoluto de los bienes que lograba reunir. Ni siquiera pagaba tributo a nadie ni por ningún motivo, salvo uno voluntario en tiempo de guerra y que generalmente se resolvía en

¹ LATCHAM, Ricardo. *Organización y creencias de los Araucanos*. Santiago, Chile: Imprenta Cervantes, 1924, p.57.

proporcionar víveres, armas y otros pertrechos a las tropas. Antes del año 1550, la organización militar entre los araucanos, no había asumido la importancia que después adquirió con las constantes guerras contra los españoles y al parecer estaba subordinada a la organización civil. Esta a pesar de la poca obediencia acordada a los jefes de familia, existía en más o menos bien definidas condiciones; residiendo el verdadero poder en las cabezas de los grupos totémicos”².

Bajo el supuesto de que existían ciertas personas que eran la cabeza de la organización social, y según si el sistema era de filiación materna o paterna, en los grupos indígenas existió una estructura familiar que era del tipo extendido y bastante flexible y dispersa, que daba a su vez forma a la estructura de la propiedad, este sistema según Latcham, tenía las siguientes características:

“Al Norte del Cautín, la comunidad de bienes y el acaparamiento de toda la propiedad en manos del padre, tampoco existía. Cada uno era dueño de los bienes que lograba reunir, pero no se reconocía la propiedad exclusiva individual en el terreno. Cualquier indio podía cultivar tanta tierra como le parecía y los productos eran de su peculio; pero no podía disponer de la tierra misma como propiedad, ni venderla, ni arrendarla. Pertenecía en último término a la comunidad, pero el usufructo era individual. Lo que ha hecho creer a algunos que existía comunidad de bienes, era que se ejecutaban algunas faenas en común; pero esta comunidad de trabajo no establecía comunidad en los productos de él. Se efectuaba sobre la base de torna peón o tú me ayudas y yo te ayudaré, y el individuo raras veces tenía que recurrir a otros que sus propios parientes, a quién él ayudaba a su turno. Como estos trabajos colectivos eran siempre ocasiones de fiestas y borracheras, jamás faltaban cooperadores”³.

En sus estudios más recientes, José Bengoa confirma esta estructura social que establece la forma de la propiedad en algunos de los principales pueblos indígenas prehispánicos y la identifica con un sistema señorial. El sistema señorial consiste en un sistema de organización social y por ende propietario que no es estatista y en que la jefatura adquiere permanencia e incluso puede llegar a ser hereditaria⁴. Agrega además Bengoa, que esta forma señorial pudo haberse establecido entre los indígenas chilenos a partir del contacto pre-hispánico con la cultura quechua incásica:

² *Ibid.*, p. 155.

³ *Ibid.*, p. 171.

⁴ BENGEOA, José. *Historia de los antiguos mapuches del sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín*. Santiago, Chile: Editorial Catalonia, 2003.

“La presencia de un ‘sistema señorial’ como el quechua incásico, al que se habían tenido que enfrentar en el siglo anterior a la llegada de los españoles, debe haber producido una tensión y un proceso de creciente concentración.”⁵

Se trataba de una forma de organización social y de la propiedad difícil de enmarcar porque tenía una gran plasticidad y se modificaba constantemente tal como nos explica Bengoa:

“...poseían unidad básica de tipo familiar extensa. Eran familias grandes por la sencilla razón de que vivía el padre o tronco principal, con sus mujeres, sus hijos y las mujeres de estos, los jóvenes y niños. Cada cierto tiempo se desprendía uno de los hijos del tronco familiar en un lugar cercano o migraba hacia otra parte, lo que era bastante común hasta hace no mucho tiempo, y allí comenzaba un núcleo nuevo o *lov*. Las familias enormes, en casas muy grandes y varias de estas reunidas formaban las agrupaciones centrales. Las alianzas entre esas unidades eran múltiples y complejas, dependiendo del motivo que las produjera”⁶.

Es para sustituir parcialmente este contexto social y propietario que tiene una estructura señorial entre los indígenas, que los españoles imponen su sistema colonial y de conquista. Este proceso dio lugar a la querrela por los justos títulos y a principios del siglo XVI se expresó en el famoso texto redactado por el jurista cortesano don Juan López de Palacios Rubio, denominado “El texto del requerimiento”. Este documento era leído y explicado a los pueblos indígenas e implicaba una justificación jurídica de la transferencia de la titularidad de sus propiedades a la corona española:

“(R)equerimos que entendáis bien esto que os hemos dicho, y toméis para entenderlo y deliberar sobre ello el tiempo que fuere justo, y reconozcáis a la Iglesia por señora y superiora del universo mundo, y al Sumo Pontífice, llamado Papa, en su nombre, y al Rey y reina doña Juana, nuestros señores, en su lugar, como a superiores y reyes de esas islas y tierra firme (...). Y si así no lo hicieseis o en ello maliciosamente pusieseis dilación, os certifico que con la ayuda de Dios nosotros entraremos poderosamente contra vosotros, y os haremos guerra por todas las partes y maneras que pudiéramos, y os sujetaremos al yugo y obediencia de la Iglesia y de Sus Majestades, y tomaremos vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haremos esclavos, y como tales los venderemos y dispondremos de ellos como Sus Majestades mandaren, y os tomaremos vuestros bienes, y os haremos todos los males y daños que pudiéramos, como a vasallos que no obedecen ni quieren recibir a su señor y le resisten y contradicen; y protestamos que las muertes

⁵ *Ibid.*, p. 163.

⁶ *Ibid.*, pp. 169-170.

y daños que de ello se siguiesen, sea a vuestra culpa y no de Sus Majestades, ni nuestra, ni de estos caballeros que con nosotros vienen.”⁷

Algunos pueblos indígenas asintieron a esta transferencia forzada de dominio y propiedad y otros se resistieron con firmeza, como sucedió en Chile con los araucanos. Al imponerse el régimen colonial español se instaura un sistema mixto y diverso de la estructura de la propiedad, en que se dio más importancia a la propiedad privada que la existente entre los indígenas, pero que implicó la coexistencia de las formas de dominio exclusivo, con toda clase de regímenes especiales, tales como los mayorazgos, mercedes de tierra, la propiedad minera, la propiedad de las órdenes religiosas, etc.⁸.

La organización de la propiedad, en los primeros años de nuestra patria son descritos por Alessandri y Somarriva, como un proceso complejo que tiene fuentes diversas y que se organiza en torno a ciertas formas jurídicas particulares, entre las cuales se destacan las siguientes:

“[L]as haciendas, en su mayor parte de una extensión muy vasta, se fueron dividiendo en fundos y estos, a su vez, se subdividieron en hijuelas. Empero algunas haciendas se mantuvieron indivisas, a causa del sistema de mayorazgos, iniciado a fines del siglo XVII y mantenido en vigor hasta mediados del siglo XIX. La concesión de mercedes de tierras perdió importancia durante el siglo XVIII, época en que se trató de lograr la colonización dirigida, sea dando terrenos a soldados, licenciados o a las personas que se comprometían a sembrar trigo, lino y cáñamo. Todo esto contribuyó a regularizar la propiedad en el territorio comprendido entre Copiapó y el BioBio. En resumen, el origen de la propiedad territorial privada en Chile han sido las asignaciones de solares, las mercedes o concesiones de tierra, los remates de terrenos fiscales y la prescripción adquisitiva en los casos de posesión sin concesión de las autoridades con arreglo a las leyes. Por tanto, la ocupación, por sí sola no ha sido título constitutivo de dominio de tierras”⁹.

⁷ ZAVALA, Silvio. *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 1971, pp. 215-217. Ver también: LÓPEZ DE PALACIOS, Juan. Requerimiento. [en línea] <<http://www.ciudadseva.com/textos/otros/requeri.htm>> [consulta: 31 de enero de 2015]

⁸ RUIZ-TAGLE, Pablo. *Propiedad intelectual y contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2001, p. 133.

⁹ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Curso de Derecho Civil. De los bienes*. 3ª Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1993, p. 49.

2. APUNTES SOBRE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL EN LA PRIMERA A LA CUARTA REPÚBLICA CHILENA

En el periodo que hemos denominado la primera República chilena, marcada por la idea del auto gobierno, que corresponde al nuevo Estado chileno que se intenta construir a partir de 1810 y hasta 1830, surge una forma de protección de la propiedad a nivel constitucional que se expresa en el Reglamento Provisorio de 1812.

Esta norma en términos genéricos es una garantía del debido proceso, porque crea una garantía judicial vinculada a los derechos de las personas y las cosas en el territorio recién independizado. Se refiere a la propiedad del modo siguiente:

“Art. 16. Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casas, efectos y papeles; y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial, y sin designar con claridad los lugares o cosas que se han de examinar o aprehender”¹⁰.

En el Reglamento Provisorio de 1812 la verdad es que no se usa el concepto más abstracto de propiedad, pero da protección a los derechos sobre “casas, efectos y papeles” y “lugares o cosas” que implican garantizar la titularidad dominical de las personas que los detentan, desde un punto de vista del ciudadano común¹¹.

Más tarde y al momento que se produce la instalación definitiva del primer gobierno republicano en Chile, todo el sistema español colonial queda sometido a revisión y en forma gradual se propone su cambio. Tal como se expresa en la Declaración de Independencia de Chile, que es un documento que afirma la idea de autogobierno republicano, se impone una nueva transferencia de la propiedad a favor del nuevo gobierno y se pretende terminar con la dominación colonial y sus abusos. Los patriotas se reconocen en la Declaración de Independencia como ciudadanos que concurren a fundar la autoridad en su consentimiento y en el sufragio, al menos ejercido de modo tácito; y reconocen la imposibilidad de convocar al Congreso, que es por definición una institución republicana. Todo lo anterior se afianza con la dignidad y la vida, con la fortuna; esto es, con la propiedad de los ciudadanos que concurren a este momento fundacional. Dice la Declaración:

¹⁰ VALENCIA AVARIA, Luis. *Anales de la República*. Santiago, Chile: Imprenta Universitaria, 1951, Tomo I, p. 48.

¹¹ ACKERMAN, Bruce. *Private Property and The Constitution*. New Haven, EE.UU.: Yale University Press, 1977, pp. 88-156.

“...en ejercicio del poder extraordinario con que para esta caso particular nos han autorizado los Pueblos, declara solemnemente a nombre de ellos en presencia del Altísimo, y hacer saber a la gran confederación del género humano que el territorio continental de Chile y sus Islas adyacentes forman de hecho y por Derecho un Estado libre Independiente y Soberano, y quedan para siempre separados de la Monarquía de España, con plena aptitud de adoptar la forma de gobierno que más convenga a sus intereses. Y para que esta declaración tenga toda la fuerza y solidez que debe caracterizar la primera Acta de un Pueblo libre, la afianzamos con el honor, la vida, las fortunas y todas las relaciones sociales de los habitantes de este nuevo Estado: comprometemos nuestra palabra, la dignidad de nuestro empleo, y el decoro de las armas de la PATRIA”¹².

La fuerza de la idea política republicana que expresa la Declaración de la Independencia se afianzó en forma gradual en nuestro país y a partir de ella se pretendió asegurar esta nueva forma de organización política jurídica (Kant propiedad como reconocimiento). El efecto que en el Derecho tienen los principios republicanos es materia de controversia entre los estudiosos de nuestra historia. Octavio Paz al referirse a las revoluciones independentistas y modernizantes del siglo XIX en América Latina dice:

“Los muchos países... siguieron siendo las viejas colonias: no se cambiaron las condiciones sociales sino que se recubrió la realidad con la retórica liberal y democrática. Las instituciones republicanas, a la manera de fachadas, ocultaban los mismos horrores y las mismas miserias. Los grupos que se levantaron contra el poder español se sirvieron de las ideas revolucionarias de la época, pero ni pudieron ni quisieron realizar la reforma de la sociedad”¹³.

En nuestro país, el historiador Alfredo Jocelyn-Holt, ve con más optimismo el proceso de nuestra Independencia y lo percibe como una evolución hacia lo moderno que se venía arrastrando desde el siglo XVIII y que se funda en dos pilares: el Estado y la *elite*. La Independencia no sólo afianzó los cambios, al reforzar el poder nuevo Estado y la fuerza de la elite local al dar a ambos una nueva legitimidad. Jocelyn-Holt afirma:

“un cambio sostenido, pero no audaz; evolutivo, no revolucionario; utópico e ideológico, no siempre actual e inmediato; más bien programático aunque inevitable; parcial, nunca global; ante todo institucional, rara vez social; en fin,

¹² Véase: DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE CHILE.

¹³ PAZ, Octavio. *El Laberinto de la Soledad*. Santiago, Chile: Editorial Fondo Cultura Económica, 1994, pp. 132-133.

un cambio preferentemente público más que privado (la vida cotidiana continúa prácticamente igual a la de la colonia)”¹⁴.

Cualquiera que sea el juicio sobre el efecto que producen estos cambios, lo cierto es que la propiedad está al centro de las materias que los nuevos gobiernos republicanos quieren modificar. Así la Constitución de 1818 contiene disposiciones más específicas en lo que se refiere a la protección de la propiedad en varios artículos. Estas normas admiten afectar la propiedad cuando se trata de casos urgentes, según disponga el Senado, para la defensa de la patria y en caso de que el titular del dominio hubiese cometido delito. Dice la carta de 1818:

“CAPITULO PRIMERO *De los derechos del hombre en sociedad.*

Artículo primero: los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inalienable e inamisible de seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil...

Art. 5º La casa y papeles de cada individuo son sagrados, y esta ley solo podrá suspenderse en los casos urgentes que lo acuerde el Senado...

Art. 9º No puede el Estado privar a la persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la patria, y aún en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo y nunca con tropelías e insultos...

CAPITULO TERCERO *De la Cámara de Apelaciones*

Art. 23 Tampoco podrán embargarse más bienes que los precisos para responder por el delito, y si fuere de calidad, que exija alguna pena pecuniaria”¹⁵.

Por su parte la Constitución de 1822 incluye tres artículos directamente referidos a la propiedad y reitera la idea expresada en 1818, que es admisible el principio de afectación de la propiedad para la defensa de la Patria y construye un procedimiento indemnizatorio, tal como consta en su Título V, Capítulo II referido a los límites del poder ejecutivo. Allí garantiza de un modo indirecto la propiedad en relación con los impuestos, según se dispone en el Título VI, capítulo II referido a la administración de justicia. Estas normas son las siguientes:

“Título V, Capítulo II, *Límites del poder ejecutivo.*

¹⁴ JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo. *La Independencia de Chile*. Madrid, España: Editorial Mapfre, 1992, p. 286.

¹⁵ VALENCIA AVARIA, Luis, *op. cit.* (n. 10), pp. 54, 55 y 68.

Art. 115 A nadie le privará de sus posesiones y propiedades; y cuando algún caso raro de utilidad o necesidad común lo exija, será indemnizado el valor, a justa tasación de hombres buenos...

Art 116 La utilidad y necesidad común serán calificados por los dos Supremos Poderes, Legislativo y Ejecutivo, y por el Tribunal Supremo de Justicia...

Título VI, Capítulo II *Sobre la administración de justicia*

Art. 222 Todo ciudadano tiene la libre disposición de sus bienes, rentas, trabajo e industria; así es, que no se podrán poner impuestos sino en los casos muy urgentes, para salvar con la Patria, las vidas y el resto de la fortuna de cada uno”¹⁶.

Al igual que en la Carta de 1822, en la Constitución “moralista” de 1823 se garantiza la propiedad y se la menciona en el título XII relativo al poder judicial, como una materia vinculada a los derechos individuales que define de modo principal como parte de las atribuciones jurisdiccionales. Las normas de la Carta fundamental de 1822 disponen:

“Título XII. Del Poder Judicial.

Art. 116 El Poder Judicial protege los derechos individuales conforme a los principios siguientes.

Art. 117 A ninguno puede privarse de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado de notoriamente grave, y con previa indemnización”¹⁷.

A diferencia de las normas constitucionales previas y con una propuesta normativa propia, la Constitución de 1828, contiene una referencia directa a la propiedad en su preámbulo, que está firmado por Francisco Antonio Pinto. Allí la propiedad se concibe como formando parte de un sistema de derechos y como una de las garantías principales que se propone establecer la nueva carta fundamental. El Preámbulo de la Carta de 1828 dice:

“(La Constitución) establece las más formidables garantías contra los abusos de toda especie de autoridad, de todo exceso de poder. La libertad, la igualdad, la propiedad, la facultad de publicar vuestras opiniones, la de presentar vuestras reclamaciones y quejas a los diferentes órganos de la soberanía nacional, están al abrigo de todo ataque”¹⁸.

¹⁶ *Ibid.*, p. 83 y 92.

¹⁷ *Ibid.*, p. 119.

¹⁸ *Ibid.*, p. 139.

La nueva forma de entender la propiedad de la Constitución de 1828 se expresa de manera directa y plenamente desarrollada en relación con los otros derechos individuales, tales como respecto de la libertad de opinión. Además en la Carta de 1828 la propiedad se regula en relación con un haz de facultades o titularidades individuales que pueden exigirse como límites a la acción de la autoridad, entre las que destaca el derecho a ser indemnizado en caso que por motivos de interés público se requiera ser privado de ella. Las normas Constitucionales de 1828 referidas a los derechos disponen lo siguiente:

“Capítulo III *Derechos individuales*

Art. 10 La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones...

Art. 16 Ninguna casa podrá ser allanada, sino en caso de resistencia a la autoridad legítima y en virtud de mandato escrito de ella.

Art. 17 Ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, o de aquellos a que tiene legítimo derecho, ni de una parte de ellos por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial. Cuando el servicio público exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, e indemnizado de los perjuicios en caso de retenérsele”¹⁹.

Adicionalmente, la Constitución de 1828, fiel a su inspiración liberal en diversas disposiciones, intentó suprimir las bases estamentales del régimen colonial español. Estas normas discriminaban en el ejercicio de los cargos públicos y también imponían cargas o vinculaban a la propiedad de un modo arbitrario a ciertas cualidades personales. Las normas de la Constitución de 1828 que buscan modificar estas formas discriminatorias disponen:

“Capítulo XII *Disposiciones generales.*

Art. 125 Todo hombre es igual delante de la ley.

Art. 126 Todo chileno puede ser llamado a los empleos. Todos deben contribuir a las cargas del Estado en proporción de sus haberes. No hay clase privilegiada. Quedan abolidos para siempre los mayorazgos y todas las vinculaciones que impidan el enajenamiento libre de los fundos. Sus actuales poseedores dispondrán de ellos libremente, excepto la tercera parte de su valor que se reserva a los inmediatos sucesores, quienes dispondrán de ella con la misma libertad”²⁰.

¹⁹ *Ibid.*, p. 143.

²⁰ *Ibid.*, p. 158.

En la Segunda República chilena que corresponde al periodo que se inicia en 1830 y hasta 1860, que hemos denominado República Autoritaria, las normas sobre la propiedad de la Constitución de 1833, reconocen de un modo amplio la protección de la propiedad en el intento de retrotraer la vigencia de las normas que suprimieron los mayorazgos y otras formas tradicionales de vinculación de la propiedad. La Constitución de 1833 expresó un concepto constitucional de “propiedades” que entienda la institución dominical en plural, una idea que el texto de la carta fundamental vincula con el de las comunidades:

“Capítulo V. *Derecho Público de Chile.*

Art. 12 La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

...5°. La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviera, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos”²¹.

Además, se la Constitución de 1833 como anunciando su vigencia mutante en lo que será la Tercera República liberal que se inicia a partir de la reformas constitucionales de alrededor de 1860 y que concluyen en 1924, agregó una sección especial dedicada a las garantías de la propiedad con diversas referencias a este derecho. Dichas normas son las siguientes:

“Capítulo X. *De las garantías de la seguridad y propiedad.*

Art. 146 La casa de toda persona que habite el territorio chileno es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de autoridad competente.

Art. 147 Solo el Congreso puede imponer contribuciones directas o indirectas, y sin su especial autorización es prohibido a toda autoridad del Estado y a todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretexto precario, voluntario o de cualquiera otra clase...

Art. 150 Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir clase alguna de auxilio, sino por medio de las autoridades civiles, y con decreto de estas...

²¹ *Ibid.*, p. 164.

Art. 152 Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción, por el tiempo que le concediere la ley; y si ésta exigiera la publicación, se dará al inventor la indemnización competente”²².

Hasta ahora, hemos visto cómo en el siglo XIX, en las cuatro experiencias republicanas que han existido en Chile, se adoptaron formas constitucionales muy diversas para reconocer y garantizar la propiedad o las propiedades. Se trata de una cuestión jurídica política que no es pacífica y que admite formulaciones jurídicas de una enorme amplitud. Sin embargo, debemos reconocer que es en la Cuarta República chilena que es la República democrática, que se inicia con la plena vigencia de la Constitución de 1925, en 1932 y hasta 1970 que surge en Chile una línea dogmática más desarrollada en torno al derecho de propiedad.

La Constitución de 1925 contiene un sistema de garantías de las propiedades que reproduce algunas ideas de la Constitución de 1833, tales como entender el dominio como una pluralidad, en el contexto del desarrollo industrial que caracteriza a Chile en este periodo, pero sus normas anuncian una nueva concepción de la propiedad. Desde luego la Constitución reconoce las limitaciones, obligaciones o servidumbres que pueden imponerse a la propiedad y en el caso de la propiedad industrial, dispone en un afán correctivo que la indemnización procede en el caso de la expropiación y no en la publicación como se establecía en la Constitución de 1833. Además, las normas que en la Constitución de 1925 tratan el tema de la propiedad siguen el modelo de la Constitución de 1833²³ pero están contenidas en un mismo capítulo dedicado a las garantías constitucionales.

Allí se dispone que:

“Capítulo III *Garantías individuales.*

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

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

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviera, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de

²² *Ibid.*, p. 182.

²³ FAÚNDEZ, Julio. *Democratización, desarrollo y Legalidad: Chile 1831-1973*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 87.

utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública.

11.- La propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si esta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización correspondiente.

...14.-...El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad familiar²⁴.

Las normas constitucionales mencionadas fueron objeto de un primer intento de ordenación y sistematización dogmática y decir que respecto de ellas, durante el Chile republicano que se inicia a comienzos del siglo diecinueve y hasta el siglo XX inclusive, que en nuestro ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional, la propiedad se expresa de modo fragmentario, y que este derecho se incorpora al sistema jurídico chileno en una serie de cláusulas constitucionales que reiteran ciertos elementos comunes. Entre los elementos comunes que encontramos en las disposiciones constitucionales referidas a la propiedad podemos señalar que ésta se garantiza de un modo que su afectación se vincula a propósitos de interés general, como la defensa nacional o el servicio público. Que en todo caso de afectación de la propiedad se otorga una indemnización en beneficio de su titular. La propiedad se concibe como un límite al poder ejecutivo y legislativo y que requiere en su protección y garantía del reconocimiento como una de las funciones del poder judicial. Gran parte de estas normas de nivel constitucional coexisten en la República de Chile con el derecho sustantivo y procesal colonial español, sin perjuicio que en el Chile independiente, la propiedad privada se fue extendiendo y fortaleciendo, lo que sucedió particularmente a partir de la entrada en vigor del Código Civil en 1857.

Llama la atención que a pesar de la novedad y carácter multiforme del reconocimiento y garantía del derecho de propiedad en las constituciones chilenas, no he encontrado gran desarrollo de la dogmática en lo que se refiere a este derecho en Chile durante el siglo XIX. Hay referencias de carácter doctrinal a la propiedad, como por ejemplo la idea del primer texto jurídico que se publicó en Chile que es el de José Joaquín de Mora, que vio la luz en 1830, que incluye el tratamiento de la propiedad en el contexto de los propósitos del gobierno y como objeto del pacto social. Andrés Bello también enseñó cuestiones relativas al Derecho Natural. Sobre la propiedad entendida como derecho natural quizá la obra más lograda es la que se publica originalmente en 1888 y en que surge el tratamiento teórico que da Rafael Fernández Concha al derecho de propiedad como un derecho adquirido²⁵.

²⁴ VALENCIA AVARIA, Luis, *op. cit.* (n. 10), pp. 222-224.

²⁵ FERNÁNDEZ CONCHA, Rafael. *Filosofía del Derecho o Derecho Natural*. 3ra Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1966, Tomos I y II, pp. 53-99.

A estas obras quizá se pueden agregar los comentarios a la Constitución de 1833 de Manuel Carrasco Albano o de Jorge Hunneus o las obras de José Victorino Lastarria o de Valentín Letelier. Pero en estricto rigor no me parece que estos trabajos a pesar de su calidad, pueden considerarse obras de dogmática chilena constitucional, porque sus esporádicas referencias a las disposiciones sobre la propiedad son muy generales y carecen de un punto de vista analítico o conceptual estrictamente definido sobre el particular. Tampoco he encontrado referencias de dogmática constitucional en los mejores tratados chilenos del siglo XIX, tales como el de Luis Claro Solar que tiene dos tomos completos dedicados al tema de los bienes y ninguna referencia a su regulación constitucional²⁶.

Muy distinta es la situación a partir de la Constitución de 1925, donde se desarrolla una dogmática chilena muy profunda y de gran contenido político y constitucional.

3. APUNTES SOBRE LA DOGMÁTICA DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL EN LA CUARTA Y LA QUINTA REPÚBLICA CHILENA

En el sistema político y jurídico que surge alrededor la Constitución de 1925, que toma su forma republicana recién a partir de 1932 en el periodo que hemos denominado República democrática o Cuarta república chilena, podemos reconocer formas más desarrolladas de una concepción chilena de la propiedad a nivel constitucional. La concepción civilista de la propiedad cambia, ya que se crean nuevas formas de propiedad y también porque se introduce gradualmente la idea de la función social de la propiedad, por la influencia de la obra de Duguit que se recibe en Chile a través de Alessandri, para finalmente plasmarse en el propio texto constitucional²⁷.

En lo que dice relación con la concepción dogmática de Alessandri, esta se expresa de un modo magistral en las famosas lecciones del curso de derecho civil que fueron recogidas por Vodanovic en el libro denominado *De los bienes*. Allí se muestra una profunda reflexión sobre la propiedad que incluye el tratamiento de las siguientes materias: las razones que justifican la existencia de la propiedad; las críticas al derecho de propiedad; las tendencias modernas evolución histórica y origen del derecho de propiedad en Chile, con especial referencia a la Constitución. También se incluyen referencias a las facultades materiales y jurídicas inherentes al dominio, las diversas clases de propiedad, las obligaciones o cargas sobre la propiedad, restricciones de la propiedad del tipo genérico, tales como la teoría del abuso del derecho, o

²⁶ CLARO SOLAR, Luis. *De los Bienes y los Derechos Reales. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1939, Tomos III y IV.

²⁷ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *op. cit.* (n. 9), p. 91.

específicas referidas sólo a la facultad de excluir o en razón de limitaciones al dominio. Hay explicaciones profundas sobre la copropiedad y la propiedad horizontal entre otras formas de propiedad, y diversas materias relacionadas. Así en la obra dogmática *De los bienes*, de Alessandri y Somarriva se exhibe una completa sistematización de las formas de la propiedad que integra el derecho constitucional, con el derecho civil y con doctrina comparada y con la legislación y la jurisprudencia especializada. A esto se agrega la exposición en forma detallada de la doctrina de León Duguit sobre la función social de la propiedad, junto con la doctrina sobre la propiedad que emana de las encíclicas papales y la doctrina social de la Iglesia, materias todas sobre las cuales Alessandri y Somarriva dicen lo siguiente:

“Todas las teorías actuales coinciden en que la propiedad de las riquezas no deben ser en los países medio para abusar de los económicamente débiles y afirman que con mayor o menor énfasis la función social de la propiedad privada; propugnan por su adecuación al interés general. Las Constituciones dictadas después de las dos últimas guerras mundiales, incluso la nuestra, acogen en forma más o menos intensa estos principios. Acaso ninguna más categórica, en este sentido que la Constitución alemana de 23 de mayo de 1949; dice ella: ‘La propiedad obliga. Su ejercicio debe servir al mismo tiempo al bienestar común’ (art. 14, inc2)”²⁸.

Por eso no causa sorpresa alguna que en el texto *De los Bienes*, en referencia a la regulación del derecho de propiedad en la Constitución Política de 1925 Alessandri y Somarriva lleguen a afirmar que: “Respecto de la propiedad en general, la Constitución contiene dos ideas fundamentales. La inviolabilidad y las limitaciones al ejercicio de ese derecho”²⁹.

A modo de resumen de sus explicaciones, el texto de Alessandri y Somarriva concluye con una lista de cuestiones que explican el cambio en lo que se refiere al derecho de propiedad en lo que denomina “época actual” que detallan del modo siguiente:

1. La propiedad mobiliaria antes despreciada, hoy, a causa de los progresos de la industria, supera en importancia a la propiedad inmueble.
2. Al lado de la propiedad individual, se han desarrollado varias formas de propiedad colectiva, como la familiar o la social, comprendiendo en esta a la estatal.
3. Las limitaciones que restringen el derecho de propiedad privada son hoy numerosas, si se las compara con las de siglos anteriores, sobre todo las de derecho público.

²⁸ *Ibid.*, p. 44.

²⁹ *Ibid.*, p. 49.

4. La propiedad privada en los países que predomina la libre empresa, conforme a las leyes, está impregnada de cierta orientación social más o menos fuerte, según los países.”³⁰

Es de notar además que en la edición de 1974 de la obra *De los bienes* de Alessandri y Somarriva que publicó originalmente Editorial Nascimento, se incluyen dos secciones especiales dedicadas a tratar respectivamente con el numeral 186a Formas de propiedades, la de derecho privado y la de derecho público; y el 186b La propiedad en los países socialistas. Estas dos secciones han sido conveniente y sospechosamente suprimidas en la reedición de 1993 del mismo libro que hizo la Editorial Jurídica. Esta supresión constituye otra muestra de la imposición de una concepción ius privatista en nuestra dogmática, que no trepida ante el cercenamiento de nuestra mejor doctrina jurídica en materia de propiedad. En las secciones cercenadas Alessandri y Somarriva vuelve a concluir lo siguiente:

“Hoy en mayor extensión, se reconoce que al lado de la propiedad netamente de derecho privado, hay otras formas de propiedad, que son de derecho público”³¹.

A pesar de este ocultamiento y distorsión dogmática que busca negar lugar a la propiedad pública, es claro como Duguít y otros que buscan limitar la propiedad privada, influyen a través de las lecciones de Alessandri en la sistematización y auto comprensión dogmática de la Constitución de 1925 en Chile. Esta concepción finalmente se incorpora como texto expreso en la reforma constitucional de 1970 y tiene incidencia directa en el debate subsiguiente sobre la reforma agraria, las nacionalizaciones, expropiaciones y sobre la cuestión política jurídica que se planteó a principios de los años setenta en torno a la regulación diferenciada sobre las tres áreas de la economía. En 1970 el Congreso Chileno aprobó la nacionalización de la gran minería por la unanimidad de sus integrantes, lo que implicó aceptar un modo de adquirir que es la nacionalización que es muy especial, porque consiste en sustraer un bien, generalmente una universalidad jurídica, de la apropiación por parte de los privados y traspasar su titularidad al Estado³².

Por eso, no decimos nada nuevo cuando reconocemos que durante prácticamente todo el siglo XX la propiedad fue el tema sobre el que se centró la controversia principal del derecho constitucional chileno. La propiedad agrícola se discutió en profundidad durante el proceso de la reforma agraria en Chile. La controversia sobre la propiedad en

³⁰ *Ibid.*, p. 46.

³¹ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. De los Bienes y los Derechos Reales*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 1974, pp. 144-145.

³² NOVOA MONREAL, Eduardo. *La Batalla por el cobre. Comentarios y Documentos*. Santiago, Chile: Ediciones Quimantú, 1972. Ver también: FAÚNDEZ, Julio, *op. cit.* (n. 24).

Chile también se extendió al debate sobre la nacionalización de la propiedad minera, la intervención estatal de la banca, de las telecomunicaciones y de otros sectores estratégicos del país³³. Todos estos procesos político-jurídicos de la mayor envergadura implicaron una transformación del concepto de propiedad, vinculando este derecho, más a la función social de la misma, que a una titularidad absoluta y arbitraria del propietario privado individual y suponen concebir al derecho de propiedad como un derecho económico y social, cuya regulación corresponde de modo preferente al legislador.

En contraste con esta tradición republicana, que podemos reconocer en relación con el subsistema constitucional del derecho de propiedad en Chile y que se remonta hasta 1812, el texto constitucional de 1980 que nace a partir de los textos emanados de la Comisión designada por la dictadura militar, contiene una regulación extensa y específica de la propiedad que no ha sido reformada a la fecha³⁴. Porque a pesar de lo extensa de esta regulación constitucional, el estudio de la propiedad adopta una forma de dogmática privatista minimalista, tal como se expresa en el texto de Abraham Kiverstein *Síntesis del Derecho Civil*³⁵ que se usó como material de estudio en los años ochenta y noventa y que todavía sirve de guía a los estudiantes de derecho.

En contraste con esta concepción privatista, puede citarse el trabajo de Lautaro Ríos sobre la función social de la propiedad que es un intento dogmático serio por comprender el alcance de esta concepción particular, como una forma principal de limitación del dominio en el ámbito constitucional³⁶ o el estudio de Rodrigo Bustos sobre la función social desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos³⁷. A estos trabajos se agregan las reflexiones de Enrique Evans sobre las opiniones multiformes de los abogados comisionados por la dictadura para redactar el texto constitucional de 1980 en lo que fueron sus opiniones sobre la propiedad³⁸.

³³ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile, Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2008.

³⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO. *Los Bienes: Propiedad y otros Derechos Reales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2006, pp. 11-19 y 81-92.

³⁵ Véase: KIVERSTEIN, Abraham. *Síntesis del Derecho Civil, De los Objetos del Derecho*. Santiago, Chile: Editorial La Ley, 1993.

³⁶ RÍOS, Lautaro. El principio constitucional de la función social de la propiedad, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Edición Bicentenario, Santiago, Chile: Thomson Reuters Punto Lex, pp. 111-136.

³⁷ BUSTOS, Rodrigo. Función social y límites del derecho de propiedad. Temas emergentes en el derecho internacional de los derechos humanos. En: FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANER. *Estudios de derecho privado. Libro en homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2008. pp. 369-393.

³⁸ EVANS, Enrique. *Los derechos constitucionales*. Volumen III, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1999, pp. 213-231.

Deben a su vez mencionarse por su riqueza conceptual los estudios de Alejandro Guzman o de Enrique Brahm sobre el sentido de la idea de cosa incorporal en el Art. 19 número 24 de la Carta fundamental y el subsiguiente comentario de Hernan Corral referido al primero de estos³⁹. También son de gran valor los trabajos de Eduardo Aldunate y Eduardo Cordero que identifican algunas de las normas constitucionales del dominio y que se han referido al derecho de propiedad en Chile y que estudian la vinculación entre la función social y el contenido esencial o la propuesta general de que existe una pluralidad de propiedades en Chile⁴⁰.

Lo cierto es que en ninguno de estos valiosos estudios ni en ningún otro trabajo dogmático chileno, he encontrado referencias que no sean parciales, al subsistema constitucional multiforme del derecho de propiedad pública y privada que existe en la Constitución vigente en Chile. Existen muchos estudios dedicados a estudiar en particular cada una las disposiciones particulares de la Carta fundamental chilena que se refieren a la propiedad. Pero salvo por la notable excepción de los trabajos de Daniel Peñailillo, no he encontrado quien haya concebido la propiedad constitucional chilena como formando un subsistema. En esto consiste lo principal de mi propuesta, pero antes de explicarla, revisemos lo que tiene que decirnos sobre esta cuestión el profesor Daniel Peñailillo.

Daniel Peñailillo en su reciente obra denominada *Los bienes: propiedad y otros derechos reales* ha concebido el derecho de propiedad a nivel constitucional como un subsistema formado por diversas reglas y principios y me parece que es un fiel seguidor de un modo actualizado y riguroso de la propuesta de Alessandri y Somarriva. Peñailillo trata de modo ordenado en relación con la propiedad constitucional: su concepto y evolución, su estructura y particularmente da cuenta de principios rectores sobre la propiedad, entre los cuales incluye la equidad en el reparto y el aprovechamiento, la base constitucional chilena; la protección; la función social, la reserva legal, las restricciones y privaciones y la afectación de la esencia; la privación o afectación sin indemnización y su consecuencia; la preservación natural y cultural; la planificación territorial, el uso del suelo, la división predial y la edificación; las llamadas formas de propiedad y la co-propiedad como

³⁹ Véase: CORRAL, Hernán. Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23(11). pp. 13-18; GUZMÁN, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1995. pp. 117-148, 235-256. Ver también: BRAHM, Enrique. La perversión de la cultura chilena durante el gobierno de la Unidad Popular. Resquicios legales y derecho de propiedad, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (18), 1999-2000, p. 425.

⁴⁰ ALDUNATE, Eduardo y CORDERO, Eduardo. Evolución histórica del concepto de propiedad, en: *Revista de estudios histórico jurídicos*, (30), 2008. pp. 345-385.

antecedente ius publicista de sus explicaciones sobre el derecho de propiedad⁴¹. En su obra ha señalado a modo de advertencia general de su concepción:

“Tomando en consideración las últimas décadas quizá sólo una generalización puede formularse: de una concepción muy liberal del dominio, que otorga las más amplias facultades al propietario para el ejercicio de su derecho, se ha evolucionado en el sentido de imponerle restricciones y cargas a fin de que de ese ejercicio pueda obtenerse provecho, no sólo para el propietario, sino también para la colectividad, tendencia que culmina en la decisión de reservar para el dominio de la comunidad, representada por el Estado, ciertos bienes de importancia básica en la vida nacional. Pero tal tendencia nunca ha estado exenta de objeciones, al menos en el grado de su intensidad”⁴².

En verdad, Peñailillo ha propuesto las bases dogmáticas de un subsistema de propiedad constitucional que da forma a una combinación razonable de la propiedad privada y la propiedad pública, propuesta con la que ciertamente concordamos. En lo que no podemos concordar con Peñailillo es en su idea que como la Constitución no define un concepto de propiedad, carencia que es común en diversas Cartas fundamentales, le parece lógico utilizar el concepto del Código Civil. En apoyo de su tesis Peñailillo cita un trabajo de Juan Andrés Varas y dice que:

“...parece natural la remisión a la recién mencionada (definición) del Código (Civil), sobre todo considerando su aludida flexibilidad, que se acomoda (sin obstáculo) a los substanciosos preceptos de la Constitución”⁴³.

La idea de usar la definición de compuesta de dominio del Código Civil para completar la concepción constitucional de la propiedad es a mi juicio equivocada y se exponen mis razones en la sección 4 siguiente de este mismo trabajo. Del mismo modo la propuesta dogmática de Daniel Peñailillo comprende los números 21 a 25 del mismo artículo 19 de la Constitución como parte de las disposiciones más relevantes referidas a la propiedad. Pero no se explica de manera directa la vinculación entre la propiedad y las disposiciones contenidas en los números 21 y 22 del artículo 19⁴⁴. Aunque Peñailillo hace referencias al número 26 referido al contenido esencial del derecho de propiedad, no lo incluye al momento de singularizar las disposiciones que forman lo que denomina la base constitucional de la propiedad. A diferencia de la propuesta de Peñailillo es nuestra opinión

⁴¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Alejandro, *op. cit.* (n. 34), pp. 11-19 y pp. 81-128.

⁴² *Ibid.*, p. 75.

⁴³ *Ibid.*, pp. 86-87.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 76.

que el subsistema constitucional de la propiedad en Chile se refiere particularmente a las disposiciones del Art. 19 números 23 a 26 inclusive y algunas otras normas y disposiciones que se detallan también en la sección 4 y siguientes de este mismo trabajo.

A pesar de estas diferencias lo cierto es que el profesor Peñailillo se explaya con toda razón sobre el significado de las cuatro causales por las que puede imponerse la función social, que por los términos tan generales, en que están redactados hacen perder toda relevancia a la carácter su taxativo. También explica con gran acierto el concepto de privación total o parcial de la propiedad que se justifica sólo por dos causales constitucionales junto con el requisito que impone la exigencia constitucional de reserva legal y su consiguiente indemnización⁴⁵. En cuanto a la idea de restricciones (limitaciones) y deberes (obligaciones) Daniel Peñailillo ha sostenido que éstas pueden afectar el contenido del derecho de propiedad privada, siempre que respete lo esencial del derecho; o alternatively, puede afectar ciertos atributos o algunas de los caracteres del dominio. Sobre estas cuestiones tan complejas Peñailillo ha expresado con gran precisión que:

“(La imposición de restricciones y deberes) (P)ositivamente, se concretan en normas sobre variadas materias. Entre nosotros están diseminadas por todo el Código Civil y en innumerables leyes especiales, tanto de sectores productivos como habitacionales; tanto industrial como agropecuarias, minero, urbanístico”⁴⁶.

Sobre estos cimientos dogmáticos que ha expuesto Daniel Peñailillo, y sin perjuicio de algunas diferencias que tengo con sus planteamientos, pretendo dar a entender algunos rasgos del subsistema constitucional de la propiedad en nuestra Carta fundamental. Son solo apuntes de la regulación de la propiedad pública y privada en Chile y en ningún caso pretendo ser exhaustivo.

4. APUNTES SOBRE EL SUBSISTEMA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD EN LA QUINTA REPÚBLICA CHILENA

En la carta fundamental de la Quinta República chilena que se inicia en 1990 y que dura hasta hoy, particularmente en su artículo 19, números 23 a 26 inclusive se concentran las principales disposiciones que conforman a mi juicio el subsistema de la propiedad en Chile. Se dispone por ejemplo, que el acceso a la propiedad estará limitado de acuerdo con el principio de reserva legal y que se requiere de ley para justificar su afectación. Del mismo modo la idea que la propiedad recae sobre toda clase de bienes se regula, y alcanza tanto a las

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 90 y 91.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 91 y 92.

cosas corporales como incorporeales. De este modo, la propiedad constitucional recae sobre algunos derechos que son un bien incorporal que quedan comprendidos en el concepto constitucional, pero no encajan fácilmente con la regulación civil de propiedad. No obstante lo anterior, curiosamente en el derecho chileno actual todavía se concibe la propiedad de modo predominante a partir de las normas del Código Civil, lo que distorsiona aún más el paradigma del derecho de propiedad en la Constitución. No se advierte por ejemplo que en materia constitucional la construcción doctrinaria de la propiedad en Chile sea distinta a la de nuestro derecho civil o que vinculada a esta sea considerada como un instituto autónomo. Incluso más, existe una corriente doctrinal que intenta unir ambas o incluso presentarlas como una sola⁴⁷. Tampoco hemos encontrado que se exponga una concepción republicana sobre la propiedad en los trabajos dogmáticos que existen en Chile.

En otras latitudes, en el ámbito del pensamiento republicano más radical y tal como consta en la obra Jennifer Nedelsky, se ha argumentado existen buenas razones para no “constitucionalizar” el derecho de propiedad porque ello implica validar y congelar reforzando la garantía de un status quo de los que son propietarios en un momento determinado, y afectar la igualdad con aquellos que carecen de propiedad o negar la posibilidad que la legislación afecte este derecho⁴⁸.

Por nuestra parte afirmamos que la regulación constitucional de la propiedad es necesaria como afirmación de la dignidad personal y como un límite a la acción del gobierno, pero sostenemos que ésta debe apartarse en su concepción jurídica del derecho civil, porque constituye un subsistema constitucional autónomo que en el derecho chileno se debe reconstruir en torno a los siguientes rasgos principales:

1. La propiedad como derecho fundamental y derecho humano y su relación con la dignidad (Art 5, Art. 17 de la Declaración de Derechos Humanos y Art. 21 del Pacto de San José)

En virtud del artículo 5 de la Constitución chilena debemos considerar como derecho vigente en materia de propiedad el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dispone:

“1 Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente;
2 Nadie puede ser privado de su propiedad arbitrariamente”.

⁴⁷ Véase: NOVOA MONREAL, Eduardo, *op. cit.* (n. 32).

⁴⁸ NEDELSKY, Jennifer. *Private property and the limits of American Constitutionalism*. Chicago, EE.UU.: The University of Chicago Press, 1990, pp. 186, 213, 215, 226, 228, 247, 272 y 273.

También debe integrarse la noción de propiedad que expresa el Pacto de San José que rige de pleno de derecho en Chile y que en su artículo 21 dice:

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

De acuerdo con esta noción de propiedad como derecho humano debemos concebir la propiedad como individual y colectiva y no solo como propiedad privada. Rawls en *The Laws of Peoples* incluye el derecho a obtener propiedad personal, entre aquellas libertades que deben ser garantizados en todas las sociedades que Rawls considera “decentes”. Rawls define la propiedad como un derecho humano al decir que:

“Entre los derechos humanos están el derecho a la vida (a los medios de subsistencia y seguridad); de libertad (de ser libre de esclavitud, servidumbre, ocupación forzada, y de una medida suficiente de libertad de conciencia que asegure la libertad de religión y pensamiento); de propiedad (propiedad personal); y de igualdad formal expresada en reglas de justicia natural (esto es que los casos similares deben tratarse igualmente). Los derechos humanos, así entendidos no pueden ser rechazados como una peculiaridad liberal de la tradición occidental. No son políticamente parroquiales”⁴⁹.

Rawls distingue además al menos dos ideas ligadas a la propiedad entendida como derecho fundamental, que pueden ser consideradas como conceptos o concepciones de la propiedad. Primero, la idea de propiedad personal que debe ser determinada a nivel constituyente o constitucional y que está vinculada a la noción de dignidad y personalidad moral, integridad o identidad del sujeto moral y por ende a su idea de libertad básica. Esta forma de propiedad personal es objeto de los principios de justicia y en el ámbito internacional constituye un derecho humano indisponible. Por una parte se refiere a la propiedad mueble (o no real o no raíz o vinculada a la tierra), y por la otra, se define por una garantía de acceso respecto de todas las personas. Este concepto de propiedad tiene una connotación moral que excede lo propiamente político y se entronca en una concepción de la personalidad de raíz kantiana. Segundo, Rawls concibe el concepto o la idea de propiedad privada o social que corresponde determinar a nivel legislativo y aplicar a nivel judicial y este concepto de propiedad es objeto de regulación acorde con las circunstancias políticas, históricas y sociológicas y comprende decisiones sobre la forma

⁴⁹ RAWLS, John. *The Laws of People*. Estados Unidos: Harvard University Press, 1999, p. 65.

de crear y asignar bienes públicos, elegir el trabajo, prevenir daños a los recursos naturales etc. y llega a alcanzar en su radio de influencia, incluso el ámbito internacional.

En forma consistente con esta idea de propiedad como derecho humano y derecho fundamental, es también importante tener en cuenta que existen además diversos textos constitucionales, incluso tratados y documentos de las Naciones Unidas que consideran que la propiedad amerita protección especial, en cuanto se refiere a la vivienda, la tierra, el agua u otro recursos naturales necesario para la vida humana.

Esta forma de entender la propiedad como derecho humano, que se impone como parte de la concepción republicana de la propiedad también implica que a nivel constitucional deba hacerse una distinción en cuanto al derecho de propiedad que corresponde reconocer y garantizar las personas naturales y en cuanto individuos de la especie humana, y el derecho propiedad que se reconoce y garantiza a nivel constitucional respecto de las personas jurídicas. Esta distinción no está presente en las disposiciones constitucionales chilenas vigentes pero quizá puede desprenderse de la necesaria integración que debe existir entre éstas y las normas de los tratados referidos a la propiedad.

2. La garantía de acceso a la propiedad (Art. 19 No. 23)

El alcance de la garantía de acceso de la propiedad que contempla el mandato constitucional del Art. 19 No. 23 ha sido objeto de cuestionamiento en la doctrina y la jurisprudencia chilena. El Tribunal Constitucional ha señalado en una de sus sentencias que el objetivo y finalidad de esta disposición, es que respecto el mayor número de personas, se entienda naturales y jurídicas, la legislación debe permitir el acceso a la propiedad del modo más amplio posible. Que el derecho de dominio sea accesible incluso respecto de aquellas personas que actualmente no son propietarios⁵⁰.

El precepto que comentamos sustrae de este mandato de acceso al dominio privado a los bienes comunes a todos, los bienes nacionales de uso público y los bienes que la propia Constitución haya expresamente excluido. Entiende además que las limitaciones que puedan imponerse en el acceso a la propiedad privada requieren de una ley de quórum calificado. Esta norma reconoce diversos tipos de propiedad y aunque regula expresamente el dominio privado en verdad no da prioridad o preferencia a esta forma de derecho en relación a las otras instituciones dominicales que también son referidas en ella. Tampoco, desde un punto de vista republicano puede entenderse como una prohibición constitucional

⁵⁰ Véase el Fallo del Tribunal Constitucional N° 260 citado en: PFEFFER, Emilio. *Constitución Política de la República de Chile, Concordancia, Antecedentes y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Cono Sur, 1999, p. 240.

a la nacionalización de una universalidad o conjunto de bienes susceptibles de dominio privado, porque para ello bastaría con incorporar de este modo de adquirir en la normativa constitucional vigente para que tenga que ser tenido como válido en nuestro derecho. Por ejemplo, el inciso sexto del artículo 19 No. 24 reconoce y conserva los efectos jurídicos de la nacionalización minera al disponer que el Estado tiene el dominio exclusivo, inalienable, imprescriptible de todas las minas, sin perjuicio que estas sean objeto de concesión, materia sobre la cual se pronuncia la ley orgánica del ramo.

3. La propiedad constitucional recae sobre toda clase de bienes (Art. 19 No. 24)

El concepto de propiedad constitucional se concibe desde un punto de vista republicano como amplio y se piensa que excede lo dispuesto en los artículos 565, 582 y 583 del Código Civil. El artículo 582 dispone que el dominio recae sobre las cosas corporales y el artículo 583, que sobre las cosas incorporales, esto es aquellas que son meros derechos como los créditos y servidumbres activas, “hay también una especie de propiedad”.

La normativa constitucional no califica de “especie de propiedad”, sino de propiedad o dominio pleno, el derecho que otorga la carta fundamental. Esta propiedad constitucional se asegura a todas las personas respecto de todas las cosas corporales e incorporales sin establecer distinción alguna en cuanto a la titularidad de este derecho.

Por eso no debe llamar la atención que sea consecuencia de esta normativa constitucional que nuevos derechos se asilen en la carta fundamental para su protección en los casos que su estructura no es reconocida en el derecho civil patrimonial. Esto ha sucedido con el derecho a la imagen, el derecho a la publicidad, el derecho al cargo o empleo, los nombres de dominio, el derecho a la matrícula o al plan de salud o de seguro, etc.; todos bienes que han sido asegurados por la vía de la protección generando muchas veces controversia entre aquellos que ven en la Constitución una necesaria correspondencia con las normas del derecho civil. Esta controversia fue expuesta en el trabajo original de memoria de prueba de Jessica Fuentes donde se habla de la inconveniencia de tener un concepto de propiedad expuesto a la inflación o deformación a partir de la expansiva jurisprudencia sobre nuevos derechos que ha emanado de las acciones de protección⁵¹.

Estos nuevos derechos, tales como la propiedad sobre la imagen o los nombres de dominio, merecen protección jurídica constitucional, aunque no tengan protección dominical privada, porque a veces adquieren más valor que los bienes raíces o los bienes

⁵¹ ALDUNATE, Eduardo y FUENTES, Jessica. El concepto de derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías del instituto, *en*: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII, 1997, pp. 195-221.

mobiliarios tradicionales. La amplitud de la norma constitucional sirve de sustento a esta protección.

4. La función social de la propiedad (Art. No. 19 No. 24 y 26)

Esta es una de las cuestiones de dogmática y jurisprudencia constitucional más controvertidas, y que más se aviene con la concepción constitucional republicana, porque no existen referencias a la función social de la propiedad en el derecho civil. Incluso más la introducción de la función social implica imponer un límite al derecho de propiedad privada. Alessandri introdujo la categoría dogmática de la función social influido por las enseñanzas de León Duguit y esta se incorpora y mantiene en el texto actual lo que requiere de un análisis más detallado.

La función social regulada en el artículo 19 número 24 se refiere de modo general a la admisibilidad del interés colectivo como un límite a la propiedad pero también puede ser considerada como parte sustancial del contenido esencial de la propiedad⁵². La función social afecta la acción del legislador, ya que es por medio de una ley que se pueden establecer limitaciones y obligaciones en materias referidas a los intereses generales de la nación, seguridad nacional, utilidad y salubridad públicas y la conservación del medio ambiente. Lautaro Ríos ha pensado que la función social funciona como categoría general de las demás justificaciones que la Constitución reconoce como válidas para limitar la propiedad privada⁵³.

Además, sobre el tema de la función social y su aplicación jurisprudencial, es necesario también determinar si corresponde indemnizar la afectación de un derecho de propiedad privada cuando la función social ha sido invocada para imponer obligaciones o limitaciones al dominio. Como una cuestión relacionada y para el caso que se vea afectado por las obligaciones o limitaciones derivadas de la función social, que afectan el contenido esencial de un derecho de propiedad privada, será también necesario determinar, como se argumentó en el litigio de la *Comunidad Galletué* y ahora es sometido a duda y controversia en la jurisprudencia más actualizada, que ha vuelto a preguntarse si procede indemnización alguna en esos casos.

5. La regulación de la expropiación (Art. 19 No. 24)

⁵² LÓPEZ LÓPEZ, Ángel. El derecho de propiedad. Una relectio, en: *Anuario de Derecho Civil*, t. LI fasc. IV, 1998, pp. 1639-1691.

⁵³ Véase: RÍOS, Lautaro, *op. cit.* (n. 37), pp. 111-136. Ver también: RAJCEVIC MOSLER, E. *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23(1), 1996, pp. 62-67.

La regulación de la expropiación en el artículo 19 número 24 y 25, también es una materia de orden constitucional que desde un punto de vista republicano excede el marco *ius privatista* del derecho propiedad. La expropiación está limitada al uso público de los bienes y exige compensación mediante un procedimiento judicial reglado. Es decir no puede expropiarse una propiedad, sino para que su titularidad sea del Estado o para ser concesionada a su vez a un particular para que este último le dé un uso o la goce o disponga de ella para obtener un beneficio público.

La expropiación procede por causa de utilidad pública y el interés nacional y existe en la Constitución una regulación intensa de este tema, con un procedimiento especialmente establecido al efecto.

Así, por ejemplo, se busca siempre primero negociar con los afectados por la expropiación, y si esto no es posible se inicia un juicio. El procedimiento de expropiación es también precedente respecto de los derechos exclusivos de propiedad intelectual que consagra el Art. 19 No. 25. Todo este procedimiento excede la normativa *privatista*.

6. La noción de atributos o facultades del dominio y la de privación, perturbación y/o amenaza (Art. 19 No. 24 y Art. 20)

Los atributos del dominio son el uso, el goce y la disposición que por cierto están regulados en el Código Civil. En cambio, en el subsistema constitucional de la propiedad se dispone en el Art. 19 No. 24 que se prohíbe toda privación, entendida esta en un sentido más amplio que la sola afectación de los atributos del dominio, que por cierto también pueden quedar comprendidos en esta, porque comprende total o parcialmente el bien sobre el que recae la propiedad.

Al mismo tiempo la idea de privación se enlaza en la garantía judicial del subsistema constitucional de la propiedad que comprende la acción de protección del Art. 20, con las nociones de “perturbación” o “amenaza” que pueden llegar a incluir otras características del goce pacífico de la propiedad que no puedan ser consideradas atributos esenciales.

Se trata en todo caso de una materia de gran complejidad que como bien ha notado Daniel Peñailillo se vincula a una serie de normas y leyes especiales, que no son parte del Código Civil y que tienen estas normas constitucionales como base.

7. La regulación de la propiedad intelectual y otras propiedades especiales (Art. 19 No. 24 y 25)

La regulación de la propiedad intelectual en el artículo 19 número 25 es un mandato abierto del constituyente que debe ser completado por leyes especiales. Esta propiedad está construida sobre la idea de proteger información valiosa por medio de un repertorio de derechos exclusivos que se reconocen y asimilan a la propiedad⁵⁴.

En el caso del dominio que recae sobre la propiedad intelectual no se trata por cierto de derechos sobre cosas incorpóreas, porque aunque sus aplicaciones son susceptibles de apreciarse por los sentidos tienen una definición formal que admite su uso en diversos formatos y soportes materiales. Además su consumo tiene el carácter de bien público, no rival porque el uso que puede hacer una persona de ellos no afecta el de otras personas, y porque su utilización no genera relaciones de rivalidad en su consumo.

Estas instituciones de propiedad intelectual se constituyen por medio de un acto de autoridad formal que es el decreto de concesión y tienen generalmente una duración limitada en el tiempo, término que una vez cumplido hace caer la propiedad exclusiva y abre la situación del dominio común o público sobre estos bienes.

Se trata por cierto de bienes que no admiten la aplicación pacífica de las categorías del Código Civil y que tienen una institucionalidad especial autónoma que solo se entiende como propiedad en la medida de su punto de contacto con las disposiciones de la Carta fundamental.

8. La propiedad constitucional reconoce límites, obligaciones e intereses colectivos (Art. 19 No. 24)

La misma disposición del Art. 19 No. 24 contiene disposiciones que permiten establecer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad ya constituido. Se trata de normas que en lo que se refiere a la función social incluyen las ideas de “intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

En lo que se refiere a la privación de la propiedad, los intereses colectivos que pueden invocarse para justificar tal medida, que están sometidos al requisito de reserva legal, son que la expropiación sea por causa de “utilidad pública o interés nacional”, calificado por el legislador.

Además, en lo que se refiere a la propiedad minera los predios superficiales están obligados y limitados por la exploración, explotación y al beneficio de las minas, lo que

⁵⁴ RUIZ-TAGLE, Pablo, *op. cit.* (n. 8).

también implica un interés colectivo de supeditar los derechos de los primeros a los segundos, por causa de un interés general.

Estas disposiciones que expresan intereses colectivos exceden las normas del Código Civil y junto con encontrarse en la Constitución, son desarrolladas en su aplicación en una compleja legislación de minería, aguas y otros bienes especiales.

Además expresan intereses colectivos que se imponen por sobre la titularidad exclusiva del propietario. Con razón parte de la doctrina ha ligado estas ideas bajo el concepto de “función social” o de “privación” pero eventualmente pueden adquirir una cierta autonomía respecto de estos conceptos o incluso entrar en conflicto con estos. Por ejemplo, es posible imaginar una limitación u obligación impuesta por razones de seguridad nacional, al ser esa doctrina que concibe la guerra contra un enemigo interno y no estar justificada desde el punto de vista del constitucionalismo republicano y democrático porque puede entrar en colisión con el verdadero sentido de la “función social” que corresponde a toda restricción o deber que se impone respecto de la propiedad privada.

9. El contenido esencial de la propiedad (Art. 19 No. 26)

La idea del contenido esencial reconocida en el artículo 19 número 26, que se origina en la doctrina alemana y que ha sido recogido en el derecho comparado, es una importante innovación de la constitución vigente que busca imponer límites al legislador e imponer el principio de proporcionalidad en la afectación del derecho. También implica quizá reconocer la propiedad privada como una institución o como parte del carácter institucional u objetivo del derecho constitucional, cuestión que no se advirtió al parecer en el origen del texto que desde 1990 forma nuestra Constitución y que ha sido destacada por Lautaro Ríos y Eduardo Cordero⁵⁵.

A este respecto conviene preguntarse si acaso desde una concepción constitucional republicana, el contenido esencial de la propiedad, no se identifica acaso con su función social como ha sostenido López y ha sido reconocido por la parte más reciente de la jurisprudencia chilena.

10. Las acciones que protegen la propiedad y los regímenes de excepción y las disposiciones transitorias sobre propiedad (Art. 20, Art. 43 y 44 y disposiciones Segunda y Tercera transitoria)

⁵⁵ CORDERO, Eduardo. De la propiedad a las propiedades: la evolución de la concepción liberal de la propiedad, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (31), 2008, pp. 493-525.

Es sabida la influencia que ha tenido la acción de protección en la configuración del derecho de propiedad pública y privada en Chile. Algunos han planteado que ante la ausencia de tribunales contenciosos administrativos o de una regulación más efectiva de los interdictos posesorios en el Código Civil, ha servido como verdadero equivalente jurisdiccional⁵⁶. Se lo ha criticado también por su carácter vulgarizador. Lo cierto es que ha constituido un medio eficaz de proteger la propiedad y que sus exigencias de requerir una acción u omisión ilegal o arbitraria que cause privación, perturbación o amenaza; forman parte constitutiva del subsistema dogmático de garantías de la propiedad.

A estas normas es necesario agregar también los artículos 43 y 44 referidos a los Estados de excepción constitucional, que desde un punto de vista republicano, son exclusivamente un método regulado de restricciones de los derechos y no pueden ser considerados formas de gobierno. En el caso de los artículos 43 y 44 se trata de normas de la Constitución que admiten las requisiciones y establecer limitaciones a la propiedad en los Estados de Asamblea, de Sitio y Catástrofe respectivamente. Por cierto que estas normas integran el subsistema de la propiedad constitucional en Chile.

Un caso un tanto diferente lo constituyen las disposiciones Segunda y Tercera transitoria respectivamente que establecen excepciones en materias de concesiones y de normas relativas a la gran minería del cobre. Estas normas debían ser parte del texto permanente de la Constitución y salvar las contradicciones que suponen su mantención o simplemente ser derogadas.

* * *

Cada una de las materias antes individualizadas, en los números 1 a 10 inclusive, se relacionan directamente con la dogmática y jurisprudencia de la propiedad en Chile, y concebidas como parte de una concepción constitucional republicana, conforman un verdadero subsistema que tiene un carácter autónomo, que se diferencia de la concepción privatista que predomina en nuestro país.

⁵⁶ Véase: JANA, Andres y MARÍN; Juan Carlos. *Recurso de Protección y contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1996.

5. APUNTES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA PROPIEDAD EN LA QUINTA REPÚBLICA CHILENA

La concepción republicana de propiedad que inspira este trabajo, debe aportar ideas para resolver conflictos en Chile, en el marco de un país que aspira al ideal político jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho⁵⁷. Por su necesaria vinculación con las resoluciones judiciales y políticas y por su connotación jurídica práctica, la concepción republicana de la propiedad no se agota en una formulación conceptual, del así denominado subsistema de la propiedad, sino que debe hacerse cargo de analizar y criticar la jurisprudencia. Generalmente el análisis de la jurisprudencia en torno a la propiedad se ha concentrado en la referencia de una o más sentencias judiciales como muestra o manifestación de una idea jurídica en particular⁵⁸. En nuestro caso queremos centrar estos apuntes en un esfuerzo de análisis y comparación jurisprudencial más general.

En estos apuntes quiero comentar dos de las mejores recopilaciones de jurisprudencia que han reunido casos relativos a las disposiciones del artículo 19 números 23 a 26 y que son respectivamente las del profesor Emilio Pfeffer, *Constitución Política de la Republica de Chile, Concordancia, Antecedentes y Jurisprudencia de 1999* y la de Enrique Navarro y Carlos Carmona, *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*.

En lo que se refiere al texto del profesor Pfeffer, es importante anotar que la jurisprudencia comprende la que emana de la Corte Suprema, de la Contraloría y de diversos tribunales desde 1980 hasta 1999, incluido el Tribunal Constitucional. La ordenación de las sentencias de Pfeffer corresponde a los artículos de la Carta fundamental y por eso hemos revisado los criterios que se han usado y la doctrina jurídica que surge de cada una de las resoluciones, que se han agrupado en esta obra en la forma de un verdadero repertorio jurisprudencial constitucional.

Lo primero que llama la atención al revisar las referencias correspondientes a los artículos 19 números 23 a 26 en la obra de Pfeffer, es la ausencia de referencias a tratados internacionales que puedan corresponder a la regulación constitucional de la propiedad chilena. En este caso salvo por el Art. 19 números 25 y 26, no encontramos tales menciones⁵⁹. Esto supone pensar la propiedad en modo distinto a un derecho humano y fundamental y quizás identificarla totalmente con la idea de propiedad privada.

⁵⁷ ARAGÓN, M. *Libertades económicas y Estado social*. Madrid, España: MCGraw Hill, Colección Estudios Jurídicos, 1995, pp. 2-5.

⁵⁸ Véanse los trabajos de: PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *op. cit.* (n. 34); ALDUNATE, Eduardo y CORDERO, Eduardo, *op. cit.* (n. 40).

⁵⁹ PFEFFER, Emilio, *op. cit.* (n. 41), pp. 239-247.

La segunda observación que podemos hacer es que los criterios de doctrina que usa Pfeffer para agrupar la jurisprudencia corresponden solo parcialmente a las materias que interesan a la dogmática de la propiedad. Por ejemplo, en lo que se refiere a la jurisprudencia del Art. 19 No. 23 se mencionan resoluciones que explican su finalidad, sentido y alcance y se mencionan además sentencias sobre bienes nacionales de uso público, como playas de mar y aguas. Pero luego se trata de manera muy detallada como parte de la jurisprudencia ligada a este numeral de la Constitución, el régimen de concesiones. Se llega a agrupar fallos según la distinción de los tipos de concesiones, se incluyen fallos sobre el rol de los municipios y sus órganos, como también del Ministerio de Bienes Nacionales. Esta materia no es tratada en la dogmática constitucional sobre la propiedad y corresponde más bien al derecho administrativo, pero su inclusión amerita de todas maneras una reflexión respecto de su pertenencia y relevancia en el subsistema de la propiedad constitucional chileno⁶⁰.

La tercera observación referida que surge del estudio del trabajo de Pfeffer, y que es en parte coincidente con la segunda, es que la recopilación de jurisprudencia que comentamos incluye sentencias agrupadas bajo los conceptos constitucionales de cosa corporal e incorporal y su relación con el Código Civil, sobre la función social y el derecho a indemnización por limitaciones o privaciones del dominio que son todas las materias dogmáticas clásicas de la propiedad en la Constitución. Sin embargo, en el trabajo de Pfeffer se agregan a estas materias, en lo que dice relación con el Art. 19 No 24, un acápite y recopilación jurisprudencial subsiguiente referido a la propiedad sobre el “cargo” (público), otro sobre la imagen, o sobre bonos de reconocimiento, y/o reajustabilidad previsional, sobre patrimonio estudiantil y otros derechos que no tienen protección directa en el ámbito del derecho civil y que son objeto de intensa controversia constitucional. La cuarta observación sobre la recopilación jurisprudencial de Pfeffer es que esta se ordena en el tema de la privación de la propiedad en forma coincidente con los criterios del Art.20 de la acción de protección y no con las categorías dogmáticas del derecho civil dominical. Estas categorías comprenden “vulneraciones” o “amenazas” y/o “actos ilegales o arbitrarios que afectan al derecho de propiedad. La quinta observación es que en Pfeffer el tratamiento de esta garantía del derecho de propiedad se abre a materias que incluyen la retención de los cheques y sus protestos, la devolución del impuesto IVA por cierto las concesiones mineras y los derechos de aguas, lo que es muestra clara de cómo el Art. 19 No. 24 tiene amplia aplicación en materias jurídicas que exceden el derecho civil chileno⁶¹.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 239-245.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 247-290.

La sexta observación, se refiere a la jurisprudencia que se ha recopilado en torno al Art. 19 No. 25 se mencionan resoluciones de los tribunales de justicia, particularmente de la Corte Suprema sobre el ámbito de protección, la renovación y la cancelación de las marcas; como también la relación de la propiedad intelectual y la investigación científica y su relación entre la propiedad industrial y la libre competencia; con dos resoluciones sobre esta materia de la Comisión Resolutiva, hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia⁶².

En tercer lugar, Pfeffer trata de las resoluciones judiciales que se han fundado en el Art. 19 No. 26 y da cuenta de cuatro fallos del Tribunal Constitucional que tratan esta materia y que representan una idea bastante cercana a lo que es la dogmática convencional chilena sobre el derecho de propiedad. Quizá lo más interesante de esta sección es su referencia al artículo 29 de la Declaración de Derechos Humanos y del artículo 4 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disposiciones que implican el reconocimiento internacional del principio democrático, y la exigencia de bienestar general y de reserva legal en la afectación del ejercicio de los derechos fundamentales⁶³.

En lo referido a la recopilación jurisprudencial del Tribunal Constitucional de los profesores Enrique Navarro y Carlos Carmona, podemos decir que al igual que en la obra de Pfeffer, se cumple con ordenar los fallos de acuerdo con los artículos de la Constitución y en este caso según lo dispuesto en el Art. 19 No. 23 a 26 inclusive. Del mismo modo que en la obra de recopilación ya comentada, no existen en el trabajo referencias especiales a los artículos de los tratados referidos a la protección del derecho de propiedad y son aplicables las observaciones que se han hecho respecto del trabajo de Pfeffer con algunos alcances.

Por ejemplo, los profesores Navarro y Carmona sostienen como doctrina jurisprudencial que la Constitución en el Art. 19 No. 24 amplió el concepto de propiedad y que no establece un tipo de propiedad determinado. En materia previsional incluye una fina distinción entre cotización y fondo previsional y agrega a las formas de la propiedad vinculada a las normas constitucionales, fallos sobre la propiedad indígena y reúnen jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida a la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, y sobre la forma que los derechos de crédito o incluso patrimoniales del matrimonio pueden ser objeto de protección constitucional⁶⁴.

⁶² *Ibid.*, pp. 289-293.

⁶³ *Ibid.*, pp. 294-298.

⁶⁴ NAVARRO, Enrique y CARMONA, Carlos (Eds.). Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011), en: *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, (45), 2011, pp. 225-238.

Además el trabajo de los profesores Navarro y Carmona abunda en distinciones sutiles en torno a la privación y limitación del dominio, función social y su relación con el principio de reserva legal y con la potestad reglamentaria. Tratan estas materias en un amplio espectro que comprende la legislación urbanística, la pesca, el medio ambiente, la publicidad, la pequeña propiedad raíz, los peajes, las acciones, los contratos y las instituciones del derecho de minería, tales como las servidumbres. Algo semejante puede decirse de su tratamiento de la expropiación que comprende su concepto, si procede su reajuste e indemnización, y la idea recogida en la jurisprudencia constitucional de cómo una limitación intensa de la propiedad puede ser considerada una privación⁶⁵. La recopilación jurisprudencial referida al Art. 19 No. 24 concluye con una remisión a las normas del derecho minero y del derecho de aguas. En lo referido al Art. 19 No. 25 sobre propiedad intelectual e industrial Navarro y Carmona incluyen un fallo del Tribunal Constitucional que resolvió que las compilaciones tienen asegurada la garantía constitucional de la propiedad intelectual⁶⁶.

En todo caso, la novedad más grande de la valiosa recopilación jurisprudencial de los profesores Navarro y Carmona se refiere a los conceptos que se han identificado en la aplicación del Art. 19 No. 26 y la definición jurisprudencial de la idea del contenido esencial del derecho fundamental de propiedad. Contiene referencias a la idea de reserva legal contenida en esta disposición; una distinción entre afectación en su esencia y lo que constituye impedimento para el libre ejercicio de un derecho; la idea que los derechos fundamentales no son absolutos y tienen límites; los criterios para admitir restricciones; el examen de proporcionalidad de la limitación de derechos por vía legal y/o reglamentaria. También hay referencias a la seguridad jurídica y la prescripción y el ejercicio de la jurisdicción en relación con el contenido esencial que son de gran valor jurídico y que exceden lo que alcanza a ser hoy la dogmática constitucional chilena⁶⁷.

6. CONCLUSIÓN

Estos apuntes se han inspirado una concepción republicana de la propiedad. La idea de concepción ha sido introducida en la filosofía jurídica por Ronald Dworkin y en palabras de Antonio Pérez Luño, se entiende del modo siguiente:

“[M]ientras el concepto alude al significado teórico y general de un término, la concepción apela a la forma de llevar a la práctica un concepto. Cuando apelo

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 238-253.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 262.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 263-267.

a un concepto –indicará Dworkin– planteo un problema, cuando apelo a una concepción, intento resolverlo”⁶⁸.

Las concepciones republicanas conciben la propiedad como un derecho-deber para su titular y como vinculado a un conjunto de principios y valores, entre los que destaca su función social. Supone una revisión de la tradición chilena que reconoce el derecho de propiedad como un derecho individual, absoluto y arbitrario (art 582 del Código Civil) y en cambio, concibe la propiedad en su relación con los valores de la libertad y la igualdad.

Esta idea da más coherencia al panorama fragmentado del dominio en Chile e implica una re-lectura del derecho civil de propiedad, como un caso paradigmático del ámbito privado, pero sin que se le atribuya un carácter único o principal⁶⁹. Además, una concepción republicana de la propiedad considera los principios de la supremacía constitucional, su vinculación y aplicación directa y propone la derogación de toda disposición transitoria que limite la aplicación de la carta fundamental.

Para efectos de reinterpretar la Constitución chilena desde el punto de vista republicano debemos redefinir la nueva concepción de la propiedad post 1990, en el ámbito del subsistema constitucional aquí descrito. Este subsistema constitucional de la propiedad en la Quinta República chilena, es diferente a los que existieron durante la historia de nuestro país desde sus orígenes más remotos y hasta el régimen de la Constitución del 1925 y podemos mejorarlo. Por su paciencia y atención en leer estos apuntes, muchas gracias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACKERMAN, BRUCE. *Private Property and The Constitution*. New Haven, EE.UU.: Yale University Press, 1977.

ALDUNATE, Eduardo y CORDERO, Eduardo. Evolución histórica del concepto de propiedad, en: *Revista de estudios histórico jurídicos*, (30), 2008. pp. 345-385.

ALDUNATE, Eduardo y FUENTES, Jessica. El concepto de derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías del instituto, en: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII, 1997, pp. 195-221.

⁶⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio. Concepto y concepción de los derechos humanos, acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta, en: *DOXA*, (4), p. 47-66.

⁶⁹ LÓPEZ LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 52).

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Curso de Derecho Civil. De los bienes*. 3ª Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1993.

ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. De los Bienes y los Derechos Reales*. Santiago, Chile: Editorial Nacimiento, 1974.

ALEXANDER, Gregory y PEÑALVER, Eduardo. *An Introduction to Property Theory*. Estados Unidos: Cambridge University Press, 2012.

AMUNÁTEGUI, Carlos Felipe. No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro código civil, en: *Revista chilena de derecho*, vol. 36(3): pp. 505-525.

ARAGÓN, M. *Libertades económicas y Estado social*. Madrid, España: McGraw Hill, Colección Estudios Jurídicos, 1995

BENGOA, José. *Historia de los antiguos mapuches del sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín*. Santiago, Chile: Editorial Catalonia, 2003.

BRAHM, Enrique. La perversión de la cultura chilena durante el gobierno de la Unidad Popular. Resquicios legales y derecho de propiedad, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (18), 1999-2000.

BUSTOS, Rodrigo. Función social y límites del derecho de propiedad. Temas emergentes en el derecho internacional de los derechos humanos. En: FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANER. *Estudios de derecho privado. Libro en homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2008. pp. 369-393.

CLARO SOLAR, Luis. *De los Bienes y los Derechos Reales. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1939, Tomos III y IV.

CORDERO, Eduardo. De la propiedad a las propiedades: la evolución de la concepción liberal de la propiedad, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (31), 2008, pp. 493-525.

CORRAL, Hernán. Propiedad y cosas incorpóreas. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23(11). pp. 13-18.

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile, Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2008.

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE CHILE

DELAVEAU, Rodrigo. “La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana”. *Revista chilena de derecho*, vol. 33, N°3, 2006. pp. 411-438.

EVANS, Enrique. *Los derechos constitucionales*. Volumen III, Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1999, pp. 213-231.

FAÚNDEZ, Julio. *Democratización, desarrollo y Legalidad: Chile 1831-1973*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.

FERMANDOIS, Arturo. *Derecho de propiedad y postergaciones de permisos urbanísticos*, en: *Revista chilena de derecho*, vol. 34(2): pp. 319-343.

FERNÁNDEZ CONCHA, Rafael. *Filosofía del Derecho o Derecho Natural*. 3ra Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1966, Tomos I y II.

GÓMEZ POMAR, Fernando. *Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?*, en: *Anuario de Derecho Civil*, LI, fasc. III: pp. 1035-1069.

GUZMÁN, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1995.

JANA, Andres y MARÍN; Juan Carlos. *Recurso de Protección y contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1996.

JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo. *La Independencia de Chile*. Madrid, España: Editorial Mapfre, 1992.

KIVERSTEIN, Abraham. *Síntesis del Derecho Civil, De los Objetos del Derecho*. Santiago, Chile: Editorial La Ley, 1993.

LATCHAM, Ricardo. *Organización y creencias de los Araucanos*. Santiago, Chile: Imprenta Cervantes, 1924.

LÓPEZ LÓPEZ, Ángel. El derecho de propiedad. Una relectio, en: *Anuario de Derecho Civil*, t. LI fasc. IV, 1998, pp. 1639- 1691.

MADRID RAMÍREZ, Raúl. “Grandes juristas Rafael Fernandez Concha y el iusnaturalismo tomista en Chile” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, (2006) pp. 5 –15.

NAVARRO, Enrique y CARMONA, Carlos (Eds.). Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011), en: *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, (45), 2011, pp. 225-238.

NEDELSKY, Jennifer. *Private property and the limits of American Constitutionalism*. Chicago, EE.UU.: The University of Chicago Press, 1990.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *La Batalla por el cobre. Comentarios y Documentos*. Santiago, Chile: Ediciones Quimantú.

PAZ, Octavio. *El Laberinto de la Soledad*. México: Editorial Fondo Cultura Económica, 1994.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Alejandro. *Los Bienes: Propiedad y Otros Derechos Reales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2006.

PFEFFER, Emilio. *Constitución Política de la Republica de Chile, Concordancia, Antecedentes y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Cono Sur, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Concepto y concepción de los derechos humanos, acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta, en: *DOXA*, (4), p. 47-66.

RAJCEVIC MOSLER, E. *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23(1), 1996, pp. 62-67.

RAWLS, John. *The Laws of People*. Estados Unidos: Harvard University Press, 1999.

RUIZ-TAGLE, Pablo. *Propiedad intelectual y contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2001.

VALENCIA AVARIA, Luis. *Anales de la República*. Santiago, Chile: Imprenta Universitaria, 1951, Tomo I.

ZAVALA, Silvio. *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 1971, pp. 215-217.