

Legal |

Análisis Jurídico | Contratos y responsabilidad | Artículo 1 de 1

# La propiedad en la propuesta constitucional

**"...Con independencia del resultado del plebiscito del próximo 17 de diciembre, la garantía constitucional de la propiedad seguirá siendo una materia que genera discusiones y debates, algunos políticos, otros jurídicos. Muchas de las cuestiones aquí planteadas han sido objeto de tratamientos jurisprudenciales y doctrinales, lo que evidencia que, más que las reglas, resulta relevante observar cómo ellas se interpretan y aplican..."**

Martes, 12 de diciembre de 2023 a las 13:40



Jaime Alcalde

[Ver más](#)A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

## Jaime Alcalde

En apariencia, la propuesta constitucional que será plebiscitada el próximo 17 de diciembre presenta pocas diferencias con la actual regulación en materia de derecho de propiedad (art. 189, N° 24 de la Constitución). Con pocos ajustes, la redacción ofrecida en el anteproyecto de la Comisión Experta se mantuvo en las etapas sucesivas del proceso (art. 16.33).

El art. 16.35 de la iniciativa señala que "la Constitución asegura a todas las personas (...) el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales". A continuación, la garantía desglosa, ahora con división en literales, el contenido de esa protección constitucional: la reserva legal respecto de la adquisición, uso y goce de la propiedad y sobre las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; la protección contra la expropiación y la exigencia de que la indemnización sea pagada al afectado en efectivo, al contado y con carácter previo a la toma de posesión material del bien por parte del Estado.

Manteniendo un diseño unitario que hoy existe, la propuesta conserva dentro de la misma garantía el dominio del Estado sobre todas las minas, la reserva legal en torno al régimen de concesiones, la imposibilidad de declarar extinguidas dichas concesiones, a menos que así lo decrete una sentencia judicial, y la protección constitucional sobre el dominio de la concesión minera a favor de su titular.

Las aguas también se incluyen dentro de la misma garantía, pero con algunas diferencias frente a la actual Constitución. La primera de ellas es que se constitucionaliza la regla existente en el Código de Aguas, según la redacción dada por la Ley 21.435 (art. 5°, inc. 1°). Con esto, queda dicho en la propuesta que "las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público", de suerte de que "su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación". Sobre ellas se pueden constituir o reconocer derechos de aprovechamiento, los que confieren a su titular la posibilidad de usar y gozar de las aguas, y de transferir y transmitir tales derechos. A diferencia del anteproyecto de la Comisión Experta, la iniciativa

no señala que los derechos de aprovechamiento de aguas tengan el carácter de un derecho real, ni que su constitución futura depende del interés público, como señala el código del ramo (arts. 5° y 6°).

Con todo, una mirada de conjunto de la propuesta constitucional evidencia que existen algunas diferencias interesantes en cuanto a la formulación de esta garantía que conviene revisar.

Una primera cuestión atañe a las limitaciones y obligaciones que impone la función social de la propiedad. En la propuesta final no quedó recogida una regla añadida por el Consejo Constitucional, que dejaba casi sin aplicación este contenido pasivo. En esa regla se señalaba que la ley debía establecer un procedimiento para indemnizar los perjuicios derivados de las limitaciones u obligaciones que se impusiesen al derecho de propiedad, cuando supusieran una privación o afectación discriminatoria o desproporcionada de alguno de sus atributos o facultades esenciales. Correspondía igualmente a la ley establecer un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador. Pese a que esta regla no quedó recogida en la propuesta que se plebiscitará, ella no despejó la duda que a veces se plantea en torno que a las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social no permiten reclamar una indemnización. Sin embargo, esa consecuencia se desprende de la división entre estas cargas y la privación de la cosa o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, que constituye expropiación y faculta al titular para ser resarcido por el daño patrimonial efectivamente causado antes de la toma de posesión material del bien expropiado.

Si bien la delimitación de la función social conserva en el art. 16.35 la misma redacción que tiene la Constitución actual, que "comprende cuanto exijan los intereses generales y la seguridad de la nación, la utilidad y la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental", otras normas de la iniciativa expanden su contenido. Revisten especial importancia tres de ellas, además del capítulo XVI dedicado al medioambiente, la sustentabilidad y el desarrollo.

La primera de esas normas es el art. 1.3, que establece que el Estado chileno es social y democrático de derecho, lo que supone el reconocimiento de garantías individuales y el desarrollo progresivo de los derechos sociales, sumado al compromiso de los poderes públicos por asumir una posición prestacional activa destinada a garantizar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos con independencia de la situación económica y social de cada cual (art. 24). Esta definición tiene consecuencias sobre la función social de la propiedad. Sirve de ejemplo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán sobre la ley de cogestión, de 4 de mayo de 1976, que había sido impugnada por vulnerar los derechos de la sociedad, los socios y los grupos empresariales. [Por sentencia de 1 de marzo de 1979](#), dicho tribunal estimó que ella era compatible con el derecho de propiedad, que debe ser entendido dentro del contexto de un Estado social y democrático de derecho.

La segunda norma que interesa es el art. 23, que desarrolla el ejercicio de las garantías y libertades constitucionales. Ahí se reformula la "garantía de garantías" con que el art. 19 de la Constitución cierra el elenco de los derechos que reconoce: solo la ley puede limitar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales, sin que en forma alguna el derecho pueda ser afectado en su esencia ni se le impongan condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. La diferencia con lo que existe hoy es doble: por una parte, la regla deja de ser una garantía propiamente tal, que protege la seguridad jurídica respecto de los demás derechos fundamentales, y pasa a ser una norma que regula su ejercicio, en un apartado distinto del capítulo II; por otra, el actual art. 19, N° 26 señala que la regulación, complemento y limitación de dichos derechos solo puede tener lugar en los casos en que la Constitución establece, lo que

en la propuesta desaparece para conceder al legislador una potestad general de limitar o restringir el ejercicio de esos derechos cuando lo considere pertinente, sea de manera absoluta o transitoria. Esto se complementa con la potestad reglamentaria del presidente de la República para implementar las leyes, que no queda solo restringida (como hoy) a ejecutar lo que en ellas se dispone (art. 100, letra I).

La tercera norma es el art. 3.2, que permite utilizar otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en la comprensión y aplicación de los tratados internacionales, los cuales son un elemento, junto con la Constitución, para interpretar todo el ordenamiento jurídico. Entre otras aplicaciones, [esta clase de documentos](#) se puede utilizar para interpretar el concepto de "seguridad en la tenencia" que deriva del derecho a la vivienda adecuada (art. 16.29), con las consecuencias que esto trae consigo en materia de desalojos.

Por último, el capítulo XVI agrega igualmente limitaciones y obligaciones a la propiedad dedicadas a la protección del medioambiente y la promoción de la sustentabilidad (arts. 206 y 207) que incluyen la promoción de una matriz energética compatible y la gestión de los residuos (art. 210), el desarrollo armónico, solidario y responsable del territorio nacional (art. 211), y las medidas de mitigación contra el cambio climático (art. 212). Esto profundiza el marco legal existente en la actualidad: del cambio climático se ocupa la Ley 21.455 y su reglamento, y de la gestión de residuos, la Ley 20.920 y su reglamento.

El citado art. 23 de la propuesta contiene otra novedad que complementa la función social de la propiedad y constituye parte del contenido pasivo de cualquier derecho fundamental: los derechos consagrados en aquella "solo estarán sujetos a aquellos límites que sean razonables y puedan ser justificados en una sociedad democrática" (art. 23.2). Esta norma envuelve dos problemas hermenéuticos.

El primero de ellos se refiere al alcance de la expresión "los derechos consagrados en la Constitución". El sentido natural y obvio de esa frase es que la limitación solo atañe a los derechos que la propuesta asegura, con lo cual parecen quedar fuera aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que también constituyen un límite a la soberanía (art. 3.1).

El segundo problema es más arduo y se refiere a la manera de entender los contornos que la propuesta fija a la potestad legal de limitación de los derechos fundamentales. ¿Cuál es el significado de "razonable" y "sociedad democrática"? A partir de esta fórmula se presenta la duda de si lo razonable es solamente aquello que no resulta discriminatorio (arts. 16.3 y 2º de la Ley 20.609) o, asimismo, si implica una valoración en concreto respecto de la manera en que la limitación afecta a una determinada persona. Por ejemplo, cabe preguntarse si cabe estimar razonable que los límites fijados para las construcciones en altura cambien de una calle a otra dentro de una misma comuna o barrio. Algo similar ocurre con la idea de "sociedad democrática", que era una de las bases del anterior proceso constituyente (art. 135, inc. final de la Constitución).

Otra cuestión de relevancia es el concepto de propiedad que utiliza la propuesta, que ha dado lugar a tantas discusiones desde que la garantía fue formulada originalmente. Célebre son aquellas suscitadas por [el trabajo de Alejandro Vergara, a propósito de la "propietarización" de los derechos](#), y [el libro de Alejandro Guzmán](#), dedicado a las cosas incorporales. En esto la propuesta da un paso adelante y dos atrás. El paso adelante ya ha sido mencionado y se refiere a los derechos de aprovechamiento de aguas: lo que el titular tiene es un derecho real que le permite usar y gozar de las aguas, según las características con que ha sido constituido o reconocido, con la consiguiente protección de los derechos adquiridos (art. 12 de la Ley

sobre el efecto retroactivo de las leyes). Los pasos hacia atrás se sitúan en materia de concesiones mineras y fondos previsionales.

Respecto de las concesiones mineras, el art. 16.35 de la propuesta mantiene la redacción de la Constitución vigente y señala que "el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de" la propiedad. Dado que el dominio tiene un concepto técnico y solo recae sobre cosas corporales (art. 582 CC), la expresión hay que entenderla como sinónimo de titularidad sobre el respectivo derecho real de concesión, sea de explotación o de exploración. Pero habría sido deseable que, al igual que se hizo con el derecho de aprovechamiento de aguas, se eliminase esa referencia superpuesta. Aunque es redundante, porque igualmente queda comprendida por la formulación general de la garantía, bastaba con decir que la concesión minera queda protegida por ella. El cambio en la referencia de número a inciso que se observa en la regla parece ser una errata y no tener otras consecuencias, porque una interpretación distinta conduciría a dejar la garantía desprovista de contenido.

Igual confusión se observa en el art. 16.28, letra b) de la propuesta, cuando se consagra una protección especial respecto de las cotizaciones previsionales para la vejez y los ahorros generados por estas, aunque las consecuencias aquí son diversas.

Esta regla se puede entender de dos maneras. La primera supone asumir el término en un sentido técnico y entender que los afiliados al actual sistema de pensiones nunca pueden perder la propiedad (como sinónimo de dominio) sobre las cotizaciones que han enterado mensualmente. Esta conclusión debe ser descartada porque conduce a un resultado absurdo, ya que desarticula el funcionamiento del sistema de capitalización individual. Su funcionamiento consiste en que todos los trabajadores deben depositar cada mes un porcentaje de su sueldo o ingreso en una cuenta personal de una AFP, los cuales tienen como objetivo financiar la pensión futura que recibirá la persona cuando jubile. Si los fondos nunca pueden dejar de pertenecer al titular, significa que la cotización equivale al depósito en arca cerrada que menciona el art. 2221 CC, ya que la propiedad sobre el dinero nunca se transfiere a la AFP, permaneciendo en el afiliado. La AFP se convertiría así en una mera depositaria, que se encarga de guardar y restituir los fondos (art. 2211 CC), sin posibilidad de emplearlos en el mercado. La rentabilidad, fundada en el interés por el uso, pierde también su causa.

Sin embargo, aun decantándose por la interpretación que calza con la situación actual, donde los fondos previsionales se encuentran protegidos como cualquier crédito, la norma abre dos flancos futuros por la redundancia normativa que conlleva el cambio: los fondos son como cualquier propiedad, que se ejerce sin respecto de determinada persona (art. 577 CC), y no un crédito sujeto a un fin especial vinculado con el sistema de seguridad social (art. 578 CC). El primero de ellos consiste en determinar si se puede cuestionar que las AFP traspasen las pérdidas a los afiliados, considerando que estos nunca pueden ver disminuidos sus fondos por la propiedad sobre ellos. El segundo flanco ya se dio con ocasión de la situación planteada en sede de protección constitucional y que acabó recogida en la Ley 21.309. Se trata de la posibilidad de retirar los fondos cuando el afiliado desee, puesto que no existe un interés general comprometido y la propiedad permite al titular disponer de ella a su arbitrio.

Por cierto, la garantía tiene una especial referencia hacia el Estado, el cual no podrá expropiar o apropiarse a través de un mecanismo alguno de dichos fondos previsionales. Esta protección resulta paradójica, puesto que el bien expropiado es dinero y, por tanto, no tiene sentido privar de este a su titular, si la indemnización tiene que ser pagada en efectivo, al contado y antes de la toma de posesión material por

parte del Estado. Esta regla no compromete la posibilidad de destinar esos dineros para pagar una compensación económica (art. 80 de la Ley 20.255) o una deuda de alimentos (art. 19 quinquies de la Ley 14.908), porque en ellos el beneficiario es una persona determinada que se encuentra en algunas de las situaciones que la ley contempla.

La última cuestión relevante en torno a la garantía de la propiedad atañe a la configuración que el art. 26 de la propuesta da a la acción de protección de garantías constitucionales. En ella se elimina la frase "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" (art. 20 de la Constitución), que asigna a esta acción el carácter de un procedimiento cautelar e independiente de otras vías de reclamación. De hecho, el art. 26.5 agrega que si la Corte de Apelaciones respectiva "desestimare la acción por considerar que el asunto es de lato conocimiento o no tiene naturaleza cautelar, indicará el procedimiento que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto". Esta nueva regulación significa que la Corte está autorizada para no dar curso a la protección constitucional si existe, como sucede en caso de la propiedad, otros expedientes a favor del afectado. La tutela constitucional efectiva se difumina (art. 16.6).

Con independencia del resultado del plebiscito del próximo 17 de diciembre, la garantía constitucional de la propiedad seguirá siendo una materia que genera discusiones y debates, algunos políticos, otros jurídicos. Muchas de las cuestiones aquí planteadas han sido objeto de tratamientos jurisprudenciales y doctrinales, lo que evidencia que, más que las reglas, resulta relevante observar cómo ellas se interpretan y aplican. Como fuere, resulta deseable que, en el futuro, la garantía de la propiedad se divida, quedando el régimen sobre las minas y las aguas recogido en garantías constitucionales separadas, por su propia especificidad.

---

## EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online