


El Derecho a la Propiedad Privada en la Nueva Constitución

Opinión Experta

Matías Guilloff Titun
Facultad de Derecho,
Universidad Diego Portales

contexto+

Resumen

En esta minuta se describe la regulación del derecho de propiedad privada en la Constitución de 1980 y luego se formula una propuesta para su consagración en una nueva constitución. 

Introducción

La protección de la propiedad privada es objeto de permanente debate en diversas disciplinas. Dependiendo de la concepción que se tenga sobre ésta, ella resulta un medio sumamente funcional para la protección de valores tales como la libertad, la estabilidad, la autonomía y la eficiencia económica, entre otros. Con todo, consagrar su resguardo en términos demasiado rígidos supone un obstáculo a la posibilidad de que una comunidad política pueda ir perfilando sus instituciones y marcos regulatorios en función de las impredecibles circunstancias sociales, económicas y políticas. Es por ello que en contra de los argumentos que sostienen que el derecho de propiedad privada debe ser el que tenga una mayor protección, se puede sostener que, dada la gran cantidad de derechos e intereses sobre los que incide, la institución de la propiedad privada no puede ser consagrada e implementada en términos absolutos.

Esto explica porque algunos países han optado por no consagrar el derecho a la propiedad privada en su constitución, como sucede en Canadá, o bien, lo consagren haciendo explícito que su protección no puede interpretarse como un obstáculo legal a la adopción de determinadas políticas que buscan resguardar el bienestar de la comunidad (Guiloff y Salgado, 2020). Lo anterior deja en evidencia que articular adecuadamente la tensión entre estabilidad y cambio es el gran desafío que enfrenta la protección constitucional de la propiedad privada (Rose-Ackerman, 1988).

Dada esta realidad, se hace necesario una regulación tal, que permita otorgar estabilidad, sin que ello obste a la posibilidad de establecer ajustes cuando las circunstancias lo demuestren necesario. De no hacerse esto último, contrariamente a lo que muchas veces se sostiene, se afecta severamente la posibilidad de crecimiento económico, pues se produce un desacople entre la realidad material y las normas que la regulan (Hirschman, 2013), lo que genera una costosa incertidumbre (Hale, 1927).

En esta minuta se describe la regulación del derecho de propiedad privada en la Constitución de 1980 y luego se formula una propuesta para su consagración en una nueva constitución.

El Derecho de Propiedad Privada en la Constitución de 1980

Los varios incisos del artículo 19 número 24 de la Constitución regulan diversos aspectos relativos a la protección de la propiedad privada. El primero de ellos establece que mediante esta garantía se protegen diversas especies de propiedad y se refiere al objeto de este derecho: bienes corporales e incorporeales. Por su parte, el inciso dos regula la configuración y modificación de este derecho, dejándola en manos del legislador. Posteriormente, los incisos terceros, cuarto y quinto abordan detalladamente la expropiación. Por último, entre los incisos 6 y 10 se regula la titularidad de los recursos minerales y se amparan con el derecho de propiedad privada las concesiones que permiten la explotación de estos, protección que también se otorga a los derechos de aprovechamiento de aguas en el inciso 11. A continuación se analiza detalladamente la regulación de estos cuatro aspectos.

En cuanto al inciso primero, cabe señalar que en vez de establecer y con ello amarrarse a un concepto determinado de propiedad privada, la constitución actualmente vigente establece que se reconoce el derecho de propiedad privada en sus diversas especies. Esta opción regulatoria implica un reconocimiento a la potestad del legislador de establecer diversos estatutos dominicales, acordes a las características de los recursos sobre los que recaen, tales como, por ejemplo, la propiedad indígena, rural y urbana (Rajevic 1996; Cordero 2008). Como veremos al analizar el inciso segundo, esta potestad tiene como límite el contenido esencial del derecho de propiedad privada, cuyos contornos, no obstante, son lo suficientemente amplios como para que el legislador pueda establecer diversas especies de propiedad.

Una segunda decisión que la Constitución del 80 adopta en este inciso primero es la relativa al objeto de este derecho, estableciendo que ampara tanto bienes corporales como incorporales. Explicar los primeros no resulta difícil, ya que se trata de aquellos que tienen una corporalidad material. Las cosas se complican, sin embargo, al momento de describir los segundos que, en términos sencillos, de acuerdo a la doctrina nacional, consisten en bienes que aunque carecen de la referida corporalidad, tienen un contenido patrimonial (Guiloff y Salgado, 2020). Esto sucede porque surge la necesidad de delimitar cuáles, de entre todas las cosas que tienen un contenido patrimonial (tales como la titularidad de una autorización, concesión o la calidad de sujeto elegible para la obtención de un beneficio), son las que se encuentran protegidas por este derecho. Este punto volverá a ser objeto de análisis en la sección relativa a la propuesta de regulación en una nueva constitución.

El inciso segundo regula la configuración y modificación de este derecho, indicando que esta compete al legislador, aspecto conocido como la garantía de la reserva legal en materia de propiedad. Esta configuración se realiza a través del establecimiento del modo de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad privada. Por su parte, en el lenguaje de la constitución, la modificación o introducción de ajustes a este derecho se realiza mediante la adopción de limitaciones. Estas, por regla general, deben tener como fundamento la función social de la propiedad, la que abarca una serie de elementos que se encuentran listados por la propia disposición (los intereses generales de la nación, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, entre otros).

Además, en tanto limitaciones, deben cumplir con la exigencia establecida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, de no afectar la esencia de este derecho, la que se conoce como la garantía del contenido esencial de la propiedad. Aun cuando existe un gran debate en torno a cuál es este contenido, es posible aseverar para fines didácticos y en consonancia con lo indicado al describir el inciso primero, que esta garantía procura evitar que el legislador establezca una especie de propiedad no susceptible de uso, goce o disposición (Aldunate y Fuentes 1998; Cordero 2006).

Ahora bien, puede ser el caso que al introducir un ajuste a un derecho de propiedad, no obstante que siga siendo posible el uso, goce y disposición del objeto en que este recae, se genere un impacto demasiado severo a su valor. Si esto sucede, no se afecta la garantía del contenido esencial, ni tampoco, como se analizará a continuación, hay una expropiación, aunque el ajuste en cuestión pue-

de ser declarado igualmente inconstitucional, por tratarse de una regulación desproporcionada o una afectación al derecho del igual reparto de las cargas públicas. Este aspecto se analizará en mayor detalle al describir la propuesta de regulación en una nueva constitución.

La institución de la expropiación es objeto de una detalladísima regulación en la constitución vigente. En conformidad a esta, ella no solo se produce cuando se priva a alguien del bien corporal o incorporal que es objeto del derecho de propiedad privada, sino que también en el caso en que, sin llegar a esta situación, la intervención estatal suponga una privación de los atributos o facultades esenciales del dominio. De acuerdo a la doctrina, estas últimas consisten en las posibilidades de uso, goce y disposición, analizadas en el párrafo anterior, que la propiedad confiere a sus titulares (Aldunate, 2006). En consecuencia, si, por ejemplo, el legislador determinara usar y gozar una clínica sin expropiarla, ello supondría una hipótesis de este tipo de privación. Con todo, en la práctica, la determinación relativa a si se configura o no esta hipótesis suele ser mucho más compleja que la descripción anterior, ya que, se ha argumentado, e incluso el tribunal constitucional ha señalado, que una regulación que afecta parcialmente alguna de las facultades anteriormente descritas implica una privación de ellas (Evans 1986).

Tal como lo hace al regular la configuración de la propiedad, la Constitución también prevé una serie de garantías para la expropiación. Antes de describirlas, y para su mejor comprensión, es necesario explicitar que aun cuando compete únicamente al legislador determinar la clase de bienes susceptibles de ser expropiados para satisfacer

una determinada finalidad (así, por ejemplo, derechos de aprovechamiento de agua para asegurar la adecuada provisión del servicio sanitario), siempre es la administración la que luego determina los bienes precisos dentro de la clase que serán objeto de esta medida (en este caso, los derechos de aprovechamiento de aguas específicos).

Habiendo efectuado esta precisión, cabe señalar que la primera de estas garantías consiste en que para llevar a cabo una expropiación, el legislador previamente debe estimar que existe una causa que la justifica, la que puede ser la utilidad pública o el interés nacional. En particular, lo que incumbe al legislador es determinar que ciertas necesidades son exigidas por la utilidad pública (como, por ejemplo, las de construir calles o parques) o el interés nacional (como sucedió en el pasado, cuando se nacionalizó la gran minería del cobre). En tanto, la segunda se refiere al establecimiento de la posibilidad de impugnar ante los tribunales de justicia la legalidad de la actuación administrativa que ordena materializar la expropiación (así, por ejemplo, alegar que no existe declaración de utilidad pública o de interés general que respalde el proceder de la administración o que la administración al implementarla, no se sujetó a los términos de ésta).

Por último, un aspecto de la regulación constitucional de la expropiación que resulta bastante llamativo al analizarse en comparación a la que hacen otras constituciones, es que ella abarca la determinación del monto de la indemnización, así como su forma y oportunidad de pago. En cuanto a la primera, la Constitución determina indemnizar el daño efectivamente causado, con lo que siempre se debe pagar el monto correspondiente

al valor de mercado del bien. Luego, en cuanto a la segunda, se prevé que, a falta de acuerdo, la indemnización debe ser pagada en dinero efectivo y al contado. En otras palabras, salvo que el propio afectado lo acepte, el Estado no puede pagar la indemnización en cuotas. Finalmente, en cuanto a la oportunidad, ella solo puede ser con posterioridad al pago total de la indemnización. Se efectuará un análisis más detallado de las implicancias de estas exigencias al realizar la propuesta de regulación en una nueva constitución (Guiloff y Salgado, 2020).

Un último aspecto regulado con alto nivel de minucia en el texto constitucional es el estatuto de los recursos minerales. En ese sentido, se establece que el Estado tiene el dominio de las minas y otros recursos minerales. Sin perjuicio de ello, se señala a renglón seguido que el legislador puede permitir la exploración o explotación de la generalidad de estos recursos mediante las respectivas concesiones y establece los lineamientos básicos para el otorgamiento de estas, preceptuando que este incumbe al poder judicial. Adicionalmente, indica que estas concesiones, así como los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyan en conformidad a la ley, se encuentran amparados por el derecho de propiedad privada.

La regulación del Derecho de Propiedad Privada en una nueva constitución

En las líneas que siguen se describe la propuesta de regulación de este derecho en una nueva constitución. Mediante ella se procura articular el dilema estabilidad/cambio que subyace a la regulación constitucional de la propiedad privada a través de tres orientaciones: el reconocimiento de la base positiva y democrática de la protección de la propiedad privada, la relevancia que tiene una adecuada regulación del derecho de propiedad privada para la sustentabilidad de las instituciones que estructuran a una comunidad política y el necesario pragmatismo que hay que tener, tratándose de un derecho que de manera continua se utilizará estratégicamente para intentar amparar cualquier ventaja de índole económica, sea que el legislador haya decidido otorgarle esa protección o no. Se hará referencia explícita a esta orientaciones cuando se fundamenten los diversos componentes de esta propuesta.

En relación a la propiedad y al objeto en que esta recae, parece positivo y recomendable seguir el criterio que utiliza la constitución actualmente vigente. Como se explicó anteriormente, en vez de

establecer un concepto rígido de propiedad al que el legislador deba apegarse cuando quiere proteger con este derecho determinadas posiciones o situaciones, la constitución de 1980 le reconoce a la ley la posibilidad de establecer diversos estatutos propietarios, para lo cual reconoce el derecho de propiedad en sus diversas especies. Por consideraciones democráticas y pragmáticas (que se fundamentan en la rigidez que implicaría someter al legislador a una única modalidad de propiedad, determinada de antemano, desconociendo las circunstancias económicas, sociales y políticas que pueden incidir sobre el régimen regulatorio del uso de un determinado recurso), esta formulación se debiera mantener.

Similar, aunque no idéntica, es la recomendación para la regulación del objeto de este derecho. En la actualidad este abarca bienes corporales e incorporeales y, como se ha señalado, la protección de los primeros mediante esta garantía no genera mayores dificultades. Con todo, las cosas son distintas para los segundos: dada la propensión humana a sobrevalorar todo lo que se tiene (Kahneman et al 1991), proteger los bienes incorporeales, sin establecer precisiones que permitan diferenciar éstos del amplio elenco de situaciones/ posiciones favorables que surgen al amparo de los marcos regulatorios, puede suponer un importante obstáculo para cuando sea necesario introducir ajustes o modificaciones a éstos, con el objeto de brindar una mayor satisfacción de las necesidades colectivas.

Por lo mismo, es necesario introducir una calificación explícita a la protección de los bienes incorporeales, la que, nuevamente por consideraciones democráticas, debiera referirse a aquellos bienes

incorporales que el legislador haya decidido darles el status de derechos de propiedad privada. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las concesiones de energía geotérmica, cuyos titulares, de acuerdo a la respectiva ley, “tiene[n] sobre la concesión un derecho de propiedad, protegido por la garantía contemplada en el artículo 19 de la Constitución política y por las demás normas jurídicas que sean aplicables al mismo derecho” (artículo 5 inciso 2 de la Ley N° 19.657). De esta manera, se evita que la protección constitucional de la propiedad privada pueda ser utilizada para bloquear las modificaciones que el tiempo demuestre necesarias a las diversas situaciones y posiciones de contenido patrimonial a las que el legislador no ha decidido otorgarles el status de derechos de propiedad privada.

Por su parte, en lo que concierne a la potestad configuradora que la Constitución le reconoce al legislador para crear posiciones protegidas por el derecho de propiedad privada y someter a ajustes o limitaciones a las existentes, no se estima necesario introducir modificaciones de demasiada significancia. Como se ha indicado, es mediante esta potestad que el legislador establece diversos estatutos o especies de propiedad, sensibles a las circunstancias y necesidades de los distintos recursos cuya explotación debe ser regulada. La consagración de esta en la constitución actualmente vigente parece acertada, en la medida que se encuentra sujeta a las garantías de la reserva legal y del contenido esencial, aun cuando esta última no se establece en el inciso objeto de análisis, sino que en una disposición que regula el régimen aplicable a la regulación de todos los derechos fundamentales (el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política).

La única modificación que parece aconsejable introducir a esta disposición concierne a la especificación de los contenidos de la función social. Actualmente, como se señaló, el artículo 19 N° 24 inciso 2 detalla los elementos que esta comprende. Ello ha producido que al momento de debatir la introducción de ajustes legales a los regímenes de propiedad existentes, se debatan cuestiones tales como, si este listado de elementos es taxativo o no, de forma tal que no sería posible establecer limitaciones fundadas en otros, aun cuando estos digan relación con las finalidades que se protegen mediante la función social de la propiedad (Guiloff y Salgado 2020), o bien a argumentar si el específico supuesto sobre el que incide en la reforma en discusión se relaciona o no con uno de estos elementos (Evans 1986; STC 334/2001). Como se podrá intuir, estas discusiones pueden desequilibrar el delicado balance entre estabilidad y cambio que la protección constitucional de la propiedad está llamada a resguardar.

Por lo demás, tal nivel de especificidad en la regulación de la función social obedece más bien a un aspecto idiosincrático propio de la evolución de la protección del derecho de propiedad privada en la historia constitucional chilena, que a una técnica asentada en el derecho constitucional comparado. En efecto, la especificación de los elementos de la función social fue necesaria para que se pudiese transitar desde un régimen de inviolabilidad relativa de la propiedad, como el establecido en el texto original de la Constitución de 1925, a otro en que se reconocía que la propiedad podía ser objeto de las modificaciones que requiriera esta función (Evans 1967). En el derecho constitucional europeo continental de países con una tradición legal similar a la chilena, como es el caso

de Alemania y España, el texto constitucional se limita a señalar que la propiedad obliga -la consecuencia directa de la función social- o bien que el legislador puede delimitar el derecho de propiedad en conformidad a esta función.

Optar por la alternativa contraria, conllevaría innecesarios -y probablemente irresolubles- debates en torno a cuáles son los elementos que debiera comprender esta función, al momento de discutir el contenido de la nueva cláusula de propiedad, y posteriormente, generaría la oportunidad de dilatar la adopción de reformas que procuran satisfacerla, aduciendo que la finalidad perseguida con la respectiva limitación no se condice con los elementos que esta comprende, al momento de debatirlas en el Congreso. De esta forma, consideraciones pragmáticas (dadas por la previsibilidad de estos debates), democráticas (en cuanto estos elementos limitarían la posibilidad del legislador de introducir los ajustes que las circunstancias demuestren necesarios) y de sustentabilidad institucional (referidas a los costos que, más temprano que tarde, tendría que pagar la comunidad política por no lidiar adecuadamente con la tensión entre estabilidad y cambio), aconsejan efectuar esta modificación en la manera que se consagra la función social.

Con todo, esto puede generar aprehensiones relativas a los impactos económicos que estas modificaciones, exigidas por la función social, pueden generar. Cómo sucede con cualquier derecho fundamental, de ser esta intervención discriminatoria o bien de una intensidad tal que solo lo deje al derecho afectado nominalmente subsistente, ella puede ser declarada inconstitucional. No parece haber alternativa regulatoria alguna que pueda li-

diar mejor con el dilema estabilidad/cambio que atraviesa al derecho de propiedad privada: una regla que estableciera explícitamente el deber de indemnizar las regulaciones que afecten el derecho de propiedad, haría ilusoria la potestad configuradora y tornaría inviable la introducción de los ajustes a un régimen regulatorio que el tiempo demuestre necesarios, a la vez que otra que determinará un umbral a partir del cual el impacto regulatorio debiera ser indemnizado, no solo correría el riesgo de verse superada por los supuestos que se presenten en la realidad, sino que también generaría una serie de costosos debates relativos a la manera en que habría de medirse dicho impacto.

Como se describió antes, la constitución actualmente vigente es extremadamente detallada en su regulación de la expropiación. Este nivel de detalle no resulta conveniente porque rigidiza demasiado las cosas para el legislador, lo que irónicamente sucede con una institución que se fundamenta en la necesidad de reducir los costos en los que, a falta de ella, tendría que incurrir el Estado si tuviera que negociar con cada uno de los ciudadanos a los que sea necesario privar de su propiedad para construir infraestructuras o satisfacer otro interés general de la nación, como es el caso de la expropiación (Merrill, 1986). Ello explica la singularidad de esta regulación desde la perspectiva del derecho constitucional comparado, en el que la regulación constitucional de la expropiación suele ser más bien escueta, limitándose a señalar que nadie puede ser privado de su propiedad sin el pago de indemnización y estableciendo la necesidad de fundamentar dicha intervención en una determinada causa, que puede ser, entre otras, el uso público, la utilidad pública y el interés general.

En razón de lo anterior, es aconsejable establecer una regulación constitucional mucho más sucinta de la expropiación, que contemple solo las garantías básicas. Estas son, la necesidad de una ley, motivada en una causa que la propia constitución determine, y la posibilidad del afectado de impugnar el acto administrativo expropiatorio, de forma tal de dar un adecuado resguardo frente a eventuales errores o excesos en que pueda incurrir la administración al utilizar esta potestad. Lo concerniente al monto de la indemnización, así como su forma y oportunidad de pago, debiese quedar en manos del legislador, de forma tal de no restarle utilidad a esta institución.

Por último, y en lo relativo al estatuto propietario de determinados recursos, no parece para nada aconsejable replicar la técnica regulatoria de prever su regulación en la propia constitución. Dado que se trata de recursos naturales más o menos escasos, y nuevamente para lidiar adecuadamente con el dilema entre estabilidad y cambio, lo razonable es que el legislador cuente con un marco de actuación que haga viable introducir ajustes cuando las circunstancias de explotación de estos recursos así lo aconsejen.

Desde luego, lo anterior no quiere decir que no se puedan configurar usos privativos sobre estos recursos y que no se les pueda otorgar a estos alguna garantía de estabilidad. El punto es más bien que es el legislador, y no el constituyente, el que se encuentra en una mejor posición para evaluar si corresponde o no hacerlo. Con todo, dado que se trata de recursos a través de los cuales se satisfacen necesidades vitales y de cuya explotación se pueden obtener rentas que ayuden a la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad,

es importante que si el Estado decide establecer que estos recursos puedan ser usados de manera exclusiva por privados, establezca condiciones o regulaciones que aseguren la sustentabilidad en su explotación o una retribución adecuada a la comunidad por su utilización. Esto resulta crucial para que dicha utilización, que solo beneficia a algunos (lo que resulta razonable, para prevenir la sobreexplotación de estos recursos), sea percibida como una regulación justa, y no como un privilegio exorbitante, percepción que resulta fundamental para la sustentabilidad en el tiempo de este arreglo institucional.

El establecimiento de un deber del Estado de administrar los bienes comunes en beneficio de la comunidad, no es algo inédito en el panorama constitucional comparado. Es así como la Constitución del Estado de Alaska establece, por ejemplo, que al regular el uso, explotación y conservación de los recursos naturales pertenecientes al Estado, el legislador deberá obrar para lograr el máximo beneficio de los habitantes del Estado (*maximum benefit of its people*). Adicionalmente, y en el mismo sentido, la sección tercera del mismo artículo señala que los peces, animales silvestres y aguas en estado natural, quedan reservados para el uso común del pueblo. Por su parte, la Constitución del Estado de Hawaii indica que todos los recursos naturales públicos son administrados fiduciariamente por el Estado para el beneficio de la gente. Estos ejemplos perfectamente pueden ser usados como referentes para establecer una norma que confiera al Estado un deber de protección sobre los bienes comunes en una nueva Constitución.



Bibliografía:

Aldunate, Eduardo y Fuentes, Jessica. 1997. *El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº 18).

Aldunate, Eduardo. 2006. *Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad*. Revista Chilena de Derecho (Vol. 33, Nº 2).

Cordero, Eduardo. 2008. *De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad*. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº 31).

Evans, Enrique. 1986. *Los Derechos Constitucionales, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Evans, Enrique. 1967. *Estatuto constitucional del derecho de propiedad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile

Guiloff, Matías y Salgado, Constanza. 2020. *Derecho de Propiedad*, en *Manual de Derechos Fundamentales. Parte Especial*. Santiago: Editorial Tirant Lo Blanch.

Hale, Robert. 1927. *Value and Vested Rights*. Columbia Law Review (Nº 27).

Hirschman, Albert. 2013. *Political Economics and Possibilism*, en Adelman, Jeremy (editor), *The essential Hirschman*. Princeton: Princeton University Press.

Kahneman, Daniel, Knetsch, Jack y Thaler, Richard. 1991. *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*. The Journal of Economic Perspectives (Vol. 5, Nº 1).

Merrill, Thomas. 1986. *The economics of public use*. Cornell Law Review (Nº 72).

Rajevic, Enrique. 1996. *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*. Revista Chilena de Derecho (Vol. 23, Nº 1).

Rose-Ackerman, Susan, 1988. *Against Ad Hocery*. Columbia Law Review (Nº 88).

Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 334, de 21 de agosto de 2001, respecto del requerimiento recaído en el proyecto de ley que modifica el Decreto Ley Nº 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (2001).