

---

# HACIA UNA LECTURA DEMOCRÁTICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

Pascual Cortés Carrasco

Gonzalo García-Campo Almendros

Pablo Torres Villalobos

*Ayudantes, Universidad de Chile*

**Resumen.** La discusión política chilena reciente ha estado cruzada – especialmente a propósito del debate por un cambio constitucional– por múltiples referencias al rol que debe tener el derecho de propiedad. En este artículo se argumenta que existe una defensa anti-democrática del derecho de propiedad que lo entiende como un derecho pre-político que estaría fuera del alcance de la voluntad del legislador. Esta sería la concepción del derecho de propiedad que consagra la Constitución de 1980. Se sostiene que el argumento anti-democrático opera como una defensa de los propietarios, y no como un fundamento para una institución que proteja el bien común. En contra de dicha concepción, se proponen algunas bases de lo que aquí llamamos una “lectura democrática del derecho de propiedad”, que sujete la configuración de este derecho a la voluntad de la comunidad política y, a la vez, sirva al interés común, no solo al de una privilegiada minoría de propietarios. La concepción democrática del derecho de propiedad se construye sobre la base del rol que deben cumplir los derechos fundamentales –como consensos básicos de la vida común– y del reconocimiento de las relaciones que dicha institución es capaz de configurar dentro de la sociedad.

**Palabras Clave.** Cambio Constitucional, Derechos Constitucionales, Constitución de 1980, Derecho de Propiedad, Democracia.

Cítese como: Cortes, P., García, G. y Torres, P. (2015) “Hacia una lectura democrática del derecho de propiedad en la Constitución chilena”, en *Derecho y Crítica Social* 1(2) 317-373. ISSN 0719-5680. Recibido el 29 de octubre de 2015, aprobado para su publicación el 11 de enero de 2016. Contacto del autor correspondiente: ptorresvillalobos@gmail.com.

---

# TOWARDS A DEMOCRATIC INTERPRETATION OF THE RIGHT TO PROPERTY IN THE CHILEAN CONSTITUTION

Pascual Cortés

Gonzalo García-Campo

Pablo Torres

*Ayudantes, Universidad de Chile*

**Abstract.** Chile’s recent political debate has been marked –especially with regard to the debate for a constitutional change– by multiple references to the role that the right to property should have. In this article it is argued that there is an “anti-democratic” defense of property right that understands it as a pre-political right that would be beyond of the scope of the will of the legislature. This is the conception established under the 1980 Constitution. It is held that the anti-democratic argument works as an owner’s defense, not as a basis for an institution that protects the common good. Against this conception, we offer some foundations for what we will call “a democratic interpretation of property right”, that attaches the configuration of this right to the will of the political community and at the same time favors the common interest, and not only a privileged minority of owners. The democratic interpretation of the right to property is built on the basis of the role that fundamental rights should accomplish –as basic agreements of common life– and on the recognition of the relationships that this institution is able to set within society.

**Keywords.** Constitutional Change, Constitutional Rights, 1980 Constitution, Property Right, Democracy.

Cite as follows: Cortes, P., García, G. and Torres, P. (2015) “Hacia una lectura democrática del derecho de propiedad en la Constitución chilena”, in *Derecho y Crítica Social* 1(2) 317-373. ISSN 0719-5680. Received on October 29, 2015 and approved for its publication on January 11, 2016. Corresponding author contact: ptorresvillalobos@gmail.com.

## INTRODUCCIÓN

Más de cien mil personas marcharon por la Alameda Bernardo O'Higgins, la calle más importante de Santiago de Chile, el jueves 30 de junio de 2011<sup>1</sup>. Aunque impresionante cantidad, no se trató de un fenómeno aislado. Solo dos semanas antes, más de ochenta mil personas habían repletado el mismo lugar<sup>2</sup>. Se trataba, en ambos casos, de convocatorias hechas por el “movimiento estudiantil”, que había generado un severo cuestionamiento al modelo educacional chileno; cuestionamiento que, complejo y de múltiples aristas, se sintetizó en un lema repetido en miles de calles de numerosas ciudades del país: “por una educación gratuita, sin lucro y de calidad”.

No solo las demandas de los estudiantes adquirieron visibilidad durante 2011. Aunque fueron quizá las mejor articuladas y que más impacto tuvieron, pocos meses antes de que aquéllas adquirieran notoriedad, habían ocurrido otras movilizaciones sumamente significativas. Durante el mes de enero, intensas huelgas, paros y marchas tuvieron lugar en la región de Magallanes como respuesta a los problemas de centralización del país<sup>3</sup>. Poco después de esto, a lo largo del país se movilizó una importante cantidad de personas oponiéndose a la construcción de una central hidroeléctrica en la región de Aysén<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Soy Chile (30 de junio de 2011).

<sup>2</sup> La Tercera (17 de junio de 2011).

<sup>3</sup> Dichas movilizaciones se originaron debido al alza del precio del gas natural que afectó a la región de Magallanes, producto de la decisión del gobierno de terminar con el subsidio al consumo que beneficiaba a los habitantes de dicha región. Véase La Tercera (11 de enero de 2011).

<sup>4</sup> Las marchas contra la construcción de la central hidroeléctrica HidroAysén agruparon a gran cantidad de gente a lo largo del país, especialmente en Santiago, donde llegaron a congregarse más de 70.000 personas. Véase El Clarín (20 de mayo de 2011).

Todas estas movilizaciones sociales, muy intensas y ocurridas en un breve lapso, dieron a este año una especial relevancia: por primera vez, desde la vuelta a la democracia, la discusión pública fue copada por algo más que la demanda de modificaciones parciales. Lo que se instaló en el debate fue la legitimidad misma del modelo neoliberal implementado en nuestro país por la dictadura cívico militar, cuya máxima manifestación normativa se encuentra en la Constitución Política de 1980. Ésta fue diseñada de modo tal de proteger el modelo frente a los procesos democráticos, acallando así cualquier demanda de cambio. Dicho de otro modo: neutralizando la agencia política del pueblo<sup>5</sup>.

En este clima de deslegitimación institucional, la idea más poderosa que se ha instalado en el debate nacional es aquella que propone un cambio constitucional<sup>6</sup> que termine con el modelo impuesto en nuestro país mediante la Constitución de 1980 y sus mecanismos de neutralización de la política democrática<sup>7</sup>.

La discusión respecto de los cambios específicos que deben hacerse a dicha Constitución, así como de la forma en que ella puede ser modificada es muy amplia y pareciera lejos de estar zanjada. Sin embargo, uno de los aspectos más relevantes que ha estado presente en la discusión pública, dice relación con el rol del derecho de propiedad. De hecho, el programa de gobierno de

---

<sup>5</sup> Como ha sostenido Atria *et. al.* (2013): “El modelo chileno en su dimensión constitucional es una estructura deliberadamente diseñada por los ideólogos de la dictadura para poner el núcleo del proyecto político de Augusto Pinochet a salvo de la política democrática, neutralizando la posibilidad transformadora que está implícita” (19).

<sup>6</sup> Atria (2013) 3-4.

<sup>7</sup> En este contexto de cuestionamiento al modelo es que se comenzó a hablar de reforma educacional, tributaria, laboral, etc. Se trata, en definitiva, de distintas reformas (con independencia de si efectivamente han resultado exitosas o no) que tienden a corregir ciertas instituciones construidas sobre la base de una idea de sociedad que, tal como ha sostenido Atria (2013), entiende al individuo “como un agente para quien sólo su interés individual tiene fuerza motivacional” (77-78).

la presidenta Bachelet se refiere a la modificación del estatuto de dicha institución.

En este contexto, los sectores conservadores de nuestro país –quienes sustentaron la imposición del modelo de la Constitución de 1980 y que hoy defienden los dogmas del neoliberalismo como orden social, político y económico– han encendido sus alarmas y desplegado todo tipo de advertencias frente a lo que, bajo su concepción, sería una amenaza para el buen desempeño de la institucionalidad vigente. Basta dar una mirada a los medios de prensa nacional para encontrar todo tipo de argumentos –que a ratos más parecen diatribas– que sostienen que cualquier intento por una reforma constitucional que modifique el estatuto constitucional del derecho de propiedad, y que reconozca al legislador democrático un mayor poder de disposición sobre éste, se traduciría en el deterioro de la inversión y el crecimiento económico, y tendría, por tanto, nocivas consecuencia para la estabilidad y el futuro del país<sup>8</sup>.

Asimismo, desde el mundo académico cercano a la derecha se ha sostenido que un cambio constitucional que implique una modificación de la regulación del derecho de propiedad contenida en la Constitución de 1980 no podría sino constituir un atentado contra un derecho fundamental inherente a la naturaleza humana, reconocido en tratados internacionales y que, por tanto, no puede estar a disposición de las decisiones mayoritarias<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Una opinión muy representativa de esta narrativa puede encontrarse en el Diario La Tercera: “Las consecuencias en términos de deterioro en la inversión y crecimiento condujeron a la inestabilidad económica y social, llegando a ser uno de los países con mayor retraso en Latinoamérica. Una situación que culminó en una grave crisis social y política, y el quebrantamiento de la democracia, lo que distó de ser concordante con el interés colectivo. Por el contrario, bajo la protección y reconocimiento que le brinda la Constitución vigente a la propiedad, el país ha experimentado un período de tres décadas de crecimiento y estabilidad sin precedentes en el siglo pasado, y que lo transformaron en la nación latinoamericana con mayor ingreso per cápita, lo cual no puede considerarse como contradictorio con el interés colectivo”. Editor (14 de junio de 2015) 7.

<sup>9</sup> Arturo Fermandois, en una reciente entrevista al Diario Financiero, señaló que “no le cabe a la Constitución ser más agresiva de lo que hoy contiene el texto en cuanto a

En similar sentido, se ha afirmado que la propiedad privada sería el fundamento de la libertad<sup>10</sup>.

Así, dado que la propiedad privada correspondería a un derecho fundamental que asegura la libertad de las personas y que está directamente relacionado con la prosperidad económica de un país, la decisión de “relativizar” dicho derecho –introduciendo, por ejemplo, elementos relacionados con su función social, o reconociendo al legislador democrático un mayor poder de disposición sobre la configuración del mismo– tendría nocivos efectos para la estabilidad económica, a la vez que implicaría un menoscabo por la libertad de los individuos.

Esta defensa del derecho de propiedad debe ser mirada con sospecha. Pues, si consideramos que se trata de un derecho que, además de plantearse como un obstáculo frente a la posibilidad de un cambio constitucional, ha sido tradicionalmente invocado por la derecha como una barrera frente a la implementación de reformas legislativas aprobadas por el Congreso, es posible pensar que su defensa esconde algo más que un supuesto respeto por los derechos fundamentales o la estabilidad institucional.

Por otra parte, desconoce que la regulación del derecho de propiedad, lejos de tratarse de un asunto que debiese estar fuera de cualquier modificación normativa, corresponde a una cuestión especialmente polémica. En efecto, cuando pensamos en el derecho de propiedad, surgen muchas preguntas cuyas respuestas lejos están de ser pacíficas. A modo de ejemplo, es probable que preguntas tales como “por qué debemos privilegiar la

---

limitaciones del derecho de propiedad. Los tratados internacionales, como corresponde, garantizan –junto con muchos otros derechos– el derecho de propiedad, facultan para expropiaciones con la debida indemnización y autorizan su limitación por razones de bien común. *Hay muy poco espacio para ser más agresivo en la limitación del derecho de propiedad, sin vulnerar derechos fundamentales y que no dependen de una Constitución u otra, son permanentes, inmanentes y están protegidos internacionalmente*”. Fermandois, A. (9 de junio de 2015) 38-39 (énfasis agregado).

<sup>10</sup> Larraín, L & J.F. García (21 de julio de 2014) 2.

propiedad individual frente al interés general”; “por qué debemos establecer el derecho a propiedad privada sobre ciertos bienes y no sobre otros” o “por qué se debe asegurar la protección de la propiedad privada frente a las decisiones mayoritarias” admitan diversas respuestas. Por lo tanto, la idea de excluir estas definiciones de los procesos democráticos de toma de decisiones parece peligrosa. En este sentido, uno de los problemas de la defensa anti-democrática del derecho de propiedad es que, al entenderlo como un derecho natural pre-político, actúa como si todas estas interrogantes ya hubiesen sido resueltas, dando por sentado lo que en realidad debería probar.

Este trabajo constituye un intento por desafiar dicha concepción y argumentar que la narrativa de la derecha chilena, además de sustentarse sobre la base de ciertas premisas equivocadas, en realidad da cuenta de una concepción de los derechos y las instituciones políticas que demuestra cierto desprecio por los valores de la democracia, tratándose más bien de un intento por defender los intereses de quienes buscan conservar los privilegios que el derecho de propiedad les ha permitido detentar, lo cual despierta importantes sospechas sobre su legitimidad y abren espacio a la pregunta sobre el rol que le cabría en un régimen democrático<sup>11</sup>.

En una primera parte, se argumenta que en la Constitución de 1980 se materializó una concepción del derecho de propiedad de corte anti-democrática que representa las opciones políticas de sus redactores. Para

---

<sup>11</sup> Cabe recordar aquí las agudas palabras de Gerald A. Cohen al referirse –en el marco de la ejecución de las políticas conservadoras británicas del “thatcherismo”, encaminadas a una mayor protección de la propiedad privada– al anhelo de conservar la riqueza y el poder en los miembros de las clases altas, evitando que sean compartidos con los trabajadores: “Este anhelo no se esgrime a modo de justificación oficial de las actuales políticas de gobierno, en parte porque [...] vivimos en una era democrática, lo que hace necesario defender ante la población en su conjunto, no sólo ante los privilegiados, las medidas que se adoptan, también debido a que la constitución de los seres humanos les dicta la necesidad de creer, al menos de vez en cuando, que lo que están haciendo es moralmente correcto”. Véase Cohen (2014) 27.

ello, se realiza una descripción general de la protección del derecho de propiedad en la Constitución, destacando algunos rasgos que permiten dar cuenta que el constituyente optó por una protección reforzada, que inmuniza al propietario frente a las decisiones del legislador; se ofrece un recorrido histórico que a nuestro juicio explica por qué el reforzamiento del derecho de propiedad fue uno de los objetivos prioritarios de los redactores de la Constitución de 1980; y se expone cómo dicha protección reforzada del derecho de propiedad ha operado en la práctica política.

Una segunda parte del texto se aboca a argumentar que la concepción que inspira la consagración constitucional del derecho de propiedad en la Constitución de 1980, al entender que existen asuntos que están fuera de la competencia del legislador, esconde un profundo temor y escepticismo frente a la democracia.

Finalmente, en la tercera parte, sostenemos que el derecho de propiedad puede ser pensado sobre bases democráticas, permitiendo que la protección de la propiedad no se erija como un mero privilegio de quienes la detentan, sino como una institución que resguarde el bien común. Para esto se atiende a las relaciones que estructuran los derechos fundamentales y al peligro que supone la protección de derechos subjetivos entendidos como barreras a las decisiones democráticas.

Creemos que el debate actual no da cuenta de que las instituciones políticas se deben fundamentar sobre la base de pretensiones de legitimidad y cuya generación y diseño debe ser producto de los desacuerdos inherentes a una comunidad política. En un momento en que se discute la legitimidad de nuestras instituciones, es necesario que como comunidad política determinemos cuál es el valor que tiene el derecho de propiedad. Para eso, es importante depurar el debate y superar las trampas hermenéuticas sobre las que se construye la defensa individualista de la propiedad. A eso se aboca este trabajo.



## **I. FUNDAMENTOS Y CONCEPCIONES SOBRE LAS QUE SE CONSTRUYE EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980**

Esta primera sección busca identificar los fundamentos anti-democráticos sobre los que se construye el derecho de propiedad consagrado en la Constitución de 1980. Con dicho objetivo, además de describir las principales características de su regulación constitucional, nos referiremos al contexto histórico que precedió su establecimiento y en el que se manifiestan las concepciones políticas de los redactores de dicha Constitución. Como se verá, el carácter anti-democrático del derecho de propiedad se ha manifestado de forma clara en la manera en que dicha institución ha operado en nuestro sistema jurídico.

### **1. Descripción de la regulación normativa del derecho de propiedad en el artículo 19 N° 24 de la Constitución**

La Constitución de 1980, en su artículo 19 N° 24, estableció un régimen de protección del derecho de propiedad que se caracteriza por un marcado carácter individualista –visión propia del Estado de derecho burgués– que otorga una fuerte primacía al individuo, por sobre los intereses colectivos. Se trata de un estatuto ultra protector del propietario que permitiría, incluso, resguardarlo frente a la intervención derivada de la actividad legislativa<sup>12</sup>.

Esta concepción individualista y ultra protectora que consagra la Constitución, se manifiesta de forma clara a través de sus distintos elementos. Si se le compara con los estatutos constitucionales precedentes,

---

<sup>12</sup> En este sentido, Ferrada (2015) ha sostenido que “la Constitución vigente hace una mirada esencialmente individualista del derecho de propiedad, manifestando una preocupación evidente por la protección del propietario y reconociéndole a este una garantía institucional sobre su derecho. Lo anterior llega al extremo, para algunos, de restringir la actividad del legislador para imponer limitaciones a sus facultades individuales, proclamándose una especie de status quo propietario” (162-163). En similar sentido, véase Cordero (2006) 126.

podemos ver con claridad que el constituyente de 1980 no sólo extendió su ámbito de aplicación, sino que además restringió fuertemente las hipótesis bajo las cuales es posible imponer limitaciones al derecho de propiedad.

En primer lugar, en cuanto a la extensión del derecho de propiedad, un primer elemento que es posible destacar de la regulación establecida en la Constitución de 1980, tiene que ver con el hecho de que ésta no solo otorga protección constitucional al dominio o propiedad sobre bienes corporales, sino también sobre las cosas incorpóreas, como los derechos. En efecto, el inciso primero del artículo 19 N° 24, dispone que la Constitución asegura a todas las personas “[e]l derecho de propiedad en sus diversas especies *sobre toda clase de bienes corporales o incorpóreas*”.

Este elemento presenta especial relevancia desde el punto de vista de la protección del propietario. Producto de algunas particularidades del desarrollo de nuestra práctica jurídica —en que el concepto de bien incorporal ha sido extendido a derechos que no tienen contenido patrimonial, como el honor, la calidad de funcionario público, etc., y en que el recurso de protección ha sido utilizado como una forma de oposición frente a intervenciones en la propiedad— se ha generado una tendencia hacia la *propietarización* de los derechos, que implica que todos los derechos son confundidos con el derecho de propiedad mismo<sup>13</sup>. De esta forma, las discusiones sobre derechos se han reducido a una discusión sobre el derecho de propiedad, “pareciendo que este es el único derecho que tiene la

---

<sup>13</sup> Es importante señalar que, en términos prácticos, la evolución de este fenómeno en nuestro país ha sido ambivalente. Por un lado, ha permitido a los particulares contar con una vía de protección de sus derechos fundamentales frente a injerencias del Estado o de terceros; derechos que, de no contar con este modo de protección, no tendrían cómo resguardar. Pero por otro lado, ha generado que un sinnúmero de asuntos extremadamente relevantes (como las cargas y derechos que conlleva ser funcionario público, o el real contenido y alcance del derecho a la educación) sean discutidos en términos de propiedad sobre un derecho, lo que sin duda desfigura el contenido de derechos tanto o más fundamentales, para nuestra vida en común, que el derecho de propiedad. Para una caracterización de este fenómeno, así como para una evaluación matizada y ambivalente del mismo, véase Cordero (2006).

entidad suficiente en nuestro derecho para lograr la protección judicial de las personas”<sup>14</sup>.

Como se verá *infra*, el fenómeno descrito ha sido un elemento clave que ha permitido construir la oposición a reformas legislativas de carácter redistributivo sobre la base de su supuesta vulneración al derecho de propiedad<sup>15</sup>. En definitiva, el reconocimiento del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes ha permitido proteger cualquier derecho frente a cambios legislativos, provocando un congelamiento de la actividad del legislador.

Un segundo elemento que da cuenta de la gran extensión del derecho de propiedad en la Constitución, consiste en que la protección jurídica de la propiedad no solo se extiende a la propiedad misma, tal como lo había entendido la tradición constitucional, sino también a los atributos o facultades esenciales del dominio, reconocidas por la doctrina civil<sup>16</sup>. En efecto, el artículo 19 N° 24 establece que “[n]adie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae *o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio*”.

La relevancia que, para efectos de este trabajo, presenta esta disposición tiene que ver con su potencial efecto neutralizador respecto de la actividad del legislador, lo cual se deriva de una interpretación antojadiza de los conceptos de atributos y facultades del dominio. Tal como ha sostenido Juan Carlos Ferrada, para poder delimitar de forma precisa qué es lo que la Constitución protege y el modo en que lo hace, es necesario distinguir entre atributos (dentro de los que se encuentra la exclusividad, inviolabilidad, perpetuidad y el carácter real del dominio), y facultades del dominio (uso, goce y disposición), toda vez que la protección constitucional sólo debe aplicarse respecto de los primeros. La razón es que hacerla extensiva a las

---

<sup>14</sup> Ferrada (2015) 168-169.

<sup>15</sup> Cordero (2006) 128.

<sup>16</sup> Ferrada (2015) 169.

facultades volvería imposible cualquier posibilidad de regular la propiedad, pues mediante ésta siempre se estaría, de alguna manera, estableciendo una limitación al uso, goce o disposición de un bien<sup>17</sup>.

Así, una interpretación que no distinga claramente entre atributos y facultades se traduce en una norma que actúa como una barrera infranqueable frente a cualquier iniciativa legislativa que, de alguna manera, pueda afectar los atributos o facultades asociadas al derecho de propiedad<sup>18</sup>. En este sentido, la literatura ha reconocido que la extensión de la protección del derecho de propiedad a los atributos y facultades del propietario, “supondría elevar el derecho de propiedad a un derecho absoluto, que no admitiría regulación estatal bajo ningún supuesto, salvo que se indemnizare previamente al propietario del bien específico”<sup>19</sup>.

En cuanto a los límites del derecho de propiedad, la Constitución establece, en el inciso segundo del artículo 19 N° 24, que “[s]ólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. De esta forma, el constituyente estableció una garantía formal, exigiendo que las limitaciones al derecho de propiedad solo puedan ser establecidas en virtud de una ley<sup>20</sup>, y una garantía material, de acuerdo con la cual dichas

---

<sup>17</sup> Ferrada (2015) 170.

<sup>18</sup> Ferrada (2015) 171.

<sup>19</sup> Ferrada (2015) 170.

<sup>20</sup> Respecto de esta exigencia se ha construido una discusión respecto del alcance de la reserva legal, esto es, cuál es el nivel de detalle que se le debería exigir a una regulación legal y en qué medida esta podría ser complementada por medio de la potestad reglamentaria de ejecución. Por una parte, se sostiene que si bien el legislador es el único que puede establecer limitaciones al derecho de propiedad, éste perfectamente podría hacerlo a través de disposiciones o parámetros generales, de modo que sean complementados por medio de la potestad reglamentaria de ejecución, reconociendo a esta última un mayor campo de acción (teoría de la reserva legal relativa). Por otra parte, se sostiene que el legislador debe regular la materia de forma acabada, de modo que el Ejecutivo sólo tendría competencia, por medio de la potestad reglamentaria, para detallar ciertas disposiciones que permitan la mejor ejecución de la norma (teoría de la reserva

limitaciones solo pueden estar justificadas en la función social de la propiedad.

La función social permite que el legislador imponga ciertas limitaciones a los propietarios privados, que permitan hacerla compatible con los intereses generales. Como sostuvo Eduardo Novoa Monreal:

“[L]a función social es una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común. Se funden en ella la libertad del individuo y las facultades que la propiedad concede, con la obligación de hacer uso de ellas de manera conveniente al interés social, absteniéndose de lo que perjudica a éste y cumpliendo las actividades que él reclama. En consecuencia, la función social puede limitar la propiedad, pero también puede determinarla activamente”<sup>21</sup>.

Este concepto tiene su origen en la Constitución de 1925, que si bien no la establecía expresamente, reconocía la potestad del legislador para imponer

---

legal absoluta). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de esta discusión en reiteradas ocasiones. Inicialmente (década de los ‘90), se mostró a favor de la segunda postura y rechazó la posibilidad de que la Administración estableciera limitaciones al derecho de propiedad por medio de la potestad reglamentaria. Al respecto, véase sentencias de fecha 6 de abril de 1993, Rol N° 167 (*Letreros Camineros*) y de 28 de febrero de 1994, Rol N° 185 (*Ley de Bases del Medio Ambiente*). Luego, se ha pronunciado a favor de una postura que reconoce mayor campo de actuación a la regulación administrativa. Véase al respecto, sentencias de fecha 29 de enero de 2014, Rol N° 2.299-12-INA (*Santa Beatriz*) y de 27 de enero de 2015, Rol N° 2.644-2014 (*Molinera del Norte*). Sin embargo, la última jurisprudencia del Tribunal ha demostrado una vuelta hacia un enfoque sumamente restrictivo de la actividad regulatoria sobre el derecho de propiedad. Véase sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, Rol N° 2.686-14-INA (*Curtiembres*).

<sup>21</sup> Novoa (2006) 263 (énfasis agregado). En similar sentido, Ferrada (2015) ha sostenido que “la función social viene a configurarse como una carga pública, que impone a los propietarios privados la obligación de soportar ciertas limitaciones y obligaciones impuestas por el legislador fundadas en intereses públicos relevantes, y que el dueño de una cosa o bien debe aceptar producto de la dimensión social del mismo derecho” (177).

limitaciones sobre la base de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública<sup>22</sup>. Solo con la reforma constitucional de 1967, llevada a cabo por medio de la Ley N° 16.615, la función social fue incorporada de forma explícita en nuestro ordenamiento jurídico.

La Constitución de 1980 establece un concepto de función social limitado, menos inclusivo que aquel contenido en la Constitución de 1925. En efecto, de acuerdo con la Constitución de 1980, la función social de la propiedad “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”, mientras que en la Constitución de 1925, luego de la reforma introducida por la Ley N° 16.615, dicho concepto comprendía “cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”.

Como se puede apreciar, el constituyente de 1980, a través del estatuto del derecho de propiedad, demostró su fuerte interés por la protección de los propietarios individuales, a quienes apenas impone cargas o deberes con la sociedad, debilitando así el rol social o público que este derecho puede cumplir<sup>23</sup>.

Pese a su fisonomía restringida, existe importante oposición hacia dicho concepto por parte de alguna literatura que la ha entendido como una contradicción dentro del régimen consagrado en la Constitución de 1980, cuyo propósito era precisamente reformular, repotenciar y acorazar el

---

<sup>22</sup> La Constitución Política de 1925, en su artículo 10 N° 10, disponía que “[e]l 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 utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”.

<sup>23</sup> Ferrada (2015) 167.

derecho de propiedad<sup>24</sup>. En términos específicos, se identifica una contradicción, por una parte, entre el robustecimiento del derecho de propiedad, entendido como un derecho natural de la persona, y la posibilidad de limitar este derecho por amplias causales pertenecientes a la función social, por otra<sup>25</sup>.

En este sentido, se ha sostenido que, pese al reconocimiento de la función social como causa para imponer limitaciones al derecho de propiedad por parte del legislador, estas limitaciones jamás podrían afectar su contenido esencial. Por tanto, el legislador solo puede establecer limitaciones periféricas, siempre que no se afecte el contenido esencial del derecho de propiedad<sup>26</sup>. Esta postura supone un concepto muy limitado de función social que da cuenta de una concepción preminentemente individualista del derecho de propiedad.

Por otra parte, la Constitución de 1980 dispone que la única forma en que el derecho de propiedad puede ser privado es por medio de una expropiación, previa indemnización de perjuicios, y siempre que lo justifique la utilidad pública o el interés nacional. Al respecto, se regula un procedimiento sumamente detallado que establece causales restringidas y estrictas reglas de pago (el que debe ser realizado en dinero efectivo y al contado y debe corresponder al valor del daño efectivamente causado al propietario). Se trata de una regulación mucho más exigente que la que existía en la

---

<sup>24</sup> Fermandois (2010) 310-311. El mismo autor sospecha que la decisión final de no eliminar el concepto de función social en su integridad se debió, en parte, a la participación en la Subcomisión de Derecho de Propiedad de Pedro Jesús González, Ministro de Justicia del Presidente Eduardo Frei Montalva y quien, en su oportunidad, defendió el texto de la reforma de 1967 ante el Senado. Véase Fermandois (2010) 312.

<sup>25</sup> Fermandois (2010) 214.

<sup>26</sup> Ferrada (2015) 178-179.

Constitución de 1925<sup>27</sup> y que manifiesta la búsqueda de la protección de la propiedad privada por parte de la Constitución de 1980<sup>28</sup>.

Finalmente, el artículo 19 N° 24 regula de forma exhaustiva el régimen de la propiedad minera y establece, entre otras cosas, que el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía del derecho de propiedad. En el mismo sentido, establece que los derechos de los particulares sobre las aguas otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos. Buena parte de estas disposiciones fueron concebidas como una forma de responder a la supuesta inestabilidad e inseguridad jurídica que afectó a los inversionistas mineros bajo el régimen introducido por la reforma constitucional de 1971<sup>29</sup>.

Esta breve descripción de sus elementos principales, nos permite constatar que el derecho de propiedad consagrado en la Constitución Política de 1980 es definido por un conjunto de características que, en términos generales,

---

<sup>27</sup> Como ha hecho presente Muñoz (2013), la reforma constitucional de 1967, introducida mediante la Ley N° 16.640, permitió facilitar los mecanismos de expropiación y de toma de posesión de los fundos expropiados; fenómeno que se explicaría por la exigencia que la Constitución imponía al legislador de hacer la propiedad “accesible a todos” y de propender a su “conveniente distribución” (99).

<sup>28</sup> La expropiación está regulada en los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 19 N° 24 de la Constitución, que dispone que “[n]adie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión”.

<sup>29</sup> Fermandois (2010) 410-414.



buscan inmunizar al propietario de la acción del legislador, asegurándole, por medio de una protección robusta, que su derecho de dominio no quedará sujeto a los vaivenes propios de la actividad democrática.

Como veremos a continuación, en la mente de los redactores de la Constitución de 1980 existía un gran temor al debilitamiento del derecho de propiedad. A su juicio, los años anteriores al golpe de Estado habían puesto en jaque este derecho. Es esto lo que explica, en gran medida, el modo en que se inmunizó a los propietarios en la nueva constitución.

## **2. La concepción anti-democrática del derecho de propiedad: una perspectiva histórica**

¿Qué explica que la Constitución de 1980, como hemos visto, otorgue una protección tan significativa al derecho de propiedad? Parte de la respuesta a esta pregunta se encuentra en la importancia que el debate en torno a este derecho –y, en especial, a la protección que merecía la propiedad privada de los medios de producción– tuvo en los años inmediatamente anteriores al golpe de Estado. Se trata de años en que tal debate ocupó las discusiones públicas más relevantes, desatando enconados conflictos políticos.

En esta subsección revisaremos someramente los debates que surgieron en torno a la protección del derecho de propiedad durante los años que antecedieron al golpe militar. Nos interesa, especialmente, el modo en que la derecha blandió la vigencia del derecho de propiedad como un modo de oponerse a las reformas más importantes de los gobiernos de Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende. En esas oposiciones se puede observar ya una lectura anti-democrática del derecho de propiedad, es decir, una concepción caracterizada por utilizar este derecho para oponerse a las decisiones de la mayoría. Y es justamente este modo de operación de la propiedad privada lo que luego recogerán los redactores de la Constitución de 1980.

### **Los agitados años de reforma: 1967 – 1973**

En el sexenio que va de 1967 a 1973, en Chile se llevaron a cabo importantes reformas de carácter redistributivo. Cabe mencionar, a modo

ejemplar y entre las más emblemáticas, la Ley N° 16.615, que reformaba el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de la República, introduciendo modificaciones al derecho de propiedad a fin de posibilitar la realización de la reforma agraria; la Ley N° 16.640, que posibilitaba al gobierno de Eduardo Frei Montalva llevar a cabo la mentada reforma; y la Ley N° 17.450 que, aprobada en forma unánime en 1971, permitía la nacionalización del cobre. Se trata de leyes de suma importancia, entre otras cosas, porque modificaban las reglas de propiedad sobre las principales fuentes de riqueza del país: la tierra y las minas de cobre.

En atención al carácter y la relevancia de estas reformas, J. C. Gómez ha afirmado que “[e]l conflicto político de la década del sesenta giró en torno a la vigencia de la propiedad privada como el eje articulador de la sociedad capitalista”<sup>30</sup>. A juicio del mismo autor, la reforma al artículo 10 N° 10 de la Constitución y la Ley de Reforma Agraria, junto a la Ley de sindicalización campesina, permiten sostener que 1967 fue “el año crucial de la historia política del Chile contemporáneo”<sup>31</sup>.

Las iniciativas redistributivas de los gobiernos de Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende desataron una enconada oposición de la derecha, la cual puede encontrarse, fundamentalmente, en las editoriales del diario *El Mercurio* y en los escritos de un entonces joven Jaime Guzmán.

En el siguiente apartado nos centraremos, en primer lugar, en las ideas que en esta época sostenía Jaime Guzmán. Dado que se trata del principal ideólogo de la Constitución de 1980, es importante constatar cómo alguna de las ideas que Guzmán sostuvo se pueden encontrar años más tarde en la

---

<sup>30</sup> Gómez (2006) 175.

<sup>31</sup> Gómez (2006) 187. Sostiene el autor que las tres reformas indicadas alteraron las bases del Estado Capitalista de Compromiso, vigente en Chile desde 1938 y caracterizado, en términos generales, por alianzas entre distintas clases sociales. En 1967 “el Estado dejó de ser un campo de alianzas políticas y pasó a ser un campo de abierta lucha por su control y dominación”.

base del ideario de la junta militar. Por esto, en segundo término examinaremos las ideas nucleares de este ideario.

### **Jaime Guzmán: una defensa férrea de la propiedad privada**

El 30 de noviembre de 1964 el presidente Eduardo Frei Montalva envió al Congreso un proyecto de reforma constitucional que proponía, entre otras cosas, una redistribución de la propiedad. Así, en el Mensaje de dicho proyecto se afirmaba que “[e]n cuanto al derecho de propiedad, la reforma que os propongo garantiza este derecho y al mismo tiempo afirma categóricamente su función social y la necesidad de hacerlo accesible a todos”<sup>32</sup>.

Pocos meses después, en 1965, en la ultra conservadora revista *Fiducia*, Jaime Guzmán explicitó cuáles eran los motivos para defender el derecho de propiedad. Al respecto, sostuvo que:

“La defensa del derecho de propiedad es, en verdad, la defensa de un principio de derecho natural, necesario para la conformación de una sociedad cristiana, que permita a quienes forman parte de ella su realización como seres humanos. No se trata, pues, entonces, de un principio que sirva de base tan solo a un régimen político, la democracia, que es uno de varios regímenes políticos legítimos (si reúne ciertos requisitos) y perecedero. Se trata, más allá de eso, de la defensa de un principio básico de la civilización cristiana”<sup>33</sup>.

Para Guzmán la democratización del derecho de propiedad que proponía el proyecto de Frei era un peligro que había que conjurar. Y es que ella significaba relativizar uno de los principios sobre los que debía fundarse la convivencia política a fin de que ésta pudiese favorecer la realización de cada

---

<sup>32</sup> Texto del mensaje y del proyecto de reforma constitucional propuesto por S.E. el Presidente de la República, Eduardo Frei Montalva, con fecha 30 de noviembre de 1964. Citado por Gómez (2006) 191.

<sup>33</sup> Citado por Gómez (2006) 196.

individuo. Para Guzmán, como hemos visto, se trataba de un principio que debía defenderse aún más allá de la existencia de la democracia. Sea cual fuere el régimen político, debía ponerse como fundamental objetivo la defensa de la propiedad.

Otro elemento nuclear en la concepción de Guzmán lo constituía el temor de que el derecho de propiedad, al ser sometido a un proceso de democratización que buscara asegurar su efectivo ejercicio a “las grandes mayorías” –como sostenía el Mensaje de Frei Montalva ya citado–, se terminara entendiendo como una especie de “concesión del Estado, que se da y se quita a quien a este le parezca”<sup>34</sup>.

Lo interesante es que en términos muy similares a Guzmán se expresaban en esos años los/as editorialistas de *El Mercurio*, el principal portavoz de la oposición a las reformas al derecho de propiedad impulsadas por el gobierno de Frei Montalva. Es así como en dichas editoriales se sostiene que frente al derecho de propiedad solo pueden sostenerse, por decirlo de algún modo, dos actitudes. Se puede “negar francamente la propiedad privada y radicarla en el Estado, que es el caso de los totalitarismo socialistas” o bien “garantizar la propiedad de los particulares y su iniciativa individual, conjugando una y otra con las exigencias del bien común”<sup>35</sup>. A mayor abundamiento, sostenía que era ilusorio “imaginar otras formas de propiedad distintas de la privada y que no desemboquen en un modo u otro en el colectivismo estatal”<sup>36</sup>.

Estas declaraciones resultan sumamente ilustrativas, pues dan cuenta cómo para Guzmán y la derecha de ese tiempo, uno de los grandes enemigos de la vigencia del derecho de propiedad era justamente el ejercicio de la democracia. Ésta pierde, así, su potencial para ser el espacio en que se

---

<sup>34</sup> Citado por Gómez (2004) 286.

<sup>35</sup> Citado por Gómez (2006) 194.

<sup>36</sup> Citado por Gómez (2006) 194.

decide el modo de vivir juntos, y pasa a ser, en cambio, un enemigo al cual hay que temer.

### **La protección del derecho de propiedad en el ideario de la junta militar.**

Como es de público conocimiento, pocos tiempo después de la perpetración del golpe militar, comenzó a funcionar la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC, en lo que sigue), un grupo de juristas mandatados por la junta de gobierno para dictar una carta fundamental a su medida. Dentro de los principales objetivos que tuvo el trabajo de la CENC, estuvo la reformulación de la regulación constitucional del derecho de propiedad<sup>37</sup>. A mayor abundamiento, esta reformulación es parte de una tríada de objetivos fundamentales que tuvo el trabajo de la Comisión, que Fernandois ha descrito de la siguiente manera:

“a) En lo orgánico, el rediseño del sistema democrático de gobierno, que corrigiese las falencias de aquel que llevó a la crisis de 1973; b) En lo dogmático, la introducción de principios fundantes del sistema constitucional, que consagrasen la dignidad espiritual del hombre y su primacía por sobre el Estado; y c) en lo operativo, el fortalecimiento constitucional del derecho de propiedad”<sup>38</sup>.

¿Por qué el reforzamiento del estatuto constitucional del derecho de propiedad tenía tanta importancia en el ideario de la junta militar?

El mismo Fernandois ofrece una respuesta: para la junta militar y, en general, para quienes políticamente se alineaban tras ella, el país había sido testigo, durante los últimos años del régimen democrático, de un progresivo –y peligroso, juzgaban ellos– deterioro del derecho de propiedad. Éste se había iniciado en 1963, con la dictación de la Ley N° 15.295<sup>39</sup> durante el

---

<sup>37</sup> Fernandois (2010) 213.

<sup>38</sup> Fernandois (2010) 214.

<sup>39</sup> Esta norma, que modificaba el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política, le permitía al gobierno de Jorge Alessandri llevar a cabo una reforma agraria.

gobierno de Jorge Alessandri; y había continuado, con especial fuerza, con las ya mencionadas leyes N° 16.615 de 1967 y 17.450 de 1971. Todas estas normas buscaban, en términos generales, una “flexibilización” de las garantías asociadas al dominio, a fin de llevar a cabo reformas redistributivas de grandes magnitudes. Adicionalmente, se puede decir de ellas que democratizaban el acceso a los recursos naturales en los que, hasta entonces, se había asentado el poder de los grupos dominantes de este país.

Es por esto que apenas perpetrado el golpe de Estado, se comenzó a labrar el nuevo tratamiento del derecho de propiedad. Fermandois sostiene, incluso, que “el año 1973 puede conceptualizarse, pues, como el punto de inflexión en cuanto a la protección de la garantía de la propiedad”<sup>40</sup>.

Hemos visto, párrafos más arriba, que el fortalecimiento del estatuto constitucional del derecho de propiedad estuvo entre los objetivos prioritarios de la junta militar. Solo tres años después de la perpetración del golpe de Estado, la junta dictó el Acta Constitucional N° 3 (Decreto Ley N° 1551, de 13 de septiembre de 1976), en la que, junto a una serie de derechos y deberes constitucionales, se reconocía el derecho de propiedad. Como ha afirmado el mismo Fermandois, parte de las disposiciones relativas al derecho de propiedad contenidas en esta acta se explican por “las privaciones inconstitucionales de la propiedad durante el período 1970 – 1973”<sup>41</sup>.

En este breve recorrido hemos pretendido mostrar cómo la configuración de la protección del derecho de propiedad en la Constitución de 1980 se construye como una respuesta a lo que el país vivió durante los años anteriores al golpe de Estado, caracterizados por reformas políticas y económicas profundas. Desde el inicio de estas reformas, la derecha arguyó la defensa y protección de la propiedad como un modo de oponerse a aquéllas. No debe extrañar, entonces, que una vez que alcanzó el poder –un

---

<sup>40</sup> Fermandois (2010) 227.

<sup>41</sup> Fermandois (2010) 229.

poder, recordémoslo, prácticamente ilimitado— uno de sus principales objetivos fuera el establecimiento de un régimen que permitiera blindar y sobreproteger el derecho de propiedad.

### **3. La aplicación del derecho de propiedad en la práctica constitucional y política**

Si observamos la práctica política de nuestro país en los últimos veinte años, podemos constatar que el uso del derecho de propiedad como una herramienta para frenar —total o parcialmente— reformas legislativas, ha sido una estrategia recurrente por parte de la derecha.

Si bien, como se sostuvo en el apartado anterior, se trata de un fenómeno que existe en Chile con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, es necesario tener en cuenta que esta última ha proveído a sus defensores de poderosos mecanismos destinados a bloquear la voluntad legislativa que pueda conllevar una alteración del *status quo*<sup>42</sup>. Pues tales mecanismos han permitido que la estrategia señalada sea particularmente exitosa bajo su imperio.

El mecanismo paradigmático en este sentido es el control preventivo del Tribunal Constitucional dentro del proceso legislativo, que permite que quienes no son capaces de ganar una discusión en el Congreso, puedan recurrir ante dicho órgano para frenar la voluntad de la mayoría. En efecto, esta particularidad de nuestro diseño constitucional ha permitido que dicha estrategia protectora del *status quo*, a diferencia de lo que ocurría bajo el régimen constitucional de 1925, pueda ser implementada con éxito, aun en caso de que se trate de una reforma que haya obtenido la aprobación en el Congreso. Es más, nuestra práctica política nos ha demostrado que la sola posibilidad de que se pueda recurrir al Tribunal Constitucional alegando la inconstitucionalidad de alguna reforma ha permitido a la derecha que el

---

<sup>42</sup> Para un análisis de estos mecanismos y su importancia en el procedimiento legislativo chileno, véase Atria (2013) 44-54.

gobierno limite los efectos que los cambios legislativos propuestos pueden tener sobre el *status quo*, alterando muchas veces el efecto transformador inicialmente buscado<sup>43</sup>.

A continuación se ofrece un recorrido que describe algunos casos que han tenido lugar luego de la vuelta a la democracia, en los que la derecha ha intentado frenar iniciativas legislativas invocando el derecho de propiedad. El objetivo es demostrar cómo la Constitución de 1980 y las concepciones de Guzmán sobre el derecho de propiedad han permitido imponer barreras a los procesos democráticos. Debido a su relevancia como herramienta protectora del *status quo*, se trata en su mayoría de casos en los que se utilizó al Tribunal Constitucional como medio para bloquear la voluntad legislativa.

### **Deuda subordinada**

En el año 1995, frente a los importantes perjuicios derivados de la aplicación del sistema de capitalizaciones automáticas introducido el año 1985<sup>44</sup> -en el marco de las medidas implementadas para enfrentar la crisis de

---

<sup>43</sup> Esto es lo que sucedió, por ejemplo, a propósito del fondo solidario que buscaba corregir algunas desigualdades entre los sistemas público y privado de salud, destinando un porcentaje de las cotizaciones de todos a FONASA. El gobierno, ante la amenaza de la derecha de rechazar el proyecto o de presentar un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, decidió eliminar las disposiciones relativas al fondo solidario. Para un análisis sobre las consecuencias del control preventivo del Tribunal Constitucional en el procedimiento legislativo, véase Guiloff (2014).

<sup>44</sup> El sistema de capitalizaciones automáticas fue introducido mediante la Ley N° 18.401, como un mecanismo destinado a incentivar la capitalización de los bancos y, de esa forma, aumentar la posibilidad de cobrar la deudas que las distintas entidades financieras tenían con el Banco Central. Dichas deudas se derivaban de la compra que el Banco Central efectuó a los bancos comerciales de sus carteras riesgosas, los que se obligaron a recomprarlas una vez mejorada su situación económica. Así, la ley reconoció a los bancos e instituciones financieras que tuvieran *pactos de recompra* pendientes, la posibilidad de emitir acciones con preferencia, la que consistiría en el derecho a recibir dividendos con cargo a los excedentes de cada ejercicio durante la vigencia de dichos pactos. A su vez, la ley les reconoció la posibilidad de optar por no repartir los dividendos, los que serían capitalizados por el solo ministerio de la ley. Al respecto, el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401 disponía que “[l]a junta de accionistas, con el acuerdo de la mayoría



los años '80 que afectó al sistema financiero y que se caracterizó por la alta incobrabilidad de la cartera de créditos suscrita por los bancos–, el gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle envió un Mensaje al Congreso con el objeto de derogar dicho sistema, contenido en el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401<sup>45</sup>, sobre capitalización de dividendos en los bancos con obligación subordinada.

Ante dicha situación, un grupo de parlamentarios de oposición presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, alegando la inconstitucionalidad del proyecto, y sosteniendo que, a través del mismo, se estaba vulnerando el derecho de propiedad reconocido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución. En términos específicos, sostuvieron que, de derogarse el mencionado artículo 10, se estaría privando a los accionistas que adquirieron sus acciones bajo el régimen establecido en dicha ley, de una facultad especial incorporada en su patrimonio, sin otorgar derecho a ningún tipo de indemnización, estableciendo, de este modo, una confiscación. La argumentación de los requirentes se construyó sobre la base de que la Constitución otorga idéntica protección al dominio de cosas corporales e incorporales.

El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento y declaró que la derogación propuesta era contraria a la Constitución, toda vez que implicaba una privación a los accionistas de un derecho adquirido a votar la no repartición de dividendos y a que se produzca su capitalización por el solo ministerio de la ley, afectando su derecho de dominio, al deteriorar y

---

absoluta de las acciones presentes o representadas que gocen de preferencia, podrán acordar que no se les reparta dividendo. Las sumas que les hubieren correspondido como dividendo se capitalizarán por el sólo ministerio de la ley y se emitirán acciones preferidas que tendrán derecho al total del dividendo en la proporción resultante entre el aumento del capital pagado y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas”.

<sup>45</sup> Proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los bancos con obligación subordinada (Boletín N° 1508-05).

suprimir facultades de que gozaba, vulnerándose de esta manera, el derecho de propiedad protegido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución<sup>46</sup>. Asimismo, el Tribunal estimó que no procedían en el caso ninguna de las causales que la norma constitucional establece como justificatorias de una limitación al derecho de propiedad en atención a su función social. Sostuvo que el efecto singular y específico de la derogación pretendida por el gobierno permitía entenderla como un derecho particular, de carácter privado y aplicable a un grupo específico de personas, de modo que no sería posible entender que su privación pudiera ampararse en los intereses generales de la Nación<sup>47</sup>. Finalmente, reconoció que el legislador carece de facultades para alterar un derecho incorporado al patrimonio de los particulares en virtud de una ley anterior<sup>48</sup>.

### **Ley de Prensa**

Ese mismo año, el gobierno presentó al Congreso un proyecto de ley que buscaba reformar el sistema de comunicación social, con el objetivo de garantizar el pluralismo informativo y la libertad de opinión, elementos esenciales en un sistema democrático. En este sentido, el proyecto, entre otras medidas, buscaba establecer límites a la concentración de los medios de comunicación (artículo 43, inciso segundo)<sup>49</sup>, así como al silenciamiento

---

<sup>46</sup> Sentencia de fecha 10 de febrero de 1995, Rol N° 207, considerando 55°.

<sup>47</sup> Sentencia de fecha 10 de febrero de 1995, Rol N° 207, considerando 60°.

<sup>48</sup> Sentencia de fecha 10 de febrero de 1995, Rol N° 207, considerando 63°.

<sup>49</sup> El artículo 43, inciso segundo del proyecto, incluido por un grupo de Diputados en la discusión en Sala, disponía que “[s]e reputarán como hechos de la naturaleza de los sancionados en el inciso precedente:

“a. En el ámbito de la prensa escrita, el control de más del 30% del mercado informativo nacional en manos de una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras; y el control directo o indirecto por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras, de más del 30% de la distribución de los diarios de información general;

b. El control de más del 15% del mercado informativo general, por una persona natural o jurídica; o de más del 20% del referido mercado, por dos o más personas naturales o jurídicas asociadas;

deliberado y arbitrario de hechos u opiniones de importancia o trascendencia social (artículo 20, inciso tercero)<sup>50</sup>.

La derecha se opuso a la iniciativa y presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional sosteniendo la inconstitucionalidad de éstas y otras disposiciones del proyecto<sup>51</sup>, debido a que los propietarios de los medios de comunicación no podrían disponer de ellos libremente, por lo cual se estaba atentando contra el derecho de propiedad y sus atributos esenciales, esto es, gozar, usar y disponer libremente del bien sobre el que recaen tales atributos. Afirmó que dicha limitación constituía una verdadera expropiación que, sin embargo, no reunía ninguna de las formalidades que la Constitución exigía al respecto, ni venía acompañada del pago de una indemnización<sup>52</sup>.

Resulta particularmente llamativa la comparación que los recurrentes realizaron entre la norma impugnada y aquellas que permitieron el establecimiento de la Reforma Agraria. Sostuvieron que, al comparar dichas normas con las propuestas en la Ley de Prensa,

“[L]os diputados que suscriben no pueden dejar de pensar en sí, establecida esta nueva norma inconstitucional, no tendremos en seguida otra legislación que, para aplicar el criterio anterior, establezca y organice una Corporación de Reforma de Prensa, encargada de efectuar las

---

c. El dominio de dos o más tipos de diversos medios de comunicación social en un mismo mercado, por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras”.

<sup>50</sup> Esta norma disponía que “[l]a misma obligación regirá respecto de la aclaración que presente una persona natural o jurídica que haya sido deliberadamente silenciada con respecto a un hecho u omisión de trascendencia social”.

<sup>51</sup> Además de los artículos 20 y 43 mencionados, los requirentes impugnaron los artículos 1, inciso tercero y 9, inciso primero.

<sup>52</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo (1995), 11-12.

correspondientes expropiaciones masivas de los medios que excedan los límites adoptados por el nuevo legislador”<sup>53</sup>.

Agregaron que:

“[E]sta disposición recuerda o hace recordar el régimen constitucional a que fue sometida la propiedad y la libertad en los postreros años de vigencia de la Constitución de 1925, situación o circunstancia de la cual derivaron males sociales muy profundos que el país ha querido superar definitivamente”<sup>54</sup>.

En este caso, el Tribunal Constitucional estimó que el artículo 20 del proyecto afectaba el derecho de propiedad sobre los medios de comunicación social, toda vez que, al interferir en sus atribuciones de administración referidas al contenido de la información, a la oportunidad de su divulgación o difusión, así como a su forma, extensión y alcance, vulneraba las facultades esenciales de uso y goce comprendidas por tal derecho. Asimismo, entendió que dicha norma involucraba una afectación de un atributo esencial del derecho de propiedad, como es su exclusividad, por cuanto permitía la intervención en las decisiones de los medios de comunicación<sup>55</sup>.

De forma similar, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 43 del proyecto, debido, entre otros motivos, a que imponía limitaciones al derecho de propiedad sin que hubiera concurrido en el caso ninguna de las circunstancias que el constituyente exige para tal propósito<sup>56</sup>,

---

<sup>53</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo (1995), 15.

<sup>54</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo (1995), 16.

<sup>55</sup> Sentencia de fecha 30 de octubre de 1995, Rol N° 226, considerando 36°.

<sup>56</sup> Sentencia de fecha 30 de octubre de 1995, Rol N° 226, considerando 46°. En el mismo considerando, el Tribunal agregó que “tales limitaciones jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en “privación” del derecho, como ocurre con la disposición del proyecto en análisis, privación para la cual, en conformidad con la

a la vez que dichas limitaciones no fueron establecidas con absoluta precisión como lo exigiría la Constitución para evitar una interpretación incorrecta o contradictoria<sup>57</sup>. En definitiva, los jueces constitucionales estimaron que el artículo 43 del proyecto carecía de los elementos necesarios para establecer una restricción al derecho de propiedad<sup>58</sup>.

### **Rentas vitalicias**

El año 1994, se intentó introducir una serie de modificaciones al sistema de pensiones implementado en la dictadura por medio del Decreto Ley N° 3.500, por medio de normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias<sup>59</sup>. En términos específicos, el Ejecutivo buscaba corregir las imperfecciones que presentaba el mercado de las rentas vitalicias<sup>60</sup>, morigerando los desequilibrios existentes, y entregando a los afiliados las herramientas necesarias para comprender las decisiones relacionadas con su modalidad de pensión más conveniente, a través de un sistema de licitación de ofertas de rentas vitalicias, mejorando el nivel de información disponible en el mercado<sup>61</sup>.

Entre otras medidas, el proyecto, en su artículo 61, establecía que los afiliados solo podrían pensionarse y cambiar su modalidad de pensión a

---

Constitución, no tiene competencia el legislador, situación que conlleva de suyo la vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución”.

<sup>57</sup> Sentencia de fecha 30 de octubre de 1995, Rol N° 226, considerando 47°.

<sup>58</sup> Sin perjuicio de estos motivos de inconstitucionalidad, el Tribunal sostuvo que dicho artículo carecía de los requisitos para la limitación de los derechos contenidos en el artículo 19 N° 23 de la Constitución.

<sup>59</sup> Proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, estableciendo normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (Boletín N° 1148-05).

<sup>60</sup> Dichos problemas estaban asociados, principalmente, al nivel de comisiones que cobraban los intermediarios, a la falta de información y al difícil acceso a la totalidad de la oferta de rentas vitalicias por parte de los afiliados. Véase Mensaje N° 498-327.

<sup>61</sup> Mensaje N° 498-327.

renta vitalicia acogiéndose al nuevo sistema de consultas y ofertas que montos de pensión, cuyos elementos estaban regulados en el artículo 61 bis del proyecto.

En julio de 2001, ante este intento de reforma, la oposición solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 61, incisos tercero y cuarto y 61 bis del proyecto. Entre otros argumentos, se afirmó que, dado a que los fondos de pensiones son de propiedad de los afiliados y que la acción del Estado estaría limitada solo a garantizar prestaciones básicas y uniformes, el hecho de imponer restricciones adicionales constituye una limitación al uso, goce y disposición de la propiedad contraria al artículo 19 N° 24 de la Constitución<sup>62</sup>. Adicionalmente, el derecho de propiedad se afectaba, según los requirentes, debido a que el proyecto limitaba los beneficiarios únicamente a aquellos señalados en el artículo 5 del Decreto Ley N° 3.500, eliminando la posibilidad de disponer de los fondos previsionales para beneficiarios adicionales. En definitiva, dicha medida afectaba la esencia misma de la facultad de disposición sobre los fondos previsionales.

El requerimiento fue acogido por el Tribunal Constitucional, que declaró que las normas impugnadas vulneraban el derecho de propiedad debido a que imponían a aquellos afiliados que decidieran pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia un severo sistema regulatorio que se traducía en una privación de la facultad de disposición respecto de sus fondos previsionales, “ya que lo despojan de uno de los atributos esenciales de su

---

<sup>62</sup> Sostuvieron los requirentes que “[e]n el sistema propuesto por el proyecto de ley, el afiliado está obligado a entregar sus fondos previsionales a una determinada compañía de seguros que no elige directamente, sino que se establece mediante un mecanismo obligatorio de remate o negociación [...] Esta regulación afecta el legítimo derecho del afiliado para usar, gozar y disponer de sus fondos previsionales pues es el Estado quien lo conmina a elegir dentro de opciones limitadas y sobre la base de elementos de selección por él establecidos”. Véase Requerimiento de inconstitucionalidad contra proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N° 3.500 y establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (2001) 32-33.

propiedad sobre dichos fondos como es el escoger con quién pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia”<sup>63</sup>.

En cuanto al concepto de privaciones al dominio, el Tribunal adoptó una postura extremadamente protectora del derecho de los propietarios y sentenció que aquéllas no solo se producen cuando se despoja al dueño totalmente del dominio o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino también “cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impiden libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados”<sup>64</sup>. Citando a Enrique Evans, el Tribunal reconoció que el legislador nunca puede “asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con obligaciones o limitaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes por vía muy excepcional”<sup>65</sup>.

### **Jornada Escolar Completa**

El año 2002, el gobierno presentó un proyecto de ley en virtud del cual se introducía una serie de modificaciones al régimen de jornada escolar completa, con el objeto de ampliar el plazo para que los establecimientos educacionales ingresaran a dicho régimen<sup>66</sup>. En mayo de 2004, la oposición presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional impugnando la constitucionalidad de varias de las disposiciones contenidas en el proyecto.

Una de las normas impugnadas fue el artículo 2 N° 2, letra e) del proyecto, que establecía que los establecimientos educacionales no podían poner término a la matrícula de aquellos alumnos que incumplieran los acuerdos financieros suscritos, sino hasta el siguiente período de renovación de la

---

<sup>63</sup> Sentencia de fecha 21 de agosto de 2001, Rol N° 334, considerando 16°.

<sup>64</sup> Sentencia de fecha 21 de agosto de 2001, Rol N° 334, considerando 19°.

<sup>65</sup> Sentencia de fecha 21 de agosto de 2001, Rol N° 334, considerando 22°.

<sup>66</sup> Proyecto de ley que modifica el régimen de jornada escolar completa diurna y otros cuerpos legales (Boletín N° 2853-04).

matrícula. En este caso, dicha norma fue atacada, en parte, sobre la base de la protección constitucional del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales. En efecto, los requirentes argumentaron que, por medio del proyecto, se autorizaba una expropiación de los derechos personales de los establecimientos de educación respecto de sus contratos de servicios educacionales, sin que se le indemnizara el daño causado producto de dicha medida. De esa forma, el proyecto limitaría de forma grave el derecho de propiedad sobre el crédito o derecho personal sobre el contrato<sup>67</sup>.

El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento de forma parcial, solo respecto de dos disposiciones del proyecto, una de las cuales fue precisamente el artículo 2 N° 2, letra e). Si bien en su decisión no se refirió explícitamente a una eventual vulneración al derecho de propiedad, el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad se haya construido sobre la base de que la norma producía una grave alteración en el sistema de prestaciones entre las partes<sup>68</sup>, demuestra el reconocimiento que se otorgó al derecho de propiedad que tenían las partes sobre el contrato<sup>69</sup>.

### **Subcontratación**

El año 2002, el gobierno presentó un proyecto de ley que buscaba combatir los abusos derivados de la falta de regulación del trabajo en régimen de subcontratación, protegiendo los derechos de los trabajadores sometidos al

---

<sup>67</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley sobre Jornada Escolar Completa (2004) 12-13.

<sup>68</sup> Sentencia de fecha 14 de junio de 2004, Rol N° 410, considerando 83°.

<sup>69</sup> Así lo ha entendido Fermandois (2006), quien sostiene que “si las prestaciones se alteran, es porque el legislador está interfiriendo con su fuente, que es el contrato de matrícula. Por ello sostenemos que está comprometido el derecho de propiedad que tienen las partes sobre el contrato. El establecimiento tiene un derecho de dominio sobre las estipulaciones del contrato que le otorgan un derecho a contraprestaciones económicas regulares de su contraparte: el apoderado. La ley, al privar de efecto jurídico a la mora del obligado por esas estipulaciones, está infringiendo el artículo 19 N° 24”, 107.



mismo<sup>70</sup>. En el marco de la discusión de esta iniciativa legal, se agregó una disposición que introducía en el Código del Trabajo un nuevo concepto de empresa, aplicable solo respecto del régimen de subcontratación<sup>71</sup>.

La oposición atacó el proyecto y, en julio del año 2006, presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, alegando que el artículo 183 ter, al establecer un concepto de empresa que desconocería su individualidad real y jurídica, permitía que empresas diversas, con patrimonios distintos, tuvieran que asumir obligaciones de terceros por orden de la autoridad, lo cual afectaba el derecho de propiedad, tanto de la empresa como persona jurídica, como de sus propietarios, contraviniendo así el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. En términos concretos, la norma impugnada socavaba, en opinión de los requirentes, el derecho de uso, goce y disposición del dominio<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Proyecto de ley que regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios (Boletín N° 2943-13).

<sup>71</sup> Se trata del artículo 183 ter, que establecía que “[p]ara los efectos del presente título, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales, e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos”. Se trataba de concepto de empresa aplicable solo para efectos del Título VII del Libro I del Código del Trabajo, denominado “Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”, y cuya principal diferencia con el concepto de empresa contenido en el artículo 3 del Código del Trabajo era que no contenía la frase “dotada de individual determinada”, como ocurría con este último.

<sup>72</sup> En su argumentación, los requirentes invocaron el precedente sostenido por el Tribunal Constitucional en el caso Rentas Vitalicias, en el que se estimó que la imposición de un severo sistema regulatorio podía conllevar una privación de la facultad de disposición del dominio. Al respecto, sostuvieron que “con mayor razón deberá considerar inconstitucional establecer un régimen donde se obliga a una entidad, ajena a una relación laboral, a asumir obligaciones de terceros por un mero acto de la autoridad que desconoce su individualidad legal. Si una atribución legal de tal naturaleza no implica desconocer el dominio, entonces es difícil comprender cuál es el ámbito de protección que emana del derecho de propiedad”. Requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación (2006) 29.

En este caso, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el fondo del asunto, debido a que el requerimiento fue acogido por vicios formales en la tramitación de la ley<sup>73</sup>.

### **La barrera del derecho de propiedad hoy**

Esta práctica política llevada a cabo por la derecha mantiene plena vigencia en la actualidad. Y, como era de esperar, la afectación del derecho de propiedad ha estado presente en los distintos debates legislativos a propósito de algunas de las reformas redistributivas más importantes del actual gobierno. Así sucedió, por ejemplo, en el debate legislativo que se produjo respecto del proyecto de ley que eliminó el financiamiento compartido y prohibió el lucro en los establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado<sup>74</sup>, en el que diversos parlamentarios de oposición sostuvieron que, al prohibir el lucro en materia de educación, se estaba vulnerando el derecho de propiedad de los dueños de establecimientos educacionales, cuyas inversiones realizadas se verían afectadas ante un cambio en las reglas<sup>75</sup>. Por su parte, el proyecto de ley que creaba la figura del administrador provisional en materia de educación<sup>76</sup> fue requerido ante el Tribunal Constitucional por un grupo de parlamentarios de derecha

---

<sup>73</sup> El Tribunal estimó que, dado que la definición de empresa contenida en el artículo 183 ter habría surgido por medio de una indicación parlamentaria, se habría vulnerado el artículo 65, inciso cuarto N° 6 de la Constitución. Esto, por cuanto la disposición impugnada modificaba normas sobre seguridad social y, de acuerdo con lo dispuesto en dicha disposición constitucional, era de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Véase Sentencia de fecha 21 de agosto de 2006, Rol N° 534-2006, considerandos 9° a 11°.

<sup>74</sup> Proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado (Boletín N° 9366-04).

<sup>75</sup> Véase Cordero, L. (26 de noviembre de 2014).

<sup>76</sup> Proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales (Boletín N° 9333-04).

sosteniendo que algunas de sus disposiciones<sup>77</sup> resultaban abiertamente expropiatorias y vulneraban el derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución<sup>78</sup>.

En similar sentido, en el marco del debate legislativo respecto a la reforma tributaria, el derecho de propiedad también fue invocado por la derecha como un derecho que sería vulnerado producto de dicha iniciativa legal. Por ejemplo, a propósito del sistema de rentas atribuidas, el H. Senador Coloma sostuvo ante el Congreso que:

“[C]on este nuevo sistema se está vulnerando la libertad de asociación, la autonomía de la voluntad de los contratantes y el *derecho de propiedad*. Si a los contribuyentes se les atribuyen utilidades para el pago de obligaciones tributarias aunque no hayan sido percibidas ni devengadas, *se estaría en presencia de una limitación del derecho de dominio* e, incluso, de una expropiación regulatoria. Se estaría, en definitiva, obligando a pagar a los contribuyentes por algo que nunca han recibido ni van a recibir”<sup>79</sup>.

Este recorrido por la práctica política y constitucional chilena nos permite apreciar la forma en que la derecha ha levantado el derecho de propiedad como escudo frente a la voluntad del legislador democrático, lo que demuestra la efectividad del diseño constitucional establecido en la Constitución de 1980 en su objetivo prevenir cualquier intento por modificar las reglas de propiedad y el *status quo* de los propietarios privados, tal como ocurrió en el período anterior al golpe militar.

---

<sup>77</sup> Se trata de los artículos 13, 17 y 20 del proyecto.

<sup>78</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales (2014) 19.

<sup>79</sup> Congreso Nacional (2014) 70 (énfasis agregado).

Podría sostenerse, en principio, que estas ideas pierden fuerza si se tiene en consideración que, en los últimos años, el Tribunal Constitucional ha mostrado una tendencia hacia el reconocimiento de un mayor equilibrio entre la dimensión individual y social del derecho de propiedad, dando pie a un mayor espacio para limitaciones; pues, así, las probabilidades de éxito de un eventual requerimiento cuyo objeto sea la impugnación de un proyecto de ley serían menores. Sin embargo, sostenemos que dicha tendencia jurisprudencial corresponde a un fenómeno contingente que puede tener como parte de sus causas la integración del órgano<sup>80</sup>.

Además, sin perjuicio de esta prevención, lo que nos interesa para efectos de este trabajo, más que los pronunciamientos específicos del Tribunal Constitucional, es la aplicación que la derecha ha dado al derecho de propiedad en el debate legislativo. Pues de esa forma es posible apreciar con claridad cómo las concepciones de Guzmán siguen estando plenamente vigentes y cómo éstas pueden ser impuestas pese a representar los intereses de una minoría.

El hecho de que buena parte de la oposición a los distintos intentos de reformas legales que se han presentado por el gobierno se haya construido sobre la base de que, mediante ellas, se estaría vulnerando el derecho de

---

<sup>80</sup> Al respecto, es interesante tener en consideración el último pronunciamiento de dicha magistratura respecto del derecho de propiedad, en el que se puede apreciar una postura propia de los años '90. Se trata de un requerimiento de inaplicabilidad presentado por la empresa Curtidos Bas S.A., en virtud del cual se solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que permite la reubicación de industrias mal ubicadas que causan molestias o daños al vecindario (Sentencia de fecha 10 de septiembre de 2015, Rol N° 2.686-14-INA). El Tribunal Constitucional acogió el requerimiento y estimó que la norma impugnada vulneraba el artículo 19 N° 24 y N° 26 de la Constitución. Se trata de una sentencia sumamente relevante, pues demuestra una vuelta hacia una concepción conservadora del derecho de propiedad. Por ejemplo, aplica nuevamente la doctrina de la reserva legal absoluta en materia de propiedad (considerando 18°), manifiesta una expresa preferencia por el interés individual del propietario por sobre los intereses de la colectividad (considerando 21°), y sostiene que existe una privación al dominio aun en caso de que solo se regulen algunas de las facultades del propietario (considerando 22°).

propiedad nos permite plantearnos la pregunta de si es legítimo que este derecho –como protector de la libertad individual– actúe como una barrera frente a las decisiones democráticas. En la siguiente sección, expondremos algunos conceptos que demuestran que hay buenas razones para sostener que esta visión del derecho de propiedad carece de legitimidad en un sistema verdaderamente democrático.

## II. ¿QUÉ HAY DETRÁS DE LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD PRIVADA?

Hasta aquí hemos evidenciado cómo la actual Constitución consagra una concepción del derecho de propiedad que ha sido históricamente usada por la derecha para contener reformas democráticas. Hasta el día de hoy, la derecha apela a un derecho de propiedad que representa, para esta, un límite a las decisiones mayoritarias. Hemos visto también que ante el inminente cambio constitucional este grupo se ha empeñado –como en otros periodos de nuestra historia republicana– en vaticinar las catastróficas consecuencias que tendría para el país cualquier tipo de revisión del contenido del derecho de propiedad.

A continuación explicaremos cómo el argumento de la derecha chilena implica, en vez de una defensa de los derechos de las personas, una desconfianza hacia la autonomía y responsabilidad de los ciudadanos para decidir sobre las cuestiones que suscitan desacuerdo. En otras palabras, un miedo a la democracia.

### 1. El derecho de propiedad y el miedo a la democracia

De acuerdo con la concepción defendida por la derecha, los derechos, y el derecho de propiedad en especial, son vistos como algo que el individuo puede oponer frente al Estado y los demás individuos en tanto potenciales amenazas. Al mismo tiempo, de acuerdo a esta visión, los derechos se conciben como pre-políticos, representando por tanto un claro límite al

legislador, salvo estrictas excepciones. De este modo, los derechos operan para el legislador como un “coto vedado”, un área que no puede ser invadida por las decisiones políticas<sup>81</sup>. Esta visión, que opone los derechos subjetivos frente a la “tiranía de la mayoría”, es heredera, principalmente, de la formulación de los derechos fundamentales proveniente de los albores del constitucionalismo norteamericano<sup>82</sup>.

Detrás de la concepción de los derechos fundamentales como “cotos vedados” existe un afán por marcar una diferencia entre los derechos individuales, los llamados “derechos subjetivos” y el llamado “derecho objetivo”. El segundo estaría limitado por el espacio cubierto por los primeros. Como los derechos subjetivos, bajo esta concepción, son anteriores a la creación del Estado, el derecho objetivo solamente podría limitarse a reconocerlos, no crearlos y muy excepcionalmente someterlos a regulación. En su *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen se refiere a esta concepción —con la que por cierto difiere—, en los siguientes términos:

“Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultado de la apropiación

---

<sup>81</sup> Atria (2001) 108.

<sup>82</sup> Según Renato Cristi, los federalistas y Madison propusieron, “por una parte, encauzar y constreñir el impulso egalitario propio de la democracia y, por otra parte, reforzar los derechos del individuo frente a una presunta tiranía de la mayoría”. Véase Cristi & Ruiz-Tagle (2008) 239. Sobre este punto es interesante la distinción que realiza Norbert Lechner, entre ésta, la interpretación norteamericana, y la interpretación francesa de los derechos fundamentales. Dicho autor sostiene que “[e]l objetivo de los *bills of rights* norteamericanos (1776) es crear límites y controles efectivos a todo tipo de poder político y, por lo tanto, no reivindican establecer un cuerpo político; más bien, presuponen la existencia de un gobierno frente al cual consagran una “libertad negativa”, o sea el derecho del individuo a ser libre de coerción estatal”. Agrega luego que, “[e]n cambio, la tradición francesa de los derechos humanos apunta, desde su inicio, a crear una fuente de poder político; pretende ser el fundamento del nuevo Estado y no solamente un medio para evitar el abuso del poder. Los derechos del Hombre y del Ciudadano que proclama la Constitución de 1791 no son derechos prepolíticos (substraídos de la decisión política y, por el contrario, frontera de toda acción política), pretenden ser el contenido y el objetivo final de cualquier gobierno y de todo poder político”. Véase Lechner (2007) 232-233.

originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente”<sup>83</sup>.

Esta distinción, explica Kelsen, entraña una función derechamente ideológica. En realidad, sostiene, la distinción esconde el interés en proteger, ante todo, la propiedad privada:

“Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reseñado a esta libertad y a esta autonomía”<sup>84</sup>.

La concepción que ataca Kelsen es justamente aquella que triunfó bajo el alero de la Constitución de 1980 y que hoy defiende la derecha chilena. Los defensores de la propiedad, al oponerse a reformas democráticas así como a un eventual cambio constitucional, apelan a un derecho subjetivo que trascendería el ordenamiento jurídico y la esfera de la política. Lo que hizo la Constitución de 1980 fue reconocer el derecho de propiedad como un derecho subjetivo, anterior a la comunidad política, y es esto lo que fundamenta su defensa frente a las decisiones mayoritarias.

Pero ¿qué consecuencias tiene defender la propiedad de cualquier tipo reforma, apelando a un contenido inviolable del mismo? La consecuencia es un notable detrimento de la democracia, que se basa en un desprecio hacia la autonomía y responsabilidad de los ciudadanos para deliberar sobre

---

<sup>83</sup> Kelsen (2009) 95.

<sup>84</sup> Kelsen (2009) 97.

asuntos que generan profundos desacuerdos, como lo es discutir sobre el contenido de los derechos.

La tendencia a plasmar derechos en cartas de derechos con la finalidad de sustraerlos de la influencia del legislador ha sido identificada y notablemente criticada por Jeremy Waldron, quien ha mostrado de qué manera dicha tendencia entra en directa tensión con los principios democráticos. Waldron sostiene que dicho mecanismo produce “una incapacitación al poder legislativo de sus funciones normales de revisión, reforma e innovación del derecho. Pensar que una inmunidad constitucional es necesaria es considerar justificado incapacitar a los legisladores a este respecto (y así, indirectamente, incapacitar también a los ciudadanos a quienes dichos legisladores representan)”<sup>85</sup>.

Para Waldron, tras el modelo descrito subyacen dos actitudes: “seguridad en uno mismo y desconfianza”. Esta desconfianza consiste en la “idea de que cualquier otra concepción alternativa que pudiera ser elaborada por los legisladores electos al año siguiente o dentro de diez años será probablemente tan errónea y estará tan mal motivada, que más vale que sitúe inmediatamente *su propia* formulación más allá del alcance de la revisión legislativa ordinaria”<sup>86</sup>.

Y bien advierte, luego, que “[e]sta actitud de desconfianza hacia los propios ciudadanos no encaja demasiado bien con el aura de respeto por la

---

<sup>85</sup> Waldron (2005) 263.

<sup>86</sup> Waldron (2005) 264. Bien parece que las palabras de Waldron hubiesen sido redactadas pensando en la situación que vive nuestro país. No ya de forma descriptiva, como dicho autor lo hace, sino de modo estrictamente partisano, y carente de pudor, Guzmán afirmó que entre las metas de la Constitución redactada por la Junta Militar debía asegurarse que: “[s]i llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”. Citado por Atria (2013) 41.



autonomía y responsabilidad que transmite el contenido sustantivo de los derechos atrincherados de este modo”<sup>87</sup>.

El razonamiento de Waldron ayuda a develar la idea profundamente anti-democrática que subyace a la intención de crear zonas vedadas para el legislador como forma de proteger los derechos fundamentales. En definitiva, implica desconfiar de las mayorías ciudadanas y de su capacidad para decidir libre y autónomamente qué derechos se reconocerán unos a otros y cuál será el contenido de los mismos. Vistas así las cosas, quienes favorecen arreglos constitucionales que atan de manos a las mayorías para decidir sobre el contenido de los derechos, más que proteger dichos derechos están en realidad preocupándose de neutralizar la democracia como sistema de decisión de las mayorías, protegiendo y favoreciendo a las minorías y sus intereses<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Waldron (2005) 264.

<sup>88</sup> Como bien apunta Bockenförde, la democracia no se basa en el principio de decisión mayoritaria como un “último recurso”. La decisión mayoritaria no es una “solución técnica de necesidad, en el sentido de que de otra forma no se podría llegar a ninguna decisión, sino que es algo que se adecúa a ella de forma estructural”. Justificando lo anterior, Bockenförde explica: “[e] que la decisión de la mayoría sea una necesidad interna para la democracia resulta tanto del principio de la libertad y de la autodeterminación como del principio de la igualdad democrática. Si la libertad democrática de participación tiene que valer para todos los ciudadanos, y no solo para unos pocos, entonces para establecer un determinado contenido del ordenamiento vigente resulta necesario al menos, y justamente, el asentimiento de la mayoría. Si se exigiera menos se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido, y si se exigiera más se perjudicaría a quienes lo respaldan”. Luego agrega “[y] lo mismo se exige desde la igualdad. Si todos los ciudadanos han de disponer de los mismos derechos políticos de participación, para que tengan también las mismas oportunidades de influir políticamente, toda opinión política tiene que ser pesada como igual”. En cuanto a las exigencias de mayorías cualificadas, Böckenförde rechaza que éstas signifiquen, por regla general, un reforzamiento o un plus para la democracia. Solamente “[s]irve para proteger a las minorías y para asegurar con más intensidad la persistencia de las correspondientes materias. Estas se sustraen al poder de decisión de mayorías cambiantes y escasas, y claro está, en la medida en que tal cosa ocurra, se consolidan al mismo tiempo como garantías de un statu quo o de quienes resulten favorecidos por ellas”. Véase Böckenförde (2000) 92-93.

¿Significa esto que debemos prescindir de un catálogo de derechos? ¿Significa que el derecho de propiedad no debiera consagrarse en una Constitución? No necesariamente, en la medida que dicho catálogo permita que el contenido de cada derecho –lo que incluye al derecho de propiedad– pueda ser desarrollado por las instancias de representación popular. El problema radica, como hemos sostenido, en intentar congelar el contenido de los derechos, sustrayéndolos del conflicto político.

En nuestra opinión, y sin pretender acabar la discusión, que con mucho excede los límites de nuestro trabajo, los derechos fundamentales sí ocupan un lugar relevante al interior de una Carta Fundamental en tanto constituyen a la comunidad política. Sin embargo, los derechos operan en esta dimensión constitutiva –siguiendo la caracterización de Atria– como *conceptos*. Un *concepto*, según Atria, es una “formulación muy abstracta del contenido de una idea”. Su nivel de abstracción es lo que lo hace “políticamente incontrovertido”<sup>89</sup>. Es debido a lo anterior que Atria afirma que “una comunidad política se define por el consenso sobre los conceptos”. En un sentido similar, Lechner sostiene que la proclamación de los derechos fundamentales crea “aquel ‘horizonte de sentido’ mediante el cual los individuos aislados pueden concebirse y afirmarse a sí mismos como una comunidad de hombres libres e iguales”<sup>90</sup>.

Sin embargo, aun cuando los derechos proclamados constitucionalmente y entendidos como conceptos cumplan dicha función constitutiva de la comunidad política, el desarrollo de los mismos ya no puede encontrarse en dicha formulación en extremo abstracta. El desarrollo de los derechos necesariamente será objeto de desacuerdos que deberán ser resueltos en el juego político, y ya no discutiendo sobre *conceptos* sino que sobre *concepciones*. La concepción es, entonces, la ulterior especificación del concepto. Luego, como lo formula Atria, “el conflicto político normal es el conflicto sobre

---

<sup>89</sup> Atria (2005) 28.

<sup>90</sup> Lechner (2007) 235.

cómo hemos de entender nuestros conceptos comunes (es decir, sobre concepciones)”<sup>91</sup>.

Esta idea es particularmente relevante tratándose del derecho de propiedad, pues, como hemos sostenido, se trata de una institución respecto de la cual existen profundos desacuerdos. Efectivamente, si bien el acuerdo sobre la necesidad de reconocer el derecho de propiedad bien podría operar como un consenso que constituya a la comunidad; de este consenso no se sigue en modo alguno una determinada regulación del derecho de propiedad, pues esto ya es materia de concepciones, es decir, un ámbito resultante del conflicto político. Y estos conflictos deben resolverse en la arena de la deliberación pública y mediante el ejercicio democrático. Lo contrario reduce la democracia a un mero enunciado sin contenido.

Para ilustrar de mejor manera este argumento, tomaremos como ejemplo la distinción entre propiedad y propiedad privada. A continuación nos referiremos a cómo dicha distinción nos muestra que de la necesidad de proteger a la primera no se sigue en modo alguno la necesidad de proteger a la segunda.

## **2. Propiedad y propiedad privada**

Como hemos sostenido, aun existiendo un consenso sobre la necesidad de proteger constitucionalmente el derecho de propiedad, el desarrollo de dicho derecho y las reglas que estructuren un sistema de propiedad enfrentan diversas posibilidades que deben ser resueltas luego de un proceso de deliberación democrática.

Como punto de partida, debe decirse que parece estar fuera de duda que para toda forma de sociedad el problema de la asignación de recursos es relevante. Este es el problema, como bien lo señala Waldron, de determinar de manera pacífica y con cierta predictibilidad quién ha de tener acceso a

---

<sup>91</sup> Atria (2005) 28.

qué recursos, para qué propósitos y cuándo. El problema del uso y control de los bienes es, como se puede ver, fuente de profundos desacuerdos y son precisamente las reglas de propiedad las llamadas a solucionar dichos desacuerdos<sup>92</sup>. En ausencia de estas reglas pueden aparecer, efectivamente, muchos de los miedos que preocupan a los fervientes defensores de la propiedad: la incertidumbre, la imposibilidad de planificar, la afectación de la producción, el intercambio y la inversión.

Pero ¿son estos riesgos fundamento suficiente para justificar un sistema de propiedad particular, por ejemplo, un sistema de propiedad privada? Siguiendo a Waldron, podemos contestar negativamente. Estos riesgos solamente hablan de la necesidad de contar con reglas de propiedad, en general, que provean de un marco de regulación de la actividad económica y no permiten justificar *per se* un sistema de propiedad privada<sup>93</sup>. Hay, por tanto, una relación de género a especie entre la propiedad y la propiedad privada; y la justificación para contar con reglas del primer tipo no se comunica a la segunda. En este sentido, cuando la derecha apela a defender la propiedad, anticipando consecuencias negativas para la predictibilidad del devenir económico, en realidad solamente está llamando la atención sobre lo importante que pueda ser contar con reglas de propiedad. Pero sobre eso probablemente estemos todos de acuerdo. Al argumentar de esta manera, la derecha no ofrece ninguna razón para optar por un sistema fuertemente protector de la propiedad privada, que es, en el fondo, lo que de verdad quieren defender.

Siguiendo esta idea, debe tenerse en cuenta que la propiedad privada no es la única “especie” de propiedad, lo que hace aún más claro que de la justificación de las reglas de propiedad no se sigue la justificación de la propiedad privada. Así, junto con los sistemas de propiedad privada se pueden encontrar sistemas de propiedad común, así como de propiedad

---

<sup>92</sup> Waldron (1988) 32.

<sup>93</sup> Waldron (1996) 5.

colectiva (o estatal). En cualquier sociedad moderna, agrega Waldron, existen bienes regulados por cada uno de estos sistemas<sup>94</sup>.

Si volvemos atrás y recordamos que los derechos siempre son objeto de profundos desacuerdos y que por tanto su contenido específico puede ser modulado luego de la deliberación democrática, podemos concluir que, si consideramos que es relevante consagrar el derecho de propiedad, como uno de aquellos derechos que nos constituyen como comunidad política, eso no implica automáticamente la adopción de un sistema particular de propiedad. La defensa de un sistema de propiedad privada debería construirse, entonces, sobre la base de una justificación normativa independiente<sup>95</sup>. Y, aún si consideráramos que contar con un sistema de propiedad privada es relevante, el contenido preciso y las limitaciones que asignaremos a este derecho serán susceptibles de ser decididos por las mayorías. Lo que la derecha ha intentado a través de su defensa anti-democrática de la propiedad es hacer que todo eso sea imposible; tanto a través de su discurso histórico, como a través de la imposición de la Constitución de 1980 y su posterior defensa que se extiende hasta el día de hoy.

### **III. OTRO PUNTO DE PARTIDA: LAS RELACIONES QUE SE ESCONDEN DETRÁS DE LOS DERECHOS**

Hemos caracterizado la concepción del derecho de propiedad defendido por la derecha como una concepción anti-democrática, que entiende que éste, como paradigma de los derechos subjetivos, representa un límite al legislador democrático en tanto se trata de un derecho de carácter pre-político. Hemos dicho también que la derecha concibe al derecho de propiedad como una prerrogativa que el sujeto opone no solo frente al

---

<sup>94</sup> Waldron (1996) 7.

<sup>95</sup> Véase Michelman (2003), quien sostiene que no es posible fundamentar ninguna preferencia por la propiedad privada teniendo como base razones “económicas”.

Estado sino que también respecto de los demás individuos. Los derechos subjetivos son, pues, individualistas y mutuamente excluyentes. En lo que sigue analizaremos un punto de partida distinto para repensar el derecho de propiedad, de modo que se tomen en consideración las relaciones que dicha institución es capaz de configurar, promoviendo así una lectura democrática del mismo.

Al interpretar los derechos fundamentales como atributos individuales que anteceden al Estado y al derecho positivo (recuérdese la crítica kelseniana a la distinción entre derechos subjetivos y derecho objetivo) se recurre, necesariamente, a una abstracción, en virtud de la cual se concibe a un individuo abstracto, desvinculado de una realidad concreta, titular de una serie de derechos que deben ser *reconocidos* por el Estado como límites a su actuación. De acuerdo con dicha concepción, el derecho de propiedad se entiende como un derecho del individuo respecto de los bienes que le pertenecen. Se formula así un derecho que, en tanto individual, es de titularidad del sujeto y que recae sobre una cosa. Al no mediar otra subjetividad, ese derecho se constituye como absoluto<sup>96</sup>. Esta formulación da lugar a una distinción tan ideológica como aquella que opone los derechos subjetivos con el derecho objetivo: la distinción entre derechos reales (aquellos que recaen sobre cosas, siendo la propiedad el derecho real por antonomasia) y derechos personales (aquellos que recaen sobre personas, en general, los créditos). Esta es, por cierto, la concepción defendida por los redactores de la actual Constitución. Es también, debe decirse, la concepción que iluminó a Andrés Bello al redactar el Código Civil chileno<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Cristi (2000) 66.

<sup>97</sup> Como bien se sabe, el artículo 577 del Código Civil indica que un derecho real “es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. El artículo 578, por su parte, establece que los derechos personales o créditos “son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas”.

Una sólida crítica a la distinción entre derechos reales y personales puede encontrarse también en Kelsen. En su *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen llama la atención sobre cómo en la teoría jurídica se ha impuesto esta doctrina que, en su opinión, busca esconder las relaciones entre personas que este tipo de derechos crean. Para Kelsen, esta distinción se mantiene:

[A] pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella<sup>98</sup>.

La función ideológica que entraña esta distinción es identificada por Kelsen en los siguientes términos:

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una “explotación”. En rigor de verdad la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo<sup>99</sup>.

Si bien nuestras reglas de derecho civil están sin lugar a dudas permeadas por esta concepción, ésta sería protegida constitucionalmente de la mano de la Carta de 1980. Jaime Guzmán habría tenido en mente justamente esta

---

<sup>98</sup> Kelsen (2009) 98.

<sup>99</sup> Kelsen (2009) 98.

concepción de los derechos, defendiendo la naturaleza de derecho real de la propiedad. En palabras del propio Guzmán:

Podría decirse, pues, aunque parezca paradójico, que uno de los aspectos del derecho de propiedad de más relevancia social es el carácter individual. Sólo la relación personal, directa, con facultad de disposición razonable entre un hombre y una cosa, constituye acabadamente a la propiedad. La relación hombre-cosa debe tener esa inmediatez que dentro del Derecho Civil tradicional caracteriza a los derechos reales, por oposición a los derechos personales<sup>100</sup>.

Como explica Renato Cristi, Guzmán es consistente al reducir la función social de la propiedad al momento individual, apartándose, con ello, de la concepción católica de la propiedad y aproximándose al liberalismo posesivo de Locke y Nozick, quienes también conciben a la propiedad como un derecho real<sup>101</sup>. Cristi agrega que concebir la propiedad como un derecho personal implica relativizarla, “pues en su constitución se incluye ahora un reconocimiento intersubjetivo. Este reconocimiento mutuo es lo que se encuentra en la base de la función social que le confiere la doctrina católica tradicional a la propiedad”<sup>102</sup>. Pero Guzmán, así como sus discípulos, obvia esa parte de la doctrina católica que les resulta incómoda<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Citado por Cristi (2000) 66.

<sup>101</sup> Cristi (2000) 66.

<sup>102</sup> Cristi (2000) 66.

<sup>103</sup> Uno de los seguidores directos de Guzmán, Arturo Fernandois, se refiere a las regulaciones y limitaciones que supone la teoría del destino universal de los bienes, propia de la doctrina social de la iglesia católica. Fernandois sostiene que esta teoría “no implica la negación de la propiedad privada, o la exigencia de la propiedad comunitaria, o la intervención del Estado para redistribuir ingresos. Simplemente recuerda al hombre que la propiedad de un bien hace de su dueño un administrador de la providencia para hacerlo fructífero y comunicar sus beneficios a otros, ante todo a sus próximos”. Y para despejar dudas, añade Fernandois que, según esto, “la principal limitación al ejercicio del derecho de propiedad es de carácter ético, es decir, metalegal. Es un llamado al ejercicio de la virtud de la caridad [...]”. Es sumamente paradójico que en el acápite inmediatamente anterior de su obra, Fernandois justifique la apropiación privada de los bienes a la luz de



¿Es posible tomar otro punto de partida para concebir los derechos, incluyendo el derecho de propiedad? En lo que sigue ensayaremos una respuesta afirmativa a la pregunta. Para ello propondremos aproximarnos a una concepción de los derechos que transparente y se hace cargo de las relaciones creadas por estos derechos, haciendo posible una reinterpretación democrática de los derechos fundamentales y del derecho de propiedad, en particular. Para esto, tomaremos como principal referencia la llamada “teoría relacional de los derechos” formulada por la profesora canadiense Jennifer Nedelsky.

Nedelsky ha propuesto repensar los derechos, cambiando el foco desde la protección en contra de los otros hacia la estructuración de relaciones que promuevan la autonomía<sup>104</sup>. Explica Nedelsky que, conforme a esta manera de entender los derechos, la protección constitucional de la autonomía deja de ser un esfuerzo por construir una esfera dentro de la cual la comunidad no puede interferir para pasar a estructurar relaciones entre individuos y las fuentes de poder colectivo, de modo que la autonomía de cada uno sea promovida en vez de socavada<sup>105</sup>. La autonomía es definida por Nedelsky como el autogobierno y requiere entonces la capacidad de participar tanto en el gobierno colectivo como en el individual<sup>106</sup>. Como se puede ver, esta visión de la autonomía como objeto de protección de los derechos no dista mucho de aquella concepción que podría denominarse “republicana”, que sostiene que los derechos garantizan “no la libertad frente a presiones externas, sino la posibilidad de participar en una práctica común, a través del ejercicio de aquello que convierte a los ciudadanos en lo que éstos quieren

---

la doctrina de la iglesia católica. Entonces, por un lado, Fermeandois fundamenta en la doctrina católica la apropiación privada de los bienes, con alcances normativos, mientras que, por otro lado, afirma que todo tipo de limitaciones que puedan fundarse en la teoría del destino universal de los bienes tienen alcances meramente “éticos” o “metalegales”. Véase Fermeandois (2010) 262-265.

<sup>104</sup> Nedelsky (1993) 8.

<sup>105</sup> Nedelsky (1993) 8.

<sup>106</sup> Nedelsky (1993) 8.

ser: autores políticamente autónomos de una comunidad de personas libres e iguales”<sup>107</sup>.

Puede ser útil tener en cuenta, solo para ilustrar de mejor manera el punto, que similares concepciones de la autonomía están en la base de la interpretación que de la propiedad privada han realizado jurisdicciones constitucionales comparadas, apartándose de la tradicional concepción liberal burguesa. Según Gregory Alexander, un notable ejemplo se encontraría en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, donde se ha desarrollado la idea de que el principal propósito de la propiedad privada no es la maximización de la riqueza o la satisfacción de las preferencias individuales sino la auto-realización o el desarrollo personal, en un sentido moral y cívico. La propiedad es “fundamental”, de acuerdo a esta doctrina, en la medida que es necesaria para que los individuos puedan desarrollarse como agentes morales y miembros participativos de una comunidad<sup>108</sup>. Esto marcaría una clara diferencia con las regulaciones inspiradas en el liberalismo clásico. Según Alexander, el derecho de propiedad que regula la Constitución alemana no es un derecho de tipo “lockeano”, sino que funde dos tradiciones: el liberalismo kantiano y el republicanismo cívico<sup>109</sup>.

Ahora bien, antes de seguir, es relevante volver sobre la idea de concebir los derechos como configuradores de relaciones, para aclarar lo que esto significa. Debe notarse que cuando se dice que los derechos pueden ser entendidos como creadores de relaciones no se está haciendo referencia a relaciones que antes eran inexistentes y que ven la luz de la mano de los derechos concebidos de esta manera. En realidad, al concebir los derechos como relaciones, se está transparentando algo que la concepción liberal de los derechos subjetivos esconde. En otras palabras, la concepción de los

---

<sup>107</sup> Habermas (2004) 199-200.

<sup>108</sup> Alexander (2003) 17.

<sup>109</sup> Alexander (2003) 9.

derechos como relaciones se hace cargo de una realidad: que los derechos estructuran la vida política de una determinada manera, que crean y distribuyen poder de formas determinadas, que en ciertos casos –y la propiedad es el ejemplo por excelencia– a la vez que le conceden algo a alguien, privan de eso mismo a otro. Entendiendo esto, es posible repensar el contenido de los derechos para que éstos fomenten cierto tipo de relaciones y no otras.

Aplicando esta idea al caso de la propiedad, Nedelsky sostiene, en un sentido coincidente con Kelsen, que los derechos de propiedad no recaen sobre cosas sino que sobre las relaciones entre personas en la medida que estas relaciones afectan y son afectadas por dichas cosas<sup>110</sup>. Así, no se puede perder de vista que cuando alguien tiene un derecho sobre una cosa, la consecuencia será que otros no tendrán ese mismo derecho sobre esa misma cosa. Esto puede parecer obvio, pero es algo que suele quedar escondido detrás de la concepción liberal de los derechos. En este entendido, la difundida doctrina según la cual los derechos reales son aquellos que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona resulta muy cómoda para esconder las relaciones que configura el derecho de propiedad. Además, sostiene Nedelsky, los derechos concebidos de este modo, al mismo tiempo que esconden las relaciones que configuran, crean un “efecto de distanciamiento” respecto de las mismas. Este distanciamiento sirve al titular del derecho, ya que lo libera de responsabilidad por las relaciones creadas<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Nedelsky (1993) 13.

<sup>111</sup> Nedelsky grafica este argumento con la situación de las personas sin hogar (*homeless*). Dice Nedelsky que cuando vemos a una persona *homeless* en la calle, no pensamos acerca del hecho de que es en parte nuestro régimen de derechos de propiedad el que los tiene en esa condición. En efecto, agrega, nuestro sentido de que no hemos hecho nada malo, de que no hemos violado los derechos de esa persona, nos ayuda a distanciarnos de su situación. La concepción liberal de los derechos nos ayudaría a sentir que no tenemos responsabilidad alguna por eso. Nedelsky (1993) 17. En uno de sus trabajos, Jeremy Waldron también estudia el fenómeno de las personas *homeless* y cómo su situación, gracias

No cabe duda que, aun repensando los derechos de acuerdo a lo que hemos sostenido, todavía habrá quienes quieran el tipo de relaciones de poder y responsabilidad que la tradición liberal e individualista de los derechos promueve<sup>112</sup>. En el contexto chileno, podrá haber quienes aún tengan razones para justificar el sistema de propiedad privada que consagra y protege la Constitución de 1980. Pero al menos el debate pasará a tener lugar en términos de por qué se considera que ciertos patrones de relaciones son mejores que otros y qué tipo de derechos serán los adecuados para promover esas relaciones. Y entonces aquí ya estaremos ubicados en la sede donde el problema puede ser abordado en su integridad y sin “trabas”: el del conflicto político.

---

a las reglas de propiedad, representa un atentado de tal magnitud a la libertad que debiera preocupar incluso a los teóricos liberales. Para efectos de nuestro argumento, es relevante destacar que Waldron también llama la atención sobre el vínculo entre los derechos de propiedad y situaciones que pueden ser fácilmente escondidas detrás de la concepción liberal de los derechos y que pueden ser convenientemente ignoradas por sus titulares. Según Waldron, una de las funciones de las reglas de propiedad es determinar quién tiene permitido estar dónde. Desde este punto de vista, una persona *homeless* es aquella que no tiene ningún lugar regido por reglas de propiedad privada para poder estar. Nuestras sociedades salvarían a los *homeless* de la catástrofe solamente gracias al hecho de que existen espacios de territorio gobernados por reglas de propiedad colectiva de uso común (parques, calles, veredas, estaciones de metro, etc.). Sin embargo, Waldron nota que aun así hay una tendencia que no suele incomodar demasiado a los liberales defensores de la propiedad, consistente en regular lo que está permitido hacer en estos espacios de uso común. Resulta increíble, sostiene, que el criterio para legislar así sea considerar que actividades como dormir, comer u orinar no pueden realizarse en espacios públicos, porque eso lo debe hacer cada cual en su hogar. Waldron sostiene que este es uno de los ejercicios de poder más indolentes y tiránicos de los tiempos modernos por parte de una comparativamente rica y complaciente mayoría en contra de una minoría de sus menos afortunados prójimos. Véase Waldron (1991-1992). El punto es interesante y se muestra de manera cruda y elocuente en el caso de las personas *homeless*. Sin embargo, ¿no puede extenderse el mismo razonamiento respecto de quienes no están tan mal como los *homeless* pero que aun así llevan una vida en la que no han visto jamás las bondades de prosperidad de un sistema de propiedad privada?

<sup>112</sup> Nedelsky (1993) 14.

Según lo argumentado, la posibilidad de repensar el derecho de propiedad en clave democrática exige abandonar la concepción abstracta e individualista de los derechos subjetivos, optando por una interpretación que devela las relaciones creadas por el derecho de propiedad. Se trata, entonces, de una aproximación concreta y no abstracta. Solo así pueden articularse las reglas de propiedad de modo que sea esta una institución reconocida colectivamente. Esto implica, siguiendo la lectura que Cristi hace de la propuesta de Nedelsky, “establecer una relación interna entre propiedad y ley, subordinando la demanda de la libertad posesiva a la constitución de una normatividad reconocida universalmente”<sup>113</sup>. Solamente la ley, como resultado del juego político y las decisiones democráticas, puede articular el derecho de propiedad haciéndose cargo de las relaciones que crea este derecho. La ley estará llamada, pues, a configurar aquellas relaciones que hagan viable la realización colectiva y no solamente individual, haciéndose cargo, quizás, de al menos parte de la crítica mordaz que Marx formulara a la concepción liberal de la propiedad en *Sobre la Cuestión Judía*:

El derecho humano de la propiedad privada es, por tanto, el derecho a disfrutar de su patrimonio y a disponer de él arbitrariamente (à son gré), sin atender a los demás hombres, independientemente de la sociedad, el derecho del interés personal. Aquella libertad individual y esta aplicación suya constituyen el fundamento de la sociedad burguesa. Sociedad que hace que todo hombre encuentre en otros hombres, no la *realización*, sino, por el contrario, la *limitación* de su libertad<sup>114</sup>.

## CONCLUSIÓN

El momento por el que atraviesa Chile, en que las ideas y los distintos proyectos de sociedad son sometidos al debate y escrutinio público,

---

<sup>113</sup> Cristi (2000) 240-241.

<sup>114</sup> Marx (1967) 33.

constituye una oportunidad crucial para derribar las barreras que la Constitución de 1980 impuso a la toma de decisiones democráticas. En dicho contexto, es fundamental que el debate respecto de la configuración del derecho de propiedad, y del rol que le debe caber en nuestro sistema constitucional, sea transparentado, de modo que los defensores del modelo de propiedad impuesto en la Constitución de 1980 den cuenta de los fundamentos anti-democráticos sobre los que fue construido.

De esta forma, cada vez que nos enfrentemos a argumentos que se resistan a cualquier cambio en el régimen constitucional del derecho de propiedad, podremos saber que, detrás de su defensa en el nombre de la libertad o los derechos fundamentales, se esconde, en realidad, un interés de los propietarios por evitar cualquier redistribución que implique la pérdida de los privilegios que dicho régimen les ha permitido conservar y sustraer de los procesos democráticos.

Si entendemos que en una democracia es fundamental poder discutir sobre el contenido y alcance de los derechos y que, por tanto, no deben existir elementos que estén fuera del alcance de la voluntad del pueblo, es perfectamente posible romper con el modelo de propiedad impuesto durante la dictadura militar y pensar en una institución que vaya realmente en el interés de todos. Los defensores de un sistema individualista y sobreprotector del derecho de propiedad tienen la carga de probar cuáles son los verdaderos beneficios que dicha concepción –y el tipo de relaciones que fomenta– presenta para nuestra comunidad política.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexander, G. (2003) “Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example” en *Cornell Law Faculty Working Papers, Paper 4*. Disponible en [http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=clsops\\_papers](http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=clsops_papers).
- Atria, F. (2001) “Legalismo, Derechos y Política” en Saba, R. (Ed.) *Los Derechos Fundamentales*. SELA 2001. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Atria, F. (2005) “El Derecho y la Contingencia de lo Político” en *Revista Derecho y Humanidades* 11: 19-39.
- Atria, F. (2013) *Veinte Años Después. Neoliberalismo con Rostro Humano*. Santiago: Catalonia.
- Atria, F. et. al. (2013) *El Otro Modelo. Del Orden Neoliberal al Régimen de lo Público*. Santiago: Random House Mondadori.
- Atria, F. (2014) *Derechos Sociales y Educación: Un nuevo Paradigma de lo Público*. Santiago: LOM.
- Böckenförde, E.W. (2000) *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cohen, G. (2014) *Por una vuelta al socialismo o cómo el capitalismo nos hace menos libres*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Cordero, E. (2006) “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno” en *Revista de Derecho* 19(1) 125-148.
- Cordero, L. (26 de noviembre de 2014) “Reforma educacional, propiedad y Constitución” en *Tele Trece*. Disponible en <http://www.t13.cl/blog/el-reves-del-derecho/reforma-educacional-propiedad-y-constitucion>.
- Congreso Nacional de Chile (2014) *Informe de la Comisión de Hacienda recaído en el Proyecto de Ley Sobre Reforma Tributaria*.
- Cristi, R. (2000) *El pensamiento político de Jaime Guzmán*. Santiago: LOM.
- Cristi, R. y P. Ruiz-Tagle (2008) *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago: LOM.
- Cristi, R. y P. Ruiz-Tagle (2014) *El Constitucionalismo del Miedo. Propiedad, Bien Común y el Poder Constituyente*. Santiago: LOM.
- Editor (14 de junio de 2015) “La Constitución y el Derecho de Propiedad” en *Diario La Tercera*. Disponible en <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2015/06/894-634187-9-la-constitucion-y-el-derecho-de-propiedad.shtml>.
- El Clarín (20 de mayo de 2011) “Histórica marcha contra Hydroaysén en todo Chile”. Disponible online en: <http://www.elclarin.cl/web/noticias/politica/1391-historica-marcha-contra-hidroaysen-en-todo-chile-en-santiago-mas-de-50-mil.html> (16 de diciembre de 2015).

- Fernandois, A. (2010) *Derecho Constitucional Económico*. Tomo II. Santiago: Ediciones UC.
- Fernandois, A. (9 de junio de 2015) “El derecho de propiedad o se garantiza o se pisotea, porque es muy difícil navegar en un punto intermedio” en *Diario Financiero*. Disponible en <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/arturo-ferandois-el-derecho-de-propiedad-o-se-garantiza-o-se-pisotea-porque-es-muy-dificil-navegar-en-un-punto-intermedio/2015-06-05/192137.html>.
- Ferrada, J.C. (2015) “El Derecho de Propiedad Privada en la Constitución Política de 1980” en Bassa, J. *et. al.* (Eds.) *La Constitución Chilena*. Santiago: LOM.
- Gómez, J. (2004) *La frontera de la democracia: el derecho de propiedad en Chile, 1925-1973*. Santiago: LOM.
- Gómez, J. (2006) “Democracia versus propiedad privada. Los orígenes político-jurídicos de la dictadura militar chilena” en G. Caetano (comp.) *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*. Buenos Aires: CLACSO.
- Guiloff, M. (2014) “El Estatuto Constitucional de la Propiedad: Una Mirada Ex Ante” en Chia, E. y F. Quezada (Eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución*. Santiago: Instituto Igualdad, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Friedrich Ebert-Stiftung.
- Habermas, J. (2004) “Derechos Humanos y soberanía popular.” en Ovejero, F., *et al* (Comp.). *Nuevas Ideas Republicanas*. Barcelona: Paidós.
- Kelsen, H. (2009) *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Larraín, L. y J.F. García (21 de julio de 2014), “La relativización del derecho de propiedad”, en *El Mercurio*. Disponible en <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2014/07/relativizacion-del-derecho-de-propiedad-privada/>.
- La Tercera (11 de enero de 2011) “Nuevas protestas por alza del gas en Magallanes tras fracaso de negociaciones”. Disponible online en: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2011/01/680-337490-9-comienzan-las-protestas-por-alza-del-gas-en-magallanes-tras-fracaso-de.shtml> (16 de diciembre de 2015).



- La Tercera (11 de junio de 2011) “Marcha de 80 mil personas se vuelve la más masiva en 21 años”. Disponible online en: <http://diario.latercera.com/2011/06/17/01/contenido/pais/31-72979-9-marcha-de-80-mil-personas-se-vuelve-la-mas-masiva-en-21-anos.shtml> (16 de diciembre de 2015).
- Lechner, N. (2007) *Obras escogidas*. Tomo II. Santiago: LOM.
- Marx, K. (1967) “Sobre la cuestión judía” en Marx, K. & F. Engels, *La Sagrada Familia y otros escritos filosóficos de la primera época*. México D.F: Editorial Grijalbo.
- Michelman, F. (2003) “Ethics, economics and the law of property” en *Tulsa Law Review* 39 (1): 663-690.
- Muñoz, F. (2013) “La Constitución de la desigualdad” en Muñoz, F. (Ed) *Igualdad, inclusión y derecho: lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*. Santiago: LOM.
- Nedelsky, J. (1993) “Reconceiving Rights as Relationship” en *Review of Constitutional Studies* 1(1): 1-25.
- Novoa, E. (2006) *Nacionalización, derecho y propiedad (textos escogidos)*. Santiago: Universidad ARCIS.
- Soy Chile (30 de junio de 2011) “Más de 100 mil personas participaron de la marcha estudiantil en Santiago”. Disponible online en: <http://www.soychile.cl/Santiago/Sociedad/2011/06/30/24149/Los-estudiantes-santiaguinos-esperan-superar-los-100-mil-protestantes-en-la-marcha-de-hoy.aspx> (16 de diciembre de 2015).
- Waldron, J. (1988) *The Right to Private Property*. New York: Oxford University Press.
- Waldron, J. (1991-1992) “Homelessness and the Issue of Freedom” en *UCLA L. Rev.* 3: 295-324.
- Waldron, J. (1996) “Property Law” en Patterson, D. (Ed.) *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Cambridge: Blackwell Publishers.
- Waldron, J. (2005) *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.