

Ej
Ensayos jurídicos

Jessica Fuentes Olmos

El derecho
de propiedad

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Co-ediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

EL DERECHO DE PROPIEDAD

© Jessica Fuentes Olmos

2018 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 906 00 02

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual 296483

ISBN 978-956-9959-33-2

Primera edición, noviembre de 2018 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

AGRADECIMIENTOS

La presente obra corresponde a mi tesis de doctorado, la cual fue elaborada con el apoyo de la beca CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2014. En el marco de dicha beca realicé una pasantía de investigación en el Instituto Max Planck en Heidelberg, Alemania, actividad que facilitó el profesor, doctor en derecho, Jorge BERMÚDEZ SOTO, a quien agradezco su colaboración.

Por su parte, quiero reconocer la labor de mi profesor guía de tesis, doctor Eduardo ALDUNATE LIZANA, quien con sus amplios conocimientos y sabios consejos fue esencial tanto para emprender este trabajo como para culminarlo.

Esta obra está dedicada a mi madre, a mis hermanas Sandra e Ingrid y a mi marido Eugenio. A ellos gracias por su apoyo y comprensión.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	VII
PRÓLOGO.....	IX
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	5
1. PROPIEDAD Y DOMINIO EN EL DERECHO ROMANO.....	8
1.1. Origen de la propiedad romana: el dominio como señorío.....	8
1.2. Terminología.....	15
1.3. Formas de dominio.....	16
1.4. Bienes sobre los que se ejercen las facultades del dominio.....	19
1.5. Concepto y contenido de la propiedad.....	20
1.6. Limitaciones al dominio.....	25
1.7. Privación de la propiedad.....	28
2. CONCEPCIÓN DE LA PROPIEDAD DURANTE LA EDAD MEDIA.....	33
2.1. Concepción germánica de la propiedad.....	35
2.2. Feudalismo y señorío.....	37
2.3. Contrato feudal y vasallaje.....	40
2.4. Privilegio de inmunidad.....	46
2.5. Subinfeudación, vasallajes simultáneos y alodios.....	47
2.6. Enajenación y transmisión del feudo.....	49

2.7.	Instituciones que limitaban la libre circulación de los bienes	50
2.8.	Separación del feudo respecto del vínculo personal surgido del contrato feudal	53
2.9.	Vulgarización y decaimiento del derecho romano	54
2.10.	La propiedad en la Alta Edad Media	57
2.11.	Recepción del derecho romano	60
2.12.	Categorías del derecho elaborado por los juristas de la recepción bajo las cuales se tipificaron las relaciones sobre la tierra en la Baja Edad Media	62
2.13.	Dominio eminente y soberanía	70
2.14.	Bienes públicos	73
3.	LA PROPIEDAD EN EL ANTIGUO RÉGIMEN: SIGLOS XVI A XVIII.....	75
3.1.	Subsistencia de las cargas feudales y la vinculación de la tierra.....	76
3.2.	Los antiguos <i>iura regalia</i> y la soberanía	79
3.3.	Las condiciones del Antiguo Régimen que llevarán a un cambio en la propiedad	82
4.	LA PROPIEDAD BURGUESA: 1789-1910	83
4.1.	El derecho natural racionalista	83
4.2.	Revolución francesa: la instauración del paradigma de la propiedad liberal burguesa.....	85
4.3.	Abolición de las cargas feudales. La desvinculación de la tierra	91
4.4.	Inviolabilidad de la propiedad	98
4.5.	Industrialización y las corrientes socialistas	101
4.6.	Aparición de la noción de función social	103
4.7.	Intervención estatal en la propiedad y el Estado social en Europa.....	106
4.8.	La propiedad en Estados Unidos	112
5.	PROPIEDAD A PARTIR DEL SIGLO XX: EL RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN	117
5.1.	Alemania.....	118
5.2.	España.....	126
5.3.	Francia	130
5.4.	Italia	135
5.5.	Estados Unidos	141
6.	CONSAGRACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES NACIONALES	152
6.1.	Derecho de propiedad en los textos previos a la Constitución de 1833	152
6.2.	Constitución de 1833	155

6.3. Constitución de 1925: evolución de la regulación del derecho de propiedad durante su vigencia	158
6.4. Antecedentes de la elaboración del artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980	187
CAPÍTULO II. CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	197
1. CONCEPTO HISTÓRICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD	199
2. TÉRMINOS PROPIEDAD Y DOMINIO	207
3. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	212
4. ÁMBITOS A LOS QUE SE EXTIENDE LA GARANTÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	217
5. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	224
6. ESENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD	233
6.1. La teoría de las garantías institucionales y de instituto de Carl SCHMITT....	235
6.2. Evolución de la tesis de las garantías institucionales	240
6.3. Teorías sobre el contenido esencial	245
6.4. Relevancia de la teoría de las garantías de instituto para la interpretación del artículo 19 N° 24 de la CPR.....	250
6.5. Análisis crítico de la aplicación de la tesis de las garantías de instituto al texto constitucional.....	253
6.6. Contenido esencial del derecho de propiedad	257
6.7. Interpretación de la garantía de la esencia del derecho con relación al derecho de propiedad.....	260
6.8. Esencia de la propiedad sobre bienes incorporeales	263
7. RESERVA LEGAL EN MATERIA DE PROPIEDAD	267
8. PROPIEDAD SOBRE BIENES INCORPORALES.....	276
9. PROPIEDAD SOBRE BIENES CORPORALES: EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD.....	287
10. DIVERSAS ESPECIES DE PROPIEDAD	298
CAPÍTULO III. AFECTACIÓN Y AMPARO DEL DERECHO DE PROPIEDAD	315
1. LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD: LA POTESTAD DEL LEGISLADOR	320
1.1. Límites y limitaciones	320
1.2. La función social como fundamento de las limitaciones a la propiedad: la tensión entre lo individual y lo social.....	323
1.3. El rol de la función social en la estructura del derecho de propiedad.....	328

1.4. Forma en que opera la función social: la proyección de sus efectos.....	344
1.5. Limitaciones y obligaciones impuestas al derecho de propiedad en el artículo 19 N° 24 de la CPR: alcance de la potestad legislativa	349
1.6. Afectaciones del derecho de propiedad fuera del artículo 19 N° 24 de la CPR.....	351
2. PRIVACIÓN DE LA PROPIEDAD: LA EXPROPIACIÓN COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA BAJO OBSERVACIÓN.....	355
2.1. Evolución de la expropiación.....	356
2.2. Evolución de la expropiación en Chile.....	368
2.3. La expropiación: la institución jurídica clásica.....	373
2.4. Fundamento de la expropiación.....	377
3. LA EXPROPIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980	380
3.1. Acto expropiatorio y el objeto de la expropiación	382
3.2. Ley que autoriza la expropiación	389
3.3. Causa de la expropiación: interés nacional o utilidad pública	392
3.4. Tutela jurisdiccional	397
3.5. Garantía patrimonial	398
4. LA EXPROPIACIÓN Y OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	403
5. EXPROPIACIÓN POR LEY	405
6. SUPUESTOS DE AFECTACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE ACTUALES TITULARES POR EL ESTABLECIMIENTO DE LIMITACIONES O SU APLICACIÓN A UN CASO CONCRETO	410
7. INNOVACIÓN INTRODUCIDA AL DERECHO OBJETIVO QUE PUEDE GENERAR EFECTOS SOBRE LOS ACTUALES TITULARES DE DERECHOS SUBJETIVOS SOMETIDOS AL ESTATUTO ANTERIOR	412
7.1. Límites al ejercicio de la potestad legislativa para innovar en el ordenamiento jurídico.....	414
7.2. Diferenciación entre delimitación legislativa y expropiación.....	416
7.3. Fundamentos para proceder a la indemnización de los actuales titulares de derechos subjetivos modificados por una delimitación legislativa	438
8. CONCRECIÓN DE LAS LIMITACIONES Y OBLIGACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO REALIZADA POR UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE UN PATRIMONIO CONCRETO	444
8.1. Privación de bienes por razones de interés general que no constituyen expropiación.....	452
8.2. Fundamentos para compensar los perjuicios originados en la aplicación concreta de limitaciones y obligaciones impuestas al derecho de propiedad.....	454

CONCLUSIONES.....	461
BIBLIOGRAFÍA.....	465
1. MONOGRAFÍAS	465
2. ARTÍCULOS EN LIBROS Y REVISTAS	475
3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NACIONAL.....	488

ABREVIATURAS

Art. o art.	:	Artículo o artículo
Arts. o arts.	:	Artículos o artículos
BGB	:	Código Civil alemán
CA	:	Corte de Apelaciones
CC	:	Código Civil
CCI	:	Corte Constitucional Italiana
CENC	:	Comisión de Estudios de la Nueva Constitución
CPR	:	Constitución Política de la República
CS	:	Corte Suprema
DL	:	Decreto Ley
DFL	:	Decreto con Fuerza de Ley
DO	:	Diario Oficial
DS	:	Decreto Supremo
LFB	:	Ley Fundamental de Bonn
TC	:	Tribunal Constitucional chileno
TCFA	:	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TCE	:	Tribunal Constitucional Español

PRÓLOGO

Hay obras tan logradas que no debiesen ser prologadas. Son aquellas cuyo contenido y estilo hacen que hasta las más ambiciosas palabras previas solo vengan a ser, para quien lee, una distracción o demora antes de pasar al placer intelectual y estético que depara el texto en sí, y solo explicables, entonces, por la convención editorial que las reclama.

Este es el caso del presente libro. Y, si he aceptado escribir estas líneas –en una suerte de incongruencia práctica con lo dicho antes–, ha sido solo por el afecto que profeso a su autora, y en agradecimiento y consideración a la casi poética circunstancia de haber recibido su invitación a prologar la publicación de su tesis doctoral a veinte años de que me honrara con la misma tarea respecto de su memoria de grado, ahora su primer libro sobre el tema que, poco previsiblemente a esas alturas, constituiría el objeto de investigación que la llevaría a su grado doctoral.

La propiedad. Así enunciada podría ser desde el inicio de un soliloquio humorístico (en especial si seguida de un profundo y extenso suspiro) hasta el índice de lugares comunes que, por su posible extensión, es preferible omitir para evitar el riesgo de una pedantería académica insufrible. Baste con enfatizar, para la cabal comprensión de lo que sigue, que es un tema amplísimo, que a nivel nacional plantea serias dificultades en su configuración positiva, debidas a la falta de congruencia en el lenguaje constitucional, legislativo e incluso reglamentario; cuyo desarrollo jurisprudencial, en especial a nivel constitucional, ha sido errático, dejando más cuestiones abiertas que criterios establecidos, claros y predecibles, para la solución de las controversias, y cuyo tratamiento a nivel doctrinal es ocasionalmente muy pobre por superficial, fragmentario o carente de un marco teórico.

Por si esto no implicase por sí mismo un gran desafío, hay que agregar que el tema de la propiedad plantea problemas importantes en el derecho comparado, incluso con marcos regulatorios de más acabada técnica y una doctrina y jurisprudencia más rigurosas.

Es en este contexto que, si hubiese que resumir su mérito en una sola idea, puedo decir que el trabajo que en estos momentos tiene en sus manos, o desplegado en su pantalla, es la primera obra en Chile, hasta donde alcanza mi conocimiento, que se hace cargo de todos los tópicos relevantes en materia de derecho de propiedad de manera sistemática. Este carácter sistemático está dado por un contundente encuadre histórico y comparado, el aporte ordenado y regular de fuentes jurisprudenciales y doctrinales, y la articulación de las diferentes cuestiones y sus conclusiones dentro de un marco teórico y conceptual coherente en sí mismo y congruente con el dato positivo. Y resulta de un propósito que la autora tiene muy claro cuando enfrenta una fórmula de texto constitucional que, como ella misma expresa, manifiesta “un uso bastante inorgánico y desprolijo de las categorías” (pág. 227). Si una de las funciones del derecho como actividad social es la de aportar una reserva de racionalidad en la construcción del sentido asociado a conductas coactivas, a través de ciertos niveles de disciplina en el discurso, puede afirmarse que el presente trabajo ha de marcar el camino en el desarrollo futuro de la doctrina sobre el derecho de propiedad en Chile. A partir de él sería impropio calificar de científica cualquier contribución que omitiese hacerse cargo, para discurrir a partir de ella o para refutarla, de la construcción integral que aporta la doctora Fuentes, al menos hasta una línea de tiempo en que dicha construcción pudiese considerarse superada. Por la calidad de la obra, empero, me atrevo a pensar que esa línea se encuentra muy alejada del presente.

Junto a esta idea principal, creo que hay dos más que, puesto a prologar, sería oportuno destacar. Uno de los méritos particulares de este trabajo es recorrer un buen trecho en un camino casi inexplorado hasta ahora: la delimitación del concepto de bien incorporal. La autora ya había expuesto el estado de la cuestión en su libro de 1998, *El derecho de propiedad en la doctrina y la jurisprudencia*, mostrando la forma en que, a partir de una laxitud incompatible con la mencionada función de racionalidad que pretende introducir el derecho en la sociedad, la deconstrucción del concepto de bien incorporal llevó a permitir que cualquier cosa fuese adscrita como elemento a esa categoría conceptual y, con ello, al amparo dado por la

Constitución a la propiedad, en especial en sede de acción de protección. Ello, unido a una jurisprudencia que ve en la diferencia entre limitación y expropiación una mera cuestión de intensidad –sin fijar los criterios de intensidad dirimentes–, permitió llegar a sostener tesis que defienden la posibilidad de propietarización de cualquier posición jurídica como un bien incorporal, y, con ello, la sujeción de cualquier modificación legal de dichas posiciones a la calificación de una expropiación (por tratarse de una limitación intensa). Con ello, las posibilidades de configuración legislativa del parlamento democrático quedan supeditadas en una medida importante a los recursos indemnizatorios de los que pueda disponer el Estado. Dadas las consecuencias de este enfoque, el trabajo de la profesora Fuentes, al proponer criterios que permitan delimitar conceptualmente la noción de bien incorporal, constituye un aporte invaluable, no solo en el tratamiento constitucional del derecho de propiedad, sino en el panorama más general del funcionamiento del Estado democrático de derecho y la conciliación entre derechos y libertades individuales, y el interés general a partir del debate parlamentario y la autoridad de la ley –y no necesariamente el resarcimiento de cualquier decisión regulatoria que lleve aparejados efectos económicos–.

El criterio para elegir el segundo punto a destacar no es tanto el de su importancia práctica o el grado en que ha sido debatido: en este sentido, los acápites sobre el contenido esencial del derecho de propiedad, la reserva legal en materia de propiedad y la función social de la propiedad podrían aparecer como candidatos mucho más probables. En contraste, una cuestión que puede aparecer más modesta permite apreciar con claridad el grado de rigor con que la autora enfrenta la disciplina dogmático-constitucional de la propiedad. Es usual que, en la doctrina, la expropiación sea tratada como una institución aislada, no enmarcada dentro de la categoría conceptual más amplia de la intervención en el derecho de propiedad. La importancia de manejar esta categoría genérica –la de la intervención– está dada por que permite disputar la afirmación, hecha muchas veces de manera ligera, de que toda afectación concreta en el derecho de propiedad debe dar lugar a una indemnización. En nuestro ordenamiento constitucional ello no es así, tanto por disposiciones constitucionales, que habilitan una intervención en la propiedad sin derecho a indemnización, como por disposiciones legales cuyo fundamento constitucional no ha sido seriamente puesto en duda. Tanto las hipótesis previstas por la Constitución como los casos de regulación legal y la discusión de sus fundamentos son proli-

jamente examinados en la última parte de este trabajo, confirmando que hasta en sus últimas líneas es de sustancioso contenido. Nada sobra; nada es de innecesario ornamento.

En 1998 calificaba la obra citada de la profesora Fuentes como un primer paso hacia perfilar las instituciones asociadas a la propiedad con el mismo rigor y perfección técnicos con los que a veces admiramos las elaboradas construcciones de los juristas romanos. Pensaba, de manera algo ingenua y optimista, que el análisis y los materiales que ofrecía en dicha publicación constituirían un estímulo para la comunidad científica y enriquecerían el trabajo de la teoría y la dogmática constitucional nacional sobre la propiedad de una manera o en un grado o intensidad que no se dio en los años siguientes. Afortunadamente, la autora ha recogido su propio guante, colmado vacíos y reparado rezagos. Nos da un texto imprescindible para la discusión científica; útil para el ejercicio profesional, incluyendo el de colegas jueces y juezas, y un regalo para aquellas personas que, apasionadas por la docencia, buscan siempre el material que, en partes o en su totalidad, sea la mejor opción para sus estudiantes.

Agradezco a la profesora y doctora Jessica FUENTES OLMOS por la invitación a prologarla y, sobre todo, por tan contundente contribución al estudio del derecho.

EDUARDO ALDUNATE LIZANA
Quilpué, septiembre de 2018.