

Coordinadores

Miriam Lorena Henríquez Viñas

Enrique Petar Rajevic Mosler

Derecho de Propiedad: Enfoques de Derecho Público

Prólogo de Luis Cordero Vega

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.dericiones.com

Derecho de Propiedad: Enfoques de Derecho Público

© Miriam Henríquez Viñas y Enrique Petar Rajevic Mosler

2018 DER EDICIONES LIMITADA

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

Teléfono +56 22 906 00 02

www.dericiones.com

Registro de Propiedad Intelectual: N° 290028

ISBN: 978-956-9959-18-9

Primera edición, mayo 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.

Derecho de Propiedad:
Enfoques de Derecho Público

INDICE

PRÓLOGO	VII
PRESENTACIÓN.....	1
1. EL ESTATUTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980	5
María Pía Silva Gallinato	
1.1. Naturaleza y características del derecho de propiedad	5
1.2. Evolución del reconocimiento constitucional del derecho de propiedad en Chile.....	7
1.3. Ideas generales acerca de la forma en que el Constituyente concibe el derecho de propiedad en la Constitución de 1980	9
1.4. El Estatuto constitucional común del dominio en la Carta de 1980	11
A) Algunas precisiones.....	11
B) Vínculos entre el derecho al acceso al dominio y el derecho de propiedad	12
C) Naturaleza y extensión del derecho de propiedad	15
D) Límites al derecho de propiedad.....	21
E) La privación del dominio mediante expropiación	25
1.5. Conclusiones	28
Bibliografía.....	28
Jurisprudencia	30
2. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD. ¿DEROGACIÓN TÁCITA O INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DE LOS ARTÍCULOS 15 Y 16 DEL DECRETO LEY Nº 2.695?	31
Miriam Henríquez Viñas	
2.1. Planteamiento del problema.....	31

2.2. Diferencias entre la declaración de derogación tácita y la inaplicabilidad sobreviniente.....	33
2.3. La declaración de derogación tácita de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695 por la Corte Suprema.....	38
2.4. La declaración de constitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695 por el Tribunal Constitucional.....	42
2.5. Conclusiones.....	45
Bibliografía.....	47
Jurisprudencia.....	48
3. DERECHO DE PROPIEDAD Y MEDIO AMBIENTE.....	49
Raúl F. Campusano Droguett	
3.1. Introducción.....	49
3.2. Propiedad privada y propiedad común.....	50
3.3. Régimen jurídico de los animales.....	52
3.4. Régimen jurídico de la naturaleza y los ecosistemas.....	55
3.5. Derecho real de conservación.....	57
3.6. Derecho de propiedad sobre material genético.....	58
3.7. Consideraciones finales.....	61
Bibliografía.....	64
4. LOS LÍMITES DE LA PROPIEDAD INDÍGENA Y TRIBAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	69
Gustavo Poblete Espíndola	
4.1. Presentación.....	69
4.2. Dimensiones de la propiedad indígena y tribal.....	70
4.3. Posesión y propiedad colectiva indígena y tribal.....	73
4.4. Los límites de la propiedad indígena y tribal.....	76
A) El factor temporal en la recuperación de los territorios.....	78
B) La entrega de territorios alternativos por razones concretas y justificadas.....	79
4.5. Consideraciones finales.....	82
Bibliografía.....	83
Jurisprudencia.....	84
5. BASES CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN.....	87
Flavio Quezada Rodríguez	
5.1. Introducción.....	87

5.2. La expropiación en las constituciones chilenas	89
5.3. Aproximación conceptual a la expropiación	91
5.4. Elementos de la expropiación	95
5.5. Requisitos constitucionales de la expropiación	108
5.6. Delimitación dogmática entre regulaciones y privaciones de la propiedad	110
5.7. Conclusiones	117
Bibliografía	118
Jurisprudencia	120
6. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA CONFERIDA A LAS MUNICIPALIDADES EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES	123
Alejandro Cárcamo Righetti	
6.1. Introducción	123
6.2. Revisión de la constitucionalidad de la potestad administrativa otorgada a las municipalidades en el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC.....	127
6.3. Conclusión	144
Bibliografía	145
Normas jurídicas	146
Jurisprudencia	147
7. ¿NULIDAD O RESPONSABILIDAD? EL DESFILADERO DE LAS LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD	149
Enrique Rajevic Mosler	
7.1. Planteamiento del problema	149
7.2. La admisión de limitaciones indemnizables: la reparación de los daños generados por actos lícitos.....	150
7.3. La no indemnizabilidad de las limitaciones: no procede reparar los efectos de un acto lícito sin ley expresa que lo ordene	155
7.4. La invalidez por inconstitucionalidad de las limitaciones desproporcionadas	162
7.5. Recapitulación y conclusiones.....	169
Bibliografía	174
Jurisprudencia	176

PRÓLOGO

Hablar sobre derecho de propiedad en el sistema institucional es referirse a uno de los principales desacuerdos del Derecho Público nacional¹. No sobre su legitimidad, sino esencialmente sobre la titularidad, uso e imposición de obligaciones, limitaciones y restricciones en el contexto de las interacciones de una sociedad democrática. Esta cuestión resulta evidente entre nosotros, porque el diseño del derecho de propiedad de la Constitución de 1980 se construyó contra el pasado. La idea que reformas sociales –como las que se discutían a finales de los 60 en nuestro país– se hicieran con cargo al sacrificio de la propiedad –manifestación de identidad para un sector importante de la literatura nacional– implicaba desconocer de algún modo la autonomía individual².

La resolución de esa tensión explica el contenido y redacción de la Constitución de 1980. La consagración de un derecho de propiedad extensivo, más allá de los supuestos que la propia tradición civilista del siglo XIX había planteado, el condicionamiento de las causales que justificaban la función social de la propiedad y los títulos de expropiación, así como

-
- 1 SUNSTEIN, C. (2018), *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, 2ª edición, p. 3. El autor señala que en el mundo real en donde los jueces deben adoptar decisiones se debe operar frente a un tipo particular de heterogeneidad social: desacuerdos significativos y a menudo intratables, sobre cuestiones de principios básicos. Uno de esos desacuerdos clásicos es: ¿debe la propiedad ser un derecho fundamental? O bien: cuando hablamos de propiedad, ¿a qué nos estamos refiriendo expresamente?
 - 2 Sobre el rol de las instituciones de control como la Corte Suprema y la Contraloría para la defensa del derecho de propiedad, ver FAÚNDEZ, J. (2011), *Democratización, desarrollo y legalidad* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales).

el reconocimiento de títulos de propiedad para la explotación de derechos comunes, como las aguas, generando verdaderos “regalos regulatorios”, configuraron la conceptualización de un modelo constitucional en donde la propiedad era útil al funcionamiento eficiente de los mercados, el mecanismo –en la lógica de los autores de la Constitución de 1980– que asignaba bienestar del modo eficaz.

La idea –en mi opinión– sobre la cual se construyó el derecho de propiedad en esa traición constitucional implicaba oponer este derecho a la regulación pública como un verdadero muro de inmunidad. Esta manera de comprender las cosas, conjuntamente con el modo de explicar la “reserva de ley” como garantía frente a las regulaciones de la Administración, otorgaban al derecho de propiedad la singularidad más evidente del sistema institucional chileno desde 1980 y sobre el cual ha descansado una cantidad importante de nuestros debates públicos³.

Pero desde el retorno a la democracia esa manera de explicar las cosas comenzó a tensionarse. Las reformas regulatorias de los 90 en nuestro país, como en buena parte de los sistemas comparados, requerían la adopción de decisiones que implicaban afectar o bien reconcebir la propiedad especialmente frente a la intervención de organismos administrativos. La innovación en las telecomunicaciones, la energía eléctrica, de los mercados financieros, el establecimiento de instrumentos económicos para la gestión

3 Uno de los debates más evidentes de esa manera de comprender las cosas es la discusión sobre expropiaciones regulatorias. Con tal finalidad, para el caso chileno ver ALDUNATE, E. (2000), “Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado”, en *Revista de Derecho* (CDE, N° 2,); DELAVEAU SWETT, R. (2006), “La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana”, *RCHD* (Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 33 N° 3); FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2005), “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en *Sentencias Destacadas 2004, una Mirada desde la perspectiva de las Políticas Públicas*, Instituto Libertad y Desarrollo; MARMOLEJO GONZÁLEZ, C. (2003), “El problema de las expropiaciones regulatorias (regulatory takings) y sus implicancias en los sistemas de inversión extranjera”, *Gaceta Jurídica*; MONTT OYARZÚN, S. (2005), “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, *RCHD* (Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 32 N° 1); PÁEZ, M. (2006), “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados”, *Revista del Instituto de Estudios Internacionales* (N° 153, Universidad de Chile).

ambiental, la gestión del uso del suelo a consecuencia de la expansión de las ciudades, la administración de recursos naturales, entre otros, dejaron en evidencia que una forma absoluta de comprender el derecho de propiedad y su reserva de ley era sencillamente incompatible con el desarrollo de mercados razonables en democracias modernas. La propiedad requería ser tutelada, pero sus obligaciones debían ser proporcionales a sus beneficios.

Chile mantiene aún vigente esa tensión. Basta con observar lo sucedido en los últimos años en el Tribunal Constitucional para apreciar que uno de los temas sobre los cuales los argumentos se radicalizan es cada vez que se discute sobre los alcances de la regulación pública frente al derecho de propiedad⁴.

Así, algunos defenderán la supremacía del derecho de propiedad privada por sobre las decisiones democráticas basándose en que la propiedad es un derecho “natural” y prepolítico otorgado a los hombres por parte de Dios o la razón (SOTO KLOSS). Respecto al concepto de propiedad como derecho natural, estas teorías defienden la protección constitucional del derecho de propiedad contra ataques del mismo producto de decisiones estatales. Otros, en este mismo sentido, pero sin tener convicciones de derecho natural, consideran que es necesario proteger la propiedad en integridad por consideraciones de tipo utilitaristas (p. ej., inversión extranjera). En el otro polo del debate, se puede criticar esta forma integrista de ver la propiedad frente a las decisiones estatales, y en particular a las decisiones democráticas (debate detrás de la responsabilidad del Estado legislador). Unos sostendrán que el derecho de propiedad es de carácter fundamentalmente diferente a otros derechos y libertades, como por ejemplo el derecho a la libertad de expresión o el no sufrir tratos inhumanos o degradantes. En vez de constituir un derecho natural y prepolítico, el derecho de propiedad se considera como un mecanismo convencional creado para el avance del progreso social (DUGUIT)⁵. Otros podrán objetar el carácter intocable del actual sistema de distribución de la propiedad, mientras sí se admite la

4 Solo a título ejemplar, ver sentencias *Constructora Santa Beatriz* (Rol N° 2299); *Molinera Norte* (I y II, Roles N° 2643 y N° 2644); *Curtiembre Bas* (Rol N° 2684).

5 Ver COUSO, J. (2003), “La producción del derecho económico internacional y la necesidad de una democracia cosmopolita”, en *El derecho como objeto e instrumento de transformación* (Buenos Aires: SELA, Del Puerto), p. 121; CORDERO VEGA, L. (2010), *Responsabilidad patrimonial del Estado* (LegalPublishing).

existencia de un derecho general a tener propiedad como una condición del progreso humano⁶.

Sin embargo, pareciera que el real problema que algunos tratan de plantear, pero que no explicitan abiertamente, no es si en el contexto del debate constitucional chileno se protegerá la propiedad, lo cual resulta evidente, sino cómo garantizar esta en el caso de bienes públicos. Esa es precisamente la discusión en el caso de acceso a recursos naturales o bienes comunes, cuestión que se encuentra en la disputa sobre la caducidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, el uso del espacio radioeléctrico o el acceso a los recursos pesqueros. Confundir esto con la discusión sobre el derecho de propiedad resulta inadecuado y es una muestra de las confusiones generadas en el Derecho Público chileno.

En el caso de bienes comunes, lo relevante es establecer reglas adecuadas de acceso a bienes escasos que, al ser socialmente valorados, debemos garantizar normas de competencia genuinas para su adjudicación. Cuando no lo hacemos bien, damos origen a verdaderos regalos regulatorios, al margen de criterios de competencia legítimos, que al final del día terminan entregando inadecuados títulos de propiedad, con toda la distorsión que eso genera en los mercados⁷. La última regulación pesquera es un buen ejemplo de esto.

Esa pareciera ser la verdadera discusión que se esconde detrás del debate público actual de propiedad y, si es así, es mejor sincerarlo, pues de lo contrario estaremos confundiendo un derecho legítimo como la propiedad con la promoción de garantías para regalos públicos.

Esta es la tensión actual del derecho de propiedad en nuestro país. El notable libro que editan la profesora Miriam HENRÍQUEZ y el profesor Enrique RAJEVIC, que me han honrado en prologar, permite comprender las cuestiones asociadas a los nudos conceptuales de la propiedad con los anteojos del derecho público chileno actual. Los debates que esta genera en temas tan diversos como regulación económica, medio ambiente,

6 Esta es la contradicción implícita del artículo 19 N°s. 23 y 24 de la CPR chilena. Mientras el primero reconoce el derecho a adquirir cualquier clase de propiedad, el segundo petrifica la propiedad en la interpretación tradicional.

7 Sobre regalos regulatorios y propiedad, ver GUILLOF, M. (2013), “Ley de Pesca: Explicando un regalo regulatorio”, publicado en *Anuario de Derecho Público* (Universidad Diego Portales), pp. 273-296.

urbanismo, propiedad indígena, expropiaciones y el dilema tradicional de la responsabilidad o compensación de daños a consecuencia de regulaciones públicas, son ejemplos de esa aproximación.

El desarrollo de esta obra, como pocas disponibles en el mercado nacional, permite de un modo sistematizado ordenar lo que son las principales tensiones de la construcción del derecho de propiedad en la actualidad y explicar de mejor modo la relación que existe entre derechos e interés público, un binomio que nos persigue desde finales del siglo XIX, y que en los inicios del siglo XXI se presenta con muchísimo mayor intensidad, porque la propiedad ya no es lo que era y, con certeza, reconfigurará sus contenidos y materialización de mano a la intensa innovación tecnológica que nos está transformando ahora. El Derecho Constitucional y Administrativo requieren con urgencia un marco teórico para abordar esos dilemas, y este libro es un avance significativo para esa explicación que resulta inevitable.

Dr. Luis CORDERO VEGA

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile.