

## DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD\*

JUAN JOSÉ LÓPEZ LÓPEZ\*\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE  
juan.lopez@ug.uchile.cl

**RESUMEN:** El artículo examina aproximaciones, comentarios e ideas de la doctrina nacional sobre la función social de la propiedad y su relación con el derecho fundamental de propiedad y en tal sentido, se intenta demostrar que no existe una solución sistemática respecto del alcance de la función social en el derecho chileno de propiedad. Sobre tal asiento, se ofrece una breve explicación histórica de la introducción de la función social en los textos constitucionales, su desarrollo por la doctrina y algunas consideraciones sobre la categoría de derecho fundamental aplicada a la propiedad. Por último, se analiza sucintamente una sentencia del Tribunal Constitucional en relación al tema de la función social, que da cuenta de posiciones disímiles ilustrando el estado actual del debate. Ahora bien, el presente trabajo no pretende otorgar una solución al problema ni definir la función social, sino discretamente revisar y comentar la recepción de la función social en el derecho chileno.

**Palabras Claves:** *Derecho constitucional de propiedad, función social, derecho de propiedad, privación, limitación, intereses colectivos, contenido esencial.*

## CHILEAN CONSTITUTIONAL LAW AND SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY

**ABSTRACT:** The article reviews approaches, comments and ideas in the doctrines of Chilean law about the social function of property and its relation to the fundamental right of property, in that regard, this paper attempts to demonstrate that there is no systematic answer to the question relative to the action of social function of property in the Chilean property right. Considering the above, this paper offers a brief historical

---

\* El presente artículo es parte del proyecto Fondecyt regular número 1120830, sobre “Bases para una dogmática republicana del derecho de propiedad en la Constitución chilena: una perspectiva jurídica, filosófica y comparada”.

\*\* Estudiante de Derecho, Universidad de Chile.

explanation in reference to the introduction of social function of property in the constitutions in general, its development in the national law doctrine and some notions about the fundamental rights conception applied to property. Finally, this work studies a decision of the Constitutional Court in this area, which accounts and illustrates the current state of the debate and its dissimilar positions. However, this paper do not try to arrive at an answer for this particular issue and least give a definition of what it is the social function of property, but only do a review of the reception of social function of property in Chilean law.

Keywords: *Constitutional property right, social function of property, property right, deprivation of property, limits of property, collective interests, core content.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La intención de *acorazar* el derecho de propiedad por la comisión constituyente es, de algún modo, efecto de su desacuerdo para establecer tanto el contenido como el fundamento de éste derecho en la Constitución<sup>1</sup>. Sin duda, por temor querían protegerlo<sup>2</sup> vigorosamente, pero el resultado alcanzado ha sido quizás contraproducente, toda vez que –incluso en opinión de Arturo Fermandois<sup>3</sup>–, existen categorías contradictorias surgidas en el mismo texto (como la función social), incompatibles con el propósito de *afianzar* la propiedad. A esto se suma, el desarrollo jurisprudencial y el aporte dogmático que ha experimentado la propiedad en democracia, cuyo carácter es controversial y motiva este trabajo. A la luz de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional (“Constructora Sta. Beatriz con MINEDUC y otro” 29/01/2014, causa 2299-12) se exteriorizan argumentos jurídicos contradictorios respecto a la idea de propiedad y función social que merecen una breve revisión.

Así, se ha apelado a diversas ideas, tales como el principio de subsidiariedad, la idea de orden público económico o también a la tradición del derecho común y otros valores jurídicos para explicar el Art. 19 No. 24. El objeto, entonces, de este trabajo es examinar algunos aspectos de la discusión constitucional sobre el derecho de propiedad y específicamente la función social, con la intención de plantear una posición que considera

---

<sup>1</sup> CRISTI BECKER, Renato y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. *El constitucionalismo del miedo*. Santiago, Chile: LOM, 2014. p. 79.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>3</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*. En: *Sentencias destacadas 2004*, Santiago, Chile: Libertad y Desarrollo, 2005. p. 27.

compatibles la idea de propiedad y su función social, en cuanto esta última forma parte del contenido de la primera.

## 2. HISTORIA DE LA FUNCIÓN SOCIAL EN CHILE

Antes de desarrollar cualquier argumento, conviene prevenir lo complejo que es pensar el derecho de propiedad, o mejor aún *la propiedad*, puesto que es un asunto que excede el ámbito jurídico y constituye una preocupación para el conocimiento en general. No obstante, dadas las circunstancias de máxima concreción del derecho en la vida, es uno de los grandes temas *de los* juristas. Una primera idea que subyace a lo anterior, es que la disciplina del derecho se aboca al establecimiento de límites al ejercicio de la propiedad por los individuos, quienes poseerían un derecho subjetivo absoluto previo e inherente a la apetencia del individuo por dominar su entorno, que es expresión de su libertad. El ánimo de apoderarse de algo se percibe como instintivo y natural, concibiendo al sujeto propietario como el núcleo del derecho mismo y a las cosas, en principio estrictamente materiales, como su objeto. Esta idea se desarrolla en la tradición del derecho común de raíz romanista, que inspira a la codificación en el derecho continental, con aportes de la ideología liberal clásica<sup>4</sup> imperante en dicho proceso.

### 2.1. La concepción liberal de propiedad y la idea de función social

La concepción liberal de la propiedad se identifica con la noción de derecho subjetivo, que condensó el pensamiento individualista expresado por el movimiento intelectual de la ilustración<sup>5</sup> desde las revoluciones liberales hasta principios del siglo XX. La naturaleza humana, según esta concepción, asegura derechos inmanentes a tal condición, inviolables por agentes externos, cuyo resultado es la disociación entre la sociedad civil y el Estado como ámbitos de protección y poder público capaz de afectar los derechos individuales respectivamente<sup>6</sup>. Ello supone la idea de una *esfera de libertad* en cada individuo. Tal dinámica se basa en la idea de derecho subjetivo, la personalidad jurídica reconocida para ser titular de derechos, como también en la autonomía de la voluntad y el contrato. De tal

<sup>4</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel. *El derecho de propiedad. Una relectio.*, Anuario de Derecho Civil, Vol. 51, (N° 4), Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial de Estado, Madrid, España, 1998. p. 1646.

<sup>5</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad, *en: Revista de derecho la PUCV*, XXXI: pp. 493-552, 2° Semestre de 2008, Valparaíso, Chile, 2008. p. 496.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 496-497.

forma, la visión de la propiedad liberal se concibe a sí misma como absoluta y unitaria, de total soberanía e ilimitada disposición, lo que centra su interés en definir las facultades del propietario más que en aclarar sus límites<sup>7</sup>, que se presentan como meros compromisos de no interferir en la esfera de libertad o en una regulación negativa y subsidiaria en virtud del interés privado. Esta es la noción que se plasmó sustancialmente en los códigos decimonónicos y en la Constitución de 1833, que como señala Eduardo Cordero Quinzacara, no se preocupa más allá de garantizar la inviolabilidad de la propiedad y remitirse a la legislación civil castellano-indiana<sup>8</sup>, dado que existía un consenso cultural de clara tendencia y cultura jurídica liberal que ni siquiera imaginaba aún la idea de intereses colectivos<sup>9</sup>.

Con el auge del poder del Estado y ante los efectos de la industrialización sobre las condiciones sociales de la población, aparece la reclamación de intereses públicos y la necesidad de acomodar el régimen de propiedad<sup>10</sup> a exigencias sociales. El Estado asume un rol configurador de las circunstancias sociales, producto de la crítica a la desigualdad que generan las ideas de libertad que son parte hasta hoy de nuestro imaginario social<sup>11</sup>. En este contexto, la función social transforma el derecho de propiedad internamente en su contenido, limitando el ejercicio de ciertas facultades respecto de bienes de relevancia económico-social (*reduce* así la amplitud de su ejercicio frente a otros y *modifica* su contenido incorporando el interés de otros en la *esfera de interés del propietario*). Se establecen, entonces, situaciones con supuestos variables para el ejercicio de facultades del propietario (en íntima relación con el abuso del derecho) e instaura deberes, obligaciones y cargas para éste, con consecuencias jurídicas que alteran su titularidad o restringen sus facultades<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> No obstante, como señala LÓPEZ Y LÓPEZ, tal visión es “empíricamente inexacta”, toda vez que a medida que se desarrolla el derecho de propiedad codificado existen normas limitativas y especiales que justamente modifican la estructura de *absolutismo propietario*. Ver LÓPEZ Y LÓPEZ. Ángel, *op. cit.*, (n. 4), pp. 1640-1641.

<sup>8</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. [En línea]. Valdivia, *Revista de derecho UACH*: 2006, pp. 125-148. Disponible en la World Wide Web: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&nrm=iso)> [Citado: 28 octubre 2014]

<sup>9</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *op. cit.* (n. 5), p. 500-503.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 503-504.

<sup>11</sup> Siguiendo a LÓPEZ Y LÓPEZ, es necesario mencionar que la crítica a la desigualdad y al capitalismo es crucial en el desarrollo del pensamiento corporativista y del totalitarismo europeo de principios del siglo XX. Ver LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), p. 1649.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 1654.

De tal modo, la propiedad liberal dedicada a resolver conflictos entre privados se transforma, hasta constituirse en una concepción funcional que configura el contenido del derecho de propiedad (límites) o restringe, ante determinados requisitos, la propiedad ya definida (limitaciones)<sup>13</sup>. Entonces, el foco en el sujeto que luce su derecho de propiedad se traslada, en la práctica, a los bienes específicos (aquellos de trascendencia económico-social<sup>14</sup>) que cumplen una función social, cuestión que obliga y le impone al propietario restricciones, en virtud del cambio social y la interdependencia de la comunidad<sup>15</sup>. En ningún caso se pretende socializar la propiedad, ni menos considerar la función social como prodigioso remedio, sino que la propiedad internamente comprende tal condición y está permitida la acción pública para que ésta cumpla su función específica, ya sea por la Administración, el legislador o los tribunales, conformando así la concepción funcional de la propiedad<sup>16</sup>, de claro énfasis en el objeto de la propiedad<sup>17</sup>.

## 2.2. Constitución de 1925 y Ley 16. 615

El texto constitucional de 1925 no introdujo inmediatamente la función social, no obstante, si implantó limitaciones<sup>18</sup> al ejercicio del derecho de propiedad en su Art. 10 No. 10 inciso 3°, que prescribe:

<sup>13</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *op. cit.* (n. 5), p. 508.

<sup>14</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), p. 1654.

<sup>15</sup> Una investigación interesante sobre la idea de propiedad en el derecho anglosajón, y sin duda transversal para entender el derecho de propiedad en general (*mutatis mutandis*), es el trabajo de Laura UNDEROFFLER, que en su célebre texto *The Idea of Property* intenta dar una estructura teórica que explique, pronostique y justifique el poder relativo del interés particular en el derecho de propiedad en la ley, que es producto de una reformulación de las nociones tradicionales de la propiedad como protección hacia (o a favor) de una idea de propiedad que otorgue mayor control colectivo. La profesora Underkoffler critica la visión común de la propiedad en la ley (*'common view'*) que ha construido la Corte Suprema Estadounidense y persigue una concepción operativa de la propiedad (*'operative conception'*), que permita una aplicación funcional a los intereses generales de la comunidad en la propiedad fundada en una teoría de normativa. Ver UNDEROFFLER, Laura. *The Idea of Property: Its meaning and power*. New York, United States: Oxford University Press, 2003.

<sup>16</sup> Deficientemente, el presente trabajo prescinde de la utilización de conceptos doctrinales que inspiraron en su época el proceso de funcionalización. Así, no queda más que mencionar como promotores del cuestionamiento de la concepción liberal de la propiedad a Augusto Comte, Giuseppe Salvio, Rudolf von Ihering, Otto von Gierke, y sin duda, Léon Duguit entre otros.

<sup>17</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), p. 1655-1656.

<sup>18</sup> SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Derechos humanos en la constitución de 1925. [En línea]. *Ius et praxis*, vol. 9, (1), 2003, pp. 245-257. Disponible en World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071800122003000100013&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122003000100013&lng=es&nrm=iso)>. [Citado: 29 de octubre de 2014]

“El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública” (Texto originalmente publicado de la Constitución de 1925<sup>19</sup>).

Esto implica una autorización al legislador y la Administración para morigerar el derecho de propiedad y relativizarlo, sin duda, conforme al constitucionalismo social<sup>20</sup>. También incluye la figura de la expropiación por razón de utilidad pública, previa calificación legal, que dará al dueño derecho a una indemnización que será determinada en juicio correspondiente. Silva Bascuñán y Silva Gallinato definen tres reformas relevantes al régimen de propiedad original de la Constitución de 1925, de las cuales la reforma de la ley 16.615 de 1967 introduce innovaciones relevantes:

(1) Asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, reemplazando la protección a todas las propiedades, que en opinión de Eduardo Cordero Q. no siguió siendo interpretado como protección de derechos patrimoniales concretos por la jurisprudencia y la doctrina<sup>21</sup>.

(2) La función social de la propiedad en un contexto<sup>22</sup> de reforma agraria<sup>23</sup> y legitimada en parte por la doctrina social de la iglesia<sup>24</sup> se incluye, instalando como criterios los que “comprenden 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”. De la propia lectura se constatan las causales específicas que asumen una función de la propiedad, también son objeto de reserva legal los modos de adquirir, los atributos del dominio (uso, goce y disposición recogiendo el Art. 582 del Código Civil) y las

<sup>19</sup> INFORME COMISIÓN CONSTITUCIÓN, Historia de la Ley N° 16.615, p. 8. [En línea] <[www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36897/6/HL16615.pdf](http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/36897/6/HL16615.pdf)> [Citado: 29 de octubre de 2014]

<sup>20</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *op. cit.* (n. 5), pp. 498-503.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 500-510.

<sup>22</sup> FERNANDOIS V., Arturo, *op. cit.* (n. 3), p. 32.

<sup>23</sup> Así lo demuestra la discusión parlamentaria, ya que en palabras del Senador Luis Fernando Luengo, uno de los impulsores de la reforma de la Constitución, se requería de la modificación previa de ésta para realizar una “auténtica reforma agraria”. A esto se suman los mensajes presidenciales que requieren de la urgente renovación del sistema expropiatorio. Ver INFORME COMISIÓN CONSTITUCIÓN, *op. cit.*, (n. 19), p. 19.

<sup>24</sup> CRISTI BECKER, Renato y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *op. cit.* (n. 1), p. 78-80.

limitaciones y obligaciones asociadas directamente a la función social y su accesibilidad, lo cual reconoce el rol en la redistribución de la propiedad del poder público.

(3) Renueva el mecanismo de expropiación y de las bases de fijación de la indemnización sujetándolos a la ley y establece como finalidad el interés social y la utilidad pública.

(4) También añade una regla sobre la reserva del dominio de ciertos bienes para el Estado, basado en el interés de la comunidad sobre los recursos naturales, bienes de producción de relevancia para la vida social, económica o cultural, como también hace explícito el interés sobre la distribución de la propiedad.

### 2.3. Constitución de 1980

La relevancia de entender las reformas previas se debe a que explican, en cierto modo, las aprensiones de los miembros de la comisión constituyente de 1980. Renato Cristi expone que Jaime Guzmán teme al estatismo que llevó al quiebre institucional de la Constitución del 25, que concibe ligado al deficiente ejercicio democrático<sup>25</sup>. Éste es un estorbo para el ejercicio del derecho de propiedad y la libertad económica. Empero, un inconveniente que no puede excluir es precisamente la función social reconocida en la doctrina social de la iglesia<sup>26</sup>, lo que supuso un esfuerzo intelectual y político de Guzmán para elaborar un sistema entre las ideas gremialistas de subsidiariedad y de bien común del Art. 1°, que funcionarían a su entender, como sostén de la prioridad ontológica y de finalidad de los individuos. La larga y retórica exposición de Guzmán en sus intervenciones no tiene otro propósito que restringir la función social de la propiedad, acorazando el derecho de propiedad y limitando el principio de solidaridad, mediante una interpretación particular de las encíclicas papales y la introducción de sus propias ideas políticas sobre el bien común<sup>27</sup>. Pedro Jesús Rodríguez<sup>28</sup> que es invitado a la discusión, en cambio, realiza tres intervenciones que son rescatadas por Cristi, de extrema pertinencia para rebatir el significado dado por Guzmán: (1) que el derecho de propiedad privada no puede ser un

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>26</sup> Es relevante la doctrina social de la iglesia para el presente análisis y para entender la introducción de la función social en nuestro ordenamiento jurídico, pero excede al objeto de este trabajo revisar tal derecho pontificio a cabalidad. No obstante, Renato Cristi señala que Guzmán se inspira preferentemente en *Rerum Novarum* y no en *Mater et Magistra* (de carácter más progresista) para fundar su peculiar interpretación de la doctrina social de la Iglesia. Si se desea consultar el tema o temas relacionados con las encíclicas sociales es recomendable revisar el trabajo de Tony Mifsud S.J., Ignacio Grez Reyes S.J. o el mismo Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle en *El Constitucionalismo del Miedo*.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>28</sup> Ministro de Justicia de Eduardo Frei Montalva entre 1964 y 1968.



freno para el desarrollo económico, social y cultural del país<sup>29</sup>; (2) que la definición del bien común corresponde al poder político, de lo que se colige la legitimación democrática del Estado de Derecho<sup>30</sup>; y por último, (3) la idea de que una referencia al bien común es aún más vaga que la fórmula de los intereses generales del Estado<sup>31</sup>, que constituye un amplio criterio para la aplicación de la función social según el texto constitucional.

Finalmente, la Comisión no adhirió a la intención de Guzmán y consideró demasiado amplio el concepto de bien común, lo que es contrario al explícito interés de restringir la órbita del legislador en cuanto a la propiedad y el alcance de la función social. Se contentarán después con la profusa regulación de la expropiación y las reglas de reserva legal. También específicamente, (1) se incluye la protección a la esencia del derecho de propiedad en el Art. 19 No. 24 inciso 3°, No. 26 y 41 No. 8. (texto original sin reformas); (2) asimismo, se aseguran los atributos y facultades esenciales mediante indemnización en la privación del dominio<sup>32</sup>; (3) finalmente, se incorporan otros derechos como la igualdad ante las cargas públicas en el Art. 19 No. 20, la libertad económica y la regulación de la actividad empresarial del Estado en el Art. 19 No. 21, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes en el Art. 19 No. 23, la no discriminación arbitraria en materia económica en el Art. 19 No. 22 y especies de propiedad, como la propiedad intelectual y el derecho de autor en el Art. 19 No. 25 o las concesiones mineras y los derechos de agua en el Art. 19 No. 24<sup>33</sup>. Por último, no existe una definición de derecho de propiedad constitucional y se remite a la legislación común y el Código Civil que sí la posee (de manera no necesariamente excluyente).

Posterior a esta discusión, el texto constitucional ha recibido aplicación en democracia y ha recibido interpretaciones diversas que descansan en cuatro pilares argumentativos (como es característico de todo sistema jurídico si aceptamos con humildad la fragilidad de las instituciones jurídicas, lo que permite el cambio y flexibilidad del derecho). En primer lugar, (I) es innegable que la Constitución actual constituye un marco estructural del derecho chileno proclive a un sistema de libre mercado que configura un complejo sistema de protección a la propiedad privada con marcada tendencia a la exclusión del Estado en la iniciativa económica, entregando a los particulares la tarea de explotar los

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>32</sup> FERNANDOIS V., Arturo, *op. cit.* (n. 3), p. 33.

<sup>33</sup> Aldunate LIZANA, Eduardo y FUENTES OLMOS, Jessica. El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías del Instituto, *en: Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII, 1997. pp. 214 y 215.



recursos porque se entiende que éstos lo realizan de manera más eficiente<sup>34</sup>. No obstante, como se verá más adelante, es posible mediante la interpretación y el uso de categorías dogmáticas revertir ésta tendencia.

A esto se suma nuestra tradición jurídica, cuyo rasgo es (II) la preponderancia del derecho común o civil y la resistencia del fenómeno de la codificación en la discusión constitucional propendiendo a interpretar la función social con categorías dogmáticas que no son propias de la concepción funcional de la propiedad, sino que pertenecen a la configuración absoluta y liberal de la propiedad y conciben la función social como un límite externo. En tercer lugar, también existen (III) esfuerzos por reconducir el contenido del derecho de propiedad en términos ajenos al derecho común con categorías constitucionales como la subsidiariedad y el orden público económico, que han recibido una fuerte crítica<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Por ejemplo, en BAUER, Carl. *Chile: derecho y economía en la Constitución de 1980*. En: *El otro derecho*, vol. 24, Agosto de 2000. Bogotá D.C., Colombia ILSA, 2000. pp. 131-136.

<sup>35</sup> La crítica a la subsidiariedad y la idea de orden público económico: Suele sostenerse, que la categoría doctrinaria de “subsidiariedad”, entendida como la no interferencia estatal y la autonomía de los particulares en su actividad, atraviesa la dogmática de los derechos fundamentales. Esto se funda en la preeminencia filosófica de un concepto de libertad negativa, cuyo compromiso ideológico se identifica con la promoción del libre mercado y la iniciativa privada, conformado por un marco jurídico proclive a la protección de libertades económicas y del derecho de propiedad. Esta versión economicista del principio de subsidiariedad, contraria al colectivismo y con temor al estatismo, se erige desde doctrinas pontificias que conciben jerárquicamente a la sociedad política y pretende ser un principio constitucional que dota de contenido iusnaturalista a la Constitución, (Ver RUIZ-TAGLE VIAL Pablo. Principios constitucionales del Estado empresario, *en: Revista de Derecho Público*. vol. 62, pp. 48-65. Santiago, Chile: Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000. pp. 56-57. Ver también VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. Derribando mitos sobre el Estado Empresario, *en: Revista Chilena de Derecho*. vol. 35 N° 1, pp. 135-156. Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008. p. 141). En otra arista, se tiende a sustentar la existencia de un orden público económico constitucional, que puede estar asociado (como es la opinión de FERNANDOIS V., Arturo. Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980, *en: Ius Publicum*, vol. 4° pp. 63-78 Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2000. p. 75.) o no al principio de subsidiariedad, que entiende conjuntamente en ciertas disposiciones y derechos, una opción del constituyente por un determinado sistema económico, específicamente, de libre mercado. Ambas ideas han recibido críticas contundentes que impiden su uso pacífico, por lo que dada su ambigüedad y carácter unívoco, carecen de potencial para interpretar la complejidad del derecho de propiedad y su función social, lo que no obsta a que persistan en la jurisprudencia interpretados de formas que complican aún más su definición. Sistematizando las críticas en boga, en primer lugar, como se mencionó no existe consenso respecto de su definición y alcance, en segundo lugar, no se corresponden con la tradición liberal democrática chilena fundada en los principios de igualdad y libertad constitucional (RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: igualdad y derechos económicos en Chile. *en: Revista Derecho*

Finalmente, (IV) existen también interpretaciones que de distinta manera compatibilizan la función social con la propiedad como un límite interno a la misma y se oponen a las tres argumentaciones anteriores, las que tienen, a su vez, múltiples sustentos teóricos basados en la tradición constitucionalista, el republicanismo, el derecho administrativo comparado o la doctrina del contenido esencial.

### 3. CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Lo relevante de comprender la historia constitucional es considerar el origen y mutación de las distintas interpretaciones de la función social en el texto constitucional para despejar el camino a una posición que efectivamente aspira a conciliar los intereses colectivos y privados sin mantener la estructura o fisonomía absoluta de la propiedad (o aquella que no concibe a la función social constitucionalmente reconocida como inherente a la propiedad al ser ésta calificada por el derecho<sup>36</sup>). La consistencia histórica y dogmática de argumentos e ideas nada asegura respecto de la aceptabilidad de las mismas, la relevancia y suficiencia deben ser aspiraciones de igual importancia para el análisis actual. En este sentido, la idea de función social es en abstracto escindible en distintas aproximaciones que en la concreción de la aplicación del derecho se confunden y se presentan conjuntamente, obviando aquellos aspectos inherentes a la tensión entre la propiedad y su función social.

A continuación, se explica que la función social posee dos justificaciones insuficientes de manera independiente, que requieren esclarecerse para permitir su relación sistemática. Específicamente, interesa explicar ahora las diferencias entre la visión del derecho privado respecto de la función social y el contenido y alcance propiamente constitucional de ésta.

---

y *Humanidades*. N° 14, pp. 17-35, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2009. p. 33.), y por último, ambas ideas recurren a una interpretación *originalista* para defender un único punto de vista ideológico afín al neoliberalismo (VALLEJO G., Rodrigo y PARDOW L., Diego, *op. cit.* (n. 35), pp. 138-140). En conclusión, para efectos de este trabajo, se prefiere evitar someter al derecho propiedad y la función social a la idea de subsidiariedad y orden público económico, abocándose a la explicación limitada de (1) ciertos elementos propios de la idea de propiedad, (2) la dogmática de los derechos fundamentales y (3) la historia, discusión y jurisprudencia constitucional específica sobre la función social.

<sup>36</sup> En otras palabras, aquellas posturas que consideran incompatibles la idea de función social con la propiedad, en sentido amplio, por lo que la primera significaría una limitación externa que violenta el núcleo de la propiedad y la libertad de los titulares. Para mayor profundidad y mejor explicación, recomiendo revisar LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), 1998, pp. 1639-1669.

### 3.1. La concepción de propiedad en el Derecho privado

La concepción liberal de la propiedad<sup>37</sup> que concibe como absoluto el señorío del propietario sobre los bienes está, sin mayor discusión, superada<sup>38</sup> y se entiende que la función social supone una limitación, al menos, externa a las reglas de derecho privado que se inspiran en dicha base. Sobre esta base se asume, también, que la indefinición de la propiedad en el texto constitucional es una remisión que *parece natural* a las reglas legales del Código Civil<sup>39</sup>, a las que se suman reglas constitucionales específicas que protegen y obligan al titular de la propiedad. Es el caso de la función social, la reserva legal, las restricciones y privaciones y la afectación de la esencia del derecho<sup>40</sup>. Considera igualmente la necesidad de armonizar el interés individual (*derecho subjetivo*) con el colectivo (*afincado en la función social*)<sup>41</sup>, lo que hace evidente el carácter exterior y restrictivo que le atribuye a la función social esta postura de derecho civil. Adopta así con claridad la distinción entre limitación, es decir, una restricción *desde afuera* del núcleo de la propiedad, y delimitación (propia de otras posturas), que supone que la propiedad *desde dentro* tiene una función social. Tal interpretación se acomoda con la idea de que “la expresión ‘atributos o facultades esenciales’ debe ser aplicada con el contenido que la doctrina civil le atribuye”<sup>42</sup>, y por lo tanto, fundaría el contenido esencial que se define por los atributos de usar, gozar y disponer como la frontera que diferencia la privación, sea total o parcial, (que conlleva indemnización) de las restricciones y deberes (que carecen de indemnización)<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los Bienes.*, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. p.93 El autor comenta a pie de página de su obra la opinión de EVANS, Enrique sobre los atributos esenciales a modo de referencia, razón por la cual su trabajo se encuadra para efectos de éste trabajo como una versión sucedánea y coetánea de tales ideas. En *Los derechos Constitucionales Tomo II y III*, Evans intenta demostrar la afinidad de las disposiciones sobre propiedad en la Constitución con las reglas de derecho civil o común, cuyo fin es compatibilizar ambas fuentes y explicarlas como un todo integrado y sistemático.

<sup>38</sup> Una concepción liberal de la propiedad considera la propiedad como absoluta o relativa. Sin embargo, para Peñailillo podría subsistir el carácter absoluto de la propiedad, a pesar de la alteración y variadas restricciones impuestas por la función social. En su opinión, la sujeción de la propiedad civil a la “ley y el derecho ajeno” importa una flexibilidad del dominio en su definición que se adapta sin resentirse, sumada a la reserva legal para adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad. *Ibid.*, pp. 90-128.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 86-91.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 95-96.

Ahora bien, intuitivamente reconoce esta doctrina en su versión actual, que la Constitución ofrece dos caminos o métodos proporcionados por ella misma en su texto, que son a saber, la restricción fundada en la función social como deber o carga y la privación, que ocurre cuando se afecta el contenido esencial, que podría o no referirse a los atributos esenciales<sup>44</sup>. Ambos no deben confundirse<sup>45</sup>, pero según ésta doctrina en la práctica sería difícil determinar cuándo se configura una restricción o una privación, no porque la Constitución no lo haya definido, sino porque las leyes especiales que intervienen (en razón de la reserva legal) no utilizan una terminología adecuada o sugerirían directamente una restricción en vez de una privación<sup>46</sup>. Esto en la óptica del titular, sería en *los hechos* una privación parcial efectiva que, si bien, no exige una expropiación (propia de la privación total), en atención a la afectación del contenido esencial, debería suponer una indemnización<sup>47</sup>. Entonces, la doctrina del derecho común intenta definir el contenido esencial de la propiedad, en razón de las reglas de derecho privado por el formalismo que supone entender que la definición de facultades del Código Civil es suficiente, única y unívoca, con ello, ajena a cualquier interpretación constitucional.

Supuesto esto, poco y nada aportan las disquisiciones anteriores en la definición constitucional de la función social, sino que circunscriben a una operación binaria, según la cual es posible distinguir dos caminos, uno cuando opera el texto constitucional (y sus reglas específicas) u otro cuando nada éste mencione, debiendo atenderse tanto a la ley civil como a las leyes particulares que afecten el contenido esencial. Por ello, es plausible considerar este paradigma como básicamente comprometido con la diferencia tajante entre el contenido de la propiedad civil, de carácter absoluto, y las reglas constitucionales<sup>48</sup>, que suponen restricciones o privaciones específicas de los atributos esenciales, dados por el antecedente del derecho privado y su lógica propia. En síntesis, el valor normativo de la definición de propiedad en el Código Civil es escaso para definir el contenido del derecho de propiedad que resguarda la Constitución, ya que éste no tiene por qué bastarse en las reglas de derecho privado y mucho menos sirve, para comprender la función social de la misma que responde a una lógica distinta y posterior<sup>49</sup>. Por lo tanto, no es tal que la Constitución no defina un contenido del derecho de propiedad, sino que es justamente

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>46</sup> Como reconoce Ángel López y López, la existencia de leyes especiales que significan el derecho de propiedad diversamente son dato empírico de la imposibilidad teórica del absolutismo propietario, toda vez que junto a la preeminencia de la libertad del sujeto titular, lo único que aporte el derecho son normas que establecen límites a la misma. Ver LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), pp. 1640-1644.

<sup>47</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, *op. cit.* (n. 37), p. 97.

<sup>48</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), p. 1642.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 1667-1668.

la función social la representación del interés colectivo que concierne para dar cuenta del derecho fundamental de propiedad en Chile, es decir, ésta última puede operar sistemáticamente como principio rector que regula la relación de la propiedad particular y el interés colectivo sobre ese dominio individual<sup>50</sup>.

### 3.2. La concepción constitucional de la propiedad

Si consideramos, entonces, que la función social no es lo opuesto al derecho de propiedad, sino que dado el desarrollo histórico de la propiedad es una institución que surge en un contexto de quiebre o transformación de la estructura y contenido de la misma, es evidente que es insuficiente la explicación del derecho común, principalmente por dos razones: (1) porque el origen de la regulación de propiedad en el Código Civil está comprometido con una visión liberal y absoluta del poder del propietario sobre las cosas que es incompatible con la idea de intereses colectivos protegidos en razón de ciertos objetos o funciones que cumplen los bienes de trascendencia económico-social. Por ello, la división tajante de la protección de la propiedad entre un derecho de propiedad “normal” de uso por el derecho privado y un derecho de propiedad “alterado” de aplicación, dada la intervención de leyes especiales y disposiciones constitucionales, es en fin aparente; como también porque, bajo dicha argumentación, (2) se incurriría en el error lógico de pensar que la sola existencia de la función social niega el derecho subjetivo de la propiedad<sup>51</sup> en determinadas circunstancias, cuando por el contrario es menester reconducir ésta institución a valores ya contenidos por la Constitución y que son parte del derecho de propiedad en su conjunto o considerado como derecho fundamental, cuestión que es básicamente una interpretación<sup>52</sup>.

Por ello, la intención del presente trabajo es reconducir la función social a una perspectiva republicana de tradición constitucionalista y discretamente expresar que la función social es, en efecto, parte del contenido del derecho fundamental de propiedad. Ahora bien, el concepto o idea de propiedad es distinto de la categoría de derecho fundamental, cuya definición no es pacífica en la doctrina, por lo que dependerán, en mayor medida, qué se entienda por ésta última categoría los efectos que sobre la propiedad en general produzca tal argumentación. Sin ser especialista en la discusión sobre derechos fundamentales, a entender de éste trabajo, la noción de derecho fundamental permite: (1) vincular la propiedad con valores de la

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 1659.

<sup>51</sup> La idea de negar completamente el derecho subjetivo de propiedad está, como recuerda Ángel López y López, en el trabajo de Duguit representa el extremo de la funcionalización de la propiedad. Ver LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), p. 1653.

<sup>52</sup> Por ejemplo, como señala Ángel López y López, el Tribunal Constitucional Español considera la propiedad como un “derecho subjetivo debilitado”, aludiendo al carácter “no fundamental” de dominio respecto del interés colectivo. Ver LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), p. 1655.

tradición constitucionalista (como la democracia y dignidad), que pueden fundamentar la existencia de intereses colectivos de manera amplia y permitir una aplicación sujeta a derecho de la función social, que respete y haga competir tales necesidades de la comunidad con otros valores (como la libertad y la igualdad), en general, propios de la relación del poder público con los particulares. Por otro lado, (2) ayuda a superar la idea absoluta de propiedad obviando monopolizar la vida de éste derecho en términos de un puro derecho subjetivo, natural o de meras garantías que protejan éstos últimos a nivel constitucional.

En tal caso, cualquier intento de explicación del derecho de propiedad y su función social, debe recurrir a su correspondencia con alguna definición de derecho fundamental, que siguiendo a Pablo Ruiz-Tagle:

“...es una categoría dogmática del derecho positivo que supone la conexión entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos y que se diferencia del derecho natural, de la noción de derecho subjetivo, de la idea de derecho y garantía constitucional, de las libertades públicas y de la noción de derecho moral...”<sup>53</sup>

Es de especial relevancia, en cuanto a propiedad, comprender que su interpretación está sujeta a las características comunes a todo derecho fundamental y una consecuencia lógica de todo lo anterior, es que existe una diferencia abstracta entre *la idea* de propiedad genérica, la propiedad para el derecho privado y el derecho constitucional de propiedad, es decir, corresponden a niveles de análisis distintos, pero no excluyentes y en la práctica concurren de manera inescindible. En síntesis, esta diferencia de enfoques, dota al concepto constitucional de propiedad de un contexto, que se expresa en las siguientes consideraciones: (1) los derechos fundamentales alcanzan diversas formas de expresión jurídica dependiendo de la relación que tengan con otros derechos o intereses legítimos de la colectividad<sup>54</sup>; (2) también, que se le pueden exigir actos positivos al Estado para asegurar el cumplimiento de tales derechos<sup>55</sup>; (3) que no existe jerarquía alguna entre los derechos<sup>56</sup> constitucionales; (4) que tienen eficacia directa y están sujetos a la convertibilidad como a la ponderación y a la idea de bloque constitucional. Por último, es vital reconocer la historia constitucional en que se despliegan los derechos fundamentales, cuyo reflejo según el profesor Ruiz-Tagle, son las “...distintas concepciones que compiten entre sí por expresar en su mejor versión los principios y

<sup>53</sup> RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *op. cit.* (n. 35), p. 31.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p.24.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 26.

normas de la carta fundamental...”<sup>57</sup>, que a su vez identifica con: (1) una interpretación ius naturalista inspirada en el derecho pontificio, (2) una tradición democrática liberal y, (3) valores social-demócratas<sup>58</sup>.

Corresponde ahora, esclarecer qué podría fundamentar una concepción constitucional de la propiedad y el contenido de la función social, que permitan comprender como los intereses colectivos se expresan jurídicamente como derecho fundamental. Es importante también tener presente las limitaciones propias de nuestro texto constitucional, que como se expuso, posee un rasgo distintivo de exceso en su regulación y de impetuosa protección a la propiedad privada. Para no dejar de lado las características de nuestra Constitución, es útil señalar algunos rasgos de la propiedad constitucional<sup>59</sup> y comentar lo más relevante sobre la función social<sup>60</sup>:

a. La propiedad como derecho fundamental y derecho humano y su relación con la dignidad: Como se declaró, el derecho de propiedad se puede explicar con la categoría de derecho fundamental y atribuírsele las características propias de éstos. Por ello interesa, analizar el potencial democrático y generador de dignidad de la función social, que ya en su origen supone la persecución de igualdad sustancial por la incipiente formulación del Estado social, como lo indica Ángel López y López:

“...Amanece así una cultura jurídica de la igualdad sustancial, que mira, aunque imperfectamente, a la generación de efectivas condiciones de promoción social y de necesidades mínimas vitales, más allá de la proclama de que todos los nacen iguales en derechos y deberes, conquista por cierto irrenunciable y permanente, más allá de ser el puro fundamento del orden burgués y el mecanismo de abatimiento de la sociedad estamental, pero en sí misma insuficiente para el reequilibrio social que requieren los nuevos tiempos, y que acabará cristalizando en el fórmula (aunque sea una débil fórmula) del Estado social y sus Constituciones.”<sup>61</sup>

En esto descansa la relación de la función social con la idea de dignidad, que implica para Ruiz-Tagle, una “*forma de especificar la igualdad entre los individuos de la especie*

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 30-33.

<sup>59</sup> CRISTI BECKER, Renato y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. *op. cit.* (n. 1), p. 69.

<sup>60</sup> Añade Ruiz-Tagle a las mencionadas diferencias con la propiedad para el derecho civil, (1) la garantía de acceso a la propiedad, (2) que la propiedad constitucional recae sobre toda clase de bienes; (3) la regulación de la propiedad intelectual y otras propiedades especiales; (4) Las acciones que protegen la propiedad y los regímenes de excepción y la propiedad.

<sup>61</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n.4), p. 1643.



*humana*<sup>62</sup>. En tal sentido, la propiedad es en último término interpretada no sólo como libertad de adquirir y conservar (regla general de libertad de dominio<sup>63</sup>), sino que recogería en su regulación constitucional el valor de la igualdad sustancial, que se vincula también con el principio de solidaridad y democracia. Es expresión de solidaridad, porque surge en función de los intereses colectivos y se pueden exigir estos a través del mismo derecho fundamental de propiedad, redistribuyendo equitativamente los objetos de la propiedad, sin ser una forma de colectivismo, ya sea mediante la restricción de su uso y goce, o la privación del dominio cuando las circunstancias lo ameriten. En tal sentido, es expresión del valor de la democracia, dado que es también un mecanismo que participa en la conciliación política y solución jurídica de los intereses del individuo para con los del grupo social y aporta a la igualdad sustancial entre los ciudadanos<sup>64</sup> mejorando la discusión democrática práctica o material, entendiendo ésta como igualdad de oportunidades y acceso a bienes concretos de información, educación, cultura, recreacionales, etc.

b. La regulación de la expropiación: un rasgo específico de nuestra Constitución es la extensa regulación de la expropiación, que a juicio de ésta postura, es de suyo problemático. Es un inconveniente para que el Estado pueda llevar a cabo el desarrollo de los intereses colectivos la exuberancia en la regulación de la expropiación en el texto constitucional, cuestión que termina cautivando a la jurisprudencia, toda vez que, se subordina el sentido y alcance de la función social en la discusión a los mecanismos y reglas expropiatorias. Es pertinente, preguntarse, hasta dónde es necesario regular el derecho del propietario a una justa compensación del modo que lo hace nuestra Constitución con la expropiación o si es preferible dejarle esto a la ley (manteniendo en todo caso la reserva legal sobre una justa compensación por la privación o restricción, cuando sea necesaria y jurídicamente procedente). No se está poniendo en duda con esto la necesidad de resguardar el reconocimiento a la indemnización en caso de expropiación, sino tan solo la rigurosidad y extensión de tal protección a casos en que no se justifica necesariamente una compensación económica, sino que como se ha explicado, la función social supone incorporar deberes y obligaciones a la propiedad y su ejercicio. Por ejemplo, la estrecha relación de la función social con el abuso del derecho<sup>65</sup>, siendo éste último una manifestación particular de la primera cuando el propietario no ejercita su derecho acorde al fin o naturaleza del bien sujeto a su dominio, involucra preguntarse en el caso particular, si corresponde indemnizar al propietario al limitar su propiedad por abuso del derecho o no.

<sup>62</sup> RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *op. cit.* (n. 35), p. 22.

<sup>63</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), 1998, p. 1646.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 1652.

<sup>65</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *op. cit.* (n. 4), 1998, p. 1653.

c. La noción de atributos o facultades esenciales: por otro lado, no puede obviarse al hablar de función social, la disposición constitucional que vincula la privación de las facultades del dominio (usar, gozar y disponer) a los atributos esenciales, ya que estos son parte del derecho de propiedad chileno. Aun así, no es razonable entender esta cláusula con exclusivo aporte del derecho civil y tampoco mantener una visión inconexa con otros criterios que surgen de la función social de la propiedad. Esto permite la graduación de la protección de la propiedad particular en atención los intereses colectivos. Las leyes especiales como el principio de solidaridad, el principio democrático y la igualdad constitucional deben considerarse para definir el alcance de la idea de atributos o facultades esenciales, agregando o limitando con diversos criterios lo dispuesto por el derecho común, que al ser supletorio y general, da paso a definiciones del legislador o el juez en razón del derecho constitucional de propiedad mediante leyes especiales o el ejercicio jurisdiccional, sin afectar de este modo a priori el contenido esencial (el cuál como se verá más adelante carece de definición estándar e intempestiva).

d. La propiedad constitucional también incluye límites, obligaciones e intereses colectivos: Finalmente, ésta última diferencia, que recoge lo expuesto en el acápite anterior, atañe a la importancia de fundamentar o dar sentido a la función social y conferirle un lugar preponderante en el ordenamiento jurídico como principio y contenido del derecho fundamental de propiedad. El potencial democrático y democratizador de la función social radica en su representación legítima de los intereses colectivos, que puede lidiar con la concentración y la apetencia de los propietarios, toda vez que el ejercicio legítimo de la función social corresponde a una competencia pública que reconoce la estrecha relación entre libertad, democracia y sistema político (de manera compatible con las ideas republicanas). Una concepción de la democracia que no se reduce a aspectos procedimentales e institucionales puede encontrar en la solidaridad y la función social un instrumento de igualdad para la consecución de metas económicas y sociales acordes a valores social-demócratas<sup>66</sup>. Para ello, el derecho se vale del establecimiento de cargas, obligaciones y deberes que están asociados al bien jurídico de relevancia económico-social, asumiendo que el propietario que desea ser titular de derechos sobre estos bienes específicos considere ejercer su dominio acorde al interés colectivo y con respeto a su finalidad social. Tal deber, en este contexto, le corresponde ser asumido por el propietario como una carga justificada por el tipo de bien que desea explotar en su dominio<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> PARAMIO RODRIGO, Ludolfo. *La socialdemocracia*. Buenos Aires, Argentina: Catarata, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 73-85.

<sup>67</sup> Se evita en cierto grado, la recriminación al malgasto por parte del Estado en la adquisición y mantención de bienes que revisten un interés para la colectividad, que aumentan el gasto público y/o generan desembolso del fisco en concepto de indemnización por expropiación o privación.

e. Contenido esencial: Por último, está la garantía del contenido esencial en el Art. 19 No. 26 de la Constitución, que dispone que los derechos no podrán afectarse en su esencia, lo que implica una limitación para la afectación<sup>68</sup> mediante el ejercicio de la función social que será apreciada en concreto por la actividad del juez. Esta garantía de no afectación de la esencia de los derechos tiene una amplísima amalgama de intentos por definir el contenido esencial de la propiedad, siendo el más notable como hemos visto, el esfuerzo del derecho común de reconducir el contenido esencial a las reglas de derecho privado.

No obstante, como se explicó, los atributos esenciales, que dan cuenta de la intervención ablatoria que es aquella que afecta el contenido esencial, no son exclusivamente contruidos por el Código Civil. La doctrina nacional especializada en derecho constitucional es consciente de esto y por eso ha dado o intentado dar diversas respuestas a una definición del contenido esencial, pero algunas posiciones simultáneamente aspiran o persisten en la búsqueda de un contenido estático, cuando en realidad el contenido esencial como categoría dogmática es incapaz de definir la propiedad por sí misma, lo que lógicamente implica que el derecho propiedad no se define desde la garantía, sino es de manera incompleta o indirecta (lo que es tautológico). Empero, tampoco el concepto de propiedad, ni el contenido del derecho de propiedad pueden definir estáticamente el contenido esencial, sino que éste responde a garantías sobre situaciones en un tiempo y espacio determinado en el cual se desarrolla una relación jurídica de derecho privado sobre un bien, que es en principio no afectable, principalmente, por el poder público sin justificación de derecho, es decir, de manera arbitraria o contraria al ordenamiento jurídico.

De tal modo, conviene una escueta revisión a los distintos fundamentos que se han atribuido como contenido esencial en el derecho chileno. Con este objeto, el profesor Andrés Bordalí Salamanca ha intentado sistematizar las definiciones del contenido esencial en dos grupos de tesis:

a. Tesis absoluta o materiales<sup>69</sup>: son aquellas teorías que, basadas en el derecho alemán, conciben la esencia del derecho como un núcleo *sustancial, absoluto, estable e inalterable*<sup>70</sup>, que es el *círculo interno del derecho* y contenido mínimo del derecho, diferente del *círculo externo*, de carácter accidental y externo, por lo tanto, afectable por el poder público. La

<sup>68</sup> CRISTI BECKER, Renato y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *op. cit.* (n. 4), p. 69.

<sup>69</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental. [En línea] *en: Revista de Derecho de Valdivia*, vol. 9, N° Especial, pp. 153-172, Agosto 1999. pp. 4. Disponible en World Wide Web: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000100013&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000100013&script=sci_arttext)> [Citado 29 de octubre de 2014]

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 4.

dificultad, que reconocen los profesores Fernandois<sup>71</sup> como Bordalí<sup>72</sup>, es la complejidad que significa encontrar criterios *claros y absolutos*, dado que no se provee de elementos concretos y es el juez quien termina optando por una tesis jurídica u otra. Esto se traduce en la tesis según la cual la vulneración acaece cuando el derecho no es reconocible como tal, es decir, cuando carece de los elementos sin los cuales no podría seguir reconociéndose el derecho de propiedad o se convierte en algo distinto. No corresponde en todo caso, atribuir un contenido meta-jurídico al núcleo interno, sino que es un límite al legislador o a la Administración para afectar el contenido mínimo del derecho, que es esencialmente cualitativo.

b. Tesis relativas<sup>73</sup>: contrariamente a las tesis materiales, éstas relativas congregan diferentes posiciones que objetan la idea de que es posible construir un contenido esencial inalterable y absoluto. En tal sentido, señala Bordalí basándose en pronunciamientos del Tribunal Constitucional Alemán, que es viable introducir al ordenamiento jurídico el principio de racionalidad (que evalúa si las imposiciones del poder público responden a criterios racionales), como también, el principio de proporcionalidad e igualdad (que evalúan la intensidad de la imposición del poder público en caso de excesos en la carga sobre los afectados en atención a circunstancias fácticas semejantes o análogas). Éstas tesis para Bordalí entregan mayores *herramientas*, que podrían extraerse del texto constitucional vigente y correspondería a los jueces controlar la actividad del legislador en base a estos principios<sup>74</sup>. Tampoco parece decididamente satisfactoria ésta perspectiva, ya que en ningún caso evita la adopción de teorías contrarias a la interpretación democrática de la función social planteada en éste trabajo (como la de la subsidiariedad o la reducción absurda al derecho civil), sino que descansa en el juez (con el riesgo de exceso de activismo judicial) y en una serie de principios de carácter general que podrían reemplazar los valores específicos de la función social (de solidaridad, democracia, dignidad e igualdad) al ponderarse con otros derechos fundamentales.

A estas propuestas, se suman formas específicas que absorben el derecho de propiedad y su función social en derechos (igualdad ante las cargas públicas) o en principios jurisprudenciales de derecho comparado (confianza legítima y expropiaciones regulatorias):

<sup>71</sup> FERNANDOIS V., Arturo. Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: cuatro teorías constitucionales, [ En línea] <[http://www.fermandois.cl/publicaciones/arturo-fermandois/derecho-constitucional-economico/2008\\_Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf](http://www.fermandois.cl/publicaciones/arturo-fermandois/derecho-constitucional-economico/2008_Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf)> [Citado 29 de octubre 2014]

<sup>72</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *op. cit.* (n. 67), p. 6.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 8.

c. Igualdad ante las cargas públicas<sup>75</sup>: se ha sostenido que existe una relación entre el derecho de igualdad en la repartición de las cargas públicas y el contenido esencial de la propiedad, que se dirige a la situación en que queda el afectado que debe soportar una regulación (restricción) o privación de desigualdad o discriminación. Esto, como bien señala el profesor Fermanois, abre la puerta a la indemnización no en razón de la intensidad con que se afecta el dominio, sino respecto de la igualdad ante la ley cuando la afectación importa un sacrificio desproporcionado para el particular. No parece correcto, sin embargo, confundir la esencia del derecho de propiedad con la ponderación entre dos derechos fundamentales, ya que nada obsta a la contraposición entre ambos que deberá ser analizado en concreto por el juez. Es más, cuestión muy distinta para efectos de la argumentación jurídica es relacionar un derecho específico con la afectación de otros derechos en su esencia, cuyo solo traspaso motiva la indemnización en este caso y no requiere del ejercicio de ponderación, de algún modo, es una especie de canibalismo entre derechos del cual se deduce que podría establecer un estándar fijo en la protección de la propiedad, sin embargo, es intuitivamente correcto vincular el contenido esencial a un principio de igualdad en la repartición de cargas públicas, dado que es razonable compensar una afectación desproporcionada o arbitraria, pero no es necesariamente identificable con el derecho protegido por el Artículo 19, No. 20 de la Constitución el contenido esencial del derecho de propiedad del Artículo 19, No. 24. Es al parecer este fundamento, un criterio entre otros, que se asemeja más a un análisis de proporcionalidad que a la vulneración de la igualdad o un derecho específico, toda vez, que la idea función social previene, en razón del bien concreto objeto de propiedad, el contenido de derechos y obligaciones respecto del titular. Por lo tanto, este criterio es una herramienta de argumentación lógica, sintomática y jurídica en casos concretos, pero sin duda insuficiente para definir el contenido esencial del derecho fundamental de propiedad.

d. Confianza legítima: por otro lado, la confianza legítima es un principio de orden general que está basado en la seguridad jurídica y el daño patrimonial producto de las relaciones de particulares con el Estado<sup>76</sup> de origen europeo<sup>77</sup>. Opera cuando existe un cambio imprevisto en la forma en que la Administración ejecuta sus actos regulares, estableciendo regulaciones o exigiendo el cumplimiento de un deber o función que aflige la confianza legítimamente depositada en las normas válidas y vigentes. Ahora bien, en el caso específico de la garantía de propiedad, supone un perjuicio patrimonial vinculado la

<sup>75</sup> FERMANDOIS V., Arturo, *op. cit.* (n. 69), 2008, p. 7.

<sup>76</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. [En línea] *en: Rev. Derecho UACH.*, 2005, vol. 18, n. 2, pp. 83-105. Disponible en World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso)>. [Citado 29 de octubre de 2014].

<sup>77</sup> FERMANDOIS V., Arturo, *op. cit.* (n. 69), pp. 8-9.

titularidad del derecho que para este trabajo, es sin duda un principio general de derecho, pero insuficiente para determinar el contenido esencial. Es más bien un problema del derecho administrativo cuándo y cómo es relevante este criterio y no de la concepción constitucional del derecho de propiedad.

e. Expropiación regulatoria<sup>78</sup>: adolece del mismo problema la expropiación regulatoria, cuya intención es establecer una forma concreta de graduar la intensidad con que se afecta un derecho al someterlo a una restricción objeto de regulaciones por parte de la Administración en el cumplimiento de su función pública. Se ha atendido al resultado o efectos que produce concretamente la imposición de una regla o un conjunto de ellas. De tal forma, se equipara un cierto grado de intensidad en la regulación a la privación, persiguiendo que se indemnice porque una “simple limitación del dominio tiene la potencia para expropiar”<sup>79</sup> o la idea de que la limitación tiene sus límites. Esto implica para el juez seguir una serie de pautas flexibles de carácter práctico y técnico como las expectativas de retorno de inversión, el sacrificio de la totalidad de usos económicos beneficiosos, el impacto económico sobre el particular y el carácter la acción administrativa<sup>80</sup>. Sin duda, pautas insuficientes por sí solas para definir una eventual protección del contenido esencial.

Finalmente, del análisis algo caótico que se ha expuesto sobre la función social se colige la imposibilidad de concebir aisladamente este concepto del contenido del derecho propiedad, puesto que en efecto, éste derecho en su concepción actual es producto del desarrollo y quiebre de la concepción liberal de la propiedad y la introducción en nuestra Constitución de la función social. Es inevitable comprender e interpretar ésta última como específico contenido del derecho fundamental de propiedad que cohabita o es compatible con valores de nuestra tradición jurídica y debe ser complementado, sin alterar su sentido o sustrato ontológico, con los aportes del derecho común, las leyes

---

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>80</sup> Tanto la confianza legítima como las expropiaciones regulatorias son efectos de la definición de un contenido esencial presupuesto, es decir, no bastan por sí mismas, sino en razón de principios y valores más profundos. Sin duda, constituyen una opción para conseguir una indemnización y son compatibles con variadas concepciones del derecho de propiedad, pero su carácter es esencialmente concreto y no puede extraerse un fundamento dogmático que se reconduce como propio y exclusivo de éste derecho. De algún modo, la confianza legítima opera gracias a la idea de seguridad jurídica y perjuicio patrimonial, por otro lado, las expropiaciones regulatorias son pautas que se inspiran en la justificación y límites que tiene la Administración respecto de sus actos, la intensidad de la regulación y el principio según el cual la limitación tiene sus límites.

especiales, los principios generales de derecho y los valores de las tradiciones jurídicas que compiten en la Constitución<sup>81</sup>.

## 5. “CONSTUCTORA SANTA BEATRIZ CON MINEDUC Y OTROS”

Establecido un marco de referencia (y sin duda incompleto) sobre la discusión constitucional relativa a la función social del derecho de propiedad, es requisito indispensable analizar al menos un fallo que refleje la pertinencia de lo expuesto a lo largo del presente trabajo. El 13 de Julio de 2012 el Consejo de Monumentos Nacionales, amplió la Zona Típica del sector costero de Isla Negra<sup>82</sup>, comuna de El Quisco, V región de Valparaíso por ordinario n° 2844/2012, impidiendo el desarrollo de un proyecto habitacional en inmuebles propiedad de Constructora Santa Beatriz (adquiridos el 4 de Julio de 2011). Señala la constructora, mediante recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la ilegalidad del acto al vulnerar el debido proceso administrativo de la ley N° 19.880 y la arbitrariedad en el ejercicio de una potestad pública con el objeto específico de impedir la ejecución de su proyecto inmobiliario.

Considera que la Administración no respetó el debido proceso administrativo y el ejercicio de la potestad pública tenía por objeto impedir el proyecto inmobiliario específico, afectando los numerales 21, 22 y 24 del artículo 19 de la Constitución, tanto en el contenido esencial de su derecho de propiedad como en la vulneración de la reserva legal de expropiación, toda vez que la limitación se impone por un mero ordinario. En el informe el Consejo y el Ministerio de Educación alegaron actuar dentro de su competencia legal conforme a la ley de Monumentos Nacionales, cuyos artículos N° 29 y 30 a ojos de la constructora permiten limitaciones al ejercicio de su derecho de propiedad en las facultades de uso y goce que exceden los términos de la función social por protección al patrimonio ambiental en concepto de zona típica. Añade la constructora, que la fundamentación de la ampliación de la zona típica es efectivamente la realización del proyecto habitacional como consta en el expediente del Consejo de Monumentos Nacionales, transgrediendo así la finalidad comercial que la constructora destinó al inmueble, sin existir una indemnización en razón de expropiación o afectación del contenido esencial del derecho de propiedad. De tal modo, el límite para la constructora radica en el requerimiento de autorización del Consejo de Monumentos Nacionales para efectuar cualquier obra de construcción, reconstrucción o conservación en el inmueble, en los términos del Artículo

<sup>81</sup> A saber, (1) la tradición ius-naturalista de derecho pontificio, (2) la tradición democrático liberal y la (3) tradición social demócrata.

<sup>82</sup> La Zona Típica del sector costero de Isla Negra es declarada por Decreto Exento N° 1187 el 15 de Diciembre de 1997 por el Ministerio de Educación, buscando proteger las características ambientales, arquitectónicas, urbanas, la belleza del paisaje y la armonía en la localidad.



30° de la ley de Monumentos Nacionales, lo que implica una potestad reglamentaria de alta discrecionalidad sin una ley específica que regule la privación del dominio.

Cabe tener presente que el proyecto fue rechazado una primera vez el 26 de agosto de 2011 por la Dirección de Obras Municipales porque parte del proyecto se encontraba en Zona Típica, posteriormente el 3 de enero de 2012 se dictó un Decreto Alcaldicio de la Municipalidad del Quisco que dispuso la congelación del otorgamiento de permisos de construcción por un plazo máximo de tres meses y acto seguido, el 6 de enero del mismo año, por resolución N° 001/2012, la Dirección de Obras anuló su decisión y dejó fuera de la Zona Típica el proyecto inmobiliario. Posteriormente, el 15 de mayo de 2012, la Presidenta de la Junta de Vecinos N° 2 de Isla Negra presentó una petición de ampliación de la Zona Típica en virtud del artículo 29° de la Ley 17.288, lo que en sesión extraordinaria del Consejo de Monumentos Nacionales con fecha 20 de junio de 2012 fue aprobado y se le solicita el 13 de Julio de 2012 al Ministerio de Educación la efectiva ampliación, que fue publicada el 26 de Septiembre de 2012 en el Diario Oficial en el Decreto Supremo N° 364 del 23 de agosto de 2012, declarando monumento nacional en categoría de zona típica el sector costero de Isla Negra. El 3 de Agosto de 2012, la Constructora presenta el recurso de protección y el 31 del mismo mes dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Dicho esto, con fecha de 29 de Enero de 2014, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Constructora Santa Beatriz S.A. respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales (Rol N° 2299-2012)<sup>83</sup>, por empate de votos y en razón del Art. 93 No. 6 de

---

<sup>83</sup> LEY 17.288: LEY DE MONUMENTOS NACIONALES. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 4 de Febrero de 1970. Artículo 29 - Para el efecto de mantener el carácter ambiental y propio de ciertas poblaciones o lugares donde existieren ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos, el Consejo de Monumentos Nacionales podrá solicitar se declare de interés público la protección y conservación del aspecto típico y pintoresco de dichas poblaciones o lugares o de determinadas zonas de ellas.

Artículo 30 - La declaración que previene el artículo anterior se hará por medio de decreto y sus efectos serán los siguientes:

- 1.- Para hacer construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, se requerirá la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, la que sólo se concederá cuando la obra guarde relación con el estilo arquitectónico general de dicha zona, de acuerdo a los proyectos presentados.
- 2.- En las zonas declaradas típicas o pintorescas se sujetarán al reglamento de esta ley los anuncios avisos o carteles, los estacionamientos de automóviles y expendio de gasolina y lubricantes, los hilos telegráficos o telefónicos y, en general, las instalaciones eléctricas, los quioscos, postes, locales o cualesquiera otras construcciones, ya sea permanentes o provisionales.

la Constitución Política de la República. A continuación se analizarán los argumentos del fallo.

5.1. Argumentos que fundan el voto por rechazar el requerimiento: Ministros señora Marisol Peña Torres (Presidenta), y señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Primeramente, señala la actora que (1) la limitación al dominio es de tal envergadura que importa una afectación de la esencia de las facultades de uso y goce, (2) que por lo tanto implica una verdadera expropiación que además vulnera (3) el principio de reserva legal para restringir el dominio, toda vez que no se sigue el principio de determinación y especificidad dejando a discrecionalidad administrativa mediante un reglamento la decisión de limitar el dominio (Art. 30 No. 2°). Por último, (4) señala que se vulnera la igualdad ante las cargas públicas *—en beneficio de la sociedad—* sin reparación y que comporta un tratamiento desigual<sup>84</sup>.

a) En los considerandos 6° y 7°, los ministros que rechazan, realizan una lectura del inciso primero y segundo del artículo 19 No. 24. Reconociendo “la existencia de funciones o finalidades no individualistas que restringen una consideración puramente absolutista de la propiedad y de los derechos del propietario sobre la misma”. A renglón seguido, recurre a otra sentencia del mismo tribunal para definir la función social que implica:

“...un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. El dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad (...) las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales (...) la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él.”<sup>85</sup>

Concluyen de esto los ministros que la función social es un límite intrínseco y las privaciones son restricciones extrínsecas, contrariamente a lo que denominan como tesis de “intereses en conflicto” que suponen “intereses individuales que se contraponen con exigencias sociales contingentes que impondría el legislador dependiendo del

---

La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con multa de cinco a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública.

<sup>84</sup> CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ S.A. CON MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTRO: (2014), Tribunal Constitucional 29 de Enero de 2014, Rol N° 2299 de 2012, p. 18.

<sup>85</sup> *Ibid.*, considerandos 22° y 25°, p. 35-37.

devenir social y conforme a criterios ajenos al propio reconocimiento del derecho”<sup>86</sup>. En tal sentido, los ministros que rechazan, recogen la idea propia de una concepción funcional de la propiedad, que concibe como interna la función social y afirman que “esta concretización legislativa de la dimensión social de la propiedad implica reducir algunas de las posibilidades de actuación individual del propietario, pero en cuanto limitación u obligación (...) no generando indemnización, puesto que, teóricamente, no hay daño que lamentar”<sup>87</sup>. Por ende recogen la idea de que existen limitaciones o deberes no indemnizables distintos de las privaciones (que si son indemnizables), dado el carácter inherente de la función social al derecho de propiedad. Tal comprensión de la propiedad es coincidente con la dogmática de derechos fundamentales y considera como contenido del derecho de propiedad a la función social. Carece hasta aquí, sin embargo, de una vinculación específica a principios de igualdad sustancial, democracia y dignidad en la argumentación.

b) A pesar de lo anterior, en los considerandos siguientes, al establecer la distinción entre limitación y privación adhieren a la tesis clásica del contenido esencial con elementos que mezclan lo que Bordalí denominaba tesis material y relativa complementada con el principio de proporcionalidad, una interpretación limitada del principio de igualdad, el conflicto de derechos fundamentales y el concepto de expropiaciones regulatorias. Esto demuestra lo poco pacífico e incipiente de la discusión dogmática y su recepción jurisprudencial respecto de la función social y sus límites.

Señalan, (1) que la regla del contenido esencial no actúa como una prohibición de afectación, sino como una compensación por la privación legítima del legislador producto de una finalidad no individualista<sup>88</sup>; (2) en segundo lugar, la expropiación tiene por objeto trasladar el dominio privado a la esfera pública cesando así la vulneración en su acto, en cambio, la regulación legislativa (o limitación) busca satisfacer un fin social autorizado por una cláusula constitucional, independiente del dominio del bien privado<sup>89</sup>; (3) razona también en la lógica que asemeja los atributos esenciales a los derechos de usar, gozar y disponer, que son límites para el legislador, respecto no de la afectación, sino que del respeto del contenido esencial y la reserva legal, en cuanto permiten distinguir entre limitación y privación<sup>90</sup>; (4) entiende así, que la limitación carece de justificación por sí misma, esto es, específicamente asociada a un bien determinado, por lo que su ejercicio se concreta

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>88</sup> *Ibid.*, pp. 21-22.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 21-22.

<sup>90</sup> *Ibid.*, pp. 22-23.

en el derecho de propiedad con un “recto cumplimiento de su función social”<sup>91</sup>; (5) por último, establece criterios para el ejercicio de la función social: a) el adecuado equilibrio entre derecho de propiedad privada y otros derechos fundamentales, b) el principio de igualdad, en cuanto la carga impuesta no es exclusiva ni excluyente de las limitaciones que puedan afectar al resto de los propietarios y c) el principio de proporcionalidad, según el cual la imposición no debe ser tal que haga desaparecer el derecho o imposibilite el ejercicio de sus atributos esenciales. Añade como corolario de éste principio, en razón de la proporcionalidad del medio empleado lo que “en Derecho Comparado, se denomina ‘expropiación regulatoria’”<sup>92</sup>.

Se deduce de la dispersión de argumentos anterior, que se intentó abarcar todas las posibles explicaciones sin mayor rigurosidad, como se ha intentado mostrar en el presente trabajo, las categorías conceptuales del razonamiento jurídico precedente podrían considerarse incluso contrapuestas, pero se comparte la argumentación jurídica que complementa la función social sin alterar su sentido. En las conclusiones (1), (2), (3) y (4) se percibe una coherencia con lo que Bordalí denomina tesis material, alineando una serie de argumentos que llevan a la conclusión sobre el límite del ejercicio de la función social en los atributos esenciales del dominio y en el respeto al contenido esencial definido por éstos y las cualidades del derecho de propiedad, cuyo contenido son los límites inherentes a la función social del patrimonio ambiental. Al mismo tiempo, en la conclusión (5) complementa con aspectos propios de una tesis relativa (proporcionalidad e igualdad) del contenido esencial, al que se suma una mención a la regulación expropiatoria<sup>93</sup> y la consideración de un posible conflicto de derechos.

c) Posteriormente se aboca el fallo a considerar como la pretensión de la requirente afecta otros derechos fundamentales, tales como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de la obligación del Estado de desarrollar el patrimonio cultural de la Nación (atendiendo a que existen razones ambientales y culturales para proteger el borde costero de Isla Negra, hogar de poetas como Neruda, etc.), todo esto se vincula sistemáticamente al criterio del inciso 2° del numeral 24° que establece los criterios que pueden invocarse para legitimar la función social y los preceptos impugnados, lo que es buena parte de la razón de fondo que dan los ministros<sup>94</sup>, prescindiendo, a veces, de claras conexiones con su propia definición de función social, sin entrar en el fondo a

<sup>91</sup> *Ibid.*, pp. 23-24.

<sup>92</sup> *Ibid.*, pp. 24-26.

<sup>93</sup> En el considerando 24° se efectúa un análisis respecto de la intensidad de la regulación que se podría identificar con la categoría de expropiación regulatoria. *Ibid.* p. 36-37.

<sup>94</sup> *Ibid.*, pp. 27-31.

los atributos esenciales o al contenido esencial afectado más que para corroborar pautas concretas y prácticas sobre la proporcionalidad<sup>95</sup>, igualdad<sup>96</sup> y la reserva legal<sup>97</sup>.

d) Un acierto del voto que rechaza se descubre en el considerando 20°, que recoge la idea de consubstancialidad de la función social respecto de la propiedad como argumento de fondo, en un sentido amplio, cuyo efecto es que:

“En este sentido, debe tenerse presente que es consustancial a la función social de la propiedad que la autoridad pueda determinar el uso del suelo, considerando la aptitud de los bienes y la dimensión finita de alguno de sus usos. Así, no es parte del derecho de disposición del propietario el decidir qué y cómo construir, puesto que hay una determinación pública previa que tiende a salvaguardar intereses que identifican a toda la colectividad nacional”<sup>98</sup>

Lo anterior refuerza la concepción funcional de la propiedad y es un argumento de peso que concibe el rigor en la protección y el tiempo en que se impone la carga como variables en razón de los intereses colectivos, relativizando así el derecho absoluto del propietario, lo cual se expresa claramente en el traspaso del derecho de edificación y uso del suelo dadas las circunstancias desde el privado al poder público en razón de la función social, previa ley que fije la autoridad administrativa que decide y los criterios que ésta deberá utilizar. Sin embargo, soslaya la discusión sobre cómo o en qué grado se afectan los atributos esenciales que concibe como uso, goce y disposición mediante la ponderación de derechos fundamentales y otros elementos como el principio de proporcionalidad. De alguna manera, defienden una posición residual o intermedia sobre la función social, en tanto adhieren a explicaciones clásicas respecto de los atributos y contenido esencial, como también incorporan elementos novedosos (proporcionalidad, conflicto de derechos, regulación expropiatoria e intensidad, etc.), sin mostrarlos necesariamente como incompatibles.

En síntesis, es claro que la jurisprudencia desarrollada por estos ministros abre la puerta a la comprensión de la función social como el contenido propio de la protección al derecho de propiedad a nivel constitucional, lo que implica asumir que la protección constitucional de la propiedad resguarda el interés colectivo y no la mera propiedad privada, transformando así la estructura del derecho de propiedad del derecho común sujetándola a las cargas y deberes que emanen de su función social, sin significar por ello

<sup>95</sup> *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 32-34.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 34.

privación de su propiedad, evitando en consecuencia la aplicación del mecanismo de expropiación que dispone la Constitución y con ello la procedencia de indemnización, salvo que se vulneren los atributos o facultades esenciales del dominio o la garantía del contenido esencial, donde ambos reciben una interpretación amplia que no se reconduce necesariamente a lo dispuesto en el Código Civil y está a cargo del juez, quien decide según el caso en base a todo el ordenamiento jurídico.

5.2. Argumentos del voto por acoger el requerimiento: Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril.

a) La argumentación comienza estableciendo que los derechos esenciales no pueden entregarse a la *sola voluntad de la Administración*, por lo que las leyes que le conceden poderes que potencialmente afecten la propiedad deberían ser precisas y explícitas para configurar una limitación<sup>99</sup>. De tal modo:

(1) En primer lugar, utilizan la noción de bien común y conciben como finalidad objetiva la preeminencia de los individuos ante el interés público, que suscribe el fallo en lo siguiente, “es dable reiterar que solo se puede refrendar la constitucionalidad de una ley a condición de propender hacia el ‘bien común’ general en la forma de alguna objetiva finalidad, (...) con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”<sup>100</sup>, seguidamente:

“en la interpretación constitucional, debe siempre prevalecer el contenido finalista de la Carta Fundamental que, a la par de ser un instrumento orientado hacia el beneficio de la comunidad, también principalmente tiene por objetivo la protección de los derechos esenciales y las libertades individuales (...) frente al aparente conflicto entre el legítimo ejercicio de la libertad de las personas y la consecución por el Estado de un interés público, falso dilema que acaba indefectiblemente con la preeminencia absoluta de éste último, en circunstancias que no se concibe –sin herir la justicia y la lógica– que a costa de males individuales pueda lograrse algún bienestar general”<sup>101</sup>.

(2) En razón de lo anterior, expresamente menciona la relación entre el inciso 3° del Art. 1° y el Art. 19 No. 24, a objeto de explicitar el reforzamiento del derecho de propiedad que implica (a) la reserva legal estricta de las limitaciones; (b) un *inequívoco* contenido sustancial que “queda al margen de los objetivos políticos del momento”<sup>102</sup> y

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 38-39.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pp. 39-40.

<sup>102</sup> *Ibid.*, pp. 40-41.

consisten con los atributos y facultades que la misma constitución consagra reforzando el régimen jurídico de la propiedad, citando específicamente Enrique Evans<sup>103</sup>, lo que permite suponer que identifican los atributos esenciales y el contenido con el estatuto de propiedad del derecho privado; (c) el reconocimiento de la procedencia de expropiación bajo los criterios de privación total y parcial (es decir, limitaciones que impidan el ejercicio del derecho o sus atributos), ambos indemnizables; (d) que no corresponde al legislador determinar el contenido del derecho de propiedad ni menos al juez, ya que está fijado por el constituyente en la fórmula de atributos o facultades esenciales; (e) y en último lugar, que la apelación al bien común para limitar el dominio debe condecirse con las causales específicas taxativamente señaladas por la Constitución<sup>104</sup>.

(3) A continuación, reclama que el derecho de edificación emana de la propiedad, señala que para la doctrina "...igualmente, el criterio de que la faculta de edificar en el suelo urbano se inserta dentro de las prerrogativas que componen el dominio, por sobre la concepción que la entiende derivada de una supuesta concesión para construir que el Estado podría otorgar o no merced a razones de política urbanística"<sup>105</sup>. La consumación del argumento expone que no se puede entregar a la voluntad omnímoda del legislador el ejercicio del derecho de propiedad sin que opere o previa expropiación, ya que una privación parcial, restricción de algún atributo esencial o imposición de deber sólo corresponde a la ley que debe ser precisa y específica en los criterios que potencialmente afecten el derecho de propiedad. En tal sentido, los límites y garantías de la propiedad están taxativamente dispuestos por la Constitución, y entre estos, los criterios del inciso 2° del No. 24° del artículo 19 sobre la función social son conceptos indeterminados que deben ser precisados concretamente y respetando el contenido esencial por las leyes. No basta entonces, con invocaciones abstractas del bien común o algún otro criterio indeterminado, ni mucho menos términos vagos a discreción administrativa.

(4) Concluye su exposición, considerando que la Constitución, al proteger el derecho de propiedad, exige una definición de su contenido concreta y eficaz<sup>106</sup>. De tal modo, los preceptos impugnados otorgan una discrecionalidad absoluta al Consejo de Monumentos Nacionales, ya que ni la ley ni el reglamento brindan criterios claros y definidos que otorguen seguridad a los propietarios y la aplicación de la norma implica el impedimento

<sup>103</sup> Referencia a Enrique Evans de la Cuadra, *Los derechos constitucionales*, tomo II, pp. 367-368. *Ibid.*, p. 41.

<sup>104</sup> *Ibid.*, pp. 40-42.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 59.



de ejercicio de su derecho a construir que sería atributo esencial de su propiedad, quedando supeditado totalmente ante la autoridad administrativa<sup>107</sup>.

En consecuencia, es ostensible el compromiso de los ministros que acogen el requerimiento con una concepción liberal de la propiedad afincada en las reglas de derecho común, el absolutismo del propietario y el principio de subsidiariedad y preeminencia del individuo por sobre el interés colectivo. En tal sentido, se concibe la institución de la función social como una intromisión en la estructura normal del derecho de propiedad, con aplicación de derecho estricto y con las precisas causales que invoca la Constitución, que a pesar de ser conceptos jurídicos indeterminados y abiertos deben ser especificados y precisados por una ley que considere el contenido del derecho subjetivo de propiedad formulado por el derecho común. Consecutivamente, la función social es una impropiedad respecto del derecho de propiedad sustancial del individuo y supone una compensación cada vez que se prive total o parcialmente el dominio.

La virtud de la sentencia anterior reside en la diversidad de sus argumentos y perspectivas, que dan cuenta de la aplicación de las diversas categorías dogmáticas expuestas en el presente trabajo, cuyo propósito (es decir, de las categorías) es explicar y fundamentar el derecho de propiedad y su función social en la Constitución actual. Empero, también indica la falta de consenso respecto del alcance y fundamento de la función social, que en tiempo presente es una disposición que definitivamente requiere de mayor preocupación por parte de la doctrina para someter su nebulosidad ante un mínimo rigor dogmático. En el terreno de la jurisprudencia constitucional, queda abierta la puerta a futuros casos que decidirán como se decanta la evidente contraposición entre las posturas expresadas por los ministros que rechazaron y acogieron el requerimiento de inaplicabilidad.

## 6. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se pueden encontrar las siguientes conclusiones:

a) El desarrollo histórico de la propiedad en el derecho continental da cuenta de una transformación en su contenido, que es palpable en el derecho chileno, desde la original concepción liberal de la propiedad hacía una concepción funcional de la misma. Principalmente, esto se debe a la búsqueda de igualdad sustancial entre los seres humanos mediante el ejercicio de la propiedad. En este sentido, la función social debe ser interpretada conforme a su historia como parte del contenido del derecho de propiedad coetáneo, toda vez que modifica su fisonomía y le da cabida a intereses colectivos protegidos por el derecho constitucional.

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 61.

b) La función social, su alcance y límites, no se pueden explicar exclusivamente por las reglas del derecho común, sino que éstas mediante la fórmula de los *atributos o facultades esenciales del dominio* deben considerarse a la luz de todos los principios, valores, argumentos jurisprudenciales y reglas especiales que otorga el ordenamiento jurídico, lo que será determinado por el juez, el legislador pro futuro o la Administración en el caso concreto.

c) La doctrina del contenido esencial tampoco es útil para definir los límites de la función social ni la propiedad, ya que funciona como una garantía dinámica de la situación jurídica en un tiempo y espacio determinado en el cual se desarrolla una relación jurídica privada sobre un bien también determinado. Es decir, la protección de la garantía depende del ordenamiento jurídico en su conjunto y no éste último de un concepto estático y meta-jurídico del contenido esencial.

d) El derecho de propiedad constitucionalmente protegido puede ser explicado con la categoría de derecho fundamental, añadiendo a la función social las características propias de éstos señaladas en el trabajo. Esto refuerza la protección del interés colectivo ligado a los valores de la tradición constitucional de libertad, igualdad, dignidad y democracia, lo que a su vez, impone límites jurídicos al rasgo de solidaridad de la carta fundamental, que debe competir con las inspiraciones de derecho ius-naturalista pontificio y democrático-liberal de nuestra Constitución.

e) La función social tiene un potencial democratizador, anclado en el valor de la dignidad, que opera como una igualdad específica entre los seres humanos y promueve la conciliación política y jurídica entre los intereses individuales y colectivos, ya sea por la actividad legislativa, una decisión jurisprudencial o en actos positivos del poder público para resguardar el correcto ejercicio del derecho de propiedad. Se deduce de lo anterior, que la función social puede operar por la voluntad legislativa como criterio para la elaboración y diseño de leyes, o bien, como derecho fundamental protegido por los tribunales, ya sean judiciales o constitucionales, con efecto contra-mayoritario. En consecuencia, es un instrumento de conciliación política y de solución jurídica respecto de conflictos entre intereses privados y colectivos.

f) Finalmente, es de interés el momento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el fallo analizado, ya que da cuenta de la ausencia de una solución sistemática respecto del alcance de la función social e incluso, evidencia la presencia de argumentos y nociones jurídicas contradictorias en las distintas posiciones expresadas en la sentencia. No obstante, se rescata el voto que rechaza el requerimiento, dado que su argumentación está en su mayoría conforme a lo que el presente trabajo expone como una concepción constitucional de la propiedad.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo y FUENTES OLMOS, Jessica, El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías del Instituto, En: *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII, 1997.

BAUER, Carl. Chile: derecho y economía en la Constitución de 1980. En: *El otro derecho*, vol. 24, Agosto de 2000. Bogotá D.C., Colombia ILSA, 2000.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. [En línea] en: *Rev. Derecho UACH.*, 2005, vol.18, n. 2, pp. 83-105. Disponible en World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso)>

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental. [En línea] en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 9, N° Especial, pp. 153-172, Agosto 1999. Disponible en World Wide Web: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000100013&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000100013&script=sci_arttext)>

CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ S.A. CON MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTRO: (2014), Tribunal Constitucional 29 de Enero de 2014, Rol N° 2299 de 2012.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. [En línea] en: *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX N° 1, pp. 125-148 julio, 2006. Disponible en World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000100006&script=sci_arttext)>

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. [En línea] en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI* (Valparaíso, Chile, 2o Semestre de 2008) [pp. 493-525] En:<[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200014&script=sci_arttext)>

CRISTI BECKER, Renato y RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. *El constitucionalismo del miedo*-Santiago, Chile: LOM, 2014.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*. En: *Sentencias destacadas 2004*, Santiago, Chile, Libertad y Desarrollo, 2005

FERMANDOIS V., Arturo. Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: cuatro teorías constitucionales, [En línea] Disponible en la World Wide Web: <[http://www.fermandois.cl/publicaciones/arturo-fermandois/derecho-constitucional-economico/2008\\_Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf](http://www.fermandois.cl/publicaciones/arturo-fermandois/derecho-constitucional-economico/2008_Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf)>

FERMANDOIS VÖHRINGER. Arturo Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980. En: *Ius Publicum*, vol. 4° pp. 63-78 Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2000.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel. *El derecho de propiedad. Una relectio*. En: Anuario de Derecho Civil, Vol. 51, N° 4, Madrid, España, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial de Estado, 1998.

PARAMIO RODRIGO, Ludolfo. *La socialdemocracia*. Buenos Aires, Argentina, Catarata, Fondo de Cultura Económica, 2010.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Principios constitucionales del Estado empresario. En: *Revista de Derecho Público*. vol. 62, pp. 48-65. Santiago, Chile: Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: igualdad y derechos económicos en Chile. En: *Revista Derecho y Humanidades*. N° 14 pp. 17-35, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2009.

SCHÜRMANN SOTO, Miguel. Orden público económico y principio de subsidiaridad, argumentos para una crítica, En: *Revista Derecho y Humanidades*. vol. 12, pp. 227-229 Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2006.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, Pía. *Derechos humanos en la constitución de 1925*. En: *Revista Ius et praxis*, vol. 9 n. 1 Talca, Chile, 2003.

UNDERKOFFLER, Laura. *The Idea of Property: Its meaning and power*. New York, United States. Oxford University Press, 2003.

VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego. Derribando mitos sobre el Estado Empresario. En: *Revista Chilena de Derecho*. vol. 35 N° 1, pp. 135-156. Santiago, Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.