

# EL DERECHO A LA PROPIEDAD SEGÚN LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. DIFICULTADES Y PRINCIPIOS SOBRE LOS CUALES FUNDAR ESTE DERECHO\*

CAMILO CORNEJO MARTÍNEZ\*\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE  
camilo.cornejo@ug.uchile.cl

RESUMEN: Del listado de derechos reconocidos actualmente por el artículo 19 de nuestra Constitución Política, es posible encontrar de modo inédito en nuestra historia republicana, la consagración expresa de un nuevo derecho según el cual las personas puede acceder libremente a toda clase de bienes. El Tribunal Constitucional chileno, razonando sobre este derecho inédito, ha intentado revestirlo de cierto contenido; sin embargo, esta conceptualización no ha sido mayormente desarrollada, y presenta ciertas dificultades a la hora de examinar su real alcance. Este artículo pretende identificar los principales lineamientos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de este derecho, intentando mostrar el contenido con el que ha sido revestida la norma en comento; para acto seguido dar luces de algunos de los puntos conflictivos, en los cuales, como comunidad política es necesario reconsiderar, discutir y definir, de cara a la forma en que queremos entender el derecho *a la propiedad*.

Palabras Claves: *Artículo 19 N° 23 de la Constitución Política, Tribunal Constitucional, interpretación constitucional, contenido esencial, constitucionalismo.*

## THE INTERPRETATION OF THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY BY THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT. DIFFICULTIES AND PRINCIPLES TO FOUND THIS RIGHT

ABSTRACT: In the catalog of rights currently recognized by the article 19 of the Chilean Constitution, it is possible to find –without precedent in our republican history– the

\* 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”.

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

explicit entrenchment of a new right, according to which any person can freely access to all kinds of goods. The Chilean Constitutional Court, reasoning on the basis of this never-seen-before right, has tried to provide certain content to it. Nevertheless, this conceptualization has not been further developed and shows certain difficulties when we try to examine its real impact. The present work aims to identify the main lineaments seen in the decisions of the Constitutional Court regarding this right, trying to show the content given to the referred norm so it can bring some lights on the problematic points, in which –as a political community– it is much needed to reconsider, discuss and define the way we want to understand property rights.

Keywords: *Article 19 number 23 of the Chilean Constitution, Constitutional Court, constitutional interpretation, essential content, constitutionalism.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El día 20 de noviembre del año 2014, el noticiario del canal de televisión *Chilevisión* da a conocer un hecho bastante crudo: un grupo de personas lleva 20 años intentando acceder a una vivienda. En efecto, titula al siguiente tenor: “*Llevar 20 años esperando: Vecinos de San Bernardo piden que les entreguen sus casas.* (...) Los propietarios viven en precarias condiciones en la actualidad y lo más complejo es que han pasado casi 20 años, desde que ellos iniciaron el proceso”<sup>1</sup>.

En el lenguaje de nuestra Constitución, esta grave situación nos lleva examinar y preguntarnos por el régimen constitucional de acceso a la propiedad que configura nuestra carta política, para determinar si situaciones como la anterior, tienen una traducción a la lógica de los derechos fundamentales.

Para ello, es imperioso recordar el artículo 19 en su numeral 23 de la carta política nacional, precepto el cual prescribe que:

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

23° La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

<sup>1</sup> CHILEVISIÓN NOTICIAS. 2014. *Llevar 20 años esperando: Vecinos de San Bernardo piden que les entreguen sus casas.* [En línea] Chilevisión, en internet. 20 de noviembre de 2014. <<http://www.chilevision.cl/noticias/chvnoticias/nacional/llevar-20-anos-esperando-vecinos-de-san-bernardo-piden-que-les-entreguen-sus-casas/2014-11-21/071830.html>> [consulta: 20 noviembre de 2014].

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”

De la simple lectura de esta norma, *prima facie* podemos concluir que se garantiza a nivel constitucional la libre adquisición de toda clase de bienes. Pero, del hecho que todos tengan libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, ¿se sigue que el Estado deba promover esta libre adquisición?, ¿o simplemente el Estado debe abstenerse de actuar?

¿Cómo determinar cuál es el alcance de esta norma?, ¿cuál es el contenido esencial de este derecho?, en definitiva, ¿cuál es el rol del Estado, acorde a la configuración constitucional de este derecho?

Intentando avanzar en estas respuestas, por medio del análisis de sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional chileno, la invitación es examinar nuestra carta política, y ver cómo dicha magistratura ha desarrollado este precepto.

En consecuencia, se pretende indagar cuáles han sido los criterios e interpretación que se han dado a esta norma por nuestra máxima magistratura constitucional, determinar cómo se ha entendido el número 23 del artículo 19 de la Constitución Política, qué noción se ha construido de libre acceso a los bienes y qué respuestas nos puede dar a la situación jurídica del acceso a la propiedad.

Identificados estos criterios, en un epígrafe posterior se analizan algunas consecuencias de ellos, intentando mostrar dificultades que aún no han sido completamente superadas en el entendimiento de este derecho.

Finalmente, habiendo intentado clarificar los elementos centrales de la discusión, y en son de las dificultades destacadas, se propone como alternativa avanzar en la construcción de este derecho sobre los principios propios del constitucionalismo, dejando de construir este derecho al alero de la visión que propuso la Comisión Ortúzar, que funda esta garantía en el miedo, la subsidiariedad, y el individualismo.

## 2. EL PRECEPTO EN CUESTIÓN

El artículo 19 N° 23 –transcrito anteriormente– tiene algunas particularidades que nos interesa destacar, en cuanto nos permitirán entender el análisis que ha desarrollado el Tribunal Constitucional en la materia.

## 2.1. Origen del actual artículo 19 N° 23 de la Carta Fundamental

El actual artículo 19 N° 23 de nuestra Constitución Política, y de la cual –por de pronto– sólo hemos señalado que tiene por objeto garantizar *la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes*, es una norma inédita en la historia de nuestro ordenamiento constitucional.

Sin considerar el período de ensayos constitucionales, en la Carta Fundamental de 1833 en cuanto al catálogo de derechos fundamentales reconocidos, sólo era posible leer la siguiente norma relativa a la protección de la propiedad:

“Art. 12. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

5° La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos”<sup>2</sup>.

De igual modo, su sucesora, la Carta Política de 1925 tampoco consideró resguardar en términos explícitos y directos una garantía fundamental de libre acceso a la propiedad. Esto pese a que en el período histórico en que ésta Constitución rigió, el derecho de propiedad era resguardado por un extenso texto, el cual fue objeto de importantes y sucesivas reformas, en las cuales nunca se contempló la incorporación de la garantía en comento.

En efecto, la norma de reconocimiento y protección de la propiedad de la Constitución del '25 versaba al siguiente tenor:

“Art. 10. Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

10° El decreto de propiedad en sus diversas especies.

La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública, el

<sup>2</sup> Constitución Política de la República del año 1833. [En línea] Disponible en la World Wide Web: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>> [Citado 14 de diciembre de 2014].

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.

Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá nacionalizar o reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

La ley determinará qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso anterior, entre las cuales no podrán considerarse los hidrocarburos líquidos y gaseosos, podrán ser objeto de concesiones de exploración o de explotación (...).

La ley asegurará la protección de los derechos del concesionario y en especial de sus facultades de defenderlos frente a terceros y de usar, gozar y disponer de ellos (...).

Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial (...).

Cuando se trate de nacionalización de actividades o empresas mineras que la ley califique como Gran Minería, la nacionalización podrá comprender a ellas mismas, a derechos en ellas o a la totalidad o parte de sus bienes. La nacionalización podrá también extenderse a bienes de terceros (...).

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular.

La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de la indemnización (...).

En casos calificados, cuando se produzca como consecuencia de la aplicación del inciso anterior, un perjuicio directo, actual y efectivo, la ley podrá disponer una compensación a los afectados”<sup>3</sup>.

Como vemos, el texto de la Constitución del '25 no se preocupaba de la alteración o no que se hiciera al régimen de adquisición de la propiedad. Centraba más bien sus fuerzas en la regulación del régimen por el cual el Estado podía poner término a este derecho vía expropiación, o, en el régimen de propiedad que tendrían algunos bienes en particular, vgr. los hidrocarburos.

Al no ser –en apariencia– una preocupación expresa, las constituciones anteriores no contenían lo que hoy es nuestro artículo 19 N° 23. Como bien se expresa en Doctrina constitucional del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle: “Antes de la Constitución de 1980, sería muy aventurado señalar que se encuentran testimonios indubitados de la presencia de un eventual derecho “a” la propiedad en los textos constitucionales. Dichas constituciones se refieren más que a la propiedad, a la “seguridad” de su mantenimiento”<sup>4</sup>.

En similares términos lo expresan Mario Verdugo, Humberto Nogueira y Emilio Pfeffer; quienes con una sencilla frase resumen lo dicho: “Siempre se había protegido el derecho de propiedad adquirido, pero no el libre acceso a la propiedad”<sup>5</sup>.

Con todo, vale prevenir que si bien antes no se garantizaba de modo expreso el libre acceso a toda clase de bienes, gran parte de las interpretaciones que se daban en el período constitucional en que rige la Carta Política del '25, entendían que ésta era una garantía implícita.

<sup>3</sup> Constitución Política de la República del año 1925. [En línea] Disponible en la World Wide Web: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>> [Citado 14 de diciembre de 2014].

<sup>4</sup> FREI RUIZ-TAGLE, Eduardo. *Doctrina constitucional del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*. Santiago de Chile, División Jurídico-Legislativa, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, año 2000. Tomo I, p. 391.

<sup>5</sup> NOGUEIRA, Humberto, PFEFFER, Emilio, y VERDUGO, Mario. *Derecho Constitucional*. 2da edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, tomo I, p. 301.

Para afirmar ello, el argumento que otorgaban era sencillo; se sostenía que malamente se podía resguardar la propiedad, si no se permitía acceder a ésta de un modo libre. A este respecto, José Luis Cea comenta que: “Se trata, una vez más debemos advertirlo de un derecho nuevo, pues no estaba previsto en las Constituciones chilenas anteriores. Sin embargo, conviene observar que, implícitamente al menos, se hallaba en dichas Cartas Fundamentales, en la medida que ellas reconocía ampliamente el derecho de dominio y, por ende, también la libertad para adquirirlo”<sup>6</sup>.

En consecuencia, en los períodos pre-constitución del '80, no encontrábamos de modo explícito y directo una suerte de derecho *a la* propiedad, sino que más bien se debía entender de la regulación que únicamente poseía el derecho de propiedad.

Éste último si era regulado de modo extenso, y con un gran número de pronunciamientos, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal. Además en torno a él, la preocupación radicaba en cuanto a las expropiaciones que realizaba el Estado, y no la forma por la que éste podía limitar jurídicamente su acceso.

Como corolario de lo anterior, para comprender su alcance y evolución no es conveniente retroceder más allá de lo que ocurrió post Constitución de 1980, porque es sólo desde ese momento en donde se razonará en mérito de la norma misma, y no sobre la base de antiguos entendimientos, que aún de modo implícito se hubieran obtenido de esta garantía.

Por así decirlo, es un derecho que comienza a construir su historia y alcance explícitamente de un modo reciente en nuestra historia republicana.

## 2.2. De la interpretación originalista que mayoritariamente realiza la doctrina

Es relevante mencionar lo recurrente que en esta materia ha sido el citar las actas de la historia fidedigna del establecimiento de nuestra actual Constitución, esto es, las actas de la llamada *Comisión Ortúzar*.

Prácticamente todos los tratadistas parten refiriéndose a esta norma bajo lo dicho en aquella oportunidad –bajo esas cuatro paredes–, recurriendo a los mismo términos que ahí fueron señalados.

Por ejemplo, –y citando nuevamente– la “Doctrina constitucional del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle”, en cuanto se explica esta nueva garantía, dice: “En la ‘Comisión

<sup>6</sup> CEA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, tomo II, p. 515.

Ortúzar’, esta norma fue analizada sobre la base de una propuesta hecha al efecto por la Subcomisión sobre derecho de propiedad” (...), “En el seno de esa Subcomisión se estimó que existían por lo menos dos ventajas para el establecimiento de esa norma: (...)”, “En el seno de la Comisión Constituyente, y por boca de su Presidente, Enrique Ortúzar, podemos apreciar que el objetivo (...)”<sup>7</sup>.

En el mismo sentido, José Luis Cea recurre a las actas de la Comisión Ortúzar señalando: “En la Comisión de Estudio, por otra parte, surgió debate en el punto, pues al garantizar el derecho a la propiedad, (...)”<sup>8</sup>; “Finalizaremos el examen de este derecho insertando pasajes de los anales oficiales, en atención a que confirman o amplían lo que hemos sostenido a propósito de su sentido y alcance: (...)”<sup>9</sup>.

### 2.3. Una breve caracterización del derecho a la propiedad

Sin el ánimo de ser exhaustivos, es necesario rescatar algunos aspectos relativos al alcance de las reglas establecidas en el artículo 19 N° 23, como para luego comprender los términos, conceptos e interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional chileno.

Enseña Sofía Correa y Pablo Ruiz-Tagle, que: “Esta disposición establece el derecho de toda persona para adquirir cualquier tipo de bienes y por lo tanto limita el rol del Estado como propietario”<sup>10</sup>.

Este derecho a adquirir toda clase de bienes, va realizada con la prevención que señalan Nogueira, Pfeffer y Verdugo:

“como es obvio, esta libertad no es absoluta: el mismo inciso 1° establece tres clases de bienes respecto de los cuales no será posible adquirir el dominio: 1° aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como por ejemplo el aire, la luna, la atmósfera, etc...; 2° los que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así, como son, por ejemplo los bienes nacionales de uso público (...); y 3° los que tengan dueño fijado en la Constitución”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> FREI RUIZ-TAGLE, Eduardo, *op. cit.* (n. 4), p. 391.

<sup>8</sup> CEA EGAÑA, José Luis, *op. cit.* (n. 6), p. 516.

<sup>9</sup> CEA EGAÑA, José Luis, *op. cit.* (n. 6), p. 519.

<sup>10</sup> CORREA SUTIL, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. *Ciudadanos en democracia*. Santiago de Chile, Random House Mondadori S.A., 2010, pp. 200-201.

<sup>11</sup> NOGUEIRA, Humberto, PFEFFER, Emilio, y VERDUGO, Mario. *Derecho Constitucional*. 2da edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, tomo I, pp. 302-303.

Se añade a este entendimiento, las siguientes prevenciones que realiza José Luis Cea<sup>12</sup>:

- a. Este derecho no se encuentra reconocido en el Pacto San José de Costa Rica;
- b. La garantía de libre apropiabilidad de bienes, se encuentra relacionada con el artículo 19 N° 24, en cuanto el primero protege el poder acceder al bien, y el segundo protege la propiedad ya adquirida;
- c. “En el inciso 1° realzamos que la Constitución asegura este derecho a todas las personas, tanto naturales como jurídicas. Por consiguiente, la libre apropiabilidad de bienes se halla abierta a cualquier sujeto, sin excepción, en la medida que se le aplique el ordenamiento jurídico chileno”<sup>13</sup>.
- d. La Constitución señala tres excepciones a la libre apropiabilidad de bienes, las cuales al ser de texto expreso, se deben interpretar de modo restrictivo. Estas excepciones son: (1) las cosas comunes a todos los hombres, (2) los bienes que deben pertenecer a la Nación toda, y (3) otras excepciones expresas de texto constitucional.
- e. Las limitaciones y prohibiciones deben ser justificadas por el interés nacional, y requieren de una ley de quórum calificado para su aprobación.

Finalmente, en opinión mayoritaria, este derecho comprende aquel grupo de los denominados derechos de orden económico, o del *orden público económico nacional*.

### 3. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS QUE HA DADO NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestro Tribunal Constitucional en el ejercicio del control de normas, tanto de modo preventivo (control *ex ante*) como represivo (control *ex post*), ha tendido la ocasión de pronunciarse acerca del derecho en estudio.

De estos pronunciamientos que ha realizado la referida magistratura, pasaremos a rescatar algunos elementos comunes que se encuentran presentes en la lectura del derecho a la libre apropiabilidad de toda clase de bienes; esto nos permitirá comprender el actual entendimiento jurisprudencial de la norma.

<sup>12</sup> CEA EGAÑA, José Luis, *op. cit.* (n. 6), pp. 515-520.

<sup>13</sup> CEA EGAÑA, José Luis, *op. cit.* (n. 6), p. 516.

### 3.1. Primer elemento a considerar: De las oportunidades que ha tenido el Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la materia

De primer modo, es importante considerar que a diferencia de lo que ocurre con el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política –precepto que se refiere al derecho *de propiedad*– la jurisprudencia no es abundante. No son muchos los casos en los cuales el tribunal ha razonado directamente sobre esta norma, y en los que lo ha hecho, la gran mayoría dicen relación con grupos de problemas que plantean las mismas dificultades.

De este modo, gran parte de los casos que son sometidos al conocimiento del Tribunal Constitucional, se refieren a la pregunta sobre a qué se extiende la reserva de ley de quórum calificado a la que se hace alusión por el inciso segundo del numeral 23 de la Constitución, en el ejercicio del control preventivo que realiza el tribunal ante requerimiento de diputados o senadores. Ejemplo de ello son las sentencias rol 115<sup>14</sup> (del año 1990), 260<sup>15</sup> (del año 1997), y 1988<sup>16</sup> (del año 2011).

Otros dos grupos relevantes de casos se refieren a: (1) la constitucionalidad del sistema de adquisición de los derechos de aprovechamiento de aguas; y (2) la constitucionalidad del régimen de adquisición de la pequeña propiedad raíz según lo dispuesto por el Decreto Ley N° 2.695, denominado usualmente por la doctrina como *decreto ladrón*, el cual configura normas de prescripción adquisitiva de corto plazo, previa inscripción en el registro del Conservador de Bienes Raíces.

Finalmente, aunque de un modo un poco más tangencial, nuestro Tribunal Constitucional también ha razonado sobre el numeral 23 del artículo 19 de la Constitución, a partir de requerimientos que dicen relación con el régimen de acceso a las playas del país; y con el régimen de propiedad sobre “Obtenciones Vegetales” que se estableció por medio del UPOV –Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales–.

A grandes rasgos, esas son las situaciones en las que la magistratura constitucional ha tenido la ocasión de razonar sobre el alcance de este derecho.

<sup>14</sup> Requerimiento interpuesto ante Tribunal Constitucional por 15 senadores, solicitando el control preventivo de constitucionalidad de los artículos 38 a 45, del –en ese entonces– proyecto de Ley N° 17.997, que modificaba Ley N° 18.892, sobre “Pesca y Acuicultura”.

<sup>15</sup> Requerimiento interpuesto ante Tribunal Constitucional por 30 diputados, solicitando el control preventivo de constitucionalidad de determinados preceptos que venían en modificar el Código de Aguas.

<sup>16</sup> Requerimiento interpuesto ante Tribunal Constitucional por 17 senadores, solicitando el control preventivo de constitucionalidad de 8 artículos que contenía el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

### 3.2. Segundo criterio o elemento común: De la hermenéutica aplicada por el Tribunal Constitucional

Un segundo elemento relevante que se encuentra presente en la jurisprudencia estudiada, va dado porque tal cual como nuestra doctrina recurre a las actas de la Comisión Ortúzar, el Tribunal Constitucional chileno prácticamente (sino) en todos los casos, realiza la misma práctica, aplicando con ello criterios de hermenéutica originalistas una y otra vez.

Nuestra magistratura constitucional no ha desarrollado una terminología propia. Su punto de partida en el razonamiento del sentido y alcance de la norma, va según lo dicho por la Comisión de Estudio de la Constitución del '80. Es a partir de los distingos y conceptos que fueron realizados por la Comisión Ortúzar, sobre los cuales continúa el razonamiento y llena de contenido y aplicación el precepto en estudio.

Este sentido se lee por ejemplo: “Que sobre el particular, en la sesión N° 197, página 18, de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se distinguió expresamente entre derecho de propiedad y derecho a la propiedad. Así, los miembros de la comisión expresaron (...)”<sup>17</sup>.

En igual sentido los fallos del Tribunal Constitucional citan de modo expreso a los comisionados, a saber: “Como dijo el comisionado Jaime Guzmán, en la comisión de Estudios de la Nueva Constitución, ‘*el derecho a la propiedad es el derecho en potencia, mientras que el derecho de propiedad es el derecho en acto*’ (Actas, Sesión 197, pág. 19)”<sup>18</sup>.

Lo propio se lee en el considerando vigesimonoveno de la sentencia rol 1988, que expresa: “Que, el fundamento que se tuvo en cuenta para incorporar este derecho a la Constitución fue doble y así lo expresó Pedro J. Rodríguez, en la Subcomisión de derecho de propiedad en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: (...)”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 1 de octubre de 1997, causa rol 260 del año 1997, considerando octavo del voto de minoría de la Ministra Luz Bulnes Aldunate. [En línea] Disponible en en la World Wide Web: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> > [Citado 16 de diciembre de 2014].

<sup>18</sup> GATICA FUENTES CON SOTO MACHUCA (2010): Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 3 de marzo de 2010, causa rol 1298 del año 2009, considerando trigesimosexto. [En línea] Disponible en en la World Wide Web: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> > [Citado 18 de diciembre de 2014].

<sup>19</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 24 de junio de 2011, causa rol 1988 del año 2011, considerando vigesimonoveno. [En línea] Disponible en en la World Wide Web: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> > [Citado 16 de diciembre de 2014].

Es probable que esta práctica interpretativa se deba al poco desarrollo doctrinario que ha tenido este precepto. Como fue referido más arriba, nuestros autores de modo común lo que hacen en la materia es citar las actas constitucionales. Por ello, doctrinariamente tampoco se ha desarrollado una concepción notoriamente distinta de la que en ese momento se expresó por la Comisión Ortúzar, y sobre la cual pueda echar mano nuestra magistratura constitucional.

Se suma a esto, el hecho que el precepto es inédito en nuestra tradición constitucional. Por ello, tampoco ha tenido un gran desarrollo, a diferencia de lo que ocurre -por ejemplo- con el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el cual lo podemos encontrar -con un desarrollo doctrinario aparejado- desde los primeros ensayos constitucionales.

### 3.3. Tercer criterio: Del objetivo (y contenido) del precepto en cuestión

Un tercer criterio que ha desarrollado el Tribunal Constitucional, va por caracterizar al derecho a la propiedad, con un contenido que se construye desde el objetivo mismo que se tuvo en vista para consagrar este nuevo derecho fundamental. En este sentido se ha afirmado que:

“El objetivo de la norma es claro: ‘permitir el acceso a la propiedad privada a quienes no la tenían’. Como bien se afirma en el escrito del Presidente de la República en que formula sus observaciones al requerimiento: ‘En el seno de la Comisión Constituyente, y por la boca de su Presidente, Enrique Ortúzar, podemos apreciar que el objetivo cierto fue el de ‘hacer accesible el derecho de dominio al mayor número de personas’, que, en su concepto significa ‘dar la posibilidad de que los demás (que no tengan propiedad se entiende) también sean propietarios’<sup>20</sup>.

De esto entendemos que, un primer contenido de este derecho vendría a ser el *hacer accesible el derecho de dominio al mayor número de personas*. Con todo, nuestro tribunal no sólo se queda en ello, señalando de modo complementario que el precepto al promover que el mayor número de personas sean propietarios, lo que está realizando el 19 N° 23 es garantizar la libre circulación de los bienes, y la posibilidad de que el adquirente se encuentre en situación jurídica de acceder a esos bienes en circulación.

<sup>20</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 1 de octubre de 1997, causa rol 260 del año 1997, *op. cit.* (n. 17), considerando decimotercero.

Así ha dicho que: “En cambio, el 19 N° 23 es el que permite, en el cruce de intereses con el 19 N° 24, la circulación de los bienes o las transferencias. Quien no tiene propiedad, puede querer obtenerla, páralo cual está dispuesto a movilizar los instrumentos que brinda el derecho. La circulación de los bienes depende o se dinamiza no sólo por la voluntad del dueño sino también del que desea serlo”<sup>21</sup>.

Precisa además nuestra magistratura constitucional, que en el contenido de este precepto además podemos encontrar dos dimensiones, a saber:

“Una negativa, que impide que se establezcan obstáculos abusivos o excesivos para adquirir todo tipo de propiedades. Y una positiva, que permite establecer incentivos para adquirir la propiedad de bienes o derechos.

Este derecho permite o legitima que el legislador no prohíba o impida acceder a la propiedad, o bien facilite llegar a ella a través de variados instrumentos. La ley puede utilizar mecanismos típicos del derecho común o diseñar otros distintos a partir de éstos o confeccionar otros completamente originales”<sup>22</sup>.

Finalizando en cuanto al contenido del cual la jurisprudencia ha revestido este numeral, es necesario a su vez considerar que nuestro Tribunal Constitucional citando un fallo de la Corte Suprema, ha también enfatizado que el objeto del precepto va con que el legislador no ponga trabas a la libre adquisición de todo tipo de bienes.

Así ha referido que:

“en similar sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, aclarando el aludido sentido positivo de la norma, señalando al efecto que lo que reconoce la Constitución e el artículo 19 N° 23 “es la aptitud genérica y sin discriminaciones que tienen los particulares para adquirir todo tipo de bienes, protegiendo esta posibilidad eventual de exclusiones unilaterales de la autoridad respecto de ciertos bienes, de manera que lo que se ha querido enfatizar en esta disposición es el derecho prioritario de los particulares frente al Estado, para impedir a éste ejercer limitaciones abusivas o arbitrarios a esta libertad de incrementar la propiedad privada”<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> GATICA FUENTES CON SOTO MACHUCA (2010): Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 3 de marzo de 2010, *op. cit.* (n. 18), considerando trigésimoséptimo.

<sup>22</sup> *Ibid.*, considerando trigésimonoveno.

<sup>23</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 24 de junio de 2011, causa rol 1988 del año 2011, *op. cit.* (n. 18), considerando vigésimonoveno.

### 3.4. Cuarto criterio: De la diferenciación con el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política

Habiendo definido un contenido para el numeral 23 del artículo 19 de nuestra Constitución Política, un cuarto elemento importante que ha desarrollado la magistratura constitucional, va por establecer la necesaria diferenciación que se debe realizar del derecho *a la propiedad*, en contraste con el derecho *de propiedad*.

Vale decir, luego de que el Tribunal Constitucional identifica el problema jurídico que le es presentado por el requerimiento del cual se encuentra conociendo, de modo general lo que realiza es diferenciar ambas garantías constitucionales, con el objeto de identificar bajo cuál precepto se debe resolver el conflicto.

Así, se abre esta línea jurisprudencial con la sentencia rol 115 con la que se hace expreso lo anteriormente señalado. Reza este fallo: “que la Constitución Política ha hecho una diferenciación entre el acceso a la propiedad y el ejercicio del derecho de dominio, destinando para cada uno de estos ámbitos dos diferentes numerales del artículo 19: el 23 para el primero y el 24 para el segundo”<sup>24</sup>.

Esta forma de razonamiento jurisprudencial se ha mantenido constantemente por largo período, así por medio de sentencia dictada el año 2011 se lee: “Que visto lo anterior, es posible apreciar, como ya lo ha hecho este sentenciador en el campo de aplicación de aquella disposición constitucional es diverso al que corresponde al numeral 24° del artículo 19 de la Constitución, desde el momento que alude al derecho a la adquisición de bienes cuya propiedad no se tiene”<sup>25</sup>.

### 3.5 Quinto criterio: De la utilidad de la distinción entre el número 23 y 24 del artículo 19 de nuestra Constitución Política.

Un quinto criterio o elemento que es posible concluir de la jurisprudencia estudiada, dice relación con la utilidad de la diferenciación. Al respecto, es muy clarificadora la causa rol 115 (del año 1990), que expresamente dice:

<sup>24</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 3 de diciembre de 1990, causa rol 115 del año 1990. [En línea] Disponible en la World Wide Web: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>> [Citado 18 de diciembre de 2014].

<sup>25</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 24 de junio de 2011, causa rol 1988 del año 2011, *op. cit.* (n. 18), considerando vigesimooctavo.

“que la Constitución Política ha hecho una diferenciación entre el acceso a la propiedad y el ejercicio del derecho de dominio, destinado para cada uno de estos ámbitos dos diferentes numerales del artículo 19: el 23 para el primero y el 24 para el segundo. De ello también se concluye que, para establecer “limitaciones o requisitos para la adquisición” ha exigido que sólo pueda hacerse por medio de una ley de quórum calificado; y que, para establecer “limitaciones u obligaciones” que derivan se deriven de la función social de la propiedad, ha preceptuado que sólo pueda hacerse por ley sin adicional requerimiento de quórum”<sup>26</sup>.

Con ello, la magistratura constitucional lo que se encuentra señalando, es que cada numeral requiere para su regulación de quórum particulares, a los cuales se debe respetar en el proceso de formación de la ley. Así, si lo que queremos es limitar el régimen de acceso o adquisición de bienes (situación regida por el numeral 23 del artículo 19), debemos contar con los quórum correspondientes a leyes de quórum calificado.

El hecho que se exijan distintos quórum ha sido fundamental en la resolución de los casos a los cuales se ha requerido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En efecto, si la magistratura considera que el caso será resuelto en consideración del numeral 23 del artículo 19 de la Constitución, lo primero que realiza es ver si la ley que se encuentra impugnada y de la cual se duda de su constitucionalidad, ha cumplido o no con las mayoría de diputados y senadores requeridas para la aprobación de esas leyes.

De este modo, si la ley sobre cuya constitucionalidad se consulta no ha cumplido con los quórum correspondientes a una ley de quórum calificado, no entra al fondo del asunto, no se pronuncia más allá y simplemente decreta la inconstitucionalidad de la norma por vicios de forma, en cuanto al origen de la misma.

Así, un análisis relevante que realiza el Tribunal Constitucional se refiere al cumplimiento de requisitos formales por la ley, a lo cual expresa: “Que, corolario de todo lo reflexionado precedentemente es que, descartada la existencia de vicios formales no planteados en el requerimiento, pero examinados por este Tribunal, han quedado igualmente desvirtuados los cuestionamientos efectivamente contenidos en la acción constitucional deducida por los señores Senadores, por lo que el requerimiento deberá desecharse, y así se declarará”<sup>27</sup>.

En otra oportunidad, nuestro Tribunal Constitucional analizando el cumplimiento de requisitos de forma falló:

<sup>26</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 3 de diciembre de 1990, causa rol 115 del año 1990, *op. cit.* (n. 23) considerando vigesimoquinto.

<sup>27</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 24 de junio de 2011, causa rol 1988 del año 2011, *op. cit.* (n. 18), considerando septuagesimosegundo.

“Que, sin entrar a pronunciamiento sobre las inconstitucionalidades de fondo que han sido planteadas sobre las mismas normas del proyecto de ley que guardan relación con la apropiabilidad de los bienes de que trata y cuya inconstitucionalidad de forma ha sido examinada, corresponde tener presente que estas disposiciones analizadas en este acápite, tienen como consecuencia la configuración del régimen o sistema que se relaciona directamente con el acceso a la propiedad, por lo cual las limitaciones o requisitos que a éste se imponga, deben originarse en una ley de quórum calificado”<sup>28</sup>.

Pero antes de avanzar al siguiente punto, es necesario notar una consecuencia implícita de lo anterior. Si bien nuestro Tribunal Constitucional de modo directo ha marcado muy claramente la consecuencia de diferenciar uno y otro derecho en cuanto a los quórum exigidos para limitar estos preceptos, existe una segunda gran diferencia que dice relación en cuanto a la causal por la que nuestra Constitución habilita para limitar al legislador.

Mientras el artículo 19 N° 23 señala que las limitaciones que se realicen a este precepto, por medio de una ley de quórum calificado, se realizarán *cuando así lo exija el interés nacional*; el numeral 24 de la misma norma señala que el derecho de propiedad puede ser limitado por ley simple, pero en cuanto “las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social. Éste comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”<sup>29</sup>.

Hasta la fecha, no ha sido posible encontrar un fallo en el cual el tribunal abordara de modo expreso esta diferenciación de fondo, y en el que se haya señalado a qué corresponde la noción de interés nacional signada en el numeral 23 del precepto citado; y si esta noción puede ser equiparada a lo estipulado en el numeral 24 de la misma norma.

### 3.6. Sexto criterio: De las 4 reglas del artículo 19 N° 23 de la Constitución Política

Un sexto criterio interpretativo que nos ha dado nuestro Tribunal Constitucional, se refiere a las cuatro normas que considera la magistratura se comprenden por el artículo 19 N° 23 de la Carta Política.

<sup>28</sup> *Ibid.*, considerando vigesimosexto.

<sup>29</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Artículo 19 N° 24, inciso segundo.

A este respecto, la primera vez que el Tribunal enuncia estas normas es en el fallo del año 1997, en la causa rol 260. De ahí en más, ha citado de modo expreso esta sentencia, señalando de modo reiterado que este numeral contiene cuatro reglas.

Así lo resuelto en la causa rol 260 que establece esta importante base interpretativa, expresa: “Que por otra parte, del artículo 19, N° 23, de la Constitución, de acuerdo a su claro sentido y alcance y en armonía con el resto de la preceptiva constitucional y del ordenamiento legal, se infiere que él contempla cuatro normas: 1) la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil, todas las cosas corporales o incorpóreas susceptibles de apropiación; 2) se exceptúan de esta libertad de adquisición, lógicamente, aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, es decir, se excluyen, entre otros los bienes nacionales de uso público, como las aguas por ejemplo; 3) solo en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. Esta regla constitucional, dentro del contexto lógico del precepto se refiere a los bienes privados, y 4) todas las disposiciones anteriores son sin perjuicio de otros preceptos de la Constitución”.

Con todo, vale prevenir que si bien de modo usual son citadas estas cuatro reglas, no se ha abundado mayormente en el contenido de cada una. Simplemente lo realizan para enmarcar el contenido normativo del derecho.

### 3.7. Séptimo criterio: De la obligación que nace para el Estado

Un séptimo criterio, se refiere a la situación jurídica en la cual el Estado queda frente al derecho constitucional de la libre adquisición de bienes, del que gozan los privados. A este respecto, de modo expreso es tratada la posición a la cual el Estado queda sujeto, por la sentencia rol número 1298 del año 2009.

En esa oportunidad el Tribunal Constitucional chileno expresa:

“Que, no obstante, el precepto constitucional no permite establecer una obligación para el que el Estado logre que todas las personas tengan un bien. Eso sería inviable en la práctica y supondría que el Estado opta por ayudar a las personas a satisfacer sus necesidades sólo por medios privados (a través de una propiedad), descartando la cobertura de dichas carencias por medios públicos,

como puede ser la creación de un servicio a cargo de una prestación que cubra determinada necesidad calificada por el legislador como pública”<sup>30</sup>.

Continúa agregando que constitucionalmente, el Estado tampoco se encuentra obligado a “que toda persona tenga una propiedad; las personas no pueden, por regla general, ser impelidas a comprar o adquirir bienes. En este sentido, estamos frente a una libertad para adquirir una propiedad. (...) Por eso, una parte de la doctrina nacional ubica el precepto que se analiza dentro de las libertades; específicamente, dentro de las libertades económicas”<sup>31</sup>.

Por regla general, al concebir a este derecho como una libertad, al Estado le corresponderá no limitar, ni restringir su ejercicio. Con todo, el razonamiento del tribunal unos considerandos más adelante avanza, y pasa a entender que: como libertad que es, el Estado debe dejar –en lo posible– a las personas en la situación de poder ejercerla.

Bajo este entendido es que nuestro Tribunal considera que se explican constitucionalmente muchas de las ayudas que se brindan. Así refiere:

“En esos casos, el 19 N° 23 permite que con el fin de promover el acceso a la propiedad, y con ello lograr el mandato de bien común de obtener la mayor realización espiritual y material posible de las personas, el Estado diseñe mecanismos para convertir a las personas en propietarios.

Dicha finalidad la puede realizar el legislador de diversas maneras: abriendo la compraventa a todo tipo de bienes, excluyendo de la libre circulación los menos posibles, también incentivando la adquisición de ciertos bienes; además la puede realizar transfiriendo dominio de bienes fiscales a ciertas personas.

Los mecanismos de incentivo pueden ser muy variados. De ahí que unos impliquen transferencia de recursos fiscales y otros no; pueden referirse tanto a bienes inmuebles como a bienes muebles. En esa última categoría se ubican, por ejemplo los incentivos tributarios para adquirir cierto tipo de acciones que se transan en la bolsa de valores.

Un ejemplo de incentivo con transferencia de recursos lo constituye el subsidio a la vivienda, que permite a las personas con ingresos propios suficientes, con ayuda estatal y con voluntad de adquirir un inmueble, puedan obtener una vivienda propia.

<sup>30</sup> GATICA FUENTES CON SOTO MACHUCA (2010): Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 3 de marzo de 2010, *op. cit.* (n. 18), conside rando trigesimoctavo.

<sup>31</sup> *Ibid.*

Otro mecanismo para facilitar el acceso a la propiedad se refiere a la simplificación de los instrumentos para incorporar al patrimonio todo tipo de bienes<sup>32</sup>.

Toda esta comprensión mucho más compleja –la que por lo demás requiere ser ratificada en nuevos casos–, es el punto inicial para dar por superada la habitual doctrina sostenida por la propia magistratura, con la cual se limitaba la comprensión del artículo 19 N° 23 a una mera libertad negativa, bajo la cual el Estado debía sencillamente abstenerse de intervenir u obstaculizar la transferencia de recursos, no teniendo un rol activo en la materia.

En este último modo interpretativo, recientemente se volvió sobre ésta posición y citando un fallo de la Corte Suprema del año 1988, el Tribunal Constitucional el año 2011 sostuvo:

“Que en similar sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, aclarando el aludido sentido positivo de la norma, señalando al efecto que lo que reconoce la Constitución en el artículo 19 N° 23° *‘es la aptitud genérica y sin discriminaciones que tienen los particulares para adquirir todo tipo de bienes, protegiendo esta posibilidad eventual de exclusiones unilaterales de la autoridad respecto de ciertos bienes, de manera que lo que se ha querido enfatizar en esta disposición es el derecho prioritario de los particulares frente al Estado, para impedir a éste ejercer limitaciones abusivas o arbitrarias a esta libertad de incrementar la propiedad privada’*. En el mismo fallo señaló que *‘el artículo 19 N° 23° de la Constitución ha sido establecido con el objeto de garantizar el libre acceso al dominio privado de las personas de toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, y de todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal. Su finalidad ha sido proteger a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional’*”<sup>33</sup>.

A similar conclusión, según la que se configura el derecho de acceso a la propiedad como una libertad negativa, quedando el Estado obligado a no limitarlo, ni impedir el acceso a la propiedad privada, se llega por medio del voto en minoritario que expresaba la en ese entonces Ministra Luz Bulnes Aldunte, la que en la –ya citada– causa rol 260 del año 1997, estuvo por acoger el requerimiento, ya que por entre otras razones, se vulneraba el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política, la cual establece *un derecho prioritario de los particulares frente al Estado*.

<sup>32</sup> GATICA FUENTES CON SOTO MACHUCA (2010): Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 3 de marzo de 2010, *op. cit.* (n. 18), considerando cuadragésimosegundo.

<sup>33</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 24 de junio de 2011, causa rol 1988 del año 2011, *op. cit.* (n. 19), considerando trigésimo.

En esa oportunidad sostuvo la referida Ministra:

“Que para lo anterior cabe tener presente lo sostenido por la jurisprudencia y por la doctrina en el sentido, primero, que esta norma se aplica tanto a los bienes corporales como a los incorporales y, segundo, que existe un derecho prioritario de los particulares frente al Estado para impedir que éste pueda imponer limitaciones a la libertad de incorporar bienes sean corporales e incorporales a su patrimonio personal salvo que así lo resuelva la ley de quórum calificado que invoca el interés nacional”<sup>34</sup>.

### 3.8. Octavo criterio: Del establecimiento de un régimen constitucional de bienes

Nuestro tribunal Constitucional, también ha sentenciado que por medio del artículo 19 N°23 de la Constitución Política, se hace un reconocimiento constitucional a un régimen específico de bienes.

En este sentido, es bastante ilustrativa la sentencia rol 1281 del año 2.009, la cual inicia el argumento señalando que nuestro Código Civil distingue entre las cosas apropiables, respecto de las cuales puede ser traher relaciones jurídicas, ser adquiridas y enajenadas; y las cosas inapropiables, las cuales son aquellas que no son susceptibles de ser adquiridas.

Prosigue constatando que de igual modo, el Código Bello también distinguiría entre cosas comerciables (las cuales pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas) y las no comerciables (las cuales no pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas).

Luego, señala que la Constitución realiza estos mismos distinguos y los *constitucionaliza*. Con ello, reconoce un régimen de bienes en los cuales diferencia las cosas que son susceptibles de dominio, de las que no lo son.

Los primeros, esto es los bienes susceptibles de dominio, dado el tenor de la norma constitucional constituyen la regla general, y se extiende a toda clase de bienes. Los segundos (bienes no susceptibles de dominio privado), que constituyen la excepción se encontrarían compuestos por aquellos bienes de los cuales no se puede tener propiedad, vale decir, aquellos bienes que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres; y también como excepción encontraríamos los bienes nacionales de uso público, los cuales pueden ser objeto de propiedad, pero que no se encuentran en el comercio humano por pertenecer a la nación toda.

<sup>34</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 1 de octubre de 1997, causa rol 260 del año 1997, *op. cit.* (n. 16), considerando vigésimo segundo del voto de minoría de la Ministra Luz Bulnes Aldunate.

Con ambas categorías es posible concluir que hay cosas que se encuentran sustraídas del comercio humano, y de las cuales no se puede llegar a ser propietario, o tener respecto de ellas un derecho real de dominio. Esta sustracción puede ir dada por su naturaleza (no pueden ser adquiridas, como la luz del Sol) o por su destino (bienes nacionales de uso público).

En suma, la Constitución a juicio del Tribunal Constitucional fijaría este régimen de propiedad sobre los bienes en el cual ellos:

“pueden estar en tres categorías: los comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público y los susceptibles de apropiación (Vergara Blanco, Alejandro; *La summa divisio de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980*, en *Revista Ius Publicum*; N° 12; Santiago, 2004; págs. 105 y siguientes). Los primeros no son apropiables, son bienes libres y, salvo excepciones, no tienen regulación. Los segundos, si bien la Constitución no los define, señalando que ‘deben pertenecer a la Nación toda’, sí lo hace el Código Civil, para el que son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y su uso corresponde a todos los habitantes (artículo 589, Código Civil). Estos bienes conforman ‘el dominio público’. Los susceptibles de dominio, finalmente, son los que pueden adquirirse por cualquier persona; son la regla general, pues la Constitución asegura ‘la libertad para adquirir toda clase de bienes’<sup>35</sup>.

Una probable consecuencia de esto (que no fue enunciada por la Magistratura Constitucional) puede implicar que si se desea alterar el régimen de los bienes, no bastaría con una reforma al Código Civil o a nivel legal; se requeriría de una reforma constitucional previa. Con esto, se brindaría a la propiedad aún de un modo mayor, ya que es notoriamente más fácil modificar una ley (Código Civil), que la Constitución Política.

### 3.9. Noveno criterio: Acerca de los bienes del Estado

Otro elemento interpretativo relevante que podemos destacar de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se refiere a los bienes que pertenecerían al Estado. La importancia de este punto, es consecuencia del criterio anterior. Al ser constitucionalizado un régimen

<sup>35</sup> COMPAÑÍA SALITRE Y YODO SOLEDAD S.A. CON SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 14 de agosto de 2009, causa rol 1281 del año 2009, considerando vigesimonoveno. [En línea] Disponible en en la World Wide Web: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>> [Citado 16 de diciembre de 2014].

de bienes, será la Constitución la primera norma que trate la situación de los bienes nacionales de uso público, los cuales pertenecerían al Estado.

Pero en este punto, la magistratura es clara y no vacila en sostener que pese al reconocimiento constitucional de los bienes del Estado, la existencia de esta categoría de bienes constituye la excepción y no pueden importar nunca la regla general. No es natural la existencia de bienes nacionales de uso público, los bienes no deberían pertenecer al Estado (por regla general) atendido el mandato constitucional y el régimen de bienes que configuraría el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política.

En efecto, se señala:

“Que, de este modo, los bienes nacionales de uso público son una excepción. La regla general es que los bienes puedan ser adquiridos por los privados o incluso por los órganos estatales. En este último caso, estamos frente a los bienes de dominio patrimonial del Estado o simplemente bienes fiscales. Estos forman parte del patrimonio de una persona administrativa (Fisco, servicios públicos descentralizados, municipios, gobiernos regionales, etc.); se sujetan, en cuanto a su adquisición, administración o disposición, a las reglas del derecho privado, salvo regla expresa en contrario; son bienes que están en el comercio humano; y su uso pertenece no a todos los habitantes, sino al organismo que lo tenga como dueño o en uso previa destinación.

El carácter excepcional del dominio público trae aparejada una importante consecuencia: ‘Si bien puede admitirse que, en principio, cualquier tipo de bienes puede integrar el dominio público –inmuebles y muebles, materiales e inmateriales–, es necesario enseguida corregir dicha afirmación, por cuanto dicho planteamiento tan amplio no es permitido por la Constitución... siendo el dominio público un ámbito exento de propiedad privada, es necesario concluir que el reconocimiento constitucional de esta última es un claro límite al primero. Incluso más, la redacción del artículo 19 N° 23, que ampara el dominio público como una excepción a la libertad de adquirir toda clase de bienes, es un claro indicio de la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público’. (Montt Oyarzún, Santiago; *El dominio público*; Edit. Lexis Nexis; Santiago, 2002; págs.148 y 149)”<sup>36</sup>.

Consecuencia de esto es un nuevo refuerzo a la propiedad privada, ya que pese al necesario reconocimiento de los bienes que pueden encontrarse bajo el dominio del Estado, se reduce estos –de un modo interpretativo– a su mínima expresión.

<sup>36</sup> *Ibid.*, considerando trigésimo.

3.10. Décimo criterio: El régimen de adquisición de bienes instaurado por el artículo 19 N° 23, no discrimina ni entre privados, ni entre clase de bienes.

Finalmente, y ya razonando sobre el régimen de bienes que se configura, en el cual los privados son quienes tiene mayor participación, siendo la regla general la libre adquisición de toda aquella clase de bienes apropiables, viene en concluir nuestro Tribunal que entre los privados, no puede existir una diferencia en cuanto al régimen de adquisición.

Por ende, el tener mucha, poco o nada de propiedad no es criterio como para modificar el régimen de apropiabilidad de las cosas. En este sentido se ha sostenido:

“Que esta norma es amplia. Por de pronto, porque ‘*se halla abierta a cualquier sujeto*’, tanto a personas naturales como jurídicas, persigan o no fines de lucro (Cea, J.L.; ob. cit.; pág 516).

Enseguida, porque la libertad que consagra se refiere a toda clase de bienes; por lo mismo, no hay bienes excluidos (Cea, J.L.; ob. cit; pág. 516), salvo los que la Constitución excluye directamente o convocando a la ley de quórum calificado para hacerlo. Con este precepto se establece ‘*la posibilidad jurídica de adquirir el dominio de toda clase de bienes: tierras, fábricas, recursos naturales, bancos, medios de producción, etc.*’ (Molina G., H.; ob. cit.; pág. 222).

Finalmente, porque da cobertura a quien ya posee algún bien y desea acrecentar su patrimonio, como a quien no tiene ninguno o muy pocos y desea constituir un patrimonio”<sup>37</sup>.

Con esta última interpretación, pareciera ser que el numeral 23 de la Constitución Política no da respuestas al problema de la desigual distribución de la propiedad. Si la norma no distingue entre quien *desea acrecentar su patrimonio*, con *quien no tiene ninguno o muy pocos bienes*, no existiría un límite constitucional a la acumulación de la propiedad.

#### 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como quedó de manifiesto en el epígrafe anterior, el Tribunal Constitucional chileno apoyándose en la conceptualización realizada por las actas de la Comisión Ortúzar, ha

<sup>37</sup> GATICA FUENTES CON SOTO MACHUCA (2010): Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 3 de marzo de 2010, causa rol 1298 del año 2009, *op. cit.* (n. 18), considerando cuadragésimoprimer.

extendido y desarrollado criterios interpretativos que ayudan a determinar el alcance y sentido del derecho constitucional al libre acceso de la propiedad.

Ha enfrentado situaciones jurídicas concretas, en que se vio en la necesidad de examinar lo que implica esta garantía, inédita en nuestro ordenamiento constitucional. Con todo, este intento realizado por la aludida magistratura presenta algunas dificultades, las cuales nos llevan a dudar de la claridad y simpleza con la que usualmente nuestra cultura jurídica ha comprendido este derecho constitucional.

En primer lugar y quizás desde lo más básico de la norma, se refiere al contenido obligacional que nace para el Estado y la sociedad. Si bien el objeto de garantizar un derecho a nivel constitucional es revestirlo de cierta categoría; ese no puede ser el único motivo que nos lleva a listarlo como una de aquellas garantías mínimas que debe tener toda persona para vivir en sociedad.

El garantizar un derecho a nivel constitucional no sólo importa un reconocimiento, sino que también nace con ello una necesidad de promoción, garantía y respeto. Como lo señala el propio artículo 6 de la Constitución Política:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Para el Estado y la sociedad no es lo mismo consagrar un derecho a nivel constitucional, que no hacerlo. El que se asuma determinado derecho importa no sólo un respeto a nivel estatal, sino que también un compromiso para con la sociedad.

Como señalan Sofía Correa y Pablo Ruiz-Tagle, “no sólo el Estado frente a los particulares es obligado por los derechos fundamentales en una relación vertical, sino que también los derechos fundamentales obligan a los particulares en sus relaciones privadas, en plano de igualdad, es decir, horizontalmente. En otras palabras, los derechos fundamentales no sólo se anteponen frente al Estado, sino que tienen la cualidad de que son exigibles y eficaces también contra los particulares”<sup>38</sup>.

Por ello al consagrar un derecho a nivel constitucional, la pregunta no sólo puede ser a qué se obliga el Estado, sino que también la pregunta se extiende sobre a qué se obliga la sociedad con este reconocimiento.

<sup>38</sup> CORREA SUTIL, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo, *op. cit.* (n. 10), p. 61.

Y de un modo lamentable, hasta la oportunidad no hemos tenido una clara respuesta, ni a la primera, ni a la segunda pregunta. Nuestro Tribunal Constitucional –como ya fue citado en el capítulo anterior– ha sido vacilante en la materia. Mientras en algunas oportunidades ha dicho que el artículo 19 N° 23, si bien no obliga a que cada persona tenga una o determinada cantidad de propiedad, si obligaría a que el Estado deje en condiciones de ejercer ese derecho. Para ello, el fundamento constitucional de muchas políticas públicas orientadas en este objetivo, iría dada por el numeral 23 del artículo en comento.

Sin embargo, la más de las veces nuestra magistratura constitucional se ha limitado a expresar esta conclusión, y ha establecido que más bien la única obligación que para el Estado nacería, sería una obligación de abstención. De no regular, ni realizar ningún tipo actuaciones –materiales o jurídicas– que impidan que las personas libremente adquieran propiedades.

Por ende, no podríamos concluir que por este derecho existe un consenso –interpretativamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– o un mandato claro para el Estado: ¿abstención, promoción, o ambas?

Aún no existe una jurisprudencia concluyente en la materia. Con todo, y en honor a la sinceridad, quizás si podríamos decir que existe una anuencia en cuanto a un mandato mínimo: el no realizar actos (jurídicos ni materiales) por parte del Estado, que impidan acceder a toda clase de bienes a los privados.

Pero el punto persiste respecto de la sociedad. Habíamos señalado que para una Nación, para un pueblo no es baladí reconocer o no un derecho fundamental, porque es ella misma la que adquiere un compromiso frente a todos los habitantes de la República, frente a todas las personas y exigible (en reconocimiento y respeto) a todas ellas.

La pregunta entonces es: ¿a qué se obliga la sociedad con garantizar a nivel constitucional la libre apropiabilidad de toda clase de bienes?

Por de pronto, no hemos encontrado una respuesta a esta pregunta. ¿Podríamos imaginar un escenario en que particulares no impidan acceder libremente a la propiedad? ¿Será ésta la situación de la desigual acumulación de la riqueza, o la de las posiciones monopólicas?

También –en honor a la sinceridad–, puede resultar injusto reprochar al Tribunal Constitucional que no ha dado estas respuestas, o bien por qué no ha tenido la oportunidad; bien porque se encuentra fuera de su labor, siendo en realidad una discusión doctrinaria de la concepción de la propiedad, o una discusión de políticas públicas; o bien

porque siquiera nuestra doctrina ha discutido de modo claro cuáles son los alcances de esta garantía constitucional.

Pero lo que sí vale decir, es que estas respuestas aún no las tenemos, y que con ello la supuesta claridad del artículo 19 N° 23, parece desvanecerse en cuanto a su real alcance.

Quizás una salida que se puede encontrar a esto, va dado por variar su contenido. En este sentido, existe doctrina que refiere que este derecho más que mirar a la propiedad, mira a la persona. Nos encontraríamos ante la constitucionalización de una norma civil relativa a la capacidad.

A lo que se obligaría el Estado es a no alterar la capacidad de goce y ejercicio de algunos sujetos en cuanto a la libre adquisición de bienes. Por su parte, tendríamos que concluir que la sociedad se obligaría a no desconocer la capacidad de adquirir derechos y obligaciones por parte de toda persona, no discriminando entre sujetos igualmente capaces.

En esta línea, podemos encontrar la opinión de Ángela Vivanco, quien explica: “Esta garantía establece la real extensión de la persona en su aptitud para ser sujeto de derechos, asegurándose a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes. Por lo tanto, el individuo tiene, constitucionalmente reconocida su capacidad para adquirir derechos y obligaciones dentro de los límites que el ordenamiento jurídico establezca”<sup>39</sup>.

Este enfoque, también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, quien sostuvo: “Este nuevo derecho fue incorporado a la Constitución de 1980 en el Anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, a proposición de la Subcomisión encargada de estudiar el Estatuto del Derecho de Propiedad. Este organismo estimó que la posibilidad de adquirir el dominio se relaciona con los atributos de la persona y que se justificaba que al igual que se protegía la propiedad constituida se protegiese el libre acceso a ella”<sup>40</sup>.

Pero esta variación más que despejar dudas parece aumentarlas, ya que ahora no sabemos si esta norma se refiere a un derecho constitucional que mira a la persona (norma de capacidad), o un derecho fundamental que mira a la propiedad (libre acceso a toda clase de bienes, o establecimiento de un régimen de bienes).

<sup>39</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2006, p. 455.

<sup>40</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 1 de octubre de 1997, causa rol 260 del año 1997, *op. cit.* (n. 16), considerando vigesimotercero del voto de minoría de la Ministra Luz Bulnes Aldunate.

Otro elemento que debemos considerar, y que aumenta el manto de dudas que parece cubrir el precepto, va dado por una lectura sistemática de la Constitución. Si miramos con detención el artículo 19 N° 24, podemos encontrar que en su inciso segundo se señala: “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad”, y será la ley la cual podrá establecer “las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.

Sin embargo, el artículo 19 N° 23 había expresado en su inciso segundo que será una “ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

La pregunta va dada por el carácter y causal de la ley que regula o limitan el modo de adquirir la propiedad ¿deberá siempre ser una ley de quórum calificado? ¿Si se limita a tal punto un modo de adquirir el dominio de algún tipo de bien, que haga sumamente dificultosa su adquisición será una ley simple (artículo 19 N° 24) o una ley de quórum calificado (artículo 19 N° 23) la que aplicará en la materia? ¿El fundamento de esta norma que limita a tal punto el modo de adquirir el dominio, será la función social (N° 24 del artículo 19), o el interés nacional (N° 23 del artículo 19)?

Con esto lo que quiero expresar, es que pese a los esfuerzos por diferenciar uno y otro derecho, siguen existiendo muchas zonas difusas, difuminándose la claridad de la norma, y su campo regulatorio, generando situaciones de incerteza jurídica, en que tendrá distinta solución según si concebimos de uno u otro modo el derecho a la libre apropiabilidad de los bienes.

Otra muestra que nos hace ver lo limitada y poco desarrollada concepción de este derecho constitucional, va dada si nos realizamos la misma pregunta a la que hemos estado haciendo frente, pero desde un enfoque distinto: ¿a qué obliga cada derecho, cuál es su contenido esencial?

Y bueno ante la pregunta ¿cuál es su contenido esencial del artículo 19 N° 23 de la Constitución Política? De la jurisprudencia estudiada del Tribunal Constitucional no estaríamos en condiciones de dar una única y clara respuesta. Podríamos especular distintas posiciones, con distintos alcances, y por ende con distintas consecuencias, las cuales –me animo a suponer– no son pacíficas en la doctrina.

Entre ellas podríamos señalar las siguientes:

- (i) El artículo 19 N° 23, es una mera libertad negativa que impide que el Estado restrinja el acceso a los bienes privados. Por ende vulnera su contenido esencial, sólo cuando el Estado incumple su deber de abstención y restringe el acceso de bienes.

(ii) Esta es una norma relativa a la capacidad, que nada tiene que ver con las cosas o bienes; en consecuencia, se afecta su contenido esencial si el Estado configura para ciertas personas reglas particulares de capacidad de goce o ejercicio, que no permitan adquirir toda clase de bienes.

(iii) Este precepto, es una norma que establece un régimen específico de bienes a nivel constitucional; con lo cual se vulnera el contenido esencial cada vez que el Estado pretenda configurar un régimen distinto de bienes, o cuando el Estado no cumpla con las restricciones impuestas (constituir los bienes nacionales en regla general, etc.).

(iv) Es una norma cuasi de igualdad, más bien debemos mirarla como una libertad positiva, pero a la cual el Estado debe dejar en posición de poder actuar por las personas; con ello el Estado vulnera su contenido esencial si no realiza actos positivos o políticas de beneficio fiscal fundados en la lógica de este derecho fundamental.

(v) El artículo 19 N° 23, es una norma que esencialmente fija reglas de cambio, diseñando quórums específicos y un requisito habilitante particular para configurar bienes como bienes del Estado; si no se respeta ese quórum específico, no se respetará a la regla constitucional en su contenido esencial.

A esto, de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, no nos permite dar una respuesta unívoca, ni aún un germen de respuesta que vaya a constituir en una jurisprudencia más asentada.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA MIRADA DESDE LOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO

Sergio Diez Urzúa, en el capítulo por el cual explica el derecho a la propiedad y otras garantías de índole económica, parte refiriendo que: “La Comisión Constituyente fue extremadamente cuidadosa al analizar la garantía constitucional del derecho de propiedad, y lo fue por razones obvias: en las décadas precedentes este derecho había sido nominal, es decir, sólo aparente, para varias áreas de la economía”<sup>41</sup>.

Luego con el avance de la explicación, precisa que:

<sup>41</sup> DIEZ URZÚA, Sergio. *Personas y Valores. Su protección constitucional*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, p. 189.

“La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución advirtió, sin embargo, que era insuficiente la sola garantía del derecho de propiedad, porque éste supone la adquisición del dominio, y se limita en este aspecto, a entregar a la ley la facultad de establecer ‘el modo de definir la propiedad’.

De esa forma, un aspecto decisivo de la garantía, cual es la posibilidad de adquirir el dominio, aparecería insuficientemente resguardado.

Por ello, en el artículo 19, N° 23, la Constitución asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (...)”<sup>42</sup>.

Esta explicación, nos muestra algo relevante que estaba ocurriendo en la Comisión Ortúzar. Al parecer las motivaciones que llevaron a establecer esta garantía inédita, no se encontraban únicamente en una fundamentación de principios, o el compromiso con una doctrina específica; sino que también fue determinante el miedo que en ese momento se tenía al “excesivo” estatismo, al que se había llegado en el período histórico anterior.

Como recientemente lo han explicado los profesores Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, esta como muchas otras disposiciones constitucionales responden a un miedo, y se fundamentan desde una lógica de un *constitucionalismo del miedo*<sup>43</sup>.

“El objeto de ese miedo está descrito por Jaime Guzmán con sus propias palabras en un artículo que publica con el título: ‘El miedo: síntoma de la realidad política y social chilena’ y que aparece en la revista *Portada* en el año 1996. En este escrito, Guzmán define el miedo entre los chilenos como asociado a los excesos del ‘estatismo’, que piensa como dominante en esa época”<sup>44</sup>.

“Guzmán fija su atención en el estatismo, que ve como el peligro más grave que se cierne sobre la humanidad”<sup>45</sup>. Estos miedos, se hacen evidentes en la Comisión Constituyente, de la cual Guzmán formó parte.

Puede ser esta la inspiración que se ve reflejada en el inciso final del artículo 19 N° 23, en cuanto la norma señala que “Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer las limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”. Que se exija un quórum supra-mayoritario en esta materia,

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>43</sup> CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*. Santiago de Chile, LOM Ediciones, año 2014.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 223.

en el contexto del diseño constitucional de una democracia protegida (proscripción de ciertas ideologías, senadores vitalicios, rol de las fuerzas armadas, etc.), es muestra que no se querían reformas, o al menos impedir al máximo estas.

“La democracia y el gobierno de las mayorías, que identifica como la fuente del estatismo, es lo que teme y recela Guzmán. Teme a la democracia, porque le parece como un obstáculo para el ejercicio del derecho de propiedad y la libre empresa. Esto hace necesario destruir la legitimidad democrática y la instauración de un sistema político que se fundamente en una nueva legitimidad”<sup>46</sup>.

Con todo, puede ser parcelado atribuir a esta norma únicamente una explicación en contra de la propiedad estatal, inspirada en el miedo al marxismo –latente del período anterior–, al estatismo, o a la democracia misma que se palpaban en la Comisión Constituyente.

Esta norma, también puede ser fundada en los principios propios del neoliberalismo, y en específico, en el principio de la subsidiariedad. Ambos eran conocidos y citados en la Comisión Ortúzar, y con los cuales se pretendía diseñar un régimen de propiedad individual (tal cual como lo reconoce el ordenamiento civil), en función de una sociedad que se encuentra únicamente destinada a cumplir los fines de la persona pensada en forma particular.

Como lo explica Pablo Ruiz-Tagle: “el individualismo que desarrolla Guzmán a partir del reconocimiento de la prioridad de los individuos, le permite reorientar el principio de subsidiariedad hacia la minimización de la función solidaria que le corresponde al Estado, y también sostener una nueva versión individualista del bien común y del derecho de propiedad”<sup>47</sup>.

Estas ideas retoman su fuerza cuando volvemos sobre las actas constitucionales para entender el artículo 19 N° 23; implícitamente las reconocemos, validamos y reafirmamos en su vigencia. Es ahí cuando se entiende por qué nuestro Tribunal Constitucional llega a la conclusión –por ejemplo– de que la regla general son los bienes individuales (carácter individual de la propiedad), o, el que el Estado se encuentra obligado únicamente a no realizar actos que impidan acceder a la propiedad (libertad negativa).

Sin embargo, no se corresponden con la tradición constitucional chilena. Es posible pensar la propiedad de otro modo, abandonando su mera visión individualista; y para ello, es necesario reformular el derecho a la libre adquisición de toda clase de bienes,

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 224.

abandonando su lectura originalista que teniendo como argumento el miedo, invita a desarrollar una propiedad y sociedad meramente individualista.

El que exista un manto de dudas que cubre al artículo 19 N° 23 de la Constitución, no nos lleva de modo necesario, a concluir que debemos eliminar este derecho del catálogo constitucional; es posible realizar una nueva concepción del derecho de acceso a la propiedad, basado en los principios propios del constitucionalismo, que permitan superar la visión individualista de la propiedad, y que a su vez aporte elementos al debate sobre los que son o debieren ser sus mandatos.

Vale decir, existe una idea alternativa de libertad y propiedad a la defendida por la Comisión Ortúzar. Esta idea alternativa, es compatible con los principios y presupuestos de nuestra mejor tradición constitucional. El Neoliberalismo ha desarrollado una visión de propiedad bajo una concepción meramente negativa de la libertad, lo que nos ha llevado a ver la propiedad como algo sagrado e intocable, que se encuentra en única relación con el individuo en particular, protegida en dos momentos distintos por dos derechos constitucionales diferentes, lo que ha configurado un sistema no exento de dudas, y no tan claro como se suele enunciar.

Pero, si vemos otras nociones de libertad (no únicamente como libertad negativa), y la conectamos con los principios propios del constitucionalismo, esa visión de propiedad cambia. Si el constitucionalismo también nos permite diseñar una vida en sociedad no meramente individualista, en la cual cada concentración de poder se mira de modo sospechoso, sea este de origen público o privado; la acumulación de propiedad también puede pasar a ser una instancia de sospecha y cuidado, y en torno a ella, también deberán existir respuestas por parte de esta doctrina.

Por ello, una opción va por proyectar sobre la concepción de la propiedad, tres nociones desarrolladas por el constitucionalismo: (i) el valor de la ley (o Constitución) como mecanismo que garantiza la libertad; (ii) el valor de la ley (o la Constitución) para evitar dominaciones arbitrarias; y (iii) su posición de sospecha y desconfianza, sobre toda forma de concentración que permita abusos de poder.

Bajo este paradigma, debemos entender que: la ley puede regular la propiedad, entendiendo que con esto se garantiza la libertad de todos; la ley se encuentra llamada a hacer improbable que el uso de la propiedad, nos lleve a dominaciones arbitrarias; y de igual modo, será la ley la que mire con sospecha y desconfianza las concentraciones de propiedad, que permitan abusos.

Con esta visión, ante una regulación o una limitación de la propiedad, no necesaria ni exclusivamente nos debemos preguntar si se está interfiriendo o no el uso goce o

disposición (atributos básicos de la propiedad) que tiene la persona sobre la cosa; si es lícita o no esa limitación; si se encuadra o no en la función social de la propiedad; si cumple con los presupuestos habilitantes que la constitución ordena; si se afecta o no el derecho en su esencia.

La pregunta relevante que nos debemos hacer desde esta postura es, si con ausencia de esa regulación, ¿se genera o mantiene una concentración de poder que es sospechosa?, ¿esta configuración de la propiedad, garantiza la libertad de otros, o de todos?, ¿es constitucional limitar o regular esa propiedad para garantizar la libertad de otros?

Bajo este entendido, las respuestas que nos puede proporcionar el numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política, resultan ser más interesantes.

Por ello, la justificación del artículo 19 N° 23 de la Carta Política, puede ir desde esta desconfianza misma de la acumulación de poder y de la propiedad, promoviendo en verdad que esta propiedad se encuentra difuminada en igualdad entre todas las personas. El derecho fundamental se justifica porque quiere que todos tengan propiedad, en la medida en que es sospechoso que sólo algunos la tengan.

Entendido así –y como lo explica Ruiz-Tagle–, Sunstein nos muestra que el consagrar el derecho de propiedad a nivel constitucional, nos permite ver que además este derecho:

“garantizado a nivel constitucional fortalece la democracia y no se opone a los programas retributivos, ni a los objetivos de reducir la pobreza, sino que justamente, para asegurar que todos acceden a la propiedad con justicia, es necesario aceptar dichos programas redistributivos y de combate de la pobreza extrema. Todo lo anterior requiere asegurar la propiedad en la Constitución con cláusulas de derecho público que impongan derechos y obligaciones para todos los ciudadanos, y también respecto de la administración y de los que ejerce funciones legislativas”<sup>48</sup>.

Por ello, un importante avance en este entendimiento había sido la ya expuesta sentencia rol 1298, la cual sin embargo diseñó una doctrina que no ha sido reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por esta sentencia se entendía que el Estado fundaba gran parte de sus políticas públicas en la igual distribución de bienes, siendo el precepto un mandato constitucional vigente para el Estado, que importaba garantizar el que todos pudieren acceder a todo tipo de bienes. Vale recordar (como ya fue explicado en capítulos anteriores) que las posteriores

<sup>48</sup> *Ibid.* 68.

sentencias, parecen haber vuelto sobre una mera concepción de libertad negativa que explicaría este derecho.

Con todo, lo positivo es que es posible continuar sumando elementos al debate, lo que nos permitirá expresar de mejor modo la importancia y protección de nuestros derechos fundamentales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CEA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, tomo II.

CHILEVISIÓN NOTICIAS. 2014. *Llevan 20 años esperando: Vecinos de San Bernardo piden que les entreguen sus casas*. [En línea] Chilevisión, en internet. 20 de noviembre de 2014. <<http://www.chilevision.cl/noticias/chvnoticias/nacional/llevan-20-anos-esperando-vecinos-de-san-bernardo-piden-que-les-entreguen-sus-casas/2014-11-21/071830.html>> [consulta: 20 noviembre de 2014].

COMPAÑÍA SALITRE Y YODO SOLEDAD S.A. CON SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. Tribunal Constitucional, 14 de agosto de 2009, causa rol 1281 del año 2009, considerando vigesimonoveno. [En línea] Disponible en en la World Wide Web: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>> [Citado 16 de diciembre de 2014].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL AÑO 1833. [En línea] Disponible en la World Wide Web: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>> [Citado 14 de diciembre de 2014].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL AÑO 1925. [En línea] Disponible en la World Wide Web: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535>> [Citado 14 de diciembre de 2014].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005.

CORREA SUTIL, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. *Ciudadanos en democracia*. Santiago de Chile, Random House Mondadori S.A., 2010, pp. 200-201.

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*. Santiago de Chile, LOM Ediciones, año 2014.

DIEZ URZÚA, Sergio. *Personas y Valores. Su protección constitucional.* Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, p. 189.

FREI RUIZ-TAGLE, Eduardo. *Doctrina constitucional del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle.* Santiago de Chile, División Jurídico-Legislativa, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, año 2000. Tomo I, p. 391.

GATICA FUENTES CON SOTO MACHUCA (2010): Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 3 de marzo de 2010, causa rol 1298 del año 2009, considerando trigesimosexto. [En línea] Disponible en en la World Wide Web: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> > [Citado 18 de diciembre de 2014]

NOGUEIRA, Humberto, PFEFFER, Emilio, y VERDUGO, Mario. *Derecho Constitucional.* 2da edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, tomo I.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, 1 de octubre de 1997, causa rol 260 del año 1997, considerando octavo del voto de minoría de la Ministra Luz Bulnes Aldunate. [En línea] Disponible en en la World Wide Web: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> > [Citado 16 de diciembre de 2014].

\_\_\_\_\_. 24 de junio de 2011, causa rol 1988 del año 2011, considerando vigesimonoveno. [En línea] Disponible en en la World Wide Web: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> > [Citado 16 de diciembre de 2014].

\_\_\_\_\_. 3 de diciembre de 1990, causa rol 115 del año 1990. [En línea] Disponible en la World Wide Web: < <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> > [Citado 18 de diciembre de 2014].

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980.* Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2006.