

El derecho de propiedad privada en la Nueva Constitución

Jaime Gajardo Falcón¹




1. Académico del Departamento de Derecho Público e Investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Doctor en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid.



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**
FACULTAD DE DERECHO

contexto 

Resumen

El derecho de propiedad privada es uno de los derechos y garantías constitucionales más regulado y protegido de la actual Constitución y ha sido uno de los temas claves en la historia constitucional chilena. En ese sentido, el presente texto tiene por objeto  delimitar el contenido que ha tenido el derecho de propiedad privada en el derecho internacional de los derechos humanos,  considerando, especialmente, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Junto con lo anterior, se revisará  de forma panorámica la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos sobre la materia, para concluir proponiendo una posible redacción para el nuevo texto constitucional que considere los estándares internacionales reconstruidos previamente.

Palabras Clave:
ipropiedad privada,
limitaciones a la
propiedad privada,
función social de
la propiedad y
expropiación..

Introducción

El derecho de propiedad privada establecido, principalmente, en el artículo 19 n.º 24 de la Constitución Política de Chile es una de las piedras angulares del sistema de derechos fundamentales y del contenido dogmático de la actual Constitución. Para los autores de la Constitución de 1980 la noción de propiedad y, especialmente, de propiedad privada se encuentra estrechamente vinculada con la idea de libertad, en un sentido pre-político y, por ende, en el diseño normativo de la carta fundamental se buscó consagrarla de forma amplia, extensa y otorgarle una garantía jurisdiccional directa a través del recurso de protección.

Así, el numeral 23 del artículo 19 de la Constitución chilena vigente consagró el “derecho a la propiedad privada” o la libertad de apropiabilidad, exceptuando aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo haya declarado así. Por medio de esta garantía, se impide al legislador imponer exigencias para adquirir determinados bienes que no respondan al interés nacional y por ley de quórum calificado, y en caso alguno se puede afectar en la esencia el derecho de apropiación, según lo establecido en el numeral 26 del artículo precitado.

Luego, en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución chilena vigente se consagró la garantía en comento sobre toda especie de propiedad y sobre toda clase de bienes, ya sean corporales o incorporales, es decir, meros derechos, expandiendo la garantía constitucional incluso a otros ámbitos, como los contratos (bienes incorporales), las concesiones mineras (por expresa disposiciones del inciso 9 del numeral 24 del artículo 19), los derechos de agua (por expresa disposición del inciso final del numeral 24 del artículo 19), o las creaciones del intelecto, artísticas e industriales (por expresa disposición del inciso final del numeral 25 del artículo 19).

Además, dispuso que solo una ley podrá establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, calificando esta de forma taxativa como los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Posteriormente, establece como límite para el legislador que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, salvo por una ley expropiatoria a causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado siempre tendrá derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales, la que a falta de acuerdo, deberá ser pagado en efectivo y al contado.

Para efectos, de la toma de posesión material sobre el bien expropiado, la Constitución además exige que la indemnización deba ser pagada íntegramente de forma previa, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. Además, el expropiado tiene el derecho a reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios, pudiendo estos últimos, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

De esta forma, la Constitución reguló de forma exhaustiva y rígida la expropiación, como única forma de privación del derecho de propiedad, englobando otras modalidades como lo serían la nacionalización de recursos o actividades empresariales que responden a circunstancias y necesidades públicas diferentes. Para esto estableció el derecho a indemnización del daño patrimonial causado, lo que sin duda abarca mucho más que el valor (incluso) de mercado del bien expropiado² y exige, a falta de acuerdo, el pago de la suma en efectivo, al contado, y de forma previa a la toma de posesión material del bien, agregando la posibilidad de suspender la toma de posesión al juez que conozca de la reclamación.³

Como se puede apreciar, la regulación constitucional del derecho de propiedad en la Constitución chilena pretende abarcar concienzudamente cada aspecto del derecho de propiedad, expandiendo su concepto desde la noción clásica de dominio privado hacia otras formas, incluida toda relación contractual, y sustrayendo estas definiciones del debate democrático que representa la función legislativa.

-
2. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que en los casos de expropiación que involucre un daño patrimonial, la indemnización incluye el daño emergente y el lucro cesante. Al respecto, véase: STC, Rol N° 1576, 10 de noviembre de 2010, considerando 19. Sobre que la indemnización incorpore el lucro cesante la doctrina nacional ha tenido tres posturas, las que se encuentran sistematizadas en: Quezada, F. (2018). "Bases constitucionales de la expropiación", en Derecho de Propiedad. Enfoques de Derecho Público, Santiago, Der Ediciones, pp. 103-106
 3. Para profundizar sobre las bases constitucionales de la expropiación, véase: Quezada, F. (2018). "Bases constitucionales de la expropiación", en Derecho de Propiedad. Enfoques de Derecho Público, Santiago, Der Ediciones, pp. 87-122.

El derecho de propiedad privada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 17 reconoció, someramente, el derecho a la propiedad privada, estableciendo que: “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”; y que: “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Pese a dicha inicial consagración, la doctrina de derecho internacional de los derechos humanos ha señalado que el establecimiento del derecho de propiedad privada como un derecho humano ha sido un aspecto polémico y resistido en los tratados internacionales sobre derechos humanos.⁴ En ese sentido, el derecho a la propiedad privada no se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y tuvo una larga discusión en los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), para terminar, consagrándose de forma mínima en el artículo 21 de la Convención. Al respecto, Alejandra Gonza señala que:

“En el caso de la Convención Americana, las actas de los trabajos preparatorios relativas al artículo 21 demuestran que este derecho fue uno de los discutidos al tratar la propuesta del proyecto original presentado por la Comisión en 1969. Antes de que se aprobara el texto final los Estados vacilaron entre: la eliminación del derecho a la propiedad privada por, entre otras, no ser un derecho fundamental, tener carácter económico y social, por tratarse de un tema que debe quedar bajo la soberanía del Estado; y la modificación del texto propuesto por necesitar énfasis de la función social que tiene la propiedad para no obstaculizar, entre otras, las reformas agrarias que muchos de ellos ya habían iniciado; o la inclusión del derecho a la autodeterminación de los pueblos”.⁵

De esta forma, de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos que se encuentran vigentes y ratificados por Chile, el derecho a la propiedad privada solo se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en el contexto americano, el derecho a la propiedad privada se encuentra establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el siguiente tenor:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes.

-
4. Al respecto, véase: Gonza, A. (2013). “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada”, en Convención Americana sobre Derechos Humanos, Santiago, KAS, pp. 503-530.
 5. *Ibíd.* p. 506.

La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

Al momento de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (octubre de 1990), la República de Chile realizó una reserva, precisamente, sobre la aplicación del artículo 21 de la Convención por los órganos que componen el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es decir, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, Chile declaró que:

“(…) Igualmente el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona.”⁶

Con la declaración formulada, la República de Chile amplía su margen de apreciación en la configuración del derecho a la propiedad privada y, por ende, limita la competencia de los órganos del sistema en lo referido al juicio de convencionalidad de las razones de utilidad pública o interés social que tenga el Estado al momento de privar, vía expropiación,

De la lectura del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se puede señalar que las personas naturales serían titulares del derecho de uso y goce de sus bienes y, por su parte, el Estado podría limitar el derecho en razón del interés social. Asimismo, las personas podrían ser privadas del derecho por razones de utilidad pública o interés social, mediante el pago de una indemnización y conforme con la ley de cada uno de los Estados parte. Así, el artículo precitado entrega un amplio margen a los Estados para establecer limitaciones al derecho a la propiedad privada y, además, los requisitos para que el Estado pueda privar a las personas de

6. Información disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Chile

sus bienes se encontrarían, principalmente, en la ley y deben contemplar, al menos, la existencia de una indemnización justa.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado el contenido del derecho a la propiedad, pronunciándose sobre las potestades estatales para establecer límites a su ejercicio y sobre los requisitos para la privación de este. De esta forma, sobre el contenido del derecho a la propiedad, la Corte ha interpretado de forma amplia el concepto de bienes, incluyendo los bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporeales y los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales.⁷ De igual forma, la Corte ha tenido un amplio entendimiento sobre la titularidad del derecho a la propiedad privada, estableciendo que en el concepto de persona se incluyen las personas naturales, indirectamente, a través de sus accionistas, a las personas jurídicas⁸ y los pueblos y comunidades indígenas.⁹

Sobre los límites del derecho a la propiedad privada, la Corte Interamericana, en el mismo sentido que señala el artículo 21 de la Convención, ha señalado que los Estados pueden restringir los derechos de propiedad en razón de los intereses de la sociedad¹⁰. Asimismo, la Corte ha sostenido que las restricciones al derecho a la propiedad privada deben justificarse en objetivos colectivos, en el marco de una sociedad democrática y considerando que la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma.¹¹ Sobre las razones de utilidad pública e interés social la Corte ha sostenido que:

“Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la Convención comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. Para tal efecto, los Estados deberán emplear todos los medios a su alcance para afectar en menor medida otros derechos, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención”.¹²

Así, sistematizando la jurisprudencia de la Corte sobre los límites al derecho a la propiedad privada, Alejandra Gonza señala que para que la limitación supere el “test” de convencionalidad se requiere que esta haya sido establecida previamente por ley, sea necesaria para cumplir con el interés de la sociedad, sea una medida proporcional y tenga un fin legítimo en el marco de una sociedad democrática y de Derecho.¹³

-
7. Gonza, op. cit., pp. 507-508. Sobre el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales, entre otros, véase: 1) Ruiz, O. y Donoso, G. (2013). “Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones”, en Convención Americana sobre Derechos Humanos, Santiago, KAS, pp. 503-530; 2) Ramírez, S. y Maisley, N. (2016). “The protection of the rights of indigenous peoples”, en Gonzalez-Bertomeu, J. y Gargarella, R. (Coords.), *The Latin American Casebook Courts, constitutions, and rights*, Londres, Routledge, pp.187-208.
 8. Al respecto, véase: Corte IDH (2007). Caso Chapparro Álvarez y Lapo Ñínguez con Ecuador, párr. 209.

En la sentencia del caso “Salvador Chiriboya con Ecuador (2011)”, la Corte Interamericana se refiere a que la protección del medio ambiente es un interés legítimo que puede perseguir el Estado para la privación del derecho a la propiedad privada y que la procedencia de la expropiación es un requisito el pago de una indemnización justa conforme con lo estipulado en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁴

En lo relativo al pago de una indemnización justa para la privación del bien, la Corte ha sostenido que ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva, aunque, tal y como apunta Alejandra Gonza, no “plantea la necesidad que la indemnización sea previa a la ocupación o a la privación efectiva de la propiedad en cuestión”¹⁵. Asimismo, la Corte para considerar la indemnización como justa señala que “se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular”¹⁶. Además, la Corte Interamericana considera que es, principalmente, competencia de los Estados “fijar los criterios para determinar el pago de una indemnización en derecho interno por una expropiación, de acuerdo con sus normativas y prácticas”¹⁷.

Como podemos apreciar la regulación constitucional chilena del derecho a la propiedad privada contrasta drásticamente con las disposiciones pertinentes consagradas en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en materia de derechos humanos y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Si bien, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho a la propiedad privada ha sido reconocido en diversos tratados internacionales, su consagración no es absoluta, tan extensa y sobre regulada como en la Constitución chilena. Además, su consagración como derecho humano, ha estado precedida de una amplia discusión sobre su fundamentación, características, extensión, posibilidades de limitación y privación en función del interés general. Asimismo, en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, conforme con el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha conceptualizado el derecho a la propiedad privada de carácter colectivo que tienen los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales, dando cuenta de nuevos desarrollos del clásico derecho a la propiedad privada en el contexto americano.

9. Al respecto, véase: 1) Gajardo Falcón, J. (2014). “Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Hierro, L. (Coord.) *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Marcial Pons, pp. 145-172; 2) Russo, A. y Wences, I. (2016). “De los derechos de los ‘miembros de las comunidades’ a los derechos de la ‘comunidad y sus miembros’: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Santolaya, P. y Wences, I. (Corrds.), *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 281-326.
10. Cfr., Corte IDH (2008). Caso del Pueblo Saramaka con Surinam, párr. 127. En el mismo sentido: 1) Corte IDH (2001). Caso Ivcher con Perú, párr. 128; 2) Corte IDH (2005). Caso Palmara Iribarne con Chile, párr. 108; 3) Corte IDH (2007). Caso Chaparro Álvarez con Ecuador, párr. 170.
11. Al respecto, véase: Corte IDH (2008). Caso Salvador Chiriboya con Ecuador, párr. 60.
12. *Ibidem*. Párr. 73.
13. Gonza, op. cit., p. 509.
14. Al respecto, véase: Corte IDH (2011). Caso Salvador Chiriboya con Ecuador, párrs. 57-60.

Síntesis

En primer lugar, el derecho a la propiedad privada en los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado Chile y que se encuentran vigentes se configura, considerando que el fundamento de este se encuentra tanto en su vertiente de protección individual como en su conjugación con la función que cumplen para la realización de fines colectivos y sociales. Ello permite que se otorgue una amplia facultad al legislador para la limitación del derecho a la propiedad privada debido al interés social.

En segundo lugar, la regulación del derecho a la propiedad privada en los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado Chile y que se encuentran vigentes, en términos generales, da cuenta que los elementos mínimos que cuentan con protección de carácter internacional distan de forma considerable con la sobrerregulación que tiene la propiedad privada en la actual Constitución chilena.

En tercer lugar, se ha podido constatar que en los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado Chile y que se encuentran vigentes, las reglas en materia de expropiación son mínimas, considerándose parte del contenido del derecho a la propiedad privada que para la

-
15. Gonza, op. cit., p. 518.
 16. Al respecto, véase: Corte IDH (2011). Caso Salvador Chiriboya con Ecuador, párr. 62.
 17. *Ibidem*. Párr. 61.

privación del derecho se requiere de una causa de utilidad pública o de interés general, establecida por una ley y el pago de una indemnización que contemple el valor del bien en base a los intereses del titular y de la comunidad. Esto le da un amplio margen al legislador para establecer el estatuto general de la expropiación y adaptarlo a los requerimientos que se deriven del bien común y los modernos desafíos públicos relacionados con temas urbanísticos, ambientales, de recursos naturales y financieros.

En cuarto y último lugar, conforme con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la nueva Constitución debiera contemplar el reconocimiento del derecho a la propiedad privada a los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y establecer los mecanismos, ya sea a nivel constitucional o mandando a la ley, para que estos puedan acceder a dichos territorios y gozar efectivamente de dicho derecho. Ahora bien, considero que este tema debe ser tratado de forma sistemática con un reconocimiento amplio de los derechos de los pueblos indígenas en la nueva Constitución, estableciendo derechos específicos para sus colectivos y miembros en un capítulo especialmente dedicado para tales efectos. Debido a ello, en el punto siguiente no se hace una propuesta sobre cómo debe estar regulada la propiedad colectiva indígena, por ser un tema que debe ser abordado de forma íntegra con el conjunto de los otros derechos indígenas que se establecerán en la nueva Constitución.

Propuesta de texto constitucional

A continuación, se presenta una propuesta para la discusión constitucional y que podría incluirse en el nuevo texto constitucional:

“La Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada y la función social que esta tiene.

El contenido de la propiedad privada, su función social y sus límites serán establecidos por la ley.

Toda persona podrá ser privada de su propiedad, por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. La indemnización se fijará considerando tanto los intereses de la comunidad como de los afectados.”