



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO.
FACULTAD DE DERECHO Y CS. SOCIALES.
ESCUELA DE DERECHO.



LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD.

UNA MIRADA A SU ORIGEN, DESARROLLO Y
ESTADO ACTUAL EN NUESTRO DERECHO.

Cristian Alegre Donoso.

02 de diciembre de 2013.

Profesor Dr. Juan Carlos Ferrada.

Resumen.

En este trabajo he realizado un análisis histórico de la cláusula de función social de la propiedad privada, concitando especial atención en su recepción y desarrollo en el Derecho chileno. La noción más reconocible del derecho de propiedad, para el derecho de occidente, es la configurada a partir de la consagración política y jurídica del liberalismo, el que procuró dar al derecho de dominio un carácter absoluto, inalienable e imprescriptible, entre otros atributos. Sin embargo, las consecuencias económicas que provocó el capitalismo, y ese concepto de la propiedad, hicieron necesario reconocer más limitaciones al derecho de dominio que las provenientes de servidumbres civiles y de la expropiación por interés público. Así, la función social se integra al derecho de dominio y lo limita internamente. En Chile, la función social de la propiedad recogió temprano esta connotación (1967), lo que se ha ratificado con la Constitución de 1980.

Palabras Clave: Propiedad privada, función social, liberalismo, limitaciones al derecho, derechos económicos.

Índice.

Introducción.....	4
Capítulo I. Orígenes de la función social de la propiedad.....	5
1. La consolidación del derecho de propiedad privada en la revolución burguesa.....	6
2. Las demandas de justicia social y el cuestionamiento de la concepción clásica de propiedad privada... 8	
3. Nacimiento y desarrollo de la cláusula de función social en el derecho comparado.....	12
Capítulo II. Constitucionalización de la función social de la propiedad.....	15
1. Primeras manifestaciones constitucionales.....	15
2. La función social como limitación y la delimitación previa del derecho.....	20
2.1. Límites y limitaciones al derecho de propiedad.....	20
2.2 El límite a las limitaciones: el contenido esencial de los Derechos Fundamentales.....	21
3. El alcance de la función social del derecho de propiedad.....	23
Capítulo III. Recepción de la cláusula función social de la propiedad en el derecho chileno.....	26
1. Primeros antecedentes en el constitucionalismo chileno.....	26
2. Fortalecimiento de la cláusula hacia 1970.....	31
2.1 El primer gobierno de Ibáñez.....	32
2.2 La “República Socialista” y el segundo gobierno de Alessandri.....	33
2.3 Los gobiernos radicales, el segundo gobierno de Ibáñez y la Reforma Agraria de 1963.....	34
2.4 Los gobiernos de Frei Montalva y Allende.....	35
3. Debilitamiento progresivo: Constitución Política de 1980.....	38
4. La situación actual en nuestra jurisprudencia.....	43
Conclusiones.....	48
Bibliografía.....	49

Introducción.

En el presente trabajo he realizado un análisis histórico de la cláusula de función social de la propiedad privada, procurando reconstruir una historia jurídica coherente con las fuentes materiales que la han modelado, que dé cuenta de su desarrollo doctrinal y constitucional y que permita comprender su alcance en nuestro Derecho.

En el primer capítulo, realizaré una caracterización del derecho de propiedad, la que abarcará desde la concepción clásica, que se consagró con el triunfo de la Revolución Francesa de 1789, hasta la reformulación de que fue objeto por gran parte de la doctrina jurídica desde mediados del s. XIX. Analizaré cuáles fueron las principales influencias en su reconocimiento como derecho natural, absoluto e individualista, las causas que provocaron la postulación de su intangibilidad y las consecuencias sociales que se derivaron de ello. Identificaré los argumentos que se presentaron por diversos autores, para posibilitar la modificación de esta concepción liberal-burguesa y su estatuto jurídico e introducir la cláusula de la función social de la propiedad. Finalmente, señalaré cuáles han sido las formas de entender esta cláusula, cuáles fueron sus primeras manifestaciones en el derecho internacional y qué consecuencias trajo para el estatuto de este derecho.

En el segundo capítulo, repasaré las principales manifestaciones constitucionales que ha encontrado la función social, desde sus primeros atisbos en constituciones como la mexicana (1917) y la alemana (1919), hasta la enorme influencia que tuvo esta última en la doctrina y constitucionalismo posterior. Desarrollaré también, algunos problemas que aparecen a la hora de desarrollar el contenido de la cláusula y las limitaciones que ésta establece a la propiedad, como lo son el de la díada límites/limitaciones y el del contenido esencial del derecho, en tanto fundamental. En este punto, me detendré para precisar el debate acerca de si la cláusula es una limitación o es parte integrante del derecho de propiedad. Por último, haré una breve exposición del estado de evolución en que se encuentra la función social de la propiedad en la doctrina y jurisprudencia comparada.

Finalmente, en el capítulo tercero, precisaré cuál fue el debate que llevó a la inclusión de la cláusula en nuestra Constitución y cómo pasó de estar consagrada implícitamente a su explicitación en la Reforma de 1967. Así también, mostraré cuál fue la

influencia de la función social en nuestra legislación y cómo fue robusteciéndose rápidamente durante el transcurso del siglo XX, hasta el quiebre institucional que implicó el Golpe de Estado de 1973. Repasaré, por último, cuál fue el tratamiento que se le dio en la Constitución de 1980, qué repercusiones trajo para nuestra doctrina esa consagración y el estado en que se encuentra la cláusula en nuestra jurisprudencia.

I. Orígenes de la función social de la propiedad.

1. La consolidación del derecho de propiedad privada en la revolución burguesa.

El derecho de propiedad privada, tal como lo conocemos hoy, nació junto con la caída del Antiguo Régimen y con el ascenso de la burguesía al poder; más precisamente con la caída del modo de producción propio del sistema feudal y sus consecuentes formaciones sociales (Cordero, 2008b: p. 495, 499). El sistema de propiedad feudal fue desplazado por el capitalismo, producto de todo el poder económico que fue adquiriendo la burguesía durante ya varios siglos. En ese sentido, para esta clase social se hacía necesaria una reformatión de las instituciones sociales: económicas, políticas, jurídicas, morales, etc., que era imposible exigirle a las monarquías absolutistas.

Así, de la necesidad de reformar la totalidad de las instituciones sociales para desarrollar el nuevo modo de producción, nace el Estado liberal, el que garantiza, fundamentalmente, el reconocimiento de todas las personas como ciudadanos libres e igualmente independientes. En efecto, no es posible tratar la forma que adoptó la propiedad sin analizar, a su respecto, el grado de desarrollo económico y la destinación de la riqueza acumulada con ese desarrollo (Ríos, 2010¹: p. 772). Esto conlleva que todos puedan ser

¹ La primera versión del estudio “El principio constitucional de la función social de la propiedad” del profesor Lautaro Ríos, fue publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 84 n° 2, pp. 57-73, en el año 1987. La versión que utilicé en este trabajo, corresponde a una reedición que encontré en *Doctrinas Esenciales, Derecho Constitucional* (Director: Raúl Tavolari), del año 2010, publicado por la Editorial Jurídica de Chile.

libremente contratantes en la sociedad civil, sobre el supuesto de que para ello existe un derecho natural, de carácter absoluto e individualista, a la propiedad privada (Novoa, 1988: p. 14).

Esta configuración del derecho de propiedad como natural, absoluto e individualista, venía siendo trabajado por los fisiócratas ingleses, fundamentalmente, a partir de las ideas de Locke, quien fundaba el derecho de propiedad en el trabajo (Cordero, 2008b: p. 498) y señalaba que para la subsistencia de la sociedad civil, debían respetarse los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad, por ser derechos naturales, que no dependían siquiera de sus consagraciones normativas, que se encontraban ya en el estado de naturaleza (Locke, 2003: p. 38). En efecto, sería Dios quien habría dado la Tierra al Hombre, para que éste sobre ella trabajara, haciendo de su proceso de intervención en la naturaleza el fundamento de su propiedad privada, en tanto su trabajo para obtener el bien provocaba la salida de éste de la propiedad común original en la que se encontraba, para hacerla pasar a formar de su propiedad exclusiva (Locke, 2003: p. 56).

Estas ideas darán lugar a la concepción de la propiedad como derecho ilimitado y como manifestación inherente de la libertad humana, según lo cual, en el primer aspecto, la acumulación de riquezas estará solamente limitada por la capacidad de trabajo de cada individuo y, en el segundo, la disposición de los bienes estará fundada en una libre voluntad del dueño (tanto en vida como por acto *mortis causa*).

Sin embargo, a nuestro juicio, no es posible extraer de esta justificación el carácter ilimitado del derecho de propiedad, puesto que aun en el propio Locke la apropiación que desarrolla el hombre se encuentra limitada por lo utilizable, puesto que para él la sociedad civil es concebida para corregir los abusos a los que ha llevado el estado de naturaleza, y en ella deben convivir las desigualdades de las personas que estén acordes con la recta razón y las igualdades que garanticen la libertad ante cualquier voluntad o autoridad de otro hombre.²

En este mismo sentido, se hace necesaria una actitud pasiva por parte del Estado y su ordenamiento jurídico respecto del ejercicio del derecho de propiedad, en el sentido de

² Es posible encontrar una argumentación en este sentido en el prólogo de Carlos Mellizo, a la edición de *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil* de Alianza Editorial (2003).

que aquel no puede afectar la libre iniciativa de cada ciudadano, que es parte de su desarrollo individual y, por consecuencia, del más amplio desarrollo económico y social (Novoa, 1988: p. 15).

Es precisamente ésta la influencia que será recogida en los más importantes cuerpos normativos de finales del siglo XVIII. La Declaración de Derechos de Virginia de 1776 consagró en su Cláusula I: “Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libre e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que no pueden privar o desposeer a su posteridad por ninguna especie de contrato, cuando se incorporan a la sociedad; a saber, el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.”

A su turno, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 consagra, en primer lugar, en su artículo 2: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”; y, en segundo lugar, en su artículo 17: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podrá ser privado de ella sino cuando lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente acreditada, y bajo la condición de una previa y justa indemnización.”³

Finalmente, el Código napoleónico de 1804, en su artículo 544, declara que “la propiedad es el derecho a gozar y disponer de las cosas *de la manière la plus absolue* (de la manera más absoluta), con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los Reglamentos.”

En este momento del derecho de propiedad, es posible apreciar una exaltación del mismo que está directamente relacionada con la necesidad de consagrar el nuevo orden social, y justificada por la necesidad de proteger a los propietarios de las cargas feudales que aun gravaban sus bienes (Cordero, Aldunate, 2008: p. 345).

En este sentido, debemos señalar que se nos presenta la propiedad bajo una sola de sus formas posibles: la de propiedad privada, lo que conduce al repudio de toda forma de cambio social, haciendo del derecho de propiedad, como de las relaciones sociales, un absoluto inmutable y perpetuo. A partir de la consagración de este derecho de propiedad en

³ Esta declaración se encuentra actualmente vigente (preámbulo Constitución 1958).

los ordenamientos de occidente, el capitalismo encontró un cauce legal que amparaba al máximo su desarrollo, y así sucedió.

Precisamente, en el Código Civil francés de 1804 es donde se recogen de mejor manera los principios del liberalismo económico (Ríos, 2010: p.774), estableciendo en su articulado una máxima protección al derecho de propiedad, en el entendido de que es sobre él donde deben descansar las instituciones sociales fundamentales, pues es la única forma que tienen los seres humanos para la conservación de sus vidas. No puede entenderse, por lo mismo, que el derecho emane de una disposición jurídica estatal, pues de lo que se trata es de eliminar cualquier posibilidad de que sea asociado con alguna concesión del Rey, y es por ello que el iusnaturalismo fundamentará la propiedad en las fuentes naturales y en los modos originarios de adquisición, poniendo especial atención en la propiedad inmueble, precisamente para liberar la tierra de cualquier carga feudal (Cordero, 2008b: p. 493).

En este sentido, el derecho de propiedad es una proyección de la libertad, una garantía esencial de la dignidad humana, lo que quedará de manifiesto en instituciones como el voto censitario, según el cual el destino de los Estados debía resguardarse en las manos de ciudadanos que fueran propietarios de bienes inmuebles (Novoa, 1988: p. 15). La influencia que tendría el Código Civil francés en los códigos civiles occidentales durante el siglo XIX, haría permear esta concepción del dominio en gran parte del mundo, configurando en torno a la propiedad individual absoluta y exclusiva los cimientos de nuestra civilización.

2. Las demandas de justicia social y el cuestionamiento de la concepción clásica de propiedad privada.

Durante mucho tiempo, los capitalistas consiguieron identificar la libertad con la ausencia total de leyes regulatorias de sus actividades lucrativas y la igualdad con una cierta “equivalencia jurídica” que dejaba de lado las diversidades económicas, un “estado de natura” fundado en una meta-historia, sólo podía presentar una circulación de hombres “iguales y perfectos como las estatuas salidas de un mismo molde” (Grossi, 2007: 101, 104). Es el mito jurídico de la democracia representativa, del estado neutral entre clases, de

la renuncia a la violencia. La prohibición surge si el ejercicio abusivo del derecho causa daño a otro, de lo que se evidencia una defensa del dominio como derecho subjetivo absoluto y una protección jurídica de los “propietarios”, de sus bienes y sus convenciones. Así, el capitalismo hizo sinónimos los conceptos *persona* y *sujeto de derechos* (Novoa, 1993: p. 140).

Sin embargo, el sistema jurídico que servía de base a la libre contratación, que establecía la igualdad jurídica entre las personas, se vio resquebrajado por personas de carne y hueso que vivían la explotación en los grandes centros urbanos y fabriles. En toda Europa la situación de los obreros se hizo miserable: sus salarios eran los mínimos, sus viviendas eran indignas, la natalidad se proyectó explosivamente, las condiciones laborales se resumían en largas y agotadoras jornadas a cambio de una mínima parte del valor creado (Friedlaender, Oser, 1957: p. 188 y ss).

Ante esta situación, las ideas revolucionarias y la Doctrina Social de la Iglesia tomaron gran valor en la crítica a esta concepción liberal clásica, lo que generó grandes movilizaciones obreras que demandaban desde la dictación de leyes que contribuyeran a mejorar sus condiciones de vida hasta la destrucción del Estado liberal y su reemplazo por un Estado obrero. Estas movilizaciones, en el ámbito jurídico, se tradujeron en la crítica al sistema liberal en su totalidad y, particularmente, al basamento principal de todas las legislaciones: la garantía del derecho de propiedad individual. Así tomará forma la idea del “deber” como parte del derecho de propiedad, lo que se traducirá en el nacimiento de la cláusula de función social, que no es fruto de un “sentimiento humanitario o altruista en beneficio de los desposeídos, sino [que nace] bajo la presión de éstos (...) para evitar los abusos evidentes del derecho absoluto de propiedad” (Ríos, 2010: p. 775).

El socialismo tuvo sus primeras expresiones en los llamados “utópicos”, como Saint Simon, Fourier, Cabet y Owen, quienes pensaban que era posible “humanizar” el capitalismo, es decir, introducir reformas que fuesen suficientes para mejorar la vida de los obreros (Friedlaender, Oser, 1957: p. 213 y ss). En 1848, Marx y Engels publican el Manifiesto del Partido Comunista, programa de la Liga de los Comunistas, en el que se llama al proletariado a expropiar a la burguesía -en el marco de la lucha de clases- y a tomar el control de los medios de producción, a partir del cual se articularían un conjunto

cada vez más creciente –a medida que avanzaba el siglo XIX- de partidos revolucionarios que combatirían el capitalismo en base a estas ideas⁴.

La revolución bolchevique de 1917 en Rusia, sería un importantísimo hecho que pondría de relieve, para el Estado liberal, la necesidad de promulgar una normativa que salvaguardase su conservación a cambio de realizar concesiones ante el avance de los partidos revolucionarios y la tesis del Estado obrero, cuestión que tomaría fuerza y se consolidaría en la segunda postguerra, a partir de la consolidación del bloque soviético (Ríos, 2010: p. 779). En términos jurídicos, el régimen de propiedad en la ex Unión Soviética se basó en la existencia de una *propiedad socialista*, que era la que pertenecía al Estado y a las cooperativas existentes y que estaba compuesta –fundamentalmente- por los medios o instrumentos de producción social, y una *propiedad personal*, que estaba compuesta por aquellos bienes que no eran medios de producción (Chambre, 1966: p. 145). Otros Estados de inspiración socialista, como el cubano, también adoptó esta regulación jurídica, estableciendo como propiedad personal exclusivamente bienes como los ingresos y ahorros derivados de su trabajo, la vivienda y los instrumentos de trabajo personal o familiar que no se emplean para la explotación de trabajo ajeno (Constitución de la República de Cuba, 1976: art. 22).

Por su parte, hacia fines de siglo, la Iglesia Católica emanó la encíclica *Rerum Novarum* (1891), en la que se abordó por primera vez el problema de la *cuestión social*: “*Como quiera que sea, vemos claramente, y en esto convienen todos, que es preciso dar pronto y oportuno auxilio a los hombres de la ínfima clase, ya que sin merecerlo se hallan la mayor parte de ellos en una condición desgraciada y calamitosa*” (1989: p. 9). Con posterioridad, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Pacem in Terris*, *Populorum Progressio*, *Dives in Misericordia* y *Laborem Exercens* darían cuerpo a lo que llamamos la Doctrina Social de la Iglesia. En estos documentos se proponen argumentos en pos de reconocer una función social de la propiedad privada, es decir, de mantener al derecho de propiedad como el principal basamento del ordenamiento jurídico, pues “*poseer algo como*

⁴ El origen de la Liga de los Comunistas se remonta a 1836, época en la que se denominó “Liga de los Justicieros”; la Asociación Internacional de Trabajadores o Primera Internacional se conformó en 1864, en Londres. A este respecto, puede consultarse “Contribución a la Historia de la Liga de los Comunistas” de F. Engels (1885). Disponible *on line* en <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/1885-hist.htm>

propio y con exclusión de los demás es un derecho que dio la naturaleza a todo hombre (...) con verdad se puede afirmar que todo el arte de adquirir lo necesario para la vida y mantenimiento, se funda en el trabajo” (Encíclicas Sociales, 1989: p. 12, 15), pero procurando que los beneficios que de él se deriven puedan ser aprovechados también por quienes no son propietarios, por medio de la caridad “*señora y reina de todas las virtudes”* (Encíclicas Sociales, 1989: p. 73). Estas ideas irán tomando fuerza con el fin de la Segunda Guerra Mundial, en la misma medida en que los partidos de ideología socialcristiana fueron accediendo al poder e introduciendo sus programas como reformas legislativas (Ríos, 2010: p. 777), como en Chile cuando, bajo el gobierno de Eduardo Frei Montalva, se modificó la Constitución de 1925 para incluir una robusta cláusula de función social de la propiedad en el art. 10 (1967).

Como se puede observar, los excesos del individualismo y la crítica desde el plano de la ética y la moral, se tradujeron en el plano jurídico en un conjunto de críticas y en una revisión de la tradicional categoría de la propiedad liberal, con el objeto de orientar el poder del propietario al interés de toda la colectividad y no servir únicamente a su interés individual. Así aparecen los primeros escritos de autores como Augusto Comte, Émile Lavelaye, Francisco Giner de los Ríos, Menger, Ihering, Otto von Gierke -quien dimensiona las categorías de límites (delimitación inherente del derecho) y limitaciones (restricciones legales externas al derecho) del derecho de propiedad- y, especialmente, de León Duguit (Cordero, 2008b: p. 493).

Entre los primeros en criticar la concepción tradicional de la propiedad se encuentra Marat, furioso jacobino que señalaría que la única propiedad legítima era aquella que no importaba el despojo del trabajo de los pobres. Ya en el siglo XIX, Proudhon ganaría fama con su célebre “*¿Qué es la propiedad?*”, donde señala que la propiedad es un robo, pues ella no es más que la deducción que realiza el propietario de los instrumentos de producción, de un valor que no ha contribuido a crear. Asimismo, Von Ihering, postula en “*El fin en el Derecho*” una teoría social de la propiedad, la que se opone a la concepción individualista por el carácter esencialmente egoísta con que cubre a los sujetos, criticando la arbitrariedad con la que podía actuar el propietario: “*La desigualdad en el reparto de los beneficios sociales, el perjuicio que de esto resulta para el individuo, son causas de ruina*

para la misma sociedad” (1960: p. 181).

3. Nacimiento y desarrollo de la cláusula de función social en el derecho comparado.

León Duguit es, con toda seguridad, a quien debemos el primer tratamiento consistente y completo de la función social. En efecto, otros pensadores positivistas como Comte habían dado nociones respecto al tema, pero no fue sino hasta la publicación de “Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón”, el año 1912, que la función social de la propiedad fue abordada de manera acabada.

Duguit, sostuvo que todos los derechos subjetivos encontraban su fundamento en la *metafísica*, cuestión que el estado de civilización del mundo occidental no podía permitirse. A partir de esta crítica, fundamentó los derechos en la *función social* que cada uno de éstos tendría en el nuevo sistema jurídico que proponía (Duguit, 2007: p.157).

En este sentido, señala que de la concepción civilista tradicional de propiedad-derecho, serían dos las principales consecuencias que se seguirían: 1) el derecho a usar, gozar y disponer conlleva el de no usar, no gozar ni disponer de la cosa (absoluto en relación al poder público); y 2) el derecho a testar (absoluto en relación al tiempo). Esta comprensión se hallaría en descomposición principalmente por el origen metafísico del concepto de derecho subjetivo, por la tendencia excesivamente individualista predominante en la doctrina civilista y por la imposibilidad del sistema de proteger la afectación de la propiedad a fines colectivos, de lo que resulta un ejercicio *a-social* del derecho (2007: p. 215). Así, la institución jurídica de propiedad estaría condicionada por la satisfacción de ciertas necesidades y, por consiguiente, su contenido cambiará de acuerdo a la evolución de estas necesidades en la sociedad moderna; la propiedad es afectada por la protección de necesidades individuales o colectivas. En función de ello, los actos relacionados con esa satisfacción de intereses serán promovidos y los contrarios serán sancionados, jurídicamente. De acuerdo con esta evolución, Duguit señala que la propiedad se socializa, es decir, deja de ser un derecho del individuo para convertirse en función social y, con ello, aumentan los casos de afectación de la riqueza a las colectividades (2007: p. 211).

Por otro lado, Josserand -a partir de la aplicación de la teoría de la relatividad al derecho- desarrollará la teoría del “abuso del Derecho”, como principio inherente a cualquier ordenamiento jurídico, señalando que el ejercicio de los derechos subjetivos debe realizarse en forma coincidente con los fines sociales, pues éstos derechos han nacido precisamente para garantizar al ser humano una convivencia social armónica (1982: p. 4). Todo quien no use su derecho conforme a su fin estará abusando de él, pues un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo puede estar en conflicto con el derecho en general (objetivo) y con la juridicidad. Así, si el propietario se aleja del motivo legítimo y realiza con la cosa actos que no le reportan utilidad alguna, compromete su responsabilidad, pues realiza un acto abusivo (1982: p. 21).

Duguit criticará la teoría del abuso del derecho, que se recogió en los ordenamientos alemán y suizo, y su recepción en la doctrina francesa. El Código Civil alemán concebía en su artículo 226 que “El ejercicio de un derecho no está permitido cuando no puede tener otro fin que el causar daño a otro”, mientras que el artículo 3° del párrafo 2° del Código Civil suizo consagraba que “Quien abuse evidentemente de su derecho, no goza de ninguna protección legal”. Dirá este autor, que la teoría descansa en una contradicción, pues entiende que señalar que quien abusa de su derecho no tiene protección legal es lo mismo que decir que *se hace lo que no se tiene derecho a hacer*, y que esta teoría no tiene más aplicación que en el campo de la defensa del carácter absoluto del dominio, así como la *desviación de poder* (realmente exceso de poder) del Derecho Administrativo no es más que una defensa del carácter absoluto del *imperium* administrativo (Duguit, 2007: p. 234). Josserand no desconoce esta cuestión (1982: p. 7) y responde a ello señalando que el abuso que se hace del derecho subjetivo, se verifica en relación al derecho objetivo (1982: p. 25), cuestión que más arriba ya se ha explicado.

Sin embargo –y a pesar de la notable argumentación dada por Duguit-, es menester preguntarse si acaso la propiedad puede ser definida como función social o si acaso, en tanto derecho subjetivo, *tiene* una función social. Tomar a la propiedad como función social, implica que el sujeto investido de la función es un órgano de actuación del interés

público, mientras que defenderla como derecho subjetivo implica reconocer que su titular actúa conforme a su propio interés.

Así, Castán Tobeñas defenderá la idea de que la propiedad es un derecho subjetivo, al cual va ligada necesariamente una función social de contenido muy complejo, pero constituida en esencia por deberes negativos y positivos -que exigen el vivir y el bien común- dirigidos al titular del derecho (1963: p. 83, 84). Sin embargo, el mismo Castán mostrarán sus dudas respecto del concepto de función social, señalando el primero que ésta encubre una posición hipócrita utilizada *“por quienes quieren conciliar las ventajas del régimen capitalista con las enseñanzas de la Iglesia sobre la posesión de los bienes (...) quienes quieren endulzar el dogmatismo de la doctrina colectivista con el mantenimiento de la propiedad privada”* (1963: p. 124).

El profesor Novoa, siguiendo las teorías de la función social de la propiedad, señala que la mejor descripción que puede darse de la función social es la utilizada por la Constitución de Weimar de 1919 (art. 153): *“La propiedad obliga”. “La propiedad no es otra cosa que un núcleo axiológico que dilucida la forma y condiciones en que los seres humanos utilizan los bienes y recursos que les ofrece el mundo (...) y lo demás que ellos pueden crear con su inteligencia y su trabajo”* (Novoa, 1993: p. 142). En ese sentido, la función social sería una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común, siendo no sólo una limitante del derecho sino que puede determinarlo activamente: es un elemento esencial de lo que toca al propietario (Novoa, 1988: p. 61). En ese mismo sentido, el profesor Ríos señala que el fenómeno de la función social genera un empalme de intereses, en el que no se opone a la función individual de la propiedad, en tanto ésta no entre en conflicto con aquella (Ríos, 2010: p. 786).

Es preciso señalar que, según Cordero, esta introducción de la cláusula de función social en la doctrina ha traído consigo la coexistencia de más de un tipo de propiedad, es decir, una pluralidad de estatutos dominicales: *“Así, metodológica y conceptualmente, la teoría del derecho real oscila sobre el concepto de límite de la propiedad”*. Si bien el

derecho de propiedad es pleno, podría estar sujeto a limitaciones legales en razón de intereses públicos (normas de policía o relaciones de vecindad), que van delineando su “contenido normal” y que comprimen el derecho de propiedad en diversas medidas, dando lugar a la extendida idea de la “elasticidad del dominio” (Cordero, 2008b: p. 493). A partir de esta idea, es forzoso concluir que a partir de la inclusión de la cláusula el estatuto del derecho de propiedad no es único sino que múltiple, en razón de las diversas causales que obran como fundamento de la limitación del mismo, en razón de su función social.

II. Constitucionalización de la función social de la propiedad.

1. Primeras manifestaciones constitucionales.

Ya hemos señalado *supra*, que la primera manifestación constitucional europea de la función social la encontramos en la Constitución de Weimar de 1919:

Artículo 153, incisos 1º y final: “La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes [...] La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.”

A partir de esta innovación constitucional podemos señalar que comienza todo un camino de ensanche de las atribuciones del legislador para determinar el contenido y límites de la propiedad privada (Novoa, 1988: p. 48). En este texto, se asume seriamente la pretensión de crear un orden jurídico, económico y social justo, dando cabida a todo un conjunto de nuevos principios que, por primera vez en la historia del constitucionalismo, entrañan la recepción en un texto constitucional de la ideología socialdemócrata y el inicio del surgimiento del Estado social, como punto intermedio entre el capitalismo y el socialismo, consagrando por primera vez en una Constitución los derechos económico-sociales y el derecho de propiedad, además de otras instituciones privadas.

Para Colina, la Constitución de Weimar nace sobre la base de lo que se ha denominado “Compromiso socialdemócrata”, en orden al cual el movimiento obrero renuncia a poner en cuestión el estado de las relaciones de producción, la propiedad privada y el control privado del proceso de acumulación, a cambio de la garantía de que el Estado intervenga en el proceso redistributivo para asegurar condiciones de vida más igualitarias, la seguridad y el bienestar a través de los servicios, la asistencia, etc. Con el nacimiento del Estado social, la propiedad no volverá a ser más ese derecho natural inviolable, absoluto, sagrado (1997: p. 45). Sin embargo, para este autor -siguiendo a Abendroth y Forsthoff-, la realización plena del Estado social aun no será posible debido a la falta de mecanismos suficientes para garantizar y hacer efectivos los derechos sociales, lo que se pospondrá hasta la dictación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. De la misma opinión es el profesor Enrique Brahm, quien señala que durante el período de entreguerras el Tribunal Supremo de Alemania dio una amplia interpretación a la garantía establecida en el artículo 153, la que tenía por objeto reducir los alcances limitadores de la norma y la tendencia socializadora que la inspiraba (1992: p. 412).

Fueron precisamente el desastre provocado por la Primera Guerra Mundial y el avance del socialismo desde el este, lo que llevó a los Estados a hacerse responsables de las economías nacionales, interviniendo directamente en el control de ciertos sectores productivos y parcelando tierras, o haciéndolas de provecho público. Junto con ello, las transformaciones que vivirían los ordenamientos jurídicos, en razón de incluir cláusulas que limitaran el ejercicio dominical, se situarían en la permanente disputa política entre los Estados de Derecho liberales y los Estados Sociales, y la forma en que cada modelo estatal abordaría los nuevos desafíos de la sociedad industrial moderna y su relación con la propiedad privada (Cordero, 2006: p. 125).

Podría resultar curioso que, al leer el artículo 153 de la Constitución de Weimar, no encontremos literalmente la expresión *función social*. Pero esto no obedece más que al entendimiento de la institución de la propiedad en tanto un empalme de los intereses individuales y colectivos, es decir, como una sujeción de los primeros a los segundos, en la medida que esa sujeción se corresponda con el “bien general”.

Tampoco encontraremos literalmente la expresión en la Constitución mexicana de

1917, la que en su artículo 27 señalaba:

Artículo 27, inciso 3°, parte primera: “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana...”

Esta situación nos conduce a concluir que, al examinar la norma, debemos atender más que a su formulación expresa a si ésta busca cumplir con los fines a los cuales aspira la cláusula. De este modo, podremos encontrar Constituciones que la consagran literalmente o por medio de otras fórmulas instrumentales, como la del establecimiento de “limitaciones y obligaciones [a la propiedad] que la hagan posible [la función social]” o las de “utilidad pública” o “interés general de la nación” (Ríos, 2010: p. 786).

Estas dos cartas fundamentales (aún más la alemana, por la concreción del Estado social) tuvieron decisiva influencia en la Constitución chilena de 1925, la Constitución republicana española de 1931, la italiana de 1947, la de la República Federal alemana de 1949 y la española de 1978, entre otras.

A. Constitución de la República Española (1931).

En su artículo 44, la Constitución de 1931 establece que la riqueza del país, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En esta norma se contiene el nuevo criterio del derecho de propiedad, por el que éste deja de ser considerado como un reducto exclusivo del individuo para asumir el papel de núcleo referencial en el que convergen intereses múltiples, que se pretende encuentren un criterio de orientación y equilibrio en la normativa constitucional (Domínguez Luis, 1999:

p. 1).

B. Constitución de la República Italiana (1948).

La función social está consagrada en el artículo 42, inciso 3°, al que se suma el artículo 45. En ellos, la propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, la que determina sus modos de adquisición y goce, así como sus límites, para asegurar su función social y hacerla accesible a todos. Además, la República reconoce la función social de la cooperación con caracteres mutualistas y sin finalidad de especulación privada.

Del primer artículo se desprende, con particular importancia, el hecho de que el derecho de propiedad aparece fundado en la ley y no en la Constitución, por lo que su regulación está entregada al legislador ordinario, así como también el de que sean la función social -literalmente- y su mayor accesibilidad, las que determinen los límites del contenido del derecho mismo.

Lo primero ha generado, entre los autores, profundas discrepancias respecto del contenido de la garantía constitucional, pues la formulación del enunciado deja abierta a la interpretación el umbral a partir del cual la acción normativa deviene en ilícita (Cartei, 1995: p. 203). Respecto a la incorporación explícita de la función social (una innovación en el constitucionalismo italiano), existen posturas diversas. Para unos (Pugliatti, Giannini, Natoli, Rodota), la inclusión significa un mandato al legislador, lo que introduciría un elemento nuevo al derecho real que lo limitaría internamente. Para otros (Santoro Passarelli), la dicotomía presente entre derecho subjetivo -que implica un poder de la voluntad- y funcionalización (ver capítulo I. 3), dejaría claro que la función social sólo implica un límite que incide en la faz externa del dominio (Cartei, 1995: p. 205).

C. Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949).

En la misma línea, la Ley Fundamental de Bonn reguló la función social en términos muy similares a los de la Constitución de Weimar. En el artículo 14.1 se garantizan la propiedad y el derecho de herencia (Erbrecht), con el contenido y las limitaciones que la ley determine. En el 14.2 se establece que la propiedad obliga

(Eigentum verpflichtet). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común.

La Constitución de la República Federal alemana, a contrario de la italiana, sí consagra el derecho de propiedad constitucionalmente, dándole mayor jerarquía normativa, mientras que -al igual que la Constitución de Weimar- no introduce la cláusula de función social literalmente ni como delimitadora del derecho, sino que señala que serán las leyes quienes determinen el contenido y límites del mismo.

D. Constitución Española (1978).

La propiedad privada y la función social de aquella están consagradas en el artículo 33, en el cual se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. A su vez, se establece que la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. En la actual Constitución española también se otorga al derecho de propiedad rango constitucional, como en la alemana, mas no de derecho fundamental, y -además- sí se consagra literalmente la función social como delimitadora del contenido del mismo, a diferencia de ella.

En lo que concuerdan todas las citadas constituciones, es en que en todas ellas se asegura el régimen de propiedad privada y, además, que se encarga al legislador (con las salvedades indicadas) la tarea de determinar el sentido y alcance de ese derecho.

Otras cartas fundamentales en el mundo contienen similares características, como por ej. la Constitución Política de Grecia de 1975 (artículo 17.1)⁵; la Constitución de la República portuguesa de 1976 (artículos 62.1 y 9 letra c)⁶; la Constitución Política del Perú de 1979 (artículos 124 y 125)⁷; y la Constitución de la República de El Salvador de 1983 (artículos 101 inciso 2º y 103)⁸. Claramente, en todas ellas existe una consagración de ciertos límites al derecho de propiedad privada, y todos estos existen en razón de un interés

⁵Art. 17.1: “la propiedad está bajo la protección del Estado, no pudiendo, sin embargo, los derechos que de ella deriva, ejercerse en detrimento del interés general”.

⁶El artículo 62.1 consagra el derecho de propiedad y el artículo 9 letra c la función socializadora de los medios de producción.

⁷En el artículo 125 se consagra el derecho de propiedad, mientras que en el artículo 124 se señala que “la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social”.

⁸El artículo 101 señala: “El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos...”, mientras que el 103 agrega: “se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”.

general; es la misma razón por la cual nace la cláusula de función social en la doctrina.

2. La función social como limitación y la delimitación previa del derecho.

Decir que la Constitución ha entregado a la ley la delimitación del derecho de propiedad y/o cualquier limitación que se quiera imponerle en razón del interés general, resulta, en principio, algo sumamente confuso, vago e incluso peligroso. Hasta antes de la constitucionalización de este derecho, eran los códigos civiles los encargados de dotar al dominio de un contenido más o menos definido. Sin embargo, sólo a partir de aquel fenómeno es posible encontrar normas de rango superior, que faculden expresamente al legislador para delimitar y dar contenido a la propiedad privada.

Surgen, entonces, dos cuestiones que debemos precisar: en primer lugar, aclarar qué se quiere decir cuando se señala que la función social es un límite al derecho de propiedad y, en segundo lugar, hasta dónde es posible limitar el derecho, sin afectar la garantía para él establecida.

2.1. Límites y limitaciones al derecho de propiedad.

Para entender cuál es el efecto que genera la función social en tanto una limitación a la propiedad privada, tenemos que aclarar cuál es la diferencia entre *delimitar* y *limitar* el derecho de propiedad. En este sentido, debemos tener a la vista la distinción entregada por la doctrina alemana a partir de las voces *eigentums begrenzung* (límite) y *eigentumsbeschränkungen* (limitaciones), a partir de lo cual hablaremos de límite o *delimitación* cuando nos referimos a aquello que marca el contenido normal de un derecho, mientras que tendremos una *limitación* cada vez que se afecte ese contenido normal que ha sido delimitado previamente (Ríos, 2010: p. 787). Según el profesor Ríos, resulta mucho más apropiado para describir la acción que realiza el legislador, a la hora de limitar el derecho de propiedad, utilizar el verbo *restringir*, pues significa precisamente lo que los constituyentes modernos buscan con la incorporación de la cláusula de función social: ceñir, circunscribir, reducir a menores límites el contenido liberal clásico del dominio

(2010: p. 790).

Para Javier Barnés, la función social se convertiría -técnicamente- “en una suerte de síntesis de todos los deberes que ha de soportar, sin indemnización o compensación económica de ningún género, el propietario. De este modo, opera como la justificación formal y, más aún, como título legitimador para delimitar el contenido del derecho, su hechura y dimensión internas” (1995: p. 42).

Para este autor, es la propia función social la que *delimita* el contenido del derecho, representando una habilitación al legislador en dos sentidos: disciplina el régimen jurídico de cada forma de propiedad y constituye el criterio básico para delinear desde su interior cuál será el conjunto de facultades y deberes que lo integran, de modo de asegurar un ejercicio social del derecho (1995: p. 41). Es en ese sentido que el propietario está obligado a soportar, sin compensación económica, el detrimento o menoscabo que pueda experimentar su derecho, como consecuencia de las facultades legislativas en la materia, como parte del contenido del derecho y expresión de la función social (1995: p. 41).

2.2 El límite a las limitaciones: el contenido esencial de los Derechos Fundamentales.

En este punto, debemos tener a la vista que el legislador, en caso alguno, podrá dejar sin efecto -por causa del establecimiento de limitaciones al contenido del derecho de propiedad- una garantía constitucional que es prevalente. El contenido esencial, puede ser conceptualizado como aquella parte del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos resulten real, concreta y efectivamente protegidos (Barnés, 1995: p. 46). En ese sentido, es necesario que determinemos cuál es el límite para el establecimiento de restricciones legislativas, cuestión sobre la cual existen diversas respuestas doctrinarias.

Para algunos autores, habría al menos dos limitaciones que impondría la garantía a la actividad del legislador:

A) En primer lugar, cualquier gravamen impuesto al dominio debe constar como una regla general, lo que debe entenderse como una manifestación del principio jurídico de

la igualdad ante la ley (Aldunate, 2006). En ese sentido, cualquier restricción particular a un derecho de propiedad debe necesariamente regirse por la normativa de la expropiación, con la consiguiente indemnización que proceda; y

B) En segundo lugar, la restricción no puede atentar contra el *contenido esencial* de la propiedad, es decir, contra las facultades que cada derecho subjetivo comprende -sin condicionar una específica extensión de las mismas (Aldunate, 2006)- y que aparecen al momento mismo de determinar el concepto de propiedad, sin las cuales el derecho desaparece (por la impracticabilidad de su ejercicio) o se convierte en otra cosa. El contenido esencial es un límite frente al legislador que delimita (Barnés, 1995: p. 46), pero sigue existiendo la posibilidad de privar al titular -incluso de ese contenido- si se cumple con el deber de indemnizar (expropiación) (1995: p. 47). Este entendimiento se deriva de que sería imposible hablar de propiedad privada, si esta no reporta alguna utilidad para el titular del derecho, esto es, privado el sujeto del goce del bien más parece que hablamos *de una carga que se soporta* antes que *de un derecho que se tiene* (Novoa, 1988: p. 122).

Con todo, en nuestra doctrina es posible encontrar una posición que -siguiendo a la doctrina y jurisprudencia española- señala que junto a las facultades que configuran el dominio, debemos incluir también como parte integrante del contenido esencial a la misma función social, pues en diversas constituciones (como la chilena, española y alemana) el derecho de propiedad se configura y protege tanto en prerrogativas como en deberes y obligaciones, en atención a los valores e intereses de la colectividad (Quezada, 2010: p. 14).

Sin embargo, para otro sector de la doctrina, el hecho de que la Constitución entregue a la ley la determinación del contenido del derecho de propiedad, no puede suponer que el legislador obre con un límite *a priori* que no consta en la Carta Fundamental. Es decir, no es posible establecer un *contenido esencial pre-jurídico*, pues no hay un intérprete en condiciones de conocer, medir o evaluar ese núcleo más que el propio legislador ordinario (Novoa, 1988: p. 123).

Esta posición, según lo examinado *supra*, encuentra escasa acogida entre los autores, pues es dable entender que si bien no es la Constitución la que establece el contenido de ese núcleo esencial, la garantía del artículo 19 n° 24 no es una mera norma programática y obedece a las consideraciones que sobre el derecho se tuvo en un momento

jurídico determinado, cuestión que deberá quedar entregada al conocimiento judicial.

3. El alcance de la función social del derecho de propiedad.

Actualmente, es posible encontrar en doctrina a lo menos tres posiciones claras respecto de la función social de la propiedad. Cada una de estas interpretaciones, por cierto, lleva necesariamente aparejada la defensa por un determinado modelo económico, respecto del cual la inclusión o amplitud de la cláusula será concebida en términos más o menos favorables.

Así pues, una primera interpretación es aquella que concibe al derecho de propiedad en su acepción liberal clásica y, por consiguiente, mira a la cláusula de función social como una norma programática, carente de contenido jurídico concreto y de impacto en la naturaleza jurídica del derecho mismo (García, 2007: p. 292). Entre los autores que la sostienen encontramos a Manuel Albaladejo, Stefano Rodotà, Fernando Rey Martínez y, en nuestro país, Arturo Fermandois⁹ y Enrique Brahm¹⁰. Esta posición propone la existencia de una contradicción entre propiedad privada y función social, en tanto la primera es un poder de disposición que es ejercitable en completa y total libertad, pues permite al sujeto desarrollarse en la sociedad política, por lo que no sería factible diluir en su interior deberes y obligaciones que acoten y limiten la extensión de los poderes y facultades que se reconocen al propietario (Colina, 1997: p. 193).

Se nos presenta como variante de esta concepción, aquella que señala que la función social de la propiedad se verificaría en el momento en que ésta sirve al interés legítimo del particular, visión que se opondría como *positiva* ante la *negativa* que entraña límites al derecho, todo ello en razón del “personalismo constitucional”, que restauraría el concepto liberal de propiedad privada (Domínguez Luis, 1999: p. 3). Esta concepción está estrechamente ligada a toda una tradición jurídica que ubica a los derechos sociales como

⁹Puede consultarse al respecto FERNANDOIS, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico, tomo II Regulación, Tributos y Propiedad*, Ediciones UC, Santiago.

¹⁰A este respecto, BRAHM, Enrique (1999): *Propiedad sin Libertad: Chile 1925-1973. Aspectos relevantes en el avance de la legislación socializadora*, Universidad de Los Andes, Santiago.

secundarios, en detrimento de los derechos civiles como la propiedad privada.

Por otro lado, una segunda interpretación, muy cercana a la primera, concibe la función social como un condicionamiento externo que afecta a la institución de la propiedad, pero no a los titulares del derecho subjetivo. Esto significa que sólo corresponde al legislador conformar el instituto dominical de una manera que resulte socialmente útil, pero sin afectar su condición de derecho subjetivo (Colina, 1997: p. 195). Entre los autores que plantean esta interpretación se encuentran Santoro Passarelli, Pietro Rescigno y Angelo Lener. En ese sentido, el derecho de propiedad está destinado a satisfacer el interés individual del propietario y será el que prevalece en la medida que no afecte a los intereses de la colectividad (García, 2007: p. 293).

Para Colina, el error de las teorías que sitúan la función social en la faz externa del derecho de propiedad radicaría en reclamar la noción clásica del derecho subjetivo, subrayando, desde esta perspectiva, la imposibilidad de disolver en el dominio elementos de carácter obligatorio que excluyan al sujeto titular la “libre determinación del contenido del tener” (1997: p. 198, 199).

Finalmente, encontramos la postura doctrinal de quienes consideran que la propiedad comporta en sí misma una función social. Esto no debe entenderse en el sentido originario en el que lo planteó Duguit (propiedad-función social), sino en el de que la propiedad privada, junto a las facultades que se le reconocen, conlleva una serie de deberes positivos y negativos para el titular (García, 2007: p. 293). De esta manera, en tanto suma de facultades y deberes que pueden llevar al titular a perseguir intereses sociales ajenos al interés propio, la propiedad es más que un puro derecho subjetivo. En ese sentido, la función social no sería un obstáculo al derecho de propiedad sino que la constituiría e implicaría un robustecimiento de ella, pues la institución de la propiedad solamente puede realizarse a través de su función social, de donde emerge la noción misma de la propiedad privada y su correspondiente garantía. Precisamente, es el respecto a los intereses comunitarios, la vinculación a la colectividad la que hace posible la existencia misma del derecho de propiedad, siendo el poder del Estado como titular de competencias el que establece, en tanto que instancia neutral, los límites del derecho y, al hacerlo así, crea al mismo tiempo los ámbitos de libertad de las facultades dispositivas en convivencia con los

intereses sociales (Domínguez Luis, 1999: p. 3).

Esta posición, es considerada mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia española ya que, la propiedad privada, ha experimentado una transformación tan profunda que impide concebirla como una esfera de libre disposición plena (García, 2007: p. 294).

En el Estado de Bienestar proclamado por la Constitución española de 1978 (artículo 1), el derecho subjetivo de propiedad se *redimensiona* en su esencia, adquiriendo una nueva manera de ser comprendido, debido a la mutación que, por efecto de la vinculación al principio de solidaridad social, experimentan sus rasgos definatorios e identificativos. La desvinculación con la libertad plena y la ligazón con el principio de solidaridad social, convierten a la propiedad privada en un nuevo derecho subjetivo, plenamente compatible con la idea de vínculo inherente al concepto de la función social. Esta metamorfosis del dominio es una prueba irrefutable de que la cláusula no es una mera regla moral, programática o meramente interpretativa, sino que un auténtico principio de valor operativo general, informador del ordenamiento español (Colina, 1995: p. 285).

Parece conveniente traer aquí un extracto de la Sentencia 37/1987 del Tribunal Constitucional (TC) español, el cual -a propósito de la función social como parte del contenido esencial del derecho de propiedad- señala: “... *la Constitución [de 1978] reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*”.

El razonamiento del TC español parece del todo correcto, en la medida que da una solución consistente al problema que se presenta cuando nos preguntamos si la función

social es una limitación externa o forma parte de la delimitación interna del derecho. En ese sentido, se nos presenta una función social que es parte del derecho mismo y, por consiguiente, forma parte de su contenido esencial, en la medida que éste sólo puede ser deducido del mismo texto constitucional y debe contemplar todos los elementos que configuran el régimen de propiedad establecido en la Constitución.

III. Recepción de la cláusula función social de la propiedad en el derecho chileno.

1. Primeros antecedentes en el constitucionalismo chileno.

En 1925, Chile fue uno de los primeros países latinoamericanos en recoger la función social como cláusula delimitadora de la propiedad (Mirow, 2011: p. 1185). Sin embargo, en ella no se contiene una formulación literal de la cláusula, sino que en el 3er inciso del numeral 10 del artículo décimo, es posible encontrar la siguiente formulación:

Artículo 10: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República...”, n° 10: “La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social. y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública.”

El inciso tercero, es una verdadera innovación en nuestro constitucionalismo y fue producto de un intenso debate, principalmente entre radicales y conservadores, lo que tiene particular importancia para el entendimiento del origen y de la evolución de la función social de la propiedad en nuestro ordenamiento (Evans, 1967: p. 14). La regulación que establecía la Constitución de 1833 (artículo 12 n° 5) se mantenía atada a los principios del liberalismo decimonónico, estableciendo la inviolabilidad de la propiedad, con la única limitación de la salvedad de expropiación con la debida indemnización (Mirow, 2011: p. 1189). En este sentido, la discusión en la Comisión Redactora del Proyecto de Nueva Constitución la Carta de 1925 estuvo centrada principalmente en el carácter de la propiedad, es decir, su fundamentación, y en el problema de los latifundios, lo que vino a romper con la uniformidad conceptual existente hasta ese momento en nuestro ordenamiento, pues la herencia liberal había sido recogida tanto en la vigente Constitución como en el Código Civil de Bello (artículo 582), dando a la propiedad un estatuto completamente coherente con los postulados del siglo XIX (Mirow, 2011: p. 1191, 1192).

En ese contexto, los radicales apoyaron la completa reformulación del derecho de propiedad, sugiriendo que fuese consagrado según la fórmula de Duguit de la *propiedad-función*, apuntando directamente a los latifundios y la propiedad inculta (Mirow, 2011: p. 1192). Ramón Briones Luco, por ejemplo, señalaba que “las nuevas orientaciones sociales” habían modificado el derecho de propiedad y que éste era actualmente inseparable de la idea que es una función social, así como que la regulación de los latifundios debía establecer no sólo gravámenes sino también posibles subdivisiones (Actas Oficiales, 1926: p. 85, 86). Su argumentación estaba centrada en que *en los hechos* la propiedad había devenido en función social, es decir, no se plantea desde *otra perspectiva* del estudio del derecho, sino que -de la misma forma en que lo planteó Duguit- sólo se remite a la descripción precisa de algo que ya había sucedido (Mirow, 2011: p. 1192). Por otro lado, Enrique Oyarzún, que estaba de acuerdo con Briones en su crítica a los latifundios, realizó intervenciones tendientes a aclarar que no es la propiedad misma una función, sino que es un puro hecho, en tanto que el ejercicio del derecho sí es una función social (Actas Oficiales, 1926: p. 86).

Otro de los miembros de la Subcomisión fue Manuel Hidalgo, representante

comunista que, abiertamente, rechazó el derecho de propiedad, pero que reconoció en la propuesta radical un “mínimo aceptable” (Actas Oficiales, 1926: p. 86). Señalaba que la redacción de 1833 era propia de la época de la Revolución Francesa y de las ideas liberales, pero que en ese momento el Estado debía tender a una organización económica que asegurara a todos los individuos lo necesario para su vida y su desarrollo integral (Actas Oficiales, 1926: p. 86).

Nolasco Cárdenas, señalaba que nuevos ideales de justicia distributiva eran parte de la evolución del derecho en Francia, Alemania, Inglaterra y Rusia, lo que hacía imprescindible reformas que apuntaran en ese mismo sentido (Actas Oficiales, 1926: p. 101).

Por su parte, José Guillermo Guerra, compartiendo las visiones expresadas por los otros miembros, señalaba que era menester reconocer a la propiedad “un carácter más social” del que había tenido, siendo indiferente si éste derecho era o no una función social. Además, propuso diseminar los grandes latifundios e imponer fuertes tributos a la propiedad inculta, solución planteada teniendo en miras la Inglaterra post Primera Guerra Mundial y el México post Constitución de 1917 (Actas Oficiales, 1926: p. 87).

En contra de la inclusión de esta cláusula de función social se mostraba Luis Barros Borgoño, quien señalaba que era precisamente la regulación clásica de 1833 la que había traído bienestar económico e inversiones extranjeras a Chile, por lo que velaría por la estabilidad del principio vigente (Actas Oficiales, 1926: p. 88). En la misma línea argumentaba Romualdo Silva Cortés, quien rechazaba cualquier modificación a lo preceptuado en la vigente Constitución, toda vez que ella consagraba a la propiedad como el derecho natural que era, como una extensión de la personalidad humana (Actas Oficiales, 1926: p. 88, 89). Además, junto a Francisco Vidal Garcés, planteó que era perfectamente posible compatibilizar el respeto irrestricto a la propiedad privada y el elevamiento de las condiciones de vida de los obreros y trabajadores del país, y que la división de los latifundios nada tenía que ver con la debilitación de la inviolabilidad del derecho (Actas Oficiales, 1926: p. 89, 105, 106).

Eliodoro Yáñez mostró también su rechazo a la modificación, argumentando sobre la idea de que se estaría afectando el derecho natural más importante, lo que podría afectar

la inversión y el crédito exterior para Chile, y señalando, además, que sólo el libre juego de las leyes económicas podía estimular el cultivo de la tierra (Actas Oficiales, 1926: p. 90). La concepción individualista de la propiedad, a juicio de Yáñez, constituía la esencia del dominio, por lo que no era posible consagrarlo en términos distintos que los de 1833, a la vez que el abuso de los derechos se encontraba proscrito en todas las legislaciones, lo que configuraba un límite a la arbitrariedad en su uso (Actas Oficiales, 1926: p. 91). Domingo Amunátegui, por su parte, se mostró también contrario a la reforma, indicando que ni siquiera en la U.R.S.S se había abolido la propiedad de la Constitución, por lo que no existía una vinculación directa entre la eliminación de la inviolabilidad de la propiedad y el mejor reparto de las tierras (Actas Oficiales, 1926: p. 92).

También se manifestó una posición intermedia entre quienes conformaban esta Subcomisión. Así, Guillermo Edwards Matte, por ejemplo, sostenía que debía mantenerse la inviolabilidad de las propiedades, a la vez que debían imponerse deberes al ejercicio del derecho (Actas Oficiales, 1926: p. 91). Es más, su propuesta de redacción incluía también derechos sociales de relaciones laborales, indemnizaciones, sueldo mínimo, cultivo necesario de la tierra, etc. (Actas Oficiales, 1926: p. 110, 111). Otro miembro de la Subcomisión, Enrique Oyarzún, que había manifestado su acuerdo con la idea de incluir la función social, pero que estaba en desacuerdo con el debate “semántico” en torno a ella, apoyó la idea de Edwards Matte, pues resolvía la cuestión de fondo, esquivando el debate en torno a la formulación explícita del concepto de “función social” (Actas Oficiales, 1926: p. 112).

La posición del Presidente Alessandri, firme defensor de las ideas de Duguit en la Subcomisión, era la de crear una Constitución influida por los avances de la ciencia y, en ese sentido, la función social, o al menos la limitación necesaria del derecho de propiedad, representaban una norma correspondiente al estado de desarrollo de los principios científicos que responden a la realidad de las cosas (Actas Oficiales, 1926: p. 116). La influencia del profesor francés en Alessandri es clarísima y acompaña toda la argumentación en favor de la delimitación del derecho de propiedad: *“Conviene entonces buscar una fórmula acertada (...). Ella consiste en mantener la inviolabilidad de la propiedad, pero estableciendo también de acuerdo con la verdad jurídica, el derecho que*

tiene el legislador para imponer limitaciones al derecho de propiedad, basadas en el bien público y dentro de cierto orden de consideraciones” (Actas Oficiales, 1926: p. 116).

Finalmente, la Subcomisión, acordó la formación de una Comisión que, en base a las indicaciones planteadas en aquella, propondría planteamientos preliminares de un texto para su revisión, la que fue compuesta por Arturo Alessandri y Luis Barros Borgoño (Actas Oficiales, 1926: p. 118). En la Décima Sesión de la Subcomisión, que data del 20 de mayo de 1925, Alessandri presentó un texto para su discusión que, según él, ponía a la Constitución “a la mayor altura, ya que definirá con claridad y precisión el concepto científico moderno de la propiedad” y que era exclusiva obra de Barros Borgoño (Actas Oficiales, 1926: p. 121). El artículo diría así:

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

5° La inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio ni de una parte de ella o del derecho que a ella tuviere sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exigen el mantenimiento y el progreso del orden social.

En tal sentido podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública.”

Basta mirar el texto definitivo de la Constitución de 1925, para darse cuenta de la acogida que tuvo la propuesta de la comisión entre los presentes, a la hora de pronunciarse sobre el texto. La fusión final de los incisos 3 y 4 fue realizada a petición de los subcomisionados Silva Cortés y Vidal Garcés, para que no existiera duda alguna en la interpretación respecto que las “limitaciones o reglas” no fueran más que las “obligaciones o servidumbres” (Actas Oficiales, 1926: p. 128).

Cabe, sin embargo, precisar la opinión de Barros Borgoño a la hora de explicar qué elementos consideraba integrantes del derecho que se formulaba en el texto: *“En realidad, estas ideas tienden a consagrar la inviolabilidad del derecho de propiedad y, en el fondo, corresponden al principio que actualmente consigna la Constitución. El concepto de que cada ciudadano puede usar, gozar y disponer a su antojo de su derecho de propiedad, no puede tener sino dos limitaciones: o, más claramente expresado el concepto, los ciudadanos no pueden ser privados de su derecho de dominio sino por sentencia judicial o por expropiación, declarada en conformidad a la ley.”* (Actas Oficiales, 1926: p. 122) Reconoce que el derecho público, así como el civil, puede imponer limitaciones (él las llama “servidumbres de derecho público”) al dominio en favor del interés general de la sociedad y pone como ejemplos las líneas de edificación en el trazado de las calles, la altura de los edificios, leyes sobre cementerios, sobre regadío y todas las leyes relativas a salubridad pública (Actas Oficiales, 1926: p. 122, 123). No se altera en forma alguna la inviolabilidad del dominio sino que se está limitando su ejercicio (Actas Oficiales, 1926: p. 123).

La Subcomisión, en sesión de 22 de mayo de 1925, aprobó la indicación de Luis Barros Borgoño, en la que no existía una expresión literal de función social, pero que se ubicaba del lado de las constituciones que la consagraban en otros términos, buscando cumplir con los mismos objetivos. Quedó así, por primera vez en nuestro ordenamiento, consagrada la posibilidad de establecer, por razones de bien colectivo, limitaciones al ejercicio del derecho de dominio, lo que abre un nuevo ciclo doctrinal en la forma de entender el derecho de propiedad y una fuerte palanca de progreso y desarrollo (Evans, 1967: p. 25). En efecto, al amparo del nuevo texto constitucional se dictaron numerosas leyes en que se reconocía la preeminencia del interés colectivo: Código de Aguas, Ordenanza General de Construcciones y Urbanización, Ley General de Ferrocarriles, Ley General de Caminos, Ley de Reforma Agraria de 1963, entre muchas otras (Evans, 1967: p. 25).

2. Fortalecimiento de la cláusula hacia 1970.

2.1. El primer gobierno de Ibáñez.

Una vez dictada la Constitución de 1925, Chile comenzó un importante proceso de cambio, que moderniza el Estado y lo aleja de la tradicional República decimonónica. En lo político, del liberalismo aristocrático y censitario se da inicio al sistema de la democracia de masas, incorporándose como actores determinantes las capas medias y bajas de la población. La democracia, que Heise denomina “social”, se apoya en el reconocimiento constitucional del nuevo concepto de propiedad, que incluye su función social, en la introducción de la seguridad social (...) y de la progresión de los impuestos (Cristi, Ruiz-Tagle, 2006: p. 116). En lo jurídico, el principio de la autonomía de la voluntad se ve disminuido ante el inicio de un proceso de “proteccionismo jurídico”; y en lo económico, el liberalismo clásico que inspiró la política económica chilena durante el siglo XIX cedió su lugar a un sistema de intervencionismo y planificación estatal de la economía y la producción (Brahm, 2012: p. 234). Todo ello da lugar a un fuerte crecimiento del Estado, fundamentalmente bajo el gobierno de Ibáñez, influenciado por la política de robustecimiento del Estado aplicada por Bismarck en el Imperio Alemán, y por la tendencia inevitable de estatizaciones de la economía nacional que provocó la Primera Guerra (Brahm, 2012: p. 236).

En esta época, ya nadie discute si el Estado debe o no intervenir en la vida económica de las naciones y, según la filosofía jurídica contemporánea, esta intervención no tiene ni debe tener limitaciones: *“Este nuevo concepto del Estado, que hace de él un poder organizador de los intereses particulares, es una consecuencia del industrialismo y de la gran guerra”* (Heise, 1960: p. 100).

Durante su primer gobierno, Ibáñez impulsó diversas políticas públicas que tenían impacto en el derecho de propiedad y eran claras manifestaciones de la nueva formulación constitucional del dominio y la función social. Quizás la más importante sería la relativa a la limitación de los latifundios, con el objeto de aumentar la producción agrícola. En el Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 1928, señalaba que su gobierno estimaba que el aumento de la producción agrícola era de primera importancia, por lo que sometería a la aprobación del Congreso un proyecto sobre subdivisión de la propiedad y formación de colonias agrícolas, tanto en terrenos de la zona central como en terrenos fiscales de

colonización, lo que posibilitaría también la industrialización del país, para resolver lo que consideraba un problema social y económico (Brahm, 2012: p. 249).

Importancia tendría, también, la normativa de la Caja de Colonización Agrícola (Ley 4.496), por medio de la cual el gobierno buscaba potenciar la producción promoviendo, a la vez, la colonización nacional y extranjera primero en el sur del país, y luego en la zona central. Ibáñez señalaba que las expropiaciones que se hicieran para implementar el plan gubernamental en ningún caso significaba un desconocimiento de su derecho, sino que una regulación en beneficio del interés nacional, pues sostenía que sólo el trabajo podía generar la propiedad, y cuando esta no era objeto de trabajo debía ser subdividida en pos de satisfacer las necesidades de producción del país (Brahm, 2012: p. 251).

Las ideas ibañistas sobre la propiedad, que permitían consolidar su proyecto político, estaban relacionadas con el respeto irrestricto a la garantía, pero siempre con sujeción del ejercicio del derecho a las contingencias del interés colectivo. El Estado debía fomentar la propiedad para el mayor número de ciudadanos, subdividiendo tierras como medio de estabilidad social, bienestar y producción, los principales objetivos de la cláusula de función social de la propiedad (Brahm, 2012: p. 249).

En materia de predios urbanos, la principal normativa dictada durante ese gobierno fue la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización (DFL n° 345 de 1931), por medio de la cual se establecían fuertes limitaciones al ejercicio del dominio originadas en la voluntad del legislador de regular en detalle la forma en que debían ser construidos los edificios, como también, y fundamentalmente, el orden en que debían desarrollarse las ciudades (Brahm, 2012: p. 253). Para el profesor Enrique Brahm, con el primer gobierno de Carlos Ibáñez del Campo se inicia en la historia de nuestra legislación un proceso de “socialización” y “debilitamiento” del derecho de propiedad (2012: p. 254), el que culminará con la llegada del Golpe de Estado de 1973.

2.2. La “República Socialista” y el segundo gobierno de Alessandri.

En 1932, Marmaduke Grove, Comandante de la Fuerza Aérea, instauró en Chile una República Socialista, que si bien tuvo una corta vida fue una profusa fuente de

legislación “socializante” del derecho de propiedad. Tras dos meses, asumió el poder Carlos Dávila, quien inició un programa de reformas tendientes a expropiar, subdividir y explotar colectivamente la tierra, utilizando para ello la recién creada Caja de Colonización Agrícola (Mirow, 2011: p. 1208). El 12 de septiembre del mismo año, la República Socialista llegó a su fin, y a ella le siguió un segundo gobierno de Alessandri, quien por medio del Comisariato General de Sustancias y Precios creado durante el gobierno de Dávila, impulsó la industria y desarrolló un programa de reforma agraria basado en la concepción del derecho de propiedad de la Constitución de 1925 (Mirow, 2011: p. 1208).

Como podemos apreciar en las líneas precedentes, a menos de diez años desde la promulgación de la Constitución, en Chile se dictó una importante normativa que podemos caracterizar como “social”, base de muchas de las posteriores reformas y de alto contenido “funcional” en relación al derecho de propiedad.

2.3. Los gobiernos radicales, el segundo gobierno de Ibáñez y la Reforma Agraria de 1963.

El período en que estuvieron los radicales en el poder (1938-1952), la política económica de la industrialización buscaría materializarse con el impulso de la Corporación de Fomento de la Producción, entidad que estuvo destinada a planificar y dirigir la economía del país. Así también, se impulsó un programa mucho más profundo de reforma agraria, que buscaba consolidar una sociedad de pequeños propietarios por medio de la subdivisión de los latifundios (Mirow, 2011: p. 1208). La vuelta de Ibáñez en 1952 trajo también una excesiva intervención estatal en la economía nacional, estableciendo precios y nuevos regímenes tributarios, lo que llevó a la Corte Suprema a rechazar la normativa en su control de constitucionalidad. Pese a ello, la propiedad había sido redefinida lo suficiente como para permitir una legislación de amplio alcance, que limitara el ejercicio del derecho de propiedad (Mirow, 2011: p. 1208).

El proceso de reforma agraria iniciado en 1962, mediante la dictación de la Ley 15.020 bajo la presidencia de Jorge Alessandri, significa por su éxito -muy probablemente- la consolidación de la cláusula de función social de la propiedad en nuestro ordenamiento (Mirow, 2011: p. 1209), pues -a partir de ella- la norma de expropiación de latifundios y su

repartición conllevaba la obligación de sembrar los predios (artículo 1¹¹).

Además, permitió la transformación de la Caja de Colonización Agrícola en la Corporación de Reforma Agraria (CORA, artículo 11), para supervisar el proceso de expropiación; creó el Consejo Superior de Fomento Agropecuario (CONFSA, artículo 4), para garantizar el aprovechamiento eficaz de la tierra; y convirtió el Consejo de Investigaciones Agrícolas en el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP, artículo 12), para proporcionar asistencia técnica y crediticia a los campesinos. Este proceso, exitoso pues la expropiación estaba justificada por el cumplimiento de una función social de la propiedad agraria y de la destinada a obras públicas, debió desarrollarse en el marco de una reforma constitucional al artículo 10 n° 10 de la Constitución de 1925, la que apuntó a someter a normas especiales de expropiación los predios rústicos abandonados o mal explotados, como establecer la posibilidad de tomar posesión de éstos previo pago de sólo un 10% del total de la indemnización, y de obras públicas de urgente realización, permitiendo a la autoridad tomar posesión del bien incluso antes de existir acuerdo o resolución judicial definitiva acerca del monto de expropiación (Evans, 1967: p. 29).

La década de los sesenta, acompañaba este proceso con la complicidad de la Alianza para el Progreso y de las políticas que Estados Unidos adoptó para frenar el efecto que provocaría la Revolución Cubana en Latinoamérica. Por su parte, la Doctrina Social de la Iglesia había logrado permear en esta época hasta en el programa del Partido Conservador, el que aceptó y promovió la idea de la función social de la tierra (Mirow, 2011: p. 1210).

2.4. Los gobiernos de Frei Montalva y Allende.

Durante la presidencia del demócratacristiano Eduardo Frei, se dio lugar a un segundo proceso de reforma agraria (Ley 16.640 de 1967), el que esta vez incluía no sólo a

¹¹Artículo 1°: “El ejercicio del derecho de propiedad sobre un predio rústico está sometido a las limitaciones que exijan el mantenimiento y progreso del orden social.

Está sujeto, especialmente, a las limitaciones que exija el desarrollo económico nacional y a las obligaciones y prohibiciones que establece la presente ley y las que contemplen las normas que se dicten en conformidad a ella.

Todo propietario Agrícola está obligado a cultivar la tierra, aumentar su productividad y fertilidad, a conservar los demás recursos naturales y a efectuar las inversiones necesarias para mejorar su explotación o aprovechamiento y las condiciones de vida de los que en ella trabajen, de acuerdo con los avances de la técnica.”

los predios incultos, sino que también a aquellos que fuesen de determinada dimensión y perteneciesen a un solo dueño (artículo 2¹²).

La idea de Frei sobre la función social estaba fundada en la regulación social del ejercicio de la propiedad. Es decir, se entregaba protección jurídica a aquellos propietarios que eran capaces de cumplir con el determinado orden social que el mismo derecho exige (Mirow, 2011: p. 1211), misma fórmula planteada por Duguit en sus trabajos (2007 p. 211). El debate en torno al proceso de profundización de la reforma agraria motivó una nueva reforma constitucional (1967), la cual vino a acentuar el concepto de función social del dominio -consagrándola literalmente-, facilitar la difusión de la propiedad y habilitar al Estado para ejecutar expeditamente las obras públicas (Evans, 1967: p. 32).

Lo que se buscaba con el proyecto de reforma (que se presentó en 1964) era hacer la propiedad accesible a la mayor cantidad de ciudadanos posible, pues si ésta era imposible de obtener por las grandes mayorías, la garantía constitucional no tenía sentido alguno. Además, según explica Evans, comisionado del proyecto de reforma, existía un profundo interés de Frei por armonizar nuestra Constitución con los criterios dominantes en el constitucionalismo moderno, que refuerza la función social y que agiliza los procesos expropiatorios (1967: p. 35). El texto definitivo que consagró la cláusula en el inciso 2° del numeral 10 señaló:

“Artículo 10, La Constitución asegura a todos los habitantes de la República, n° 10: El derecho 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 sus 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 públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes”

¹²Artículo 2°: “Con el objeto de que la propiedad agraria cumpla su función social, declárese de utilidad pública y autorízase la expropiación total o parcial de los predios rústicos que se encuentren en cualquiera de las situaciones que se expresan en los artículos 3° y 4° a 13° inclusive, de la presente ley.”

Para el profesor Evans, la consecuencia de haber adoptado este texto como definitivo era clara: la propiedad tiene que cumplir una función social, en los casos y con los resguardos formales prescritos por la Constitución. Puestos en esta situación, el titular del derecho afectado con una obligación o limitación por razón de función social, no tiene derecho a indemnización (1967: p. 406). Este razonamiento ha sido corroborado por la mayoría de la doctrina, pues -según el razonamiento que hemos seguido en este estudio- las limitaciones establecidas en razón de la función social y que no afecten el contenido esencial del derecho, son parte de la acción legislativa delimitadora del derecho de propiedad y, por tanto, no representan una limitación externa que amerite la indemnización en favor del titular del dominio.

La llegada al poder de Salvador Allende y el desarrollo de su programa, implicaba una progresiva ofensiva en contra de la propiedad privada, pues para el cumplimiento de la tarea de la Unidad Popular (transformar el Estado liberal en un Estado obrero) era necesario que el Estado tuviese el completo control de los medios de producción y de sectores estratégicos de la economía nacional (Mirow, 2011: p. 1212).

Para ello, el Gobierno adoptó medidas que estaban vinculadas a la función social, relacionadas a la estatización de facto de la banca, la que se realizó por medio de la compra de acciones, con el objetivo de *“dar más créditos a los pequeños y medianos empresarios, para impedir que los monopolios lo acaparen”*, pues *“los controles indirectos se han mostrado ineficaces para prevenir operaciones ilegales, o para descentralizar el crédito, o para orientarlo en su uso como instrumento ejecutivo de planificación”* (Allende, 1970); la nacionalización del cobre, que implicó la reforma constitucional al artículo 10 n° 10 (Ley 17.450, del 16 de julio de 1971), por la cual se estableció que *“la ley podrá nacionalizar o reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros...”*, cuando el interés nacional lo exigiera, así como la declaración de que *“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”*, lo que constituye una expresión mucho más intensa de la facultad normativa del legislador sobre la propiedad; y la profundización de la reforma agraria .

El Golpe Militar de 1973 puso fin al proyecto socialista, marcando además un quiebre en materia de política económica con toda la tradición acumulada desde 1925, robusteciendo el derecho de propiedad, en el entendimiento de que era su debilitamiento, producido por el fenómeno de “socialización” iniciado con Alessandri e Ibáñez, una de las principales causas de la crisis institucional que desencadenó la dictadura de Augusto Pinochet.

3. Debilitamiento progresivo: Constitución Política de 1980.

La entrada en vigencia del Acta Constitucional n° 3 de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), de 13 de septiembre de 1976, marca el comienzo del debilitamiento de la cláusula de función social, toda vez que se restringe su alcance, y las limitaciones u obligaciones impuestas por ley en virtud de ella, se mirarán como expropiación (y, por tanto, indemnizable) si producen la privación de alguno de los atributos esenciales del dominio (Evans, 1986: p. 369). Sin embargo, no es posible estudiar el fenómeno de debilitamiento de la cláusula sin antes reparar en las disposiciones emanadas desde la Junta de Gobierno, desde los primeros días de su mandato.

El mismo 11 de septiembre de 1973, la Junta Militar emanó el Bando n° 5, procurando dar un cauce jurídico a su intervención. En éste se señalaba, entre los fundamentos del Golpe de Estado, que el gobierno de Allende ha incurrido en una grave ilegitimidad al quebrantar los derechos fundamentales, entre los que nombra el derecho de propiedad, haciendo clara referencia a las medidas adoptadas para consolidar la reforma agraria y las expropiaciones de predios e industrias (Fermendois, 2010: p. 228). A mayor abundamiento, en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno (1974) se señalaba que la actuación del nuevo gobierno descansaba en los principios de la tradición cristiana del hombre y la sociedad y el principio de subsidiariedad del Estado, según el cual éste debe respetar la libre iniciativa económica y la propiedad privada.

En este contexto, según el profesor Fermendois (2010: p. 214), los objetivos específicos más prioritarios del constituyente en materia de propiedad fueron:

1. Una constitucionalización más completa del derecho de propiedad, disminuyendo las facultades del legislador para actuar sobre él;
2. La protección última de la propiedad, mediante la creación del concepto de la intangibilidad de su esencia;
3. El mejoramiento de las garantías ante la expropiación, o Estatuto Constitucional de la Expropiación;
4. El reconocimiento constitucional de la propiedad intelectual;
5. La creación de un camino jurídicamente abierto para acceder a la propiedad, garantizados en la Constitución (artículo 19 n° 23 CPR).

Sin embargo, cabe destacar que al interior de la “Subcomisión de Reforma Constitucional en lo relativo al Derecho de Propiedad”, ya existía acuerdo sobre el hecho de que en la actualidad no se concibe la consagración del dominio sin que su titular, al mismo tiempo, cumpla con la función social que éste lleva *implícito* (diciembre 1973). Efectivamente, “*hubo consenso en la Subcomisión en orden a que la función social no es una obligación anexa del propietario, sino que es un elemento que forma parte del derecho. Así por ejemplo, la propiedad agrícola no puede ser ejercida sino en el sentido de proporcionar a su titular y a la comunidad toda, los alimentos y recursos necesarios para su subsistencia*” (Historia de la Ley, artículo 19 n° 24¹³: p. 11). Así lo ratifican las sucesivas intervenciones en la CENC del Presidente de la Subcomisión, José María Eyzaguirre (Historia de la Ley: p. 50, 52, 116, 128, 131, etc.) y de otros subcomisionados (Figueroa, Philippi, Ruiz).

La discusión desembocó en la necesidad de redactar la cláusula de función social de la forma más precisa posible (Eyzaguirre, Ruiz, Rodríguez), lo que encontró su oposición en quienes sostenían que el contenido concreto de la cláusula debía quedar entregado a los Tribunales de Justicia (Urenda) (Historia de la Ley: p. 176-178). En este sentido, se optó por definir la función social en los términos siguientes: “*La función social obliga a emplear la propiedad en el fin que le es natural, en armonía con los intereses colectivos*” (Historia de la Ley: p. 237).

En este contexto, en la CENC se abordó el problema de las causales que ceñirían la

¹³En adelante, nos referiremos a este texto solamente como “Historia de la Ley”.

función social de la propiedad, teniendo particular relevancia la opinión a este respecto del comisionado Jaime Guzmán. Para él, en concordancia con lo dispuesto por el Papa Juan XXIII en la encíclica “Mater et Magistra”, la propiedad *“es un derecho individual al cual es inherente una función social (...) realidad común a todos los derechos (...) pues todos ellos deben ser ejercidos en un contexto armónico que se ha llamado el bien común”* y, por lo tanto, cualquier enumeración que pudiese hacerse como cauce de la función social quedaría comprendida en el concepto de bien común (Historia de la Ley: p. 424). Ahora bien, ¿qué se entiende en el seno de la CENC por “bien común”? Ello se reflejaría en lo dispuesto para el artículo primero del futuro texto constitucional: *“conjunto de condiciones sociales (...) que hacen posible a todas y cada una de las personas alcanzar su propio fin individual”* (Historia de la Ley: p. 424).

Este planteamiento fue criticado por los comisionados Rodríguez, Ortúzar, Silva Bascuñán y Evans. Este último señaló que la concepción misma de “bien común” tiene su expresión en la de función social de la propiedad, en tanto en ésta se encuentra radicada la conjunción entre el derecho del propietario y el bien común (Historia de la Ley: p. 429). Por su parte, Rodríguez señaló que *“una enumeración de los conceptos que la función social de la propiedad comprende, es más útil que una definición, porque representa una mejor garantía para el propietario. Una definición simplemente vinculada con el bien común es un marco de referencia demasiado amplio. En cambio, la enumeración tiene, a su juicio, la ventaja, por la mecánica del debate parlamentario, de permitir, por decirlo así, encauzar el debate a los casos determinados y concretos, obligando, por una parte, al proponente del proyecto y a los que lo defiendan, a apoyarse en algunas de las causales que habiliten la limitación y que están comprendidas dentro de la enumeración y con ello el debate sería mucho más certero...”* (Historia de la Ley: p. 448).

Así también, indicó que la función social no sólo configura el derecho de propiedad, sino que también actúa como una limitante externa, pues autorizaría a que por razones totalmente ajenas a la conducta del propietario (por ej. razones de interés público), se justifique una limitación en aras de la función social que debe cumplir la propiedad (Historia de la Ley: p. 466). También Ortúzar planteó que la fórmula propuesta por Guzmán era extremadamente peligrosa, pues el legislador no tiene libertad para imponer

limitaciones u obligaciones a la propiedad, en nombre de su función social -libertad que reconocería Jaime Guzmán al intentar remitir ésta al bien común-, sino que debe remitirse a un determinado tipo de contenidos, a la hora de regular el derecho (Historia de la Ley: p. 450). Finalmente, Silva Bascuñán hizo referencia a la importancia de mantener *“las fuentes, tipos o categorías que expliquen las limitaciones o las obligaciones que el legislador imponga a la propiedad que se tiene.”* (Historia de la Ley: p. 452).

Tras los aportes realizados por la CENC, el Consejo de Estado acordó, en Sesión del 23 de enero de 1979, el texto definitivo sobre función social, introduciendo a la propuesta de la primera sólo una modificación, esta es, el cambio del enunciado “los intereses generales del Estado” por el de “los intereses generales de la Nación” (inciso 2º) (Historia de la Ley: p. 1056), que pasó a formar parte de la Constitución de 1980, y que fue el que sigue:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas, n° 24 El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede 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. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental...”

Señalábamos antes que el nuevo texto constitucional restringía el alcance de la función social, pues esta vez acota las causales que hacen posible su operatividad: interés general de la nación -fórmula que busca que la aplicación de la cláusula no beneficie en particular a algún grupo social o económico determinado-, seguridad nacional, utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, restricciones que harían compatible el texto y la concepción filosófica-jurídica que intentaba imponerse (Evans, 1986: p. 379).

Sin embargo, Fermandois discrepa de este planteamiento, señalando que el tratamiento dado a las causales que hacen procedente la aplicación de la cláusula de función social sigue siendo vago, impreciso, lo que pugna con las normas que velan por el derecho de propiedad, dejando a la jurisprudencia una tarea “excesiva” (2010: p. 312). De esta manera, quedarían sentadas, a su juicio, las bases para una contradicción formal en la Constitución Política vigente, toda vez que es posible identificar fortalecimientos específicos del derecho de propiedad que no se condicen con el mantenimiento de una cláusula -expansiva de las cargas al dominio- extraña a nuestro derecho hasta 1967 (Fermandois, 2010: p. 313).

En efecto, la formulación del principio de subsidiariedad en el capítulo de las Bases de la Institucionalidad y el reforzamiento del derecho de propiedad con normas como la del “contenido esencial de los derechos” (artículo 19 n° 26 CPR), necesariamente repercuten en el alcance y el sustrato constitucional de la función social (Fermandois, 2010: p. 314). Para este profesor, la función social no presta mayor utilidad en el texto, es un concepto innecesario, pues todos los derechos fundamentales, y con ellos la propiedad, están sometidos al natural balance de intereses individuales y sociales, como lo han resuelto los tribunales constitucionales europeos (Fermandois, 2010: p. 316).

Respecto de lo señalado por este profesor, me parece que el gran problema de su planteamiento reside en que la pretendida “contradicción formal” sería una pura aspiración suya, referida a la tensión que existiría entre lo *buscado* por la Junta de Gobierno y lo finalmente *aprobado* por ésta. Señalo esto, pues él mismo es quien señala que ante conceptos tan “amplios”, “vagos” y “polémicos” (intereses generales de la Nación, utilidad pública y seguridad nacional), la tarea de dar contenido a éstos ha sido radicada en la jurisprudencia (Fermandois, 2010: p. 313). Si la aspiración, reitero, del autor en comento es la de “constreñir” al legislador o “iluminar” al juez por vía de los principios que inspiraron la redacción del inciso 2° del artículo 19 n° 24, es precisamente esa aspiración la que contraviene lo discutido y aprobado, en definitiva, por la CENC.

Una opinión contraria a Fermandois sostiene Mirow, quien señala que resulta particularmente extraño que la Constitución de 1980, con la inspiración neoliberal que tiene, no haya definido y consagrado al derecho de propiedad como un derecho natural

absoluto e inviolable y que, al contrario, provea al Estado de un control completo de la propiedad (2011: p. 1213). Sin embargo, agrega que fue precisamente este control sobre el estatuto de la propiedad el que permitió a Pinochet revertir todas las políticas de redistribución de las tierras y de estatización de la industria para poder desarrollar su proyecto político (2011: p. 1214).

4. La situación actual en nuestra jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional chileno (TCCH), en diversas oportunidades, ha admitido una serie de limitaciones legales al dominio, entendiendo que éstas son realizadas al amparo de la cláusula de función social de la propiedad privada. Para ello, ha seguido un criterio que la misma Magistratura ha denominado “densidad normativa” (STC 370 de 2003), según el cual el legislador, junto con imponer la limitación u obligación, debe señalar en qué consiste ésta, quién está sometido a ella, cuál es el motivo de función social que la justifica, quién debe fiscalizar su cumplimiento, etc. (Considerando 31°).

En primer lugar, ha validado la obligación legal de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, pues las playas *“son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la Nación toda. En razón de la función social que debe cumplir el ejercicio del derecho de dominio la autoridad, en este caso el legislador, puede regular el acceso a dichos bienes, a través de los predios colindantes, para que no se desnaturalice el concepto de que son de la Nación toda. Lo que no puede hacerse es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone”* (STC 245 y 246 de 1996, acumulados, Considerando 28°). Este criterio ha sido reiterado en las sentencias 1141 (Considerando 9° letra c) y 1215 (Considerando 19°), ambas del año 2009.

En segundo término, ha considerado que se ajustan a la Constitución los porcentajes de terreno que el urbanizador debe destinar y donar para áreas verdes y equipamiento comunitario, señalando que *“las destinaciones gratuitas en estudio (...) robustecen el*

derecho de propiedad, pues persiguen, básicamente, evitar el deterioro de las propiedades vecinas, para lograr un desarrollo armónico y equitativo de las ciudades frente a aquel que, con legítimo derecho, solicita modificar el entorno urbano existente en su propio y personal beneficio; y d) se trata de esta manera de conciliar en forma prudente y justa los intereses personales del urbanizador con los de la sociedad toda, arbitrando los medios necesarios para que el Estado cumpla su fin primordial, cual es el bien común, mediante la creación de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos que la Constitución asegura.” (STC 253 de 1997, Considerando 10°).

Así también, ha considerado que el cambio del precio de un contrato (de servicios eléctricos en la especie), que pasa de ser libre a regulado, es una regulación completamente legítima, señalando *“Que la relación contractual entre las partes incidía entonces en la producción de un servicio esencial a la población, lo que denota la relevante función social de los derechos con que emprendían en ella. Fue en esta materia que el legislador pudo, como denota el debate legislativo, exhibir razones derivadas de exigencias de utilidad pública, para disponer, para lo futuro, un nuevo sistema de precios a fin de disminuir riesgos de daños a la población que apreció como severos, en caso de mantenerse el sistema hasta entonces vigente y que sirvió a las partes para fijar sus precios contractuales. Ello justifica limitaciones y regulaciones a la propiedad que, en caso alguno, podrían tolerarse en otra clase de relaciones entre particulares.” (STC 506 de 2007, Considerando 34°). Agregando, además, que “en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad.” (Considerando 36°).*

Finalmente, el TCCH ha considerado que el soterramiento de redes eléctricas es una limitación legítima, que puede establecer el legislador, señalando para ello que *“las limitaciones al dominio (...), ´importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros´ (Aylwin, Patricio; Derecho Administrativo; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); han sido definidas como ´aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último´ (Rajevic, Enrique; Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada; en Revista Chilena de Derecho; Vol. 23 N° 1, pág. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar (STC 1295/2009)” (STC 1669 de 2012, Considerando 90°). Agrega, en seguida, que *“el soterramiento es una obligación que emana de la función a que está afecta la propiedad de la concesionaria que ocupa bienes nacionales de uso público. Se trata de una obligación destinada a despejar de la simple vista y ´sumergir´ todo tipo de instalaciones (postes, cables, transformadores, etc.) de las calles, plazas, avenidas y parques que el municipio determine, para proteger o conservar bienes jurídicos que legitiman dichas imposiciones, como la conservación del patrimonio ambiental. No escapa a este Tribunal el hecho de que el Municipio haya invocado, para fundar la ordenanza impugnada en la gestión pendiente de estos autos, la seguridad de las personas y la descontaminación visual del espacio aéreo” (Considerando 91°). Este mismo razonamiento se repite en la STC 1993, del mismo año, al que se agregan importantes definiciones que respecto de la función social ha tomado el Tribunal Constitucional chileno (Considerando VIII).**

De este conjunto de fallos es posible desprender una variedad de criterios que el TCCH ha ido reiterando en el tiempo, entre los que hay que contar:

1. Las limitaciones realizadas en virtud de la función social deben ser razonables, no deben ocasionar daños innecesarios ni sus efectos ser intensamente gravosos, que inviable hagan del ejercicio de la propiedad.
2. Las limitaciones pueden ser los medios idóneos para que otros bienes jurídicos no sean desnaturalizados (bienes nacionales de uso público, por ej.).

3. Las limitaciones no pueden significar privaciones ni afectaciones al núcleo esencial del derecho de propiedad.

La Corte Suprema.

Nuestra Corte Suprema, en el fallo “Galletué con Fisco”¹⁴, ha entregado importantísimas directrices y ha asentado una doctrina, en relación a la responsabilidad del Estado en cuanto establece limitaciones al derecho de propiedad. En efecto, esta magistratura señaló que *“aunque basada en la ley (la prohibición establecida en el DS n° 29), redundando en graves daños para los dueños de Galletué, que han acatado la decisión de la autoridad, no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado...”*, con lo que pone de manifiesto la importancia que reviste para este Tribunal el *quántum* de la regulación de que se trate. Además, su interpretación fundada en la equidad y la justicia, la lleva a otorgar una indemnización por causa de la limitación, toda vez que ésta no se encuentra expresamente prohibida en la Constitución.

Esta misma línea argumentativa se expresaba en “Lolco con Fisco” del año 2004. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago había dictado sentencia en noviembre de 2003, señalando que correspondía al Estado, basándose en la justicia y equidad, indemnizar los daños causados por una actividad normativa lícita. Sin embargo, al resolver el recurso de casación en el fondo que dedujo el Fisco –y con las limitaciones que implicaba esta instancia procesal- lo acogió, cambiando el rumbo existente en la materia hasta ese momento. En este sentido, la Corte Suprema reprocha la extensión que se hace del artículo 19 n° 24 inciso 3° a las hipótesis de limitación del inciso 2°, en cuanto a la indemnización que debe el Estado al titular expropiado (Considerando 38°); así también, señala que el fallo del Tribunal de Alzada carece de argumentación jurídica en relación a la supuesta “responsabilidad sin falta” (Considerando 40°). En un comentario a esta sentencia, el profesor Álvaro Quintanilla manifiesta: *“El contenido dogmático, enfáticamente formulado por la 3era Sala de la Corte Suprema, deja las cosas en claro: no cabe indemnización por*

¹⁴SCS del 7 de agosto de 1984. Los copropietarios del predio “Comunidad Galletué” se habían dedicado a la explotación de madera de “Araucaria Araucana” durante largo tiempo. La dictación del Decreto Supremo n° 29 de 1976, que buscaba aplicar la Convención para la protección de la flora y fauna y las bellezas escénicas naturales de América (1940), declaró a esta especie como Monumento Nacional, con lo que establecía su inviolabilidad y la prohibición absoluta de su corte.

daños causados por actos jurídicos legítimos de la Administración y que realizan el poder legal de fijar el contenido del derecho de propiedad y concretar su función social, compitiendo a la ley determinar el modo de gozar del derecho de dominio.” (2004: p. 7)

Por otra parte, un importante referente, en cuanto a la doctrina emanada de nuestra Corte Suprema, lo encontramos en la sentencia de “Maullín con Fisco”, del año 2004¹⁵. En ella, la CS acogió el recurso de inaplicabilidad deducido por afectar el contenido esencial del derecho de propiedad. En votación de mayoría, siguiendo a Evans (“Los derechos Constitucionales”), optó por dar una interpretación sumamente estricta a la cláusula de función social de la propiedad. En efecto, en su considerando sexto, indica que no puede transformarse el concepto de “interés general de la nación” en un pozo sin fondo, pues el constituyente ha querido hacer de este criterio una excepción para el intérprete.

Sin embargo, en el considerando octavo señala que en la referida ley podría reconocerse el cumplimiento del mandato constitucional, pero sólo en lo referido a que la conservación de un monumento histórico puede formar parte del interés público general en tanto “interés general de la Nación”. Con todo, la ley en sus artículos 11 y 12 vulnera el contenido esencial del derecho del artículo 19 n° 24 CPR. Las referidas normas de la ley, afectarían las facultades de uso, goce y disposición del dueño, pues éste no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que además está imposibilitado de destruir el bien (Considerando 9°).

Profundiza el razonamiento de la Corte el contraste que se realiza de la ley con su antecedente normativo, el DL 651 de 1925, el que *“demuestra que para el legislador de 1925 resultaba evidente que al propietario del inmueble no se le podía agregar la carga de la restauración, reparación y conservación de un monumento histórico, responsabilidad que tenía que ser asumida por el Estado, pues de lo contrario ello atentaba contra el derecho de propiedad del dueño que ya tenía severas limitaciones por el solo hecho de ser declarado Monumento Histórico un inmueble de su dominio”* (Considerando 10°).

¹⁵SCS Rol 4309-2002, del 18 de junio de 2004, sobre la inaplicabilidad de los preceptos de la Ley de Monumentos Nacionales (Ley 17.288). En ella, la CS acogió el recurso deducido por Inmobiliaria Maullín, por considerar que las normas de la referida ley se traducían efectivamente en una seria restricción a las facultades esenciales del dominio, pues hacían ilusorios los atributos de uso, goce y disposición respecto del “Palacio Pereira” (Considerando 9°).

Esta sentencia, sin embargo, puede ser criticada por la falta de justificación que ofrece la Corte al señalar que los preceptos 11 y 12 de la ley vulneran el contenido esencial del derecho de propiedad, lo que es puesto en evidencia por el voto de minoría, que estuvo por rechazar el recurso (Presidente Libedinsky, Ministros Chaigneau, Marín y Morales). Señala la minoría que *“debe recordarse que el inciso segundo del artículo N° 24 de la Constitución Política de la República, en lo pertinente, prescribe que: Sólo la ley puede 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. Por lo tanto, no es dable sostener que se produzca la contradicción pretendida por el recurrente, entre el citado artículo 19 N° 24 y las normas legales que cuestiona en su libelo, como quiera que, según se ha visto, el precepto constitucional se remite a la ley no sólo para el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad sino que, también, para la regulación de su uso, goce y disposición”* (Considerando 7° del voto minoría).

Conclusiones.

La función social es parte integrante del derecho de propiedad, así lo entiende gran parte de la doctrina comparada y ese razonamiento ha sido incorporado a nuestra Carta Fundamental, en el artículo 19 N° 24 CPR, toda vez que la ley –junto con establecer el modo de adquirir, usar, gozar y disponer la propiedad- puede imponer limitaciones y obligaciones que se deriven de su función social.

Esta cláusula actúa como delimitación interna del derecho, es decir, importa que el ejercicio de éste es inseparable de la función social que la propiedad debe cumplir.

La inclusión de la cláusula de función social en forma literal en el ordenamiento, no determina su existencia en el mismo, pues -más que a su formulación expresa- debemos atender a si el derecho de propiedad se encuentra regulado de forma tal que el interés individual de su titular deba ser compatibilizado con el interés social.

Nuestra Constitución entrega causales más o menos expresas, por las cuales es

posible establecer limitaciones al dominio. En este sentido, el objetivo de la CENC fue reducir las posibles limitaciones que pudiesen encontrar su fundamento en la función social, pero consta en la historia de la ley que ésta se abstuvo de expresar un concepto de la cláusula en el texto mismo y de precisar igualmente qué debía entenderse por utilidad pública, intereses generales de la Nación, etc., de lo que no es posible desprender más que tuvo intenciones de entregar la determinación de esos contenidos, por esencia variables, a la jurisprudencia y al desarrollo doctrinal posterior.

En nuestra doctrina y jurisprudencia, al igual que en la extranjera, existe un relativo consenso en torno a señalar que las limitaciones establecidas por el legislador en razón de la función social de la propiedad, no son indemnizables. Sólo se exceptúan de esta máxima aquellas limitaciones que, en los hechos, importan verdaderas privaciones o afectaciones al núcleo esencial del derecho.

Bibliografía.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006): “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 33 n° 2, sin número de página. Disponible *on line*: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000200005&script=sci_arttext. Fecha última consulta: 17 de noviembre de 2013.

BARNÉS, Javier (1995): “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado* (coord. Javier Barnés), Tecnos, Madrid.

BRAHM, Enrique (1992): “La propietarización de los derechos en la Alemania de entreguerras”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 N° 3, pp. 411-414.

BRAHM, Enrique (2012): “Algunos aspectos del proceso de socialización del derecho de propiedad en Chile durante el gobierno del General Carlos Ibáñez del Campo (1927-1931), en *Rechtsgeschichte Legal History Rg20-2012*, disponible en <http://rg.rg.mpg.de/Rg20> Fecha última consulta: 26 de octubre de 2013.

CARTEI, Gian Franco (1995): “La propiedad en la Constitución italiana”, en *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado* (coord. Javier Barnés), Tecnos, Madrid.

CASTÁN TOBEÑAS, José (1963): *La propiedad y sus problemas actuales*, 2da Edición, Editorial Reus, Madrid.

CHAMBRE, Henri (1966): *El marxismo en la Unión Soviética*, 2da Edición, Editorial Tecnos, Madrid.

COLINA, Rafael (1997): *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, José María Bosch Editor, Barcelona.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2006): “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 19 N° 1, pp. 125-148.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): “Evolución histórica del concepto de propiedad”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 30, pp. 345-385.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2008b): “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 31, N°2, pp. 493-525.

CRISTI, Renato, RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*, LOM Ediciones, Santiago.

DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio (1999): “Sobre la funcionalización del derecho de propiedad”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, N°5. Disponible en http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168495670&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490972&language=es&pag=1&pagenome=RevistaJuridica%2FPage

[%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica](#). Fecha última consulta: 30 de septiembre de 2013.

DUGUIT, León (2007): *Las transformaciones del derecho público y privado* (director: José Luis Monereo Pérez), Comares Editorial, Granada.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1967): *Estatuto constitucional del derecho de propiedad en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

FERMANDOIS, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico, tomo II Regulación, Tributos y Propiedad*, Ediciones UC, Santiago.

FRIEDLAENDER, H. E., OSER, J. (1957): *Historia económica de la Europa moderna*, Fondo de Cultura Económica, México.

GARCÍA, Francisco (2007): “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en *Criterio Jurídico V. 1 N° 7* [en línea, formato PDF], Santiago de Cali, pp. 281-294. Disponible en

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/282> Fecha última consulta: 30 de septiembre de 2013.

GROSSI, Paolo (2007): *Europa y el Derecho* (trad. Luigi Giuliani), Crítica, Madrid.

HEISE, Julio (1960): *150 años de evolución institucional*, Editorial Andrés Bello, Santiago.

IHERING, Rudolph von (1960): *El Fin en el Derecho*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

JOSSERAND, Louis (1982): *Del abuso de los derechos y otros ensayos* (trad. Carlos Valencia Estrada), Editorial Temis, Bogotá.

LOCKE, John (2003): *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (trad. Carlos Mellizo), Alianza Editorial, Madrid.

MINISTERIO DEL INTERIOR (1926): *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (de 1925), Imprenta Universitaria, Santiago.

MIROW, M. C. (2011): “Origins of de the social function of property in Chile” (la traducción es mía), en *80 Fordham Law Review* [en línea, formato PDF]. Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss3/8> Fecha última consulta: 25 de octubre de 2013.

NOVOA MONREAL, Eduardo (1988): *El derecho de propiedad privada. Concepto, evolución y crítica; 2da Edición*, Centro de Estudios Políticos Latinoamericano Simón Bolívar, Santiago.

NOVOA MONREAL, Eduardo (1993): *Obras Escogidas, Una crítica al Derecho tradicional*, Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, Chile, p. 135-158.

QUEZADA, Flavio (2010): “Facultades legislativas configuradoras de los regímenes dominicales”, [en línea, formato PDF] disponible en http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Flavio-Quezada_1252881458.pdf. Fecha última consulta: 1 de octubre de 2013.

QUINTANILLA, Álvaro (2004): “Corte Suprema Caso Lolco: no hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué”, en *Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 12, Santiago.

RÍOS, Lautaro (2010): “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en *Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile. Disponible en http://vlex.com/vid/principio-funcion-social-propiedad-233587645?ix_resultado=3.0&query%5Bbuscable_id%5D=112&query%5Bbuscable_type%5D=Coleccion&query%5Bq%5D=funci%C3%B3n+social+propiedad. Fecha de última consulta: 23 de abril de 2013.

Legislación.

Bando n° 5 de la Junta Militar de Gobierno (1973), disponible en http://enciclopedia.us.es/index.php/Documento:Bando_N%C3%BAmero_05_de_la_Junta_Militar_de_Gobierno_-_Chile. Fecha última consulta: 22 de octubre de 2013.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, disponible en

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Fecha última consulta: 28 de septiembre de 2013.

Constitución de Weimar (del Reich Alemán) de 1919, disponible en <http://www.upf.edu/materials/fhuma/hcu/docs/t5/art/art15.pdf>. Fecha última consulta: 28 de septiembre de 2013.

Constitución de la República Española de 1931, disponible en <http://www1.icsi.berkeley.edu/~chema/republica/constitucion.html>. Fecha última consulta: 28 de septiembre de 2013.

Constitución de la República Italiana de 1947, disponible en <http://www.casacultureivrea.it/costituzione/spagnolo.pdf>. Fecha última consulta: 28 de septiembre de 2013.

Ley Fundamental para la República Federal Alemana de 1949, disponible en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>. Fecha última consulta: 28 de septiembre de 2013.

Constitución Española de 1978, disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf. Fecha última consulta: 29 de septiembre de 2013.

Constituciones Políticas de Chile de 1833, 1925 y 1980. Todas disponibles [on line] en www.bcn.cl.

Otras Fuentes:

Allende, Salvador: Discurso de exposición por radio y televisión sobre la estatización del sistema bancario, del 30 de diciembre de 1970. Disponible en <http://www.salvador-allende.cl/Discursos/1970/Banca.pdf> Fecha última consulta: 25 de noviembre de 2013.

Declaración de Principios del Gobierno de Chile (11 de marzo de 1974). Disponible en http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf

Fecha última consulta: 20 de octubre de 2013.

Encíclicas Sociales de la Iglesia Católica, Ediciones Paulinas, 1989.

Historia de la Ley, Constitución Política de la República de Chile, Artículo 19 n° 24
“El derecho de propiedad”. Disponible en www.bcn.cl.