



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina Facultad de Derecho y Ciencias Sociales:

**“El Derecho de Propiedad en sus Diversas Especies en
relación al Derecho de Propiedad Comunitario Indígena
como crítica a la perspectiva Ius Privatista”.**

Profesor Guía: Ricardo Salas Venegas.

**Alumnas Tesistas: Sandra Sandoval Sanchez.
Javiera Godoy Ulloa.**

Diciembre 2014

INDICE

	Pagina
Introducción.....	3
Capítulo I	
Breve reseña Histórica	4
1 Evolución conceptual de la propiedad.....	4
2 Concepto Liberal Individualista.....	5
3 Consagración Derecho Propiedad.....	6
4 Derecho de propiedad en el Ordenamiento jurídico.....	8
5 Concepción adoptada por el legislador.....	9
6 Evolución Constitucional.....	10
6.1 Primera etapa.....	11
6.2 segunda etapa.....	11
6.3 tercera etapa.....	12
6.4 cuarta etapa.....	13
6.5 intervención militar.....	13
6.6 Constitución 1980.....	14
Capitulo II	
Derecho de propiedad Indígena.....	15
1 Consideración a la palabra Pueblo o Pueblos.....	16

2 Alcance palabra Tierra.....	17
3 Tierras Indígenas en Nuestra legislación.....	18
4 Normativa Internacional.....	20
5 Reconocimiento Constitucional.....	22
Capítulo III	
Contenido de la Propiedad Constitucional.....	25
Capítulo IV	
Función Social como atributo esencial de la propiedad.....	29
Capítulo V	
Función Social Inherente al Derecho de propiedad.....	33
Conclusión.....	39
Referencia Bibliográfica.....	43

INTRODUCCION:

Legislación chilena desde el punto de vista del Derecho de Propiedad

Uno de los principales problemas que plantea el estudio de la propiedad es que trata un asunto multiforme, que exige buscar un método lo bastante adecuado para comprender esencialmente, sin que estos conlleven a una reducción cuyos resultados sean escasamente útiles.

El Derecho de propiedad es un derecho fundamental y, por ende, no debe ser entendido sólo a la luz del Código Civil.

Tanto la Constitución como los Tratados Internacionales reconocen que el Derecho de Propiedad puede ser colectivo, además de individual.

Sólo así se comprende adecuadamente el Derecho de propiedad como un Derecho Fundamental de las comunidades indígenas sobre sus tierras.

En este primer apartado, tenemos por objeto el análisis tanto de la doctrina relacionada con el derecho de propiedad privada desde la perspectiva civilista para desarrollar un enfoque general en relación a este tema, como el análisis jurisprudencial, siendo el principal objetivo extraer criterios que permitan entender con claridad y precisión aquello que comprende la Corte Suprema por derecho de propiedad.

La propiedad privada es una de las formas de propiedad que se ha ido fortaleciendo a partir de la entrada en vigor del Código Civil en 1857.

Nuestra Constitución no define lo que es la propiedad, sino más bien se remite a ella en los art 19 n° 21 y 24 de un modo más bien protector de la misma, *sin realizar con ello una definición de dicho concepto*, por lo cual se ha derivado dicha interpretación de lo que establece el Código Civil, tomando en cuenta su carácter privado, ante esto, cabe a bien considerar que La constitución no se agota en el Código Civil, sino que además se apoya de normas sobre variadas materias y leyes especiales.

I. Breve reseña histórica y consagración normativa del Derecho de Propiedad:

1. ¿Cómo se produce la evolución conceptual de la propiedad hacia la figura jurídica que conocemos en la actualidad?

Como es sabido, toda regulación jurídica es resultado de determinadas variables, que un lugar y época, intervienen en su regulación. De esta manera, el derecho de propiedad de carácter individualista y absoluto; recogido y protegido en el ideario de la Revolución Francesa, es sólo consecuencia de siglos de evolución que determinaron su actual contenido y que aún se encuentra en evolución. Siguiendo a Cordero y Aldunate podemos plantearnos la siguiente pregunta ¿Cómo se produce entonces la evolución conceptual de la propiedad hacia la figura jurídica que nosotros conocemos en la actualidad? Estos autores proponen que el punto de referencia lo constituye la recepción del derecho romano en la Edad Media y el desarrollo del “iuscommune”. Por lo tanto, la clave para dar respuesta a la pregunta sobre el desarrollo conceptual de la propiedad se encuentra en la evolución política de la realidad en la cual se recibirá el derecho romano a partir del siglo XI (Cordero, Eduardo. Aldunate, Eduardo 2008: p. 348)

Enmarcado dentro del conjunto de relaciones caracterizada por el régimen de organización política denominado “régimen feudal”, en donde se produce un desmembramiento de la propiedad entre diversas personas, en diferentes posiciones jurídicas. Dentro de este marco es que los juristas de la recepción, los glosadores y los post-glosadores, van a intentar formular la realidad feudal en términos del lenguaje del derecho romano. Es en este proceso, donde se produciría una prolífica elaboración de conceptos asociados al derecho de propiedad, producto de las características de este régimen social imperante (Cordero Eduardo, Aldunate, Eduardo 2008: p. 358)

Al igual que los jurisprudentes romanos que no partían de la base de un sujeto abstracto titular del derecho, estos concebían el derecho de propiedad no como un “*ius in re*” sino como la misma “*res*”. Esta forma de concebir las situaciones jurídico-reales sobre las cosas no

representaba ningún problema lógico para estos maestros y doctores, pues su concepción de la propiedad no partía de una unidad abstracta y previa.

2. El concepto liberal individualista de la propiedad:

El conjunto de relaciones surgidas al amparo del régimen feudal, propias del antiguo régimen, se verán alteradas por la irrupción de un nuevo pensamiento –*el liberalismo*–, que a finales del siglo XVIII vendría a desplazar la organización política, así como su derecho. Lo anterior sumado al ascenso de una clase –*la burguesía*– que reclama prerrogativas frente a los poderes establecidos por siglos, llevaría a que se produjeran cambios en la forma de conceptualizar el derecho de propiedad.

Como señala Eduardo Cordero, la forma y características que adopta el derecho de propiedad en las fuentes francesas, es el resultado de la asunción del modelo liberal burgués, el que necesitaba de una propiedad libre de cargas, es decir, despojada de los esquemas germánicos propios del mundo feudal.

La construcción de este concepto unitario parte necesariamente de un desmantelamiento de la propiedad dividida, en donde cobra especial relevancia la desvinculación de las cargas feudales. Por su parte, la teoría de los “*pluradominia*”, la variedad de modalidades de aprovechamiento parcial, temporal sometido a cargas, etc., se abandona a partir de la integración de los *iura in re* en la propiedad, esto es, a partir de su construcción y definición por referencia a la propiedad (Cordero, Eduardo. Aldunate, Eduardo 2008: p. 370).

Consecuente con lo anterior, se pasa al paradigma del *sujeto abstracto propietario*, igual y desprovisto de privilegios, el cual es titular de un derecho para usar, gozar y disponer de un bien determinado, no siendo contrario a las leyes y reglamentos. La “lógica del sujeto” en los códigos decimonónicos integra a la propiedad dentro de un sistema de derechos subjetivos, a partir de la figura del *sujeto abstracto propietario*.

En esta nueva perspectiva, el derecho de propiedad es concebido en función de un sujeto, que dentro del supuesto de hecho de la norma, aparece bajo la denominación del

anónimo “el que” o “quien” al que se atribuyen las consecuencias jurídicas previstas en las proposiciones normativas codificadas. De este modo, en el CCF la propiedad se va a consolidar como un derecho subjetivo, que tiene las características de ser absoluto, exclusivo y perpetuo. Como señala Novoa Monreal, la propiedad pasa a convertirse en un derecho “*sagrado e inviolable*”, cuyo rango político queda situado en el mismo nivel de la libertad, recibiendo a un carácter de “*derecho natural e imprescriptible del hombre*” categoría que nunca antes había alcanzado el derecho de propiedad, de igual modo, la propiedad, pasa a ser considerada como una proyección de la personalidad misma del individuo y a ser valorado y protegido con especial vigor con lo cual este derecho se transforma en el pilar básico en el que ha de asentarse el ordenamiento económico, social y jurídico propuesto por el liberalismo. (Novoa, Eduardo 1988: p. 14-15)

3.La consagración del derecho de propiedad en el Código Civil Francés de 1804

La consagración del absolutismo propietario la podemos encontrar en el Código Civil Francés de 1804, en donde caracteriza al derecho de propiedad con el siguiente enunciado: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos*”.

Con la formulación señalada, se prestó para interpretaciones como aquella que señala, que el poder del propietario no estaba sujeto a limitaciones. Sin embargo, la expresión “*de la manera más absoluta*” tiene un sentido, de acuerdo con la *función* que cumple el mencionado Art. 544 del CCF, en el contexto histórico, ya que, en su redacción se quiere dejar de manifiesto la ruptura con el sistema de propiedades del feudalismo y la consagración de un nuevo modelo. (6) (Brahms 1996: p. 7-12).

Ya en la asamblea constituyente, señala Brahms, al discutirse el derecho de propiedad se había partido de la premisa que este sólo merecía protección, en cuanto fuera de utilidad pública. Ésta sería la línea seguida por Napoleón, que a su vez era compartida por Portalis, quien destaca la importancia del “*orden social*”, tanto para el desarrollo como para la organización del derecho de propiedad. Con ello se destaca una dimensión que normalmente

se entiende como poco desarrollada en esta época, como es la dimensión social, restándole en buena parte su carácter de absoluto, como predicado de su matiz individualista (Brahms 1996: p. 7-12).

En este mismo sentido, Novoa señala que durante el curso de la Revolución Francesa surgen críticas a la concepción individualista absoluta de la propiedad. Tal es el caso de Jean Paul Marat, el cual señaló que “solamente admitía legitimidad de una propiedad que no importara despojo del trabajo de los pobres; en todo otro caso la masa podía reclamar sus derechos por la fuerza”, con lo cual, queda de manifiesto que no era uniforme la opinión acerca del carácter absoluto del derecho de propiedad en esta época (Novoa, 1988: p. 46).

La definición de la propiedad, de acuerdo a la clásica tricotomía, como derecho exclusivo, absoluto y perpetuo, íntimamente unido al individuo como sujeto y asentada en la libertad personal, según Brahms, habría sido recién obra de intérpretes del CCF, quienes habrían llenado a este de un pensamiento ajeno a su concepción, en particular la filosofía de Kant, sobre todo en la forma recogida por Savigny y la escuela histórica del derecho. Efectivamente, para este último, el derecho de propiedad no es sólo el “dominio absoluto e ilimitado que una persona tiene sobre una cosa”, sino que también afirma que “la propiedad extiende el dominio de nuestra voluntad a un trozo del mundo exterior”.

Así para Savigny, la propiedad se fundamenta en la libre voluntad del propietario como persona, aprehendiendo la cosa como una relación de sujeto a objeto: la libertad determina el derecho de propiedad, por lo tanto, esta nueva concepción, que sería la que perviviría, sería fruto de la introducción a la norma de la filosofía idealista y liberal Kantiana, sintetizada por Savigny (Brahms 1996: p. 7-12)

De este modo, el concepto de “*socialización del derecho*”, que era la realidad del derecho privado francés en el siglo XIX, particularmente en su primera mitad, pasaría a ser olvidada, para decantar en una concepción mucho más acorde con lo que realmente necesitaba el liberalismo y su aplicación al ámbito económico.

Así llegaría a afirmar Demolombe y otros como Troplong, Aubry y Rau que se trataría de un *“derecho absoluto, la propiedad confiere al titular un poder soberano sobre la cosa, un despotismo completo”*, pasando a olvidarse el ideario original que guió su consagración (Brahms 1996: p. 7-12).

4.El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico chileno:

En el derecho civil, la propiedad se revela como un derecho que se ubica en las relaciones jurídicas privadas, esto es, en las que se entablan entre los individuos como tales, como gobernados. Por ende, bajo este aspecto, la propiedad es oponible a las pretensiones de los sujetos individuales, es decir, a las de las personas colocadas en el plano de igualdad. Como derecho subjetivo la propiedad engendra para su titular tres potestades fundamentales: el uso, el goce y la disposición.

En nuestro medio, la mayoría de los autores coinciden en el concepto, elementos, características y efectos del derecho de propiedad. De tal manera, existe cierta comodidad en definirlo tal cual lo hace el CC., en su artículo **Art. 582**, que señala *“el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”*.

Resaltando que el concepto del C.C, distingue acertadamente, entre la cosa y del derecho real de propiedad que puede recaer sobre la cosa corporal o incorporal (Barcia, 2010: p.28)

A su vez Daniel Peñailillo señala que el CC resalta que tal definición es consecuencia de una concepción *analítica* del dominio, que lo concibe como un conjunto de facultades o prerrogativas identificables y de cierta autonomía y, por tanto, con un criterio cuantitativo se dedica a enumerar las facultades que este derecho confiere al propietario sobre el objeto de su derecho (Peñailillo, 2010: p.42)

5. La concepción de derecho de propiedad adoptada por el legislador chileno

La doctrina se pregunta cuál fue la concepción de derecho de propiedad que habría sido recepcionado por Andrés Bello al redactar el Art. 582 del CC. En principio, como señala Brahm, cabría pensar en la posibilidad de que Bello, que había entrado en contacto con la escuela histórica del derecho, leído a Savigny y que tuvo la oportunidad de conocer a uno de los exponentes de la interpretación más liberal e individualista como el economista francés Courcelle-Seneuil, habría adherido a dicha concepción a la hora de estructurar el Art. 582 del CC (Brahm 1996: p. 7-12)

No obstante lo anterior y, frente a dicha posición, se señala que la definición de propiedad, contenida en el código de Bello, estaba estructurada en su esencia desde muy antiguo. Tal argumento se tiene en cuenta a partir de la colección de manuscritos que el jurista habría dejado, en donde por lo demás, no hay ninguna referencia respecto a las fuentes inspiradoras del mismo. A su vez, se afirma que los autores en que más se apoyó Bello, fueron por una parte Pothier, Delvincourt y Rogron siendo estos de los más antiguos, mientras que de los exponentes de un concepto más individualista y subjetivista sólo habría consultado a Troplong (Brahm 1996: p. 7-12).

6. Evolución Constitucional:

6.1 Primera etapa. Desde 1833 hasta 1925:

La constitución de 1833 inspirada en los textos constitucionales liberales consagró en su capítulo segundo: “Derecho Público de Chile”, art 12 N° 5 el derecho de propiedad que asegura a todos los habitantes de la República:

“la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, por pequeño que sea o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo exija uso o enajenación de alguna;

lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él o se evaluare a juicio de hombres buenos”.

Este principio constitucional permaneció vigente hasta 1925.

6.2 Segunda etapa. Desde 1925 hasta 1963:

El constituyente de 1925 estableció las normas de propiedad en la siguiente forma: Art 10: la constitución asegura a todos los habitantes de la República N°10 la inviolabilidades de todas las propiedades sin distinción alguna.

Las características de la Garantía constitucional del Derecho de Propiedad en la Constitución de 1925 pueden señalarse lo siguiente:

- **Respeto de la inviolabilidad de la propiedad**, sobre el punto la Constitución de 1925 se limitó a perfeccionar el principio constitucional contenido en la Carta de 1833.

-En relación al inciso segundo del Art 10 N° 10 se introducen modificaciones importantes: la primera de ellas, que reemplaza “la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción de las que pertenezcan a **particulares o comunidades**” por la de “inviolabilidad de todas las propiedades **sin distinción alguna**”. Esta modificación tuvo importancia hacia el futuro, con ello se establece claramente que la Constitución de 1925 ampara las propiedades constituidas por cuerpos ciertos (muebles e inmuebles) y además, todo tipo de dominio sobre toda clase de bienes, es decir la garantía constitucional alcanza todo aquello que tenga un significado patrimonial y cualquiera sea su dominación protegida por el Art. 10.

Esta segunda etapa en la evolución constitucional del Derecho de Propiedad si bien es cierto consagra su inviolabilidad, establece al también **el principio de la propiedad función-social**, contenido en el inciso tercero del Art 10 N°10.

6.3 Tercera etapa Desde 1963 a 1967:

La reforma de octubre de 1963 mantiene el tratamiento jurídico para toda clase de propiedades, sometido a normas especiales los predios rústicos abandonados o mal explotados, los cuales podrán ser expropiados reduciendo la indemnización previa o la toma de posesión por el expropiante al 10% de su monto y autorizando el pago de los saldos en un plazo de 15 años.

Esta reforma hizo posible someter al sistema de indemnización que se establece, el proceso de reforma agraria contemplada en la ley N° 15.020 de 27 de octubre de 1962.

6.4 Cuarta etapa. A partir de 20 enero de 1967:

A poco de iniciar sus funciones el gobierno del Presidente Frei envió al Congreso un proyecto de ley destinado a reformar la Constitución política de la República en varios artículos inclusive una modificación completa al art 10 N°10.

La exposición de motivos que precedía al proyecto de la Reformas constitucionales, establecían objetivos esenciales de la enmienda propuesta:

-Garantizar el derecho de propiedad reafirmando su función social y haciendo la propiedad accesible a todos los ciudadanos.

-Modificar los principios constitucionales en materia de expropiación, establecidos en el texto constitucional de 1925, facultando al legislador para establecer normas concernientes a la determinación de la indemnización en caso de expropiación, la forma y modalidad de pago de la indemnización y la toma de posesión, por el expropiador, de los inmuebles objeto de la expropiación.

El texto definitivo de la reforma del derecho de propiedad del artículo 10 establece:

“La constitución asegura a todos los habitantes de la República: N°10el derecho de propiedad en sus diversas especies”.

El propósito perseguido a pesar de los obstáculos y de la larga tramitación en el congreso, se obtuvo de manera de poder aplicar prácticamente la reforma agraria. Se trataba de expropiar las tierras y de pagarles a los expropiados en condiciones que permitieran, dada la escasez de recursos, hacer aplicable la reforma. La valla constitucional que impedía el pago

diferido, en condiciones más convenientes para el Estado fue superada y al mismo tiempo que se asegura el derecho a la indemnización se establece que la inseminación será equivalente al avalúo, pudiendo pagarse una parte al contado y el resto en cuotas dentro de un plazo máximo de 30 años, en las formas previstas por la ley.¹

El estado incorpora a su dominio las tierras con el objeto de redistribuirlas entre los campesinos. La tendencia constitucional y legal es entonces por una parte la existencia de la propiedad colectiva y por otra la permanencia de una propiedad individual sujeta a las limitaciones y obligaciones que permiten asegurar su función social al tenor de lo prescrito en nuestro estatuto constitucional.

6.5 Intervención militar (1973 a 1990)

El derecho de propiedad privada, garantizado en el art. 19 N° 24, al igual que todo el catálogo del art. 19 está amparado en la garantía genérica del art. 19 N° 26, esto es, el límite al legislador de no afectación de los derechos en su esencia.

De esta manera, dicha garantía aparece con un doble sentido:

- 1) Como una prohibición o limitación al legislador.
- 2) Y que a su vez tiene por límite el contenido esencial del derecho.

El legislador puede expropiar, confiscar o comisar la propiedad privada de los particulares, mas no puede dictar una ley en la que derogue y elimine la propiedad privada del ordenamiento jurídico.²

Se entiende que dicho contenido es vulnerado, en tanto no se le da la posibilidad de realizarlo al entrarlo más allá de lo razonable cuando se le priva de tutela jurídica, esto es, de la posibilidad de su ejercicio subjetivo amparado por el ordenamiento jurídico.³

1 En este contexto, se dicta la reforma constitucional y la ley de reforma agraria, con el propósito de cumplir con la idea de función social de la propiedad.

3 En suma, la propiedad -como derecho subjetivo público- es un derecho "privable" de su contenido esencial en las hipótesis constitucionales, pero desde un punto de vista objetivo -como Derecho objetivo público- es un derecho inderogable por su contenido esencial.

4 Siendo estas sus características: Las facultades de uso, goce y disposición del titular del derecho: son aquellas facultades esenciales que configuran la propiedad privada; tan así, que si alguno de ellos es privado de estas obliga al Estado al pago de la correspondiente indemnización al particular.

6.6 El derecho de propiedad en la Constitución de 1980

Tal como señala el TC en *sentencia de la causa Rol 1298-2009* de 3 de marzo de 2010, “la Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad "en sus diversas especies". No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure. De hecho, el propio constituyente se refiere a algunas de ellas: la minera (Art. 19 N° 24), la que recae en los derechos de agua (Art. 19 N° 24), la intelectual y artística (Art. 19 N° 25), la que recae sobre los bienes que deben pertenecer a la Nación toda (Art. 19 N° 23)”.

Continúa el TC, señalando que “no existe, entonces, una propiedad general y propiedades especiales; existen sólo propiedades distintas, con estatutos propios. La Constitución garantiza el derecho de propiedad, cualquiera fuera éste”. No hay en la Constitución un modelo a partir del cual se configuren las distintas propiedades. En este sentido, el constituyente se mantiene neutro frente a las preferencias constitutivas del legislador al momento de definir "el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social" *sentencia TC causa Rol 1298-2009 de 3 de marzo de 2010*.

No existe una legislación que haya sido erigida por el constituyente en modelo de todas las demás propiedades. Ello habría significado constitucionalizar una determinada legislación; rigidizar las definiciones del legislador; y abrir un debate sobre la protección de las propiedades constituidas a partir de un diseño propio, distinto a ese pretendido modelo común, en *sentencia TC de la causa Rol 1298-2009 de 3 de marzo de 2010*. Cabe señalar que la protección dispensada por la CPR al derecho de propiedad no se agota sólo en el N° 24 del Art. 19, sino que la CENC consideró necesario atendiendo las circunstancias históricas ocurridas en el país, reforzar la protección que hasta esa fecha se había dado a la propiedad, por lo que se dispuso a establecer un conjunto de normas destinadas a estructurar lo que se conoce como constitución económica.

Es así como se incluyen dentro del catálogo a la garantía de acceso a la propiedad consagrada en el N° 23 del Art. 19 entendido como “*la posibilidad jurídica de adquirir el dominio o de ser titular de toda forma de propiedad*”. Esto con el fin de promover la existencia de un régimen

general de apropiabilidad privada, eliminando de esta forma cualquier germen de estatización de la propiedad. Cabe agregar que más que un derecho en sí mismo, es una garantía funcional a otro derecho (el de propiedad) y al modelo de economía libre o no planificada, al cual la CPR pretende facilitar sus bases.

No obstante lo anterior, este régimen prevé ciertas excepciones contempladas en la misma norma constitucional como lo son los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres; que como bien es sabido, desde la época de los romanos es considerado como una excepción a la apropiabilidad de ciertos bienes por las personas. Y por otro lado, los bienes que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, con similar acotación histórica que para el anterior y, los bienes cuyo dominio se reserva al Estado por medio de la misma CPR, que puede derivar de múltiples factores ya sea estratégicos, políticos o sociales, etc.

El régimen general de apropiabilidad, no obsta a la imposición de ciertas limitaciones o requisitos especiales para la adquisición del dominio de ciertos bienes. Esto último se encuentra autorizado, siempre y cuando se cumpla copulativamente con el siguiente par de condiciones:

1. Que el *interés nacional* justifique la imposición de las *restricciones*.
2. Que las *limitaciones* o requisitos sean fijados en una *ley de quórum calificado*.

En cuanto a la garantía constitucional al derecho de propiedad, se distinguen al menos cinco aspectos que son objeto de la protección constitucional, de distintas formas.

1. Consagrado en el inciso primero del Art.19 N° 24 el derecho de propiedad.
2. En el inciso segundo el principio de la legalidad de la regulación de la propiedad.
3. En el inciso tercero los requisitos establecidos por la Constitución para la expropiación.
4. Los parámetros dentro de los cuales el legislador debe moverse para regular este derecho
5. Los elementos constitutivos del concepto tradicional del derecho de propiedad como derecho real sobre cosas corporales.

Queremos comprender el derecho de propiedad en sus diversas especies, es por tanto que analizaremos el reconocimiento del derecho de propiedad indígena en nuestra legislación y si éste se ajusta o no al derecho de propiedad tal como hoy es interpretado.

II. Derecho de propiedad en las Comunidades Indígenas:

Primero que todo debemos comprender ¿Quién es Indígena?, la RAE lo define como “*originario del país de que se trata*”. Una primera definición legal la encontramos en la Ley 17.729 de 1972, sobre indígenas, y que crea el Instituto de Desarrollo Indígena, según la cual tienen la calidad de indígenas, independientemente de si viven en comunidad o no, o del hecho de encontrarse ésta dividida:

“aquellas personas que habitando en cualquier lugar del territorio nacional, formen parte de un grupo que se exprese habitualmente en idioma aborigen y se distingan de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbre, formas de trabajo o religión, provenientes de los grupos étnicos autóctonos del país”.

La actual Ley Indígena, N° 19.253, en su Artículo 1° define y enumera algunas étnicas:

“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.

El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a la: Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, a las comunidades Atacameñas, Quechuanas, Collas y Diaguita del norte del país, a las comunidades Kaweshkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes”.

En el ámbito del derecho internacional encontramos definiciones como en la Resolución 1.589 del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas de 1971:

“las poblaciones indígenas están constituidas por los descendientes actuales de los pueblos que habitan el presente territorio de un país total o parcialmente, en el momento que llegaron a él personas de otra cultura u origen étnico provenientes de otras partes del mundo, y que los dominaron y los redujeron, por medio de la conquista, asentamiento u otros medios, a condición nodominante o colonial; que viven hoy más en conformidad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales, que con las instituciones del país

del cual forman parte ahora, bajo una estructura estatal en que se incorporan principalmente características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos predominantes de la población”

Es decir, son indígenas *“los descendientes de los grupos humanos precolombinos que fueron colonizados, conquistados y “pacificados” (dominados por el Estado de Chile), los que poseen una cultura y lengua propia, lo que los distingue del resto de la nación”*.

1. Consideración de la palabra Pueblo o Pueblos:

La RAE define pueblo de diversas maneras:

“Ciudad o villa”, “Conjunto de personas de un lugar, región o país”, “Gente común y humilde de una población”, “País con gobierno independiente”.

El profesor Silva Bascuñán define el pueblo, cuando se trata del elemento humano del Estado, como:

“un conjunto de personas humanas, racionales y trascendentes, que conviven en el grupo o sociedad mayor, formada por los individuos y sus familiar y, al mismo tiempo, por todos los grupos menores y sociedades, naturales y voluntarias, que desarrollan sus actividades en el seno de la colectividad”.

2. Alcance de la palabra tierra, y su diferencia con la palabra territorio:

El derecho internacional distingue entre las nociones de **“tierra”** y **“territorio”** para evidenciar la diferencia entre un espacio físico o geográfico determinado, la porción de tierra en sí, y la reproducción o manifestación de la vida cultural asociada a ese espacio.

Esa vida cultural se expresa a través de distintas formas de uso de la tierra y sus recursos, lazos ceremoniales y espirituales y múltiples maneras de ser y concebir el hábitat y el mundo. Con la noción de territorio no se protege un valor económico sino **el valor de la vida en general y de la vida cultural en particular.**

Las tierras colectivas o comunitarias constituyen el **tipo de propiedad más propio de los pueblos indígenas** o su modo ancestral de tenencia de la tierra, por lo que requiere de mayor protección.

La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en su estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, establece lo siguiente:

Artículo 64:

La Corte Interamericana ha notado que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Para la Corte, esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”

La afirmación **de la propiedad colectiva** como el tipo de propiedad característico de los pueblos indígenas suele ser esgrimida como un argumento de autoridad, asociado a una crítica a la propiedad en cuando la propia concepción economista de las tierras. Sin embargo la literatura indígena demuestra que entre los pueblos indígenas han coexistido y coexisten tanto la propiedad individual como la propiedad colectiva.

Artículo 62:

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado reiteradamente el derecho a la propiedad territorial como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. En forma simultánea, la CIDH ha reiterado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente. Esta dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho. Para los órganos del sistema no existe una contradicción entre la protección de las dimensiones individual y colectiva de los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas y sus miembros.”

Nuestra actual ley indígena, No 19.253, por su parte parece consagrar dicho objetivo en su art 13 al señalar: “proteger al sector indígena y evitar figuras encubiertas o dolosas de enajenación”. En realidad la protección de las tierras indígenas en la actual legislación no se justifica tanto en el objeto de evitar fraudes y engaños, como si en que la tierra es un derecho de fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos indígenas. (Donoso Sebastián, 2014 pag 26-27)

3. ¿Cómo son consideradas las tierras indígenas en nuestra legislación?

Claramente en nuestro ordenamiento jurídico prima la noción privatista característica del derecho Civil y Constitucional, los que en poco o nada contribuye a la noción y verdadero sentido de tierras indígenas, como las antes mencionadas por los tratados y convenios internacionales , a esto se suma que la ley 19.253 de 1993 sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas, establece a modo general que es lo que hay que entender por tierras indígenas, estableciendo así que las tierras indígenas son aquellas **designadas directamente a favor de personas o comunidades indígenas a través de diversas leyes y que actualmente están en posesión o dominio de personas y comunidades indígenas**, y que esta condición se mantiene si el inmueble se ha transferido o transmitido, entre personas indígenas y/o comunidades indígenas, en su caso. (Donoso Sebastián 2014, pag 30-32).

Por cierto el artículo 15 de la citada ley además establece un mecanismo de inscripción para la acreditación y reconocimiento de las tierras indígenas, es decir la tierra es indígena en la medida que cumple con una serie de requisitos establecidos en la propia ley (artículos 12, 17 y 20), dicha inscripción debe realizarse en el Registro Público de Tierras Indígenas, institución la cual no cuenta con el registro de todas las tierras indígenas.

Esta inscripción del título, como consecuencia de la visión privatista de la propiedad, era desconocida por los pueblos indígenas y su imposición condujo al despojo de sus tierras. Además el título indígena a diferencia de título de derecho común no solo se refiere a tierras sino también a inmuebles claramente delimitados, consecuencia de lo anterior es que del análisis que se desprende de la ley 19.253 es que define lo que se debe entender por “tierras indígenas”, no obstante no establece qué tierra es indígena, no es precisa en cuanto si se trata a predios rústicos o no rústicos, o si son urbanos o rurales.

Hay que comprender que la tierra indígena, más que caracterizarse por su condición rural, su esencia radica en que poseen **calidad rustica**, es decir, son susceptibles de uso agrícola, ganadero o forestal, destinados principalmente a dichos usos, ya sean que se ubiquen en zonas urbanas o rurales, por ende la calificación de “rural” que efectúa la ley no se refiere a un criterio geográfico sino que atiende a su funcionalidad, confundiendo así dichos términos.

Ahora bien, la Ley de Ordenanza Urbanismo y Construcciones establece que:

“Lo que caracteriza a las tierras indígenas es su funcionalidad y destinación silvoagropecuaria y no su ubicación geográfica dentro o fuera del radio urbano de una comuna”,

Lo cual dista mucho del real sentido que la ley le ha otorgado.

Por lo anterior surgen ambivalencias entre normas y reglamentos y aún más entre leyes y la propia Constitución Política de la República, ya que el art. 19 No 24 en el primer inciso enuncia la propiedad privada como un derecho constitucional, en el segundo inciso establece las potestades legislativas delimitadoras del derecho, en especial su función social; y en los incisos 3o, 4o y 5o establece las bases constitucionales de la potestad expropiatoria con su respectiva garantía subjetiva del particular ante privaciones del derecho o sus atributos o facultades esenciales.

Puesto que no existe en nuestro derecho una consagración expresa a las tierras indígenas, simplemente existe una visión privatista, formalista, extensamente regulada y dispersa en tantas normas y leyes que no existe claridad al respecto, ni muchos menos un ahondamiento en materia de tierras indígenas, sin siquiera esclarecer conceptos básicos para comprender y proteger las “tierras”, al pueblo indígena y ante todo el libre ejercicio del derecho a vivir en sus tierras ancestrales, arraigadas a su cultura y costumbres.

4. Normativa Internacional:

El Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, contiene normas sobre las tierras y territorios indígenas.

Entre los principales derechos que establece el Convenio a favor de los pueblos indígenas son los siguientes:

- Derecho de **conservar sus costumbres e instituciones propias**, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- Derecho **a los recursos naturales existentes en sus tierras**, los que comprenden su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
- Derecho de **participación en la adopción de decisiones** respecto a políticas y programas que les conciernan.

Sobre Tierras y territorios, el Convenio de la OIT 169 declara en el artículo 13:

“Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que tiene para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”

“La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

El artículo 14 declara a su vez:

“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, así como tomarse medidas para salvaguardar su derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencias”.

Cabe realizar la reflexión que en nuestro sistema normativo actual tales principios que el Estado debe resguardar y proteger no existen, o por lo menos no se encuentran expresamente declarados en la constitución, y aunque Chile haya ratificado dichos tratados, tales principios no se condice con nuestra realidad (Donoso Sebastián 2014 pag 47). Lo que realmente es importante es la adecuación del Convenio a la realidad de nuestro país.

Es un deber de nuestro país, la adecuación del instrumento de que se trate a nuestra realidad y no al revés, esto es , pretender declarar de inconstitucionales tales declaraciones por contravenir la Constitución, situación que parece absurda, puesto que claramente mientras la

Constitución Política de la República no consagre tales principios a favor de los pueblos originarios, los tales resultarían en oposición a la Carta Fundamental, es lo que sucedió con el Convenio 169 de la OIT⁴ ya que el Parlamento en el 15 de julio del año 2000 (sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000) , cuestionó su constitucionalidad, señalando que la Constitución establece que la soberanía reside en la nación y su ejercicio se realiza por el pueblo, a través del plebiscito y de las elecciones periódicas, como también por las autoridades que la propia Constitución establece. Por tal motivo consideraron que el Convenio se interpone entre el Estado y los chilenos de origen indígena a los "pueblos indígenas" a quienes se les transfieren atribuciones que implican un claro ejercicio de la soberanía, limitando las competencias de los órganos públicos y los derechos de los nacionales de origen indígena.

Finalmente el Tribunal Constitucional concluyó en el considerando No 44:

“Que la expresión "pueblos indígenas", debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”

Por tanto el Tribunal Constitucional razonó que el Convenio N° 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, en Países Independientes no es contrario a la Constitución Política de la República ni vulnera los artículos los artículos 1º, 5º, 62 a 72 y 102.

5. Reconocimiento Constitucional:

La mayoría de las Constituciones en Latinoamérica⁵ poseen un reconocimiento expreso a las comunidades indígenas, además se le otorga expresamente estos derechos.

El Convenio OIT N° 169 versa sobre la protección de los derechos humanos, las instituciones, los bienes, las fuentes laborales, el medio ambiente y las culturas de los pueblos tribales e indígenas en conformidad a los deseos que ellos expresen libremente; como así también sobre la cooperación de los gobiernos en el desarrollo y la ejecución de programas que tiendan al mejoramiento social, cultural y económico de los pueblos; y finalmente, la participación de los pueblos tribales e indígenas en las políticas públicas y en todos los niveles en que se deban adoptar decisiones que les conciernan, como salud, educación, represión de delitos cometidos en contra o por sus miembros, medio ambiente, tierras, entre otros.

Las Constituciones que consagran el reconocimiento de los pueblos indígenas son la Constitución Argentina, artículo 75 N° 17; Constitución de Bolivia, artículo 171; Constitución de Brasil, artículo 231; Constitución de Guatemala, artículo 66; Constitución de México, artículo 4; Constitución de Nicaragua, artículos 8, 89 a 91;

Por su parte Fernandois respecto al Fallo del Tribunal Constitucional sentencia, Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000, respecto de la Convención 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas, estima que permitir que entren en vigencia normas incompatibles con la Constitución Política sobre la base de que sólo son programáticas o sobre la base que permiten su aplicación o ignorancia según sean o no compatibles con el sistema, es esperar demasiada responsabilidad de los órganos estatales que aplican diariamente la ley.

Tales argumentos fueron nuevamente considerados a fines de 2007 en medio de una discusión pública sobre la “cuestión indígena”. En este contexto, gobierno y oposición alcanzaron un acuerdo político para aprobar el Convenio en el Senado sujeto a que el instrumento de ratificación incluyera una declaración interpretativa respecto al artículo 35 del mismo.

El texto de declaración aprobado por la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado señala: “El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del referido instrumento internacional en el sentido que éste sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

A su vez, el artículo 35 del Convenio establece que:

“La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.”

Es decir, señala vía para interpretar el derecho de propiedad y su protección acorde a los instrumentos nacionales (por ende la interpretación dominante, privatista neoliberal de la propiedad) que atendiendo a su ya reglamentación no puede ser esta contraria a aquellas. De este modo si bien se ratifican tales preceptos, nada sirven si cuentan con la limitación de la normativa interna, que claramente no es más beneficiosa, en este sentido.

Constitución de Paraguay, artículo 62; y Constitución de Perú, artículos 2 N° 19, 48 y 89. Las Cartas Fundamentales que han consagrado la protección estatal de los pueblos indígenas son la Constitución de Bolivia, artículo 171; la Constitución de Brasil, artículo 231; Constitución de Colombia, artículo 329 y 330; Constitución de Ecuador, artículo 110; Constitución de Guatemala, artículo 66; Constitución de Honduras, artículo 173; Constitución de México, artículo 4; Constitución de Nicaragua, artículos 89 a 91; Constitución de Panamá, artículo 199; y Constitución de Paraguay, artículo 63.

Cabe tener presente que el Proyecto de “Reforma Constitucional reconoce a los pueblos indígenas de Chile”, según consta en el Boletín No 5522-07 cuya fecha de Ingreso es del día 23 de noviembre de 2007, moción que actualmente archivada, establece lo siguiente:

ARTÍCULO ÚNICO

Introdúcese las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

1) Agregase el siguiente inciso cuarto al Art. 3º: “La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales”.

2) Agrégase el siguiente nuevo inciso 10º al artículo 19 Nº 24, pasando el actual a ser 11º en el siguiente sentido: “Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas”

Se requiere tanto de la voluntad política como social para que este reconocimiento sea una realidad, sumado a ello cabe tener presente que se debe legislar acorde a los criterios que debemos tener al momento de comprender de que son **las tierras** y **las comunidades indígenas** ya que tales principios y garantías no son meras recomendaciones, y de ser aprobado tal proyecto ahora si serian vinculante jurídicamente, siendo mucho más que “recomendaciones”, como actualmente son vistas.

Nuestra la ley 19.253, sin contravenir la tradición privatista de nuestro derecho, solo reconoce la propiedad indígena individual, que tienen los titulares de dichas propiedades, y aunque señala en el Artículo 9 de la ley establece que se debe entender por comunidad Indígena esta propiedad indígena comunal no se corresponde al real sentido de propiedad colectiva indígena, ya que ésta última pertenece al grupo indígena en general, el cual se corresponde de un arraigado sistema de derechos colectivos basado en la tradición y costumbre indígena.

El mencionado Artículo No 9 de la ley señala:

“Para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

- a) Provengan de un mismo tronco familiar;*
- b) Reconozcan una jefatura tradicional;*
- c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común”.*

Por su parte, Nuestra Constitución Política de la República asegura la protección del derecho de propiedad, sin excluir el derecho de propiedad y posesión indígena sobre la tierra, territorios y recursos naturales. No obstante, la interpretación que radica de la ley solo comprende al derecho de propiedad individual y no colectivo. No existe en esto un gran desarrollo dogmático al respecto.

Los pueblos indígenas son poseedores y tenedores de tierras por derecho ancestral, es decir con anterioridad incluso al Estado, quien es hoy quien le otorga dicha calidad de titular, esta ley no consagra dicho derecho ancestral, sino que siguiendo las formalidades de nuestro ordenamiento, deben ser tierras inscritas para reconocerlas como indígenas propiamente tal.

Es a nuestra interpretación que para entender la propiedad no se debe agotar dicho esclarecimiento en el artículo 582 del Código Civil, puesto que se existen normas sobre variadas materias, diseminadas por todo el ordenamiento y mismo Código como también innumerables leyes especiales al respecto.

Para obedecer a una re interpretación del derecho de propiedad, es que la Constitución Política de la República **debe** consagrar el derecho de propiedad como **un derecho fundamental** que no solo comprende la propiedad privada sino también la propiedad comunitaria. Entendiendo que el carácter esencial del derecho de propiedad se encuentra establecido en la propia constitución, a señalar que la función social es su carácter esencial y que debe éste ser reconocido en la propiedad y sus diversas especies.

III. El contenido de la propiedad constitucional en Chile:

Habíamos mencionado que para dotar de contenido a la propiedad en sede constitucional cabe recordar que el artículo 19 n° 24, al igual que todo el catálogo del artículo

19 está amparado en la garantía genérica del artículo 19 n° 26, esto es, el límite al legislador de no afectación de los derechos en su esencia.

“La Constitución asegura a todas las personas, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Hasta ahí, bien. El problema de esta norma aparece cuando la consideramos de forma aislada para comprender cuál es el contenido esencial de la propiedad, y sin dudar podríamos decir que se trata del hecho que ese contenido esencial es indeterminado, suscitando así varias líneas argumentativas respecto a ella. De este modo, se formarán distintas teorías sobre a cuál es el contenido esencial y no tan solo de la propiedad sino también de los diversos derechos fundamentales que consagra la Constitución política.

El antecedente directo de la “esencia” de los derechos lo encontramos, positivamente en Alemania y es un claro diseño garantista del constitucionalismo de posguerra. Efectivamente, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 dispone, en lo pertinente:

“(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

Como se aprecia, la normativa germana sólo alude a las leyes limitadoras de derechos, mientras que la norma constitucional chilena se refiere, además, a las normas que regulen o complementen las garantías constitucionales, por lo que la norma criolla es más amplia.

Otra diferencia que podemos mencionar, viene dada por la exigencia que se aprecia en la Ley Fundamental alemana en el sentido que las mencionadas leyes deberán tener carácter general y determinado, o sea, no podrán estar circunscritas a un caso individual y, además, deberán señalar con precisión, incluso, el artículo correspondiente al derecho que se limitará,

condiciones ambas que no se encuentran en nuestra Constitución Política. (Tórtora, 2010: pp.183)

Fuera de esas observaciones y como lo mencionábamos anteriormente, en el derecho comparado han surgido distintas teorías de cómo debe ser entendido el contenido esencial respecto del catálogo de derechos fundamentales. Así Bordalí señala que existirían dos tesis respecto del contenido esencial: La tesis absoluta o material y la tesis relativa.

En cuanto a la tesis Material o absoluta, los derechos fundamentales tienen un círculo interno que es sustancial, absoluto, estable e inalterable. Ese contenido preestablecido y *mínimo* es un límite a la intervención del legislador y corresponde determinarlo en definitiva a los jueces, en una importante misión interpretativa. Respecto del derecho de propiedad, ese círculo interno, ese contenido *mínimo*, sin el cual el derecho se tornaría irreconocible, estaría conformado por las facultades de goce y disposición.

En cambio, la tesis relativa, niega la posibilidad de establecer el contenido esencial del derecho fundamental de un modo fijo y preestablecido, sino que lo entiende como una manera de justificar o fundamentar una intromisión del legislador en los derechos fundamentales, en base a principios (constitucionalmente consagrados), como el de proporcionalidad o igualdad, los que buscan mitigar o controlar los posibles excesos de la autoridad sobre los derechos de la persona.(Bordalí, 1998: p.162)

A estas teorías a las que se les critica la poca o excesiva libertad que se le entrega al legislador respectivamente, debemos agregar siguiendo a Humberto Nogueira, las siguientes:

Existiría una concepción mixta la que toma de la mano de Peter Lerche y Gomes Canotilho, por otra parte reconoce una concepción “institucional” del contenido esencial, la que sustrae del pensamiento de Peter Häberle.

La primera de estas dos señala que el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental, al que habría que agregarle un segundo criterio, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad. Para comprender esto Nogueira aclara siguiendo a Gomez Canotilho: que se necesita de aspectos relativos, ya que la propia delimitación del contenido esencial del derecho tiene que armonizarse con la protección de

otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y garantizados; y aspectos absolutos, ya que no puede eliminarse el núcleo esencial intangible de cada uno de los derechos, debiendo quedar siempre un resto substancial del derecho o garantía que asegure su utilidad constitucional.(Nogueira, 2005)

La segunda teoría que agrega, relativa a la concepción institucional surge de la mano de Peter Häberle, la que entiende al contenido esencial como una garantía institucional que dice relación con los fines objetivamente establecidos en la Carta Fundamental y en función de los cuales se aseguran los derechos fundamentales. Y esta institución se encontraría definida por el conjunto de la normativa constitucional, además de las condiciones sociales e históricas que forman el contexto de los derechos fundamentales. (Nogueira, 2005)

Pues bien, más allá de estas teorías debemos cuestionarnos, ¿Qué ha dicho el tribunal Constitucional en cuanto a la esencia de los Derechos Fundamentales?

El Tribunal Constitucional señaló en su momento en sentencia rol n ° 43, de 27 de febrero de 1987, en su considerando vigésimo primero lo siguiente:

“Que mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”

Y confirmando que se ha mantenido esta concepción en el tribunal constitucional en la sentencia rol n° 1578, de 2 de junio del 2012, ha repetido el mismo criterio:

“Que, existiendo competencia para legislar sobre la materia, debe examinarse si el legislador, al hacerlo, ha respetado todas las exigencias constitucionales. En la especie, tratándose de una ley regulatoria del ejercicio de un derecho, según lo dispone el N° 26 del artículo 19 de la Constitución Política, no debe afectar los derechos en su esencia y en su libre ejercicio, conceptos éstos que el Tribunal Constitucional ha entendido reiteradamente en el sentido de que “un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en

que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (Sentencia Rol N° 43, de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y siete, considerando vigesimoprimer);” Pero en definitiva, ¿Qué es aquello que le es consustancial al derecho de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica?

Debemos aclarar que esta pregunta ya no va dirigida a cualquier derecho fundamental, sino al derecho de propiedad, y debemos preguntarnos en este mismo sentido a propósito del contenido esencial al que se le critica su indeterminación, ¿sigue siendo indeterminado a propósito de la propiedad en la Constitución?

La respuesta al parecer, en cuanto a la esencia del derecho de propiedad, lo ha establecido el constituyente en su artículo 19 n° 24 inciso 3° de la Constitución:

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.”

En consecuencia, se puede señalar que la esencia del derecho de propiedad está determinada por la Constitución y expresamente el constituyente admite la privación de la propiedad del particular solo en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador.

IV. La función social como atributo esencial de la propiedad:

La función social es aquel atributo esencial de la propiedad que la hace compatible con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad, la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nuestra Constitución, reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege las facultades del titular sobre las cosas o bienes, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a los

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.

Es la Encíclica “RerumNovarum”, del Papa León XII, la verdadera iniciadora de esta doctrina, señala en su No 6:

“La propiedad, según la doctrina de la Iglesia, nunca se ha entendido de modo que pueda construir un motivo de conflicto social con el trabajo. La propiedad se adquiere ante todo mediante el trabajo, para que ella sirva al trabajo, sin embargo no es justo el apoderamiento de los medios de trabajo, ya que éstos deben compartirse para que todos los hombres tengan acceso.”

El artículo 19: La Constitución (consagrando la referida función social asegura a todas las personas:

Nº 24º: *“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”

Como mencionábamos , a diferencia de la amplia función social concebida en 1967, en 1980 se reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio, así solo procederá cuando se busque compatibilizar el dominio con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que “respecto a la actual Constitución, el artículo 19 N° 24º, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad:

- En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones.
- En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas.
- En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: Los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”

(Sentencia Tribunal Constitucional, rol 1991, de 24 de julio de 2012)

Ahora se puede advertir que el concepto de función social no se encuentra en la Constitución pero si se puede encontrar definido jurisprudencialmente en el Tribunal Constitucional a propósito del famoso caso Playas cuyo rol es 245-246 de 1996 en el que en su considerando 25° expone:

“Que la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad”

En consecuencia, podemos advertir que ese valor individual está dotado por el haz de facultades esenciales que asegura la Constitución y la función social también un atributo esencial de ella y que la compatibiliza con los antedichos intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

De este modo, para Humberto Nogueira el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inherentes del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Chileno en la causa Rol 245-246a de 1996, en donde al definir jurisprudencialmente la función social expresa que la propiedad tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. Y que por cierto, debemos reconocer también que nuestra Constitución protege el derecho de propiedad y no a la propiedad, es decir consagrado exclusivamente a quien ya es dueño.

Se puede plantear que la reserva legal en materia de expropiación tiene, al menos, cuatro aspectos que se siguen directamente:

- Sólo la ley puede expropiar.
- Sólo la ley puede autorizar la expropiación.

- Dicha ley debe fundarse en razones utilidad pública o el interés nacional. El legislador es quien calificará la causal invocada.
-

De esta manera, se sigue que la regulación establecida en el Código Civil es una de las regulaciones posibles, puesto que constitucionalmente el legislador puede establecer diferentes regímenes propietarios adicionales a los ya existentes en la propia Constitución, como lo es por ejemplo la propiedad comunitaria

Constitución consagra un modo diferente de ser privado de la propiedad, y este es, el ejercicio de la facultad legislativa de configuración de los modos de adquirir el dominio.

En suma, el dueño de un bien debe aceptar ciertas limitaciones impuestas por las causales señaladas en la misma Constitución, por derivar del mismo derecho real de dominio, así, tal como la propiedad confiere facultades y prerrogativas, igualmente impone deberes y cargas. Es por esta razón que no da origen a indemnización alguna, que la función social es inherente al derecho de propiedad.

Dromi, indica que las restricciones son las condiciones legales del ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad; están ínsitas en la existencia misma del dominio. Nacen con él, son de su naturaleza y esencia. Por lo mismo que no hay derechos absolutos, las restricciones implican, precisamente, una reducción del carácter de absoluto del derecho de propiedad.

En consecuencia, podemos concluir que las meras restricciones a la propiedad no dan derecho a la indemnización, ya que constituyen parte de la naturaleza misma del derecho y que la función social sería el fundamento de dichas restricciones. Entonces, las limitaciones son consideradas como una facultad legítima del legislador para armonizar los intereses generales de la sociedad con los de los propietarios individuales.

Para aclarar esta idea resulta necesario aludir al carácter de la función social como atributo inherente al derecho de propiedad

V. Función social inherente al derecho de propiedad:

Considerar a la Función Social como inherente o perteneciente al escenario interno del derecho de propiedad, radica en el hecho que la propiedad puede ser intervenida por el legislador, para la obtención de objetivos sociales, sin que sea procedente indemnizar al propietario por dichas intervenciones a su derecho.

El artículo 24 inciso 2º señala: “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 la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”

De este inciso podemos extraer que la Constitución habilita potencialmente al legislador a restringir la propiedad. Estas posibles restricciones serían por cierto sin algún tipo de indemnización como lo señalamos anteriormente.

Podemos concluir que, la función social representa un título habilitante del legislador para disciplinar el régimen jurídico de cada forma de propiedad al tiempo que constituye la medida o el criterio básico para delinear desde su interior cuál sea el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho.

Pero este título habilitante tiene en nuestra Constitución política un límite, este es el contenido esencial del derecho de propiedad. En este sentido, el legislador, cuando desee utilizar la función social para dar medida al derecho de propiedad deberá respetar esa barrera infranqueable que se manifiesta en dejar en alguna medida subsistente las facultades y atributos esenciales del derecho de propiedad entendida en sus diversas especies

Reconocemos por tanto como contenido esencial de la propiedad y por ende, de sus diversas especies, a la función social, la cual cumple un fin precisamente social, ya sea visto desde el punto de vista civil o constitucional y las tierras indígenas.

En este sentido es que es posible identificar la función social como núcleo esencial de la propiedad, inclusive en sus diversas especies, y hablamos de un carácter esencial porque es un elemento que posee la propiedad inherente a ella, ya sea que se estudie desde la percepción civilista como constitucional.

Es nuestra carta Fundamental la que señala que la propiedad lo es también respecto de sus diversas especies, las cuales encontramos en leyes especiales, que también un reconocimiento especial al derecho de propiedad que regulan, tal es el caso del derecho de propiedad indígena, cuyo carácter esencial comprende una similitud de características tanto de orden económico, agrícola, patrimonial en tanto propiedad, histórico en cuanto a origen, político, en cuanto a fundamento de una comunidad y cultural, todas propias del derecho de propiedad concebido actualmente. Esta razón es la que nos hace comprender que existe un contenido esencial de la propiedad, referido a su función social.

Pese a que la ley reconoce el derecho de propiedad indígena surge el problema de las tierras, ya que para estos pueblos, son “núcleo inviolable de su identidad” la posesión y tenencia de sus tierras adquiridas a través del derecho ancestral, lo cual dista con nuestro CC.

Así los modos de adquirir el dominio del CC pueden conceptualizarse como los hechos o actos jurídicos que sirven para atribuir la propiedad de una cosa en favor de una persona. Los modos de adquirir el dominio son solo aquellos que precisa la ley, es decir existe una reserva legal que se encuentra contemplada en el Art 19 No 24 de la CPR al señalar que *“solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad”*.

Vinculado con lo anterior el Art 588 del CC señala los modos de adquirir el dominio, esto es: ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte y prescripción. Y también señala como un modo genérico aquel que establezca la ley, por ejemplo la expropiación y usufructo legal.

Si la ley es capaz de señalar el modo de adquirir el dominio, entonces las leyes especiales que reconocen la propiedad comunitaria indígena, deben respetar el modo de adquirir que precisamente corresponde a los pueblos indígenas.

Se trata de un derecho de dominio, cuya característica principal supone la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad, el cual es el fundamento jurídico inmediato para administrar y disponer de sus tierras y de los recursos que en ella se encuentran. Razón por la cual los pueblos indígenas consideran que ellos son los legítimos propietarios de sus tierras, con o sin título escrito de propiedad.

La inscripción de un título de dominio corresponde a una imposición legislativa del estado, este tipo de registros era desconocido para los pueblos indígenas. Este derecho

ancestral ha sido desconocido por los Estados como un derecho de posesión o propiedad absoluta, sin protección de ningún tipo. Nuestra legislación fija el reglamento sobre registro de la propiedad indígena y la ley y los artículos 15 y siguientes de la Ley 19.253 al señalar que su inscripción señalara la calidad de tierra indígena, además la tierra es considerada indígena en la medida que cumpla con las consideraciones de los artículos 12, 17 y 20 de la citada ley, inscripción que servirá para efectos de publicidad y prueba judicial, no obstante dicha inscripción puede ser impugnada judicialmente

Respecto de estas leyes especiales que comprenden la Propiedad Comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, también encontramos reconocidas en la ley 19.253, y el convenio 169 de la OIT.

El título II de esta ley denominada: " Del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas" se señala que:

"Son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos" e indica una serie de títulos que tiene su origen en la ley emanada del Estado".

"Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y Yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad. " Es decir, no son tierras indígenas por el sólo ministerio de la ley sino que para tal efecto, deben ser inscritas en un Registro Público de Tierras Indígenas", "la ocupación y posesión histórica por parte de las comunidades o personas indígenas, debe calificarse por la propia CONADI al serle presentada la solicitud de inscripción".

Es decir se exige un título inscrito, lo que va acorde a nuestro código civil cuya visión es privatista del derecho de propiedad, el cual se exige previa inscripción de los bienes inmuebles para su reconocimiento jurídico y todo efecto legal, pero claramente dicha interpretación se torna incompatible con las normas emanadas de los tratados internacionales y el derecho ancestral de los pueblos indígenas en el cual no existe el requisito de una inscripción, el cual se impone en razón de un reconocimiento jurídico, que concibe a la propiedad de manera privada, y no colectiva como es la visión de los pueblos originarios.

Así nuestra legislación no reconoce el dominio de tierras indígenas basado en el uso histórico de las mismas, sólo reconoce la propiedad indígena individual y no la propiedad indígena comunal que tiene como titular a la comunidad indígena, ya que la interpretación en el derecho civil sobre lo que se entiende por comunidad sería sinónimo a la de múltiples propietarios.

Este concepto civilista de propiedad comunal indígena no corresponde a **la propiedad colectiva indígena** ya que ésta pertenece al grupo indígena en general y a nadie en particular, la comunidad indígena a la que se refiere la ley 19.253 ha sido erróneamente interpretada, asemejándola a cualquier asociación o sociedad conforme al derecho común, respecto de la cual los comuneros o socios tendrían derechos de dominio en una parte o cuota.

Esta interpretación del derecho de propiedad impide, por tanto, el debido reconocimiento de la propiedad colectiva, considerando que es una de las una especies de propiedad, existente en los pueblos originarios, quedando fuera del reconocimiento judicial, generando así la desprotección de dichos pueblos, impedidos de defender o probar su dominio, o titularidad a través de los mecanismos jurídicos aceptados.

Para poder conciliar el derecho de propiedad colectivo y privado, debemos analizar que a partir del Art 5 de la Constitución Política de la República en virtud del cual Chile se obliga a respetar los tratados internacionales ratificados y vigentes y en concordancia con el Art 17 de la declaración universal de los derechos humanos que establece el “*derecho a ser dueño de bienes, que pueden ser personales o colectivos*” y sumado también el Pacto San José de Costa Rica en el art 21, que establece nociones de propiedad, no sólo se debe reconocer su carácter individual sino también **el colectivo**, cuyas características son respecto de los individuos que los diferencian de cada titularidad que le corresponda.

Se trata por tanto de un derecho humano fundamental y reconociendo el Estado esta propiedad colectiva, a través la correcta interpretación que se debe realizar a tales normas antes citadas y comprendiendo al derecho **colectivo no como sinónimo de comunidad, sino colectivo** como lo entienden los pueblos originarios, y a su vez **el reconocimiento del derecho de dominio ancestral**.

En una misma línea argumentativa, señala Taylor⁶, en una sociedad compleja (vale decir, nacionales, y pueblos Indígenas) deben conciliarse dos principios de difícil coexistencia:

- Primero, el Estado debe reconocer a todos los ciudadanos ciertos derechos fundamentales (libertad de expresión, igualdad, incluimos nosotros el de propiedad, etc.)
- Segundo, ese mismo Estado debe adoptar una serie de fines colectivos con el fin de garantizar la supervivencia misma **del pueblo étnico que constituye su razón de ser**. Con el objeto de preservar la unidad de estas comunidades que, se deben conciliar ambos aspectos

En este sentido, habla que en un mismo Estado se pueden dar la “unidad de convergencia” y la “unidad de intimidad o compañerismo” simultáneamente. La primera hace referencia a un mismo grupo que comparte rasgos étnicos comunes, una lengua en común, etc., esto es, una serie de elementos comunes que hacen que ese grupo conforme una nación cultural (con o sin Estado). La segunda hace referencia al supuesto en el que dos o más grupos distintos han convivido y colaborado durante mucho tiempo. Pues bien, entre estos grupos, debido a esa colaboración histórica mutua, han podido surgir lazos basados en la confianza mutua, provocando el surgimiento de un cierto compromiso recíproco, una suerte de alianza.

Es decir, tanto las diferencias como las semejanzas hay que unificarlas en bien de la comunidad, para lograrlo se debe unificar el mismo derecho consagrado a todos los nacionales para todas las culturas Indígenas que ella habitan, es decir, más propiamente que el derecho Indígena y el Derecho privado, tengan una sola interpretación, y sea estar en armonía con la esencia del mismo, esto es, y refiriéndonos al derecho de propiedad, que este sea más bien un **derecho fundamental** consagrado de manera uniforme para todo cuyo carácter esencial es la función social.

Como señala Eduard Aldunate *“el carácter vinculante de los derechos fundamentales o constitucionales para el legislador implica, en primer lugar el deber de respeto o no transgresión al respectivo derecho”*, señalando a su vez la importancia de establecer con claridad el contenido de la protección iusfundamental, en vista a poder contrastarla con el precepto bajo control.

10 Pensamiento de Charls Taylor, si bien este autor hace referencia a la actual situación en Canadá respecto de Quebec y la situación con los pueblos étnicos que allí conviven, es del todo aplicable a nuestra situación chilena, puesto que se trata de conciliar e integrar a las comunidades Indígenas.

Siendo así posible que los pueblos originarios puedan efectivamente hacer valer su derecho fundamental para la recuperación, de sus tierras ancestrales, que no sea el Estado quien deba indemnizar a particulares para la obtención de este fin, puesto que en tales propiedades comunitarias existe el derecho fundamental de sus propios dueños, a saber la propia comunidad, que por largo tiempo se han visto completamente limitados en el ejercicio de su derecho fundamental, reconocida por la Constitución.

Conclusión:

A partir de la Constitución de 1925 se desarrolla una dogmática profunda de gran contenido político y Constitucional respecto de la propiedad. La Concepción civilista predominante de la propiedad cambia, ya que se crean nuevas formas de propiedad y también se introducen gradualmente, ideas tales como la de la función social, finalmente se plasma en el propio texto constitucional. Así, se desarrolla un gran trabajo dogmático de diversos autores, se exhibe una extensa sistematización de las formas de la propiedad que integran el Derecho Constitucional con el Derecho Civil, y esta integración se realiza con doctrina comparada y legislación y jurisprudencia especializada, junto con la doctrina que emana de las encíclicas papales, la doctrina denominada Doctrina social de la Iglesia.

El profesor Pablo Ruiz Tagle señala que Alessandri en el texto “De Los bienes”, en referencia a la regulación del derecho de propiedad en la Constitución política del año 1925, afirma que *“Respecto de la propiedad en general, la Constitución contiene dos ideas fundamentales: La inviolabilidad y la limitaciones al ejercicio de ese derecho (...) La propiedad mobiliaria, antes despreciada, hoy a causa de los progresos de la industria supera en importancia a la propiedad inmueble (...) Al lado de la propiedad individual se han desarrollado otras formas de propiedad colectiva, comprendiendo en esta a la familiar, la social o estatal- (...) Las limitaciones que restringen el derecho a la propiedad privada son más numerosas si se las compara con las de siglos anteriores (...) La propiedad privada, en los países que predomina la libre empresa, conforme a las leyes, está impregnada de cierta orientación social más o menos fuerte ...”*

El profesor Ruiz Tagle, en la misma línea, señala que en la edición de 1974 de la obra “De los bienes” de Alessandri y Somarriva, que fue publicada originalmente por la editorial “Nascimento”, se incluyeron dos secciones dedicadas a tratar, respectivamente las formas de propiedad, las de derecho privado y las de derecho público, y otra sección que se llamaba La propiedad en los países socialistas”. Ruiz Tagle señala que estas dos secciones fueron suprimidas *conveniente y sospechosamente cercenadas* en la reedición de este mismo libro en el año 1993 por la Editorial Jurídica. Esta supresión constituye otra muestra de la imposición ambiente que existe en nuestro país de una concepción iusprivatista en nuestra dogmática sobre el derecho de propiedad. En esas secciones, Alessandri y Somarriva concluían lo siguiente: *“Hoy (1970) en mayor extensión se reconoce que, al lado de la propiedad netamente de Derecho privado, hay otras formas de propiedad que son de derecho público”*.

Este es el gran punto que nos interesa resaltar, la idea de la propiedad, de la propiedad privada junto a otras formas de propiedad, y digamos, cuestionar la monopolización del tema de la propiedad en torno a la concepción iusprivatista de esta, o mejor dicho, el cercenamiento de toda noción de derecho de propiedad pública.

A pesar de este ocultamiento o negación dógmatica de propiedad pública, es claro como en 1970 el Congreso Chileno al aceptar la Nacionalización de la gran minería se reconoce un quiebre frente al concepto privatista de la propiedad, vinculándolo más a la idea de la función social que cumple la propiedad, concibiendo al derecho de propiedad como un derecho económico y social, en contraste con la concepción tradicional Republicana.

Hay mucho trabajo dogmático que contrasta con esta concepción privatista de la propiedad que es un intento dogmático serio por comprender el alcance de la función social y su vinculación con el contenido esencial de la propiedad, con la idea de resaltar que existe una pluralidad de formas propiedad en Chile. La mayor parte, eso sí, de las explicaciones, cuando las hay, no hacen referencia a principios rectores o criterios comunes, y este es el desafío de nuestra propuesta , es decir, concebir el Derecho de Propiedad Constitucional no como un subsistema como ha sido reconocido por la tradicional dogmática.

Muchos de los autores señalan que al no definirse el contenido de la propiedad en la Constitución, corresponde entender este concepto a partir del Código Civil, y en esto estamos en desacuerdo.

Entre nosotros están diseminadas innumerables leyes especiales, o sea, no se agotan en el Código civil.

Los rasgos fundamentales comunes del derecho de propiedad que debe destacarse en nuestra Constitución para entender que es distinta a la del Código Civil es que la propiedad es un Derecho Humano, un Derecho fundamental cuyo rasgo esencial es que, en virtud del artículo 5° de la Constitución chilena , debemos considerar el artículo 17° de la declaración de los Derechos Humanos que señala que “Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente”, y conforme a estas nociones de la propiedad que lo reconocen como un derecho individual y colectivo, también debemos considerar que existen otras nociones de propiedad que son distintivos y especiales, hablamos de otras formas de propiedad como lo es la noción de “Tierra” que tienen los pueblos originarios, que es un elemento esencial para

concebir su cultura, el cual incluye el derecho de propiedad comunitario que va más allá del concepto iuspositivista cuyo rasgo esencial es el derecho de dominio, pues, la divergencia se produce porque los pueblos indígenas son poseedores y tenedores de Tierras y la ley no consagra su derecho ancestral. Es por esa razón que debemos interpretar el derecho de propiedad a la luz de la Constitución cuya noción de propiedad comprende sus diversas especies cuya característica **esencial e inherente**, es la función social, así sólo procederá cuando se busque compatibilizar el dominio con los intereses generales de la Nación, la seguridad Nacional, la utilidad, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, es decir, compatibilizar los intereses generales con los de las minorías, particularmente con otras concepciones de propiedad, como es el caso de nuestros pueblos originarios, por tanto, debe integrarse a esta idea, de que ese mínimo derecho de propiedad que necesitamos para vivir dignos, es un derecho fundamental, y siendo un derecho humano fundamental, no puede ser desconocido en nombre de una diferencia cultural o una situación especial. Debemos reconocerlo igualmente en todas las sociedades.

EL derecho de propiedad en Chile, hasta hoy continua siendo interpretado de un modo iusprivatista, en el cual tanto los derechos, límites y modos de adquirir el dominio de las cosas, están expresamente establecidos por la ley, no dando cuenta que existen derechos de propiedad sobre “diversas especies”. Por ende, es necesario que exista el reconocimiento del derecho de propiedad comunitario indígena, el cual tiene una serie de normas, reglamentos y leyes que la regulan, pero no conforme a la visión de las comunidades indígena, sino más bien como una regulación impuesta, que no es acorde a la cultura propia de tales pueblos, como lo es el no reconocimiento del derecho de dominio ancestral, lo cual ha traído como consecuencia que este debe regularse conforme un sistema privado de propiedad ya no comunitaria sino más bien individualista pues no cabe según la visión privatista un derecho de propiedad comunitario, pese a los tratados internacionales y convenios ratificados por Chile, aun es una materia no sujeta a un reconocimiento Constitucional.

Es necesario que los aspectos comunes al derecho a la propiedad entre el CC y la CPR y los que se reconocen a los pueblos indígenas sean interpretados en armonía, con el objeto de efectivamente hacer valer su derecho de la propiedad.

Como consecuencia es que los indígenas en Chile cada vez han ido perdiendo grandes porciones de sus tierras y territorios a lo largo de su historia, ya que el desarrollo legislativo y la

imposición , como hemos visto de inscripción de títulos, en un sistema de registro impuesto por el propio Estado, no permite considerar el propio sistema ancestral de continuidad de las tierras indígenas, que por cierto estas pueden ser hoy territorios tanto urbanos como rurales, aun así, la ley nada señala al respecto y menos aún protege dicho aspecto de la cultura de los pueblos originarios.

En Chile ocurre que el exceso normativo y la falta de unificación en la interpretación en cuanto al derecho de propiedad, y más propiamente el derecho comunitario de propiedad no es considerada para ser aplicada a los pueblos indígenas, considerando los tratados y convenios no solo como meros consejos, sino que tengan una aplicación en la práctica. Para que esto sea realidad la interpretación privatista de nuestro ordenamiento debe cambiar, no debe interpretarse el derecho de propiedad a partir del Código Civil, sino que debe serlo respecto de la Constitución Política de la República, para que tenga el verdadero carácter de derecho fundamental y debe esclarecer el significado al señalar “en sus diversas especies” el cual, acorde a nuestra línea argumentativa, contempla la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.

Si bien sabemos que no puede ser posible el poder otorgar y restituir todas las tierras ancestrales a nuestros pueblos originarios, si es posible que esta visión de la propiedad ceda al terreno de la comunidad y que como tal no pierda ese carácter, asegurándose así en la Constitución el derecho a propiedad comunitaria y que sea respetada como tal.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA:

1. Aldunate Lizana, Eduardo. Cordero Quinzacara, Eduardo (2008): Evolución histórica del concepto de propiedad en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Volumen XXX, Valparaíso, pp. 345 – 385.
2. Novoa Monreal, Eduardo (1988): El derecho de propiedad privada concepto, Evolución y crítica, 2º edición puesta al día, Centro de estudios políticos latinoamericanos.
3. Art.544: La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.
4. Brahm García, Enrique. (1996), El concepto de derecho de propiedad en el código napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historia jurídica alemana en Revista Chilena de Derecho, Vol.23 N°1, pp.7-12
5. Novoa Monreal, Eduardo (1988): El derecho de propiedad privada concepto, evolución y crítica, 2º edición puesta al día, Centro de estudios políticos latinoamericanos.
6. Brahm García, Enrique. (1996), El concepto de derecho de propiedad en el código napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historia jurídica alemana en Revista Chilena de Derecho, Vol.23 N°1, pp.7-12.
7. Barcia Lehmann, Rodrigo (2010): Lecciones de derecho civil, de los bienes, tomo IV, Editorial jurídica de Chile, Santiago. Pag 28
8. Peñailillo Arévalo, Daniel (2010): Los bienes. La propiedad y otros derecho reales, 1º edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago. Pags, 7-12
9. Revista Chilena de Derecho, Vol.23 N°1, pp.7-12.
10. Aldunate Lizana, Eduardo, Fuentes Olmos, Jessica (1997): “ El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías del instituto” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XVIII, Año 1997. Pag. 214
11. Tierras un escrutinio al núcleo inviolable de la identidad indígena.

12. Aspectos prácticos de las tierras indígenas en la ley 19.253, Temuco Diciembre de 2010, Juan Calfuñanco Gallardo.
13. FACULTADES LEGISLATIVAS CONFIGURADORAS DE LOS REGÍMENES DOMINICALES. FLAVIO QUEZADA RODRIGUEZ.
14. sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000.
15. Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente, en Reforma Constitucional, (Zúñiga Urbina Coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, pp. 127 – 145
16. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL PENDIENTE Miriam Lorena Henríquez Viñas
17. Tórtora Aravena, Hugo (2010): “las limitaciones a los derechos fundamentales”, en Revista de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios constitucionales de Chile Universidad de Talca, Talca, año 8, N°2, pp 183
18. Bordalí, Andrés (1998): “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental”, en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Número Especial sobre Derecho y Medio Ambiente, 1998, pp 162
19. Nogueira, Humberto (2005): “Derecho Constitucional.” Tomo I. 2a Edición actualizada, Santiago, Editorial Juridica de Chile
20. Nogueira, Humberto : “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos fundamentales.”, en Revista Ius et Praxis, vol. 1(35) Dromi, José Roberto (1979): Derecho Administrativo Económico, Editorial Astrea, Buenos Aires, , Tomo II. Pag 3441, n° 2.pag 182
21. COMUNIDAD Y NACIÓN. EL PROBLEMA DE LA IDENTIDAD EN CHARLES TAYLOR. SERGIO PÉREZ BARAHONA Becario FPU-MEC. Área de Filosofía del Derecho.

22. Aldunate Lizana, Eduardo. Cordero Quinzacara, Eduardo (2008): Evolución histórica del concepto de propiedad en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Volumen XXX, Valparaíso, pp. 333.de La Rioja.
23. Conferencia del profesor Pablo Ruiz Tagle 28 de Abril año 2014 Universidad de Valparaíso.