

EL CONCEPTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CHILENA Y LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS DE INSTITUTO

EDUARDO ALDUNATE LIZANA - JESSICA FUENTES OLMOS
Universidad Católica de Valparaíso

INTRODUCCIÓN

1. En el presente trabajo la memorista Jessica Fuentes pasa revista a la situación actual de nuestra jurisprudencia constitucional en materia de derecho de propiedad, sobre la base de los derechos contemplados en el art. 19 N° 23 y 24 de nuestra Constitución, incluyendo, junto a la doctrina del TC y de la CS conociendo por inaplicabilidad, la correspondiente a esta última conociendo como tribunal de alzada de los recursos de protección. (Esta inclusión del recurso de protección en el ámbito de la jurisdicción constitucional ya ha sido fundamentada en otro lugar¹). A través de la exposición de la Srta. Fuentes queda en evidencia que nuestra jurisprudencia no sólo no maneja un claro concepto de derecho de propiedad sino que, más, parece enseñorearse en la jurisprudencia relativa a la garantía constitucional de este derecho un verdadero caos terminológico y conceptual. Esto no sólo produce un cierto grado de incomodidad científica, sino que plantea serios problemas a la práctica constitucional; de ahí que se justifique el estudio de este fenómeno y el análisis de instrumentos teóricos que permitan superarlo. En la segunda parte de este artículo se exponen los orígenes y el contenido de la Teoría de las Garantías de Instituto, para concluir en la parte final con un examen de la posibilidad de desarrollo y mejoramiento de este modelo teórico y de su aplicación a la estructura de la regulación del derecho de propiedad en nuestra Carta, y de lo que ello podría aportar a nuestra dogmática y práctica constitucional. Para ello se plantea una conclusión que bajo nuestro texto constitucional, y aplicando dicho modelo, propone una fórmula de tratamiento sistemático y ordenado de nuestra garantía constitucional al derecho de propiedad, que al mismo tiempo permite distinguirla de otros derechos constitucionales.

¹ Se encuentra en los artículos *Jurisdicción Constitucional y Cosa Juzgada Constitucional*, en RCIID, vol. 20 N°s. 2 y 3, Tomo I, año 1993 (XXIV Jornadas de Derecho Público) e *Interpretación Constitucional y Decisión Política*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XV, 1994.

I. PARTE: LA PROTECCIÓN Y EL CONCEPTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

2. Lejos, la mayor variedad de posiciones se encuentra en el ámbito de la jurisprudencia originada en las acciones de protección, y que más abajo se verán en la medida en que han sido recogidas por la CS conociendo de apelaciones en recursos de protección. Sin embargo, y en relación a lo que tradicionalmente se ha estimado la jurisdicción constitucional, se verá en primer lugar la jurisprudencia emanada del TC, y de la CS en los casos en que ha conocido de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

a) *Jurisprudencia de la CS en el ámbito del recurso de inaplicabilidad por lesión a la garantía del derecho de propiedad.*

3. Sin duda una de las más largas y sostenidas controversias se ha dado en este ámbito con ocasión del DI. 2695 de 1979 que fija normas para la regularización de la posesión de la pequeña propiedad rústica. Se omitirá aquí el análisis de las distintas etapas por las cuales ha pasado la doctrina judicial de la CS, en especial las relativas a la procedencia del recurso frente a la opción de una derogación tácita de dicho cuerpo legal por la entrada en vigencia de la CPR de 1980 (*Madariaga Castro*² en una primera etapa, *Campos Canales*³ (en la segunda), así como la cuestión de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad para atacar situaciones ya nacidas al amparo de dicha normativa (*Gomila Farfán*⁴), lo que ha dado lugar a una visión del recurso de inaplicabilidad sumamente restrictiva. Lo que interesa aquí esencialmente es la doctrina subyacente a esta jurisprudencia en lo relativo al concepto de la protección dada por la CPR al derecho de propiedad.

4. La primera cuestión que salta a la vista es la vinculación de la garantía del i. III del art. 19 N° 24 a la regulación del derecho de propiedad. En *Campos Canales* se funda la inconstitucionalidad del DL 2695 de 1979 en que éste priva del dominio sobre un inmueble inscrito al titular del derecho, confiriéndoselo sin expropiación previa a un tercero que ha tenido su posesión durante cinco años. El DL en su totalidad sería contrario a la Constitución por constituir un cuerpo legal que en su totalidad establece un sistema sustantivo y procesal cuya aplicación tiene como resultado jurídico la privación referida. De acuerdo a esta doctrina, la sola existencia de una norma diferente a las establecidas en el Código Civil como modos de adquirir la propiedad lesionaría a los derechos subjetivos que ampara el 19 N° 24 i. III. En esta línea argumentativa no es sino totalmente coherente lo señalado en *Puga González*⁵, en el sentido de que las normas del Código Civil referidas al dominio y posesión adquieren, con respecto al texto constitucional que fija la respectiva garantía, una connotación particular, pues de algún modo lo integran cuando este previene "que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad", porque es precisa-

² Sentencia de la Corte Suprema de 1 de julio de 1994, rol 20.360, en Gaceta Jurídica N° 169, julio de 1994, pág. 39.

³ Sentencia de la Corte Suprema de 8 de junio de 1990 rol 14.444, en Gaceta Jurídica N° 120, junio de 1990, pág. 28.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 26 de enero de 1996, citada sin número de rol en Informe Constitucional N° 1238 (II) de 27 de marzo de 1996 pág. 5.

⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 10 de abril de 1992, rol 16.672, en Gaceta Jurídica N° 142, abril de 1992, pág. 28.

mente ese Código, que compendia el derecho común, el que define el dominio o propiedad.⁶

5. Contra esta línea argumental, con fecha 26 de enero de 1996, en *Maderas Prensadas Cholguán*⁷ se desarrolla una doctrina que ya había sido anticipada por algunos votos disidentes (uno de ellos fue sostenido por los ministros Cereceda, Faúndez, Dávila, Álvarez y Garrido en *Puga González*, sentencia ya citada; otro voto disidente fue sostenido por los ministros Cereceda, Faúndez, Araya y Álvarez en *Cardone La Rosa*⁸, y que puede sintetizarse en que, aun cuando divergente de los preceptos establecidos en el Código Civil, el DL 2695 cumple con los requisitos constitucionales exigidos para la regulación del dominio, y más específicamente, para un modo de adquirir el mismo en la medida en que es una disposición de carácter legal la que entra a dar esa regulación. Bajo esta doctrina, lo único que cabe preguntar es si la legislación especial que se aparta del Código Civil atenta contra el derecho de propiedad en su esencia.⁹

6. En otro caso de lesión de derechos adquiridos, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el alcance de la regulación de créditos, y de la facultad de goce emanada del dominio. (La propiedad sobre derechos personales ha sido una doctrina

⁶ Lucgo de transcribir las disposiciones del DL. 2695 pertinentes a la controversia planteada, a saber, artículo 2 inciso 2º, 4 inciso 3º, 15 y 16 como asimismo el artículo 19 N° 24 incisos 1º 2º y 3º de la CPR, la Corte afirma (considerando 9º): "...Si se compara y vincula el referido precepto con los artículos 582 y siguientes del Código Civil, que se refieren al derecho de dominio, con los artículos 700 y siguientes del mismo texto que se refieren a la posesión, y sus demás disposiciones que complementan a las señaladas, no puede menos que inferirse que el ordenamiento consagrado en el decreto ley N° 2.695 se encuentra en clara pugna con el artículo 19 N° 24 de la Constitución parcialmente transcrito precedentemente, pues permite hacer perder la propiedad de un bien raíz legalmente inscrito en el Conservador de Bienes Raíces a nombre de una persona o personas determinadas, por la simple circunstancia de que otra lo ha tenido en posesión material durante el lapso de cinco años y haber efectuado una gestión de orden administrativo en la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales;

(10º) Que las normas del Código Civil referidas al dominio y posesión adquieren con respecto al texto constitucional que fija la respectiva garantía, una connotación particular, pues de algún modo lo integran cuando éste previene "que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad" porque es precisamente ese Código, que compendia el derecho común, el que define el dominio o propiedad, y, lo que es de primera importancia, establece las fuentes o modos de adquirirlo; no se trata, entonces, que en el caso del presente recurso se haga valer exclusivamente el antagonismo o antinomia entre dos cuerpos legales de idéntica jerarquía;

(11º) Que de lo antes anotado se desprende que el decreto ley N° 2.695, considerado globalmente, en el conjunto de sus normas, se encuentra en situación de contravención con el precepto constitucional antes indicado, esto es, el artículo 19 N° 24, al establecer un sistema de privación de la propiedad no consagrado en los principios que fluyen de la Carta Fundamental."

⁷ En Informe Constitucional N° 1238 (III) de 28 de marzo de 1996, pág. 1 y ss. comentada por don Raúl Bertelsen Repetto.

⁸ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 1992, rol 16.947 en Gaceta Jurídica N° 143, mayo de 1992, pág. 23.

⁹ La vinculación al i. III del art. 19 N° 24, sostenida en *Informe Constitucional N° 1239* no es convincente, desde el momento en que el propio CC contiene normas que pueden derivar en la pérdida no consentida del derecho de dominio sin un proceso expropiatorio.

sostenida por la Corte Suprema a partir del fallo *Troncoso G.H., Julia*,¹⁰ librado sobre un recurso de inaplicabilidad interpuesto en contra del artículo 2 transitorio del D.F.L. 9 de 1968, el que disponía la vigencia inmediata de su artículo 11, por el cual el plazo mínimo de todo contrato de arrendamiento sobre predios rústicos sería de 10 años. En caso de haber sido celebrado por un menor plazo, se entendía pactado por el lapso de 10 años. Así se pretendía la inaplicabilidad de la mencionada norma respecto de un contrato de arrendamiento celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la disposición impugnada y pactado por un período de 3 años, acogién-dose el recurso por estimarse lesionado el derecho de propiedad que el arrendador tenía sobre el derecho personal a la restitución del predio al cabo de los tres años convenidos). En el primer caso, *Puelma Accorsi*¹¹, ha estimado que la sujeción del cobro de un crédito nacido del depósito de dinero a más requisitos que los originales atenta contra el derecho de propiedad por lesionar la facultad de disposición y la de goce (obtención de frutos, constituidos por los intereses) al condicionarlos a una serie de requisitos no contemplados al momento de generarse el respectivo derecho personal. En otro caso (*Bolsa de Comercio de Santiago, Bolsa de Valores y otros*¹²) ha declarado inconstitucional la disposición que privaba a las Bolsas de Valores de la posibilidad de repartir utilidades, lo que se estimó atentatorio de la facultad de goce que emanaba de la propiedad del capital societario.

b) *Jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional*

7. El Tribunal Constitucional ha centrado en varios casos su análisis de la protección constitucional a la propiedad en el principio de legalidad de su regulación. Así aparece de los fallos librados en relación a los Avisos Camineros¹³; el requerimiento contra el proyecto de Ley de Pesca y Acuicultura en relación con los quórum exigidos para aprobar determinadas materias¹⁴; y el control de constitucionalidad del proyecto de ley de Bases del Medio Ambiente¹⁵; y posteriormente fallo sobre el decreto que regulaba el acceso a las playas¹⁶. Sin entrar en un análisis de detalle de cada uno de los puntos discutidos en estos casos, puede decirse que la gran cuestión que queda planteada dentro de esta categoría es que el Tribunal Constitucional parece extender el campo de esta legalidad incluso más allá de lo que la propia Consti-

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de diciembre de 1968, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXV, 1968, segunda parte, sección primera, pág. 392.

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema de 19 de agosto de 1994 rol 23-93, en Gaceta Jurídica N° 170, agosto de 1994, pág. 35.

¹² Sentencia de la Corte Suprema de 23 de enero de 1985, rol 17.995, en Gaceta Jurídica N° 55, enero de 1985, pág. 40.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1992, rol 146 en "Fallos pronunciados por el Excelentísimo Tribunal Constitucional entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992", Editorial Jurídica de Chile, pág. 490 y ss. y fallo librado el 6 de abril de 1993, rol 167, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo XC N° 1, enero-abril de 1993, sección sexta, pág. 14.

¹⁴ Sentencia del 3 de diciembre de 1990, rol 115, en "Fallos pronunciados por el Excelentísimo Tribunal Constitucional entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992", Editorial Jurídica de Chile, pág. 326 y ss.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994, rol N° 185, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo XCI, enero-abril de 1992, sección sexta, pág. 5.

¹⁶ Sentencia del 2 de diciembre de 1996, rol 245.

tución parece entender como concepto de ley en el contexto del art. 60 y en especial de su numeral 20, al rechazar por inconstitucionales incluso remisiones normativas de menor entidad.

8. En relación al contenido mismo del derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional ha aceptado restricciones y limitaciones basadas en la función de utilidad pública e intereses generales de la colectividad¹⁷, y en otros casos ha calificado limitaciones a la facultad de disposición como regulación del derecho de prenda general de los acreedores (prohibición de enajenación de derechos de aguas en forma separada del predio, mientras subsista y se encuentre pendiente el pago de una deuda con el Fisco¹⁸).

En otros casos, sin embargo, ha calificado la regulación hecha de determinadas facultades como 'privación del derecho de dominio' o 'lesión a la garantía' a secas. El primer caso se dio en el requerimiento presentado contra la constitucionalidad de la disposición que permitía nombrar a un interventor delegado de las AFP en caso de que ellas hubieran infringido gravemente la ley que causare o pudiere causar perjuicio al Fondo de Pensiones¹⁹. Se estimó aquí que la privación de la facultad de administración era privación de un atributo esencial del dominio que no cumplía con los requisitos de la expropiación, y por tanto, debía ser estimado inconstitucional²⁰. En el segundo caso se estimó que la derogación del precepto que facultaba a la asamblea de accionistas de determinada serie de acciones de un banco para acordar el no reparto de dividendos y la capitalización de los mismos en nuevas acciones lesionaba el derecho de propiedad de los accionistas sobre sus acciones. En este caso, la argumentación es errática, y alude tanto a la privación de la propiedad, como a la del bien sobre que recae, así como también habla de la privación de atributos o facultades esenciales del dominio²¹. En este fallo se roza también un punto distinto y que es aquel que se refiere a la protección de los derechos adquiridos en cuanto ellos se ven afectados (y eventualmente perjudicados) por una nueva regulación, en especial sobre la base de argumentos de certeza y seguridad jurídica, y al hecho de afectarse a particulares lo que generaría una supuesta obligación del Legislador de respetar los derechos adquiridos al amparo de una legislación en la forma consagrada en esa legislación²².

¹⁷ Disposiciones sobre propaganda electoral obligatoria en los Canales de Televisión; fallo librado el 9 de agosto de 1988, rol 56 en "Fallos pronunciados por el Excelentísimo Tribunal Constitucional entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992", Editorial Jurídica de Chile, pág. 153.

¹⁸ Fallo librado el 1 de septiembre de 1987, rol 47, en "Fallos pronunciados por el Excelentísimo Tribunal Constitucional entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992", Editorial Jurídica de Chile, pág. 107.

¹⁹ Sentencia de 7 de marzo de 1994, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo XCI N° 1, enero-abril de 1994, sección sexta, pág. 19.

²⁰ El fallo disidente hacía hincapié en el hecho de que las facultades del administrador no recaían sobre la propiedad de los accionistas de la AFP, sino sobre el Fondo, de propiedad de los cotizantes, y por cuya seguridad podía y debía velar el Estado.

²¹ Rol 207.

²² Rol 207, considerandos 44 y 67, y 71, respectivamente.

c) *La garantía constitucional al derecho de propiedad en la visión de la jurisprudencia proteccional.*

9. En este campo se encuentra la más amplia gama de situaciones que han sido amparadas so pretexto de verse afectado el derecho de propiedad. Un análisis pormenorizado de la jurisprudencia excedería con mucho las dimensiones indicadas para esta ponencia, por lo que baste mencionar algunas categorías dentro de este universo.

i. *La propiedad en el empleo* (o: el derecho a la función pública como bien objeto del derecho de propiedad).

10. En una primera etapa, la jurisprudencia se apoya en el tenor literal de distintas disposiciones que aluden a la '*propiedad en el empleo*' o a '*ocupar en propiedad un cargo*', presentes en la ley 18.883, considerando que con tales expresiones lo que quiere el legislador es dejar establecido el hecho de que el cargo o función constituye un bien incorporal comprendido en la garantía del art. 19 N° 24 (*Molina Mauricio*²³, y *Brito Ciudad*²⁴).

En una segunda etapa se evoluciona hacia la distinción de que no todos los derechos son susceptibles de propiedad; no lo sería, por ejemplo, el derecho a la función o a la permanencia en el empleo. Sin embargo los funcionarios públicos serían dueños de los derechos emanados de su empleo o cargo, gozando de un crédito para exigir los beneficios derivados de esta condición (*Castillo Mora*)²⁵.

Por último la doctrina que se ha asentado avanza en un sentido, y retrocede en otro, al señalar que el bien incorporal amparado por la garantía al derecho de propiedad sería el derecho estatutariamente establecido en favor del funcionario, dentro del cual se incluye el derecho incorporal (sic!) de estabilidad en el empleo. En lo fundamental, ella está expresada en el siguiente considerando: "*...por lo que se refiere al derecho de propiedad es preciso tener presente que la estabilidad en el empleo es un principio consagrado en la Constitución (especialmente en el artículo 38 i. 1°) reconocido en la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18575, y expresado estatutariamente en el denominado "derecho a la función" que puede definirse como el derecho a permanecer en el empleo a que se ha accedido legalmente, mientras no medie una causa legal de expiración de funciones de modo que la garantía para el funcionario consiste en que la cesación de sus funciones no queda entregada a la discrecionalidad de la administración, sino a la determinación de la ley, y en este sentido es un derecho incorporal que la ley otorga... comprendido entre los que garantiza el art. 19 N° 24 del artículo 19 de la Constitución, pero la propiedad no recae sobre el cargo o el empleo, sino sobre el derecho a permanecer en él en tanto no se produzca una causa legal para la cesación de funciones, y no deriva de un contrato sólo extinguido por acuerdo de las partes sino que se contiene en un status de naturaleza legal al que se incorpora el interesado por un acto unilateral, "status" en que están predeterminados los dere-*

²³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 29 de mayo de 1990, rol 160-90, en Gaceta Jurídica N° 119, mayo de 1990, pág. 42.

²⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 4 de noviembre de 1992, rol 732-92, confirmada por la Corte Suprema el 23 de noviembre de 1992, rol 20.057, en Gaceta Jurídica N° 149, noviembre de 1992, pág. 26.

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 11 de mayo de 1993, rol 20.800, que revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 15 de abril de 1993, rol 47.709, en Gaceta Jurídica N° 155, mayo de 1993, pág. 46.

chos, obligaciones, responsabilidades y causales de cesación de funciones". (Saavedra Saavedra).²⁶

ii. La calidad de estudiante

11. La jurisprudencia proteccional en ese campo presenta diversas líneas de evolución.

Por una parte se rechaza el amparo a la calidad de estudiante como bien incorporal objeto del derecho de propiedad, en cuanto se entienden como bienes incorporales sólo los derechos reales y personales, de carácter eminentemente patrimonial no teniendo este carácter los derechos que pueden derivarse de la calidad de alumno, ni esta calidad misma (*Bargetto Orellana y otros*)²⁷. Respecto a este mismo punto, y opuesta a esta línea argumental encontramos aquella que reconoce a la calidad de estudiante la calidad de bien incorporal sobre el cual se puede alegar un derecho de propiedad (*Baeza Carrasco*)²⁸. Eventualmente se considera en esta línea el derecho a seguir un programa para acceder a un título o grado como un bien incorporal, sobre el cual se tiene una especie de propiedad (*V.D., María Soledad*).²⁹

Una segunda línea de argumentación va encaminada a proteger vía recurso de propiedad los efectos patrimoniales derivados de situaciones educacionales (ej.: medida de expulsión que causa daño al patrimonio de la familia del alumno, como en *Navarrete González*,³⁰ o bien de los efectos de un contrato de prestaciones educacionales, que se puede entender bajo el correspondiente acápite que se trata más abajo (*Stellke, Andrea*).³¹ Contra esta posición se encuentran los fallos que señalan que el estudiante sólo tiene una mera expectativa a continuar los cursos en los cuales se ha matriculado, no encontrándose la calidad de estudiante amparada por el derecho de propiedad, en cuanto puede perderse por hechos propios, como el bajo rendimiento (*Castro Toro*)³².

iii. Timidamente se ha esbozado también que la posibilidad de acceder a un título profesional esté amparada por la garantía del libre acceso al dominio, cual si

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 21 de marzo de 1996, rol 33.433, que revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 23 de octubre de 1995, rol 124-95 en Gaceta Jurídica N° 189, marzo de 1996, pág. 29.

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 26 de enero de 1983, rol 16.473, que revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 14 de diciembre de 1982, rol 142-82, en Gaceta Jurídica N° 34, abril de 1983, pág. 37.

²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 27 de enero de 1989, rol 504-88, confirmada por la Corte Suprema el 6 de abril de 1989, rol 13.818 en Gaceta Jurídica N° 106, abril de 1989, pág. 27.

²⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 12 de noviembre de 1992, rol 2657-92, confirmada por la Corte Suprema el 23 de diciembre de 1992, rol 20.123, en Gaceta Jurídica N° 150, diciembre de 1992, pág. 38.

³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de enero de 1992, rol 2963-91, confirmada por la Corte Suprema el 25 de mayo de 1992, rol 18.444, en Fallos del Mes N° 402, mayo de 1992, pág. 197.

³¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 14 de junio de 1995, rol 19.589 confirmada por la Corte Suprema el 10 de julio de 1995, rol 31.799, en Fallos del Mes N° 440, julio de 1995, pág. 748.

³² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de julio de 1995, rol 1768-95, confirmada por la Corte Suprema el 27 de julio de 1995, rol 32.018, en Gaceta Jurídica N° 440, julio de 1995, pág. 738.

dicho título se tratara de un bien sobre el cual se puede adquirir el dominio (Voto disidente del ministro Sr. Retamal en *O.I.O.M.*)³³.

iii. Propiedad sobre los efectos derivados de un contrato

12. Se comprenden en este apartado por una parte las situaciones que en la nomenclatura tradicional pueden ser calificadas como derechos personales emanados de un contrato (Ej.: contratos de salud celebrados con una Isapre, *Rodrigo Alamos*),³⁴ incluyendo según una posición de la jurisprudencia, los derechos personales emanados del contrato de arrendamiento (*Muñoz Orvex*).³⁵ Por otra parte se distingue una línea jurisprudencial que ampara al arrendatario en una especie de proyección del derecho de propiedad, por lo cual situaciones que afectan al arrendatario pueden ser contrarrestadas por una acción de protección destinada a amparar el derecho de propiedad. Así, la medida de corte de suministro de agua por parte del administrador de un edificio constituye una amenaza al derecho de gozar sin molestias de los atributos del derecho de propiedad sobre el uso y goce del inmueble que emanan del arriendo (*Medina Medina*).³⁶

iv. Miscelánea

13. Por último, por la vía del recurso de protección se han establecido como bienes objeto del derecho de propiedad las más peregrinas hipótesis. Se mencionan a continuación algunas de ellas:

-Derecho a la toma de razón de un decreto que designa oficial primero: se trataría de un bien incorporal amparado por la protección al derecho de propiedad (*Bell Avello*)³⁷.

-El recorrido habitual y formado de un taxi colectivo configura un bien incorporal amparado por la garantía del derecho de propiedad (*Sindicato de dueños de taxis colectivos N° 17 Pueblo Nuevo de Temuco*)³⁸.

-El prestigio y calidad profesional constituyen un derecho que se incorpora al patrimonio de un profesional, como derecho inmaterial sobre el cual se tiene una especie de propiedad (*Cacciuttolo Peralta*)³⁹.

³³ Sentencia de la Corte Suprema de 28 de marzo de 1990, rol 15.347, que revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 8 de febrero de 1990, rol 15.015, en Gaceta Jurídica N° 117, marzo de 1990, pág. 7.

³⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de abril de 1989 rol 501-88, confirmada por la Corte Suprema el 22 de mayo de 1989 rol 14.167, en Gaceta Jurídica N° 107, mayo de 1989, pág. 20.

³⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán de 30 de junio de 1986 rol 418, confirmada por la Corte Suprema el 2 de septiembre de 1986 rol 21.124, en Gaceta Jurídica N° 75, septiembre de 1986, pág. 23.

³⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 24 de noviembre de 1995, rol 237-95, confirmada por la Corte Suprema el 16 de enero de 1996, rol 34.001, en Gaceta Jurídica N° 187, enero de 1996, pág. 59.

³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de noviembre de 1991, rol 5323-91, confirmada por la Corte Suprema el 21 de noviembre de 1991, rol 17.968, en Fallos del Mes N° 396, noviembre de 1991, pág. 641.

³⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 30 de octubre de 1992, rol 673-92, confirmada por la Corte Suprema el 19 de noviembre de 1992, rol 20.048, en Fallos del Mes N° 408, noviembre de 1992, pág. 805.

³⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 12 de diciembre de 1994, rol 2244-94, confirmada por la Corte Suprema el 27 de diciembre de 1994, rol 24.257, en Fallos del Mes N° 433, diciembre de 1994, pág. 965.

d) Conclusiones

14. De la visión sinóptica de la jurisprudencia a la fecha puede concluirse que, en los distintos ámbitos jurisdiccionales donde se ha discutido la respectiva garantía constitucional, no existe un concepto claro de lo que es el derecho de propiedad en su sentido constitucional, ni del preciso alcance y extensión de las garantías constitucionales que lo amparan.

El universo de cuestiones planteadas en torno a la protección constitucional de la propiedad en los fallos antes vistos permite estructurarse en un sistema de coordenadas con tres ejes:

Por una parte la discusión en torno a la propiedad sobre bienes incorporeales, que se extiende desde un concepto de los mismos como derechos personales y derechos reales en la nomenclatura del Código Civil, hasta la ampliación *ad infinitum* del concepto de bienes incorporeales para amparar cualquier situación digna de ser protegida por el derecho⁴⁰, y cuya inclusión como objeto del derecho de propiedad es resultado de (y se entiende por) la intención de hacer operativa, para cualquier interés que se encuentre en dicha situación, la expedita vía del recurso de protección dirigido a amparar la propiedad. Esta disolución del concepto de bien incorporal llega a tanto que, en su versión más extrema, viene a considerarse como comprensiva del derecho a la legalidad (¡subjektivización del principio de legalidad!), en cuanto el ser tratado según las disposiciones legales deviene en un bien incorporal sobre el cual el recurrente puede alegar una titularidad. Esto se hace especialmente patente en los casos en que por esta vía se ha alegado la propiedad sobre el empleo o cargo, y el análisis judicial ha llevado a establecer que éste consiste en el derecho a no ser separado del cargo sino en virtud de las causales previstas por la ley (o sea, ninguna otra cosa sino la vigencia del principio de legalidad en este ámbito), para a continuación declarar este derecho como un bien incorporal protegido por la garantía del art. 19 N° 24.

El segundo eje de problemas planteados puede analizarse, a nuestro juicio, en la contraposición existente entre la protección dada a la propiedad como derecho subjetivo, y aquella en que los derechos subjetivos se ven afectados por un cambio en la regulación del derecho de propiedad. O, si se quiere, entonces, los extremos de este eje están constituidos, por una parte, por la protección de los derechos subjetivos y por otra, por el derecho objetivo (especialmente en cuanto afecta a los primeros). La pregunta medular aquí es si la protección dada a un derecho subjetivo perfilado por una regulación del derecho objetivo, se extiende a esta regulación. Por plantearlo en una figura: si cada vez que un particular incorpora a su patrimonio un derecho subjetivo congela, en relación a ese derecho, el correspondiente derecho objetivo que lo

⁴⁰ Cfr. "Una apreciación vulgarizante de la expresión "bien incorporal" contenida en el artículo 19 N° 24 ha conducido a los tribunales a admitir recursos de protección sobre cualquier interés subjetivo que han estimado justo proteger, bajo el concepto, expreso o tácito, consciente o inconsciente, *de que cualquier interés subjetivo no ilícito es un bien incorporal, del que el interesado es dueño y por el cual puede pedir tutela a través del recurso*". GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Un nuevo Derecho de creación judicial: el derecho al prestigio profesional*, en Gaceta Jurídica, N° 61, mayo de 1966 pág. 18 y ss. El destacado es de los autores de este artículo, y corresponde a lo expresado en el cuerpo de la argumentación.

configura. Esta es la tesis que subyace al voto de mayoría del Tribunal Constitucional en el fallo pronunciado en la causa rol 207.⁴¹

Por último, y para completar el cuadro, no se encuentran aún definidos con claridad por la jurisprudencia constitucional los criterios para delimitar la profundidad en que debe entenderse operando el mandato constitucional de legalidad de regulación de la propiedad. Esto no sólo es importante para delimitar las competencias que en este campo pudieran caberle a la potestad reglamentaria autónoma o subordinada, de fuente constitucional, sino especialmente para evaluar en qué medida las remisiones a disposiciones reglamentarias contempladas en la propia ley pueden ser aceptada como válidas.

15. Así las cosas, cabe preguntarse sobre la utilidad que tendría elaborar un modelo teórico que permitiera sistematizar y ordenar, desde el punto de vista doctrinario, este espectro de cuestiones. En este trabajo se parte de la base que no se trata de un problema al que nuestra disciplina se encuentre enfrentada por primera vez, sino que se ha planteado ya antes en distintos sistemas jurídicos. Una de las respuestas dadas a un complejo de problemas similar al descrito arriba es la denominada Teoría de las Garantías de Instituto e Institucionales, desarrolladas a partir de principios de este siglo por la iuspublicística alemana. A continuación se expondrá sucintamente esta teoría para concluir en una tercera parte con el análisis dogmático de la protección al derecho de propiedad en nuestra Constitución y evaluar los aportes que de esta teoría podrían tomarse para la construcción doctrinaria a partir de nuestro derecho positivo.

II. PARTE: LA TEORÍA DE LAS GARANTÍAS DE INSTITUTO

Introducción

16. Al introducir esta segunda parte, valga una prevención. En principio, y por el hecho de que cada sistema jurídico nacional tiene su identidad, sus particularidades, toda construcción doctrinaria nacida al alero del derecho positivo de un sistema jurídico lleva una presunción en contra de su traspaso a otros sistemas -incluso en los casos en que los textos legales puedan ser coincidentes, ya que la igualdad de textos no implica la de los ordenamientos jurídicos que se articulan sobre ellos-. Pero dicha presunción no es un argumento para descartar de plano los elementos que, *mutatis mutandis*, pudieran utilizarse en la labor doctrinaria nacional, en especial cuando responden a preguntas análogas a las que se plantean en el propio sistema jurídico. Desde esta perspectiva es que se ha considerado aquí la Teoría de las Garantías de Instituto: como se verá, el entorno de interrogantes a la que debe su nacimiento se encuentra muy emparentado con la situación descrita en los párrafos anteriores. Por otra parte, y contestando aquí a una observación formulada con ocasión de la presentación de este trabajo por el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Dr. José Ignacio Martínez Estay, creo que una reflexión doctrinaria seria sostenida por varios decenios, no puede carecer absolutamente de valor: o, por lo menos, su eventual utilidad doctrinaria no puede ser descartada sin más, al menos

⁴¹ Ver: *Deficiencias en la argumentación jurídica. Comentario crítico al fallo del Tribunal Constitucional librado en la causa rol N° 207*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI (1996), pp. 27 y ss., p. 35.

no si antes no se ha profundizado en su estudio y sometido a la discusión científica nacional.

Corresponde también en el lugar de esta prevención hacer presente que la Teoría de las Garantías de Instituto no se identifica ni es equivalente a la así denominada "Teoría Institucional de los Derechos Fundamentales", nombre con el cual se destaca una corriente teórica liderada en Alemania por Peter Häberle y algunos fallos de Tribunal Constitucional Federal.

Origen y contenido de la Teoría de las Garantías de Instituto y Garantías Institucionales

17. Se registra como el primero en hacer uso de la expresión 'garantía de instituto' (Institutsgarantie) al autor alemán M. Wolff en su obra *Reichsverfassung und Eigentum* (Constitución Imperial y Propiedad) en 1923, para referirse al derecho de propiedad y al de herencia, los cuales se encontrarían protegidos⁴² en cuanto institutos jurídicos, especialmente frente al Legislador. L. Waldecker aplica un término similar, en 1924, a la protección dada al estatuto funcionario⁴³. Pero quien da un impulso definitivo a este concepto es Carl Schmitt, quien en su obra *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)* de 1928 hace referencia a las *garantías institucionales*⁴⁴, como una forma de distinguirlas de otros derechos y libertades contenidos en la segunda parte de la Constitución de la República de Weimar. Posteriormente, en 1931, publica un artículo denominado "Libertades y garantías institucionales de la Constitución" (*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*), en que desarrolla más prolijamente este concepto. Para comprenderlo bien es imprescindible, sin embargo, hacer mención a la situación doctrinaria que motiva a Schmitt a plantear esta idea. Durante el período de vigencia efectiva de la Constitución de Weimar (1919-1933) una de las cuestiones más debatidas fue la del valor normativo de su segunda parte, la que consagraba los derechos constitucionales. A la fecha en que Schmitt desarrolla el concepto, él mismo describe el estado de la discusión como sigue⁴⁵: "*El tratamiento tradicional de los derechos y libertades fundamentales derivó en un dilema, que es cómodo e incisivo, pero que en el actual estado del orden jurídico debemos reconocer como un callejón sin salida. O bien se trata, en el caso de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, de un "mero programa", y por lo mismo sin un valor jurídico positivo: son declaraciones de buenas intenciones o aforismos políticos, devotos deseos, monólogos del constituyente o como le quieran denominar las distintas y más o menos bagatelizadoras formas con que se suele aludir a ellos. O bien se encuentran los derechos fundamentales "bajo la reserva de la ley", y se positivizan a través de la ley: en este caso se trata entonces sólo de expresiones del derecho fundamental general a la legalidad de las actuaciones de la administración, no se dirigen contra el legislador sino a las autoridades que aplican la ley en la administración y el Poder Judicial,*

⁴² Art. 153 inciso I, primera frase, y art. 154, respectivamente, de la Constitución de Weimar.

⁴³ Art. 129 inc. I, tercera frase, Constitución de Weimar.

⁴⁴ Página 117.

⁴⁵ Citado de *Freiheitsrechte und Institutionelle Garantien der Reichsverfassung, en Verfassungsrechtliche Aufsätze* (Ensayos sobre Derecho Constitucional), 2ª Edición, Berlín, 1973, pág. 140 ss. pág. 143. La traducción es de E. Aldunate.

no afectan en ninguna medida la primacía de la ley, y por lo tanto, y puesto que dependen de la ley, son, según la expresión de Richard Thoma, irrelevantes."⁴⁶

De lo que se trataba entonces para Schmitt al desarrollar su idea era de dotar a las libertades y derechos consagrados en la Constitución de Weimar de un sentido garantístico aún frente al Legislador. Para ello, distingue tres figuras. Por una parte las garantías institucionales, de derecho público (garantías de derecho público de naturaleza institucional), dentro de las cuales sobresale la garantía de la autonomía de la administración comunal; por otro lado las garantías de instituto, propias del derecho privado, y dentro de las cuales se destaca, junto al matrimonio y al derecho de herencia, el derecho de propiedad; y por último, sostiene la existencia de ciertas garantías propias de los derechos de libertad (*Freiheitsrechte*, también traducidos como "libertades") con un contenido análogo -pero en esencia distinto- al de las garantías de instituto. En las tres categorías, sin embargo, se distingue un elemento común: se trataría de la garantía del específico modo y tipo de una regulación pre-existente, una especie de derecho "sobre el derecho".

18. El concepto planteado por Schmitt queda en claro al analizar las dos primeras categorías.

Una garantía institucional supone la existencia de una institución, esto es, una entidad (estructura, *Einrichtung*⁴⁷) formada y organizada por el derecho público, y por ello delimitable y distinguible. En el caso de la garantía institucional de la autonomía administrativa comunal del art. 127 de la Constitución de Weimar, señala Schmitt, existen, además, sujetos de derecho público autónomos como titulares de la respectiva institución, lo que la hace claramente distinguible y determinable.⁴⁸ El sentido de una tal garantía sería sustraer de la competencia del Legislador la facultad de eliminar la institución de la autonomía administrativa comunal; no privarlo de la facultad de regularla, pero sí limitar esta facultad, de tal manera que siempre pueda distinguirse un núcleo que pueda razonablemente identificarse como autonomía administrativa comunal.⁴⁹

El concepto de garantía institucional en este sentido supondría la existencia de una verdadera garantía constitucional. Pero adicionalmente, también, y esto es obvio, señala Schmitt, "...supone un objeto de esta garantía, configurado de una determinada manera, una institución, ya que de lo contrario no podríamos hablar de una garantía institucional. Este tipo de garantía se refiere siempre a algo actual, presente, formado y organizado, existente y disponible. En esta medida radica en ella la garantía de un determinado estado y una situación normativa existente, y contiene elementos de una garantía de *Status quo*".⁵⁰ La diferencia en relación a garantías constitucionales que "congelan" una situación jurídica a la entrada en vigencia de la

⁴⁶ O "vacíos": la expresión usada en alemán es "leerlaufend", que significa textualmente: 'van al vacío', 'se quedan sin contenido'.

⁴⁷ La traducción de *Einrichtung* no es del todo feliz con la palabra "entidad"; pero reconozco mi limitación al traspasar al castellano ese término, cuyo campo semántico cubre también las ideas de 'estructura', 'organización', 'institución' y 'establecimiento'.

⁴⁸ *Freiheitsrechte...* pág. 149.

⁴⁹ Schmitt, citando a Richard Thoma, autor de peso en la doctrina alemana de ese tiempo -y aún hoy en muchos sentidos-: "...Thoma señala que las disposiciones legales relativas a autonomía administrativa no pueden llegar tan lejos que aniquilen el instituto de la autonomía administrativa: a pesar de todas las restricciones legales 'debe conservarse un resto que todavía pueda hacerse valer como autonomía administrativa'..."

⁵⁰ *Freiheitsrechte...* pág. 155.

Constitución, y que en esta medida son verdaderas garantías de *Status quo*, estribaría en que estas últimas impiden toda intervención del Legislador que implique una modificación de la regulación jurídica. En cambio, las garantías institucionales sólo tienden a conservar el núcleo de la respectiva institución. Dicho sea de paso, sobre esta construcción teórica, y la referida a las garantías de instituto que se analiza más abajo, y derivada de la situación doctrinaria arriba descrita, es que en la doctrina alemana se desarrolla la teoría de la "esencia de los derechos" que pasa a la Ley Fundamental de Bonn de 1948 (art. 19), y que fuera recogida -sin mención a este contexto⁵¹ - por el Constituyente de 1980 e incorporado a nuestra Carta en su art. 19 N° 26. Nótese que mientras en el ámbito de las garantías institucionales y de instituto el garantizar "la esencia" del respectivo derecho tiene un sentido normativo específico -destinado precisamente a proteger el núcleo de la regulación en que consiste la respectiva institución o el respectivo instituto jurídico- en los demás derechos constitucionales y libertades se va a confundir con el sentido propio de la respectiva garantía, generando serias distorsiones al momento de precisar los conceptos de limitación, restricción y facultades del Legislador para regular las libertades correspondientes.

La segunda categoría corresponde a lo que Schmitt llama las "garantías de instituto" (*Institutsgarantien*). Menciona aquí Schmitt el derecho de herencia y el matrimonio, para concentrarse específicamente en la garantía a la propiedad, donde se hace cargo de un problema especialmente interesante para el momento del desarrollo jurisprudencial que se vive en Chile actualmente. En efecto, distingue entre la propiedad como instituto jurídico -como el conjunto de reglas jurídicas que configuran ese poder de dominio sobre los bienes corporales desarrollado y perfilado desde el Derecho Romano- y la concepción de la garantía a la propiedad como la protección a todos los derechos de contenido patrimonial que puedan corresponder a un individuo. En párrafos de la Teoría de la Constitución que *mutatis mutandis* bien podrían aplicarse en muchos aspectos a la discusión sobre nuestro régimen de protección constitucional a la propiedad -y que se transcriben a continuación, a pesar de corresponder a un sistema jurídico distinto y a una discusión doctrinaria de hace más de 65 años, por su notable paralelo con problemas planteados a nuestra jurisprudencia, vistos más arriba-, describe la dualidad desarrollada por la doctrina a partir del precepto constitucional del art. 153 i. I de la Constitución de Weimar que protege a la propiedad⁵², y que puede resumirse en la contraposición entre *propiedad-regulación jurídica* en el sentido de potestades sobre bienes corporales y *propiedad-protección a la esfera patrimonial* del individuo.

//pág. 161

Dentro de las garantías de instituto que se encuentran reconocidas en la literatura sobre derecho constitucional, junto a la garantía del derecho de herencia en el art. 154 (...) es de gran interés científico sobre todo la garantía de la propiedad como instituto jurídico en el art. 153 RV, tanto por su contenido como por el reconocimiento generalizado e indisputado de que goza.

⁵¹ Tampoco hace referencia a este hecho la jurisprudencia constitucional española. Véase sobre este punto, en estas Jornadas, el trabajo de P. VARAS y S. MOHOR, y sus citas a los respectivos pasajes en decisiones del TC español.

⁵² Art. 153 de la Constitución de Weimar, inciso I: "La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes".

En el por lo demás controvertido y lleno de interrogantes art. 153 parece existir acuerdo sólo en un punto, a saber, que este artículo consagra una garantía de instituto. Como el primero en reconocer y destacar esta garantía de instituto puede ser estimado Martin Wolff en su artículo *Constitución y Propiedad*. H. Triepel le ha seguido con toda la autoridad de su opinión, en cuanto en su *Informe en Derecho sobre Ordenanzas de Balance en Oro y de las acciones preferentes*, en 1924 explica (pág. 25): "La propiedad es inviolable. Con esta lapidaria oración se dice que la Constitución quiere colocar bajo su protección y asegurar frente a cualquier ataque por parte del poder estatal, tanto la propiedad como instituto jurídico, como los derechos privados de cada sujeto de derecho en concreto, existentes y que puedan nacer" (...).

//pág.162// (...) ...me parece que el siguiente estado de las opiniones de la doctrina demuestra la insustentabilidad científica del actual tratamiento del art. 153.

Es doctrina dominante, que todos los derechos privados patrimoniales (según Schelcher, incluso sin distinción de la esfera iusprivada y la iuspública, todos sin distinción) caen bajo el concepto de propiedad del art. 153. Dice Triepel: "Todo el art. 153, y por lo tanto también su inciso II, quiere colocar los derechos patrimoniales privados en su totalidad bajo la protección de la Constitución". Fundamenta su aseveración en que propiedad y expropiación han sido siempre entendidas en este sentido, también en las antiguas constituciones que han servido de inspiración a la Constitución. En el hecho, la garantía tradicional de libertad y propiedad, de liberty y propriety, comprenden la totalidad de la esfera patrimonial del individuo, donde en todo caso queda abierto el principio de la "reserva de la ley". La garantía constitucional a la propiedad se extiende, como lo señala el Tribunal Federal Suizo (Fallos 35, I, 571), "à tous les droits privés capables de former le patrimoine de l'individu". De aquí que algunas de las distintas constituciones suizas hablen no sólo de "la propiedad", sino de la "propiedad de cualquier tipo", "toda propiedad", "propiedad y derechos privados", incluso de "derechos legítimamente adquiridos", para expresar la misma garantía. Al mismo resultado, que bajo el "dominio" se garantiza la integridad de la esfera patrimonial del individuo, conduce también la disolución del concepto de expropiación, desarrollada desde 1924 hasta sus extremos, en el art. 153 inciso II. Esto, porque desde el momento en que cualquiera intervención estatal en la esfera patrimonial del individuo es vista como expropiación, a saber, como una expropiación que genera la obligación de indemnizar, se amplía de la misma manera -en la medida en que la expropiación aparece como negación de la propiedad- a partir del concepto de expropiación el concepto de propiedad. Si la garantía a la propiedad deviene entonces -y puesto que el interés se dirige solamente a la pretensión de indemnización- en una garantía del valor económico patrimonial, //pág. 163// toda la esfera patrimonial del individuo es 'propiedad'. En qué medida se justifica una tal ampliación del concepto es una pregunta en sí. En todo caso, un concepto tan amplio de la propiedad no tiene más nada que ver con el instituto jurídico de la 'propiedad'. El instituto jurídico de la propiedad está perfilado en el § 903 BGB en forma suficientemente clara como propiedad -derecho real sobre las cosas y se enfrenta como instituto jurídico a otros institutos jurídi-

cos patrimoniales. Es solamente en contraposición a ellos que se individualiza como instituto jurídico. La "integridad de la esfera patrimonial" o aún tan sólo la "totalidad de todos los derechos patrimoniales" no son un instituto jurídico. Su garantía es quizás concebible, posible y deseable, pero no es una garantía de instituto. Si se puede fundar una protección de la integridad de la esfera patrimonial en el art. 153 a partir de otras argumentaciones es, como se ha dicho, una pregunta que permanece abierta, pero ella no se deriva de la garantía de instituto. Martin Wolff ha declarado dudoso, y en última instancia ha rechazado que la garantía de instituto del art. 153 comprenda todos los tipos de institutos jurídicos del derecho privado patrimonial. "El sentido de la norma constitucional no puede ser que cada uno de los institutos jurídicos patrimoniales existentes, en especial cada tipo de los derechos reales, permanezca intangible". La garantía de instituto del art. 153 inciso 1 permanece en consecuencia restringida al concepto del derecho real de dominio del Derecho Civil. Por otro lado se amplía el concepto de expropiación hasta disolverlo completamente. La expropiación era y es un instituto jurídico definido y bien delimitado; sólo en esta delimitación claramente identificable puede entenderse como una confirmación y especificación de la garantía de la propiedad (así el Tribunal Federal Suizo, 37, 1, 521). Si se transforma a la expropiación en una "intervención particular en la esfera de los derechos patrimoniales", entonces cesa su existencia como instituto jurídico. Martin Wolff adhiere a determinadas características del concepto de expropiación, en especial a aquél del "desplazamiento" [del patrimonio privado al patrimonio público, nota del traductor], con lo que se conserva su carácter de instituto jurídico: Paul Krüeckmann, a través de sus distinciones entre expropiación, requisición, confiscación, modificación de la regulación jurídica, obligación de contratar y efecto retroactivo de la ley, ha tratado de conservar al menos un específico concepto de expropiación. En los autores y en la jurisprudencia, que usan un concepto de expropiación completamente desperfilado, //pág. 164// no puede hablarse más de que la expropiación del inciso 2 del art. 153 sea un instituto jurídico. Ella se opone como el "concepto constitucional de expropiación" al instituto jurídico de la expropiación tal como subsiste en el derecho estadual (Landesrecht). Sin embargo, y al mismo tiempo, se insiste en que el art. 153 establece una garantía del instituto de la propiedad. Mientras que Anschütz en su Comentario al art. 9 de la Constitución Prusiana de 1850 no denominaba a la propiedad como instituto, sí, en cambio, a la expropiación, y en forma tanto más precisa, enfatizando que el concepto de expropiación de esta Constitución "se refiere exclusivamente al instituto jurídico de la expropiación", hoy parece ser justamente lo contrario el caso: la expropiación deriva de 'instituto jurídico' a 'todo acto de intervención estatal lesivo del patrimonio', sea del Legislativo o de la Administración: sin embargo, la propiedad debe permanecer garantizada como instituto.

19. La conclusión que extrae Schmitt de estas posiciones doctrinarias es de importancia para el presente trabajo: Evidentemente, junto a la garantía del instituto jurídico de la propiedad, el art. 153 debe contener, y bajo el mismo texto constitucional, una garantía expresada con el mismo término y que protege a todos los derechos patrimoniales privados que sea posible pensar. La interpretación actual-

mente dominante del art. 153 lleva así a la conclusión que el término "propiedad" en el art. 153 tiene múltiples significados, en la medida en que por una parte se refiere al instituto jurídico de la propiedad, el cual el Legislador no puede eliminar, y por otra a todos los derechos patrimoniales, en relación a los cuales se encuentra obligado en virtud de las disposiciones relativas a la expropiación, contenidas en el inciso II.⁵³

20. Por último, y respecto a la última categoría, Schmitt señala que en la protección constitucional a las libertades (*Freiheitsrechte*) se entendería siempre incorporado un mínimo de protección por parte del y frente al Legislador, en el sentido de que éste no podría apartarse sustancialmente de las reglas existentes que establecían garantías para la detención, para la forma de ejecutar allanamientos y de aplicar la apertura de correspondencia privada, aun a pesar de que las respectivas garantías -tal como sucede en Chile- se encuentran sometidas a la reserva de la ley (un ejemplo de esto en Chile sería el art. 19 N° 5), en cuanto el contenido de la garantía está dado, al menos en parte, por la regulación que establezca el Legislador.⁵⁴

⁵³ Frente a esto, SCHMITT asume una posición crítica desde el punto de vista de la Teoría Constitucional. *La garantía de un instituto jurídico va en general dirigida sobre todo al Legislador, y limita sus facultades; ya que una tal garantía es al mismo tiempo la garantía de un complejo normativo de contenido determinado. De aquí que sea en especial acertado el que Anschütz derive la limitación al Legislador contenida en el art. 153 inciso I precisamente de la garantía de instituto y recalque que "ninguna ley, ni siquiera una ley del Reich, puede eliminar la propiedad como tal, y en general cuanto instituto". Sin embargo, cuando al mismo tiempo la expropiación en el sentido del art. 153 inciso II pierde el carácter de un instituto jurídico individualizable, y viene a expresar solamente el principio de que se garantiza una indemnización para todas aquellas cargas extraordinarias en virtud de las cuales se imponga a un particular un sacrificio especial (así Furler, El estado de necesidad policiaco y el deber de indemnización del Estado), o bien cuando siguiendo a Walker Jellineck sólo se trata del grado en que un derecho lesionado debe ser protegido, entonces en lugar de la garantía de instituto aparece un principio general de justicia. En virtud de ello vienen a confundirse las diversas garantías. Así por ejemplo señala E. Ruck que una lesión al derecho de propiedad implica la mayor parte de las veces una transgresión al derecho constitucional de igualdad jurídica, y es por "regla general también un tratamiento jurídico desigualitario". El inevitable "y viceversa" está muy próximo a esta afirmación. Así como la "nueva doctrina" del principio de igualdad del art. 109 desarrollada por Triepel y Leibholz lo transforma en un principio general de justicia, aquí se amplía el art. 153 y ambos vienen a significar: un tratamiento especial, desigualdades no fundadas objetivamente, injusticia y arbitrariedad también le son prohibidas al legislador. Y si en vez del Legislador va a decidir el juez, sobre si se está ante la presencia de una injusticia, entonces esto significa, formulado en sus últimas consecuencias para el estado de derecho, que el Estado, que hasta ahora era un Estado de Legislación (Gesetzgebungsstaat), y que así fue concebido y querido por la Constitución de Weimar, ha pasado a ser un Estado Judicial (Justizstaat)".*

⁵⁴ "El motivo por el cual la idea de la garantía de instituto tiene algo iluminador y que explica que haya sido aceptada sin más radica en que, en cada garantía de los derechos fundamentales tradicionales, y aun cuando no se garantice institutos jurídicos en sentido estricto, en todo caso se puede encontrar una garantía del tipo y modo tradicional de una regulación. Así, con la garantía a la libertad personal obviamente no se está garantizando un instituto jurídico, ya que la libertad no es un instituto, sin embargo este artículo no es un programa carente de significado, ni se encuentra privado de toda función en virtud del principio de reserva de la ley. Visto a través de las categorías de la Teoría Constitucional no se ve sometido a este dilema propio de la jurisprudencia de pre-guerra sino que tiene el sentido de garantizar la medida tradicional y típica de las intromisiones en la libertad individual. En qué medida el legislador puede entrometarse

A través de sus tesis, Schmitt rescata un sentido normativo y protectivo para los derechos consagrados en la Constitución de Weimar frente a las posiciones imperantes arriba reseñadas. Para el objeto de este trabajo interesa desarrollar especialmente el concepto de garantía de instituto: el sentido de la protección dada a las garantías a la libertad puede quedar fuera de este estudio, en cuanto la determinación de su contenido corresponde más a una labor de la correcta interpretación de la respectiva garantía, que a su fundamentación en regulaciones existentes.

El concepto de las garantías de instituto y su desarrollo doctrinario

21. El núcleo de la idea de las garantías de instituto según las tesis de Schmitt puede verse entonces en la protección constitucional a un conjunto de preceptos que regulan de manera integral y coherente una determinada materia, o como señala Duverger "*...une institution est un ensemble de règles de droit relatives à un même objet et aux mêmes fonctions, qui constituent un tout cordonné. En ce sens, le mariage, la propriété, le contrat, le Parlement, les élections sont des institutions.*"⁵⁵ El problema de este concepto, sin embargo, es que transforma potencialmente a cualquier regulación en una institución, o, más precisamente, en un "instituto jurídico". De aquí que sea preciso agregar elementos adicionales a fin de delimitar el sentido de las garantías de instituto. Lo propiamente particular de estas garantías no está, como ya se ha señalado, en fijar constitucionalmente una determinada regulación jurídica. Cuando ello se quiere, se incorpora el respectivo texto normativo al instrumento constitucional, o bien se contempla algún precepto que lo recoja directamente (ej.: art. 10 N° 2 inciso II de la Constitución de 1925: "*Las iglesias, las confesiones religiosas de cualquier culto, tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor...*"). De aquí que lo que se garantiza a través de las garantías de instituto tenga que vincularse directamente a su sentido protectivo. Y es aquí donde el concepto de institución anteriormente expuesto viene a completarse con un elemento vinculado al ejercicio de la libertad de la persona, y específicamente, con el ejercicio de aquella libertad que no existe con independencia del derecho (como es el caso de las libertades en el sentido clásico, como libertades que el individuo tiene con independencia del estado,

a través de la legislación procesal penal de la detención, del allanamiento, de la apertura de la correspondencia etc., en los derechos fundamentales, es en lo particular fuertemente variable: pero en la medida en que exista una cierta conciencia ciudadana del estado de derecho siempre se puede reconocer cuando el Legislador se ha excedido del máximo que le concede el principio de reserva de la ley. Cuando se introduce una norma especial como aquella que dispone la presentación del detenido ante el juez a más tardar al día subsiguiente (art. 114, inciso II) con carácter constitucional, ello sólo es expresión de que el principio de reserva de la ley no puede ser ilimitado frente a las libertades fundamentales. Contravendría el principio de una garantía fundamental a la libertad el que el Legislador entregara al arbitrio de cualquier órgano administrativo las intervenciones en la libertad individual. Y en esta medida existe en las libertades garantizadas en la Constitución del Reich la garantía de una determinada medida de protección normativa, que debe distinguirse de aquella de las garantías de instituto. Solamente en una cierta medida se asemeja la vinculación del Legislador a una garantía de instituto de carácter ius privatístico, ya que la regulación tradicional de la detención y prisión, del allanamiento o de la apertura de correspondencia no constituyen un instituto jurídico, como lo son el matrimonio, la propiedad y el derecho de herencia." (Freiheitsrechte... pág. 166).

⁵⁵ DUVERGER, Maurice: *Institutions Politiques et droit constitutionnel* Tomo I, 13ª Edición, París, 1973, pág. 18.

lo que es decir también, del derecho positivo, y que en esa virtud requieren de protección frente al estado, lo que va a implicar su protección constitucional frente al resto del ordenamiento jurídico), sino que requiere de la existencia, precisamente, de institutos jurídicos, ya que es la libertad de actuación dentro del derecho, no en el sentido de "conforme a la ley", sino en el sentido de "usando los instrumentos existentes en el ordenamiento jurídico".

22. La forma más clara e indiscutible de ilustrar esto es recurriendo a la figura del matrimonio. Así, se reconoce en muchos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales el derecho a contraer matrimonio.⁵⁶ La estructura de este derecho es la de un derecho de libertad: se ordena al Estado abstenerse de tomar medidas que puedan interferir en el ejercicio de este derecho. Sin embargo, su existencia misma depende de que exista algo así que podamos considerar como el "instituto jurídico del matrimonio"; de lo contrario, este derecho no significaría otra cosa que el mandato de no interferir en los ritos religiosos, o convencionales, o el mero acuerdo de los contrayentes, destinado a unirse como pareja, pero sin un contenido relativo a la regulación jurídica de dichos ritos y de sus efectos en el mundo del derecho, y que denominamos en este ámbito, y en un sentido específico (y distinto, por ejemplo, al religioso) 'el matrimonio'. Supuesto el hecho que se derogaran las disposiciones del art. 102 y siguientes del Código Civil, y las pertinentes disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil, y otras conexas, aunque el ordenamiento jurídico le reconociera a los individuos la más amplia libertad, no podrían las personas "contraer matrimonio" celebrar algo que no existe. A lo más, podría decirse, estarían facultados para unirse en virtud de un vínculo contractual innominado, pero esto no obsta a la argumentación principal, ya que ello supondría al menos la existencia, en el ordenamiento jurídico, de la regulación de los contratos y sus efectos.

De aquí que el elemento propio de las garantías de instituto esté en el reconocimiento y protección de una libertad del individuo, ya no *frente* al ordenamiento jurídico, sino *dentro* del ordenamiento jurídico: la facultad de actuar los institutos jurídicos en cuanto éstos le otorgan un ámbito de libertad en el derecho, como facultades jurídicas. Expresado en términos técnicos, el elemento que transforma a un conjunto de reglas coherentes y conexas articuladas sobre determinada materia en objeto de protección para la teoría de las garantías de instituto, está dado por el hecho de que dentro de esta unidad normativa se creen espacios de libertad para ser ejercidos por los individuos a través del derecho. O, dicho en otras palabras, que contemplen y atribuyan un ámbito de competencias a los individuos, entendidas dichas competencias como *la posibilidad de actuar la libertad creando efectos jurídicos*. ¡Esta libertad difiere fundamentalmente de aquélla que consiste en mi libertad de desplazarme sin ser perturbado, de no ser detenido arbitrariamente o de expresar sin censura previa mi opinión, o de que mi correspondencia no sea abierta!

23. Con esta afirmación se avanza de la tesis de Schmitt a la moderna Teoría de los Derechos Fundamentales, pasando por su desarrollo a través de F. Klein en su obra "Garantías institucionales y garantías de institutos jurídicos" (*Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*). En este trabajo desarrolla un concepto genérico, difícilmente traducible ("*Einrichtungsgarantien*"); pero más allá de lo

⁵⁶ Por mencionar sólo dos ejemplos art. 17 N° 2 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio..."; con casi la misma redacción el N° 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

terminológico, es interesante destacar que en su listado de garantías de institutos jurídicos incluye, junto a la propiedad, el derecho de herencia y el matrimonio, la libertad contractual.⁵⁷ Esta idea es recogida por uno de los autores más celebrados en la decisión científica europea de la actualidad, por su intento de crear una Teoría General de los Derechos Fundamentales -otro alemán-, Robert Alexy. Si bien su tesis central, que quiere ver en las normas sobre derechos fundamentales disposiciones del carácter de principios (lo que en él denomina la "vertiente deontológica de los valores"), no resiste una crítica profunda desde la perspectiva de la Teoría de las Normas y la de la Interpretación Jurídica, en algunos puntos plantea interesantes elementos para el desarrollo de una Teoría de los Derechos Fundamentales. Uno de ellos es su reconocimiento de este elemento propio de las garantías de instituto, en cuanto alude a la existencia de complejos normativos que reconocen a los particulares la posibilidad de actuar competencias, modificando posiciones jurídicas.⁵⁸

Conclusiones

24. Como se ha visto hasta ahora, la Teoría de las Garantías de Instituto no presenta un desarrollo definitivo ni acabado, ni siquiera en su país de origen. De ahí que en los párrafos precedentes se haya intentado darle una forma más acabada, que desemboca en un concepto más preciso de garantía de instituto, al menos como la protección constitucional dada al núcleo de una regulación jurídica que articule competencias jurídicas otorgadas a particulares. Esto implica obviamente, la regulación de los efectos de determinados actos jurídicos (eventualmente, de determinados hechos) y el otorgamiento a dichos particulares de facultades jurídicas para actualizar dichos efectos. En nuestro universo jurídico, pueden distinguirse según esta nomenclatura los institutos antes mencionados (matrimonio, propiedad, herencia, libertad contractual), encontrándose sólo la propiedad consagrada como garantía (constitucional) de instituto. El matrimonio no encuentra una protección expresa en la Carta, al menos no como garantía de instituto⁵⁹; lo mismo sucede con el derecho real de herencia.⁶⁰ A mi juicio, la libertad contractual, -que supone el instituto jurídico de la contratación, y sus efectos-, es el ámbito propio de la protección dada por el derecho de asociación, más allá de su sentido como libertad de asociación negativa (*nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación*). Sin embargo, esta idea requiere de una fundamentación adicional que excedería con mucho la extensión material y temática definida para este trabajo. La pregunta que queda pendiente es, entonces, en qué medida la regulación constitucional del derecho de propiedad en nuestra Constitución puede analizarse a través del modelo de la garantía de instituto.

⁵⁷ El derecho a educar a los hijos y su correlativo deber, con que Klein cierra el listado, parece, sin embargo no corresponder a cabalidad al concepto de garantía de instituto desarrollado aquí.

⁵⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, pág. 216. Cfr. también sobre el tema "competencia de derecho privado y garantías de instituto" págs. 44 y ss.

⁵⁹ La única forma en que parece ser posible incorporarlo a la Constitución sería una interpretación del concepto de "familia" del art. 1 CPR como familia nuclear matrimonial, sin embargo, no existen elementos de texto en la misma Carta que permitan fundamentar esta opción interpretativa.

III. EL CONCEPTO DE DERECHO DE PROPIEDAD Y LA APLICACIÓN DEL MODELO DE LAS GARANTÍAS DE INSTITUTO A SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Recapitulación

25. Hasta ahora se ha pasado revista al tratamiento dado por la jurisprudencia al complejo garantístico del derecho de propiedad, así como a la forma de entender la protección constitucional del derecho de propiedad por parte de la Teoría de las Garantías de Instituto. El objeto de este trabajo ha sido definido sobre la pregunta de si este modelo teórico, una vez mejorado y desarrollado, puede ser un instrumento aplicable y útil a fin de superar el desorden conceptual que aparece enseñoreándose en el manejo que hacen nuestros tribunales de las respectivas garantías constitucionales -desorden que trae aparejadas consecuencias secundarias las más de las veces indescables.

La estructura de la garantía constitucional al derecho de propiedad

26. La estructura del art. 19 N° 24 de nuestra Constitución es más compleja de lo que podría pensarse a primera vista.⁶¹ Si se analiza detenidamente, y aún antes de profundizar en cada uno de sus elementos, aparecen al menos cinco aspectos que son objeto de una protección constitucional, de distintas formas. En primer lugar (a) se encuentra asegurado en el art. 19 N° 24, i. I *el derecho* de propiedad. Lo que sea lo protegido por esta expresión está todavía por verse: lo que sí resulta claro es que ella no se refiere a los derechos subjetivos que pueda alegar el titular de un derecho real de propiedad [incluyendo lo que podría denominarse la protección a la integridad del patrimonio], ya que la protección a éstos (b) está dada por los requisitos establecidos por la Constitución para la expropiación, en el inciso III del art. 19 N° 24. El inciso II de este numeral impone como otro aspecto de esta garantía (c) el principio de la legalidad en la regulación de la propiedad, (d) los parámetros dentro de los cuales deberá moverse el Legislador al regularla, y e) los elementos constitutivos del concepto tradicional del derecho de propiedad como derecho real sobre cosas corporales (uso, goce y disposición).

27. El inciso III del art. 19 N° 24, y sus siguientes IV y V, establecen lo que en la nomenclatura constitucional tradicional y comparada se denomina la inviolabilidad de la propiedad. Esta garantía va íntimamente ligada al concepto del instituto jurídico de la expropiación⁶², ya que tiende, precisamente, a sujetar la salida de

⁶⁰ El cual en el mejor de los casos recibe una protección indirecta como parte de la garantía dada al derecho de propiedad, en cuanto defensa de derechos con contenido patrimonial.

⁶¹ En esta parte extiendo y corrijo en parte el desarrollo de argumentos ya contenidos en mi artículo, *Deficiencias en la argumentación jurídica. Comentario crítico al fallo del Tribunal Constitucional librado en la causa rol N° 207*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI (1996), pp. 27 y ss. p. 35.

⁶² La calificación de la expropiación como instituto ya es aceptada por la doctrina del Derecho Civil (ver Curso de Derecho Civil, Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, redactado y ampliado por Antonio Vodanovic, Tomo II, 3ª Edición, 1974, pág. 160: *la expropiación como instituto en su esencia universalmente caracterizado*) por lo que se omite aquí una fundamentación especial para este uso de lenguaje. Sólo se hace la necesaria prevención en el sentido de que la expresión "instituto" aquí sólo cumple con algunos de los elementos del concepto elaborado arriba, como una figura con

bienes del patrimonio de un particular y su traspaso a otro patrimonio (en principio, público), que se produce por un acto imperativo del Estado, a determinadas exigencias, siendo dentro de ellas la esencial la compensación económica por las consecuencias patrimoniales negativas para el particular, derivadas de este desplazamiento de un patrimonio a otro.⁶³ En principio, y permaneciendo en la figura expropiatoria "en estado puro", la inviolabilidad de la propiedad no es otra cosa sino los requisitos a que debe sujetarse el Estado al apropiarse de bienes de los particulares. En este sentido, nuestra Constitución parece en un primer análisis exceder el campo de esta protección al proscribir "la privación" de la propiedad en términos genéricos. Sin embargo, la consideración del texto del inciso III del 19 N° 24 nos devuelve a la idea tradicional al vincular esta garantía (la de que "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae,..." etc.) a una única alternativa la de expropiación ("...sino en virtud de ley general o especial que autorice *la expropiación...*"). La misma Constitución abre la puerta a privaciones de propiedad que no son expropiaciones, pero fuera del concepto del 19 N° 24 i. III (comiso, confiscación de bienes en el caso de asociación ilícita; tributos -dependiendo del concepto de los mismos que se tenga-; cotizaciones obligatorias, cuyo destino no se encuentra establecido por la Constitución, por lo que nada obsta a que se pudieran destinar a sistemas de fondo común, causales de extinción del dominio de una concesión, requisiciones de bienes en los casos de estado de excepción constitucional). Adicionalmente, y no condicionados por la Constitución, se encontrarán los casos en que determinadas cosas saldrán o serán excluidas del patrimonio de una persona por dejar de estar amparadas por el derecho de propiedad (lo que forma parte de la definición misma de propiedad). Fj.: es extinción de un derecho (subjetivo) de propiedad la inclusión de determinadas cosas dentro de la lista de aquellas cuya posesión se encuentra prohibida: pero no constituye expropiación. Esta situación se verá más adelante.

28. Más compleja aparece la inviolabilidad de la propiedad del inciso III del art. 19 N° 24 en relación con el objeto protegido. En efecto, el texto de la Constitución desglosa la protección en tres ítems que, en vinculación al tema del concepto de bienes incorporales mencionado arriba, puede complicar el análisis. La idea, referida a la propiedad de bienes corporales, no presenta mayores dificultades: la *propiedad* alude a la posición de un individuo como titular del respectivo derecho subjetivo, o, en términos inversos, el que éste sea propio de una persona: que, en cuanto existente como derecho, esté en su patrimonio. Esta visión responde a la nomenclatura tradicional de la inviolabilidad de la propiedad. En segundo término, el *bien* sería la cosa corporal sobre la que recae el dominio, justificándose su mención expresa en la protección constitucional por los antecedentes de nuestra historia constitucional, situaciones en que respetándose formalmente el dominio de una persona sobre una cosa, de hecho se le despejaba de él al privársele de dicha cosa, con la consecuencia de eliminar la posibilidad de actuar materialmente sobre ella, y por tanto, de aprovechar su contenido económico; y por último, la privación de alguno de los *atributos o facultades esenciales* del dominio, que en el campo de esta protección -al derecho

identidad regulatoria propia, sin que conlleve el otorgamiento de competencias jurídicas de carácter privado.

⁶³ La posición que pretende alzar como criterio definitorio de la expropiación la existencia de una indemnización pasa por alto el hecho de que, normalmente, lo que se discutirá será precisamente si estamos o no ante una expropiación, ya que eso a su vez será el antecedente para reclamar la indemnización.

subjetivo, y vinculado al concepto de expropiación, debe entenderse como el desplazamiento de la respectiva facultad a otro patrimonio. Es importante destacar que en todos estos casos hay dos elementos esenciales: el desplazamiento (de la propiedad, del bien, de los atributos o facultades) y la subsistencia de los mismos.

29. Distinta se presenta la idea de inviolabilidad en el caso de bienes incorporales. Ellos pueden ser objeto del derecho de propiedad. Pero en cuanto cosas incorporales con un valor económico, su entidad estará dada por el derecho. Así, por ejemplo, en el caso de "derechos personales" (ej.: un crédito). Estos derechos consisten precisamente en ciertas facultades, o títulos de legitimación para el ejercicio de las mismas. La idea de propiedad sobre bienes incorporales no puede entonces significar el reconocimiento de las facultades constitutivas del dominio a ser ejercidas sobre otras facultades reconocidas como contenido propio del respectivo derecho⁶⁴ (tesis de los derechos sobre derechos). Los efectos jurídicos de la cesión de un crédito emanan de las facultades asociadas a él, y no del ejercicio de la facultad de disposición emanada del derecho de propiedad sobre dicho crédito. Al haz de facultades jurídicas que comprende el derecho de dominio, y que tienen por objeto asegurar la posibilidad del ejercicio exclusivo de facultades materiales sobre un objeto corporal, se oponen en los bienes incorporales simplemente las propias facultades jurídicas que los constituyen. En otras palabras, como derechos, la existencia de los bienes incorporales se agota en la estructura de una titularidad, las facultades que los constituyen y un contenido o entidad económicos, derivado de dichas facultades. De lo que se desprende que hay que excluir de la protección dada por el inciso III del art. 19 N° 24 la referida a los atributos o facultades esenciales del dominio, en cuanto en el caso de los bienes incorporales se reducen a la facultad de disposición, y ella va a estar dada por la definición del bien mismo, la que no necesariamente corresponderá a la facultad de disposición en la extensión que se entiende para el dominio. Así, podría hablarse de propiedad sobre el bien corporal "derecho de uso", pero en éste la facultad de disposición queda circunscrita a la posibilidad de renuncia, ya que no a otras (art. 819 Código Civil). Por otra parte, no hay que confundir los derechos, como bienes incorporales, con las cosas sobre las cuales eventualmente recaerá su ejercicio, de lo que resulta que la idea de los bienes sobre los cuales puede recaer la propiedad de bienes incorporales vienen a confundirse con los derechos mismos. Así las cosas, y si por la protección a la propiedad mantenemos la idea de la protección a la titularidad del respectivo derecho, a la situación en que un bien se encuentra en el patrimonio de una persona, la protección dada al bien sobre el que ésta recae se traduce, en el caso de los bienes incorporales, a la conservación del objeto de esa titularidad en cuanto bien, esto es, en cuanto el haz de facultades que constituyen el respectivo derecho conserven su entidad y contenido patrimonial. En otras palabras: un valor económico.

30. De lo anterior resulta que el inciso III del art. 19 N° 24 lo que viene a proteger es por una parte el dominio como derecho subjetivo (titularidad de este derecho; posibilidad de ejercicio de un poder fáctico sobre la cosa: mantención de facultades o atributos esenciales) y por otra ampliamente, la integridad del patrimonio al someter toda expropiación de bienes corporales o incorporales (derechos patrimoniales) a los requisitos de indemnización, calificación legal de la causa, etc.

⁶⁴ En este sentido entiendo también lo sostenido por Alejandro GUZMÁN BRITO, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago de Chile, 1995) en especial en pp. 105 y 22.

Pero -y aquí radica una de las dificultades de la garantía a la propiedad en nuestra Constitución-, resulta claro que los N°s. 23 y 24 del artículo 19 se extienden a algo más que la tradicional inviolabilidad de la propiedad como protección a los derechos subjetivos, y cuyo alcance se ha examinado arriba. Por lo pronto, el encabezado del art. 19 N° 24 comprende dos cosas bien diferentes. Por una parte el reconocimiento tácito de la esfera patrimonial privada, cuya contrapartida es la protección de los derechos subjetivos (de dominio y otros) en la extensión que aquí se ha sostenido para el inciso III de este numeral. Por otra, permite ser analizado bajo una perspectiva que diferencia una especie de propiedad referida a un universo cualquiera de bienes incorporeales (y cuya posibilidad de existencia como derechos subjetivos queda entregada a la regulación, a la creación o reconocimiento que haga el derecho objetivo, del respectivo bien que podrán ser objeto de propiedad)⁶⁵ del derecho de propiedad sobre bienes corporales, y al cual parece vincularse sistemáticamente el inciso II del N° 24 del art. 19⁶⁶, sin que, en este nivel, aparezcan comprometidos derechos subjetivos. Del mismo modo, el art. 19 N° 23 no aparece amparando derechos subjetivos, sino imponiendo determinadas limitaciones a la configuración del ordenamiento jurídico, y bajo el supuesto de la existencia de aquello a lo que se podrá acceder, el *dominio* (tal como la libertad de contraer matrimonio supone la existencia del matrimonio en el mundo del derecho).

Es necesario concluir que en estos casos lo que asegura la Constitución no es un derecho real en concreto, i.e. en el ámbito de los derechos subjetivos. Los respectivos preceptos condicionan el actuar estatal aún en ausencia de derechos subjetivos comprometidos. De tal manera que la propiedad sobre bienes corporales (19 N° 24), el dominio (19 N° 23) tengan en este contexto otro significado. Es aquí donde lo visto en párrafos anteriores adquiere vigencia: este otro sentido no puede ser otra cosa sino que el conjunto de regulaciones jurídicas que constituyen lo que denominamos *la propiedad como un instituto jurídico*.

31. Esto se explica. Sin dicha regulación el "derecho de propiedad" no existe: sólo existen relaciones materiales de un individuo con su entorno físico. Es la existencia de un conjunto de reglas jurídicas articuladas las que permiten interpretar ciertas actuaciones de una determinada forma, generando posiciones jurídicas, las que a su vez podrán ser actuadas bajo la forma de facultades jurídicas. El que una persona pueda actuar sobre determinados bienes para hacerlos producir -o no- y decidir cuál será su uso y destino, se ubica en general dentro de la libertad que cualquier individuo puede tener respecto de su medio físico: ella no depende del derecho. En el ejercicio de esta libertad puede ser perturbado, tanto por terceros como agentes públicos. Es aquí donde el derecho entra a regular integralmente el ámbito protegido de actuación material de un individuo; reconoce ciertos títulos que permi-

⁶⁵ Básicamente se acotan aquí las posibilidades de derechos reales distintos del dominio mientras que en el ámbito de los derechos personales se vincula la existencia de estos bienes al reconocimiento y regulación jurídica del efecto de las obligaciones quedando abierta su forma a la libertad de contratación.

⁶⁶ Ya se ha visto que la referencia al uso y goce no tienen sentido tratándose de bienes incorporeales: que la disposición se confunde con la existencia del bien mismo; y que en cuanto bienes creados por el derecho, los modos de adquirir necesariamente están definidos legalmente. Pero esta es una limitación al Administrador: nada obsta -teóricamente- al reconocimiento judicial de la adquisición de la propiedad de bienes incorporeales por un modo de adquirir distinto aquellos contemplados en la ley, actuando *praeter legem* en virtud del principio de inexcusabilidad.

ten acceder a una posición desde la cual el titular de un derecho de propiedad puede reclamar la *exclusividad* en la toma de decisiones sobre los bienes, su uso y destino, y regula el ejercicio de esta libertad también bajo formas jurídicas, incluyendo las facultades que hemos mencionado arriba como competencias que habilitan a los individuos para modificar dichas posiciones. La estructura general de un derecho real tiende, a través de una serie de preceptos articulados, a definir para su titular una "libertad exclusiva" sobre un ámbito de la realidad (en este caso, las cosas de su dominio). En el caso de la propiedad, este concepto debe precisarse aún en otro sentido. Si el derecho de propiedad sobre cosas corporales "otorga" ciertas facultades materiales a su titular⁶⁷, no puede decirse que las genere: sólo legitima tales facultades en relación a otros, no titulares de este derecho, que de hecho igualmente podrían actuar (materialmente) sobre la cosa objeto del dominio.

32. Nuestro Código Civil define al dominio como un derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente (no siendo contra la ley o contra derecho ajeno). La propiedad sobre cosas corporales, según lo expuesto anteriormente, está constituida, como instituto jurídico, por una serie de preceptos que tienen por objeto configurar y proteger jurídicamente este ámbito de arbitrio en el goce y disposición de una cosa corporal.

Este instituto jurídico de la propiedad sobre cosas corporales se encuentra perfilado, por una parte, por las normas que califican ciertos antecedentes como vías de ingreso o creación de una posición jurídica, que se llamará un derecho de propiedad en concreto, dominio, como derecho subjetivo. Esta posición está dada por la situación de un individuo (como titular de ese derecho) y por el espectro de las demás disposiciones aplicables a ese titular, teniendo como objeto al bien sobre que recae el dominio. En la nomenclatura tradicional, las normas que regulan las vías de ingreso a esta posición se denominan *modos de adquirir* el dominio. Un caso especial lo constituye, dentro de ellos, la accesión denominada "discreta", en cuanto pudiera estimarse como expresión de la facultad de goce sobre una cosa⁶⁸. Desde el punto de vista de las facultades materiales del titular sobre un bien de su dominio, ellas son en particular amparadas por las normas penales que sancionan, precisamente, la privación fáctica a una persona, de su posibilidad de actuar -reitero, materialmente- sobre un bien de su propiedad (*uso y disposición material*): por las normas civiles que permiten recuperar esta posibilidad -acción reivindicatoria y análogas para levantar embarazos a la posesión e incluso, en algunos casos, a la mera tenencia. Luego encontramos aquellas normas que permiten a los individuos modificar el estatuto jurídico de los derechos. Aquí el derecho de propiedad, como derecho subjetivo, no es sino un determinante de los efectos de la actuación de otro instituto jurídico, el de la contratación (o, en su caso, de la herencia), ya que va a ser uno de los elementos que determinará sus efectos (ej. la venta de cosa ajena vale en cuanto contrato, pero por sí misma no traspasa derecho alguno; y si se hiciera la tradición, jurídicamente y en estricto rigor, no se han traspasado otros derechos más que aquellos que tuviera el tradente). La facultad de disposición, en este contexto, y más allá de la libertad de contratación, estriba en la posibilidad jurídica de modificar el estatuto del respectivo

⁶⁷ "La propiedad es el derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa". "Todos están de acuerdo en que las facultades materiales forman parte del derecho subjetivo, pertenecen a éste, de él emanan o surgen". Curso de Derecho Civil, Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, redactado y ampliado por Antonio Vodanovic, Tomo II, 3ª Edición, 1974, pág. 165. El destacado es de los autores.

⁶⁸ Ibidem, pág. 296.

derecho (lo que incluirá en algunos casos, la extinción del mismo): no es exclusiva del derecho de propiedad, pero encuentra en éste su más amplia expresión.

33. La primera garantía dada por la Constitución es precisamente la prohibición al Estado, establecida en el art. 19 N° 23, de restringir el acceso a esta posición de titular de un derecho de dominio respecto de los bienes en general, salvo en casos excepcionales que la misma Constitución establece. Esto, obviamente, no impide a la ley excluir a ciertos bienes como objeto del derecho de propiedad: pero esto bajo el supuesto de que esta exclusión tenga un carácter genérico. O, dicho de otro modo: el Estado no puede reservar(se) bienes que puedan llegar a ser objeto de un derecho de propiedad, pero que al mismo tiempo no puedan ser adquiridos por particulares (salvas siempre las excepciones constitucionales). Por el contrario, la exclusión genérica de determinados bienes -que bajo esta perspectiva sería más preciso denominar "cosas"- no afecta a la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de entrar a las posiciones jurídicas de propiedad, sino que forma parte constitutiva de la definición misma del instituto jurídico de la propiedad. Es aquí, en la definición que haga el ordenamiento jurídico infraconstitucional, donde se encontrará la distinción entre cosas que pueden ser objeto del derecho de dominio, y aquellas que no puedan serlo. Ej.: aun cuando no contemplada en el art. 19 N° 23 ni en otras excepciones constitucionales a la apropiabilidad de bienes, nadie dudaría en afirmar en nuestro actual ordenamiento patrimonial que el cuerpo humano y sus órganos no pueden ser objeto del derecho de propiedad.

34. En cuanto al art. 19 N° 24 i. I, según lo expuesto anteriormente, y de acuerdo al modelo teórico de las garantías de instituto, lo que la Constitución le garantiza aquí al individuo es la configuración del ordenamiento jurídico de tal manera que incluya la regulación de un instituto jurídico conformado como lo que denominamos "derecho de propiedad sobre cosas corporales". Es una garantía "sobre el derecho". Ahora bien, el contenido que asuma esa institución queda entregado al Legislador, cuyo único límite en este sentido es respetar el "contenido esencial" de esta institución, lo que en esta dimensión implica la regulación mínima necesaria para poder predicar de ella que establece el "derecho de propiedad sobre cosas corporales" (la extensión de la idea de propiedad sobre las cosas corporales ya se ha visto arriba), perfilado en sus rasgos fundamentales en el párrafo anterior. No se trata de la protección de las normas existentes, no se fija la regulación actual del derecho de propiedad, sino el instituto mismo. Aquí es donde cabe entrar al análisis de qué es lo que se estima el contenido mínimo que debe presentar un ordenamiento jurídico para poder predicar que existe en él la propiedad, para lo cual la misma Constitución contempla parámetros vinculados al concepto tradicional de propiedad: las normas al respecto deberán permitir el ejercicio de las facultades de uso, goce y disposición, como expresión o atributos de una libertad exclusiva protegida por el derecho, respecto de ciertos bienes corporales.

35. Ahora bien: el juicio acerca de en qué medida la alteración de las normas que constituyen actualmente el instituto jurídico de la propiedad alteran su contenido esencial es una cuestión que deberá ser precisada en cada caso. Sin embargo, interesa aquí formular un principio de relevancia en este ámbito: la esencia del derecho de propiedad como instituto no coincide con el concepto romanístico individualista de la propiedad, como un poder de libre arbitrio sobre una cosa, sino que incorpora el elemento del concepto germánico de propiedad como emanado de la colectividad, y en esta medida deudor de una función social. Es así como las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad forman parte del instituto jurí-

dico que se analizan, y no deben ser consideradas como elementos que disminuyan una regulación "fijada" por la Constitución: lo que la Constitución manda es la existencia de un complejo regulatorio que permita a los individuos acceder a una posición habilitante para el uso, goce y disposición de los bienes; pero no ordena necesariamente que dichas facultades sean ilimitadas, ni siquiera que se mantengan en los estándares de la actual regulación de la propiedad. Si establece, empero, que las regulaciones que vayan a afectar la extensión de estos atributos deban poder vincularse a alguno de los criterios establecidos en la Carta para la función social.

36. La importancia de sostener que ésta es la protección dada a la propiedad en el inciso I, o sea, una garantía de instituto, está dada por su contraste con la protección del i. III de este numeral y el concepto de expropiación. En efecto, si se acepta lo aquí planteado, es necesario concluir que las modificaciones a normas que constituyen el instituto jurídico de la propiedad, aun cuando puedan restringir la extensión de las facultades de uso, goce y disposición, mientras ellas subsistan, y mientras puedan vincularse como limitaciones u obligaciones a la función social de la propiedad, son una cosa distinta a la afectación de los derechos subjetivos vía expropiación, en que lo fundamental es por una parte la privación de derechos que de no mediar ésta tendría el titular -o sea, que son amparados por el estatuto de la propiedad existente- y por otra, que se produzca un desplazamiento de los mismos a otro patrimonio, por regla general el patrimonio público. El hecho de que tanto una como otra situación produzcan efectos económicos no basta para igualarlas jurídicamente: en la expropiación estos efectos son indemnizables en cuanto daño patrimonial efectivamente causado; en la primera situación se trata simplemente de los efectos de una legislación que, precisamente en cuanto establece el criterio de la relación entre interés privado-interés público, implicará las más de las veces un efecto contrario a los intereses de los particulares, y que éstos deberán soportar. De no aceptarse este corolario, se tendría que llegar a la absurda conclusión de que la regulación del derecho de propiedad, bajo cuyo imperio se accede al dominio como derecho subjetivo, forma parte del objeto sobre el cual recaen los derechos subjetivos del titular de este derecho, llegándose por esta vía a tener un "derecho sobre la legislación vigente al momento de adquirirse el dominio"⁶⁹; una determinada regulación legal se incorporaría así al patrimonio de una persona, en cuanto da forma a un derecho subjetivo.⁷⁰ De ser así, cualquiera modificación de la legislación vigente en desmedro de derechos subjetivos tendría que considerarse inconstitucional, aun cuando no afectara facultades esenciales de la propiedad. No parece ser éste el sentido de la protección constitucional.

37. Ganar claridad en este punto es esencial para determinar el objeto del control de constitucionalidad de un texto legal en relación a la garantía al derecho de propiedad; de lo contrario, se corre el riesgo de confundir la garantía al derecho de propiedad como institución, que impone límites a la regulación que puede acometer el legislador, con la garantía a la propiedad como derecho subjetivo de un individuo, que constitucionalmente sólo impone ciertos requisitos (calificación legal de la causa, deber de indemnizar) para la expropiación. En este ámbito, el control normativo

⁶⁹ Cosa distinta a la tesis vista arriba y que viene a ver en la vigencia del principio de legalidad un bien incorporal sobre el cual puede recaer derecho de propiedad.

⁷⁰ Que, dicho sea de paso, es la regla de derecho formulada por el TC en el fallo rol N° 207 vid considerandos 51, 52, 54, 55 y 59.

de leyes reguladoras de la propiedad se mantiene en su carácter abstracto, sin entrar a analizar derechos de titulares en concreto.

Conclusiones

Se ve así la utilidad que puede ofrecer la aplicación del modelo teórico de las garantías de instituto para el tratamiento de la protección dada por nuestra Constitución al derecho de propiedad. Por una parte, en cuanto permite distinguir la protección dada a la propiedad como derecho subjetivo de aquélla que garantiza el instituto de la propiedad sobre cosas corporales. Por otra, en cuanto enfrenta esta propiedad, configurada y estructurada como un instituto jurídico, a la propiedad sobre bienes incorporales mismos que no encuentran en particular una protección en su configuración, sino que son protegidos en cuanto bienes que se encuentran en el patrimonio de una persona, frente a pretensiones del Estado de desplazarlos hacia su patrimonio vía expropiación. De esta forma se puede ordenar y facilitar el manejo normativo del complejo arts. 19 N° 23 y N° 24 de la Carta y se evita el caos conceptual que impera hoy en día en la jurisprudencia relativa al derecho de propiedad.