

Derecho Constitucional

La Reforma Constitucional del Derecho de Propiedad (*)

JORGE TAPIA VALDES

(Profesor de Derecho Constitucional Chileno y de Doctrina Política y Constitucional).

SUMARIO

Texto comparado de la reforma. I.—Algunas consideraciones sobre los principios. II.—La nueva concepción de la función social. a) Reglamentación legal de la propiedad; b) Papel preponderante del Estado; c) La reserva legal del dominio en favor del Estado; d) Mantenimiento de la propiedad privada. III.—Las nuevas modalidades de la expropiación. a) Autorización y calificación lega-

les para expropiar; b) Características de la indemnización: 1. Indemnización obligatoria; 2. Indemnización equitativa; 3. Derecho a reclamo sobre el monto de la indemnización; 4. Reglamentación legal de la expropiación. Reglas sobre fijación de la indemnización, medios de pago y plazos para el pago. IV.—Reglas especiales sobre expropiación de predios rústicos.

Artículo 10º

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

Proyecto de reforma constitucional

“10º—El derecho de propiedad en sus diversas especies.

La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ellas, y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

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

tribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

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

Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo

tario la iniciativa de las leyes que dispongan el pago a plazo de la indemnización. Pese al carácter formalmente circunscrito de este voto, sus repercusiones de fondo son importantísimas en relación con el resto de la reforma; pero apremiados por el plazo y a fin de no anticipar comentarios que pudieren resultar innecesarios, limitamos el estudio al texto despatchado por el Congreso Nacional.

(*) La tramitación de la reforma constitucional que comentamos no está aún terminada (Noviembre de 1966). Pende de la consideración de las Cámaras una observación formulada por el Presidente de la República, a nuestro juicio aditiva o improcedente, destinada a reservar en forma exclusiva al Primer Manda-

vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción.

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

Texto constitucional vigente

"10°—La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El Juez podrá autorizar la toma de posesión material del bien expropiado, después de dictada la sentencia de primera instancia cuando se trate de expropiaciones para obras públicas de urgente realización o de predios rústicos, y siempre que sólo se hubiere reclamado del monto de la indemnización y se dé previamente al dueño el total o la parte de ella a que se refiere el inciso siguiente, ordenadas en dicha sentencia.

Sin embargo, si con el objeto de propender a la

I.—Algunas consideraciones sobre los principios.

Pertenece ya al terreno de la anécdota el instante aquél, durante el estudio de la reforma constitucional del año 25, en que el Presidente Arturo Alessandri, Duguit en mano, venció las reticencias de los sectores conservador y liberal, abrió una brecha en la inviolabilidad de la propiedad y obtuvo el tímido reconocimiento, en un inciso final desvinculado del resto del artículo 10 N° 10, de la

conveniente división de la propiedad rústica se expropiaren, por causa de utilidad pública, predios rústicos abandonados, o que estén manifiestamente mal explotados y por debajo de las condiciones normales predominantes en la región para tierras de análogas posibilidades, deberá darse previamente al propietario el diez por ciento de la indemnización y el saldo en cuotas anuales iguales dentro de un plazo que no exceda de quince años, con el interés que fijará la ley.

Esta forma de indemnización sólo podrá utilizarse en conformidad a la ley que permita reclamar de la expropiación ante un Tribunal Especial, cuya decisión sea apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva, y que establezca un sistema de reajuste anual del saldo de la indemnización, con el objeto de mantener su valor. No podrán iniciarse ni efectuarse nuevas expropiaciones indemnizables a plazo si existe retardo en el pago de los créditos provenientes de anteriores expropiaciones realizadas en conformidad al inciso anterior.

En la Ley de Presupuestos se entenderá siempre consultado el ítem necesario para el servicio de dichos créditos, y sus cuotas vencidas servirán para extinguir toda clase de obligaciones a favor del Fisco. La Tesorería General de la República pagará las cuotas vencidas más reajuste e intereses contra la presentación del título correspondiente.

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

función social de la propiedad. La reforma de 1962, destinada a permitir el pago a plazo de la indemnización en el caso de expropiación de ciertas propiedades rústicas, significó un nuevo avance de la propiedad función-social. Pero en uno y otro caso, la institución mantuvo íntegra y predominantemente el carácter privado e individualista con que la consagró el constituyente de 1833.

Al margen de todas las consideraciones que se han hecho con ocasión de los procesos de reforma constitucional de la

actualidad, la inviolabilidad de la propiedad consagrada en la Carta Fundamental significa no la simple garantía del derecho, sino la consagración de un determinado régimen económico-social, y su apreciación con criterio predominantemente estático. Es obvio que la inviolabilidad de la propiedad privada no garantiza en abstracto el derecho que potencialmente asiste a toda la colectividad; no se trata de asegurar con ella la posibilidad futura de acceder a la propiedad. Lo que se persigue es establecer un "statu quo": la situación de quienes actualmente son propietarios.

A esta altura, parece necesario aclarar que no nos referimos a la propiedad privada para criticarla o alabarla. No es éste un estudio de tipo valorativo, sino fundamentalmente de exégesis legal. No nos pronunciamos por la permanencia de ningún régimen, sino que explicamos lo que objetivamente se desprende de una norma jurídica.

De acuerdo con lo expuesto, no vacilamos en afirmar que la exigencia de consagrar expresamente el carácter inviolable de la propiedad actual y concreta, de la que hoy tienen determinados hombres sobre determinados bienes, obedece a un criterio estático respecto la misma, incapaz, por tanto, de servir a una sociedad en constante y acelerada evolución y en la que cada día tienen mayor importancia política los que individualmente considerados tienen menor importancia económica.

La reforma constitucional del artículo 10, Nº 10 de la Constitución Política del Estado, recién aprobada por las Cámaras, invierte los conceptos o, al menos, despoja a la propiedad privada de su carácter inviolable, haciendo predominar el concepto de propiedad función social.

Sin embargo, al hacer esta afirmación debemos proceder con cautela. En lugar de declararse inviolable la propiedad, cualquiera que sea su especie, se garantiza el "derecho de propiedad" en sus diversas especies. Si a esto se añade la profundidad con que ha penetrado en la reforma la función social de la propiedad, puede afirmarse que la nueva concepción obedece a un concepto dinámico del dominio, que no se define ideológicamente, sino que representa la aplicación de un criterio histórico sobre el origen

de la propiedad, estimándolo ajeno a toda fundamentación "ius naturalista". En efecto, en parte alguna se expresa qué tipo de propiedad se protege o cuál se propugna. Estamos, virtualmente —usando expresiones de moda en las tendencias contemporáneas del derecho— ante una "norma marco o cuadro", concebida técnicamente para regir cualquiera que sea el criterio que sobre la propiedad tenga la mayoría política cuya gradación valorativa está consagrada en el ordenamiento jurídico en un momento determinado.

Naturalmente, la reforma permite la subsistencia de la propiedad privada, siempre supeditada al interés social. Pero frente a ella erige ahora con caracteres predominantes la propiedad estatal. Desde otro ángulo, propugna hacer "accesible a todos la propiedad", lo que de acuerdo con criterios ideológicos predominantes podría significar la división de las grandes propiedades privadas actuales para reemplazarlas por multiplicidad de medianas propiedades, atribuidas singularmente a sus dueños; aunque también podría lograrse esta accesibilidad de la propiedad a la generalidad de los habitantes a través de su colectivización.

En otras palabras, manteniendo intocable el texto de reforma aprobado por las Cámaras, es posible la transformación más o menos profunda y el cambio relativamente fácil del régimen de propiedad privada por cualquier otro. De acuerdo con este predicamento, la conclusión lógica es que no se protege ningún concepto determinado sobre dominio, que éste está simplemente sujeto a la contingencia histórica y que su radicación en el individuo, en el grupo, en la comunidad, o en el Estado depende exclusivamente de su utilidad en función de los intereses generales, sin que por lo mismo pueda alegarse que tiene una categoría especial, de derecho natural o inmanente con respecto al hombre, al menos en lo relativo a las categorías más importantes de bienes, no destinadas habitualmente al uso y consumo.

Finalmente, en este análisis de los principios generales debemos considerar el propósito inicialmente perseguido con la reforma y el que en definitiva resulta del texto aprobado por el Congreso. Reiteradamente se explicó que la modificación del Nº 10 del artículo 10 de

la Constitución tenía por objeto facilitar la realización de la reforma agraria y de la reforma urbana. No nos pronunciamos aquí sobre la necesidad y urgencia de una y otra, que preconizamos, sino sobre la forma en que la reforma constitucional sirve a esos fines.

Del texto que hemos tenido a la vista se desprende que este propósito inicial, circunscrito en su aplicación y efectos, ya que podía suponerse reducido a la propiedad inmueble, rústica y urbana, ha sido ampliado en términos generales y absolutos, abarcando ahora a cualquier tipo de propiedad y para cualquier fin de los que el texto señala de manera genérica. En efecto, se estatuye en forma separada y especial respecto de la expropiación de predios rústicos y las aguas, de lo que se deduce que el resto de la disposición tiene un carácter general, que se aplica tanto a todo otro tipo de propiedad raíz, como a la propiedad mueble sobre bienes materiales o meros derechos reales o personales, o a cualquier otro tipo de propiedad.

Este amplio criterio, que otorga una función social potencial a cualquier clase o especie de bien, está ratificada y confirmada por el beneficio de reserva de determinados bienes al Estado.

II.—*La nueva concepción de la función Social.*

El rasgo doctrinario más relevante de la reforma es, sin duda, la consagración de la propiedad, en todo cuanto respecta a la adquisición, conservación, goce y extinción, como una función social.

Ya hemos dicho que, al contrario de lo que expresa el texto de 1925, lo que ahora se garantiza a los habitantes es el "derecho de propiedad, en sus diversas especies", fórmula que si bien se justifica por su mayor precisión técnica, representa también una afirmación del carácter relativo e histórico de la institución. Como tal **derecho**, el dominio recibe denominación, se configura y existe en la medida en que el respectivo ordenamiento jurídico lo establece y otorga, y, al menos en sus proyecciones de mayor importancia económica, así como lo concede, podrá quitarlo.

Sin embargo, cabe tener presente que, precisamente por afirmarse la función social de la propiedad, en un plano esen-

cialmente lógico debemos admitir que subsiste la propiedad privada —individual o de grupo— ya que todo otro tipo de propiedad es esencialmente social y no se limita a desempeñar una mera función de ese tipo. Si se sostiene la función social, lo es en relación con un dominio de naturaleza opuesta a lo social, y aquélla resulta ser en definitiva una modalidad, un accidente de la propiedad privada.

Hablamos aquí de la **nueva concepción** de la función social. Ella tiene, en la reforma actual, características y precisiones novedosas cuya exposición sistemática intentaremos.

a) **Reglamentación legal de la propiedad.**—El primer rasgo distintivo de la reforma, en esta materia, es atribuir al legislador la reglamentación de los modos de adquirir el dominio, de usar, gozar y disponer de él, y de las limitaciones y obligaciones conducentes a asegurar que cumpla su función social, haciéndolo accesible a todos. Más aún, la ley establecerá las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conocerá de las reclamaciones sobre el monto de ésta, la forma de extinguir la obligación de indemnizar y las modalidades del pago, y la oportunidad y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

En consecuencia, al legislador no se le coloca más límite que no poder establecer modos de extinguir el dominio distintos de la expropiación, en lo que concierne a las relaciones de la propiedad privada con el poder público. En esto se ha sido claro, diciendo que "nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud" de la expropiación.

En otras palabras, se entrega al legislador establecer cómo y en qué medida la propiedad privada debe cumplir su función social, ya que toda la reglamentación que se ponga en vigencia deberá tender a ese objetivo. Pero para llevar la función social al límite extremo, el transformar el dominio privado en dominio social, no podrá utilizar otro medio que la expropiación. Por lo demás, así lo dice en el inciso cuarto, al permitir que una ley especial o general autorice la **expropiación por interés social**. En este sentido, tendríamos que reconocer que la reforma no va mucho más allá de la declaración que en 1925 se hizo sobre

la función social de la propiedad, que somete su ejercicio a las limitaciones o reglas exigidas por el mantenimiento y progreso del orden social. Pero es claro que el nuevo texto va más allá cuando confía a la ley realizar una función social que consiste no sólo en atender a los intereses generales del Estado y la salud de los habitantes, sino en asegurar el aprovechamiento de los recursos naturales en beneficio de la colectividad, y en elevar las condiciones de vida del común de los habitantes.

En especial, el último objetivo, otorga una amplitud tal de facultades discrecionales al legislador, que bien puede afirmarse que en realidad será él quien, en última instancia, determinará soberanamente la forma en que se podrá usar, gozar y disponer de la propiedad.

Al margen de apreciaciones ideológicas, el principio resulta perfectamente lógico y compatible con las exigencias contemporáneas del gobierno. Si ya hemos declarado que la propiedad privada se explica y justifica en cuanto en determinadas épocas y circunstancias fue o es útil, las modalidades y condicionamientos que debería experimentar no pueden ser catalogados oportuna, real y eficazmente sino por el legislador, como representante de una voluntad política mayoritaria y como ejecutor de la idea de derecho predominante en la actualidad o en el futuro.

Por último, esta característica de la reforma está en perfecta consonancia con la eliminación formal de la "inviolabilidad" de la propiedad, y su transformación en "garantía de un derecho". Este derecho, ya lo dijimos, se entiende concedido, limitado y condicionado en la forma que el ordenamiento jurídico de que es originario lo disponga. Y la voluntad que subyace en ese ordenamiento jurídico debe estar habilitada para regular ampliamente ese derecho.

Cabe anotar que hoy es también la ley la que estatuye sobre varios de los aspectos aquí señalados: modos de adquirir, forma de goce, limitaciones, etc., aunque ello no estuviera dicho en la Constitución, y precisamente porque nadie ha discutido el poder del legislador en la materia. La importancia de expresarlo ahora no parece ser otra que la de orden político de enfatizar la potestad que en forma usual tiene la comunidad para re-

visar periódicamente los conceptos vigentes.

No parece necesario referirse en detalle a la facultad del legislador para establecer los modos de adquirir, y los de usar, gozar y disponer de la propiedad, por ser ellos elementos del derecho ampliamente conocidos (1).

Pero sí tiene interés revisar el resto de la disposición. De acuerdo con la reforma, la ley establecerá "las limitaciones y obligaciones —el texto vigente habla de "servidumbres"— que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos".

Obviamente, las limitaciones y obligaciones se refieren a los modos de adquirir y gozar el dominio. Ellos estarán condicionados al cumplimiento de una doble misión: realizar una función social y permitir la accesibilidad de la propiedad a todos. La posibilidad de que todos lleguen a detentar el dominio parece referirse a los inmuebles y muebles, y podría lograrse mediante la institución de la pequeña propiedad privada, o de la propiedad colectiva o social. Aunque aparentemente dos finalidades, sin embargo la conjunción "y" nos indica que la limitación debe tener un doble propósito, y que la función social se realizará en la medida en que la propiedad aproveche a todos.

La función social, sin definirse, se describe como integrada por los propósitos que señala el inciso segundo: "los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad pública", los encontramos considerados en el texto vigente, y no requieren mayor análisis.

En una redacción defectuosa, el constituyente se refiere a los medios de producción y a los recursos naturales. Parece ser propio de la función social del dominio todo lo que exija "el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad". De esta manera, toda empresa productora de bienes o servicios podrá condicionarse al cumplimiento de la función social, de igual modo que todo bien que represente una fuente real o potencial de energía productiva.

Por último, el más genérico y menos condicionado de los elementos que inte-

(1) Véase inciso segundo del texto transcrito al comienzo.

gran la función social es "la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes". Todos los anteriores elementos pueden estar comprendidos aquí y cualquier plan de gobierno tiende a ese objetivo en sus aspectos materiales o meramente morales, de manera que todo bien que pueda servir para elevar el nivel de salarios, el nivel educacional, el nivel higiénico, etc., está afecto al cumplimiento de una función social en ese sentido.

b) El papel preponderante del Estado.

Dentro de la consagración y fijación de objetivos de la propiedad función social, cabe al Estado un papel protagónico especial como factor de realización efectiva de la norma constitucional.

Desde luego, "los intereses generales del Estado" están expresamente contemplados como uno de los elementos que aquella propiedad comprende. Por otra parte, y sin duda para asegurar que la propiedad se detente y goce en función del beneficio colectivo, se permite la reserva, por ley, al Estado, de determinados bienes de importancia económica general, según lo veremos más adelante.

Pero aparte estas menciones expresas, no podemos eludir el hecho de que, entregada al legislador la reglamentación plena del dominio y de su expropiación, y la apreciación de la medida y condiciones en que cualquier bien quedará afecto a la función social, se entrega a uno de los Poderes del Estado, y por ende al Estado mismo, una amplia y discrecional facultad, en términos perfectamente acordes con las actuales concepciones relativas al papel que le corresponde.

Lo importante es hacer notar que, al margen de los deseos de muchos de los que apoyaron la reforma constitucional, preconizando el establecimiento de un tipo de propiedad social sin intervención del Estado, el texto aprobado, como exigencia lógica del principio consagrado, otorga un papel preponderante al Estado y admite la estatización y aun la socialización de la propiedad.

c) La reserva legal de dominio en favor del Estado.

Evidentemente, la consagración expresa en el texto de la Carta Fundamental de la facultad del legislador para reservar al Estado el dominio exclusivo de ciertos bienes, no representa una innovación en el ámbito de la competencia

del Poder Público. Siempre nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido la facultad en cuestión, y ejemplo de ello es el dominio estatal sobre el petróleo y los minerales radioactivos. La importancia de la reforma, a este respecto, se reduce a elevar al rango de norma jurídica suprema la que ya se encuentra en nuestro derecho.

Es, no obstante, conocida la ácida polémica suscitada en torno a esta disposición. Tal controversia se refiere, en esencia, al alcance que, respecto de los bienes objeto de la reserva estatal, podía atribuirse al precepto. Desde este punto de vista no cabe duda que la formal elevación de la norma al nivel constitucional se ha logrado a costa de un virtual cercenamiento de las actuales potestades del Estado. En efecto, hasta ahora la reserva que se comenta podía recaer en cualesquiera clases de bienes, aun cuando no tuvieran importancia para la vida económica, social o cultural del país. Una razón de simple utilidad o necesidad regional o estatal, que no afectara a todo el conglomerado nacional podía bastar para el efecto. La condición de "preeminente" significa bastante más que "importante", y se acerca al concepto de "lo esencial", de manera que la reserva que, a partir de este momento, podrá hacerse no deberá, de hecho y de derecho, extenderse sino a aquellas clases de bienes cuyo control estatal resulte fundamental para el país en un momento determinado.

Sin perjuicio de esta limitación, los bienes que podrán ser abarcados por la reserva, en lo que a su especie se refiere, son prácticamente todos, tanto muebles como inmuebles, materiales como inmateriales. Dentro de la expresión "recursos naturales", cabe, en realidad, todo bien no creado por el hombre y que sea apto o potencialmente capaz de convertirse en fuente de producción y energía. La tierra misma, agrícola o no, o aún el paisaje, que tiene valor turístico, y con mayor razón los minerales y los productos del mar y las aguas, quedan dentro de este tipo de bienes. Respecto de estas últimas lo confirma el inciso penúltimo de la reforma: "La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean

de propiedad particular". Sin que pretendamos confundir las distintas clases de bienes públicos, y aunque no se menciona como titular de la reserva al Estado mismo, no deja de ser, en la práctica, una sutileza jurídica alegar que no asume él el control de esas aguas, ya que no podrán ser usadas sin su concesión previa. En esto, como se ha dicho, se retorna al principio primitivo de nuestra legislación, expresado en el Código Civil, entregando todas las aguas, sin excepción, al dominio nacional de uso público. En este caso, no menciona el constituyente que las aguas tengan "importancia preeminente" para la vida económica del país, pero habrá que suponerlo así, desde que es él mismo el que está calificando, y ya que evidentemente el problema de las aguas para regadío es, en Chile, una difícil coyuntura económica.

En la expresión "bienes de producción u otros", sin perjuicio de la limitación relativa a su "importancia preeminente", cabe toda clase de bienes que cumplan esa condición, a juicio del legislador, en un momento dado.

Cabe hacer notar, en todo caso, que la limitación de que el bien objeto de la reserva tenga "importancia preeminente", afecta a todas las especies de bienes enumerados en el inciso, y no sólo a los involucrados bajo el término "otros". Esta importancia preeminente deberá ser declarada por el legislador en el texto legal, y a él corresponderá de manera privativa esta facultad, ya que, atendida la redacción del precepto, su calificación no será susceptible de revisión por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Para que la reserva hecha por ley en favor del Estado pueda afectar a bienes respecto de los cuales ya existe dominio privado, será menester la expropiación. De ello se dejó constancia expresa en las actas, y así se desprende de la interpretación lógica del contexto.

En el inciso tercero —el segundo es el que se refiere a la reserva— el constituyente, como haciendo una advertencia después del principio que ha sentado, expresa que "nadie puede ser privado de su propiedad" sino mediante expropiación. Y al referirse a la reserva de las aguas, confirma su propósito manifestando que "la ley... podrá expropiar, para incorporarlas a dicho dominio (na-

cional de uso público), las (aguas) que sean de propiedad particular". Pese al defecto de redacción, parece claro que no podrá ser la ley la que, en este caso y haciendo excepción especialísima, disponga directamente la expropiación y regule la indemnización y demás aspectos pertinentes. Por la naturaleza misma de la expropiación, la ley deberá, como en los demás casos, limitarse a autorizar la expropiación.

d) Mantenimiento de la propiedad privada.

No obstante las enconadas polémicas suscitadas en torno al texto aprobado, en cuanto significaría la virtual extinción del dominio privado, cabe afirmar, como conclusión lógica de la existencia del principio de la función social y en razón de los elementos hasta aquí reseñados, que la reforma descansa sobre el régimen de propiedad privada.

Desde luego, se entrega a la ley la reglamentación de "el modo de adquirir la propiedad", lo que obviamente supone reconocer la continuidad del dominio individual. Igual conclusión puede desprenderse del propósito de "hacerla accesible a todos" y de propender a la conveniente distribución —no socialización— de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

Mejor evidencia importa al respecto la afirmación rotunda de que "nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud" de la expropiación, la que siempre dará lugar a indemnización.

En suma, si bien la reforma otorga mayores y más eficaces medios técnico-jurídicos para adaptar la propiedad a los requerimientos y a la satisfacción de las necesidades de las masas, esta misma "adaptación" supone el mantenimiento esencial del régimen existente y limita, en un plano lógico, la posibilidad real de un cambio radical en el régimen de la propiedad.

III.—Las nuevas modalidades de la expropiación.

Aspecto fundamental de la nueva reforma es la sustitución total del régimen de expropiación vigente en Chile desde los primeros años de vida independiente. Este proceso de transformación fue iniciado con la modificación constitucional

de 1962, que autorizó el pago a plazo de la indemnización, y permitió, en ciertos casos, la toma de posesión material del inmueble antes de perfeccionarse la expropiación.

Para contrastar gráficamente el régimen vigente hasta 1962 y el que desde entonces y a partir de ahora se pondrá en vigor, digamos que de acuerdo con el texto primitivo, ninguna persona podía ser privada de su propiedad, de una parte de ella o del derecho que ella tuviere, sin que previamente se le pagara en forma íntegra al contado y en dinero efectivo, una completa indemnización. De todo ello, lo que permanece es sólo un limitado derecho a indemnización.

a) **Autorización y calificación legales para expropiar.**—Establece el nuevo texto que nadie puede ser privado de su propiedad —no se alude ahora a “parte de ella”, aunque en todo caso, por razones de contexto, no hay margen para concluir que la protección no comprende ese aspecto— “sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador”.

A diferencia del texto actual y aunque bajo su vigencia se había aceptado la misma solución, hoy se expresa que la ley de autorización podrá ser “especial”, para bienes singularmente individualizados en el texto legal, o “general”, respecto de todos los bienes que puedan servir a la utilidad pública o al interés social por el que vela el legislador.

A diferencia del texto vigente, el recién aprobado establece como causal de la expropiación no sólo la “utilidad pública” sino el “interés social”, concepto que ya estimamos vinculado directamente al de función social, y que tiene carácter complementario respecto de la utilidad pública. Esta última, en efecto, si bien no es tan restringida como la utilidad del Estado o fiscal, abarca sólo aspectos relativos a la colectividad en general, sin relación a situaciones concretas de grupos o localidades. En cambio, bajo “interés social” quedarán naturalmente comprendidas situaciones como la de radicación de pobladores, constitución de propiedades familiares, y otras, en que se procura satisfacer necesidades cuya no atención pueda afectar la paz social o las condiciones de vida

de los habitantes. Se podrá beneficiar, así, mediante la expropiación, a personas o grupos singularizados.

La calificación de la utilidad pública y del interés social, como se desprende del texto, corresponderá en forma privada al propio legislador, sin que su criterio pueda ser impugnado por la magistratura suprema.

b) **Características de la indemnización.**—Del texto de la reforma podemos derivar una clasificación de los requisitos o características de la indemnización, distinguiendo entre requisitos constitucionales y meramente legales.

Son de carácter constitucional, la obligatoriedad de la indemnización, su carácter equitativo, el derecho a reclamar de su monto ante tribunales de derecho y su reglamentación legal. Todos los demás son de orden legal, en cuanto corresponderá a la ley definirlos, precisarlos en cada caso. Tal vez la facultad de pagar a plazo su monto puede ser también catalogada como característica constitucional, aunque en todo caso se presenta como otra facultad atribuida al legislador.

Los requisitos de orden constitucional merecen el siguiente comentario.

1) En primer lugar, la indemnización es obligatoria: el expropiado tendrá **siempre** derecho a indemnización... Aunque obvio, parece útil precisar que el constituyente no admite una expropiación sin indemnización. El legislador estará obligado a establecerla en todo caso, y los tribunales a fijar o a declarar el derecho a ella, si se desconociere, aun por la vía del recurso de inaplicabilidad, cuando proceda.

Pero el propio constituyente sí que puede hacer una excepción, y la hace en el inciso penúltimo del nuevo N° 10°. Allí, en efecto, dispone que los dueños de aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento, y “**sólo** tendrán derecho a indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción”.

En este caso, el derecho a indemnización sólo nace cuando la autoridad administrativa determina que, aun me-

diante el más inteligente uso de las aguas de que disponga, no es posible para el expropiado atender a las necesidades de riego que antes cubría con el total de sus aguas.

La redacción del precepto nos parece defectuosa, y la fórmula técnico-jurídica que establece, fue objeto de acertadas críticas. (Boletín N° 22218, Senado, pág. 117). Pero la norma en sí parece lógica, ya que pese a la expropiación del derecho de propiedad sobre el derecho a las aguas, el afectado podrá seguir usándolas, aunque en otra calidad jurídica, es decir, no obstante perder el dominio de las aguas, mantendrá su uso. La situación prevista supone que ni aun a este último título pueda el particular disponer de agua suficiente, y no se refiere a la hipótesis de que la parte de agua que se le respete a título de dueño, sea insuficiente. Es en aquella otra situación en la que el particular podrá reclamar indemnización, cuyo monto, naturalmente, no se determinará según el valor de los regadores expropiados —lógicamente no podría serlo— sino en función del desvalor de la tierra por la merma del regadío.

2) La indemnización debe ser **equitativa**. En el fondo, resulta tan tautológico como expresar que la justicia debe ser justa. Sin embargo, y pese a las constancias dejadas en la discusión de la reforma, el adjetivo se usa esta vez no para decir que la indemnización debe resarcir plena y totalmente al expropiado, sino, muy por el contrario, para prescribir que ella no podrá establecerse ponderando sólo el interés del expropiado. Así resulta de la frase “cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados”.

Hasta ahora, de acuerdo con el texto constitucional y la jurisprudencia tradicional, nuestros tribunales fijaban el monto de la indemnización exclusivamente en función del perjuicio sufrido por el propietario, y son conocidos los extremos a que se llegó en la materia.

Hoy, el monto y condiciones de pago de la expropiación se determinarán poniendo en los extremos de la balanza el interés general y el interés individual. El resultado lógico es radicar la “equidad” en un término medio, en un equi-

librio entre el perjuicio que sufra el expropiado y las necesidades y medios de la colectividad.

En este terreno y desde el punto de vista lógico-formal, habría sido más beneficiosa para el particular afectado una forma de redacción que se limitara a expresar que tendría “siempre derecho a indemnización”, pues habría sido forzoso concluir que tal indemnización, referida sólo al perjuicio del particular, debería cuidar de resarcirlo con prescindencia de evaluaciones ajenas al daño personal.

En definitiva, la equidad de la indemnización, fundada en una ecuación cuyos términos son el interés colectivo y el interés individual, limita el derecho del expropiado en función de las posibilidades y necesidades de la comunidad nacional y, en último término, del Estado. Se trata, en tal caso, de una apreciación esencialmente política —no de política contingente, sino en cuanto arte de gobierno— y por lo mismo, no es aceptable que en tal calificación, que corresponderá soberanamente al legislador, puedan intervenir los tribunales, como se ha sostenido, revisando por la vía del recurso de inaplicabilidad, la constitucionalidad de la ley en lo que se refiere al concepto de equidad. Atribuirles tal ingerencia en una materia de naturaleza política enfrentaría fatalmente a dos Poderes del Estado en una contienda infundada, por no ser de derecho, y de imprevisibles consecuencias.

Tal intervención sólo sería admisible cuando lisa y llanamente se negara la indemnización por parte del legislador.

3) El tercer requisito o condición de carácter constitucional es el derecho a reclamar del monto de la indemnización ante tribunales que fallarán en derecho. Aunque se entrega a la ley la determinación de cuál será este tribunal, la norma lleva implícita el mandato de que tal tribunal exista.

Dentro de la terminología de los procesalistas, aunque no en los textos legales, se consideran tribunales de derecho a aquéllos que conocen y fallan conforme a derecho. En este caso, el tribunal que se establezca estará constitucionalmente obligado a conformarse al derecho sólo en lo que respecta al fallo, a la decisión de la controversia; pero podrá sustanciar el juicio por otras nor-

mas que las legalmente establecidas, y aún establecer los hechos como jurado.

La autorización dada al legislador supone la posibilidad de desplazar del conocimiento de estos juicios a los tribunales ordinarios, y entregar su decisión a tribunales especiales, en todas las instancias. Estos tribunales podrán ser letrados de carácter especial, administrativos y aun arbitrales, siempre y cuando en sus fallos se ajusten a derecho.

En todo caso, debiendo fallar en derecho, los procedimientos jurisdiccionales respectivos podrán ser objeto de recursos de queja y de inaplicabilidad. Cabe hacer notar que la referencia hecha únicamente al monto de la indemnización como objeto del recurso, no puede interpretarse en el sentido de que no podrá ser objeto de revisión la procedencia de la expropiación u otros aspectos vinculados a la misma. En todo caso y a este último respecto, bien podría estimarse que el legislador está facultado para establecer el procedimiento que más conveniente le parezca, sin requerirse ni siquiera el fallo conforme a derecho.

Recordemos que estas normas reemplazan el sistema actual sobre fijación del monto de la indemnización, que es un procedimiento virtualmente contencioso y seguido ante los tribunales ordinarios, caracterizado por una lenta tramitación y por la fijación de montos realmente exagerados, que es menester pagar en forma previa.

4) El cuarto y último rasgo característico de la expropiación que tiene origen constitucional, es su reglamentación legal.

Veremos, en una apretada síntesis, el alcance de las facultades que se le entregan al legislador y los elementos que éste deberá considerar.

La ley determinará las **normas para fijar la indemnización**. Se refiere el constituyente tanto a las circunstancias de hecho y de derecho como a los procedimientos que deberá poner en práctica la administración o el tribunal para fijar el monto de la indemnización. Precisamente en el ejercicio de esta potestad, el legislador deberá procurar que el monto y condiciones de pago de la indemnización se determinen "equitativamente" tomando en consideración los intereses de la colectividad y los del ex-

propiador en los términos que ya se expresaron.

Corresponderá a la ley determinar también el tribunal que conozca de la reclamación sobre su monto, materia a la que ya nos referimos.

También será la ley la encargada de determinar "**la forma de extinguir**" la **obligación de indemnizar**. Hasta ahora, de acuerdo con el texto vigente y la jurisprudencia, esa forma no podía ser otra que el pago en dinero efectivo. La nueva fórmula del constituyente admite otras formas de extinción: dación en pago, compensación, novación, etc., y otros bienes que el dinero: acciones, valores o bonos del Estado o de otros organismos públicos, bienes inmuebles, etc.

Podrá la ley, como ahora pero con facultades más amplias, establecer el **pago a plazo de la indemnización**, señalando la parte que deba enterarse al contado, y el plazo y condiciones en que se entregará el saldo. Naturalmente, queda abierta la posibilidad de que se disponga el pago al contado. Lo que no está asegurado, sin embargo, es que en caso de pago a plazo, no se fijen términos tan exagerados que importen una burla del derecho del expropiado, o medios de pago que tengan una apreciación nominal y jurídica muy distintas de su valor comercial. Cabe tener presente, a este respecto, lo expuesto al referirnos al carácter equitativo de la indemnización.

Hace excepción notoria a las reglas hasta aquí señaladas sobre forma y condiciones de pago de la indemnización, el inciso final de la reforma: "La pequeña propiedad rústica —rural o urbana, por ende—, trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario —cualquiera que sea su valor— **no podrán ser expropiadas sin previo pago de la indemnización**".

En otras palabras, respecto de estas clases de propiedad quedan vigentes las normas actuales: pago previo, al contado y en dinero efectivo, para perfeccionar la expropiación. De ello quedó constancia en la discusión del precepto. Naturalmente, corresponderá al legislador precisar, en el caso de la propiedad rústica, cuál se considerará "pequeña". En todo caso, si en tal idea debe quedar comprendido el minifundio, es claro que no sólo a ese tipo de propiedad se refiere, sino a otros de mayor entidad eco-

nómica, aunque de poca significación colectiva, aisladamente considerados. Cabe acotar, asimismo, que el monto de la indemnización será el común para los predios rústicos, según la regla del inciso quinto (2).

Por último, la ley determinará "las oportunidades y modos en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado". En la reforma de 1962 algo se había alcanzado en este sentido. El juez puede autorizar la toma de posesión material del bien expropiado, después de dictada la sentencia de primera instancia, cuando se trata de expropiaciones para obras públicas de urgente realización o de predios rústicos, siempre que sólo se hubiera reclamado del monto de la indemnización y se dé previamente al dueño el todo o parte de ella, según corresponda. A partir de ahora, sin cortapisa alguna, el legislador podrá establecer en forma soberana el momento en que la entidad expropiadora entrará en posesión material del inmueble, sea luego de dictado el decreto expropiatorio, sea antes o después del pago del todo, o parte al contado, según corresponda, sea al final de los procedimientos respectivos. La reforma, en este aspecto, tuvo como antecedente la gran demora, y los consiguientes perjuicios, con que el Estado podía disponer del bien expropiado para los fines públicos que fuere menester.

IV.—Reglas especiales sobre expropiación de predios rústicos.

Con el propósito de hacer más expedito y seguro el trámite del proyecto de reforma agraria, en discusión casi simultánea con la reforma constitucional, se aprovechó esta última para consagrar ciertas normas especiales y excepcionales, que tanto tienden a allanar dificultades para la realización del plan, cuanto a dar un mínimo de garantía a ciertos sectores.

La necesidad y urgencia de la reforma estructural aludida, que todos compar-

ten, justifican el régimen de excepción y explican su aprobación.

Se aplican las reglas especiales en caso de expropiación de predios rústicos. De acuerdo con la terminología usual, podría admitirse, entonces, su vigencia sea que se trate de predios urbanos o rurales.

En esta hipótesis, las normas para fijar indemnización las da el propio constituyente: "la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo".

No cabe pronunciarse sobre si tal sistema cumple con la condición de equidad que exige el inciso tercero de la reforma; pero sí puede advertirse que todos los procedimientos para fijar el avalúo de los bienes raíces dependen de reglas legales y son aplicados por la administración. El reclamo sobre el monto, en consecuencia, se ve minorizado, ya que sólo podrá abrirse discusión sobre el valor en que se hayan apreciado las mejoras.

Esta indemnización "podrá pagarse con una parte al contado", agrega el constituyente. La frase era innecesaria, porque tal modalidad ya la permitía el inciso cuarto. Respecto del pago del saldo se prescribe que no podrá hacerse en un plazo superior a treinta años, que naturalmente está fuera de los plazos habituales del comercio.

Sería prematuro adelantar un juicio personal de conjunto sobre esta reforma, aún en trámite. Todavía está produciéndose una controversia nacional al respecto. No obstante, ella aparece como positiva y representa un importante progreso de orden económico social. Tal vez su mayor importancia, sin embargo, sea de orden técnico-jurídico, ya que ofrece una fórmula constitucional "contenente", sin un "contenido" preciso, capaz de adaptarse a las transformaciones de los intereses, conceptos y modos de relación de nuestra sociedad.

(2) Véase Párrafo IV que sigue: