

RETIRO DE FONDOS PREVISIONALES: LA «MULTIPLICIDAD DE ESTATUTOS PROPIETARIOS» EN EL VOTO DE PREVENCIÓN (STC ROL 7442)

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER¹
JOSÉ PEDRO FERNANDOIS SANTA CRUZ²

RESUMEN. En la primera sentencia pronunciada sobre la constitucionalidad del Decreto Ley de Pensiones, N° 3.500, el Tribunal Constitucional rechazó la inaplicabilidad del requerimiento deducido por una sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que buscaba habilitar el retiro de fondos de la cuenta de una profesora para saldar deudas hipotecarias. Por la unanimidad de sus integrantes, la magistratura aludió a la autorización constitucional que existe para limitar el derecho del cotizante sobre sus fondos acumulados, y afectarlos exclusivamente a fines de seguridad social. Desarrollando una completa explicación sobre el sistema previsional del DL 3.500 -en que coexisten la capitalización individual y la solidaridad de un reparto- la sentencia contiene una interesante, pero a la vez constitucionalmente preocupante prevención de dos ministros en torno al derecho de propiedad. Fundada la prevención en la idea de la “multiplicidad de estatutos”, este comentario la aborda especialmente y ofrece un análisis sobre las circunstancias que la podrían hacer constitucionalmente admisible.

PALABRAS CLAVE. Derecho de propiedad- Derecho a la seguridad social - Retiro de fondos previsionales – AFP – DL N°3.500 – Cotizaciones previsionales – Limitaciones a la propiedad – Multiplicidad de estatutos de la propiedad

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Prevención de los ministros Gonzalo García y Nelson Pozo: los distintos estatutos de la propiedad y sus fundamentos. 2.1 La noción civilista o moderna de la propiedad. 3. La doctrina de los diversos estatutos en la sentencia y la literatura. 4. Voto de prevención sobre la propiedad y sus distintos estatutos: las dos objeciones que ofrece esta tesis. 4.1. La aparente incompatibilidad de la visión moderna con el reconocimiento constitucional de diversas especies de propiedad. 4.2. La identidad del derecho de propiedad y el contenido esencial de los derechos. A) Configuración sí, desconfiguración no. B) Aplicación del razonamiento a otros derechos constitucionales. 4.3. El problema de las transiciones en el tiempo en cuanto a la implementación de los diversos estatutos. 5. Conclusiones

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Gobierno y Políticas Públicas Universidad de Harvard.

² Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. INTRODUCCIÓN

El 14 de mayo de 2020, en causa Rol N° 7442-2019, el Tribunal Constitucional dictó el fallo objeto de este trabajo, conocido como “Retiro de Fondos”. El caso trata sobre una profesora jubilada que recurrió de protección a la Corte de Apelaciones de Antofagasta, pidiendo se ordene a su Administradora de Fondos de Pensiones la entrega anticipada de sus ahorros previsionales acumulados para el pago de un crédito hipotecario. Estando proscrita por la ley la devolución anticipada de fondos para ese fin, es la misma sala de la Corte la que recurre de inaplicabilidad en contra de ciertos preceptos del DL N° 3.500, de pensiones, en busca de un pronunciamiento de la justicia constitucional que habilite el retiro. Al fundar su auto motivado de requerimiento de inaplicabilidad, la judicatura antofagastina calificó el actual sistema de seguridad social como “regido por el mercado y sin la voluntad del trabajador”³.

Si bien esta es la primera sentencia del TC sobre retiro de fondos previsionales bajo el DL N° 3.500, no son novedosos los casos en los que, sin éxito, particulares habían venido solicitado a las AFP la devolución de sus fondos previsionales de manera anticipada. Desde la implementación del DL 3.500 en el año 1980, varios cotizantes habían solicitado a las cortes que se autorice el retiro, invocando la vulneración de diversos derechos fundamentales, principalmente el derecho de propiedad⁴.

Casi sin excepciones, las Cortes se han negado a ordenar medidas de esta naturaleza⁵. Y han fundado la negativa en que el constituyente ha habilitado a la ley para establecer limitaciones al dominio mediante la imposición de cotizaciones obligatorias que tienen el objeto de asegurar el ejercicio del derecho de seguridad social (art. 19 N° 18, inciso final).

Pero el ambiente durante 2020 no fue el mismo que el de los años previos. La pandemia del coronavirus, las cuarentenas y las carencias por falta de trabajo se tradujo en inéditas presiones contra de nuestras instituciones, especialmente para tribunales.

³ Vistos Tercero del requerimiento de fecha de ingreso 23 de septiembre de 2019, presentado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, mediante auto motivado de fecha 17 de septiembre de 2019 en causa de protección caratulada “Ojeda con AFP Cuprum S.A.” Rol 2797-2019.

⁴ A modo de ejemplo: *A.J.C. con A.F.P. Habitat S.A.* (2018) y *R.P.M.O. con Provida A.F.P.* (2011).

⁵ Existen en nuestra legislación ciertas hipótesis en las que el retiro de fondos previsionales está permitido. Así, en causa *González con A.F.P. Modelo S.A.* (2019), la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección presentado por el recurrente don Juan Carlos González Carrero declarando ilegal el acto por el cual la AFP recurrida se negaba a devolver sus fondos previsionales, ordenando su devolución de conformidad con los preceptos de la ley N°18.156 que establecen ciertas hipótesis en las que la devolución de los aportes previsionales está permitida para trabajadores extranjeros que celebren contratos en Chile.

El fallo se emite justamente en un contexto de profunda incertidumbre y expectación, y trasladó la atención al Tribunal Constitucional, normalmente deferente hacia los requerimientos de tribunales de justicia que acuden a él.

Se esperaba que el TC zanjara la discusión en uno u otro sentido e inclinara definitivamente la balanza en favor -cobijando las demandas sociales- o en contra de los retiros -sujetando su fallo a fundamentos técnicos y jurídicos. Pese a la notoriedad ideológica del abogado patrocinante de la parte interesada,⁶ la sentencia no decepcionó a un acertado juego de las instituciones, que no podía admitir -sin la correspondiente reforma legislativa- un desfonde de las cuentas de capitalización individual de los trabajadores por la vía de recursos de inaplicabilidad, bajo el forzado argumento de la inconstitucionalidad del DL N° 3.500. Tal como se desarrolla en el comentario anterior contenido en este volumen, el fallo rechaza correctamente el requerimiento -votación unánime-, con una diversidad y solidez argumentativa, que -al menos a la fecha del fallo- anticipaban una estabilidad en este criterio jurisprudencial. Se produce en él una situación inusual de confluencia entre los ministros del TC con visiones muy distintas en torno a la interpretación del derecho de propiedad

Empero, la sentencia lega un aspecto preocupante. Así como una decisión compartida de los jueces constitucionales constituye un importante precedente en la ratificación de la constitucionalidad del sistema de seguridad social chileno, aún más influyente pueden ser sus fundamentos en torno a la garantía constitucional de propiedad. Es justamente aquí donde la preocupante prevención de minoría se alza como de interés para comentar en estas páginas.

En efecto, en una de estas prevenciones de minoría se lee nuevamente en una sentencia del TC la ahora fundada, interesante, pero constitucionalmente peligrosa y por ahora minoritaria tesis de la multiplicidad de estatutos del derecho de propiedad. Bajo ella, la protección constitucional de este derecho queda intensamente radicada en el legislador, facilitándose su potencial intervención al punto en que -tememos- éste pueda incluso proceder expropiaciones sin sujetarse a las garantías y resguardos que en esta materia previó -y debe continuar franqueando- el constituyente.

Dedicaremos una parte importante de este trabajo a identificar las nociones generales de esta visión de la propiedad y los riesgos que genera. Explicaremos por qué el reconocimiento de diversas especies de propiedad no constituye en sí la aceptación de esta tesis y trataremos particularmente dos de las mayores dificultades con las que se enfrenta y que la hacen poco persuasiva: i) la

⁶ El abogado Fernando Atria L.

identidad del derecho de propiedad y el resguardo de su núcleo fundamental ante las tensiones de un legislador creativo generador de relaciones jurídicas apartadas de él; y ii) el problema de las transiciones en el tiempo, en cuanto a la implementación de estatutos sobrevinientes de propiedad y sus efectos sobre el actual titular.

2. PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS GONZALO GARCÍA Y NELSON POZO: LOS DISTINTOS ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD Y SUS FUNDAMENTOS

Los ministros Gonzalo García y Nelson Pozo concurren al rechazo, pero desarrollan una interpretación del derecho de propiedad que discrepa de la línea seguida por la doctrina mayoritaria y el TC. A través del desarrollo de la tesis de la *“multiplicidad de estatutos propietarios”*, este voto deja un antecedente jurisprudencial importante en favor de una lectura alternativa a la forma tradicional en que se ha entendido el dominio.

Para el caso en cuestión, la tesis propuesta provee de un amplio campo de acción al legislador en la configuración de del derecho de propiedad, amplitud que legitimaría las limitaciones que el DL N° 3.500 impone a la propiedad. Con ello se hacen cargo de uno de los argumentos centrales de la tesis de la recurrente de protección, este es, que el derecho de dominio que tiene el trabajador sobre los fondos previsionales nace como puro y simple y que por lo tanto su retención por parte de la recurrida constituye una afectación a su libertad de administrar libremente de ellos.

Para ellos la propiedad no debe entenderse únicamente desde la perspectiva civilista -en términos absolutos como alega la recurrente de protección-, pues el constituyente reconoce limitaciones que emanan de la función social de la propiedad, así como también diversas clases de propiedad que pueden ser creadas y reguladas con libertad por el legislador.⁷ Mediante el establecimiento de diversos estatutos del dominio la ley podría alterar el concepto mismo del dominio, para así limitar y regular de diversa manera las facultades y atributos esenciales -tradicionales- de este derecho, los que pueden verse atenuados en virtud de distintas consideraciones del legislador.

El derecho de seguridad social juega un rol fundamental en esta lógica. Son justamente limitaciones que derivan de la naturaleza e historia de este derecho las que fundamentan un tratamiento distinto de la propiedad de los fondos

⁷ Considerando 11° de la prevención de los Ministros García y Pozo

previsionales de los trabajadores. La larga historia legislativa, la experiencia y las estadísticas sobre el ejercicio de las libertades personales de las personas en esta materia son cuestiones que informan la legislación en materia de seguridad social y que justifican la creación y configuración de un estatuto propio -paternalista- de la propiedad en esta materia.⁸

Al comentar esta prevención, cabe estampar una prevención. La idea de los tratamientos distintos a la propiedad para garantizar el adecuado ejercicio del derecho de seguridad social no fue omitida por el constituyente. Esa es precisamente la lógica sobre la cual se sostiene la norma constitucional que habilita al legislador a establecer cotizaciones obligatorias para los trabajadores. No es ahí donde discrepa la línea seguida por el TC en su jurisprudencia mayoritaria con aquella seguida por los ministros de la prevención, sino que la verdadera divergencia se encuentra en la identificación de la fuente -legal o constitucional- que habilita a dar un tratamiento distinto a la propiedad y en la tradición jurídica que informa el contenido de la garantía constitucional.

Antes de continuar en el análisis de esta tesis, es preciso constatar que, para los efectos de la constitucionalidad del DL N° 3.500 en cuanto creador de patrimonio de afectación previsional, la aplicación de la tesis de la prevención es acertada en sus resultados.

Como siempre, destaca la prolijidad con que los prevenientes redactan y fundamentan su voto. La tesis planteada reivindica el derecho legislativo a imponer limitaciones sobre el dominio y derriba la pretensión de la profesora Ojeda en cuanto a la absoluta intangibilidad de su derecho. Sin embargo, debemos advertir los riesgos que se siguen de una aplicación irrestricta de esta argumentación para defensa del derecho de propiedad general frente a leyes intrusivas. Ello, de cara a las restricciones que se impongan a la propiedad ya constituida sin cumplir con las garantías que la Carta Fundamental ha previsto en favor del propietario -expropiado-, como también para la defensa de cualquier otro derecho que pueda ver vulnerado su contenido esencial en manos del legislador.

Expondremos los fundamentos de nuestra preocupación, pero primero profundizaremos en el origen de la tesis de la “multiplicidad de estatutos” y su contraste con la tesis mayoritaria, identificando la línea divisoria entre ambas, para luego revisar algunas de las dificultades que afronta esta tesis alternativa y las consecuencias y peligros que se siguen de su aplicación.

⁸ Considerando 21° de la prevención de los Ministros García y Pozo.

2.1 La noción civilista o moderna de la propiedad

Conocida es la redacción con que, en el artículo 582 de nuestro Código Civil, Andrés Bello definió la propiedad. Es “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o el derecho ajeno”. Tomando elementos propios de una larga tradición proveniente del derecho romano e influenciada por la revolución francesa, el fin del *ancient regime* y las revoluciones liberales del siglo XVIII, esta definición recoge la visión “civilista” de la propiedad, que algunos también llaman “moderna”.⁹ A nuestro juicio, esta es la vertiente que se constitucionalizó.

El derecho de propiedad es entendido aquí como un atributo de la persona, como corolario de su libertad¹⁰ y es consecuencia de la primacía del individuo. Una persona libre requiere de dominio para el ejercicio de su libertad, por lo que, partiendo desde su legítima búsqueda de realización, protege el producto de su trabajo, que son los bienes que adquiere. Este derecho se mira entonces como vinculado con el derecho subjetivo del propietario, con un “poder” o “facultad” de él¹¹ que es considerado absoluto e independiente tanto de otros particulares como también respecto del mismo Estado¹². Esto no significa que la propiedad carezca de toda limitación, como ha sugerido Cristi; ello es mezclar dos cosas distintas.¹³

Para Bello el dominio es uno “perfecto” y “absoluto”¹⁴. Antes de él, Savigny concebía la propiedad como el “imperio exclusivo y absoluto de una persona sobre una cosa”¹⁵. Similar era el pensamiento de grandes juristas de la época que quedó plasmado en piezas de gran valor histórico y jurídico como lo son La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en la que la propiedad era concebida como uno de los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre”¹⁶

⁹ Hemos indagado con más profundidad sobre el concepto de propiedad, su contenido y sus atributos y facultades esenciales en trabajos previos: Fermandois (2014). Otros autores, Villey (1975), Cordero (2008) y Ruiz-Tagle (2018) también tratan -con diversos enfoques- la evolución de este derecho.

¹⁰ Villey (1975) p. 68.

¹¹ Villey (1975) p. 68.

¹² Villey (1975) p. 69.

¹³ Cristi interpretaba erróneamente nuestros fundamentos en la propiedad, afirmando que “Fermandois concibe el derecho de propiedad como jurídicamente ilimitado” agregando que lo entendería como “un derecho absoluto y, por tanto, ilimitado, ahora no solo jurídica sino también éticamente”, en alusión a la caridad como origen de la función social en la doctrina social de la Iglesia Católica. (Cristi, R. El Mercurio, (31/03/21) p. A2). En la refutación, aclaramos: “Es una deducción del todo equivocada, cuando sostengo lo contrario en todo lo que he escrito como constitucionalista. Las iglesias actúan en el plano espiritual y a eso se debe el rol de la caridad en esa doctrina, lo que no excluye el derecho del Estado a limitar con leyes razonables y proporcionadas el derecho de propiedad, respetando debidamente su esencia”. (Fermandois, A. El Mercurio (04/04/21) p. A2).

¹⁴ Bello (1885) pp. LXXVIII-LXXIX.

¹⁵ Savigny (1878) p. 545.

¹⁶ Artículo 2°.

caracterizado por ser “inviolable y sagrado”¹⁷, y el Código Civil francés de 1804 que lo trataba en su artículo 544 como “el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, mientras no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y por los reglamentos” y como un derecho subjetivo “que tiene las características de ser absoluto, exclusivo y perpetuo”, según la opinión generalmente compartida por los primeros comentaristas”¹⁸.

Con distintas fórmulas se fue consolidando una prolongada tradición jurídica en torno al derecho de propiedad. Se conceptualiza como un derecho con facultades y atributos inherentes, que le confieren al propietario los poderes de usar, gozar y disponer de la cosa objeto de su derecho, las facultades. Y dota a estos poderes de los atributos de exclusividad, universalidad y de perpetuidad¹⁹. Para Portalis el “derecho de propiedad en sí es institución directa de la naturaleza, y la manera en que se ejerce es un accesorio, un desarrollo, una consecuencia del propio derecho.”²⁰ Son precisamente estos atributos y facultades esenciales los que definen la propiedad en la Constitución de 1980 y que aseguran su eficacia, así también consta en las actas de la CENC.²¹ La llegada a la Carta Máxima de la función social en 1967, y especialmente en su versión de la Carta de 1980, como causal constitucional para limitar el derecho, no altera una realidad: estas limitaciones se aplican sobre el derecho moderno de propiedad, no lo sustituyen por otra concepción distinta. En otro trabajo hemos explicado este aserto²².

Así, el concepto de propiedad ha evolucionado desde el derecho romano hasta nuestros días, no hay duda de ello. Las distintas escuelas, los juristas y filósofos han elaborado diferentes definiciones, alcances y limitaciones de este concep-

¹⁷ Artículo 17°.

¹⁸ Cordero (2008) pp. 498-499.

¹⁹ Villey (1975) p. 69.

²⁰ Portalis (2014) p. 49.

²¹ El submisionado Pedro Jesús Rodríguez, en la discusión respecto al núcleo esencial de este derecho, reivindicaba sus atributos esenciales, expresando que “aquí se ha dicho que la esencia del derecho de propiedad sería el modo de adquirirla y las facultades de usar, gozar y disponer de ella, todo lo cual comparte, pero con un pequeño agregado, que es el siguiente: que la propiedad también tiene algunos atributos que son la exclusividad y la perpetuidad” manifestando respecto a estos atributos esenciales que “Es de la esencia de la propiedad, por ejemplo, en forma muy especial, la perpetuidad, concepto que está considerado como atributo de las facultades y no como esencia de la definición, porque no es una facultad propiamente tal, sino que una cualidad de las facultades que permite ejercer el derecho en forma perpetua mientras no le sea privado a su titular por la autoridad o por la enajenación voluntaria de aquél. La exclusividad también es importante porque, sin lugar a dudas, si no se asegura la exclusividad al dueño, tiene que compartir el uso, goce, el beneficio de la propiedad con terceras personas que la ley puede señalarle, lo cual afecta gravemente al derecho. En consecuencia, insinúa la conveniencia de tener en cuenta dentro de la esencia del derecho de propiedad, no solamente las facultades que todos conocen y el modo de adquirir, sino también esos atributos que caracterizan el dominio” (el subrayado es nuestro). (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 150ª, celebrada en jueves 4 de septiembre de 1975).

²² Fermandois (2014) pp. 313-316.

to, así como también diferentes teorías y fundamentaciones en cuanto a su naturaleza y justificación. Sin embargo, a pesar de la evolución y de la pugna entre diferentes corrientes, es posible identificar una identidad inequívoca de la propiedad en nuestra Carta, un núcleo que se mantiene inmutable. En palabras del Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad de la CENC, don José María Eyzaguirre:

“no cabe dudas que quien analice las instituciones, desde el Derecho Romano hasta hoy día, encontrará en el derecho de propiedad una constante, que va constituyendo su esencia, la que se mantiene inalterable, no obstante el progreso prodigioso tanto en lo jurídico, como mucho más en lo tecnológico y en lo económico, que da origen a nuevas formas de propiedad y también a nuevas limitaciones a la propiedad”²³

En efecto, la propiedad tiene una identidad determinada, constituida por un conjunto de facultades y atributos esenciales que han permanecido invariables en el tiempo. El resguardo de esta identidad constituye el reconocimiento de la naturaleza unitaria de este derecho, de la forma de interpretarlo y de lo que podríamos llamar su estatuto único, en tanto existe indiscutiblemente un piso mínimo de garantías necesarias para protegerlo.

Así ha sido salvaguardado por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritaria. También ha sido capturado así por la mayor parte del constitucionalismo occidental moderno. Como lo recuerdan Soto y Muñoz, en Alemania la Ley Fundamental confía al legislador en su artículo 14 la expresa tarea de determinar el contenido y los límites del derecho de propiedad, “Sin embargo, la doctrina es clara al señalar que el ámbito de protección de esta garantía no se encuentra a libre disposición del legislador, sino que este deberá respetar las características esenciales de la misma y su condición de garantía institucional (*Institutgarantie*)”.²⁴ Como concluíamos en ese trabajo, -a la luz de la vasta doctrina y jurisprudencia ahí tratadas- la misma lógica debe seguirse para el caso chileno, en que la labor configuradora del legislador y la función social deben circunscribirse al respeto del núcleo fundamental de la propiedad y a sus atributos y facultades esenciales. Para ello, deberá la función social ponderarse

²³ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 155^a, celebrada en jueves 2 de octubre de 1975.

²⁴ Soto y Muñoz (2019) pp. 159-160. El caso alemán es uno sumamente interesante y atingente, no solo porque ahí se encuentra uno de los antecedentes de la protección del núcleo esencial de los derechos fundamentales del artículo 19 N° 26 de la Carta, sino por su fructífero desarrollo doctrinario y jurisprudencial en cuanto a los contornos del derecho. El trabajo de Soto y Muñoz (2019) trata acertadamente varios elementos en la materia.

rigurosamente bajo el principio de la igualdad ante todas las cargas públicas y con la obligación de indemnizabilidad de las limitaciones al dominio cuando importen la privación de sus atributos y facultades esenciales y se cause daño.²⁵

Como venimos advirtiendo, aceptar que esta es la noción de la propiedad que inspira los preceptos de nuestra Carta Fundamental en esta materia no se contraponen con la legítima existencia de limitaciones con las que se pueda encontrar o que se le puedan imponer a este derecho. La protección de los atributos y facultades esenciales de la propiedad no envuelve una ausencia de restricciones, ni cobija una noción retrógrada ni inflexible de la propiedad, sino que por el contrario, tiene el preciso objeto de resguardar el núcleo de una garantía que es fundamental para el progreso de la sociedad y simultáneamente concederle al legislador flexibilidad en su tarea configuradora con

“la gran ventaja de proporcionar aquella estabilidad que se busca y que está dada por la constante de nuestro pensamiento jurídico y, por otro lado, de permitir las novedades que han ido apareciendo en la evolución del derecho de propiedad, tanto en las formas de propiedad, porque hay muchas formas nuevas de propiedad, como en las limitaciones del derecho de propiedad.”²⁶

3. LA DOCTRINA DE LOS DIVERSOS ESTATUTOS EN LA SENTENCIA Y LA LITERATURA

Paralelamente, desde principios del siglo XX, la cuestión social y los cambios ocurridos desde la Primera Guerra Mundial van a determinar una serie de conflictos y transformaciones en la forma en que se concibe la propiedad, particularmente tras la Cuestión Social, con los primeros autores y pensadores socialistas.²⁷

Es aquí donde la noción civilista de propiedad empieza a ser cuestionada por parte de la doctrina. Ya no bastaba un estatuto único pues *“en la realidad su contenido es extremadamente variable, no unitario, no siempre igual, como tampoco lo es el sujeto que proyecta su poder sobre las cosas”²⁸*.

La idea de función social lleva a extraer a la propiedad del ámbito pre-legal

²⁵ Ferandois (2014) pp. 314-315.

²⁶ Intervención de José María Eyzaguirre (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 155ª, celebrada en jueves 2 de octubre de 1975).

²⁷ Quezada (2011) p. 24.

²⁸ Cordero (2008) p. 504.

para ser un derecho configurado y sometido a ley, lo que permitiría crear múltiples categorías de la misma, una pluralidad de propiedades²⁹. En palabras de Cordero: “No existe un fin social común para todos los fines, sino que fines específicos que determinan distintos regímenes jurídicos”³⁰. En esta línea, para el caso objeto de este comentario, el fondo individual de pensiones de la profesora Ojeda -así como el de otros trabajadores- se encontraría “protegido como un modo especial de propiedad justificado en la función disciplinar de seguridad social que contiene en su seno” lo cual “exige analizar los límites del derecho de propiedad”.³¹ Esta línea de pensamiento sería luego recogida por algún constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX y postularía a ubicarse como una piedra angular del Estado Social de Derecho.³²

En Chile, esta tesis ha tenido cierta acogida³³ en la doctrina. La Constitución de 1925 sentaría una base importante para un cambio que se empezaba a vivir en ese período. La introducción de la idea de función social fue una de las materias de mayor debate dentro de la subcomisión redactora, no tanto en su inclusión misma, sino en la intensidad de su contenido limitante de la garantía³⁴.

En el ámbito legislativo, por ejemplo, se promulgó el famoso DL 601 de 1925, fuente del polémico estatuto de la “Propiedad Austral”, cuyo trato diferenciado de la propiedad puede fácilmente apreciarse en su artículo 8³⁵.

En nuestra Constitución actual, los promotores de esta visión encuentran sustento constitucional a ella en que, al tratar la propiedad, el constituyente ha dejado espacios donde se entrevé cierta ambigüedad, la cual debe ser leída como una autorización del constituyente al legislador para configurar este derecho con amplia libertad. La nítida protección de la propiedad privada y la proscripción de toda forma de expropiación sin una debida indemnización previa colisionarían con el reconocimiento de diversas especies de propiedad y con la tarea del legislador de regular la forma en que se puede usar, gozar y

²⁹ Cordero (2008) p. 505.

³⁰ Cordero (2008) p. 512.

³¹ Considerando 34° de la prevención de los Ministros Pozo y García.

³² Quezada (2011) p. 25.

³³ Por ejemplo STC Rol N° 5962, de 12 de diciembre de 2019; STC Rol N° 6106, de 28 de noviembre de 2019; STC Rol N° 2912 de 27 de diciembre de 2016.

³⁴ Brahm (2012) p. 239.

³⁵ “Los particulares que, dentro de los límites antes señalados, se crean con derecho a tierras ocupadas por ellos, sin tener títulos que emanen originariamente de enajenaciones hechas válidamente por el Estado o de compras a los indígenas con las solemnidades legales antes de las prohibiciones vigentes, o sin tener sentencia firme en juicio de propiedad seguido con el Fisco, deberán demandar al Fisco ante la Corte de Apelaciones respectiva, en el plazo de dos años, contados desde la fecha de la vigencia de la presente ley, bajo pena de considerarse prescritos los derechos que puedan alegar y de que el Estado proceda a disponer de esas tierras enajenándolas o arrendándolas de acuerdo con las leyes y reglamentos o concediéndolas directamente a colonos nacionales o extranjeros”.

disponer de ella y de definir las limitaciones que derivan de la función social de la propiedad. En la frontera de estas normas garantistas y de aquellas que permiten la intervención del legislador, sin dudas hay una zona gris donde puede desarrollarse con mayor o menor libertad la actividad legislativa.

Sostiene esta visión que la Carta Fundamental no reconoce una única propiedad, sino la propiedad “en sus diversas especies”, en otros términos, “*no hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure*”³⁶, cada una de ellas con estatutos propios. Lo anterior no impediría que el legislador otorgue a una propiedad el carácter de común o supletoria respecto de otras, pero esa es una opción del legislador y no de la Constitución.³⁷

Los prevenientes son críticos a la idea de que el derecho de propiedad se deba subordinar a una interpretación desde el código civil. Advierten que ello “no solo es un error, sino que olvida que la dimensión constitucional corrige esa lectura privatista incorporando una publicación objetiva mediante nociones como la “función social de la propiedad” y también a través de los diversos tipos o especies de propiedad que desarrolla el legislador conforme a la Constitución”³⁸. El constituyente habría reconocido la existencia de diversas interpretaciones al derecho de propiedad -representando la noción civilista solo una de ellas- de manera que ninguna de ellas debe preferirse per se por sobre las demás.

Una aplicación más extrema de esta postura permitiría a la ley -a través de la existencia de diversos estatutos- atenuar las facultades y atributos esenciales del dominio para favorecer la configuración de otros derechos sociales según lo demanden las cambiantes e imprevisibles necesidades y tendencias del momento. Esa es la lógica que se extrae de la tesis de los Ministros de la prevención al expresar -con respecto a las alegaciones de los recurrentes- que “*ello exige identificar el tipo de propiedad que se protege puesto que una de las argumentaciones en la cual se ha trabado la Litis es exigir y apelar a las características esenciales del dominio que reconducen a un tipo de propiedad particularmente civilista. Y la respuesta se da desde un tipo disciplinar ajeno al Derecho Constitucional.*”³⁹

Esta tesis reclama cierta lógica y sustento jurídico y aspira a proveer de una flexibilidad atractiva para el legislador. Empero, no podemos dejar de advertir que en la práctica se abre camino a que el legislador establezca trabas, limitaciones y

³⁶ *Soria con Contreras* (2019) considerando 15°.

³⁷ *Portuaria Cabo Froward S.A. con Servicio de Vivienda y Urbanismo Región del Bio Bío* (2016): considerando 28°.

³⁸ Considerando 11° de la prevención de los Ministros García y Pozo.

³⁹ Considerando 30° de la prevención de los Ministros Pozo y García.

requisitos al contenido esencial de esta garantía y con ello arriesga expropiaciones regulatorias o de facto sin someterse a las garantías y estándares que la Carta Fundamental y tratados internacionales prevén (indemnización previa y justa). Esta es una consecuencia posible que subyace a la tesis de los previnientes. Revisamos algunos de sus más importantes contraargumentos.

4. VOTO DE PREVENCIÓN SOBRE LA PROPIEDAD Y SUS DISTINTOS ESTATUTOS: LAS DOS OBJECIONES QUE OFRECE ESTA TESIS

Los ministros del voto de prevención acuden a la idea de la “multiplicidad de estatutos de la propiedad”, que serían íntegramente definidos por el legislador, sin ataduras constitucionales. Una inmediata preocupación de esta línea de pensamiento es la obvia: abrir libre paso a que numerosas leyes -con variado contenido- regulen el concepto mismo de dominio puede terminar por vaciar el contenido constitucional de la garantía de propiedad, con consecuencias indeseadas.

Identificaremos aquí dos de los problemas, complicaciones y contraargumentos contra los que se enfrenta esta tesis y que la hacen poco persuasiva.

4.1 La aparente incompatibilidad de la visión moderna con el reconocimiento constitucional de diversas especies de propiedad

El art. 19 N° 24 inc. 1° dispone que la Constitución asegura a todas las personas “*El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”. Como se explicó, la tesis de los distintos estatutos encuentra aquí su principal fundamento textual, ya que el reconocimiento de diversas clases de propiedad habilitaría al legislador a darle a ellas un trato diferenciado, dotándolas de una regulación más acorde con su propia naturaleza. Así como los ministros de la prevención, hay quienes entenderían que en esta norma hay, además, una abolición expresa de la noción unitaria de propiedad, en tanto el Constituyente habría situado en un plano de igualdad las posibles interpretaciones de este derecho, quedando la configuración del concepto -o de los conceptos- de propiedad en manos del legislador.⁴⁰

⁴⁰ “La propiedad tiene una tendencia a ser vista solo como si se originara en los Códigos Civiles de nuestros países, siguiendo una tradición previa al constitucionalismo, como si hubiese un modelo de derecho de propiedad. En tal caso, el derecho de propiedad constitucional se subordinaría a una interpretación desde el Código Civil. Ello no solo es un error, sino que olvida que la dimensión constitucional corrige esa lectura privatista” (Considerando 11° de la prevención de los Ministros García y Pozo).

Como bien advierten los previnientes, optar por una u otra interpretación de la propiedad no es inocuo⁴¹, pues sitúa el punto de partida a partir del cual se define el contenido esencial del derecho. Sin embargo, la conclusión a la que llegan no es convincente.

Entendemos que es el objetivo de una constitución el limitar el poder estatal mediante acuerdos amplios para proteger principios y valores jurídicos y sociales fundantes de la convivencia en sociedad. En otras palabras, la jerarquía constitucional de un precepto tiene el preciso objeto de limitar el poder de la autoridad y de cualquiera de los poderes del Estado salvaguardando los derechos fundamentales. Bajo esta óptica, mal podría entenderse que al asegurar la garantía fundamental de propiedad, la intención del constituyente fue delegar íntegramente la definición del contenido de una garantía tan sensible e importante -como lo reconoce nuestra propia historia- al solo arbitrio del legislador.

Para superar este problema hermenéutico es necesario desentrañar el verdadero sentido del precepto objeto de examen, artículo 19 N° 24, inciso segundo de la CPR. Si bien técnicamente esta norma otorga flexibilidad al legislador para tratar las distintas clases de propiedad, las cuales reconoce y ampara, sería errado suponer que dicha flexibilidad habilitara al legislador a establecer limitaciones que vulneren la garantía misma que intenta proteger. Más audaz aun sería suponer que el constituyente no tenía en mente una idea de la garantía que expresa y vastamente se empeñó en proteger, sin mencionar lo contradictorio que resulta suponer que un precepto que tiene por objeto ampliar la protección de la garantía termine por restringirla.⁴²

No nos persuade esa idea. La norma en cuestión tiene como objeto ampliar la esfera protectora de esta garantía, de manera de evitar que en lo sucesivo, producto del desarrollo económico, jurídico, tecnológico y social, ciertos tipos de bienes y derechos quedaran desprovistos de su protección producto de una lectura demasiado rígida del texto constitucional o producto de una

⁴¹ Considerando 13° de la prevención de los Ministros García y Pozo.

⁴² En palabras de don Alejandro Silva Bascañan:

“...cuando se asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies, se lo está haciendo en toda su amplitud, de manera que abarque toda clase de beneficios patrimoniales, reales o personales, muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas (...). O sea, que ninguna de las palabras que se usen en el precepto pueda dar la impresión de que se ha querido restringir su aplicación a las cosas corporales, y especialmente a las cosas corporales inmuebles, porque, entonces, la amplitud y generalidad que se le pretende dar a la norma, y que debe ser de tal naturaleza que, en forma indiscutible, cubra siempre “el derecho de propiedad en todas sus especies”, podría significar un debilitamiento del derecho de propiedad mismo, al no darle uniformemente al concepto toda la amplitud esencial del beneficio patrimonial de cualquier índole que es lo que se desea en definitiva proteger.” (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 166ª, celebrada en jueves 13 de noviembre de 1975).

modificación en las normas del Código Civil que cobijan la noción -tradicional- de propiedad considerada por el Constituyente.⁴³

Si consideramos la noción civilista original de propiedad -sin matices- como una inmutable que confiere a su titular poderes absolutos e ilimitados⁴⁴, entonces claro, no habría duda de que ese no es el modelo de propiedad que tuvo en consideración el constituyente para configurar esta garantía. Esto es obvio, pues nuestra Carta Fundamental admite expresamente limitaciones que deriven de la función social de la propiedad e implícitamente limitaciones que provengan de la -a veces necesaria- ponderación con otros derechos fundamentales de igual entidad.

Sin embargo, si entendemos que el verdadero legado de la visión civilista está constituido no por aquellos aspectos de la propiedad que naturalmente se han visto alterados a través de los años, sino que por aquel núcleo que ha permanecido intacto e inmutable desde el derecho romano hasta nuestros tiempos y que define el contenido mismo de esta garantía, entonces no cabe duda que esta es la tradición inmersa en nuestro texto constitucional. La propia redacción del inciso 3º: *“nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”*, junto con la protección explícita del núcleo esencial de los derechos fundamentales en el artículo 19 N°26, constituyen el reconocimiento mismo de la noción tradicional de propiedad.

El reconocimiento de diversas especies de propiedad -correctamente entendido- es entonces, nada más que una consecuencia de la evolución de la propiedad y de su natural adaptación a las nuevas realidades sociales, económicas y jurídicas. De esta manera, las distintas y nuevas especies de propiedad -dígase intelectual, ambiental, cooperativa, copropiedad o cualquier otra que exista o pueda llegar a existir en el futuro- gozan de la tutela jurídica de esta garantía,

⁴³ Así se extrae claramente de los diálogos de la CENC. A modo de ejemplo citamos las palabras de su Presidente:

“el hecho de que la Constitución asegure hoy día el derecho de propiedad en sus diversas especies, significa, sin duda, que está asegurando también la propiedad de los créditos, de los derechos y de las cosas incorporales, para ser más exacto, porque hay un precepto en el Código Civil que dice que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Pero esta disposición, agrega el señor Presidente, podría desaparecer del Código Civil, y no sería disparatada la interpretación si se dijera que el texto constitucional, al disponer que asegura “la propiedad en sus diversas especies”, está garantizando sólo la propiedad minera, agraria, intelectual, etcétera; esto es, el derecho real de dominio propiamente tal. Entonces, al mantener la frase que el señor Guzmán considera innecesaria, se le da al inciso primero la interpretación que realmente se quiere darle, y que resulta clara, ahora, en virtud de lo que dispone el Código Civil, situación que podría no ser tan nítida si el día de mañana no existiera esa disposición en el Código mencionado.” (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 166ª, celebrada en jueves 13 de noviembre de 1975).

⁴⁴ De la manera en que la entienden los Ministros Pozo y García en su prevención, c. 11°.

que provee de un piso mínimo a partir del cual el legislador puede configurar con flexibilidad las distintas clases de dominio. Ello, en respuesta a las distintas necesidades que surjan conforme a sus propias características y cualidades.

Por lo tanto, el reconocimiento constitucional de las diversas especies de propiedad no obsta a la existencia de un estatuto general, común y supletorio, constituido por la vasta tradición jurídica que configura este derecho y que se encuentra plasmada en las reglas del Código Civil. Así ha sido comprendido en la jurisprudencia de nuestro TC al entender que: *“aunque se asuma que la Constitución admite diferentes estatutos del dominio, ésta no puede desconocer la existencia de una propiedad bajo el estatuto del Código Civil, o lo que es lo mismo, asumir que ésta es irrelevante de cara a la decisión sobre la titularidad del dominio sobre un predio de acuerdo a las normas del estatuto general”*.⁴⁵

De esta manera, el reconocimiento de diversas especies de propiedad no debilita la presencia constitucional de la postura civilista, sino que la refuerza. Consecuentemente, la tesis de la multiplicidad de estatutos pierde aquí uno de sus pilares fundamentales, encontrándose vulnerable a reparos como los que trataremos a continuación.

4.2 La identidad del derecho de propiedad y el contenido esencial de los derechos

El derecho de propiedad tiene una identidad determinada, así como la tiene el derecho de asociación, la libertad de expresión y todos los demás derechos fundamentales. Esa identidad con las garantías necesarias para resguardarla y para asegurar su eficacia práctica es justamente la que diferencia un derecho de cualquier otra creación jurídica que sea rotulada de la misma manera. Una garantía constitucional deja de ser tal si es que su objeto de protección puede verse restringido, alterado o suprimido por el legislador cada vez que éste estime necesario hacerlo, aun si se alega que “existe un pluralismo de fórmulas”⁴⁶ para configurar la propiedad.

Son de la esencia misma del dominio las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa y, como concluía el Tribunal Constitucional alemán respecto al núcleo de la propiedad: “Dentro de éste se encuentran la utilidad privada, así como la adscripción del objeto de la propiedad a un portador de derechos, que fundamenta la iniciativa privada para el uso, como también el derecho fundamental de disponer del bien objeto de la propiedad”⁴⁷.

⁴⁵ Inversiones Tama S.A. con Mariluan y otro (2015) c. 13° del voto de minoría.

⁴⁶ Considerando 37° de la prevención de los Ministros Pozo y García.

⁴⁷ Ídem., y en el mismo sentido: Sentencia de la Segunda Sala de 4 de febrero de 1975, 2 BvL 3/74, en Ídem., p. 281 y Sentencia de la Primera Sala de 7 de julio de 1970, 1 BvL 765/66 en Ídem., p. 291.

En este sentido, afirmaba el mismo tribunal que de afectar una norma uno de los atributos fundamentales del dominio como lo es la posibilidad de que el uso y disposición de la cosa permitan al particular una utilidad económica razonable, entonces “la palabra propiedad ya no sirve de nada”.⁴⁸

Es esa inutilidad práctica, a la que se refería la justicia constitucional alemana, la que preocupa a nuestro constituyente y a otros en el mundo. Por medio de cláusulas que restringen la actividad del legislador y para evitar el establecimiento de normas que entorpezcan su ejercicio o desdibujen la garantía misma a un punto en que está sea irreconocible o inútil, nuestra Constitución, así como otras en el mundo⁴⁹, han definido límites que protegen el contenido esencial de los derechos. En Chile, esta preocupación está claramente consagrada en el artículo 19 N°26 de la Constitución⁵⁰.

A) *Configuración sí, desfiguración no*

Como hemos venido delineando, el primer problema al que se enfrenta la tesis de la prevención en el fallo es que esta parte de una premisa equivocada. No es correcto afirmar que el legislador pueda -para el respectivo caso y en diversa manera y extensión- configurar los atributos del dominio con toda libertad, al mismo tiempo en que satisface plenamente la garantía del artículo 19 N°24 de la Constitución. Puede insistirse en que el “punto de partida es reconocer que la propiedad constitucional tiene características muy disimiles del estatuto de propiedad del Código Civil”⁵¹, pero es irrefutable la garantía de propiedad en la Carta no es un concepto vacío, que pueda delegarse en su esencia misma a la ley. Desconocer o definirla como una esencia abierta -conservando su nombre, propiedad, sería aceptar que cualquier configuración de atributos o facultades, por cuan diversa, restrictiva o creativa sea, bastaría para satisfacer sus requerimientos en la medida en que sea tratada como una especie de propiedad especial.

⁴⁸ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de la Primera Sala de 2 de marzo de 1999, 1 BvL 7/91, en: Schwabe, Jürgen (compilador), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Fundación Konrad Adenauer, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, Colombia, 2003, p. 317

⁴⁹ Así, a modo de ejemplo, el artículo 53 de la Constitución Española establece que: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*”; por su parte, el artículo 19 N° 2 de la Ley Fundamental alemana establece que: “*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*” (el subrayado es nuestro).

⁵⁰ “La seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que la limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

⁵¹ Considerando 37° de la prevención de los Ministros Pozo y García.

Lo anterior no es convincente. Precisamente porque la propiedad tiene una identidad determinada es que existe la propiedad. Si no fuera por ella sería cualquier otra cosa. No es el tratamiento formal que se le da a una garantía el que la define, sino su contenido.⁵²

Naturalmente, el no pueda afectarse por la ley su núcleo fundamental no equivale a afirmar que el legislador no pueda configurar el derecho de propiedad. Por el contrario, este está llamado por el constituyente a establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar gozar y disponer de ella, precisando el contenido de este derecho. Incluso puede la ley regular las diversas especies de propiedad a las que alude el artículo 19 N° 24 la de Carta Fundamental, justamente como lo ha hecho el DL N° 3.500 en el caso del derecho de seguridad social. Pero nada de ello permite que, en su afán de configurar la propiedad, éste termine por desfigurar el derecho tal y como ha sido plasmado y concebido en nuestra tradición jurídica occidental.

La jurisprudencia consistente de la Corte Suprema y del TC ha entendido que la garantía constitucional de la propiedad no puede entenderse sino en virtud y bajo de sus atributos y facultades esenciales. Esa es la lógica que se desprende desde las sentencias pioneras de la Corte Suprema Comunidad Galletué⁵³ y Maullín con Fisco⁵⁴ (Ley de Monumentos Nacionales) y del Tribunal Constitucional en Deuda Subordinada⁵⁵ (12995) y Rentas Vitalicias⁵⁶ (2001), hasta la más reciente Curtidos Bas (2015)⁵⁷. En su tarea de limitar el derecho de propiedad, el legislador jamás puede afectar el derecho en su esencia o en sus atributos esenciales.

Todo exceso en esta tarea configuradora -quebrantando la igualdad ante las cargas públicas, el principio de proporcionalidad o la confianza legítima, por ejemplo- debe ir acompañado de la respectiva indemnización en el tiempo y la forma en que prescribe la Constitución y los tratados internacionales.

⁵² Similar preocupación había advertido el comisionado Pedro Jesús Rodríguez al discutir sobre la esencia de este derecho:

“En principio, se debiera entender por esencia de un derecho todo aquello que le es consustancial, de tal manera que faltando deja de ser tal o se confunde con otro derecho. Esto es una perogrullada, pero vale la pena recordarla, porque aquí se ha dicho que la esencia del derecho de propiedad sería el modo de adquirirla y las facultades de usar, gozar y disponer de ella, todo lo cual comparte, pero con un pequeño agregado, que es el siguiente: que la propiedad también tiene algunos atributos que son la exclusividad y la perpetuidad” (el subrayado es nuestro). (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 150ª, celebrada en jueves 4 de septiembre de 1975).

⁵³ *Comunidad Galletué con Fisco de Chile* (1984) considerando 11°.

⁵⁴ *Maullín con Fisco* (2002).

⁵⁵ STC rol N° 209, de 11 de abril de 1995.

⁵⁶ STC rol N° 334, de 21 de agosto de 2001.

⁵⁷ STC rol N° 2684-14, de 10 de septiembre de 2015.

O como alternativa, la nueva regulación debe regir hacia el futuro, entendida como creadora de un nuevo estatuto del derecho, distinto del preexistente y actualmente constituido.

B) Aplicación del razonamiento a otros derechos constitucionales

El mismo ejercicio de potencial desfiguración esencial de la propiedad -por vía de los distintos estatutos- podría predicarse respecto de otros derechos civiles clásicos. Este es exactamente el tipo de actividad legislativa que el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Máxima proscribió.

Piénsese por ejemplo en la garantía del artículo 19 N°13 del Código Básico “, el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”. Salvo riesgo objetivo de violencia calificado por el constituyente -porte de armas- dos o más personas podrán reunirse autorización previa. Justamente la inexistencia de un permiso estatal previo que habilite la congregación es parte de la esencia misma de este derecho, de su núcleo e identidad.

Entonces, pensemos en un caso hipotético, extremo. Un legislador que, invocando su amplia autonomía para configurar el derecho de reunión, dispusiese que las reuniones deberán llevarse a cabo en dependencias estatales. Aún sin permiso previo, tal cosa sería la muerte del derecho de reunión en su esencia constitucional. Se trataría de un derecho diverso, ya no de reunión, con ablación de la reunión como derecho político angular de un estrado democrático.⁵⁸

4.3 El problema de las transiciones en el tiempo en cuanto a la implementación de los diversos estatutos

La segunda dificultad que enfrenta la tesis de los distintos estatutos se conecta con el factor temporal. Como ha reconocido la doctrina, el problema de la implementación de nuevas legislaciones muchas veces no se hace ilícito en su contenido abstracto, sino en su tránsito desde regímenes distintos⁵⁹.

⁵⁸ Similar ejercicio hacía el comisionado Díez en los debates de la CENC respecto a la afectación del núcleo fundamental de los derechos por parte del legislador. Así expresaba que “apoya la tesis de la Subcomisión en el sentido de que el respeto a la esencia del derecho sea de carácter general. Por ejemplo, prosigue, la ley dispondrá la forma de adquirir la propiedad. Al suponer que la ley disponga que la propiedad sólo podrá ser adquirida por uso ininterrumpido durante cincuenta años está poniendo una forma de adquirir la propiedad que la hace ilusoria y que la destruye. Lo mismo ocurre si la ley dispone que la propiedad sólo se podrá usar previa autorización pedida anualmente a la autoridad administrativa correspondiente.” (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente Sesión 150ª, celebrada en jueves 4 de septiembre de 1975).

⁵⁹ Doremus (2003) p. 3.

El progreso y la capacidad de adaptarse a nuevas necesidades es necesaria y positiva y muchas veces es deseada por la sociedad. Este aspecto de flexibilidad es irrefutablemente el atractivo de la prevención en el fallo *Retiro de Fondos* que comentamos. Sin embargo, los cambios suelen ser económicamente gravosos⁶⁰ y usualmente las leyes atribuyen a unos pocos destinatarios el peso de la enmienda legislativa; así, un grupo que accidental o arbitrariamente debe sobrellevar los costos de un cambio que cede en beneficio de la comunidad completa.

El factor temporal, determinante para evaluar la arbitrariedad de una nueva regulación.

No todo cambio en las reglas del juego supone una complicación desde el punto de vista jurídico y constitucional, pues existen vías constitucionales que permiten a la autoridad compensar o resguardar los intereses de los desfavorecidos. Hemos comentado que la teoría de la *Expropiación Regulatoria* se ha creado para la solución de conflictos de esta naturaleza⁶¹ y provee de diversos criterios en base a los cuales juzgar si una regulación “va demasiado lejos”, generando en los hechos los mismos efectos que la privación misma del derecho.⁶² Un test de constitucionalidad en base a estos criterios sirve para distinguir si nos encontramos frente a un despojo real, aún no declarado, de la propiedad, y no frente a su mera limitación⁶³

Continúa siendo oportuno rescatar la doctrina de Doremus quién, con acertado juicio, sistematizó criterios para la determinación de regulaciones expropiatorias, aplicables en el contexto de transición de una regulación normativa a otra. Advirtiendo que la mayoría de los conflictos y reclamaciones sobre la materia se producen en estas circunstancias, para superar el test de constitucionalidad propone los siguientes elementos de análisis: a) La justificación para el cambio en las reglas; b) previsibilidad y capacidad de adaptación al

⁶⁰ Doremus (2003) p. 3.

⁶¹ Fermandois (2014) y Fermandois (2016).

⁶² La doctrina de la expropiación regulatoria encuentra sus orígenes en el fallo *Pennsylvania Coal v. Mahon*, emitido por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1922. En dicha oportunidad, el máximo Tribunal Norteamericano, presidido por Joseph Holmes, debió pronunciarse sobre una ley del estado de Pennsylvania (el Kohler Act) que prohibió la realización de extracciones de carbón. El fallo es relevante, pues dando aplicación a la V y XIV Enmienda de la Carta Norteamericana, y bajo la nomenclatura de “regulatory taking”, introdujo la doctrina de la expropiación regulatoria, en los siguientes términos:

“La regla general al menos es que, mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación”. Agregó además que: “Pero obviamente las limitaciones deben tener sus límites... Un hecho a considerar para determinar esos límites es la extensión de la disminución. Cuando llega a cierta magnitud, en la mayoría si no en todos los casos debe haber un ejercicio del dominio eminente y una compensación para sostener el acto”.

⁶³ Los trabajos de Choper (2001), pp. 286-324, Doremus (2003) y Delaveau (2006) tratan varios de los elementos críticos de esta teoría.

cambio; c) La sorpresividad o brusquedad del cambio versus la adaptabilidad del resguardo; y d) La generalidad del cambio.⁶⁴ No es el objeto de este trabajo profundizar en el desarrollo de esta teoría, por lo que no nos referiremos a los criterios de la justificación y generalidad del cambio. A los restantes criterios si nos referiremos someramente ya que son especialmente pertinentes y resultan útiles para evaluar los efectos de la aplicación de la teoría de los distintos estatutos de la propiedad.

De la previsibilidad y de la capacidad de adaptarse a estos nuevos estatutos deriva en gran medida la magnitud y arbitrariedad de los perjuicios que cargan los destinatarios de un cambio de régimen legislativo. El criterio, originalmente aplicado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el fallo *Penn Central* (1978)⁶⁵, es usado para diferenciar entre aquellas expectativas que merecen de las que no merecen de protección, pues permite determinar si al tiempo de la inversión “*el propietario podría haber predicho el futuro conflicto regulatorio, o si la regulación impugnada da suficiente oportunidad para responder*”⁶⁶.

Sobre ello, explica Doremus que “*las nuevas regulaciones que revierten autorizaciones o actividades previas y explícitas, deben ser controladas con mucho mayor estrictez que aquellas que simplemente llenan vacíos en la regulación actual*”⁶⁷. Lo anterior es relevante si lo relacionamos con la regulación de estatutos de propiedad que alteren los derechos ya constituidos bajo estatutos previos.

El tiempo de implementación de la nueva regulación de la propiedad y de sus artículos transitorios -si los hubiere- están directamente relacionados con la reducción de los costos que ella genera en los afectados. En este sentido, el criterio de la sorpresividad tiene por objeto verificar que “*las entidades reguladas tengan oportunidades de ajustar sus expectativas y planes*”⁶⁸. Así, el régimen de transición es el factor clave para la amortiguación del efecto gravoso de una nueva ley, de manera que “*mientras más tiempo transcurre entre la dictación de una nueva regulación y el intento de incursionar en*

⁶⁴ Doremus (2003) pp. 31-45.

⁶⁵ En este caso, la Corte Suprema norteamericana rechazó en votación estrecha un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la compañía Penn Central, dueña de la gran estación ferroviaria en la ciudad de Nueva York, en contra de una decisión municipal que negó el permiso de construcción de un edificio sobre el histórico inmueble. Lo relevante del fallo para la teoría es la incorporación de nuevos criterios en base a los cuales juzgar la existencia de una expropiación regulatoria: el costo económico y las expectativas de retorno de inversión para el dueño.

⁶⁶ Doremus (2003) p. 33.

⁶⁷ Doremus (2003) p. 34.

⁶⁸ Doremus (2003) p. 37.

*la conducta prohibida (por aquella), las entidades reguladas tendrán mayores oportunidades de ajustar sus expectativas y planes en orden a responder al nuevo régimen regulatorio*⁶⁹.

El eventual problema de transición de la teoría de los diversos estatutos.

Volviendo al fallo de retiro de fondo, nuestro recelo a la prevención de los ministros García y Pozo se sintetiza en lo siguiente: si la teoría de la propiedad con sus diversos estatutos tiene por objeto conferir desde la Constitución mayor flexibilidad al legislador, permitiéndole innovar mediante la elaboración de distintos derechos, sean propiamente de propiedad u bien otros diversos, pero ellos rigen íntegramente hacia el futuro, sin *sorpresividad* y sin dañar la legítima *previsibilidad*, entonces sería difícil levantar una objeción constitucional de fondo. Esa nueva creación sería constitucionalmente admisible si las personas conservaran su opción, su libertad de acceder o no a tal estatuto. Mas, si el cambio normativo trastocara la propiedad existente respecto de un titular actual, es decir, respecto de alguien que ya adquirió ese derecho bajo el imperio de determinadas reglas, pagando, contratando y confiando en la estabilidad de ese estatuto, el asunto es distinto. Si en ese ejercicio de enmienda el legislador alterara ese derecho, lo restringiera o redujere severamente el ámbito de potestades del cual gozaba ese titular del derecho, entonces tenemos una infracción de la esencia del derecho de propiedad.

Para subsanar esos obstáculos existen dos remedios. El primero y más obvio es que el legislador puede indemnizar los perjuicios provenientes de la implementación de una regulación sobreviniente, haciéndose responsable de los costos que conlleva para unos pocos la implementación de políticas públicas que tienen como objeto el beneficio de la comunidad. Una segunda vía -menos onerosa- es aquella que venimos anunciando, junto con la creación de estos nuevos derechos, el legislador puede incorporar un riguroso estatuto transitorio que resguardare los derechos previamente existentes. De esta manera evita que la ley sobreviniente sacrifique arbitrariamente las expectativas y derechos de unos pocos que no pudieron prever un cambio en los estatutos.

En síntesis, si la tesis de la multiplicidad de estatutos se invoca para reducir y deteriorar las propiedades ya creadas, no indemnizarlas ni compensarlas en el tiempo y forma en que dispone el artículo 19 N° 24 de la Constitución y los tratados internacionales (indemnización previa y justa), vulnerando la igualdad

⁶⁹ Doremus (2003) p. 36.

ante las cargas públicas⁷⁰, pero generando sin embargo beneficios en favor de toda la comunidad, no resulta constitucionalmente tolerable este resultado, ni en la actual, ni en la futura Constitución.

5. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de mayo de 2020 en causa rol N° 7442-2019, conocida como “Retiro de Fondos” es la primera en que se juzga la constitucionalidad de preceptos centrales del DL N° 3.500, de 1981, sobre pensiones. La gestión pendiente en la que incide el fallo en cuestión versa sobre una acción de protección presentada por una profesora jubilada que acudía a la Corte para que ésta ordenara a la AFP recurrida la devolución de la totalidad de sus ahorros previsionales, los que destinaría al pago de una deuda hipotecaria con el objeto de evitar la pérdida del inmueble en el cual vivía. Mediante un auto motivado, la Segunda Sala de Corte de Apelaciones de Antofagasta dedujo un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a fin de que se declaren inaplicables los artículos 23, 34 y 51 del Decreto Ley N° 3.500. El requerimiento buscaba terminar -para la gestión pendiente- con las limitaciones al destino de los fondos previsionales así definidos por el DL N° 3.500 que, como se sabe, establece que tales fondos sólo podrán ser destinados a cubrir las necesidades derivadas de la vejez, invalidez o sobrevivencia de los trabajadores tratadas en esa ley⁷¹. Argumenta la Corte que la norma en cuestión contraviene la garantía constitucional del artículo 19 N° 24 en tanto la regularización de la cuenta de capitalización individual que tiene el trabajador no cumple una función social, razón por la cual las limitaciones que se le imponen a la propiedad de los cotizantes son inconstitucionales. Además, haciéndose en su presentación el supuesto que el sistema de capitalización individual es “*un sistema económico regido por el mercado sin la voluntad del trabajador ni menos su intervención, al punto que su capitalización no puede utilizarla en su propio beneficio para salir de una insolvencia sobreviniente*”, la requirente, para sorpresa de los estándares usuales de la Corte y con una cierta ausencia de moderación, acusaba al sistema de seguridad social de vulnerar la garantía del artículo 19 N° 18 al no asegurar pensiones dignas.⁷²

⁷⁰ Es justamente esa la lógica que se desprende del caso Turno de Abogados, *Sergio Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno* (2008).

⁷¹ Así, por ejemplo, el artículo 34 inc. 1° del DL N°3.500 dispone que “*Los bienes y derechos que componen el patrimonio de los Fondos de Pensiones (...) estarán destinados sólo a generar prestaciones de acuerdo a las disposiciones de la presente ley.*” Por su parte, el artículo 51 establece en su inc. 1° que “*Las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia establecidas en el Título II, se financiarán con el saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado y con la garantía estatal a que se refiere el Título VII, cuando corresponda.*”.

⁷² Vistos Tercero del requerimiento.

El TC en sentencia inusualmente unánime, rechazó la inaplicabilidad respaldando la plena constitucionalidad de los preceptos legales impugnados por cuanto genéricamente la Constitución admite diversas clases de propiedad a partir de las cuales derivan ciertas limitaciones, y en su artículo 19 N°18 se autoriza al legislador a establecer cotizaciones obligatorias. Sirviendo coherentemente la autorización del constituyente, las limitaciones a la propiedad establecidas en el DL N° 3.500 no son más que la legítima herramienta con la cual la Carta Fundamental ha provisto al legislador para que el ahorro forzado, impuesto por sobre la voluntad del trabajador, cumpla con los fines constitucionales de seguridad social que le son inherentes.

No obstante lo acertado del fallo unánime, resulta interesante, pero no persuasiva y hasta preocupante la prevención de dos Ministros que, sin perjuicio de sumarse al voto de mayoría, desarrollan con ocasión del caso una lata teoría sobre el derecho de propiedad, que llamaremos de la “*multiplicidad de estatutos del dominio*”. Según ella, la Constitución admitiría que este derecho pueda ser configurado ampliamente por la ley en distintos estatutos legales y no en un único estatuto proveniente del derecho civil. Esta idea se enfrenta a dos problemas que hemos expuesto en el trabajo. El primero consiste en el riesgo a que somete a la identidad misma de la propiedad y la autoridad de que dispondría el legislador para desfigurarla y transformarlo en otro derecho. El segundo y más importante reparo es el referido a las transiciones cronológicas entre un estatuto inicial y un estatuto posterior. Aquí, el punto es salvaguardar la indemnizabilidad del sacrificio de potestades del derecho de propiedad ya constituido cuando sobrevinientemente el legislador reduce severamente sus capacidades, con infracción de la igualdad ante las cargas públicas, de la proporcionalidad, etc. La tesis de los distintos estatutos podría ser preliminar y constitucionalmente aceptable si en las transiciones de un régimen a otro no se incurre por el legislador en deterioro esencial del derecho ya constituido de conformidad al régimen anterior. Sospechamos, por cierto, que la tesis aún de los distintos estatutos de la propiedad podría ser invocada precisamente para lo contrario: para proveer de un instrumento dogmático que permita al legislador imponer cargas o limitaciones sobrevinientes altamente gravosas o incluso para arrebatar la propiedad misma previamente constituida sin la adecuada indemnización a su titular, prevista por la actual Carta y por tratados internacionales. Bajo esa interpretación, la tesis de la prevención no resulta compatible con el debido respeto a los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- A.J.C. CON A.F.P. HABITAT S.A. (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 26.640-2018 (protección), de 17 de mayo de 2018.
- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Tomo V, disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3765/2/Tomo_V_Comision_Ortuzar.pdf. Fecha de consulta: 25 de mayo de 2021.
- ALEMANIA, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (27/05/1949).
- BELLO, Andrés (1885) “Obras Completas”, Tomo IX, (Santiago, 1885).
- BRAHM GARCÍA, Enrique (1994) “El concepto de propiedad en la ley N°15020 sobre reforma agraria” en Revista Chilena de Derecho, Vol 21, N°1
- BRAHM GARCÍA, Enrique (2012) “Algunos aspectos del proceso de socialización del derecho de propiedad en Chile durante el gobierno del general Carlos Ibañez del Campo (1927–1931)” en Rechtsgeschichte Legal History, N°20
- CHILE, Constitución Política de la República (22/09/2005), Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.
- CHILE, Decreto Ley N° 3.500 (04/11/1980), Establece nuevo sistema de pensiones.
- CHILE, Decreto Ley N° 601 (16/10/1925-16/04/1928), Regula la propiedad austral.
- CHILE, Ley N° 18.156 (25-08-1982), Establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y deroga la ley N° 9.705.
- CHOPER, Jesse et. Al. (2001) “Constitutional Law” (St. Paul, Minn., West Group).
- COMUNIDAD GALLETUÉ CON FISCO DE CHILE (1984): Corte Suprema, de 7 de agosto de 1984, Rol N° 16.743-1983 (casación en el fondo) Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXI (1984), II, 5°, 181-189.
- CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ S.A. CON MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTRO (2014): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2299-12, de 29 de enero de 2014.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2008) “De la propiedad a las propiedades la evolución de la concepción liberal de la propiedad” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXI.
- CORDERO VEGA, Luis (2018): “Prólogo”, en Miriam Henríquez y Enrique Rajejic (coordinadores), Derecho de Propiedad. Enfoques de Derecho Público, (Santiago, Ediciones DER y Universidad Alberto Hurtado).
- CRISTI, Renato. El Mercurio, (31/03/21). Disponible en: <https://digital.elmercurio.com/2021/03/31/A/GM3UJQCF#zoom=page-width>.

- CURTIDOS BAS S.A. CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE SAN JOAQUÍN (2015): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2684-14, de 10 de septiembre de 2015.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006) “La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 3.
- DOREMUS, Holly (2003) “Taking and Transitions”, Florida State University Journal of Land Use and Environmental Law, N° 19. [Disponible en: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1275&context=jluel>]. (Traducciones del autor).
- ESPAÑA, Constitución Española (29/12/1978).
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2014) “Derecho Constitucional Económico. Regulación, Tributos y Propiedad”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, ed. revisada.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2016) “Curtidos Bas y expropiación regulatoria: elevando el estándar constitucional para cargas gravosas a la propiedad”, en Anuario de Doctrina y Jurisprudencia Sentencias Destacadas 2015: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas (Santiago, Chile, Ediciones Libertad y Desarrollo), pp. 263-291.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, El Mercurio (04/04/21). Disponible en: <https://digital.elmercurio.com/2021/04/04/A/KQ3UJS7N#zoom=page-width>.
- FRANCIA, Código Civil (1804).
- FRANCIA, Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).
- GONZÁLEZ CON A.F.P. MODELO S.A. (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 45.975-2019 (protección), de 22 de julio de 2019.
- INVERSIONES TAMA S.A. CON MARILUAN Y OTRO (2015): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2552-13 (inaplicabilidad), de 24 de diciembre de 2015.
- MAULLÍN CON FISCO (2002): Corte Suprema, de 18 de junio de 2002, Rol N° 4.309-2002 (inaplicabilidad).
- MOLINERA DEL NORTE CON I. MUNICIPALIDAD DE ANTOFAGASTA (2015): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2643-14, de 27 de enero de 2015.
- OJEDA CON AFP CUPRUM S.A. (2019): Corte de Apelaciones de Antofagasta, Segunda Sala, Rol 2797-2019 (protección), auto motivado de fecha 17 de septiembre de 2019.
- PENN CENTRAL STATION V. NEW YORK (1978): Corte Suprema de Estados Unidos de 26 de junio de 1978.
- PENNSYLVANIA COAL CO. V. MAHON (1922): Corte Suprema de Estados Unidos de 12 de diciembre de 1922.

- PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE (2014): “Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil” (trad. Adela Mora, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid). Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/19797>
- PORTUARIA CABO FROWARD S.A. CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO REGIÓN DEL Bío Bío (2016): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2912-15, de 27 de diciembre de 2016.
- QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio (2011): “El derecho de propiedad privada en la Constitución chilena: Un intento de sistematización”, [Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/111623>].
- R.P.M.O CON PROVIDA A.F.P. (2011): Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 13-2011 (protección), de 11 de abril de 2011.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta respecto del “Decreto Ley 3.500 especialmente sus artículos 23, 34 y 51”, en los autos caratulados “Ojeda con AFP Cuprum S.A.”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Antofagasta, por recurso de protección, bajo el Rol 2797-2019 (Protección) (2020): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 7442-2019, de 14 de mayo de 2020.
- Requerimiento de un grupo de Diputados respecto del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada (1995): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 207-95, de 10 de febrero de 1995.
- Requerimiento presentado por un grupo de Senadores respecto del proyecto de ley que modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (2001): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 334-01, de 21 de agosto de 2001.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2018): “La propiedad en Chile y sus dilemas”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 51: pp. 202-215.
- SAVIGNY, Friedrich Karl (1878): “Sistemas del Derecho Romano Actual” (trad. M. CH. Guenoux, Madrid, F. Góngora), Tomo I.
- SERGIO TOLOZA RODRÍGUEZ CON JUEZ DE FAMILIA DE OSORNO (2008): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 755-07, de 31 de marzo de 2008.
- SORIA CON CONTRERAS (2019): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 5962-19 (inaplicabilidad), de 10 de diciembre de 2019.
- SOTO VELASCO, Sebastián y Muñoz Massouh, Ana María (2019) “El derecho de propiedad: debates en Chile a propósito de la experiencia alemana”, Derecho Público Iberoamericano, N° 15 pp. 153-173.
- VILLEY, Michel (1975) “Notas sobre el concepto de propiedad”, Revista de Derecho Público 35-36 (Santiago, 1984), pp. 67-81.