

Nºs 235-236
Año LXXXII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2014
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO COMPARADO

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. PROPÓSITO

El siguiente texto tiene por objetivo ofrecer un panorama crítico de la regulación constitucional de la propiedad, derivado del examen comparado de un grupo de Constituciones y Tratados Internacionales.

Conviene estar consciente de que las explicaciones que yacen tras esos preceptos proceden directamente de la realidad social, cultural, económica y político-ideológica de las diversas sociedades regidas por ellas (por lo menos existentes a la precisa época de ser dictadas, porque con el tiempo, y a veces poco, van provocándose desajustes); incluso algunas –nada extraño en una carta constitucional– constituyen el resultado inmediato de una convulsión y hasta tragedia de la Nación respectiva, que se delata en algunas de sus preocupaciones. Ciertamente, para desentrañar esas explicaciones profundas se requiere de investigaciones especialmente dedicadas (indispensablemente interdisciplinarias), por lo que las presentes apreciaciones sólo pueden constituir una guía o un inicial aporte y, más aún, tan sólo en la zona de la dogmática. En todo caso, atadas ellas a un conocimiento histórico mediano, ya permiten extraer algunas elementales conclusiones, aunque sean provisionales.

En el mismo sentido, debe también asumirse que la perfección técnica, la claridad sistemática y la profusión de proclamas protectoras (en el ámbito de la propiedad, como en cualquier otro) no constituyen garantías seguras, porque es decisivo el estado real de la Nación destinataria; pero

suponiendo que en la vigencia efectiva todo elemento influye, la calidad normativa también merece ser evaluada.

2. TEXTOS CONSIDERADOS

Para estos efectos han sido consideradas las Constituciones de América y Europa Occidental, por ser las de nuestro entorno: histórico, geográfico, cultural; y han sido añadidos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en los que se incorporan estipulaciones sobre la propiedad.

3. PROPIEDAD Y PROPIEDAD PRIVADA

El carácter “privado” de la propiedad ha provocado controversia, que conviene precisar al tiempo de examinar y contrastar los textos constitucionales. Desde luego, podemos entender por propiedad “privada” aquella en la que el titular del máximo poder sobre la cosa es un particular, persona natural o jurídica (soportando a la copropiedad como situación excepcional y transitoria).

Pues bien, suele estimarse que no hay más “propiedad” que la privada; con tal actitud en un texto normativo basta referirse a la propiedad. Pero, en cambio, se ha propuesto que también es propiedad aquella en que el titular de ese máximo poder es un grupo (adoptando diversas modalidades, a veces importantes, y diversas denominaciones según factores asociados: propiedad cooperativa, comunitaria, grupal, social) y, aun, aquella en que el titular es la Nación toda o el Estado (que, asimismo, adopta diversas estructuras y denominaciones y diferentes estatutos: pública, colectiva, estatal, etc.)¹.

Teniendo presente esas discrepancias, la infaltable presencia normativa propietaria en las Constituciones (que ya revela la importancia que se le asigna) frecuentemente no va acompañada de pulcritud terminológica.

¹ Sólo como un ejemplo de la naturalidad con que es considerada propiedad la de titularidad colectiva, puede ser mencionado el estudio de Bon, Pierre: “El Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad”. En Varios Autores: *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad*. Edit. Tecnos. Madrid, 1995, p. 175 y sgts., especialmente p. 187 y sgts.

Con evidente comprensión de que se formula referencia a la privada, habitualmente es designada simplemente propiedad; podemos entender que a veces la sinonimia es debida a la convicción de que no hay más propiedad que la privada, pero en muchos textos parece claro que se trata de una ligereza en el uso del lenguaje. Por eso son destacables los textos constitucionales que añaden el calificativo (propiedad privada); generalmente se trata de constituyentes que admiten como propiedad a esas otras titularidades ya mencionadas (por ej. Alemania, art. 15; Suiza, art. 26; España, art. 33; Italia, art. 42). Más aún, adoptando una actitud casi pedagógica, hay Constituciones que llegan a formular expresamente la distinción de tres áreas de propiedad, sentando en esos términos (claros, por muy polémica que sea la decisión) las bases de la economía de la Nación respectiva (por ej. Alemania, art. 15; Italia, art. 42 y 43; en términos nítidos Portugal, art. 80; Ecuador, art. 321; Cuba, art. 15 y sgts.).

A este propósito debe también aludirse a la decisión de constituir un dominio eminente, a veces impreciso (como Honduras, art. 104), otras restringido (como Chile, respecto de yacimientos mineros, art. 19 N° 24). Y deben ser especialmente mencionadas las posturas extremas de la Constitución de México, que declara que la propiedad de (todas) las tierras y las aguas comprendidas dentro del territorio nacional pertenece originariamente a la Nación, la cual puede transmitir las a los particulares, constituyendo la propiedad privada (art. 27); y de Cuba, para los recursos naturales y medios de producción (art. 15 y sgts.). Por cierto, la normativa mexicana está (sólo) emparentada con aquella visión cosmogónica de que la tierra no puede ser objeto de propiedad, porque constituye el planeta, que no dominamos sino nos acoge.

4. PRESENCIA GENERALIZADA Y VARIEDAD

Como es de suponer, todas las Constituciones disponen algunas bases para la regulación legal de la propiedad. Pero (como también es de suponer) es perceptible una gran variedad en los contenidos y en la especificidad de la normativa. Algunas son detalladas y (por lo mismo) extensas, y otras escuetas (casi hasta la vaguedad). Algunas optan por reglas con orientación concreta y otras más abstractas (como las que llegan a proclamar a la propiedad privada como perteneciente a la naturaleza humana; por ej. la de Irlanda, en su art. 43; la de Guatemala, en su art. 39).

5. RASGOS COMUNES

Prescindiendo de los métodos, en los contenidos normativos no es fácil encontrar criterios que permitan configurar rasgos comunes o la percepción de grupos. Ni siquiera se percibe claramente (en los textos) una importante diferencia por continentes (al menos entre Europa y Latinoamérica, por mucho que entre ellos exista una importante diferencia de desarrollo económico). Por cierto, hay una distinta, cuya separación está afincada en la estructura básica de la organización política y económica: la de Cuba).

También puede añadirse que, asimismo por explicaciones de las diferentes realidades, en el conjunto latinoamericano se aprecia una preferente atención a la regulación de los regímenes de tenencia de la tierra y la proclama de la reforma agraria, casi ausente en las de los países europeos (allí la Constitución de Portugal es una excepción, contenida en los art. 93 y sgts.).

Pero hay algunas constantes:

a. No es definida; ni siquiera se intenta un concepto genérico comprensivo.

b. No es consignado integralmente el contenido, sea mediante descripción de caracteres tipificantes o enumeración de atributos o facultades que se consideren esenciales.

c. Hay dos capítulos que pueden ser calificados de recurrentes; en este orden, la expropiación y la función social (sobre los que se volverá pronto), aunque es muy variable el grado de minuciosidad con que son abordados.

6. EL CONTENIDO DEL DERECHO

Considerando la importancia de la propiedad, es sorprendente que en la generalidad de las Constituciones no se regule el contenido del derecho; no es descrito ni siquiera en sus elementos esenciales; y algunas sólo se ocupan de regular la privación expropiatoria, y no con mucho detenimiento (la Constitución chilena es de las más substanciosas; declara que recae sobre bienes corporales e incorporeales, distingue entre el derecho y el objeto sobre el que recae, y alude a lo que la tradición jurídica estima atributos esenciales; es insuficiente, pero destaca ante la generalizada ausencia).

Ante esa escasez es el respectivo código civil el cuerpo normativo al que resta por acudir, el cual habitualmente se ha dedicado a describir el contenido, o a designar sus atributos esenciales o, al menos, a conferir un concepto en base a ellos; y, en estos mismos términos, ha de ser considerado el resto del respectivo ordenamiento jurídico que, con normas de igual rango, puede exhibir reglas propietarias atinentes; en fin, el grado de flexibilidad de los textos legales determinará la contribución proveniente de otras fuentes. Conviene tener en cuenta que los códigos civiles son cuerpos estables, a veces más longevos de lo conveniente, que en este ámbito (como en otros) pueden ir quedando superados por el resto de la legislación (tanto del Derecho Privado descodificado como integrante de otras zonas normativas) y por la realidad social, en incesante evolución. Entonces, hay que proceder a la composición del contenido, de general validez, que será la resultante de una actitud integradora. Y puede añadirse algo más: si bien las Constituciones no la definen ni describen el contenido, suelen disponer algunos elementos; pues bien, como la labor constitutiva ha de respetar la jerarquía normativa, aquí puede ser evocada la constatación de que en ciertas latitudes simplemente se llega a postular que el único concepto de propiedad (admisible) es el que (se estima) emana de la Constitución. Así, el tema está enlazado con la interpretación constitucional.

Por cierto, la descripción del contenido cobra destacada importancia para resolver los frecuentes conflictos que en los diversos ordenamientos se van promoviendo entre particulares y la autoridad por las intervenciones que ella emprende en el dominio privado con base en la legislación. Como es sabido, por influencia de diversos componentes, normativos y doctrinarios, en esas controversias ya está bastante generalizada la búsqueda del denominado “contenido esencial”², indagación que está determinada porque o los textos aluden a ese contenido esencial (o al derecho en su “esencia”) para ordenar su protección, o –ante la falta de instructivo constitucional– la doctrina postula que ése ha de ser el residuo,

² Es igualmente sabido que esa búsqueda del contenido esencial es emprendida en los derechos fundamentales (y persiste la discusión de que la propiedad lo sea; por ej. es negado que lo sea en la Constitución española, en la que sí sería un derecho constitucional, para lo cual v. Leguina, Jesús: “El Régimen Constitucional de la Propiedad Privada”. En *Rev. de Derecho de la Univ. Católica de Valparaíso*. XIX. Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado. Valparaíso, 1998, p. 423 y sgts.

o contenido mínimo, que debe quedar blindado³.

Estimamos que, tratándose de la propiedad privada, el enunciado del contenido podría formularse por su núcleo: la plenitud del poder sobre la cosa, más la exclusividad (sin exclusividad no hay propiedad privada); por cierto, este último carácter con la recepción de a lo menos tres restricciones secularmente bien tipificadas: el uso inocuo, el ingreso coactivo y el principio del mal menor, que atenúan el egoísmo, siempre asociado a la propiedad privada como vecino indeseable. Pero es el interés colectivo (la función social, que es la expresión que por doquier ha hecho fortuna) el elemento que, con su aptitud de penetración masiva, viene a completar la vigencia efectiva de la institución (en su interior o desde fuera provoca un debate que aquí pronto volverá a ser convocado).

Conviene agregar que una mención de atributos esenciales en el concepto (tradicionalmente expresados: uso, goce y disposición), es una

³ En la doctrina nacional hay contribuciones a este respecto. V., por ej. Aldunate, Eduardo y Fuentes, Jessica: "El Concepto de Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto". En *Rev. de Derecho de la Univ. Católica de Valparaíso*. XVIII. Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público. Valparaíso, 1997, pp. 195 y sgts.; Peñailillo, Daniel: "Sobre la Indemnización por Privaciones Parciales del Derecho de Dominio". En Libro-Homenaje al Prof. Alejandro Guzmán Brito (en prensa).

En el intento de concretar el significado del contenido esencial, estimamos conveniente recoger la noción propuesta por el Prof. Díez-Picazo, quien toma base metodológica en una sentencia del Tribunal Constitucional español (de 8 de abril de 1981). Acude a dos criterios: uno dogmático (la parte del contenido del derecho en que se encuentra su reconocibilidad como perteneciente a un determinado tipo) y otro de jurisprudencia de intereses (la parte del contenido que es necesaria para que el derecho cumpla las finalidades e intereses a los que debe servir y de los cuales es instrumento). Dogmáticamente, el derecho de dominio es reconocible si en él se conjugan los clásicos atributos de uso, goce y disposición; conforme a la jurisprudencia de intereses, el dominio sirve a la dignidad y libertad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, y también al reconocimiento de los sujetos jurídicos como sujetos de iniciativa y gestión económica (insertos en un proceso de economía de libre mercado, agrega, en una referencia que parece más contingente) (Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Edit. Civitas. Madrid, 1995, T. III, pp. 50 y sgts., especialmente p. 52). Esa reconocibilidad –conviene agregar– se explica por el derecho subjetivo conceptualmente preexistente.

También se ha propuesto que el contenido esencial está integrado, precisamente, por la exclusividad, la disposición y el absolutismo (como vocación, restringido por las leyes y reglamentos y con especial dirección a la oponibilidad) (Zenati, Frédéric: "Pour une Rénovation de la Théorie de la Propriété". En *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2. París, 1993, pp. 313 y sgts.). V. también diversos estudios en Varios Autores: "Propiedad, Expropiación y Responsabilidad" cit. Para el *Common Law* puede verse Epstein, Richard: "Takings". *Private Property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press. Cambridge, Mass. 1985, especialmente pp. 57 y sgts., con ilustrativos casos líderes, como "Pennsylvania Coal Co. v. Mahon" y "Penn Central Transportation Co. v. City of New York". También Sax, Joseph L.: "Property Rights and the Economy of Nature: Understanding Lucas v. South Carolina Coastal Council". En *Stanford Law Review*. Vol. 45, N° 5, mayo, 1993, p. 1442.

decisión consecuencial; depende de la concepción –analítica o sintética– que del dominio se adopte. Esta controversia es eminentemente técnica, con repercusiones en diversos capítulos de la regulación de la propiedad (como en la constitución de los derechos reales limitados) y, por tanto, no parece digna de ser abordada en la Constitución (de hecho no lo es); así, cualquier fórmula a ese respecto sería aceptable, y podría elaborarse un concepto constitucional prescindiendo de esa referencia.

Con o sin mención de atributos, estimamos conveniente añadir tres caracteres que habitualmente no son mencionados en las Constituciones; y ni siquiera lo son siempre en los códigos civiles:

a. La persecutoriedad (emergente de su carácter de derecho real y que merece ser considerado esencial), que permite obtener la restitución del objeto dominado de manos de quien se encuentre. Y estimamos que debe superar el rígido marco que suele presentar la acción reivindicatoria, la cual a veces –como ocurre entre nosotros– es definida teniendo como sujeto pasivo solamente al poseedor, dejando lamentablemente exentos del destino de la acción a quienes no tienen ese calificativo: los simples detentadores. Al menos en el Derecho chileno, ellos suelen evadirse por esa explicación técnica; para defenderse de la acción real, con ostentación conceptualista aducen que sólo son meros tenedores, resultando airoso con frecuencia, ante el desconcierto y decepción del propietario que, sobre todo con la minuciosa regulación expropiatoria, se siente bien protegido de las intervenciones de la autoridad pero no de los disturbios provenientes de otros particulares.

b. La administración (o explotación) directa por el titular (que se precisará si es o no de la esencia y, en opción afirmativa, si deben admitirse algunas excepciones). Esta expresión puede llegar a tener importancia –por cierto en los ordenamientos en que es admitida la propiedad privada de medios de producción, que es, como se ha dicho, decisión generalizada– porque puede ocurrir que el Estado pretenda “intervenir” unidades productivas por razones de seguridad nacional u otras, tomando la administración, sin privar de otros atributos al propietario. Si se consigna como esencial (salvo definidas excepciones), la aludida “intervención” no sería posible por simples decretos ni aun leyes, y sólo restaría al poder público expropiar.

c. El carácter heredable. Es notable que el tan acariciado carácter hereditario de la propiedad privada se mantenga ignorado por la mayoría de las Constituciones (es mencionado por Alemania, art. 14; España,

art. 33; Italia, art. 42; Perú, art. 16; Irlanda, art. 43; y recientemente por el Proyecto de Constitución europea, de 2004, en su art. II-77, cuando expresa que toda persona tiene sobre sus bienes derecho a...“legarlos”).

Tal vez es dado por supuesto; pero ante la trascendencia que es atribuida a esta característica, resulta difícil explicar la omisión (a menos que los constituyentes, muy conscientes de las alternativas, estuvieren prefiriendo que el legislador sea quien resuelva, asumiendo que pudiese eliminar la sucesión *mortis causa*). Y debe considerarse que, si se decide establecer el carácter hereditario de la propiedad, la referencia tiene (no una) dos funciones que cumplir. Por una parte, debe proclamar que la propiedad es heredable; y, por otra, que lo es sólo en una atribución, lo cual –nada menos– impide el retroceso a regímenes feudales⁴. Es, pues, una base (de envergadura semejante a aquella que se pronuncia sobre la apropiabilidad –en propiedad privada– de los llamados medios de producción), como para que tenga sitio en una Constitución (si en ella se va a caracterizar a la propiedad privada).

La opción de definir la propiedad en la Constitución ha sido doctrinariamente propuesta, aduciéndose la trascendencia socioeconómica del objeto definido. Siendo admisible la duda, parece preferible evitarla (como ha procedido la generalidad de los constituyentes), teniendo en cuenta que, en la dirección de flexibilizar el ordenamiento, es aconsejable restringir prudentemente la formulación de conceptos. Pero, sin definirla formalmente, una descripción del contenido esencial –en términos como los que aquí han sido propuestos– resulta al menos conveniente para satisfacer aquel reclamo fundado en la trascendencia. Y, además, así se respondería simultáneamente otro requerimiento a la carta fundamental: la necesidad de mantener la unidad de la noción de propiedad, conjurando la constante amenaza de su atomización, proveniente de los múltiples diferenciados estatutos propietarios que se van conformando en torno a los distintos roles (generalmente económicos) que desempeñan las cosas sobre las que el derecho recae.

⁴ Como se recordará, en el Derecho chileno la aludida restricción se encuentra consagrada en varios preceptos –todos de rango sólo legal– vinculados pero dispersos en el Código Civil; señaladamente en los que prohíben los fideicomisos y usufructos sucesivos.

7. LOS LÍMITES DE LA COSA

El problema se presenta en los inmuebles y, específicamente, se refiere al espacio aéreo y al subsuelo. Con alguna base constitucional el primero parece prudente entregarlo a los Tratados internacionales, y el segundo sí a la Constitución. Se refieren a él sólo las Constituciones de Grecia (art. 17), que admite la apertura de túneles para el beneficio público, sin indemnización; y de Cuba (art. 15), que reserva a la propiedad estatal el subsuelo, como todos los medios de producción y los recursos naturales. Debe agregarse la Constitución de México, que no se refiere expresamente al subsuelo, pero cuya decisión sobre las tierras de pertenecer originariamente a la Nación, recién aquí aludida, torna innecesaria esa referencia.

Si algún criterio básico iluminador es pedido para una regulación, puede ser recordado el hoy bastante compartido principio del “interés”, propuesto, como es sabido, por Ihering. Es el que suele predominar en las legislaciones actuales (a veces códigos civiles) cuando es decidido regular estas materias.

8. LA EXPROPIACIÓN

Es la preocupación más generalizada en el cuadro constitucional sobre la regulación de la propiedad. En la mayoría la protección a la propiedad prácticamente se traduce (y se concreta) en la regulación de la expropiación. Pero es muy diverso el grado de prolijidad demostrado, que va desde el mínimo (establecido en la gran mayoría y en los Tratados internacionales que tratan la protección) que exige la utilidad pública y la justa indemnización, hasta textos en los que se detallan pormenores que superan ampliamente lo que se espera de una Constitución (en este sentido Chile es un ejemplo de esa preocupación, con traducción a reglas certeras en los capítulos que importan).

9. LA FUNCIÓN SOCIAL

Después de la expropiación, es el tema de presencia más frecuente.

Por cierto, ninguna proporciona un concepto; pero muchas formulan alcances generales que permiten desprender un semejante contenido, empleando diversas expresiones, como interés común, interés

colectivo, beneficio social, etc. En todo caso, siempre es establecida para fundar (con diverso énfasis) las restricciones que el legislador podrá imponer a los poderes del propietario.

Su (doctrinariamente importante) calificación como elemento interno o externo a la noción de propiedad (con consecuencias que lógicamente se desprenden de cada alternativa o a las que predispone cada opción) se mantiene discutida en la doctrina, y la discusión es conducida a los textos por la vía de la interpretación en la generalidad de las legislaciones, sobre la base de preceptos no definitorios (o, más directamente dicho, que nunca se pronuncian) en este extremo. Sea como fuere, la opción está ausente en las Constituciones.

Es fácilmente perceptible que cuando en un texto (como ocurre en varias Constituciones) confluyen: la ausencia o una escasa descripción del contenido de la propiedad, y es implantada escuetamente la función social, entonces la lucha entre los poderes del propietario y el vigor y alcance de la función social es librada en un campo de la mayor amplitud.

En los textos destaca (nuevamente) la Constitución de México, por el carácter masivo de sus disposiciones (que aborda innumerables ámbitos a los que aplica la función social) y la chilena, por (como se dirá) su clarificante y resumido enunciado de los capítulos en los que la función social incide.

A este respecto, el énfasis con el que la función social es incorporada ha llegado hasta el extremo, como acontece en la Constitución de Colombia (art. 58), en la que se resuelve –acercándose a una metáfora– que “La propiedad es una función social que implica obligaciones”⁵.

10. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y DE LOS RECURSOS NATURALES

Son muchas las Constituciones (pero siempre del siglo XX) que formulan una especial referencia a la protección del ambiente

⁵ La bibliografía sobre el tema en Derecho extranjero es enorme y de fácil acceso. Entre nosotros puede verse, por ej. Ríos Álvarez, Lautaro: “El Principio Constitucional de la Función Social de la Propiedad”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T. 84, Nº 2. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1987, Prim. Parte, pp. 57 y sgts., especialmente pp. 64 y sgts.; Bustos B., Rodrigo: “Función Social y Límites del Derecho de Propiedad. Temas Emergentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En *Estudios de Derecho Privado*. Libro Homenaje al Prof. Gonzalo Figueroa Yáñez. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2008, pp. 369 y sgts.; v. también Leguina, Jesús. Ob. cit. pp. 423 y sgts., con calificación de la función social como elemento interno, y concluyendo que integra la propiedad en cuanto institución y en cuanto derecho subjetivo.

y, señaladamente, de los recursos naturales. Suele constituir una de las aplicaciones de la función social, aunque en ocasiones es tratada separadamente. Más aún, para los recursos naturales a veces es impuesta una regla extrema: su dominio colectivo. Pueden ser mencionadas, por ej. las Constituciones de Alemania (art. 15, vinculando la protección a la función social y dejando como expresa posibilidad la de llevar los recursos naturales y el suelo a la propiedad colectiva); Francia (art. 34, aunque sólo para entregar la regulación a la ley); Suiza (art. 78, que simple pero reiteradamente ordena proteger la naturaleza); Portugal (arts. 93, vinculando la protección a la política agraria y 80, que permite llevar los recursos naturales a la propiedad pública); Brasil (art. 186, como concreción de la función social); Chile (art. 19, como concreción de la función social, que es aplicable –por declaración expresa– a la conservación del patrimonio ambiental); Colombia (art. 58, como concreción de la función social); Ecuador (arts. 66 y 323, como concreción de la función social); México (art. 27, como concreción de la función social); Paraguay (art. 116, vinculando la protección a la política agraria).

II. EL RÉGIMEN DE TENENCIA DE LA TIERRA Y LA REFORMA AGRARIA

Hay países en cuyas Constituciones no aparece el tema porque, al menos en el último siglo, o no han tenido problemas de fuertes desigualdades (grandes extensiones concentradas en pocas manos y grupos sociales postergados) o han llegado (sin repentina reforma) a atenuarlos o eliminarlos. Hasta ahora, los problemas parecen mantenerse en varios países de Latinoamérica, que es donde, precisamente, el reclamo llega a lograr presencia constitucional (como en las Constituciones de Brasil, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana).

Algunas Constituciones han llegado a impartir directivas básicas sobre el acuciante problema de la excesiva división del suelo rural, que intentan detener imponiendo una superficie mínima en la división, y programan soluciones mediante aquella costosa actividad denominada concentración parcelaria. Se trata de conjurar la acción devastadora de esa “máquina de triturar la tierra” llamada sucesión por causa de muerte, dejando el cumplimiento de la aspiración a la legislación especializada; el legislador suele recurrir al “derecho de atribución preferencial” del predio heredado a un solo heredero, mediante unos órdenes sucesorios (o preferencias excluyentes según factores propios del medio agropecuario),

que se imponen en sentido paralelo a los órdenes sucesorios del Derecho común, que rige al resto del caudal hereditario.

Para enjuiciar la conveniencia sobre la implantación de normas primarias en las Constituciones debe repararse en que en las últimas décadas se han producido cambios en los métodos de producción, el destino de las explotaciones, el mejoramiento del suelo y, sobre todo, la productividad, debido a la introducción de nuevas tecnologías agrícolas; se ha instalado la producción agroindustrial; y se ha extendido la explotación forestal (con aprovechamiento de extensiones antes improductivas, aunque a veces con nefastas consecuencias ecológicas). Por otra parte, ha aumentado la regulación ambiental (aunque no siempre su eficacia real) y, en ciertas zonas, emerge un incipiente control del destino del suelo vinculado a sus aptitudes.

Ciertamente fuera de consagración constitucional, es oportuno observar que permanece a la espera el implante, en términos compulsivos, de la zonificación y el uso del suelo rural que, a semejanza de la regulación urbana, avance en el empleo racional del suelo, aquí conforme a las aptitudes naturales. Las exigencias de los mercados internacionales sobre la pureza de los productos alimenticios y el cuidado del ambiente tendrán en estos casos influencia decisiva en el futuro próximo (aunque en un proyecto de zonificación para el uso del suelo rural se debe estar consciente de las graves dificultades por la circunstancia de la heterogénea –a veces con cambios bruscos y caprichosos– estructura y, por ende, aptitud, de la corteza terrestre).

Varios de estos temas son atinentes a muchos países con prescindencia de un proceso de reforma (como es la situación nacional actual).

En fin, la llamada reforma agraria (en Latinoamérica) está desembocando en un concepto más amplio y, en buena medida, diverso de la sola propiedad o detentación del suelo, todo lo cual puede conducir hasta su desahucio, a su conversión conceptual o, al menos, a una sustitución terminológica. Ahora asumen protagonismo: la eficiencia productiva, la protección ambiental (uso racional de los recursos) y el trato laboral equitativo. Esos factores confluyen y a veces se concretan en causales de expropiación y, más específicamente, en la calificación de predio deficientemente explotado (que, junto al abandono, ha constituido una causal de expropiación rural frecuentemente incorporada en los procesos de reforma, aunque es claramente concebible su autonomía respecto de ella).

12. LA PROPIEDAD FAMILIAR

En el siglo XIX algunas constituciones programaban el desarrollo de lo que denominaron propiedad familiar (y que más tarde –con énfasis en la magnitud, para erigirla en alternativa frente al latifundio– fue llamándose propiedad de dimensiones familiares) (así acontecía en la Constitución chilena de 1925, art. 10). En el siglo XX esa preocupación ha disminuido. Sea como fuere, el intento nunca ha llegado a masificarse y la posibilidad parece estar siendo abandonada, al punto de que una referencia a su fomento ya está desapareciendo.

Para las explicaciones del debilitamiento deben considerarse algunos factores y acontecimientos de diversa naturaleza (aunque destacadamente sociológicos y económicos).

a. Desde luego, la noción fue desenvuelta, con sus estatutos más completos (y hasta exitosamente), en un medio con dos rasgos muy precisos: en el ámbito rural y con fuente jurídica consuetudinaria; y en territorios europeos asimismo bien acotados (como algunas zonas de Francia, el norte de Italia, el norte de España). Estas solas circunstancias permitían predecir la dificultad de su expansión.

b. El aumento de la movilidad social y, particularmente, la emigración rural hacia los centros urbanos, a su vez producto de variados estímulos.

c. El aumento del tráfico inmobiliario que, prefiriendo la libertad de la contratación, es adverso a toda clase de vinculaciones (aun fundadas en supuestas idoneidades para el aprovechamiento de unidades de explotación), el cual es acoplado –sinérgicamente– al principio de igualdad en la transmisión sucesoria, que es enfatizado para lograr el mismo objetivo.

d. El desarrollo de la tecnología agrícola, que ha transformado, a veces abruptamente, los destinos del suelo, los hábitos de explotación y las posibilidades de aprovechamiento de grandes extensiones sin necesidad de contratación de mucha mano de obra (al menos permanente).

En las Constituciones latinoamericanas la preocupación se ha ido orientando en términos diversos: en el ámbito consuetudinario varias se dedican más bien a respetar (lo que puede ser encomiable) las formas de propiedad colectiva; y la propiedad de dimensiones familiares se incentiva con énfasis en la dimensión (pequeña o mediana propiedad, que

excluya el latifundio y el minifundio) más que en su carácter familiar. Y la influencia del factor familiar se ha reducido a la vivienda (con los caracteres de indivisibilidad e inembargabilidad para las de bajo avalúo).

13. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Son varios los Tratados que contienen una referencia a la propiedad; principalmente los que versan sobre la protección a los derechos fundamentales. El rasgo más común es una alusión breve, bastante abstracta y a veces difusa. En todo caso, los textos se ocupan de disponer: que la propiedad privada debe ser protegida, y que puede ser expropiada en interés público y con una justa indemnización. Así, por ej. la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789 (art. 17); la Declaración universal de derechos humanos, de 1948 (art. 17); el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, protocolo Nº 1, de 1952 (art. 1); la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, de 1948 (art. XXIII); la Convención americana sobre derechos humanos, de 1969 (art. 21). Y puede agregarse el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 2004 (art. II-77).

En este ámbito hay que dar cuenta también que desde hace tiempo (en Chile sobre todo en las últimas décadas) se han venido celebrando profusamente Tratados para la protección de inversiones extranjeras, destacadamente bilaterales (conocidos internacionalmente por la sigla BIT: Bilateral Investment Treaty). En ellos (los suscritos por Chile tienen mayoritariamente un contenido semejante) cada Estado se compromete: a respetar la propiedad de los bienes y derechos que constituyen la inversión (consistente en muebles, inmuebles, créditos, ganancias, propiedad intelectual e industrial, remuneraciones, etc.) de una persona natural o jurídica nacional del otro Estado contratante, dejándola sometida, sin discriminación, a la legislación común, frecuentemente con cláusula del trato más favorable; y, particularmente en la materia expropiatoria, a justificarla por causa de interés público y con el pago de justa, íntegra y oportuna indemnización, con base en los valores de mercado, y con posibilidad de reclamo ante los tribunales ordinarios (Chile ha suscrito Tratados de esta naturaleza con muchos países, mayoritariamente latinoamericanos y europeos).

Junto a esas referencias (directas) a la propiedad, deben considerarse

muchas otras que, si no imponen reglas, al menos comprometen a los Estados a legislar con bases diseñadas en el compromiso, implicando regulaciones propietarias –casi siempre de signo restrictivo– cuya obediencia a veces requiere cotejo con las normas constitucionales de los respectivos Estados. Así acontece, por ejemplo, en la industria alimenticia, en la propiedad intelectual y, con señalada frecuencia, en la omnipresente preocupación ecológica (en donde destaca la ya célebre Convención de Washington: Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas Naturales de América).

En estos términos, por el fino tamiz de esas Convenciones de promesa legislativa se van filtrando hacia los ordenamientos locales en el estatuto de la propiedad (hoy más que antes) las influencias provenientes de la Comunidad internacional.

14. DISTINTIVOS DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA

En este cuadro estatutario merece ser destacada la Constitución chilena, que presenta varios rasgos inusuales (y hasta únicos).

A. Exhibe un marcado objetivo de protección a la propiedad privada; y parece lograrlo.

Primero, con una declaración que –nada menos– fija la opción económica por la que se conducirá la sociedad chilena, y que entre nosotros no ha sido muy resaltada: confiere la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (art. 19, N° 23, que ensambla con el N° 21 del mismo art. 24, al conferir la libertad para desarrollar cualquier actividad económica lícita), con la cual deja establecido que se adopta el régimen de economía liberal, que admite la propiedad privada de los medios de producción, separándose de la otra gran alternativa que implica la economía socializada, que impide la propiedad privada de esos medios. Esta es una definición que, con todo el merecimiento que ostenta para estar ocupando un lugar, y destacado, en una carta fundamental, sorprendentemente en la generalidad de las Constituciones está ausente.

Luego, mediante un conjunto de declaraciones protectoras específicas.

A continuación, con una minuciosa regulación de la expropiación (que la generalidad de los constituyentes reserva a la ley común).

Y, finalmente, con el denominado “doble cerrojo”, porque después del precepto regulador de la propiedad (el art. 19, N° 24), incluye a este derecho (junto a otros que también protege) en una declaración en la que asegura que ninguno de los derechos precedentes será afectado en su esencia (art. 19, N° 26).

Por cierto, la explicación del objetivo de intensa protección a la propiedad privada, con instrucciones precisas al legislador, ha de encontrarse en el convulso período vivido por el país en la época anterior al tiempo en que fue dictada.

B. En sus declaraciones protectoras específicas despliega técnica y sistemática:

1°. En la primera virtud sobresalen: su referencia protectora tanto al derecho como a la cosa sobre la que el derecho recae y, sobre todo, la aplicación de la propiedad a toda clase de bienes, corporales e incorporales.

Con este último despliegue analítico, la protección resulta de amplitud universal al tiempo que breve; por otra parte, empalma con el sistema del Código Civil que ya traía estampada esa genérica dualidad.

Pero allí surge una desarmonía. Luego de distinguir entre cosas corporales e incorporales, el Código Civil continúa su construcción taxonómica declarando que las incorporales son derechos y que los derechos son reales o personales (imponiendo finalmente que sobre las cosas incorporales, derechos, hay también una especie de propiedad) (arts. 565, 576 y 583). Así, puede percibirse que el texto dispuso la conocida cosificación para los derechos patrimoniales (que éstos son los que se dividen en reales y personales). Pues bien, cuando la Constitución proclama la protección de la propiedad sobre toda clase de bienes, corporales incorporales (sin aclarar el significado de estas dos variedades), parece natural entender por bienes incorporales lo que el Código Civil entiende por tales: los derechos; y que, como ya se ha dicho, para el código son los patrimoniales (que se dividen en reales y personales).

Y he aquí que, luego de remitirse al citado código para comprender el significado de cosa incorporal, los aplicadores han abandonado ese cuerpo legal y prescinden de la restricción a los derechos patrimoniales. Ese abandono se ha notado destacadamente en el funcionamiento del recurso de protección. Como ese instrumento procede por agresión a sólo algunos derechos garantizados, para proteger a otros (cuya necesidad

de protección es percibida patentemente en los casos concretos), la jurisprudencia nacional ha tenido que dejar de atenerse a los significados del Código Civil y, prescindiendo de la circunstancia de que la cosificación está allí impuesta sólo para los derechos patrimoniales, la ha extendido a todo derecho, a toda entidad que pueda tener el calificativo de derecho; en la práctica se estima que todo derecho, cualquiera sea su naturaleza (patrimonial o extrapatrimonial) es cosa incorporal y, por tanto, objeto de propiedad, y como cada uno de los innumerables no está incluido nominativamente en la lista de derechos amparados por el recurso, se le incluye vía derecho de propiedad (que sí está incluido), entendiendo que el titular de un tal derecho tiene propiedad sobre él (es dueño de él) y así, al ser amagado, se ha agredido parte de lo que es su propiedad. La actitud es, por cierto, laudable. Y no estamos en contra de la amplitud de la protección; lo que es reclamable es una enmienda al texto constitucional, que evite esa discordancia: simplemente se debiera eliminar la restringida cobertura del recurso a cierta lista cerrada, confiriendo el manto protector a todo derecho, cualquiera sea su naturaleza; así, no tendría que desplegarse aquel razonamiento de inclusión vía derecho de propiedad; en esos términos, por una parte no quedaría discordancia en el uso del Código Civil y, por otra, no se tendría que proceder al relatado forzamiento conceptual.

Conviene añadir que, empleando esa distinción, ya no hace falta una especial referencia protectora a otros derechos reales, y ni siquiera a los personales. Con todo, se prefirió formular expresa referencia a dos derechos de concesión, el de concesión minera y el de aprovechamiento del agua; en el primero se dispone que se tiene el dominio de la concesión y que ese dominio tiene también la protección constitucional; y en el segundo se dispone (solamente) que el titular tiene la propiedad del derecho de aprovechamiento (pero, aunque omita declarar protección, es evidente que la tiene; y es aquí en donde ha surgido objeción respecto a una calificación del agua como un bien nacional de uso público, como se dirá pronto).

2°. Y en cuanto a la sistemática (aparte del apoyo en la distinción de cosas corporales e incorporales) hay varias decisiones refinadas. Emplea la noción de atributos del derecho (fundada en la concepción analítica del dominio, dominante en el siglo XIX y hasta bien entrado el XX); distingue entre restricciones y cargas (que llama limitaciones y obligaciones) por una parte, y privaciones de atributo esencial por otra, instrumentos con los que diseña todo un método, para organizar las intervenciones de la autoridad al

derecho del propietario; impone reserva legal para las primeras y algo más, ley expropiatoria para las segundas; entregando al juez solamente (aunque nada menos) la calificación de la intervención específica (si es restricción o carga, o es privación de atributo esencial). Protege, con la exigencia de la expropiación, no sólo el derecho en su conjunto sino también el de cada uno de sus atributos esenciales. Y taxonomiza (enunciando rubros, expuestos mediante expresiones genéricas de una apropiada mediana extensión) los objetivos de la función social: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (es cierto que en el genérico primero quedan cómodamente incluidos los fines restantes, mas merece indulgencia el sacrificio sistemático en aras de la aquí muy conveniente certeza).

C. Como producto de la experiencia adquirida en las dos décadas anteriores a su entrada en vigencia, la expropiación es regulada en todos sus capítulos importantes, protegiendo intensamente al propietario. Dispone: la posibilidad de reclamo tanto de la procedencia de la expropiación como del monto de la indemnización; el pago de la indemnización en dinero efectivo y al contado; el pago de la indemnización antes de la toma de posesión material del bien expropiado; la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios (excluyendo tribunales especiales) para la resolución de los conflictos que se susciten.

D. Pero, sin perjuicio de una revisión de lo existente que pudiese postularse (por ejemplo, en la propiedad del agua que, si convenimos en que debe ser un bien nacional de uso público, para no desvirtuar esa calificación debiera armonizarse mejor con la naturaleza y caracteres del derecho de aprovechamiento), hay algunos temas que, en algún sentido, convendría abordar: son los mismos que ya hemos denunciado como ausentes en la mayoría de las Constituciones aquí consideradas (v. N° 6, sobre el contenido del derecho).