

Artículo

La propiedad frente a la hoja en blanco: tradición constitucional y derecho comparado

Ernesto Vargas Weil

Universidad de Chile, Chile

RESUMEN: Motivado por el acuerdo constitucional alcanzado en Chile en 2019, el presente artículo analiza la historia constitucional del país y el derecho comparado para identificar los posibles temas centrales de una futura discusión acerca de la protección constitucional de la propiedad en Chile. Como punto de partida, argumenta que la metáfora de la ‘hoja en blanco’, instalada para ilustrar el mecanismo de reemplazo constitucional a que daría lugar el ‘Apruebo’, no implica que la redacción de una nueva constitución vaya a desentenderse del pasado. Por ello, en segundo lugar, el artículo revisa brevemente la regulación constitucional de la propiedad vigente y las dificultades que ha presentado en la práctica, para luego discutir los problemas que tanto estabilidad como cambio representan para la regulación del derecho de propiedad. A continuación, recurre a la historia constitucional chilena para argumentar que existe un mínimo común denominador en materia de protección constitucional de la propiedad, cuyo origen políticamente transversal debiera mantenerlo a salvo de grandes

ERNESTO VARGAS es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y Máster en Políticas Públicas (MPP), Universidad de Chile; Máster en Derecho (LLM), New York University (NYU), y estudiante de doctorado, University College London (UCL). Actualmente es profesor asistente del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile (*on leave*), y *Teaching Fellow* del curso *Property I* en UCL, Reino Unido. Dirección: 4-8 Endsleigh Gardens, London WC1H 0EG, Suite G25. Email: ernesto.vargas@derecho.uchile.cl. Este artículo surge de una conversación sostenida con amigos poco después de alcanzado el acuerdo constitucional; a ellos agradezco la idea de escribirlo. También agradezco los comentarios de dos revisores anónimos del CEP.

discusiones. Finalmente, compara el contenido de la Constitución vigente que no forma parte de ese mínimo con otros sistemas constitucionales, encontrando que su mayor parte se enmarca dentro alguna de las corrientes dominantes del constitucionalismo contemporáneo. En consecuencia, concluye que el futuro debate en la materia debiera concentrarse en unos pocos temas que no forman parte de la tradición constitucional chilena ni cuentan con tratamientos uniformes en el derecho comparado, como el estatus de las aguas, la propiedad indígena y las limitaciones legales con efectos expropiatorios.

PALABRAS CLAVE: convención constituyente, derecho constitucional de la propiedad, derecho constitucional comparado, historia constitucional chilena, trasplantes jurídicos, cambio legal

RECIBIDO: abril 2020 / **ACEPTADO:** agosto 2020

The Right to Private Property Facing a Clean Slate: Constitutional Tradition and Comparative Law

ABSTRACT: Motivated by the constitutional agreement reached in Chile in 2019, this paper draws on both the constitutional history of this country and comparative law to identify the topics that will most likely dominate the future debate regarding the constitutional protection of private property in Chile. It argues that the 'clean slate' metaphor used to illustrate the constitutional replacement mechanism that would be triggered by a vote in favor of a new constitution does not imply that its drafting will be able to disregard the past. Hence, the paper starts by briefly reviewing the constitutional provisions on the protection of private property currently in force and the main difficulties in their practical application. Next, it addresses the problems that stability and change represent for the regulation of property law. Then, it builds on Chilean constitutional history to argue that it is possible to find a minimum common denominator regarding the constitutional protection of private property, holding that its politically multi-partisan origin should exclude it from major debates. Finally, it compares the content of the current constitutional provisions that do not comprise this common foundation with foreign constitutional systems, finding that most of them are aligned with the dominant trends of contemporary constitutionalism. As a result, it concludes that a future constitutional debate will most likely be centered around issues which do not derive from the core of the Chilean constitutional tradition, nor do have uniform treatments in comparative law, such as the status of water rights, indigenous property and regulatory takings or expropriations.

KEYWORDS: constitutional convention, right to private property, comparative constitutional law, Chilean constitutional history, legal transplants, legal change

RECEIVED: April 2020 / **ACCEPTED:** August 2020

En toda comunidad política, pocos temas son más sensibles que el diseño del sistema de propiedad. Por ejemplo, a fines del siglo XVIII, William Blackstone afirmaba que “no hay nada que impresione tanto a la imaginación y atraiga tanto afecto en la humanidad como el derecho de propiedad” (1788, 2). En buena medida, esto se debe a una limitación tecnológica universal: en todo tiempo y lugar conocidos, los recursos disponibles han sido escasos en relación con las necesidades humanas, lo que implica que, en última instancia, la supervivencia y calidad de vida de las personas esté determinada por el acceso a esos recursos. Por ello, la forma en que se asignan los derechos de propiedad sobre los mismos puede llevar a disputas extremas y violentas. No en vano, poco tiempo después, Proudhon (1996 [1840], 38) clamaba que la propiedad es robo, mientras Marx y Engels (1992 [1848], 18) resumían su doctrina como la abolición de la propiedad privada.

En línea con lo anterior, tradicionalmente, la función más básica de cualquier sistema de propiedad ha sido asignar los recursos escasos en forma pacífica y predecible (Waldron 1988, 31-32). Sin embargo, en las sociedades contemporáneas, esta no es la única función del sistema de propiedad. Desde la antigüedad se le asigna además un rol central en la generación de incentivos para el adecuado aprovechamiento de los bienes (Gordley 2006, 9) y, al menos desde la Ilustración, como un elemento esencial en la realización de la libertad individual (Fitzpatrick 1992, 50). Como consecuencia de esta pluralidad de funciones, los sistemas de propiedad modernos deben satisfacer demandas de estabilidad, progreso en las condiciones materiales de vida y protección individual, las que no siempre son del todo compatibles.

Las constituciones modernas tienen un rol determinante en fijar las bases del aparato institucional con que cada sociedad equilibra esos intereses. La mayor parte del tiempo, dichos fundamentos permanecen estables y los cambios ocurren dentro del margen de discreción que la constitución otorga a la ley. Sin embargo, a causa del acuerdo constitucional del 15 de noviembre de 2019 (‘Acuerdo Constitucional’), Chile está por enfrentar una de esas raras ocasiones en las que ese arreglo institucional básico podría ser radicalmente modificado: el acuerdo establece que, para el caso de imponerse la opción de redactar una nueva constitución, habrá lugar a un mecanismo de reemplazo que se ha denominado en la discusión pública como la ‘hoja en blanco’.

Como es de esperar, esta posibilidad genera un importante grado de incertidumbre respecto de cuáles serían los posibles contenidos de una eventual futura constitución. Más allá de cuestiones muy generales, hasta ahora los aspectos sustantivos de una posible nueva constitución no han sido demasiado debatidos. No obstante, independientemente del resultado del plebiscito, considerando que los partidarios del 'Rechazo' han anunciado que, de ganar esta opción, apoyarán reformas relevantes a la Constitución vigente,¹ una discusión sobre cuáles debieran ser los contenidos sustantivos de la Constitución —nueva o reformada— parece inevitable. En este contexto, el presente artículo se sirve de la historia constitucional del país y del derecho comparado para establecer cuáles serían los posibles temas y contornos de una futura discusión sobre la protección constitucional de la propiedad en Chile. Con tal objetivo (1) aclara el sentido y límite de la metáfora de la 'hoja en blanco' en materia de propiedad, (2) describe brevemente el régimen constitucional de la propiedad vigente en Chile, (3) presenta los problemas que tanto estabilidad como cambio plantean para el derecho de propiedad, (4) revisa los aspectos históricos centrales de su protección constitucional en Chile y (5) da cuenta de los principales elementos del derecho comparado que podrían informar el futuro debate constitucional.

El artículo concluye (6) que un futuro debate sobre la protección constitucional de la propiedad no debiera alterar sustantivamente el régimen vigente, ya que la mayor parte de este es el resultado de una tradición constitucional que tiene una raigambre histórica políticamente transversal o está alineado con las tendencias mayoritarias del derecho comparado. Bajo la misma lógica, es de esperarse que el mayor debate se concentre en dos tipos de problemas. Primero, en algunos temas de fuerte contenido simbólico instalados en la discusión pública durante los últimos años, que no forman parte de la tradición constitucional chilena y respecto de los cuales el derecho comparado no ofrece una guía definitiva, incluyendo la eventual consagración constitucional de las aguas como bienes nacionales de uso público y alguna forma de reconoci-

¹ En Renovación Nacional (RN), el sector contrario a la nueva constitución lanzó la campaña Rechazar para Reformar, mientras que la Unión Demócrata Independiente (UDI) propuso utilizar el proyecto de Michelle Bachelet como punto de partida para una reforma a la Constitución vigente.

miento a la propiedad indígena. En segundo lugar, se puede avizorar que existan desarrollos en algunos temas de naturaleza más técnica que no están lo suficientemente resueltos en la práctica constitucional chilena, en especial en cuanto al tratamiento de las limitaciones legales con efectos expropiatorios.

I. El significado de la hoja en blanco

El punto de partida de este ejercicio es entender qué implica la hoja en blanco (y qué no). La expresión deriva del punto 7 del Acuerdo Constitucional, que dispone que, al entrar a regir la eventual nueva constitución, el texto actualmente vigente quedará orgánicamente derogado. El efecto de esta disposición es que aquellas materias en que el órgano constituyente no logre acuerdo, simplemente carecerán de regulación constitucional, sin que siga rigiendo a su respecto la Constitución de 1980. En ese sentido, la nueva constitución se escribiría sobre una 'hoja en blanco', esto es, sin contar con normas que operen por defecto.

Sin embargo, por diversas razones, la metáfora de la hoja en blanco termina ahí. En primer lugar, no es posible pensar una nueva constitución en el vacío (Sierra 2020, 2). En la medida en que la gran mayoría de los conceptos que van a dominar la discusión necesariamente preceden a esta, es inevitable que ellos traigan consigo toda la carga de sentido que les da su historia. De hecho, incluso las constituciones que buscan rebelarse contra el pasado están inevitablemente marcadas por el mismo. Sin ir más lejos, la actual regulación constitucional de la propiedad (hecha sobre la hoja en blanco de 1980), con su detallada regulación sobre expropiaciones (Art. 19 N° 24, inc. tercero a quinto), propiedad minera (Art. 19 N° 24, inc. sexto a décimo) y protección a los derechos de agua ya concedidos (Art. 19 N° 24, inc. final) parece claramente marcada por la experiencia de la Reforma Agraria (Ley N° 16.640), la asociada reforma al Código de Aguas de 1951 (DFL N° 162 de 1969) y la Nacionalización de la Gran Minería del Cobre (Ley N° 17.450).

En materia de propiedad existe un factor adicional que hace inviable diseñar un sistema de propiedad desde cero. En los hechos, todas las sociedades tienen en operación algún sistema para asignar el uso de los recursos escasos entre sus miembros. En consecuencia, en la práctica, es normalmente imposible diseñar un sistema de asignación de la riqueza

que no tenga que lidiar de alguna forma con el pasado: la creación de un sistema de propiedad desde cero es un lujo que solo existe en la teoría. Esto es evidente en cualquier transición relevante de un sistema de propiedad a otro. Por ejemplo, a pesar de ser considerado generalmente como un avance decisivo hacia un sistema productivo más eficiente, el cierre de los terrenos comunes de Inglaterra para la creación de unidades agrícolas exclusivas entre 1550 y 1850 (*The English Enclosure Movement*), enfrentó la fuerte resistencia de quienes vieron afectados sus derechos de uso tradicionales sobre los terrenos comunes (ver Overton 1996, 147-192; Polanyi 2001, 36-42, 96-107; Thompson 1975, 245-270). Este ejemplo ilustra cómo cualquier transformación relevante de un sistema de propiedad requiere, de alguna forma, determinar los derechos que las partes tienen bajo el sistema antiguo y evaluarlos para asignarlos bajo el nuevo (Banner 2002, 364-365). En Chile, el régimen general en la materia dispone que los derechos de propiedad adquiridos en conformidad a una ley, subsisten bajo el imperio de otra, pero que la nueva ley prevalece en lo tocante a sus cargas, goces y extinción (Art. 12 Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes) y prácticamente toda reforma de cierta envergadura regula directamente mediante normas transitorias el estatus de derechos de propiedad preexistentes bajo el nuevo régimen.² Cuando esta dificultad no es resuelta adecuadamente, las demandas de quienes se sienten perjudicados por la transformación tienden a permanecer en forma de resentimiento o reviven periódicamente como demandas ancestrales (ver Banner 2002, 365-370).³ A nivel comparado, el ejemplo más evidente es el proceso que condujo a la reparación de la propiedad de los pueblos indígenas de Canadá, Australia y Nueva Zelanda desde la década de 1970 en adelante (ver Erueti 2016; McNeil 2017).

2. La propiedad privada en la Constitución de 1980

La imposibilidad de crear un sistema de protección constitucional de la propiedad *ex nihilo* determina que cualquier discusión sobre este tema, incluida la hoja en blanco, tenga como inevitable telón de fondo su re-

² Por ejemplo, ver disposición segunda transitoria de la Constitución y el articulado transitorio del Código de Minería.

³ Refiriéndose a los efectos distributivos del cerramiento de las tierras comunes de Inglaterra y a los efectos del colonialismo británico en Nueva Zelanda.

gulación en la Constitución vigente. Por lo mismo, es importante tener claro qué es lo que dispone la Constitución de 1980 en la materia. En términos muy simples, la Constitución chilena hace tres cosas: primero, establece qué bienes van a ser susceptibles de propiedad privada y cuáles no; segundo, establece las bases que regulan cómo serán explotados los bienes excluidos del régimen de propiedad privada; y, tercero, regula y limita la intervención del Estado respecto de los bienes susceptibles de propiedad privada, esto es, sienta las bases del régimen de expropiaciones y de la facultad legal para limitar la propiedad. Estos tres aspectos son descritos brevemente a continuación.

En primer lugar, la Constitución establece que, por regla general, todos los bienes son susceptibles de apropiación privada (Art. 19 N° 23, inc. primero) y luego establece una serie de excepciones: (i) las cosas que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres (Art. 19 N° 23, inc. primero), (ii) los bienes que deban pertenecer a la nación toda y que la ley declare así (Art. 19 N° 23, inc. primero) y (iii) la riqueza mineral (Art. 19 N° 24, inc. sexto). La primera categoría corresponde esencialmente a bienes que no son susceptibles de apropiación exclusiva por una cuestión de naturaleza física y cuya abundancia no genera rivalidad en el consumo,⁴ como ocurre con el aire o la alta mar (Art. 585 Código Civil, CC). Por lo mismo, estos bienes no suelen ser problemáticos: a su respecto, la pregunta esencial de la propiedad no se plantea. La segunda categoría corresponde a los bienes nacionales de uso público. Lo que caracteriza estos bienes es que su naturaleza física es compatible con la apropiación privada, siendo la ley común (*i.e.*, una decisión normativa autorizada por la Constitución, pero tomada a nivel legal por mayoría simple) la que los excluye del régimen de propiedad privada. En Chile, los ejemplos clásicos son calles, plazas (Art. 589 CC) y aguas (Arts. 595 CC y 5° Código de Aguas), aunque esto último es discutido según se verá luego. El tercer grupo son las minas, las que están excluidas del régimen de propiedad privada por la propia Constitución, al asignar esta su dominio “absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible” al Estado (Art. 19 N° 24, inc. sexto).

En segundo lugar, la Constitución regula las bases bajo las cuales los privados podrán aprovechar la riqueza mineral propiedad del Estado.

⁴ Esto es lo que los economistas llaman ‘bienes libres’.

Para ello encarga a una ley orgánica constitucional, esto es, a una ley de *quorum* reforzado, establecer qué sustancias serán susceptibles de ser entregadas en concesión minera (Art. 19 N° 24, inc. séptimo), excluyendo solamente los hidrocarburos líquidos y gaseosos, los que solo podrán ser explotados por el Estado en las formas que indica la propia Constitución (Art. 19 N° 24, inc. décimo).⁵ A su vez, la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCM) estableció que todas las sustancias minerales son susceptibles de concesión minera (Art. 3° inc. segundo), salvo el litio, que por eventos que parecen únicamente el producto del azar histórico⁶ terminó sometido al mismo régimen que los hidrocarburos, pero por efecto de normas que están fuera de la Constitución (Arts. 5° DL N° 2.886 de 1979 y 3° inc. cuarto LOCM). Es importante notar que, a diferencia de lo que ocurre con la riqueza mineral, la Constitución de 1980 no prejuzga el régimen de los bienes nacionales de uso público, que con el límite de respetar los derechos adquiridos sobre las aguas (Art. 19 N° 24, inc. final), es entregado enteramente al legislador, actuando por mayoría simple.

Finalmente, la Constitución justifica, regula y limita la intervención del Estado respecto de los bienes sujetos a propiedad privada. Los bienes objeto de esta protección son concebidos en términos amplios. Por un lado, la práctica constitucional chilena ha entendido tradicionalmente que la 'propiedad' protegida por la Constitución es mucho más amplia que la propiedad definida por el derecho privado, abarcando casi cualquier interés privado de naturaleza patrimonial (Cordero Quinzacara 2006, 128). Por otro lado, la propia Constitución extiende explícitamente esta protección a los derechos que el Estado concede a particulares sobre dos bienes excluidos del sistema de propiedad privada: derechos de agua (Art. 19 N° 24, inc. final) y concesiones mineras (Art. 19 N° 24, inc. noveno). La principal consecuencia de ello es que el Estado puede privar a los particulares de los derechos concedidos sobre esos bienes únicamente mediante expropiación. Las controversias a que esto ha dado

⁵ Esto es, directamente por el Estado o sus empresas, concesiones administrativas o contratos especiales de operación.

⁶ Al parecer, la omisión del litio de la reserva constitucional a favor del Estado deriva de que, en la premura con que la junta militar decidió reflotar el texto de la reforma constitucional de 1971, no advirtió la declaración de inconcesibilidad del litio que el propio gobierno había dictado en el tiempo intermedio (ver Vergara Blanco 2010, 97-103). Para el detalle de como se gestó la inconcesibilidad del litio, ver nota al pie 9.

lugar en la discusión pública son bien conocidas, especialmente en materia de aguas.⁷ Desde un punto de vista técnico, esta discusión se centra en determinar hasta qué punto la garantía constitucional de la propiedad sobre los derechos de agua impide al legislador hacer modificaciones que afecten retroactivamente los derechos de aprovechamiento ya concedidos (ver Atria y Salgado 2015, 124; Celume Byrne 2013, 366).

Por su parte, la justificación del Estado para intervenir la propiedad resulta de su función social, la que comprende los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas, así como la conservación del patrimonio ambiental (Art. 19 N° 24, inc. segundo). Esta intervención se materializa en dos formas distintas: expropiación y regulación legal. La primera se basa en una regulación constitucional relativamente extensa que, en síntesis, establece que nadie podrá ser privado de su propiedad si no es por una causa de utilidad pública, calificada por el legislador, y siempre con derecho a una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, pagadera en dinero efectivo antes de la toma de posesión material del bien (Art. 19 N° 24, inc. tercero). La segunda deriva de una autorización genérica otorgada al legislador —y solo al legislador— para limitar la propiedad privada (Art. 19 N° 24, inc. segundo), complementada con una prohibición general de afectar los derechos fundamentales en su esencia (Art. 19 N° 26). A partir del caso *Comunidad Galletué c. Fisco*,⁸ en que se discutió el efecto de una regulación que protegía ciertas especies nativas, pero que en los hechos impedía la explotación económica de un predio, las dificultades para distinguir entre ambos supuestos han sido objeto de especial atención (ver Peñailillo Arévalo 1995, 65-72). Sin embargo, hasta hace algunos años, la distinción entre ambos conceptos en la práctica constitucional chilena era aún calificada como errática (Aldunate Lizana 2006, 285), motivando una creciente discusión académica, fuertemente permeada por doctrinas extranjeras, sobre cómo tratar casos de regulación legal que, por sus efectos en la propiedad de sujetos concretos, debieran dar lugar a una indemnización (e.g., Fernandois 2006, 318-317; Delaveau Swett 2006; Guiloff Tituin 2019; Cordero Quinzacara 2006).

⁷ Por ejemplo, cuando se introdujo en el Código de Aguas la patente por no uso de las aguas (Arts. 129 bis 4 al bis 21), se discutió si esto era expropiatorio. Lo mismo ocurre con casi cualquier cambio regulatorio. Para un ejemplo reciente, ver https://www.senado.cl/senadores-oficialistas-aclaran-que-el-agua-hoy-si-es-un-bien-de-uso/senado/2020-01-08/185621.html#vtxt_cuerpo_T0 [14 de agosto 2020].

⁸ Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, RDJ, T 81, N° 2, sec. 5ª, 181-189.

3. Estabilidad y cambio en el derecho de propiedad

La eventualidad de acordar una nueva constitución (la 'hoja en blanco') o modificaciones sustantivas en la Constitución vigente ('rechazar para reformar') genera un escenario en que parece posible introducir cambios relevantes en materia de propiedad privada. Esto es relativamente infrecuente en sistemas jurídicos desarrollados, en los que el derecho de bienes es, en general, percibido como especialmente rígido, estático y formal (ver van Erp 2019, 1032-1033, 1037; Wilhelm 2016, 5; McFarlane 2008, 62). En eso, Chile no parece ser una excepción (ver Tapia 2005, 136, 142).

La naturaleza rígida y estática del derecho de bienes ha sido tan justificada como criticada. Por un lado, desde la doctrina del derecho privado, tanto en los sistemas civiles como en el *common law*, la estabilidad y formalismo del derecho de bienes han sido tradicionalmente percibidos como una característica esencial que permite a esta área del derecho resolver conflictos extremadamente sensibles en una forma desapasionada (McFarlane 2008, 4; Quack 1997, 18). Desde el análisis económico del derecho, en tanto, la estabilidad de los derechos de propiedad es vista generalmente como un requisito esencial para planear, invertir y desarrollar recursos valiosos (Smith 2017, 150). Por otro lado, movimientos como los *Critical Legal Studies* tienden a ver la estabilidad de la propiedad privada como parte de un sistema de despojo y preservación de privilegios que opera en favor de los grupos dominantes de la sociedad (Bhandar 2016).

Más allá de estas razones, pareciera que hay ciertos elementos intrínsecos a los sistemas de propiedad que los hacen inherentemente estáticos, independientemente de su naturaleza pública, privada o colectiva. Desde una perspectiva histórico-sociológica se ha señalado que el carácter estático de la propiedad resulta del gran esfuerzo requerido para reformar cualquier sistema de derecho de bienes, y de la falta de incentivos del legislador para incurrir en los costos políticos que implica realizar dichas reformas (Watson 2001, 115, 118, 131-132). El análisis económico propone una idea similar. Este explica que la estabilidad del derecho de bienes deriva de dos cuestiones consustanciales a su estructura: en primer lugar, el derecho de bienes está sujeto a un problema *path dependence* derivado de los altos costos fijos de crear un sistema de

propiedad. En segundo lugar, esta área del derecho genera economías de red, que hacen que el sistema se vuelva más valioso mientras más gente lo ocupe, haciéndolo cada vez más difícil de cambiar (Chang y Smith 2016, 141; 2012, 7-8, 16-17).

De esta forma, una vez que un sistema de propiedad es puesto en operación por parte de un grupo político con alta disposición a asumir los costos iniciales, típicamente gobiernos revolucionarios o autoritarios (Chang y Smith 2012, 7), estos dan lugar a problemas de acción colectiva (Olson 1965) que los hacen muy difíciles de cambiar (North 1981, 10-11, 45-48). En la historia reciente de Chile, el régimen propietario del litio parece ser el caso más evidente. Como resultado de un sistema diseñado a fines de la década de 1970, bajo criterios de seguridad nacional,⁹ se generaron dos escenarios que dificultan el aprovechamiento económico de este recurso. En primer lugar, existen situaciones en las que hay más de un titular de pertenencias mineras con litio concedido sobre un mismo salar.¹⁰ En la medida en que el litio se presenta diluido en una salmuera ubicada dentro de un salar poroso, este puede ser extraído desde varios puntos, generando en los hechos una reserva común de recursos (Sherwood y Huang 2018). En esta situación, ambos titulares tienen un incentivo para sobreexplotar el salar ('tragedia de los comunes'; ver Hardin 1968). Por otro lado, se dan casos en que en una misma área concurren yacimientos de litio reservado al Estado con pertenencias sin litio concedido, dando lugar a un problema de veto recíproco que, finalmente, impide a cualquiera explotar el recurso ('tragedia de los anticomunes'; ver Heller 1998, 1999). De hecho, es de público conocimiento el que nin-

⁹ El Código de Minería de 1932 declaraba el litio como concesible. Debido al rol que podría tener en los procesos de fisión y fusión nuclear, desde 1965 se dictaron sucesivas leyes y reglamentos para controlar la explotación y comercialización del litio. En 1979, el DL 2.886 reservó el litio para el Estado (Art. 5°) y modificó el Código de Minería para incluirlo dentro de las sustancias reservadas al Estado (Art. 4° CM 1932), excluyendo el litio contenido en pertenencias cuyas manifestaciones hubieran quedado inscritas antes del 1 de enero de 1979. Complementariamente, el Art. 6° del DL 2.886 modificó el Art. 8° de la Ley 16.319, disponiendo que el 'litio extraído' no podrá ser objeto de ninguna clase de actos jurídicos sino cuando se ejecuten por la Comisión Chilena de Energía Nuclear con esta o con su autorización. Posteriormente, la Constitución de 1980 entregó a una ley orgánica constitucional la determinación de qué sustancias, con excepción de los hidrocarburos, serían susceptibles de concesión minera. En cumplimiento de dicha delegación, la LOCM declaró el litio una sustancia no concesible, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad.

¹⁰ Estas son pertenencias cuyas manifestaciones hubieran quedado inscritas antes del 1 de enero de 1979 (Art. 5 a) DL 2.886/1979).

gundo de los intentos para conceder contratos de operación especial para el aprovechamiento de litio concesible, ha sido exitoso.

Sin embargo, en un sistema con mejor diseño, los problemas de rigidez del derecho de propiedad no deben exagerarse. Ordenamientos jurídicos desarrollados han sido capaces de adaptarse a una serie de cambios sin alterar su estructura básica ni afectar mayormente la garantía constitucional de la propiedad. En ese proceso, el derecho constitucional de la propiedad frecuentemente juega un rol central. Por ejemplo, en Alemania, desde la entrada en vigor del Código Civil de 1900, algunos de los cambios más relevantes en materia de derecho de bienes derivan de modificaciones en el entendimiento del derecho de propiedad a nivel constitucional, especialmente en relación con su función social (Art. 14(2) Ley Fundamental Alemana, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, GG) (Gaier 2017, Rn. 26; Quack 1997, 18; Seiler 2007, 39). Bajo su influencia, en las últimas décadas, la Corte Constitucional Federal Alemana (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) ha relativizado algunos principios tradicionales del derecho privado, permitiendo a la ley introducir ciertas limitaciones (*öffentliche Beschränkungen*) en materias como protección ambiental, animal y artística (Gaier 2017, Rn. 26; Quack 1997, 3, 19; Seiler, 2007, 39-40), sin alterar la estructura del derecho de bienes ni afectar los derechos adquiridos. De modo no tan diferente, durante los últimos treinta años el sistema jurídico chileno también ha sido capaz de acomodar cambios bastante sensibles que, de una u otra manera, alteran los derechos de los titulares bajo el sistema de propiedad vigente, incluyendo la restricción vehicular sobre automóviles catalíticos,¹¹ el *royalty* a la minería¹² y la patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas.¹³

De lo anterior derivan dos consideraciones importantes a la hora de abordar la cuestión de la propiedad en una eventual nueva constitución. En primer lugar, las oportunidades de introducir cambios relevantes a

¹¹ Ver Tribunal Constitucional, 26 de junio de 2001, causa rol 325.

¹² El proyecto de ley que buscaba imponer un *royalty* basado en el dominio del Estado sobre las minas no logró ser aprobado por el Congreso, teniendo que recurrir al camino 'más clásico' de invocar la potestad tributaria con el fin de gravar la actividad minera (Ley 20.026) (Vergara Blanco 2006, 224).

¹³ Esta patente corresponde a una obligación que la ley impone al dueño de un derecho de aprovechamiento que no utiliza las aguas de pagar determinada cantidad de dinero en la proporción que la misma ley señala. Para algunos, esto sería propiamente un tributo (e.g., Meza Suárez 2014, 51).

un sistema de propiedad son escasas y su costo puede ser elevado. Esto convierte este tipo de reformas en armas de doble filo. Por un lado, son instancias que parece razonable aprovechar para resolver dificultades históricas en el sistema de propiedad; pero, por el otro, generan el riesgo de crear nuevos problemas que pueden acompañar a un sistema jurídico por mucho tiempo. De ello surge una segunda cuestión: más que resolver detalladamente sobre la asignación de recursos concretos, el derecho constitucional de la propiedad debiera concentrarse en proveer de un marco regulatorio básico que permita equilibrar la protección de los derechos adquiridos por los privados con los poderes que el Estado requiere para atender necesidades públicas. Desde esta perspectiva, lo que la hoja en blanco realmente implica es una oportunidad para crear ese régimen, sin depender de la Constitución de 1980 como único punto de partida.

4. La tradición constitucional chilena como mínimo común denominador

La imposibilidad de diseñar una constitución desde la nada remite a la pregunta por el sustrato desde el cual podrían salir sus contenidos. En la discusión pública que ha tenido lugar en Chile desde el Acuerdo Constitucional, se han planteado esencialmente dos referentes: la historia constitucional chilena y el derecho comparado. La racionalidad para ello parece autoevidente: “Las instituciones exitosas se construyen con una mirada vertical a nuestra historia y una mirada horizontal hacia constituciones logradas y frustradas” (Barros Bourie 2020). Sin embargo, la cuestión no es tan simple, ya que la naturaleza esencialmente ideológica de toda constitución (Ewing 2012, 1037) hace difícil alcanzar visiones compartidas sobre el valor de nuestra historia o la experiencia de otros países.

Si bien en Chile efectivamente existe una larga historia constitucional, no es claro que exista una *única* tradición constitucional. Una ‘tradicción’ es esencialmente un conjunto de información de naturaleza normativa proveniente del pasado, que aspira a ser cumplida en el presente (Glenn 2019, 428-429; 2014, 4-20). Así, parece bastante evidente que en Chile existen varias tradiciones constitucionales, las que no son necesariamente conciliables. Sin ir más lejos, las tres constituciones de más larga vigencia en la historia de Chile han sido respectivamente motejadas

como 'conservadora' (la de 1833) (e.g., Zúñiga Urbina 2010), 'social' (la de 1925) (e.g., Couso 2017, 349; Cordero Quinzacara 2006, 131) y 'neoliberal' (la de 1980) (e.g., Couso 2017, 353). Adicionalmente, todas ellas experimentaron reformas sustantivas durante su vigencia, impulsadas por proyectos políticos de carga ideológica diferente.¹⁴ Sin embargo, el reconocimiento de que las diferentes tradiciones constitucionales chilenas debieran jugar un rol central en la discusión constitucional, sigue siendo relevante, ya que permite establecer buena parte de lo que debieran ser los márgenes del debate.

Para el caso del régimen de propiedad, lo interesante es que parece existir un mínimo común denominador bastante estable, que atraviesa constituciones y reformas de diferente vocación política. Su primer elemento es una protección general de la propiedad privada frente a la acción del Estado, la que ha estado presente ininterrumpidamente en la historia constitucional chilena desde la Constitución Provisoria de 1818 (Art. 9°), pasando por la Constitución 'moralista' de 1823 (Art. 117), la Constitución liberal de 1828 (Arts. 10 y 17), la Constitución de 1833 (Art. 12 N° 5), la Constitución de 1925 (Art. 10 N° 10) y la Constitución de 1980. Al menos desde 1823, dicho régimen incluye la garantía de que los individuos solo podrán ser privados de su propiedad por una causa calificada por el Senado o establecida por la ley, en cuyo caso tendrán derecho a una indemnización.

Un segundo elemento es la función social de la propiedad. Si bien esta solamente pasó a formar parte del texto constitucional con la reforma de 1967 (Ley N° 16.615), aprobada en el contexto de la Reforma Agraria (incluyendo la modificación del Código de Aguas de 1951), sus raíces se remontan a la influencia del denominado 'constitucionalismo social' en la Constitución de 1925 (ver Cordero Quinzacara 2006, 131). Como parte de una solución de compromiso entre quienes propugnaban mantener un derecho de propiedad inviolable (al estilo de la Constitución

¹⁴ La Constitución de 1833 fue objeto de reformas de corte liberal, incluyendo una ley interpretativa que estableció la libertad de cultos (1865) y una reforma que incluyó en el texto constitucional las libertades de reunión, asociación sin permiso previo y la libertad de enseñanza (1874). La Constitución de 1925 fue objeto de varias reformas sustanciales en las décadas de 1960 y 1970, destacándose entre ellas la Ley N° 17.398, conocida como Estatuto de Garantías Constitucionales. La Constitución de 1980 también ha sido objeto de un sinnúmero de modificaciones relevantes, como la reforma constitucional plebiscitada en 1989, con ocasión de la vuelta de la democracia, y la reforma constitucional realizada durante el gobierno de Ricardo Lagos (Ley 20.050).

de 1833) y quienes impulsaban el reconocimiento constitucional de su función social (siguiendo la tendencia de la Constitución Alemana de 1919, 'Constitución de Weimar'), en la Constitución de 1925 se optó por omitir el concepto, pero se facultó a la ley para imponer a la propiedad las limitaciones necesarias para el mantenimiento y progreso del orden social (Art. 10 N° 10, inc. tercero), aunque en el entendido de que ello no implicaba alterar su concepción central como una inviolabilidad individual frente al Estado (Cordero Quinzacara 2006, 131). Para mediados de la década de 1960, la función social de la propiedad era una noción generalmente aceptada a lo largo del espectro de las concepciones jurídicas y políticas del país (Ruiz-Tagle Vial 2017, 101) y, de hecho, su texto sobrevivió prácticamente inalterado en la Constitución de 1980.

Finalmente, un tercer elemento relativamente estable del régimen constitucional de la propiedad es la titularidad estatal de la riqueza minera. Si bien en Chile existen normas legales en este sentido, al menos desde la dictación del Código Civil,¹⁵ a nivel constitucional su antecedente inmediato es la reforma de 1971 que hizo operativa la Nacionalización de la Gran Minería del Cobre, y cuyo texto pasó en forma bastante directa a la Constitución de 1980.¹⁶ Sin embargo, el sentido actual del texto no genera consenso. No hay duda de que la reforma de 1971 puso fin a la doctrina del dominio eminente (i.e., meramente 'teórico') del Estado sobre la riqueza mineral para establecer uno de tipo patrimonial. No obstante, su significado en la Constitución de 1980 es ampliamente disputado en derecho minero (ver Lira Ovalle 2009, 90-94; Ossa Bulnes 2007, 60-66; Vergara Blanco 2010, 147-175).

A diferencia de las áreas mencionadas, el resto de la actual normativa constitucional de la propiedad tiene un contenido menos estable y parece responder en buena medida a la experiencia de la Reforma Agraria y de la Nacionalización del Cobre. En primer lugar, a pesar de que prácticamente todas las constituciones del Chile republicano establecieron que el afectado por una expropiación tiene derecho a una indemnización, la intensidad de esta protección ha variado. Así, ninguna de las constituciones históricas estableció los requisitos del régimen de

¹⁵ Sin embargo, estas normas no buscaban otorgar un derecho patrimonial al Estado, sino que separar la riqueza minera de la propiedad superficial para habilitar al Estado a asignarla por separado ('dominio eminente' del Estado).

¹⁶ Alejandro Vergara (2010, 101) ha descrito los eventos que rodean el establecimiento de esta disposición como propios de una novela de suspenso.

expropiación en términos tan exhaustivos como la Constitución de 1980. Esto hace difícil que la función social de la propiedad pudiera hoy servir de base constitucional para un proceso como el que tuvo lugar durante la Reforma Agraria. En segundo lugar, la Constitución vigente establece con más detalle que ninguna otra, las bases del sistema legal de asignación de la riqueza mineral y delega buena parte de su diseño básico a una ley de *quorum* reforzado, lo que también es una novedad. Ello no implica que el sistema minero nacional vigente no tenga una fuerte raigambre histórica, sino que esta se manifiesta a nivel legal. En tercer lugar, solo la Constitución de 1980 extiende explícitamente la garantía constitucional de la propiedad a los derechos que el Estado concede a los titulares de concesiones mineras y derechos de agua. Sin embargo, de ello no se deduce que esos derechos no hayan sido objeto de protección constitucional con anterioridad, sino que ella operaba a través de la garantía general de la propiedad privada, al menos hasta las reformas de 1967 y 1971.

5. El derecho comparado como ingeniería constitucional

El préstamo de instituciones de otras jurisdicciones ha sido propuesto como la fuente más fértil de la evolución del derecho (ver Watson 1993). Por ello, no es sorprendente que el otro antecedente central sugerido en Chile para la discusión de los contenidos sustantivos de una nueva constitución sea la experiencia de otros países: en materia constitucional, los trasplantes jurídicos son omnipresentes, dando lugar a una sorprendente similitud en el lenguaje de las diferentes constituciones del mundo (Perju 2012, 1305). De hecho, en la actualidad “nadie redacta una constitución desde cero” (Osiatynsky 2003, 244), lo que ha dado lugar al desarrollo de una ‘ingeniería constitucional’ cuyo objetivo es la búsqueda del mejor arreglo institucional para un determinado contexto histórico (Claes 2012, 230; Frankenberg 2012, 175).

En América Latina, la adaptación de modelos extranjeros ha jugado un rol central desde los inicios del constitucionalismo en el siglo XIX (ver Kleinheisterkamp 2019, 257-260) y la experiencia reciente de Chile, en materia de protección constitucional de la propiedad, no es la excepción, como evidencia la recepción de la doctrina estadounidense de las expropiaciones regulatorias por la academia (especialmente, Fernandois,

2006, 318-327) y la jurisprudencial nacional.¹⁷ En ese sentido, es claro que el uso del derecho comparado también forma parte de la tradición constitucional chilena.

Sin embargo, el uso del derecho comparado para informar el proceso de generación del derecho también presenta problemas. Estos van desde la adopción de instituciones extranjeras por razones espurias (Graziadei 2019, 457-461), hasta consecuencias indeseadas derivadas de la adopción irreflexiva de elementos desarrollados en contextos económicos y culturales diferentes al local (Kahn-Freund 1974, 5-13). La naturaleza esencialmente política del derecho constitucional solo parece agravar estas dificultades. En esto, un problema esencial es 'hacia dónde mirar': si bien las constituciones modernas comparten elementos universales, estos conviven con arreglos institucionales de marcada naturaleza doméstica que únicamente pueden explicarse por la experiencia histórica de cada país (Frankenberg 2012, 185-188). En América Latina, por ejemplo, donde conviven constituciones que han sido denominadas como neoliberales, mínimas, sociales y bolivarianas (Couso 2017, 352-354), esta diversidad es especialmente notoria y, al menos aparentemente, irreconciliable.

De esta forma, a pesar de estar generalmente inspiradas por la amplia tradición del constitucionalismo liberal (Perju 2012, 1319), las constituciones modernas difieren en aspectos importantes (Claes 2012, 229). En general, es frecuente distinguir entre una tradición constitucional de corte propiamente liberal, como la de Estados Unidos, cuyo objeto esencial es limitar el poder del Estado y regular el poder público, y una tradición socialdemócrata, prevalente en Europa continental, que se caracteriza por atribuir un rol más activo del Estado como resultado de ciertos deberes impuestos por la Constitución y por tener el ánimo de regular el desequilibrio de poder entre los privados. Con todo, estas diferencias tampoco deben ser exageradas. Como mínimo, desde el *New Deal*, la jurisprudencia constitucional americana ha aceptado interferencias legislativas para la protección de partes débiles, mientras que la Constitución de Weimar —génesis histórico de la tradición socialdemócrata— reconoció el derecho de libre comercio, industria, contratos, propiedad y herencia, todos los cuales fueron profundizados por las constituciones

¹⁷ Ver Tribunal Constitucional, rol N° 505-2007, de 6 de marzo de 2007.

europas de la posguerra, con efectos prácticos bastante cercanos a la tradición liberal. En consecuencia, en derecho constitucional comparado es generalmente aceptado que el reconocimiento y protección de la propiedad privada trasciende a la división entre la tradición liberal y la socialdemócrata (Ewing 2012).

Por otro lado, el derecho comparado revela que la mayoría de las jurisdicciones occidentales enfrentan desafíos parecidos en materia de protección constitucional de la propiedad, siendo el impacto de la acción estatal en la propiedad privada el centro de estos problemas (van der Walt y Walsh 2017, 193). En la medida en que las cláusulas de protección de la propiedad privada tienen una estructura común, los elementos de dicha protección también son relativamente fáciles de comparar: típicamente, intereses que califican como propiedad en términos constitucionales, acciones estatales que califican como expropiación y nivel de compensación debida en caso de expropiación (Allen 2012, 504). A ello se agregan algunos otros temas específicos que, si bien tienen menos desarrollo en el derecho constitucional comparado, pueden ser interesantes de considerar, como el caso de la propiedad indígena.

Un primer antecedente que surge de la literatura general sobre el tema es que, al igual que en la práctica constitucional chilena, la concepción constitucional de la propiedad normalmente excede su concepto en el derecho privado, abarcando cualquier interés de naturaleza patrimonial (Allen 2012, 505-506; van der Walt y Walsh 2017, 195-200). Esta misma literatura también revela que, a nivel comparado, los casos más controversiales son la propiedad sobre derechos de seguridad social y sobre permisos, autorizaciones o licencias concedidos por el Estado (Allen 2012, 507). Considerando la recurrente discusión sobre el régimen de propiedad de los recursos naturales en Chile —especialmente de las aguas—, este último punto puede ser especialmente interesante para nuestro proceso constituyente. En esta materia, la tendencia parece ser que permisos o concesiones estatales son protegidos como una forma de propiedad, siempre que sean transferibles y tengan valor comercial; aunque también se reconoce que estos derechos están inherentemente expuestos a cierto nivel de cambio regulatorio requerido para la satisfacción de intereses públicos (ver van der Walt y Walsh 2017, 199-200; Allen 2012, 507). En este sentido, no es infrecuente que los recursos naturales tengan tratamientos constitucionales especiales, aunque el significado

de estos regímenes no es conclusivo. Por ejemplo, en Alemania, la constitución establece una facultad especial del Estado para expropiar recursos naturales, la que sin embargo ha sido escasamente aplicada y, de todas formas, remite al régimen general de indemnización (ver Art. 15 GG). En el caso de los derechos sobre aguas, es especialmente difícil extraer lecciones precisas. El derecho comparado revela que existe una gran dispersión entre los diferentes regímenes de agua y que, independientemente de su denominación, en todos ellos conviven elementos propios de la propiedad privada, pública y común. El impacto directo de la constitución en estos regímenes legales es muchas veces escaso o incierto. Por ejemplo, en Alemania, la no-apropiabilidad de las aguas no deriva de la constitución sino de la legislación federal,¹⁸ mientras que en China, si bien la constitución declara que las aguas son propiedad del Estado, en la práctica existe un sistema de derechos privados (Schorr 2017, 281).

En materia de compensación por expropiación, no todas las constituciones establecen explícitamente el derecho a una indemnización y aquellas que lo hacen no utilizan siempre la misma terminología. Sin embargo, el derecho a una compensación por la expropiación es generalmente reconocido como una consecuencia que fluye de la protección constitucional de la propiedad, incluso cuando no es establecida expresamente (van der Walt y Walsh 2017, 212).

Existe cierta variación en el grado de detalle en que las diferentes constituciones regulan la cuantificación y forma de pago de la compensación. En general se distinguen dos tendencias: primero, sistemas en que la compensación es esencialmente una forma de indemnización y, segundo, modelos en que la compensación forma parte del balance entre el interés público y el del afectado (Allen 2012, 512; van der Walt y Walsh 2017, 212). Entre los primeros se cuentan, por ejemplo, Suiza y Estados Unidos (van der Walt y Walsh 2017, 212). En Suiza, el derecho a una indemnización total (*volle Entschädigung*) está establecido explícitamente en el texto constitucional (Art. 26 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, BV), mientras que en Estados Unidos deriva de la interpretación por la Corte Suprema del derecho a una justa compensación (*just compensation*), establecido en la cláusula de expropiaciones (*Taking Clause*)

¹⁸ En Alemania, la ley establece que las aguas que corren por la superficie o el subsuelo no son susceptibles de propiedad, § 4(2) *Wasserhaushaltsgesetz*.

de la Quinta Enmienda (“*full and perfect equivalent in money*”).¹⁹ Entre los segundos están Irlanda y Alemania (van der Walt y Walsh 2017, 212). En este último caso, la constitución establece que “la compensación debe ser establecida balanceando equitativamente el interés público y el del afectado” (Art. 14(3) GG). Con todo, en aplicación de lo anterior, el BVerfG ha resuelto que este balance normalmente exige compensar al expropiado por el valor de mercado efectivamente perdido, aunque admite que excepcionalmente el legislador puede desviarse justificadamente de ese estándar.²⁰

Una tercera cuestión relevante es el tratamiento de las regulaciones legales que afectan la propiedad. En teoría, estas ‘limitaciones regulatorias’ se diferencian de las expropiaciones en cuanto a que estas imponen restricciones generales al uso de la propiedad privada que no afectan a ningún sujeto específico y, por lo general, no dan lugar a compensación. Sin embargo, en la práctica ambas categorías pueden ser difíciles de separar y la mayoría de las constituciones no tratan expresamente las limitaciones regulatorias (van der Walt y Walsh 2017, 200). Más allá de diferencias de forma, el derecho comparado revela, en primer lugar, que prácticamente todas las jurisdicciones reconocen que el Estado está autorizado para imponer restricciones razonables a la propiedad con miras al interés público, sin que haya lugar a una compensación (van der Walt y Walsh 2017, 200). Por ejemplo, en Estados Unidos este poder ha sido inferido por la Corte Suprema a partir de la misma cláusula de expropiaciones, argumentando que el gobierno difícilmente podría funcionar si no fuera posible afectar de alguna manera la propiedad sin tener que hacer un pago cada vez que haya un cambio general en la ley.²¹ En Alemania, en tanto, esta facultad deriva directamente del texto constitucional, que establece que el contenido y límites de la propiedad privada será establecido por la ley (Art. 14(2) GG).

En segundo lugar, de una manera u otra, las diferentes jurisdicciones también se hacen cargo de interferencias que, siendo regulatorias en naturaleza, causan efectos desproporcionados en individuos específicos (Allen 2012, 507-511; van der Walt y Walsh 2017, 200-201). En Estados Unidos, las interferencias a la propiedad solo dan lugar a compensa-

¹⁹ U.S. v. Miller 317 U.S. 369, 373.

²⁰ BVerfG 367, 24.

²¹ *Pennsylvania Coal v. Mahon* 260 U.S. 393 (1922), 413 (*Pennsylvania Coal*).

ción cuando son calificadas como expropiación (*takings*), esto es, como 'expropiaciones regulatorias' (*regulatory takings*) (Allen 2012, 507). La jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto es extensa y controversial, y no puede ser resumida acá. En su origen está la idea del juez Holmes, según la cual, cuando una regulación legal va demasiado lejos ("*regulation goes too far*"), esta debe ser reconocida como una expropiación,²² y el posterior desarrollo jurisprudencial de una serie de *tests* para evaluar diferentes casos.²³ Otras jurisdicciones no reconocen las expropiaciones regulatorias. En Alemania, el BVerfG ha resuelto que una regulación excesiva es simplemente inválida y que los tribunales no tienen la autoridad para transformarlas en expropiación.²⁴ Finalmente, en otros casos, como Suiza, la constitución establece explícitamente que las restricciones a la propiedad que equivalgan a una expropiación deben ser totalmente compensadas (Art. 26 BV).

Finalmente, el derecho comparado revela que, durante las últimas décadas, han emergido una serie de temas nuevos en materia de protección constitucional de la propiedad, que también podrían llegar a presentarse en el futuro debate constitucional chileno. Uno de ellos es el de la propiedad de los pueblos indígenas. En las últimas décadas, un número relevante, aunque limitado, de países ha dispensado alguna forma especial de protección constitucional a la propiedad indígena, especialmente en América Latina.²⁵ Sin embargo, la gran diversidad de realidades agrupadas bajo el rótulo de 'pueblo indígena' (Lenzerini 2017, 393), el hecho de que solamente un número limitado de países haya adoptado dichas formas de protección, sumado a que en América Latina varios de ellos se enmarquen en tradiciones constitucionales no-dominantes,²⁶ hace difícil servirse de esa experiencia. Desde el punto de vista comparado, el proceso más interesante es probablemente la reparación jurisprudencial de los derechos tradicionales sobre el suelo de

²² *Pennsylvania Coal*, 481.

²³ E.g., ver *Penn Central Transportation Company v. New York City* 438 U.S. 104 (1978), *Loretto v. Telprompter Manhattan CATV Corp* 458 U.S. 419 (1982). En Chile, estos requisitos han sido analizados por Rodrigo Delaveau Swett (2006).

²⁴ BVerfG 58, 300; BVerfG 100, 226.

²⁵ Por ejemplo, Canadá, Ecuador, Bolivia, Venezuela, Brasil, Argentina, Nicaragua y Colombia.

²⁶ Al menos las constituciones de Venezuela, Bolivia, Ecuador y Nicaragua han sido clasificadas como un género especial endémico a la región bajo el rótulo de 'constituciones bolivarianas' (e.g., Couso 2017, 353-354).

los pueblos indígenas de Canadá, Australia y Nueva Zelanda (ver Erueti 2016; McNeil 2017). Esta experiencia revela dos cuestiones importantes. Primero, que la reparación de los pueblos indígenas no depende de que exista una protección constitucional especial de la propiedad indígena ni tampoco lleva necesariamente a ella: de los tres países mencionados, solo Canadá tiene una norma constitucional especial al efecto²⁷ (McNeil 2017, 430). Segundo, este proceso no puede evitar hacerse cargo de los derechos privados comprometidos. En la negociación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, los tres países expresaron su preocupación por el impacto que pudieran tener las medidas de reparación. Por ejemplo, Nueva Zelanda hizo notar que dichas medidas no podían desconocer el hecho de que esas tierras estaban ahora legítimamente sometidas a la ocupación y dominio de otros individuos, así como que también existían demandas indígenas contrapuestas entre sí (Erueti 2016, 107-108).

6. Conclusiones

Pareciera que un futuro debate sobre la protección constitucional de la propiedad no debería alterar sustantivamente el corazón del régimen vigente. Por un lado, la historia constitucional chilena y el derecho comparado revelan que, al menos en materia de propiedad, existe un cierto núcleo común y bastante universal que atraviesa diferentes constituciones y reformas constitucionales. Este incluye una protección general contra la intervención estatal, un régimen de expropiación con derecho a indemnización y una autorización genérica al legislador para regular la propiedad por razones de interés público.

Adicionalmente, existe un grupo de normas bastante específicas a la tradición constitucional chilena y cuya fuerte raigambre histórica parece excluir cambios relevantes. Estas incluyen especialmente la titularidad del Estado sobre las riquezas minerales (Vergara Blanco 2010, 101). En esta materia, únicamente la exigencia de que la ley que determine qué sustancias son concebibles sea de *quorum* reforzado, escapa a la tradición constitucional y podría ser capaz de generar alguna discusión. Si bien la relevancia simbólica que ha tomado el litio en los últimos años

²⁷ s. 35(1) del Acta Constitucional de 1982.

puede hacer aparecer este tema en el horizonte de la discusión, no parece haber buenas razones para que los problemas asociados a su asignación sean tratados por una eventual asamblea constituyente. A su vez, el derecho constitucional comparado da cuenta de que buena parte de las normas de la Constitución de 1980 que no responden claramente a la tradición histórica son parte de las tendencias dominantes del constitucionalismo moderno. Estas incluyen una concepción amplia de las titularidades protegidas, capaz de abarcar distintas formas de permisos y autorizaciones, así como la garantía de que la compensación por expropiación sea una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

Por lo tanto, es de esperarse que los aspectos más complejos de la discusión constitucional se concentren, primeramente, en temas de fuerte contenido simbólico que son ajenos a la tradición constitucional chilena y respecto de los cuales el derecho constitucional comparado no ofrece una guía suficientemente conclusiva, especialmente la creación de algún reconocimiento de la propiedad indígena y la consagración de las aguas como bienes nacionales de uso público. Considerando que se trata de cuestiones con una importante carga ideológica y que el Acuerdo Constitucional contempla una regla de aprobación de dos tercios (Punto 6 del Acuerdo Constitucional), el resultado final de ambos temas probablemente dependerá, en buena medida, de los acuerdos que puedan alcanzar los diferentes actores políticos en base a concesiones en otras materias. Finalmente, es también posible anticipar una discusión relevante en algunos temas de naturaleza más técnica que no están lo suficientemente resueltos en la práctica constitucional chilena, en particular, en lo referente al tratamiento de las regulaciones legales con efectos expropiatorios. En este ámbito, es probable que el derecho comparado y la discusión académica que ha tenido lugar durante las últimas décadas en Chile, tengan un mayor peso relativo que las transacciones políticas.

Bibliografía

- Aldunate Lizana, E. 2006. Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. *Revista Chilena de Derecho* 33, 285-303.
- Allen, T. 2012. The Right to Property (504-517). En Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham, Northampton: Elgar.

- Atria, F. y Salgado, C. 2015. *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Santiago: Thompson Reuters.
- Banner, S. 2002. Transitions between Property Regimes. The Evolution of Property Rights. *Journal of Legal Studies* 31, 359-372.
- Barros Bourie, E. 2020. Una constitución que nos comprometa. *El Mercurio*, 26 de enero 2020.
- Bhandar, B. 2016. Critical Legal Studies and the Politics of Property Law (60-76). En Bright, S. y Blandy, S. (eds.), *Researching Property Law*. London, New York: Palgrave.
- Blackstone, W. 1788. *Commentaries on the Laws of England*. Dublin: Printed for W. Gilbert.
- Celume Byrne, T. 2013. *Régimen público de las aguas*. Santiago: Thompson Reuters.
- Chang, Y. y Smith, H. 2012. An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property. *Notre Dame Law Review* 88, 1-55.
- Chang, Y. y Smith, H. 2016. Structure and Style in Comparative Property Law (131-160). En Eisenberg, T. y Ramello, G.B. (eds.), *Comparative Law and Economics*. Cheltenham, Northampton: Elgar.
- Claes, M. 2012. Constitutional Law (223-236). En Smits, J.M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham, Northampton: Elgar.
- Cordero Quinzacara, E. 2006. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. *Revista de Derecho* 19, 125-148.
- Couso, J. 2017. The 'Economic Constitutions' of Latin America (343-359). En Dixon, R. y Ginsburg, T. (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Cheltenham, Northampton: Elgar.
- Delaveau Swett, R. 2006. La regulación expropiatoria en la experiencia norteamericana. *Revista Chilena de Derecho* 33, 411-438.
- Erueti, A. 2016. Reparations for Indigenous People in Canada, New Zealand and Australia (101-110). En Lennox, C. y Short, D. (eds.), *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*. London: Routledge.
- Ewing, K. 2012. Economic Rights (1036-1054). En Rosenfeld, M. y Sajó, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Fernandois, A. 2006. *Derecho Constitucional Económico. Regulación, tributos y propiedad*. Santiago: Ediciones UC.
- Fitzpatrick, P. 1992. *The Mythology of Modern Law*. London, New York: Routledge.
- Frankenberg, G. 2012. Comparative Constitutional Law (171-190). En Bussani, M. y Mattei, U. (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.
- Gaier, R. 2017. Einleitung zum Sachenrecht (3-10). En Säcker, F.J., Rixecker, R., Oetker, H. y Limperg, B., *Münchener Kommentar Zum BGB*. München: H. Beck.
- Glenn, H. 2014. *Legal Traditions of the World*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Glenn, H. 2019. Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Gordley, J. 2006. *Foundations of Private Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.

- Graziadei, M. 2019. Comparative Law, Transplants, and Receptions (442-473). En Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Guiloff Tituin, M. 2019. En defensa del casuismo: reflexiones acerca del control de constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada. *Estudios Constitucionales* 17(2), 265-300.
- Hardin, G. 1968. The Tragedy of the Commons. *Science* 162, 1243-1248.
- Heller, M. 1998. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review* 111, 621-688.
- Heller, M. 1999. The Boundaries of Private Property. *Yale Law Journal* 108, 1163-1223.
- Kahn-Freund, O. 1974. On Uses and Misuses of Comparative Law. *Modern Law Review* 37, 1-27.
- Kleinheisterkamp, J. 2019. Development of Comparative Law in Latin America (252-288). En Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Lenzerini, F. 2017. The Land Rights of Indigenous Peoples under International Law (393-411). En Graziadei, M. y Smith, L. (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives, Research Handbooks in Comparative Law*. Cheltenham, Northampton: Elgar.
- Lira Ovalle, S. 2009. *Curso de Derecho de Minería*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Marx, K. y Engels, F. 1992 [1848]. *The Communist Manifesto*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- McFarlane, B. 2008. *The Structure of Property Law*. Oxford: Hart.
- McNeil, K. 2017. Indigenous Territorial Rights in the Common Law (412-434). En Graziadei, M. y Smith, L. (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*. Cheltenham, Northampton: Elgar.
- Meza Suárez, C. 2014. Aplicación de la patente por no uso de las aguas en Chile. *Actas de Derecho de Aguas* 4, 49-64.
- North, D. 1981. *Structure and Change in Economic History*. New York, London: WWNorton.
- Olson, M. 1965. *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Osiatynsky, W. 2003. Paradoxes of Constitutional Borrowing. *International Journal of Constitutional Law* 1, 244-268.
- Ossa Bulnes, J. 2007. *Tratado de Derecho de Minería*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Overton, M. 1996. *Agricultural Revolution in England: The Transformation of the Agrarian Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Peñailillo Arévalo, D. 1995. *La expropiación ante el derecho civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Perju, V. 2012. Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations. En Rosenfeld, M. y Sajó, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Polanyi, K. 2001. *The Great Transformation*. Boston: Beacon Press.
- Proudhon, P. 1996 [1840]. *What Is Property?: An Inquiry into the Principle of Right and of Government*. New York: Dover.

- Quack, F. 1997. Sachenrecht. En Quack, F., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 6. München: Beck.
- Ruiz-Tagle Vial, P. 2017. Apuntes sobre la función social de la propiedad y la Reforma Agraria en Chile. *Revista Anales (séptima serie)* 12, 97-112.
- Schorr, D. 2017. Water Rights (280-289). En Graziadei, M. y Smith, L. (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*. Cheltenham, Northampton: Elgar.
- Seiler, H. 2007. Einleitung zum Sachenrecht. En Bund, E., Gursky, K., Kutter, H. y Seiler, H., *J. von Staudingers Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier & de Gruyter.
- Sherwood, D. y Huang, H. 2018. Pelea entre productores de litio devela incertidumbre sobre el agua en vital salar chileno. Reuter Graph. Disponible en <https://fingfx.thomsonreuters.com/gfx/rngs/CHILE-LITHIUM/010080VB1NF/index.html> [20 de marzo 2020].
- Sierra, L. 2020. El desafío constitucional: algunas consideraciones. *Puntos de Referencia* 525. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/puntos-de-referencia/puntos-de-referencia-2019/el-desafio-constitucional-algunas-consideraciones> [7 de febrero 2020].
- Smith, H. 2017. Economics of Property Law (148-172). En Parisi, F. (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*. Vol. 2: *Private Law and Commercial Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Tapia, M. 2005. *Código Civil: 1855-2005: evolución y perspectivas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Thompson, E. 1975. *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Acts*. London: Allen Lan.
- Tushnet, M. 2019. Comparative Constitutional Law (1193-1221). En Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- van der Walt, A. y Walsh, R. 2017. Comparative Constitutional Property Law (193-215). En Graziadei, M. y Smith, L. (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*. Cheltenham, Northampton: Elgar.
- van Erp, S. 2019. Comparative Property Law (1032-1057). En Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Vergara Blanco, A. 2006. El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral. *Revista Chilena de Derecho* 33, 215-244.
- Vergara Blanco, A. 2010. *Instituciones de Derecho Minero*. Santiago: Abelardo Perrot, Legal Publishing.
- Waldron, J. 1988. *The Right to Private Property*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Watson, A. 1993. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. University of Georgia Press.
- Watson, A. 2001. *Society and Legal Change*. Philadelphia: Temple University Press.
- Wilhelm, J. 2016. *Sachenrecht*. Berlin, Boston: De Gruyter.
- Zúñiga Urbina, F. 2010. La Constitución conservadora de 1833 y la visión crítica de Juan Bautista Alberdi. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 23, 307-327. *EP*