



DOS DISCURSOS SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DESARROLLO

AGOSTO 2022

SERIE
INFORME
LEGISLATIVO
69

AUTORES: MAURICIO ROJAS - ARTURO FERNANDOIS

ISSN 0717-1544

AUTORES:

MAURICIO ROJAS

Profesor Asociado Universidad de Lund (Suecia) y Universidad del Desarrollo.

ARTURO FERMANDOIS

Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad Católica de Chile, socio fundador Estudio Fernandois.

CONTENIDO

RESUMEN EJECUTIVO	4
2. INTRODUCCIÓN	5
3. EXPOSICIÓN DE MAURICIO ROJAS	8
4. EXPOSICIÓN DE ARTURO FERMANDOIS	14
5. COMENTARIOS FINALES	20
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	21

RESUMEN EJECUTIVO

La propuesta de la Convención Constitucional que debe ser votada en septiembre de este año contiene un notable debilitamiento del derecho de propiedad, particularmente de las garantías entregadas a las personas expropiadas. Los profesores Mauricio Rojas y Arturo Fermandois exponen los riesgos para el derecho de propiedad en caso de aprobarse la propuesta constitucional y destacan la correlación que existe entre altos niveles de desarrollo y bienestar social, y una protección fuerte del derecho de dominio.

Esta serie es producto de un conversatorio realizado en Libertad y Desarrollo el 28 de abril de 2022 bajo el título de “Derecho a la Propiedad y su impacto en el desarrollo”.

2. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más polémicos en el debate constitucional que atraviesa el país, a propósito de la propuesta elaborada por la Convención Constitucional, es la regulación y protección del derecho de propiedad. En opinión de algunos, la regulación actual protegería el dominio de manera excesiva, en desmedro del interés general. En opinión de otros, una protección robusta del derecho de propiedad no sólo beneficia al propietario, sino que también genera un enorme beneficio para la sociedad como un todo. Lamentablemente, en la Convención Constitucional primó la primera mirada y el borrador propuesto contiene un notable debilitamiento de la protección al dominio.

Actualmente, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales es un derecho fundamental amparado por la actual Constitución Política de la República de Chile (CPR) y reconocida, en consecuencia, en el resto del marco jurídico vigente.

Así, la CPR establece la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes (excepto los comunes a todos los hombres, los bienes nacionales de uso público y los que la ley declare fuera del comercio). Luego, consagra el derecho de propiedad propiamente tal y garantiza su ejercicio sobre toda clase de bienes, regulándose las limitaciones que pueden imponerse al dominio (en virtud de su función social). Asimismo, se consagra el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, concurriendo los requisitos legales.

Sin duda, uno de los aspectos más relevante de esta regulación es el estatuto de expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, estableciendo un deber de indemnizar al propietario por el daño patrimonial efectivamente causado en dinero efectivo y al contado, cuestión de la mayor relevancia para evitar los abusos.

La Carta Magna hoy vigente también dispone que los derechos no pueden ser afectados en su esencia, para que las limitaciones o restricciones que se impongan nunca rompan con esta importante regla y principio. Cuando se invoca, por ejemplo, la función social de la propiedad para justificar su limitación, y no debe recurrirse a interpretaciones amplias o excesivas del concepto que terminen por desnaturalizar el derecho de propiedad.

De este modo, el derecho de propiedad se integra a un conjunto de normas del Orden Público Económico, institución jurídica que establece las bases del sistema económico y el marco en que se desarrollarán las relaciones entre el Estado, los particulares y la sociedad.

El borrador de Constitución propuesto por la Convención Constitucional debilita notablemente el reconocimiento del derecho de propiedad. Lo más notorio es la relajación de las garantías para las personas expropiadas, particularmente en lo que dice relación al monto de indemnización, que pasa de compensar el daño patrimonial efectivamente causado a indemnizar el “justo monto”, introduciendo consideraciones subjetivas y dañando la certeza jurídica. De este modo, el borrador constitucional va en la dirección opuesta a la requerida para el progreso del país.

En efecto, tanto la literatura como la evidencia empírica sugieren que existe una fuerte correlación entre la debida protección de los derechos de propiedad y el desarrollo de las naciones. Los países que protegen de manera robusta los derechos de propiedad muestran mayores niveles de ingreso per cápita y desarrollo económico y social, es decir, un mayor bienestar de la sociedad. Esto no es de extrañar. El respeto por la propiedad privada y sus atributos, generan incentivos correctos: el propietario estará dispuesto a asumir riesgos e incurrir en los costos asociados, pues tiene la certeza de que podrá apropiarse de los frutos de su esfuerzo y trabajo y que tendrá la libertad para decidir cómo se usa y goza la propiedad (respetando las reglas que la sociedad ha

impuesto a través de la regulación). Si, por el contrario, el derecho de propiedad no es debidamente resguardado o se colectiviza, tales garantías se ven amenazadas y los incentivos se deterioran o simplemente se destruyen, mermando con ello la posibilidad de generar mayor riqueza, o de poner a disposición de la sociedad en su conjunto las habilidades y el esfuerzo que se requieren para prosperar.

Es por esto que una sociedad libre tiene normas jurídicas sobre la posesión, control y transferencia de propiedad. La medida y grado en que los derechos de propiedad son violados determinan la medida y grado en que los esfuerzos de las personas para adquirir la propiedad se reducen y con ello, el bienestar social.

A pesar de la evidencia tanto nacional, como internacional, hay quienes sostienen que los derechos de propiedad en nuestro país sólo se han erigido para proteger a quienes los detentan y que, en consecuencia, es preciso introducir cambios regulatorios para relativizar su resguardo. Coherentes con esta línea argumental, la propuesta de nueva constitución considera ajustes importantes al resguardo de este derecho, las que vulneran el derecho de dominio y que, de aprobarse, hipotecarían el progreso futuro de nuestro país.

Para establecer el real grado de protección a la propiedad privada que presenta Chile y, por tanto, evaluar en su mérito los ajustes contenidos en la propuesta de constitución a este derecho, un punto de partida es observar la normativa respectiva existente en aquellas sociedades que han alcanzado estándares superiores de desarrollo. Una vez constatado lo anterior, es necesario analizar de qué manera el borrador de nueva Constitución debilita la protección del derecho de propiedad y cuáles son las consecuencias de este debilitamiento. Lo anterior puede analizarse desde distintos ángulos, como el fin de la protección de la propiedad minera, de la propiedad de los bienes incorporales, de los distintos atributos del dominio y, sobre todo,

en el relajamiento del estatuto de expropiaciones.

En este esfuerzo, Libertad y Desarrollo organizó un conversatorio¹, donde los expositores Mauricio Rojas y

Arturo Fernandois realizaron un análisis de la relación entre protección al derecho de propiedad y el desarrollo de las naciones. A continuación, se presentan las transcripciones de ambas presentaciones.

1. Realizado el 28 de abril del 2022.

3. EXPOSICIÓN DE MAURICIO ROJAS²

El propósito de mi presentación es explorar la validez de la premisa en cuanto a que la protección del derecho de propiedad y avanzar hacia una sociedad más próspera, justa e igualitaria serían objetivos contrapuestos.

Para ello, presentaré los datos disponibles a nivel global sobre la relación existente entre protección del derecho de propiedad y metas de desarrollo equitativo. Posteriormente, expondré con más detalle un estudio sobre algunos de los países más destacados en ambos aspectos. Estos países son cuatro países nórdicos –Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia– que, además, han sido regidos durante largo tiempo o, al menos, han sido fuertemente influenciados por la socialdemocracia y un ideal de desarrollo que busca alcanzar altos niveles de justicia social e igualdad.

Como punto de partida, es clave entender que el dere-

cho de propiedad es un derecho complejo o, para decirlo con más exactitud, es un conjunto de derechos relativos a la posesión y disposición de un bien material o inmaterial. En este sentido, la fortaleza de la protección de la propiedad privada involucra todos aquellos ámbitos que la conforman y que pueden ser regulados y limitados de maneras muy diversas, tal como lo veremos más adelante.

A. Propiedad privada y desarrollo humano: panorama global

En mi análisis usaré 2 índices para la medición del grado de protección a la propiedad privada.

El primero de ellos, el *Índice de Protección del Derecho de Propiedad*, busca medir la real protección de

2. Para mayor detalle ver Rojas, M. (2021).

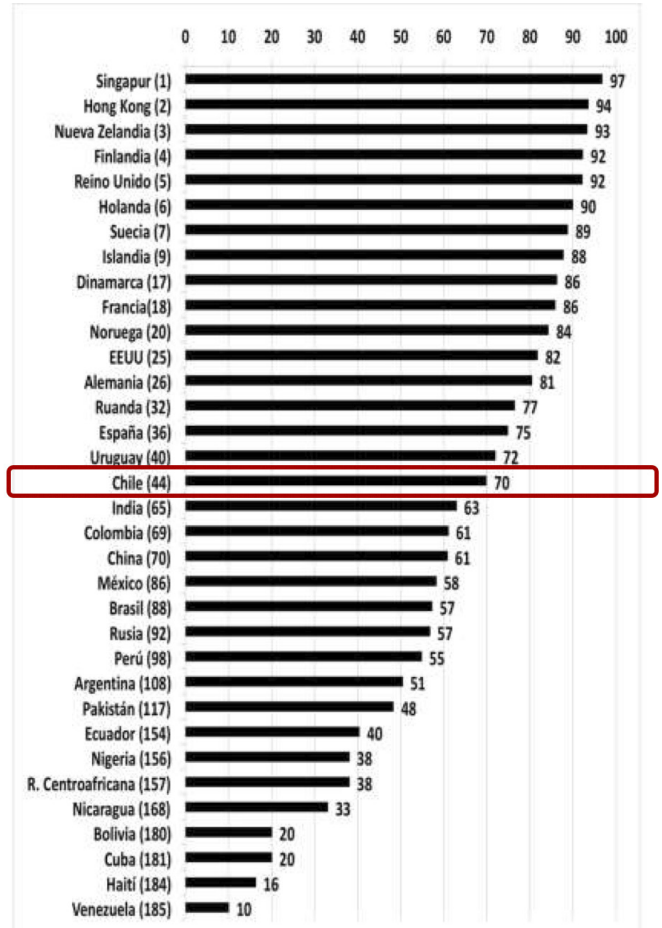
esta amplia gama de derechos complementarios, la cual está dada tanto por la legislación vigente, como por la capacidad real de hacerla valer a través de un sistema judicial expedito y confiable. Estos aspectos han sido cuantificados por uno de los institutos más reputados al respecto: la Heritage Foundation, la cual elabora el *Índice de Libertad Económica*³.

En el ranking que podemos hacer a partir de lo que informa este índice vemos que Chile está en el lugar 44 de los 185 países que están analizados en este informe (Gráfico N° 1). Ningún país desarrollado tiene menos protección del derecho de propiedad que Chile, todo lo contrario, todos tienen mucha más protección. Esto es importante de mencionar porque algunos tienen la idea de que en Chile hay una especie de sobre protección de la propiedad privada que estaría afectando la capacidad de alcanzar otras metas de desarrollo humano equitativo. Si algo indica esta primera aproximación, es que Chile debiera reforzar la protección del derecho de propiedad, acercándose a los países más desarrollados. Se puede ver que los países nórdicos, países muy admirados y conocidos por la calidad de su desarrollo, están en los primeros puestos de este ranking.

El segundo indicador que quiero mostrar es el *Índice sobre Desarrollo Humano ajustado por la Desigualdad* (IDHD⁴) elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Este índice es un poco distinto del informe más conocido del índice de Desarrollo Humano (IDH), ya que se introduce la variable de desigualdad. En este índice, los países nórdicos ocupan 5 de los 7 primeros lugares —solo Irlanda y Suiza están entremedio— lo que indica que son países que generan un desarrollo que se reparte de una forma

Gráfico 1

Puntaje obtenido en el Índice de Protección del Derecho de Propiedad (0 protección mínima; 100 protección máxima)



Nota: El índice elaborado por *Heritage Foundation* abarca 185 países y va de 0 (protección inexistente de la propiedad) a 100 (su grado máximo). Entre paréntesis, la ubicación del país respectivo en el índice.

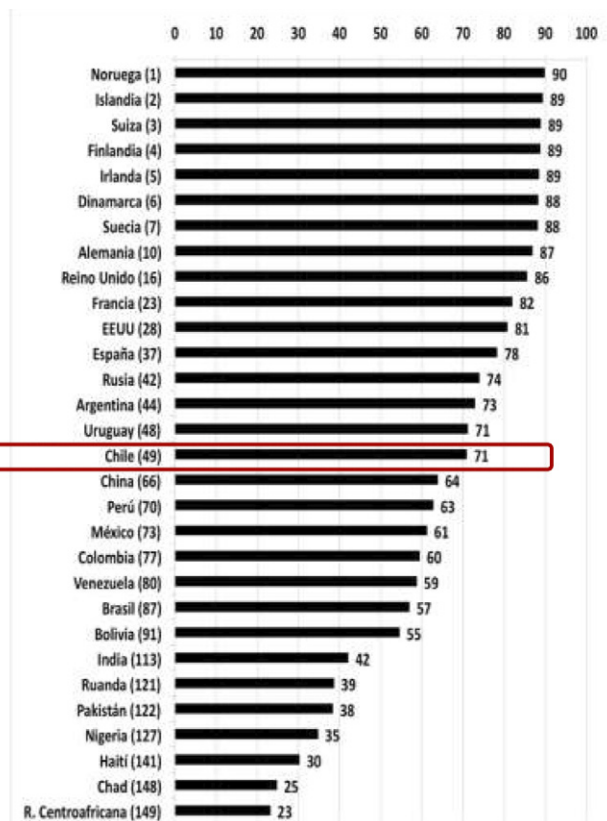
Fuente: *The Heritage Foundation* (2020). *Index of Economic Freedom*.

3. The Heritage Foundation (2020). Index of Economic Freedom (<https://www.heritage.org/index/>).

4. PUND, Informe sobre Desarrollo Humano 2020 (<http://report.hdr.undp.org/index.html>). Este ajuste por la desigualdad se hace para cada una de las categorías usadas para elaborar el Índice de Desarrollo Humano (IDH). Es por ello una forma más amplia de introducir la variable desigualdad que lo que sería si sólo se considerara el Gini de la distribución del ingreso.

Gráfico 2

Puntaje obtenido en el Índice de Desarrollo Humano ajustado por la Desigualdad (IDHI; 1 nivel más bajo, 100 nivel más alto)



Nota: Este índice abarca 153 países y va de 0 (mínimo de grado de desarrollo humano) a 100 (máximo grado de desarrollo humano). Entre paréntesis, su ubicación del país respectivo en el índice.

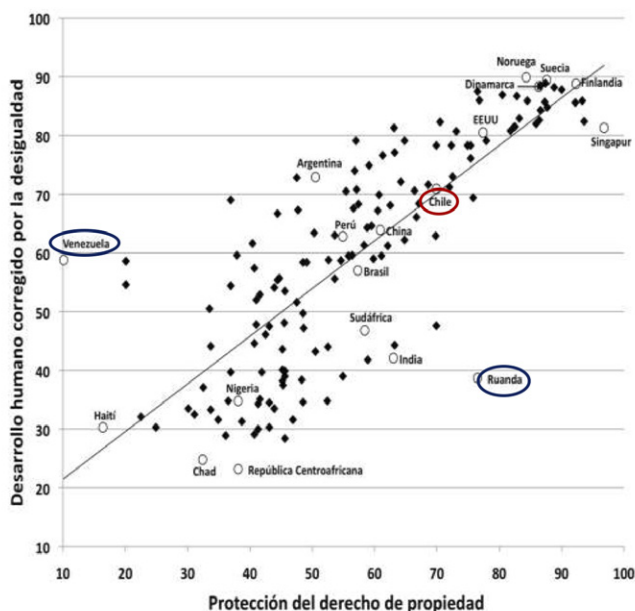
Fuente: PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2020.

mucho más igual, comparativamente, que en otras partes (Gráfico N° 2). Chile se ubica en el lugar 49 del ranking de 153 países.

Cuando se cruzan los dos índices anteriores, generando un diagrama de dispersión para los 149 países sobre los que tenemos información, se observa una elevada correlación entre la protección del derecho de propiedad y el desarrollo humano corregido por la desigualdad, representado por un elevado coeficiente de correlación (de 0,8) (Gráfico N° 3).

Gráfico 3

Nivel de desarrollo humano corregido por la desigualdad y grado de protección del derecho de propiedad (0 más bajo; 100 más alto)



Fuente: Elaboración propia en base a información de PNUD (Informe sobre Desarrollo Humano, 2020) y *The Heritage Foundation (Index of Economic Freedom, 2020)*

Como se puede observar, aunque elevada, la correlación entre ambos indicadores no es perfecta y se divisan algunos casos aislados interesantes a analizar. En el gráfico, Chile está indicado en un círculo rojo y se ubica en la parte media alta en ambos aspectos considerados. Esta ubicación en cuanto a la protección de la propiedad y desarrollo sorprende, ya que existe la idea de que nuestro orden jurídico y nuestro sistema institucional han creado unos resguardos excepcionalmente fuertes de la propiedad privada. Sin embargo, nada avala semejante conclusión. De acuerdo a los datos que estamos usando

Chile ocupa el lugar 44 en la protección del derecho de propiedad, muy por detrás de los tan admirados “países socialdemócratas” del norte de Europa y, en general, de cualquier democracia desarrollada. Por tanto, si algo se podría concluir a partir de la evidencia internacional presentada es que Chile, para seguir progresando, requiere un fortalecimiento del derecho de propiedad y no lo contrario.

También he marcado dos países que llaman la atención. Uno de estos es Venezuela, que todavía está ubicado en la sección media en relación al desarrollo humano, pero que obtiene la peor calificación por la protección del derecho de propiedad junto con Corea del Norte. A pesar de un deterioro sin precedentes de sus condiciones de vida, a Venezuela aún le quedan recursos del desarrollo anterior, por lo cual no ha caído todavía a aquel nivel que corresponde a la condición de “ninguna protección del derecho de propiedad” que tiene este país.

El otro país a mencionar es Ruanda, que presenta una alta protección de la propiedad, pero bajo desarrollo humano. Su posición se explica, por un lado, por la situación extraordinariamente desastrosa que tuvo Ruanda en 1994 producto del genocidio y, por otro, por la institucionalidad que se instauró con posterioridad que resguarda fuertemente el derecho de propiedad y ha logrado un desarrollo extraordinario, al cuadruplicar su ingreso per cápita desde 1994 a 2019⁵. Por lo tanto, si bien en este gráfico aparece como que contradeciría la tesis acá planteada, en realidad si uno estudia más cerca su realidad, más bien la confirma.

Por tanto, como visión general se puede concluir que, a más protección de la propiedad privada, mayor desarrollo humano corregido por la desigualdad.

B. Protección del derecho de propiedad en las constituciones de los países nórdicos

Los países nórdicos son países muy nombrados en la discusión pública, una especie de utopía para muchos, aunque parece no están muy bien informados de cómo funciona esa utopía. Veamos con más detalle qué pasa con el derecho de propiedad en estos países clásicamente socialdemócratas, donde la social democracia ha tenido un peso político extraordinario: la posición de los países nórdicos es notablemente alta en ambos indicadores, especialmente en lo referente al IDHD en el que ocupan cinco de los siete primeros lugares. Se trata de verdaderos modelos de desarrollo que han hecho de altos niveles de resguardo del derecho de propiedad un elemento central de su éxito como sociedades avanzadas e igualitarias.

El derecho de propiedad forma parte de los derechos esenciales consagrados en los textos constitucionales de todos los países nórdicos. El tenor de los mismos sigue la claridad y contundencia del texto fundacional de la gran tradición occidental de los derechos humanos, a saber, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, que en su artículo 17 contiene el texto clásico sobre la defensa del derecho de propiedad y que va a inspirar a todo el derecho europeo al respecto. El artículo 17 de la Declaración habla de que la propiedad es sagrada y dice que en caso de tener que expropiarse una propiedad, debe recibirse una compensación previa y justa. Justo es un término muy relativo. Suena bien, pero mañana el gobernante de turno o quien haga la ley puede decir que “justo” es recibir nada, porque la justicia es algo que no tiene esa precisión. En todo caso, el célebre texto francés señala lo siguiente:

5. Calculado en USD a precios internacionales constantes de 2011 y paridad de poder adquisitivo. (<https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.PP.KD?locations=RW>).

Artículo 17. “Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente y bajo la condición de una indemnización previa y justa.”

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia.

Comienzo por el texto más antiguo, que es el la Constitución de **Noruega** de 1814, muy influenciada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789, ya que en ella, así como en todas las demás constituciones nórdicas, se habla de “compensación plena”, lo cual tiene un sentido mucho más claro y fuerte que “compensación justa”.

Artículo 105. “Si el Estado requiere para su uso público que alguien renuncie a su propiedad mueble o inmueble, él o ella debe recibir una compensación plena del erario fiscal”⁶.

Constitución de Reino de Noruega

Si uno va a la Constitución de la República de Finlandia, mucho más moderna (año 2000), también está la “plena compensación” como el elemento clave en temas de propiedad y la expropiación que eventualmente podría producirse (artículo 15:2).

Artículo 15:2. “La propiedad de cada uno está protegida. La expropiación de la propiedad por motivos de necesidad pública y con plena compensación será materia de ley”.

Constitución de la República de Finlandia

Miremos ahora la Constitución del Reino de Dinamarca que tiene dos incisos muy interesantes. El primero esta-

blece, igual que las constituciones de Noruega y Finlandia, la compensación plena, que es una línea inalterable en todas las constituciones de los países nórdicos, pero, además, en caso de que se dicte una ley expropiatoria, una tercera parte de los miembros del parlamento tiene el derecho a pedir la suspensión de la aplicación de la ley hasta que no se realice una nueva elección parlamentaria, que vuelva a aprobar la ley en cuestión. Este es un tipo de protección que no existe en muchas otras partes y le confiere un estatus privilegiado al resguardo del derecho de propiedad, ya que dos parlamentos distintos deben aprobar la misma ley para que esta sea aplicable.

Artículo 73:1. “El derecho de propiedad es inviolable. Nadie puede ser obligado a renunciar a su propiedad, excepto cuando así lo requiere el bien común. Ello sólo puede hacerse por mandato de la ley y con una compensación plena”.

Artículo 73:2. “Cuando se aprueba una propuesta de ley concerniente a una expropiación, una tercera parte de los miembros del parlamento puede pedir, dentro del plazo de tres días hábiles desde su aprobación definitiva, que sea presentada para su promulgación real sólo después de una nueva elección parlamentaria y de su confirmación por el nuevo parlamento reunido”.

Constitución del Reino de Dinamarca

Este tipo de protección existe en Suecia para cualquier reforma constitucional, es decir, la Constitución no puede reformarse por un solo parlamento, sino que para que se apruebe una reforma constitucional debe haber una elección intermedia y, por lo tanto, un nuevo parlamento. La Constitución del Reino de Suecia es más moderna y más larga -hay una tendencia que, mientras más modernas, más larga son las constituciones- y se contempla como regla la plena compensación. Adicio-

8. Esta y todas las traducciones de los textos que se citarán en el resto del presente trabajo son de mi responsabilidad.

nalmente, no solo se protege la expropiación, sino que también el limitar el uso de la propiedad. Por lo tanto, cualquier expropiación o cualquier disminución o daño en relación al valor de la propiedad implicada, exige una compensación plena. Más interesante aún, cuando se discutió qué era la compensación plena en la Ley de Expropiación (1972:719;4:1) reformada del año 2010, se establece que la compensación debe ser del 125% del valor comercial, es decir, se establece una sobrecompensación, ya que se plantea que hay que diferenciar entre lo que sería la venta voluntaria de un bien y la venta involuntaria forzada como en el caso de la expropiación. Es decir, el valor comercial no correspondería, en este caso, al valor por el cual el dueño de una propiedad estaría realmente dispuesto a enajenarla de manera voluntaria. Por lo tanto, debe haber una sobrecompensación, porque hay una violación de la voluntariedad en la transacción, penalizar la intervención forzosa del Estado.

Artículo 73:1. “La propiedad de cada uno está protegida por el hecho de que nadie puede ser obligado a renunciar a su propiedad en favor de alguna institución pública o de algún particular mediante una expropiación u otro procedimiento similar o aceptar que una institución pública limite su uso del suelo o edificaciones excepto cuando ello se requiera para atender importantes intereses públicos”.

“A quien sea forzado a renunciar a su propiedad mediante una expropiación o algún procedimiento similar se le garantizará una plena compensación por su pérdida. También se le garantizará una compensación a quien vea limitado por una decisión pública el uso del suelo o edificaciones de manera tal que la actual utilización de los mismos se vea sustancialmente dificultada o cause un daño de significación en relación al valor de la parte involucrada de la propiedad”.

Constitución del Reino de Suecia (RF)

En Dinamarca, así como en Finlandia y Noruega, no existe esta sobrecompensación, sino que existe una compensación plena del valor comercial. Adicionalmente, en Dinamarca también se agregan todos los costos que puedan derivar de la expropiación o la limitación del uso de la propiedad: gastos de abogados; costo real de reemplazar el bien afectado por uno equivalente (esto es muy interesante, porque si la casa que se expropió costaba \$100 millones, pero yo no puedo conseguir una casa equivalente que no sea por menos de \$150 millones, la compensación plena son \$150 millones); las molestias causadas por el hecho de tener que cambiarse (como la mudanza); eventuales pérdidas (por ejemplo, porque se pierden clientes); e incluso se establece la compensación no solo a los propietarios, sino también a quienes arriendan un local comercial o quienes arriendan una vivienda también son perjudicados y tienen derecho a la compensación. Por su parte, las reglas noruegas son parecidas a las danesas, pero acentúan aún más el costo real de reemplazar la propiedad por una equivalente, no sólo en cuanto a su valor comercial, sino también en su capacidad de proporcionar un beneficio económico similar. Por último, en Finlandia se siguen los mismos principios, pero incluso se considera el perjuicio que otros, como a los vecinos, puedan llegar a sufrir de las medidas adoptadas.

Esta es la realidad de estados plenamente socialdemócratas que alcanzan el más alto nivel de desarrollo humano considerado la igualdad también. En otras palabras, para los nórdicos la propiedad privada es realmente privada y no una especie de bien público puesto al servicio de finalidades ajenas a los intereses legítimos, es decir, ajustados a la legalidad vigente de su dueño. Se trata, por tanto, de un resguardo muy amplio y fuerte de la propiedad privada en cuanto tal, que no sólo no ha impedido la realización de metas muy exigentes de progreso humano y equidad social, sino todo lo contrario.

4. EXPOSICIÓN ARTURO FERMANDOIS

Comencemos por el origen. El derecho de propiedad privada es una conquista de la Revolución Francesa; no es algo que haya existido desde siempre reconocido en los ordenamientos jurídicos occidentales ni menos en las constituciones. Éstas nacían simultáneamente con este proceso. Efectivamente el derecho ya era conocido en el derecho romano, con una configuración naturalmente distinta. Sin embargo, en el mundo moderno, la protección de la propiedad es una creación de la Revolución Francesa, específicamente, del artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, poniendo así fin a la propiedad feudal y la propiedad real.

¿Por qué considero que la propiedad es un derecho conquistado para la nueva organización democrática de los Estados modernos? El libro “Measuring America”⁷, de

Linklater, explica muy bien la primera gran experiencia de creación de propiedad privada sobre tierras en la historia, que tuvo lugar en Norteamérica en los siglos XVII y XVIII. Consistió en la distribución de suelos durante la colonización de Estados Unidos. Este ejercicio fue realizado en conjunto con la Corona Británica, asignando propiedades individuales en cantidades gigantescas a los colonos. Porque la propiedad privada no es realmente una realidad existente desde siempre. Es cierto que se trata de un derecho natural —como se afirmó durante la Revolución Francesa— sagrado y humano, pero requiere de un esfuerzo jurídico que lo plasme en los ordenamientos. De lo contrario, sin este paso, volveríamos a las propiedades estatales, reales, feudales, etc.

La propiedad bien definida otorga facultades jurídicas e

7. Linklater, Andro (2003).

incentivos económicos para el progreso de las naciones. Esto no es sólo un decir; mucha literatura especializada respalda el punto. Comencemos con el premio Nobel de economía Douglas North, quién junto con el profesor Robert Paul Thomas, en 1973, con su famoso libro “The Rise of the Western World: A New Economic History”⁸, demostraron que la propiedad es trascendental para la prosperidad. Sigamos luego con autores más recientes, como Besley y Ghatak⁹ en la década de 2000; O’Driscoll y Hoskins en 2006¹⁰ o Galiani y Schargrods-ky en el 2003¹¹, Todos ellos han analizado elementos centrales de la garantía jurídica de la propiedad e identificado los efectos que producen en la economía y en la prosperidad de los países. Aquí, el concepto central es que, cuando el derecho de propiedad está bien definido por el ordenamiento jurídico, la persona, en su esfera de libertad, puede estar cierta de cómo se usan los recursos que le pertenecen y si puede o no apropiarse de los resultados que genera para su propio bien. La posibilidad de aprovechar los beneficios genera resultados económicos y sociales muy distintos que los producidos por el riesgo de que esos beneficios vayan a terminar en otras manos.

La propiedad confiere dos garantías centrales a su titular: por una parte, se ubican las facultades de uso, goce y disposición. Y por otra, emerge la certeza de que la propiedad va a permanecer indefinidamente, lo que llamamos el atributo de la perpetuidad. O sea, quien es propietario puede confiar, tiene la certeza de que tiene la facultad de poder decidir respecto de un bien corporal o incorporal, pero además el ordenamiento le otorga certidumbre de que respetará esta situación, que ella permanecerá en el futuro, lo que ordena las decisiones jurídicas y económicas del propietario.

Un estudio muy interesante de los mismos Besley y

Ghatak en 2010 concluye que una indefinición del derecho de propiedad o una mala regulación del mismo, en el sentido de que estos dos factores queden en la incerteza o sean limitados, produce los siguientes problemas:

- 1.** Inhibe la inversión, porque no habrá claridad de que lo producido por dicha inversión será efectivamente apropiado por el titular. Mientras menos definida esté la propiedad, menos incentivo habrá para la inversión.
- 2.** Aumentan los costos de defensa de la propiedad. Volviendo a Chile, este fenómeno se intensificará enormemente de aprobarse la nueva Constitución si esta aumenta la incerteza del derecho, porque ya no solo habrá que pagar los impuestos que corresponda por ser el titular de un derecho de propiedad, sino que además, será necesario defender dicho derecho de propiedad, lo que afecta naturalmente la conducta económica del titular.
- 3.** Impide o deteriora las transacciones comerciales. Sin claridad sobre el grado de protección otorgado por el sistema jurídico respecto de un determinado bien, entonces no habrá seguridad de poder celebrar los contratos comerciales más típicos que mueven el emprendimiento, el comercio y la actividad económica, como la compraventa, la hipoteca o las donaciones.
- 4.** Se deteriora el flujo económico porque no hay certeza sobre las garantías. Esto es interesante desde el punto de vista jurídico, ya que no se puede constituir una garantía real, de un inmueble, o bien una prenda en favor del posible acreedor sobre un bien sobre el cual no hay propiedad cier-

8. North, Douglass y Thomas, Robert Paul (1973).

9. Besley, Timothy y Ghatak, Maitreesh (2010).

10. O’Driscoll, Gerald y Hoskins, Lee (2006).

11. Galiani, Sebastian y Schargrods-ky, Ernesto (2010).

ta y plena. El mundo financiero tiene esto muy claro: cuando los bancos piden antecedentes de la propiedad, quieren saber precisamente cuán cierto va a ser que la garantía permanecerá en manos del deudor o qué problemas jurídicos tiene.

Para quienes somos abogados es muy interesante aprender cómo los economistas toman factores que muestran la relación entre, por una parte, el grado de definición y protección del derecho de propiedad y, por otra, el PIB per cápita de distintos países del mundo. Los resultados son sorprendentes. A mayor protección del derecho de propiedad, mayor ingreso per cápita en los países¹². La certeza sobre el derecho también se proyecta sobre los niveles de inversión. Existe un estudio de Galiani y Schargrodsky¹³ en Argentina, y otro de Besley¹⁴, recogidos por el libro de Larraín y Urzúa “Constitución y Desarrollo”¹⁵, sobre la economía informal, que demuestran que en comunidades rurales en Argentina, en un caso, y en Ghana, en otro caso, aquellos titulares que eran capaces de obtener reconocimiento de títulos formales fueron quienes invirtieron más en su propiedad. En cambio, aquellos que el ordenamiento no les reconocía el derecho de poder regularizar su propiedad formalmente, invirtieron significativamente menos.

Existe un indicador elocuente en Chile en torno a la derogación del Decreto Ley N°600, llamado Estatuto sobre Inversión Extranjera, (DL 600), un instrumento jurídico fundamental en Chile desde año 1974 en adelante que, básicamente, otorga acceso a dólares, garantiza una invariabilidad tributaria y opera como una suer-

te de contrato ley que obliga explícitamente al Estado a cumplir las condiciones que ahí se pactaron. Antes de la derogación de este DL 600 (2016), en Chile se venían invirtiendo aproximadamente US\$24.000 millones al año. Pero en 2015, cuando ya se sabía que el DL iba a derogarse, la inversión cayó a US\$20.000 millones. El DL 600 reforzaba el compromiso del país para cumplir o mantener estable su régimen regulatorio. Al dejar el DL 600 de estar formalmente en vigencia el 1 de enero de 2016, la inversión cayó a cifras en torno a US\$12.000 millones y el 2017 nuevamente se redujo al orden a US\$7.000 millones¹⁶. Alguien se preguntará, ¿tiene algo que ver esa drástica caída con la derogación del DL 600? Es obvio que la certeza en el estado de derecho y en la estabilidad de las reglas es vital para la inversión extranjera, para la inversión en general, y que la inversión es fundamental para el desarrollo.

¿Qué está haciendo la Convención al respecto? ¿Cuánto hay de cierto que está repitiendo fórmulas que tienen las Constituciones más desarrolladas? ¿Y cuánto hay de cierto que está incorporando elementos peligrosos? Se nos acusa muchas veces de que estamos haciendo un escándalo y que el texto propuesto no estaría corriendo tal peligro. Voy a tratar de explicar por qué creo que sí es peligroso de lo que se está debatiendo en la Convención Constitucional¹⁷.

Recordemos que hoy la Constitución protege la propiedad en varias dimensiones. Primero, afirma que el derecho de propiedad se reconoce sobre toda clase de cosas corporales e incorpóreas, o sea, la propiedad que

12. Besley, Timothy y Ghatak, Maitreesh (2010) en Larraín, Felipe y Urzúa, Sergio (2022).

13. Galiani, Sebastian y Schargrodsky, Ernesto (2010).

14. Besley, Timothy (1995).

15. Larraín, Felipe y Urzúa, Sergio (2022).

16. Banco Mundial (2019) en Larraín, Felipe y Urzúa, Sergio (2022).

17. El borrador definitivo de Constitución conservó prácticamente inalterados los elementos que el autor identifica como preocupantes en el debate constitucional, al momento de su presentación.

se puede percibir por el intelecto, que no es corpórea, es decir, derechos, contratos, propiedad intelectual. En segundo lugar, cuando prohíbe la expropiación sin indemnización, señala que no se puede privar de la propiedad ni de sus atributos o facultades esenciales. ¿Qué consigue una persona con seguir siendo propietaria si una ley o reglamentación administrativa reduce de tal forma sus facultades o atributos esenciales que, en definitiva, queda como un simple espectador? Esta es la conclusión a que llegamos del análisis del texto de la Convención, en el informe aprobado el lunes por la Comisión de Derechos Fundamentales. Ya no se protegen los atributos ni facultades esenciales del dominio, que es una frase necesaria —a mi juicio— para proteger de los fenómenos de las regulaciones expropiatorias. Sorpresivamente, la “función social” está saliendo del plano de la regulación: un concepto que entra a la Constitución chilena en 1967 y que persigue un balance entre el derecho del titular y los deberes del propietario.

Ahora bien, el aspecto más importante de la regulación actual es el Estatuto Constitucional de Expropiación. La propiedad está protegida mediante un estatuto justo a la expropiación. Pero digo “justo” no tanto en relación a la justicia, sino porque se trata de cinco garantías muy ajustadas y precisas:

1. Se requiere una ley que la autorice.
2. Se requiere que la expropiación sea de utilidad pública o de interés nacional.
3. La indemnización se fija de común acuerdo o por los tribunales ordinarios de justicia.
4. El pago debe ser al contado y en efectivo.
5. Además, hay un derecho a que el Estado no tome posesión material del bien expropiado sin pago previo a esa toma de posición.

¿Qué queda hoy de esto en el borrador aprobado? Primero, desaparecen los cinco incisos sobre propiedad minera. Hoy la propiedad minera tiene un estatuto especial en que el Estado es el dueño absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todos los minerales, pero en que al privado se le otorga una concesión de exploración y explotación que está protegida por el derecho de propiedad. Esto explica la inversión extranjera gigantesca en minería. Todos estos incisos salen y van a ser regulados de otra forma por la Comisión de Medio Ambiente, que está declarando que todos estos bienes no solo son propios del Estado, sino que añade expresamente que no hay propiedades sobre las autorizaciones administrativas. O sea, un golpe letal a la certeza jurídica, porque en rigor, las autorizaciones administrativas pueden ser revocadas y son esencialmente transitorias.

Pero vamos a la propiedad común. Primero, en la propuesta de nueva Constitución desaparece la frase que protege la propiedad sobre las cosas incorpóreas, existente hoy en el artículo 19 N°24. Ante la crítica, se ha intentado refutar argumentando que la frase subsistente, en el sentido que el derecho se ejerce “sobre toda clase de bienes” incluiría las cosas incorpóreas. Entonces, si eso es así, ¿por qué extraer la mención a bienes corpóreas e incorpóreas? ¿Hay una especie de resistencia a la propietariosación de los derechos? Si esta es puramente una discusión de derecho administrativo, quizás el asunto podría parecer indiferente. El problema es que también en la contratación con el Estado puede afectarse la certeza jurídica. Porque si en adelante un contratante con el Estado no podrá invocar el derecho de propiedad sobre los derechos —esa que actualmente le confiere un contrato de concesión— entonces el titular estará desprotegido frente a los tribunales. Esto, ante eventuales actos potestativos de su contraparte estatal, estén o no previstas en el contrato: terminaciones anticipadas, caducidades, revocaciones, invalidaciones.

Tenemos un segundo problema, y es el más grave de todos: el de la expropiación. Aquí hay un cambio tras-

cedente y negativo, en torno al concepto mismo de la indemnización expropiatoria. La Constitución vigente en su artículo 19 N° 24 ordena indemnizar el “daño patrimonial efectivamente causado”, es decir; el valor real, completo, de mercado, de un bien, que incluye daño emergente y lucro cesante, sin daño moral. La Constitución de 1925, incluso en su texto original del artículo 10 N° 10, disponía que la indemnización para el expropiado será aquella “que se ajuste con él o el que se determine en el juicio correspondiente”. Ahora, el artículo 78 de la propuesta de nueva Carta, afirma que el afectado tiene derecho “a que se le indemnice por el justo precio del bien expropiado”. El valor de mercado se reemplaza por el “justo precio”. ¿Cuál es el sentido de este cambio?

Es cierto que algunas constituciones extranjeras, o las cartas de derechos, aluden repetidas veces a que la propiedad puede ser expropiada por el Estado con el pago de una indemnización justa. En Estados Unidos, es lo que dispone con una variante la Quinta Enmienda, “*just compensation*”. Es decir, debe ser justa, pero a la vez, una compensación, no un “precio”. En España es “la correspondiente indemnización”. En Alemania, efectivamente se ordena tener en cuenta “los intereses de la comunidad y de los afectados”, pero las leyes respectivas respaldan el valor de mercado en este balance. En otros países las fórmulas constitucionales apuntan a que el legislador tenga un margen reducido, orientados al valor real, sin manipulaciones legislativas. En Croacia es derechamente “valor de mercado” en la misma Constitución, por ejemplo; en Finlandia la indemnización debe ser “total”; incluso en Rusia, “equivalente”, etc.

¿Y qué hizo la Convención? Transita hacia el confuso y vago “precio justo”, cuya mala interpretación sería permitir a la ley alejarse del valor de mercado. Este es un retroceso, porque en Chile la ley N° 16.615, aquella reforma constitucional de 1967 dictada para permitir la agresiva reforma agraria de la época, autorizó expropiaciones con indemnización equivalente al “avalúo vigente” (monto fijado por el mismo Estado), “con una parte

al contado” —sin indicar cual— “y en cuotas en un plazo no superior a treinta años”, y rematando “en la forma y condiciones que la ley determine”. Y sabemos que la ley recurrió nada menos que al pago, no en dinero, sino en bonos emitidos por el propio Estado, los llamados “Bonos CORA”. Es decir, un abuso completo, un despojo, una confiscación impune de la propiedad rústica.

Ese precedente, que tanto mal le hizo a Chile en su prestigio jurídico, no se encuentra tan lejano en la historia. Sucedió acá, no en un país remoto.

Por eso sostenemos que la Constitución debe conservar el concepto de daño patrimonial efectivamente causado a la hora de determinar la expropiación. Es la noción precisa que ha dado certeza y ha funcionado bien. Los tribunales lo aplican, el Estado expropia cuando lo necesita y al dueño se le paga lo que corresponde. O bien, la Convención podría recurrir a fórmulas de otras constituciones, por ejemplo, tal como recordaba hace un minuto, en Grecia exige indemnizar el valor que posee la propiedad, en Croacia se habla derechamente del valor de mercado, y hasta en Rusia ya sabemos que es “valor equivalente”. Y numerosos países —pero no la Convención— exigen al Estado desde luego, el pago previo, al contado, en dinero efectivo.

¿Qué está estableciendo el texto actual de la Convención? Está afirmando que debe pagarse el precio justo. Después de un debate al interior de la Comisión, se logró que el pago fuera previo a la toma de la posición material, que es un elemento central de la justicia. Sin embargo, el texto no exige pago al contado; luego, la determinación del precio justo queda sujeta a una discrecionalidad del legislador. Ustedes dirán: el futuro legislador democrático, central en una democracia, tomará las decisiones correctas. Pero este no es un problema de confianzas, es un problema anterior: ¿para qué se redacta un texto constitucional? Uno de los objetivos primarios de una Constitución es establecer un acuerdo transversal sobre determinados asuntos, que den garan-

tía estable hacia el futuro. Y este es precisamente uno de aquellos asuntos sensibles. ¿Qué se le va a pagar a la persona expropiada? ¿Por qué vamos a delegar al legislador elementos centrales de la protección de la propiedad, aquel relativo a la indemnización de la expropiación?

La literatura económica considera precisamente los factores de “riesgo de ser expropiado” y la capacidad del Estado de proveer el cumplimiento de contratos y el Estado de Derecho o “Rule of Law” y los cruza con la prosperidad económica, obteniendo resultados claros: hay menos prosperidad económica cuando hay más riesgo de ser expropiado¹⁸.

Reflexiones

En síntesis: ¿por qué la Convención está eliminando el contenido de la función social como está hoy? En 1967 se incorporó la función social como límite de la propiedad, el que contiene varios elementos, como utilidad pública, salubridad pública, protección del patrimonio ambiental, entre otros. La Constitución de 1980 los conservó en lo esencial, con leves cambios.

¿Por qué la Convención Constitucional está eliminando dicho contenido cuando ya está asentado en la jurisprudencia? ¿Cuál es el núcleo esencial de la propiedad y cuáles son sus limitaciones? Si bien el texto definitivo mantuvo la función social, junto a la “función ecológica” como parte de los “límites y deberes”, desapareció la explicitación de sus elementos integrantes de utilidad pública, salubridad pública, seguridad nacional, conservación del patrimonio ambiental, y la más flexible “cuanto exijan los intereses de la nación”. ¿Significa que ahora cualquier preocupación del legislador podrá enar-

bolarse como función social o ecológica para limitarla? Este cambio de técnica prescinde —hasta diría desprecia— toda la jurisprudencia constitucional previa sobre función social.

Por último, el texto aprobado por la Comisión de Derechos Fundamentales contiene un elemento que es peligroso. Cuando afirma que el afectado de una expropiación podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio —está muy bien, porque proviene de la Constitución de 1925— o del monto de la indemnización —esto es un acierto logrado precisamente luego de un intenso debate— se cambió, sin embargo, la sede jurisdiccional que conocerá de las controversias. Ahora serán “los tribunales que fije la ley” en lugar de “los tribunales ordinarios”, como lo exige la actual Carta y la Constitución alemana, por ejemplo. Esto no es irrelevante, porque si el legislador puede crear tribunales especiales, al caso, caprichosamente, en un determinado momento, esto produce menos garantías que la estructura general del Poder Judicial, con su sistema de tribunales independientes. Y esto ha ocurrido en el pasado: en Chile, los tribunales agrarios y mineros se crearon precisamente como una forma de favorecer implícitamente los procesos de expropiación.

Creo que hay que llamar a la Convención a no alterar aquellos aspectos que han funcionado bien en el estatuto de la propiedad. Sabemos que hay un debate sobre los recursos naturales, propiedad minera, aguas, etc. Pero, ¿por qué alterar el centro de la propiedad común y la propiedad de los contratos? ¿Por qué revertir instituciones que están ya asentadas en la jurisprudencia y que han producido un marco adecuado para que Chile se desarrolle? Eso me parece una obsesión, casi de revancha, sin evidencia científica ni jurídica.

18. Entre otros, Kaufmann (2013) en Larraín, Felipe y Urzúa, Sergio (2022).

5. COMENTARIOS FINALES

La libertad genera prosperidad, desata el talento y la innovación humana, creando riqueza. La prosperidad de las sociedades libres se produce, en buena medida, gracias al intercambio voluntario entre sus miembros. El derecho de propiedad privada es un pilar fundamental de ese intercambio o flujo voluntario y un elemento esencial de la libertad.

En efecto, sin propiedad no puede haber libertad, porque desaparece el ámbito de cosas sobre las cuales la persona puede ejercer su iniciativa, sin temer la intervención arbitraria de terceros. La consecuencia de levantar la protección de este espacio de indemnidad es que las personas pierden la posibilidad de beneficiarse de los resultados de sus esfuerzos e iniciativas. De este modo, los países que cuentan con una protección de la propiedad más débil ofrecen menos incentivos al esfuerzo y la creatividad, estancando

sus economías y creando menos riquezas para todos.

Una sociedad libre tiene normas jurídicas que resguardan el derecho de propiedad y regulan la posesión y transferencia del dominio. La medida y grado en que los derechos de propiedad son vulnerados determinan la medida y grado en que se reducen los esfuerzos de los sujetos para adquirir, conservar y generar riqueza a partir de la propiedad. Las iniciativas parlamentarias y constitucionales antes referidas son un ejemplo de cómo se lesionan estos derechos y, con ello, el bienestar de la sociedad. El shock temporal por el que atravesamos no debe convertirse, por la vía de horadar la certeza jurídica y las libertades de las personas, en una oportunidad para que este problema transitorio se transforme en uno permanente. Para ello es esencial no perjudicar las bases y condiciones que permiten a una sociedad progresar, cuestión a la que se abocan estas equivocadas y populistas iniciativas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Besley, Timothy (1995). Property rights and investment incentives: Theory and evidence from Ghana. *Journal of Political Economy*, 103(5), pp. 903–937.

Besley, Timothy y Ghatak, Maitreesh (2010). *Property Rights and Economic Development*. En Dani Rodrik and Mark Rosenzweig, editors: *Handbook of Development Economics*, Vol. 5.

Galiani, Sebastian y Schargrodsky, Ernesto (2010). Property Rights for the Poor: Effects of Land Titling. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1544578.

Larraín, Felipe y Urzúa Sergio (2022). *Constitución y Desarrollo: Argumentos económicos para aprobar o re-chazar*. Ediciones Universidad Católica de Chile.

Linklater, Andro (2003). *Measuring America: How the United States Was Shaped by the Greatest Land Sale in History*. Septiembre.

North, Douglass y Thomas, Robert Paul (1973). *The Rise of the Western World: A New Economic History*. New York: Cambridge University Press.

O’Driscoll, Gerald y Hoskins, Lee (2006). The Case for Market-Based Regulation. *Cato Journal*. Cato Institute, vol. 26 (3), pp. 469-487.

Rojas, Mauricio (2021). Propiedad privada, Desarrollo e Igualdad: Panorama Global y Experiencia Nórdica. Centro de investigación de Empresa y Sociedad (CIES). Universidad del Desarrollo. Serie Debates Públicos N°18. Enero.