

18- J.C. de B. - publico
Luzman / 1988

DELIMITACION Y PRIVACION DEL DOMINIO EN LA CONSTITUCION DE 1980

JOSE LUIS CEA EGASIA
Profesor de Derecho Político
y Constitucional

1. INTRODUCCION

En autorizada doctrina¹ se ha sostenido que el régimen jurídico chileno en punto a la propiedad privada fue libre hasta 1925, limitándose en su ejercicio por la ley, el derecho ajeno y la voluntad del dueño, identificándose los intereses del individuo titular de ese derecho subjetivo con los intereses de la sociedad estatal. Como desenlace de un subyacente proceso, desde la Constitución de 1925 el ordenamiento positivo fue configurando la propiedad privada restringida por motivos públicos y no únicamente privados, desvinculándose los intereses del dueño y de la comunidad en cuanto ambos podían ser distintos y contrapuestos. En la reforma a la Carta Fundamental introducida en enero de 1967, inauguró el estatuto de la propiedad privada delimitada por la función social, surgiendo el deber objetivo del dueño correlativo a su derecho subjetivo, esto sin perjuicio de la ampliación de la potestad expropiatoria que permitía al Estado cambiar el orden social, no sólo mantenerlo y hacerlo progresar como lo declaraba el texto original de 1925.

En la Constitución de 1980 se encuentra la cuarta y última capación jurídica de la evolución bosquejada, caracterizada por la vigorosa protección del contenido esencial de la propiedad, privada, aunque circunscrita en su ejercicio por la función social, a la vez que contemplando la expropiación en plenitud indemnizada como método, en principio único, para privar del dominio. Consiguientemente, la Carta Fundamental en vigor contiene una preceptiva que, en lo concerniente a las delimitaciones objetivas, es coherente con la tercera de aquellas etapas. No obstante, es un rasgo característico la diferenciación nítida que en dicha Constitución se traça entre las delimitaciones del dominio por función social, de una parte, y la pérdida del mismo, por otra, distinción que impide asimilarlas, vulnerando sustantivamente la Ley Suprema quien incurra en tal confusión.

¹ Pedro J. Rodríguez, "La propiedad privada", LXIX *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* N° 5-10 (Julio-diciembre 1972), 1ª parte, pp. 111 ff. Una periodización semejante aparece en Enrique Evans de la Cueva: *Estudio constitucional del derecho de propiedad en Chile* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1967) pp. 11-29 y 393 ff.

Me pongo a examinar la diferencia aludida a la luz de una situación concreta, efectuando el estudio desde la perspectiva dogmática, sin situarnos, por ejemplo, para evaluar la relevancia de factores extrapropiedad y reglas constitucionales imperantes.

II. ENUNCIADO DE LOS HECHOS

El 16 de enero de 1981 todo el territorio nacional fue declarado oficialmente libre de fiebre aftosa. Empero, durante los primeros meses del año en curso aparecieron rebotes de ese mal en ciertas zonas de nuestro país.

Procedió entonces el Director Ejecutivo del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) y, por delegación suya, los directores regionales del mismo servicio, a declarar los peritos respectivos y a ordenar el sacrificio, es decir, la muerte con entierro o incineración de los animales enfermos y sospechosos de estarlo. La orden aludida fue expedida como medida sanitaria y ejecutada con el auxilio de la fuerza pública.

Para adoptar y cumplir la medida referida, la autoridad administrativa se fundó en los cuerpos normativos siguientes, según lo invocado por ella en sus resoluciones y ante los tribunales en que ha defendido: 1º La Ley N° 16.640, publicada en el Diario Oficial el 28 de julio de 1967, artículo 229, letras a) y e); 2º El D.F.L. R.R.A. N° 16, oficialmente difundido el 9 de marzo de 1968, artículos 1º, 8º y 9º, este último contemplando la orden al propietario de sacrificar sus animales enfermos; 3º El D.S. N° 46, del Ministerio de Agricultura, transcrito en el Diario Oficial el 8 de agosto de 1978, artículos 7º, letra b); 12, letra d); y 19, inciso 3º, todos los cuales facultan al jerarca administrativo, para disponer el sacrificio del ganado que padezca epizootia o susceptible de contraerla.

Pues bien, diversos propietarios afectados por las resoluciones respectivas recurrieron de protección contra el SAG, sosteniendo que el sacrificio indicado era despojo o privación no indemnizada del dominio. El Servicio, a su vez, argumentó que era una medida sanitaria, una carga pública o un tributo, indistintamente, justificadas como limitación por función social y sin que se tratara de privación del dominio. En un caso que sentó jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Talca en la disidencia de un Ministro, acogió la tesis del SAG, sentencia que fue confirmada sin más por la Corte Suprema².

Con posterioridad, mediante la Ley N° 18.617, publicada en el Diario Oficial el 3 de junio de 1987, el SAG fue autorizado para disponer el pago de una indemnización, con cargo al Fisco, en favor del propietario de uno o más animales sacrificados por la autoridad como medida sanitaria destinada a combatir y erradicar la fiebre aftosa del país.

III. REGIMEN CONSTITUCIONAL

El problema que me ocupa debe ser examinado y resuelto a la luz de principios y normas constitucionales de sentido claro y perentorio. Tales reglas supremas pueden ser sistematizadas para su adecuada interpretación y cotejo con las bases jurídicas de los actos administrativos recién producidos. Consecuentemente, transcribiré primero las disposiciones con-

² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, pronunciada el 2 de junio de 1987, reimpreso de protocolo N° 41.125, fs. 63 v. 64, 66 v. y 67, confirmada por la Corte Suprema el 10 de junio de 1987.

nacionales atinentes a los derechos y limitaciones de los propietarios de los bienes inmuebles y, en segunda, los preceptos de igual rango que enmarcan las potestades del legislador y de la administración estatal en el mismo asunto.

1. Derechos y limitaciones de los propietarios afectados

El artículo 19 Nº 24, incisos 1º a 5º de la Constitución de 1980, asegura a todas las personas:

"El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión."

La misma Carta Fundamental, ahora en su artículo 19 Nº 20, inciso 1º, asegura a todas las personas:

"La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la proporción o forma que señale la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas."

Imperativo es recordar también el artículo 19 Nº 7, letra g) de la nueva Constitución, el cual ordena literalmente:

"No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso, en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas".

Finalmente, relevante es lo previsto en el artículo 19 Nº 26 del Estatuto Supremo, por virtud del cual éste reconoce a todas las personas:

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

Se exceptúan las normas relativas a los estados de excepción constitucional y demás que la propia Constitución contempla."

precepto que viene de ser transcrito, toma allí consignar que, en el artículo 41, incisos 1º, 5º y 8º de la Constitución, están previstas las restricciones y limitaciones al ejercicio del dominio, pero indemnizando al propietario. Es el caso de la calamidad pública seguida del estado de catástrofe, asunto que ha sido regulado en la ley orgánica constitucional Nº 18.415, de 1985.

2. Marco constitucional del Legislador y la Administración

Cabe dejar categóricamente puntualizado, desde luego, que el legislador no es un soberano, limitado, capaz de dictar normas jurídicas sin restricciones. En efecto, "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", al tenor del artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental. A mayor abundamiento, el legislador debe respetar la esencia de los derechos contemplados en la Constitución y el libre ejercicio de los mismos, sujeción al artículo 19 Nº 25 del Estatuto Supremo. Por último y en todo caso, el legislador está también restringido en atención a que, como todo órgano del Estado, él debe someter su acción a la Constitución, cuyos preceptos está obligado a respetar aun en circunstancias extraordinarias, siendo nula por inconstitucional la disposición legal que infrinja lo antes descrito, de conformidad con los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental.

En suma, los derechos naturales del hombre, la esencia de ellos, su libre ejercicio, en fin, la supremacía de la Constitución son tres barreras que esta última explícitamente impone con calidad infranqueable al legislador.

II

Pues bien, tales límites rigen todavía con mayor fuerza en punto al desempeño de las facultades ejecutiva y administrativa, desde que ambas son subconstitucionales y sublegales, o sea, subordinadas a la Constitución y a la ley. De allí que la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo pudiese sólo cuando se ajustan al marco constitucional y legal que los regula. De lo contrario, aquella potestad y tales actos son inconstitucionales o ilegales, en otras palabras, nulos y carentes de valor, ello sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones que la ley señale por aplicación, una vez más, de los artículos 6º y 7º de la Constitución.

Recientemente, en nuestro ordenamiento jurídico han sido reiterados los principios arriba enunciados que pesan sobre las autoridades administrativas. Así sucedió con la Ley Nº 18.575, publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 1986, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En el artículo 2º de esa ley se lee que "los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deben actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes". Prosigue el artículo 4º del mismo cuerpo legal precisando que "el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiera ocasionado", principio en el cual insisten los artículos 15 y 44 de

la ley mencionada. Y en el artículo 9º de ésta consta la impugnabilidad de los actos administrativos mediante los recursos de reposición, jerárquico y jurisdiccionales a que haya lugar.

3. Facultades del Legislador y de la Administración

Las disposiciones constitucionales vigentes que he transcrito o citado aseguran a todas las personas el derecho de propiedad, la igualdad ante las cargas públicas, la prohibición de penar confiscando bienes y la certeza que los preceptos legales respetarán la esencia de tal derecho y su libre ejercicio.

Con tono idénticamente preciso, aquellas disposiciones reconocen que la propiedad no es un derecho absoluto, puesto que, el constituyente la sujeta a las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social, como asimismo, a los gravámenes que tengan índole de cargas públicas reales, esto es, que recaen en el patrimonio, renta o bienes determinados del titular respectivo.

Empero, como lo admiten tales normas jurídicas fundamentales, se autoriza además la privación del dominio, del bien sobre el cual recae o de algunos de sus atributos o facultades esenciales. Sin embargo, tal pérdida puede llevarse a cabo exclusivamente mediante expropiación con pago previo de la indemnización correlativa. Esta regla tiene las únicas excepciones siguientes: la pena pecuniaria de confiscación, la cual procede tratándose sólo de asociaciones ilícitas; y el comiso, o sea y de acuerdo al artículo 31 del Código Penal, la pérdida de los efectos e instrumentos del delito. En consecuencia, ni siquiera las requisiciones practicadas durante el estado de catástrofe son excepción a dicha regla, pues cuando se practican lugar a indemnización, derecho que también surge respecto de las limitaciones al dominio impuestas en ese estado que se funda en una calamidad pública.

Cabe entonces preguntarse ¿qué potestades otorga la Constitución al legislador en punto al dominio y cuáles puede, a su vez, conferir la ley a la Administración sobre ese derecho?

Del marco constitucional ya reproducido fluye, que el legislador está facultado para: a) Delimitar el dominio por alguna de las causas taxativamente mencionadas en la Constitución; b) Privar de la propiedad, por vía expropiación y pago de la indemnización; c) Confiscar los bienes de asociaciones ilícitas; d) Decomisar los efectos e instrumentos de un delito, y e) En estado de catástrofe, requisar y también comprimir los atributos o facultades del dominio, en ambas situaciones indemnizando al propietario.

Esa es la competencia que la Carta Fundamental traza al legislador, de manera que a éste le es constitucionalmente permitido otorgar atribuciones a la Administración nada más que a los efectos que las auto-

3 La Ley N° 18415, publicada en el Diario Oficial el 14 de junio de 1985, en su artículo 17 a 21, regula los aspectos principales de las regulaciones de bienes y de las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, declarando que en tales casos habrá lugar a indemnización en contra del Fisco, siempre que las mismas sean directas. Es menester puntualizar que la citada es la normativa orgánica de las medidas de excepción, dictada sobre la base de lo previsto en el artículo 41 N° 9 de la Constitución en vigor. Consecuente con lo dispuesto en el numeral 8º de ese artículo de la Carta Fundamental, también data dentro de la indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando imponen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello se cause daño. Sólo en el caso indicado, por ende, la limitación es indemnizable y esto, en realidad, porque se privación y no delimitación del ejercicio del dominio.

rdo. Por ende, es inconstitucional el precepto legal que en el ámbito referencial indica la y de idéntico vicio adolece el acto administrativo que lo inaplicable conforme al artículo 80 de la Constitución, y tal acto administrativo ha de ser anulado por inconstitucional a través del recurso de protección, o prescindir de él la magistratura ante la cual sea invocado, lo anterior sin perjuicio de la reposición, el arbitrio jerárquico y la impugnación ante la Contraloría General de la República, según procediere.

4. Limitación y privación del dominio

No inciden en el problema planteado el tópico de la requisición y demás conexos, porque el Presidente de la República no calificó el rebrote epizootico como calamidad pública ni, consiguientemente, declaró en estado de catástrofe las zonas afectadas de ese mal. Tampoco es pertinente aquí ocuparse del comiso, pues éste es una pena accesoria impuesta al delincuente por la judicatura como secuela de un proceso previo, razones y justo, supuesto que no ha ocurrido hasta la fecha. Queda claro entonces que el asunto a dilucidar se refiere a las restricciones del dominio por función social y a la privación de ese derecho.

Acotado así el problema, cabe perfilar qué son las delimitaciones a la propiedad y en qué consiste la privación del mismo.

Desde luego, fuerza es tener conciencia que se trata de instituciones jurídicas distintas en sus causas, finalidades, procedimientos para imponerlas, efectos que producen y acciones para imponerlas. Por tales limitaciones al dominio, por una parte, de la privación del mismo, de otra.

A. Delimitaciones

Sabido es que son atributos del dominio su cualidad de perpetuo, exclusivo y ejercitable según el razonable arbitrio o libertad del propietario. Y sabido es también que son facultades del dominio las de usar, gozar y disponer el propietario del bien que le pertenece, respetando la ley y el derecho ajeno, al tenor del artículo 582 del Código Civil.

Pues bien, las delimitaciones son restricciones y obligaciones con génticas al derecho de propiedad, configuradoras del contenido objetivo normal de él y su desenvolvimiento en las relaciones jurídicas. Tales delimitaciones presuponen el reconocimiento y protección del dominio, pero definen o perfilan la extensión de sus atributos y facultades esenciales. Por esta razón, mientras sean delimitaciones y no privaciones, ellas no dan lugar a indemnización en ningún sentido.

Las limitaciones y obligaciones comprimen, circunscriben o reducen el contenido normal de la propiedad, sin modificarla porque nacen con ésta. Fundanse ellas en dos series de factores diversos que, empero, tienen de común el ser inherentes o consubstanciales a ese derecho. Unos son, en efecto, los factores objetivos, generales y permanentes, intrínsecos al

4 José Luis Cea Espino: "Normas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales", XIII Revista Chilena de Derecho N° 1 (1986), pp. 25 ff. y la jurisprudencia allí citada, especialmente en pp. 25-26.
5 Código Penal, artículo 289 y 290.
6 Eduardo Novoa Montero: El derecho de propiedad privada (Diogenes, Ed. Lima, 1979), pp. 24 ff. Ro-
derigo, nota 1 pp. 112-113 y 118. Michel Villegier: "Normas sobre el concepto de propiedad", Revista de
Derecho Público N° 35-36 (1984), pp. 68-69.

derecho mismo, pero extrínsecos al ejercicio de él por su título.⁷ Otros son los factores subjetivos particulares y circunstanciales, intrínsecos también al ejercicio racional del derecho por el titular respecto pero, además, igualmente inherentes a la esencia del dominio. De tales factores, los primeros obedecen a la función social, mientras los últimos se justifican por —necesario es repetirlo— ambas clases de delimitaciones presuponen que los atributos y facultades del dominio se hallan reconocidos, asegurados y amparados por el ordenamiento jurídico.⁸

A la luz de lo escrito, entiéndese que delimitación es un vocablo genérico, porque abarca las dos situaciones siguientes: primero, las limitaciones o restricciones y las obligaciones —positivas o debidas y negativas o prohibiciones— que derivan de la función social del dominio; segundo, los límites e imperativos que impiden el abuso del derecho por el titular del mismo.⁹

Todo lo expuesto armoniza plenamente con el claro sentido y alcance del texto y espíritu de la Constitución en vigor. Confirmando esos elementos hermenéuticos, en los anales oficiales del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental consta, repetida y explícitamente, que:

a) La esencia o contenido sustancial del dominio consiste en la suma de los atributos y facultades ya mencionados.¹⁰

b) Tales atributos y facultades están sometidos a las limitaciones y obligaciones que derivan de cualquiera de las cinco causales de función social consignadas taxativamente en el texto de la Constitución, de manera que es contrario a ésta invocar otras causales para afectar el dominio.¹¹

c) Las delimitaciones por función social son las únicas contempladas por el constituyente, siendo extrañas a esa función las delimitaciones que precaven el ejercicio abusivo del derecho aludido.¹²

d) Solo la ley puede establecer las delimitaciones referidas, quedando vedado hacerlo a través de la potestad reglamentaria o de actos administrativos.¹³

e) Las delimitaciones por función social son cargas públicas reales que no generan indemnización, pero esto únicamente en la medida que no afecten en su esencia los atributos y facultades del dominio pues, de suceder lo mismo, ellas implicarían privación.¹⁴

f) Para privar de uno o más de los atributos o facultades esenciales del dominio es necesario expropiarlos y pagar la indemnización correspondiente, actuaciones que son procedentes sólo en virtud de una ley previa, general o particular, que autorice la expropiación y califique cualquiera de las dos únicas causales mencionadas en la Constitución para tal efecto.¹⁵ y

7 *Id.* González, *ibidem*, Eduardo García de Enterría et al.: *II Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, S. A., 1981) pp. 99-100 y 152, como también, Jorge Vrech Pizarro: *Fundamento Jurídico de las limitaciones inherentes al derecho de propiedad en razón de interés público* (Santiago, Ed. José Luis Cea Echarri, "Temas constitucionales de la invención industrial", XII Revista Chilena de Derecho, No. 1 (1988) pp. 12-14.

8 *Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución* (Santiago, Imprenta Gondar, Chile, 1977) sesión 148, p. 28; sesión 150, pp. 19-20; sesión 151, pp. 7-11; sesión 157, p. 10; sesión 159, pp. 9-10, 12, 20 y 23; sesión 159, pp. 7-9 y 23; sesión 160, pp. 4 y 7-14.

9 *Informe de la Subcomisión de Reforma Constitucional relativo al Derecho de Propiedad* reproducido en *Actas*, nota 8; sesión 148, pp. 20-31 y 63; sesión 161, pp. 20-31; sesión 163, pp. 20-25, 27 y 29-30; sesión 165, pp. 8-10, 17 y 23.

10 *Actas*, nota 9; sesión 162, pp. 29-30 y sesión 163, pp. 8-10, 17 y 23.

11 *Id.*, sesión 160, pp. 4-6, 24-27 y 28-31.

12 *Id.*

13 *Id.*

14 *Id.*

e) Las delimitaciones comprimen, reducen o restringen los atributos y facultades sociales del dominio pero dejándolo subsistente en ambos rubros, es decir, reconociendo al propietario el derecho de usar, gozar —que incluye administrar— y disponer, por ejemplo, enajenando y gravando lo que es suyo, sin quitarle, total ni parcialmente, con duración transitoria o indefinida, ninguna de aquellas facultades como tampoco los atributos de hacerlo con carácter perpetuo, exclusivo y libre.¹⁶

B. Privación

La privación del dominio supone la sustracción positiva o pérdida de un contenido patrimonial de cuya integridad previa se parte. La privación, por eso y en el genuino sentido de la palabra, sin peyoración, es un despojo (palabra de filiación etimológica común con la expropiación), lo que permite distinguirla de la delimitación del dominio, aquella siempre con indemnización, no así ésta.¹⁷

La privación implica un sacrificio, ablación o destrucción —total o parcial, efímero o permanente— del contenido o sustancia del dominio, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales. El sacrificio que esa pérdida implica debe soportarlo el propietario por causa de utilidad pública o de interés nacional, pero jamás en mérito de la función social ya que ésta permite sólo delimitar el dominio y no privar del mismo, según ya se ha escrito.

La privación no es, por consiguiente, asimilable a la confiscación, comiso, expropiación ni exacción porque el afectado tiene siempre derecho a indemnización. Esta opera, en consecuencia, el restablecimiento en el patrimonio del propietario sacrificado, resarcándolo o dejándolo indemne por el daño patrimonial que la privación efectivamente le ha provocado.

Todo lo expuesto coincide cabalmente con el sentido y alcance del texto y espíritu que, con singular nitidez, se contempla en la Constitución vigente. Corroborando ese elemento interpretativo, en la historia fidedigna del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental consta, reiterada y expresamente, que:

a) La pérdida del dominio es jurídicamente posible sólo a través de expropiación con pago de indemnización.¹⁸

b) Tal exigencia tiene que ser cumplida para privar del derecho de propiedad, del bien sobre el cual recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio.¹⁹

c) La exigencia consiste en que la privación debe ser consecuencia de una ley, general o especial, que califique la utilidad pública o el interés nacional y, en atención a cualquiera de esas causales, autorice la expropiación subsecuente.²⁰

d) El legislador ha de cumplir su rol calificador y autorizante antes que se practique la expropiación, pues el acto administrativo que expropia tiene que fundarse en una ley que previamente permito dictarlo y cumplirlo.²¹

15 *Id.*, sesión 161, pp. 4-7 y 16; sesión 163, pp. 12-13 y 20.

16 *Real Academia Española*, *II Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1984), p. 1106.

17 *Actas de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución* (Santiago, Imprenta Gondar, Chile, 1977) sesión 148, p. 28; sesión 149, pp. 3-4; sesión 150, pp. 19-20; sesión 151, pp. 7-11; sesión 157, pp. 9-10, 12, 20 y 23; sesión 159, pp. 7-9 y 23; sesión 160, pp. 4 y 7-14; sesión 161, pp. 20-31; sesión 163, pp. 20-25, 27 y 29-30; sesión 165, pp. 8-10, 17 y 23.

18 *Id.*, sesión 160, pp. 4-6, 24-27 y 28-31.

19 *Id.*

20 *Id.*

21 *Id.*

e) El afectado goza del derecho a impugnar tanto "la procedencia de la ley expropiatoria como la legalidad del acto administrativo que la puso en práctica expropiando concretamente".

f) El expropiado tiene siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial que la expropiación efectivamente le ha ocasionado, cuyo monto se determina de común acuerdo con el expropiante o, de lo contrario, en sentencia dictada conforme a derecho por los tribunales ordinarios²², y

g) La indemnización debe ser pagada en el monto, el plazo y de la manera acordada pues, habiendo desacuerdo en uno o más de esos tres rubros, la cantidad puede ser provisoriamente tasada por peritos para así tomar posesión anticipada del bien expropiado, pero solucionando al contado y en dinero efectivo lo decidido en definitiva por los tribunales nombrados²³.

C. Recapitulación

Procede preguntarse, a manera de síntesis, ¿dónde yace la diferencia entre lo que es delimitación y lo que es privación del dominio? ¿Cuándo se afecta el contenido esencial, llamado también contenido mínimo asegurado del dominio privado²⁴? La respuesta está en las actas oficiales de la nueva Constitución, anales de los que extraigo el pasaje siguiente:

"La privación consiste en que una de las facultades, que son de la esencia del derecho de propiedad, no la ejerce su titular. Por lo tanto, afecta a la esencia del derecho cuando se dispone que otro use por su dueño, que disponga por el dueño, por que se afecta un atributo esencial del derecho. En cambio, ¿cuál es la limitación? La limitación es que, reconocéndose la facultad de usar, gozar o disponer, el dueño tiene que usar, gozar o disponer de su propiedad con las limitaciones que emanan de la función social que ella debe cumplir. Pero es el dueño quien la usa. Además, desde el momento en que el legislador entrega a otro la facultad de ejercer los atributos de la propiedad por su dueño, lo está privando del derecho o de factores esenciales del mismo, lo cual hace inusito el derecho"²⁵.

Con el mérito de la razón expuesta se entiende por qué la esencia que se protege del dominio aparece junto a la expropiación con indemnización, esto es, la única figura jurídica que según la Constitución es idónea para privar al dueño de lo que es suyo²⁶. Si privar del derecho es despojarlo de la titularidad, privar al derecho de su esencia es, en cambio, dejar aparente o nominalmente la titularidad, quitando su contenido. Por eso, el constituyente obtuvo el resguardo defendiendo al dueño tanto de la privación de su derecho como de la esencia del mismo²⁷. Y puesto que el dominio en sí no vale nada sin sus posibilidades de ejercicio, privar de los atributos y facultades de ese derecho, aunque sea parcialmente, por plazo definido y tan sólo uno de aquellos componentes esenciales, es quitar la propiedad y hacer esto es, obviamente, privar al titular de su ejercicio²⁸.

CENC

IV. INSTITUCIONALIDAD DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA

¿Cuál es el valor constitucional de los actos administrativos que ordenan el sacrificio del ganado biungulado afectado de fiebre aftosa o sospechoso de padecer esa enfermedad?

5. Derogación de preceptos legales

Ya precisé la base legal y reglamentaria de la decisión aludida. Ahora es menester agregar que tal fundamento jurídico es anterior a la Constitución de 1980 y que, de constarse su oposición e inconciliabilidad con ésta, aquel fundamento no existe por haber sido tálca y orgánicamente derogado en virtud de la supremacía constitucional²⁹. Consiguientemente, si se demuestra dicha pugna entre la Carta Fundamental posterior y el ordenamiento jurídico que la precedió, nulo y sin ningún valor devienen también los actos administrativos apoyados en ese régimen inconstitucional.

6. Privación y no limitación del dominio

Pues bien, lo preceptuado en el ordenamiento legal y reglamentario que me ocupa, respeta o no sustantivamente a la nueva Constitución? Por de pronto, aquel ordenamiento facilita al jentia y funcionarios del SAG para ordenar el sacrificio de ganado aquejado de epizootia y practicar lo ordenado con auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario. Así precisamente sucedió durante los primeros meses del presente año, ¿y qué es jurídicamente el sacrificio aludido? El SAG lo calificó a veces de medida sanitaria, en otras ocasiones lo justificó como tributo y también lo denominó, atribuyéndole la índole de carga pública. Cualquiera fuera la denominación dada al sacrificio, el SAG argumentó que se trataba de una limitación u obligación del dominio derivada de su función social³⁰.

Por razones variadas y que estimo convincentes, discrepo de la tesis jurídica esgrimida por el SAG, sin que esa discrepancia sea atenuada por haber los tribunales acogido, en una causa el predicamento administrativo³¹. Como lo demostraré en seguida, el SAG y la judicatura —con excepción de un ministro de la Corte de Talca— incurrieron en errores jurídicos que deben ser aquí constados a fin que no se reincida en ellos.

4. Por de pronto, el sacrificio del ganado aludido significó quitarlo a sus propietarios para matarlo, aun venciendo por la fuerza la oposición de los afectados. Indudablemente, en consecuencia, los propietarios quedaron así privados de lo suyo, o sea, fueron despojados del dominio que tenían

21. Il. Véase en el mismo sentido, además, Enrique Evans II *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989) pp. 468 ff.
22. Id., sección 167, pp. 23-27.
23. Id., sección 168, pp. 9-16.
24. Novoa, nota 6, p. 116.
25. Id., sección 157, p. 10.
26. Id., sección 160, pp. 25-31.
27. Id., pp. 9 y 21.
28. Contralce José Guillermo Guerra: *La Constitución de 1925* (Santiago, Establecimiento Gráfico Nacional, 1929) pp. 131-132.
29. Id., p. 21.

IV. INSTITUCIONALIDAD DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA

¿Cuál es el valor constitucional de los actos administrativos que ordenan el sacrificio del ganado biungulado afectado de fiebre aftosa o sospechoso de padecer esa enfermedad?

5. Derogación de preceptos legales

Ya precisé la base legal y reglamentaria de la decisión aludida. Ahora es menester agregar que tal fundamento jurídico es anterior a la Constitución de 1980 y que, de constarse su oposición e inconciliabilidad con ésta, aquel fundamento no existe por haber sido tálca y orgánicamente derogado en virtud de la supremacía constitucional²⁹. Consiguientemente, si se demuestra dicha pugna entre la Carta Fundamental posterior y el ordenamiento jurídico que la precedió, nulo y sin ningún valor devienen también los actos administrativos apoyados en ese régimen inconstitucional.

6. Privación y no limitación del dominio

Pues bien, lo preceptuado en el ordenamiento legal y reglamentario que me ocupa, respeta o no sustantivamente a la nueva Constitución? Por de pronto, aquel ordenamiento facilita al jentia y funcionarios del SAG para ordenar el sacrificio de ganado aquejado de epizootia y practicar lo ordenado con auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario. Así precisamente sucedió durante los primeros meses del presente año, ¿y qué es jurídicamente el sacrificio aludido? El SAG lo calificó a veces de medida sanitaria, en otras ocasiones lo justificó como tributo y también lo denominó, atribuyéndole la índole de carga pública. Cualquiera fuera la denominación dada al sacrificio, el SAG argumentó que se trataba de una limitación u obligación del dominio derivada de su función social³⁰.

Por razones variadas y que estimo convincentes, discrepo de la tesis jurídica esgrimida por el SAG, sin que esa discrepancia sea atenuada por haber los tribunales acogido, en una causa el predicamento administrativo³¹. Como lo demostraré en seguida, el SAG y la judicatura —con excepción de un ministro de la Corte de Talca— incurrieron en errores jurídicos que deben ser aquí constados a fin que no se reincida en ellos.

4. Por de pronto, el sacrificio del ganado aludido significó quitarlo a sus propietarios para matarlo, aun venciendo por la fuerza la oposición de los afectados. Indudablemente, en consecuencia, los propietarios quedaron así privados de lo suyo, o sea, fueron despojados del dominio que tenían

29. Supra nota 4. Véase también Raúl Berrales Requejo: "La inaplicabilidad de la Corte Suprema sobre el recurso de impugnabilidad (1981-1983)", *Revista de Derecho Público* No. 37-38 (1985) pp. 107 ff. número de la revista citada, pp. 257 ff. y Osvaldo Celis Carrer: "Fundamentos indeterminados en el recurso del acto administrativo ilícito que cause daño en el patrimonio del administrado", publicado también en la revista y número mencionados, pp. 365 ff.
30. Así como de la sentencia citada en nota 2, la allí indicada.
31. Sentencia citada, confirmada sin argumentación por la Corte Suprema el 10 de junio de 1987. En 1987, recurso de impugnación del N.º 584-87, considerando que "es irrelevante en la especie porque no entró al fondo del asunto, si declarase incompetente para conocerlo, en razón del territorio".

sobre el ganado, el cual al ser sacrificado sufrió un destino realmente nuevo, impuesto contra la voluntad de los propietarios y en función de ellos. La actuación recordada no fue una delimitación por función social del dominio, porque éste desapareció por completo y no subsistió nada de los animales sacrificados, ni siquiera los restos que podrían haber sido rescatados si la autoridad administrativa hubiera ejercido la facultad de ordenar sólo el beneficio respectivo.

No es constitucionalmente lícito confundir —ya lo he dicho— la delimitación por función social con la privación del dominio y lo que, de hecho sucedió en las situaciones descritas, fue tal privación cubriéndola en la forma con delimitaciones como los intereses generales de la Nación, la salubridad pública y, más todavía, creando una causal de función social es, irónicamente, el interés de los propios ganaderos²².

2. De otra parte, la privación para el sacrificio tuvo lugar sin una ley previa que permitiera al SAG expropiar los animales sacrificados. En efecto, nunca dicho Servicio admitió que estaba practicando privaciones del dominio, con certeza porque el ordenamiento supremo no se lo permitía ni aun ante circunstancias extraordinarias. Para abatir el dominio —también ya lo puntalicé— la Constitución exige que esté de antemano vigente una ley de expropiabilidad, requisito no cumplido al momento del sacrificio ni hasta hoy.

3. En tercer lugar, el despojo fue consumado sin reconocer ni pagar previamente indemnización alguna. El SAG incurrió con ello en una exacción o explotación, en una vía de facto que no calza siquiera con la confiscación ni el comiso. Bien se sabe que éstas son penas susceptibles de imponerse únicamente por la judicatura como secuela de un proceso previo y justo, tratándose de la confiscación sólo respecto de asociaciones ilícitas y, en punto al comiso, nada más que sobre los efectos e instrumentos de un delito. Y es claro que en el asunto que me ocupa no intervino la judicatura aplicando ninguna de esas penas en virtud del proceso debido.

En síntesis, el sacrificio de ganado fue ordenado y cumplido mediante actos administrativos que lo justificaron como limitación al dominio por función social. Empero, para ser tal limitación y no privación, los actos auidados tuvieron que dejar intactos en su esencia los atributos y facultades del dominio. Mas, ocurrió de otra manera pues los sacrificios resultaron privados de su derecho de dominio sobre el ganado sacrificado, de los animales mismos que les pertenecían y de los atributos y facultades referidos, todo ello sin expropiación e indemnización previas. El SAG violó, consiguientemente, en su medida lo asegurado a los afectados en el artículo 19 No. 24, incisos 1.º y 5.º de la Constitución, incurriendo en despojo inencontrable siquiera en la confiscación o el comiso. En consecuencia, los actos administrativos de que se trata fueron sustantivamente inconstitucionales y de ello se sigue, además, que prosiguen adolecendo de nulidad y de cualquier valor jurídico²³.

actos administrativos.

Cierto es que tales actos se apoyaron en el ordenamiento legal y reglamentario oportunamente aludido. Tal circunstancia, sin embargo, no purga la inconstitucionalidad en que incurrió el Servicio. Así es desde que ese ordenamiento pugna con el estatuto constitucional posterior y hoy vigente acerca del dominio, contradicción que lleva consigo la derogación tácita y orgánica de los preceptos legales y reglamentarios referidos.

Es múltiple la oposición de fondo entre aquel estatuto supremo y dicho ordenamiento preceptivo. Basta en tal sentido señalar que la Constitución distingue las delimitaciones no indemnizables en mérito de la función social del dominio, por una parte, de la privación mediante expropiación indemnizada del mismo, por otra. Y es la Constitución la que formula las diferencias entre ambos conceptos, vedando con ello al legislador invocar restricciones a la propiedad para encubrir meros despojos. Obviamente, si la ley no puede vulnerar la Constitución, menos es dado hacerlo a la potestad reglamentaria por ser ésta a la vez subconstitucional y sublegal.

Puesto que es el ordenamiento legal y reglamentario el que facilita al SAG para sacrificar ganado epizootico sin expropiar e indemnizar con antelación a los propietarios, resulta inevitable concluir que esa normativa no puede servir de base jurídica a los actos administrativos que la lleven a cabo.

En resumen, es inconciliable el estatuto constitucional del dominio vigente con el ordenamiento subordinado a él que lo antecedió, sobre la base del cual fueron expedidos y ejecutados los actos administrativos ya examinados. Por ende, ese ordenamiento y dichos actos son inconstitucionales. Tales vicios exigen de cualquier tribunal ante los cuales se invoque prescindir de ese ordenamiento y declarar nulos aquellos actos, todo sin perjuicio de pronunciar la derogación tácita por inconstitucionalidad de la preceptiva legal y reglamentaria aludida.

8. Tributos y otras cargas públicas reales

Finalmente, necesario es rebatir lo sostenido por el SAG en cuanto lo obrado, por el representante un tributo o una carga pública.

El sacrificio de animales no es un tributo, puesto que es tal la prestación en dinero que los contribuyentes deben efectuar al Estado para que éste financie el cumplimiento de sus finalidades²⁴. Fácil es colegir que el sacrificio de ganado no guarda relación alguna con los tributos, pues ese sacrificio es una privación del dominio y no el pago de una prestación en dinero, como asimismo, en razón que dicho sacrificio es una despojo y no el cumplimiento de una obligación pecuniaria dirigida a solventar servicios públicos o cometidos estatales.

En cuanto a las cargas públicas, suficiente es reiterar que las delimitaciones al dominio por función social constituyen gravámenes reales no indemnizables en la medida que no contradigan el ámbito de las limitaciones y obligaciones permitidas por la Constitución. He demostrado, ya,

15 Juan Eduardo Figueroa Valdés, *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución de 1980* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1983) pp. 41-48; Carlos M. Giuliano Fagnano y Domingo Jimenez Guerrero Altes, *Ed. Dopplum*, 1983) pp. 25-26; Eugenio Ojeda Arizumi, "Algunos alcances acerca de la función tributaria", *Gaceta Jurídica*, No. 85 (1987) p. 15.

22 Novoa, nota 6, p. 121.
23 Sentencia dictada en nota 5, la 64.
24 En el Dicho Oficial del 6 de noviembre de 1987 se publican dos resoluciones del SAG. Dirección Regional de Concepción, las cuales prohíben el uso indiscriminado de campos de pastoreo condicionar y regular el uso de las restantes campos de ese finde añadidos en la pre y alta cordillera, todo para prevenir o combatir la epizootia. Considero que las referidas son delimitaciones del ejercicio del dominio por función social y, en consecuencia, ellas no violan del vicio jurídico examinado en esta ponencia.

sin embargo, que el sacrificio en cuestión no fue delimitación sino pérdida del dominio sin expropiación indemnizada. Como tal y sin eufemismos, tratase de una expropiación prohibida por la Carta Fundamental y no de un gravamen o carga pública real, el rasgo matriz de la cual estriba en que jamás implica pérdida patrimonial no compensada, es decir y afirmativamente, que el gravamen o carga conlleva una delimitación del dominio y no la privación del mismo.

V. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Nº 18.617

Desco finalizar esta ponencia dedicando algunos comentarios al parangón entre la Constitución y la ley señalada en punto, únicamente, al problema cuyo esclarecimiento me ha ocupado, o sea, la no confusión de las delimitaciones al ejercicio del dominio por función social, de un lado, y la privación del contenido esencial de ese derecho por otro.

9. Historia fide digna

La Ley Nº 18.617, publicada en el Diario Oficial el 3 de junio de 1987, establece normas sobre indemnización por el sacrificio de animales para el control de la fiebre aftosa.

El proceso homogenético de dicho cuerpo normativo se inició con el mensaje que, el Presidente de la República, dirigió a la Junta de Gobierno el 15 de abril del año en curso, pidiéndole aprobar con extrema urgencia el proyecto correspondiente.

En el mensaje aludido el Jefe del Estado declaró:

"Dado que la mantención del país libre de fiebre aftosa excede el ámbito privado para transformarse en un objetivo de interés nacional, el sacrificio de animales enfermos pasa a constituirse en una *carga pública para los afectados en beneficio de la colectividad, por lo que deben ser compensados*". Agregó el Presidente en su mensaje: "... cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico —Decreto Ley Nº 3.557, de 1980— se contempla una indemnización de cargo fiscal por la destrucción de especies vegetales por orden de la autoridad sanitaria, por lo que la iniciativa establece una *igualdad en el trato* que actualmente tiene el sector agrícola".

Ahora bien, informando la iniciativa presidencial la Secretaría de Legislación aseveró:

"El proyecto es idóneo para el logro de los objetivos que se persiguen, ya que ello es materia de ley conforme a lo dispuesto en el artículo 19 Nos. 22 y 24, en relación con el artículo 60 Nº 2 de la Constitución Política del Estado. (...) Desde el punto de vista de su constitucionalidad, el antiproyecto no es susceptible de observaciones, ya que conforme con lo dispuesto por el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República que consagra el derecho de propiedad, sólo la ley puede establecer el modo de usar y gozar de la propiedad, así como las *limitaciones y obligaciones que impone su función social*. El inciso segundo establece que

36 Antilogro prelamentario aparece en el Informe Técnico del proyecto de ley emanado por los Ministerios de Agricultura y de Hacienda, adjunto al mensaje mencionado. Léase allí que "la indemnización, por otro lado, guarda armonía con el respectivo tratamiento al derecho de propiedad que establece la Constitución Política del Estado".

37 Se refiere al artículo 7º del Decreto Ley Nº 3.557, publicado en el Diario Oficial el 9 de febrero de 1980.

38 Extracto agregado.

esta compen... e cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas. (...) Resulta indudable que la *limitación* al dominio que establece el proyecto, *se encuentra dentro de las normas que permiten hacerla*, ya que se trata de *preservar la salubridad pública* amagada por la introducción al país de la fiebre aftosa, que es necesario erradicar. Por otra parte, el proyecto consagra el derecho a indemnización por los perjuicios causados, de tal modo que *no podrá sostenerse que se trata de una expropiación sin indemnización*".

Léase a su vez en el Informe de la Tercera Comisión Legislativa, la cual examinó el proyecto antes que una comisión conjunta elaborara el texto sustitutivo que fue el aprobado en definitiva:

"La ley sobre sanidad animal nada dispuso sobre indemnización y el proyecto de que se trata viene a llenar este vacío tratándose del sacrificio de animales como medida sanitaria. Se ha estimado que *es de equidad* otorgar una indemnización en estos casos porque la aplicación de esta medida tiende a *satisfacer una necesidad de orden público y causa daño* a los particulares, que debiera ser, aunque en parte, reparado por el Estado. (...) La imposición de la medida sanitaria consistente en el sacrificio de los animales se ajusta a las normas constitucionales, como muy bien lo afirma la Secretaría de Legislación. En efecto, el Nº 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental permite que la ley establezca *limitaciones* al derecho de propiedad, entre otros casos, cuando se trata de preservar la salubridad pública, que es precisamente el objetivo de la mencionada medida sanitaria".

De los anales fide dignos transcritos fluyen varias e importantes observaciones.

Así y en primer lugar, es nítido que el legislador confundió las delimitaciones al dominio con la privación del mismo. Igualmente claro es que el legislador fundó su decisión en aquellas delimitaciones, especialmente, *la salubridad pública*, pero reconoció a los afectados el derecho a indemnización por el daño causado a raíz de la medida sanitaria del sacrificio del ganado respectivo, debiendo recordarse que *tal indemnización procede por privación de la propiedad y no tratándose de limitaciones*, por función social de ésta. Ostensible resulta, en segunda, que el legislador intentó que el sacrificio referido implicaba privación del dominio y por eso, teniendo presente lo exigido por la Constitución, consideró que la medida implicaba una *expropiación de facto* y sin expresarlo así resolvió, sin embargo, autorizar el pago de una indemnización que es *correlativa sólo a la expropiación por pérdida de la propiedad*.

En síntesis, la confusión legislativa entre delimitación y privación del dominio, lo llevó a sostener que el sacrificio de ganado era una carga pública indemnizable, en circunstancias que la Constitución requiere tal resarcimiento únicamente en caso de pérdida y no de limitación del derecho aludido.

Probablemente, la causa del embrollo legislativo estribó en el propósito de reparar los despojos cometidos por el SAG sobre la base del régimen inconstitucional que lo facultaba para ello. Pero, al obrar así el legislador no siguió el camino fijado por la Carta Fundamental y permitió con ello indemnizar limitaciones por función social en lugar de reconocer que se trataba de privaciones, la materialización de las cuales demandaba una ley expropiatoria con pago del resarcimiento correlativo.