

PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, "La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno", en MEDINA QUIROGA, CECILIA, *et al.*, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.

Proyecto de ley que regula los principios jurídicos y éticos de las técnicas de reproducción asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas, de fecha 30 de junio de 1993, Boleín 1026-07.

STARCK, CHRISTIAN, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte", *Juristen Zeitung* 1996, 1033-1042.

_____, Anmerkung BVerfG von 6.5.1997, *Juristen Zeitung* 1997, 779-780.

VELOSO VALENZUELA, PAULINA, "Principios recogidos en el nuevo estatuto finalivo", en *El nuevo estatuto, finitimo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, LOM Ediciones, Santiago, 1999.

WAHL, RAINER, WIELAND, JOACHIM, "La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht", *Revista Española de Derecho Constitucional*, septiembre-diciembre 1997, 11-35.

WEBER, RALPH, "Der Auskunftsanspruch des Kindes und / oder des Schein-vaters auf namentliche Benennung des leiblichen Vaters gegen die Kindesmutter", *Zeitung für das gesamte Familienrecht* 1996, 1254-1262.

LIMITACIONES A LA PROPIEDAD: UNA PERSPECTIVA CIVIL

Juan Andrés Varas B.*

I. INTRODUCCION

Las líneas que siguen tienen el triple propósito de plantear una hipótesis muy general respecto de la interpretación constitucional, en cuanto referida al derecho de propiedad, postulando la conveniencia de una mirada integradora en el proceso hermenéutico constitucional, que no excluya *a priori*, y por el solo hecho de ser de jerarquía inferior, la consideración de construcciones teóricas largamente asentadas en la doctrina civil. En seguida, tiene el fin de aplicar ese principio a propósito de una materia particularmente espínosa, y de amplia repercusión teórica y aplicación práctica: la cuestión de los parámetros de admisibilidad de las limitaciones al derecho de propiedad.¹ A este respecto, se sostendrá que la cuestión de la "esencia" del derecho se encuentra constitucionalmente resuelta, para el específico caso del derecho de propiedad, por referencia a unos núcleos parámetros técnicos del Derecho Civil, por lo que, en consecuencia, debe recurrirse a esos conceptos técnicos para juzgar si una cierta limitación concreta vulnera o no la garantía constitucional. Asimismo,

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Civil, Universidad Austral de Chile.

¹ Así, el trabajo cunde claramente los otros extremos de más deficiente recepción jurisprudencial conectados con el derecho de propiedad: el del dominio sobre cosas incorporales y el fenómeno de la privatización de los derechos, por una parte, y el de las diversas clases de propiedad, por la otra.

mo, sostendré que la noción civil del derecho de dominio resulta perfectamente capaz de acoger el diseño constitucional de la propiedad, y que por ello, al menos respecto de la propiedad sobre cosas corporales, puede sostenerse un concepto unitario de propiedad. Finalmente, pondré en juego esas ideas —a título ilustrativo— a propósito de una causa perdida: la eventual prohibición de sustitución del bosque nativo en Chile.²

II. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y PROPIEDAD PRIVADA: UNA TESIS GENERAL

La cuestión de la vigencia y eficacia sobre las relaciones jurídicas privadas de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, que en el derecho comparado ha suscitado una extensa y profunda discusión, principalmente debido a la ausencia de un pronunciamiento dogmático constitucional sobre la llamada "eficacia horizontal" de los derechos fundamentales, y la consecuente duda acerca de su conveniencia y alcance,³ ha quedado en Chile prácticamente omitida por la redacción del texto constitucional, que parece no ofrecer reparo alguno a una eficacia horizontal plena, por la práctica de los tribunales, que han operativizado hasta la fecha esa eficacia entre particulares sin pretender el establecimiento de límite alguno, y por la aquies-

² Aclaro en esta primera oportunidad que, debido a la naturaleza y extensión de este trabajo, de un carácter más bien exploratorio, no he pretendido realizar un tratamiento exhaustivo de fuentes, sino, por el contrario, limitarme a las que en cada caso me han parecido más significativas, o que directamente han estado más al alcance del autor.

³ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 217 a 232, realiza un acertado bosquejo del problema, y resume las encontradas posiciones que frente a él pueden constataarse: desde la que ve en la eficacia horizontal "la única postura coherente con la proclamada posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico", hasta la que ve en ella "una amenaza potencial para el libre desarrollo de la personalidad y, en particular, para el principio de la autonomía de la voluntad, respecto de la cual (...) operaría en forma de lo que algún autor ha calificado de 'metásmosis cancerígena' (...)" (op. cit., p. 223). Otra visión general del tema puede consultarse en FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 483 a 486.

cencia, cuando no el aplauso mayoritario, de la doctrina constitucional y civil.⁴

En cualquier caso, no parece haber dudas acerca de que uno de los aspectos en los que el fenómeno constitucionalizador ha incidido con mayor fuerza (y probablemente seguirá penetrando cada vez con mayor profundidad el ordenamiento jurídico) es el de la interpretación de las normas infraconstitucionales. Como consecuencia de la imposición del principio de la fuerza normativa directa de la Constitución,⁵ hoy resulta —al menos académicamente— inaceptable la defensa de un resultado hermenéutico que pugne con una norma o una directriz constitucional, en cualquier área "sectorial" del derecho. El principio de interpretación conforme a la Constitución se encuentra, pues, firmemente establecido.⁶

En lo que no parece haberse reparado demasiado —en nuestro medio— es en la circunstancia de que la aplicación de este

⁴ Por ejemplo, DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN, "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, N° 3, 1996, p. 123, que se refiere expresamente a que "la jurisprudencia adquiere ahora un efectivo rol creador de norma general, al precisar el alcance de las garantías constitucionales, rol que, en variadas situaciones, prevalecerá incluso sobre el sentido legal. Se produce así un desplazamiento en las fuentes: de un derecho legislativo a otro pretoriano". En este sentido, la tesis que aquí se propone viene a reforzar el papel de mediación que cabe a la ley en la delimitación de la frontera entre derechos constitucionales, así como en la determinación de su contenido preciso, en el entendido —coherente con desarrollos comparados, como el español— que resulta preferible, desde la perspectiva de su legitimidad, la delimitación abstracta y general realizada por el legislador democrático, que aquella concreta y especial realizada por un juez caso por caso.

⁵ Sobre el principio, *vid. ad ex.* BULNES ALDINATE, LUIS, "La fuerza normativa de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998, pp. 137 a 142 (Arias de las XXXIX Jornadas de Derecho Público), y CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *El sistema constitucional de Chile*, pp. 179 a 181.

⁶ Existe al respecto paz doctrinal. Véase, por todos, y para la doctrina nacional, DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN, "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, N° 3, 1996, pp. 111 a 114. Para la doctrina española, *vid.*, brevemente, DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, "La Constitución y el Derecho Civil", en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978* (coord. Enrique Álvarez Conde), INAP, Madrid, 1998, pp. 333 y 334; y DÍAZ REYORIO, FRANCISCO JAVIER, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 372 a 377, con énfasis en la importancia de los valores constitucionales más que de las normas mismas.

principio supone, a su vez y de modo inevitable, que el intérprete de la norma inferior debe realizar también la hermenéutica del texto constitucional. En otros términos, para aplicar la ley ordinaria es preciso interpretarla, y para interpretar la norma inferior de modo de no colisionar con la Constitución, es preciso —como proceso lógicamente previo— interpretar la Constitución, determinando su concreto significado en el caso particular.⁷ Es exactamente en este punto donde la cuestión se torna compleja, en primer término, porque ya no parece posible sostener restricción alguna al sujeto activo del proceso hermenéutico constitucional: cualquier funcionario público que ejerza jurisdicción puede y debe interpretar la Constitución al realizar su tarea cotidiana; y en seguida, porque los auxilios en materia de interpretación constitucional son más bien escasos. En efecto, la Constitución no contiene unas normas, al modo de los Códigos Civiles de los siglos XIX y XX, que guíen el proceso hermenéutico, lo que hace de la interpretación constitucional un terreno complejo, multiforme y proceloso.⁸

Cualesquiera sean las dificultades del proceso interpretativo de la norma fundamental, y cualquiera sea la perspectiva teórico-metodológica desde la cual se aborde,⁹ éste debe ser realizado igualmente. Y en este proceso, resulta para mí claro que dado que la Constitución no es el nuevo cósmico que contiene la to-

⁷ Lo ha dicho con claridad ARAÇÓN REYES: "Si aplicar cualquier norma jurídica, incluso en los supuestos de mayor claridad y precisión de sus enunciados, es también interpretar, ello resulta aún más patente cuando se trata de la norma constitucional" (ARAÇÓN REYES, MANUEL, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 116). Y luego, y más específicamente respecto de la interpretación legal, ha sostenido que "(...) al interpretarse constitucionalmente una norma se está interpretando, al mismo tiempo, esa norma y la propia Constitución, es decir, la interpretación 'conforme' es siempre, inevitablemente también, interpretación 'constitucional'." (Id., p. 119).

⁸ En este sentido, y con una revisión crítica de los intentos doctrinales de disminuir la "aleatoriedad" de la interpretación constitucional, CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 137 a 139.

⁹ Sobre los modelos de interpretación de los derechos fundamentales, véase BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, *Essays sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, pp. 15 a 33, y luego, desde una perspectiva diversa, pp. 47 a 65.

talidad del derecho, como ha dicho un autor,¹⁰ en su interpretación será casi siempre, y muy particularmente cuando se trata de derechos constitucionales, necesario el descenso hacia las "profundidades tenebrosas" del derecho de rango puramente legal, mal que les pese a muchos constitucionalistas, que ven en ello un directo atentado al principio de supremacía constitucional. Hay que considerar, sin embargo, que la Constitución es, de alguna manera, el reflejo y el resultado de una realidad político-social y económica, pero también jurídica, y de algún modo, toda Constitución pretende hacerse cargo de esa realidad, al menos en sus aspectos de mayor trascendencia, y por ello, la requiere y la presupone, y en consecuencia, no puede prescindir de ella para su adecuada comprensión.

De hecho, el recurso hermenéutico —de amplia acogida en la doctrina constitucional—¹¹ de distinguir la "Constitución formal" de la "Constitución material" es, en verdad, un implícito reconocimiento de que el texto constitucional suele resultar por sí solo insuficiente para la solución adecuada de numerosos problemas político sociales. Así, se ha dicho que "(...) la Constitución escrita es siempre sólo una parte del orden estatal en su conjunto, y requiere para su entera explicación tener en cuenta la resultante de la organización de las fuerzas sociales ordenadas establemente en torno a un sistema de intereses y fines. Es este entramado el que conduce a dar a la Constitución escrita su valor. Surge así la distinción, profunda y operativa, entre "Constitución formal" y "Constitución material", fundamento ésta de aquella, como el conjunto de los principios políticos de carácter básico que estructuran una determinada sociedad, recogidos o no por la norma fundamental escrita".¹² Para mí resulta evidente que al interior de ese entramado de principios, intereses y fines es necesario considerar la larga regulación ius privatista de ciertas instituciones. alguna doctrina constitucional ha entendido esta sencilla realidad y lo ha expresado, res-

¹⁰ DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, "La Constitución y el Derecho Civil", cit., p. 334.

¹¹ Véase, por ejemplo, NOGUERA ALCALÁ, HUNBERTO, *Dogmática constitucional*, Editorial U. de Talca, Talca, 1997, pp. 150 y 151.

¹² LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M., *La doctrina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 33 y 34.

pecto del derecho de propiedad, de modo simple: la norma del artículo 19 N° 24 es "inentendible sin conocer el sentido de los artículos 582 y 583 del Código Civil".¹³

Con mayor claridad, y respecto específicamente del derecho de propiedad, se ha sostenido en la doctrina española que "al reconocer el derecho de propiedad (sin definido) la Constitución en realidad presupone un concepto de propiedad, lo que no debe interpretarse, sin embargo, como una manifestación de iusnaturalismo. El "reconocimiento" que lleva a cabo la Constitución significa más bien la acogida del modo de entender la propiedad históricamente prevaleciente, es decir, el aceptado por la cultura jurídica contemporánea. No hay duda, por lo demás, de que la recepción de un marco conceptual previo, relativamente determinado, es un expediente normal y característico del lenguaje normativo, y todavía más en el caso de una norma tan concentrada y principal como la Constitución".¹⁴

III. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD, FUNCION SOCIAL Y ESENCIA DEL DERECHO: UNA TESIS ESPECIAL

La dificultad de aceptar la idea antes enunciada, esto es, la idea de que en la tarea de la hermenéutica constitucional no sólo no resulta prohibido, sino que a veces deviene imprescindible el recurso a principios e instituciones de derecho de jerarquía infra-fundamental, funda una larga cadena doctrinaria de críticas a la labor de los tribunales (desde el Tribunal Constitucional hasta las Cortes de Apelaciones, pasando, cierta y fundamentalmente, por la Corte Suprema) en el sentido de que han sido incapaces de desarrollar un concepto constitucional de propiedad, y que se han limitado a una aproximación "civilista" del dominio.¹⁵ Desde luego, y esto constituye un mérito indiscutible,

¹³ CRA EGARÍA, JOSÉ LUIS, *El sistema constitucional de Chile*, p. 181.

¹⁴ SATRISTECU, MIGUEL, "Derechos del ámbito económico y social", en LÓPEZ GUERRA, LUIS, *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 411.

¹⁵ Así, por ejemplo, y directamente, FUENTES OLAMOS, JESSICA, *El derecho de propiedad en la Constitución y la jurisprudencia*, Conosur, Santiago de Chile, 1998, pp. 132 a 137, e indirectamente BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, "La función social como

la mayor parte de la producción intelectual crítica ha proveniendo de autores dedicados al Derecho Público.

Sin embargo, la crítica resulta, a mi juicio, parcialmente injusta. Quiero decir con ello que el sujeto pasivo de la crítica (los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, y el resultado hermenéutico producido respecto del derecho de propiedad) está bien elegido, pero el motivo de la misma es equivocado.

En efecto, creo que el caos conceptual que indudablemente trasunta el conjunto de la jurisprudencia relativa al dominio libre desde la vigencia de la actual Carta Fundamental no se debe (al menos no en todos los casos) a que los jueces hayan preferido una concepción civilista de la propiedad, en desmedro de una mejor y más "clara y distinta" "propiedad constitucional", sino (en la mayoría de los casos) por una muy inapropiada comprensión y aplicación de las estructuras normativas del derecho privado relativas a los diversos ámbitos de poder sobre recursos económicos escasos.¹⁶

En las líneas que siguen intentaré demostrar —respecto del punto específico que es objeto de este trabajo, el de las limitaciones a la propiedad— cómo una recta aplicación de la arquitectura conceptual del derecho de bienes resulta perfectamente coherente con la construcción constitucional del derecho de propiedad.

En primer término, hay que recordar que la determinación constitucional acerca de que "sólo la ley puede..." significa no únicamente una garantía de exclusión de la actividad de una autoridad inferior a la legislativa en la materia dominical (prim-

delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Número Especial sobre Derecho y Medio Ambiente, 1998, p. 154, al rescatar la idea de la "propiedad constitucional" propuesta por la doctrina europea, como opuesta a la "propiedad liberal" del Código Civil, y sosteniendo que sólo la primera admite limitaciones "internas" como las derivadas de la función social.

¹⁶ Ello dejando aparte los casos, seguramente muchos, en los que los jueces han sabido cabalmente el alcance de las "desviaciones" jurídicas que susciben, aceptándolas en pro de lo que consideran ser la mejor protección de los derechos para el caso concreto; y haciendo reposar su conciencia jurídica en el inciso segundo del artículo tercero del Código Civil.

cipio de reserva legal),¹⁷ sino también una concreta habilitación constitucional para que el legislador realice tal actividad; al tiempo que una validación constitucional de la profusa actividad que, con anterioridad a su vigencia, había desarrollado el legislador ordinario en este sentido.

Esta actividad legislativa de regulación de los derechos, por cierto, reconoce un límite en el respeto a la esencia o al contenido esencial de los derechos, límite consagrado expresamente para todas las garantías constitucionales, en el numeral 26 del artículo 19. Sobre el concepto de contenido esencial—consagrado con semejantes fórmulas por la Constitución alemana¹⁸ y por la española¹⁹—se ha debatido extensamente en el derecho comparado, y de esa discusión ha habido un reflejo correlativo en nuestro medio, discusión ampliamente justificada por la centralidad del concepto, por su aplicación a la regulación de todos los derechos fundamentales, y principalmente por su condición de concepto jurídico de contenido indeterminado.²⁰

¹⁷ Sobre la reserva legal, ver, en Chile, y sólo por vía de ejemplo, FERNANDOIS VOHRINGER, ARTURO, "La reserva Legal: Una garantía sustantiva que desaparece", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2, abril / junio 2001, pp. 289 a 298; NOGUERA ALCALÁ, op. cit., pp. 159 a 169; EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, tomo III, p. 292, y en España, SATRÚSTECU, MIGUEL, *Derechos del ámbito económico y social*, op. cit., pp. 413 a 415; o FERNÁNDEZ SECADO, op. cit., pp. 486 a 488, y específicamente en materia de propiedad, pp. 452 y 453.

¹⁸ Alemania. Ley Fundamental, "art. 19.3. (1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen."

(2) *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angestastet werden.* (...) ("1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental").

¹⁹ España. Constitución. "Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1. a) (...)".

²⁰ Véase, por todos, NOGUERA ALCALÁ, HUMBERTO, op. cit., pp. 169 a 191, con referencia al derecho comparado.

Con todo, quiero postular aquí que en la Constitución chilena la "esencia del derecho" como núcleo de protección de cada derecho fundamental, como "límite de los límites" insalvable para el Estado, es un concepto jurídico efectivamente indeterminado para los demás derechos fundamentales, *ex artículo 19 N° 26*, pero que—en aguda diferencia con lo que ocurre en el derecho comparado—se halla constitucionalmente precisado para el derecho de propiedad, y que esta precisión se ha realizado por referencia a unos parámetros legales largamente asentados en la técnica civil.

Efectivamente, adhiriendo al postulado de que "lo que abunda no daña", y dada la trascendencia socioeconómica del derecho de propiedad, y los avatares de su historia durante la segunda mitad del siglo pasado,²¹ los redactores de la Constitución quisieron particularizar la referencia al contenido esencial respecto del dominio. Y lo hicieron, luego de arduas discusiones, y como no podía ser de otro modo, por remisión a los conceptos civiles sobre los que se construye la arquitectura conceptual del derecho de dominio: diferenciación entre la cosa y el derecho,²² los atributos del derecho, las facultades que el mismo genera para el titular.

En este sentido, la precisión técnica que logró el texto constitucional es de notar, y es una lástima que esa precisión no haya sido aprovechada íntegramente por la jurisprudencia. El Estado debe indemnizar al propietario—es decir, la Constitución entiende que se afecta al derecho en su esencia—cuando hace una de estas tres cosas, sea por vía directa, sea solapada o indirectamente (esto es, por la vía del "resquicio legal" de tan extensa utilización en otra época, y que tanto preocupaba a los redactores constitucionales): privar de la propiedad, privar del bien sobre el que recae, o privar de un atributo o facultad esencial del dominio.

²¹ Véase el extracto de la discusión en el seno de la Comisión encargada de la Nueva Constitución, en EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, tomo III, fundamentalmente las pp. 275 a 328.

²² Sobre los orígenes de esta construcción técnica, *vid.* CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo III, De los Bienes, N° 285 y ss., pp. 327 y ss.

Privar de la propiedad significa tanto como privar del derecho subjetivo, aunque se deje materialmente al antiguo dueño con la tenencia física de la cosa; esto es, no puede la ley dejar al dueño con el *corpus*, privándolo de su calidad de dueño (una tal cosa ocurriría indirectamente si, por ejemplo, se elevaran tanto ciertos tributos de base territorial que los dueños quedarán, en los hechos, pagando una renta de arrendamiento al Estado).

Por la inversa, tampoco puede la ley dejar al dueño su derecho, pero privarlo del *ius possidendi*, es decir, del derecho a tener la cosa bajo su esfera de control material.

Luego, y este es ciertamente el extremo más complejo, el Estado está impedido de privar al titular de un atributo o facultad esencial del dominio. Nótese que el legislador está expresamente habilitado para regular esas cuestiones; lo que no puede es, a pretexto de la regulación, producir una privación, es decir, una exacción o despojo.

Desde que la propia Constitución reconoce en el uso, el goce y la disposición a las facultades inherentes del derecho de dominio, recogiendo así una multiseccular tradición jurídica, no parece haber mayores dudas acerca de la remisión constitucional al Derecho Civil.²³ Algo más confusa resulta la cuestión de los "atributos", respecto de los que la doctrina vacila frecuentemente.²⁴ Sin embargo, en el Derecho Civil resulta bastante preciso —y desde muy antiguo— que sus atributos o caracteres son su calidad de derecho real, su generalidad o absolutez, su perpetuidad y su exclusividad.

No es éste el lugar para realizar una exposición analítica detenida de cada una de las facultades que emanan del derecho de dominio, así como de sus caracteres o atributos, y por ello me limitaré aquí a sintetizar unos conceptos acerca de los cuales la doctrina tiene, por otra parte, completo acuerdo.

En este sentido, la facultad de uso (conocida desde el Derecho Romano como *ius utendi*) se entiende como la posibilidad

²³ Véase la discusión en el seno de la Comisión encargada de la Nueva Constitución, en EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, tomo III, pp. 275 a 328.

²⁴ Véase, por ejemplo, EVANS DE LA CUADRA, op. cit., p. 376, que habla de atributos del dominio para referirse a las facultades; o Domínguez Aguilín, op. cit., p. 122, que repunta atributo de una propiedad singular la contigüidad a un área verde.

que tiene el dueño de servirse de la cosa según su propia naturaleza, como cuando se habita una casa, se conduce un automóvil o se juega o caza con un perro. La facultad de goce (*ius fruendi*), por su lado, consiste en la posibilidad franquizada al titular del derecho de dominio de obtener un beneficio, esto es, una utilidad económica, con lo que la cosa produce, sea naturalmente (es decir, directamente y sin la mediación de una relación jurídica, como cuando una hembra produce crías, o un árbol da frutos), sea civilmente (esto es, a través de la percepción de rentas derivadas de la cesión de una parte limitada de las facultades sobre la cosa a un tercero, mediante una relación jurídica convencional o legal, como cuando se obtiene un canon del arrendamiento de la cosa, o se perciben unos intereses por el uso que facilitamos a otro de un capital dinerario). Finalmente, la facultad de disposición (*ius abutendi*) consiste en la posibilidad de producir una alteración (como cuando se remodela una casa) o destrucción física total o parcial (como si se sacrifica un animal para consumir su carne o sólo se lo castra) o jurídica (mediante el abandono —por el cual la cosa deviene *res derelictae*— y la enajenación).²⁵

Por su parte, la doctrina civil también concuerda acerca de que, en abstracto, los caracteres esenciales o atributos de la propiedad son su carácter de derecho real, su perpetuidad, su absolutez, y su calidad de exclusivo o excluyente. En relación con el primer atributo, la calidad de derecho real, éste se encuentra legalmente definido por el Código Civil: es real aquel derecho que se tiene sin respecto a determinada persona (art. 577), o dicho de otra manera, es real el derecho para cuyo ejercicio o disfrute no se requiere la intermediación de otro. Por otro lado, la perpetuidad del dominio supone esencialmente la no extinción

²⁵ Para una reseña bibliográfica de las facultades del dominio, véase para la doctrina nacional, CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo III, De los Bienes, N° 289 a 291, pp. 394 y ss.; PEÑALILLO ARÉVALO, DANIEL, *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 70 y 71; PESCO VARGAS, VÍCTORIO, *Manual de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, tomo III, 285 a 295; ALESSANDRI R., ARTURO, SOMARRIVA U., MANUEL, y VODANOVIC H., ANTONIO, *Tratado de los derechos reales, bienes*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed., 1993, pp. 51 a 61; y KWEINSTEIN H., ABRAHAM, *Sintaxis del Derecho Civil-De los objetos de derechos-bienes*, Ed. Jurídica La Ley, Santiago, 1993, p. 44.

del derecho por el solo no ejercicio, o lo que es lo mismo, que el derecho no se encuentra sujeto a caducidad en virtud de condición o plazo alguno. En tercer lugar, la calidad de absoluta de la propiedad significa que el dueño tiene sobre la cosa la plenitud de facultades legalmente concedidas al titular de un derecho real, o dicho en otros términos, no deben existir facultades legalmente consagradas sobre bienes de que el dueño carezca.²⁶ Finalmente, el dominio es exclusivo y excluyente. Que sea exclusivo significa tanto como aseverar la imposibilidad técnica de la existencia de dos dueños independientes con igualdad de poderes sobre la cosa (lo que no excluye, pues, la posibilidad del condominio o copropiedad, en que los derechos son interdependientes; ni la posibilidad de dominios limitados por plazo o condición, en los que las facultades o poderes del dueño nudo o del fideicomisario son diversos a los del usufructuario, del propietario fiduciario o del constituyente, en su caso). Que el dominio sea excluyente, en fin, supone abrir la posibilidad legal de repeler a terceros del uso y goce de la cosa.²⁷

Ahora bien, la consagración constitucional de la barrera legislativa frente a los citados atributos y facultades esenciales no significa, como pudiera pensarse, una suerte de "congelamiento" constitucional del derecho de dominio, con los poderes y los caracteres con los que se lo concibe hoy, ni importa negar la

²⁶ Nótese que el concepto de absoluté que maneja la doctrina insprivatista dista bastante de la caricatura que presentan los autores cercanos al derecho público, que arguyen que la absoluté supone la ausencia de limitaciones o restricciones. *Véase*, *ad ex.*, BORDALI SALAMANCA, op. cit., p. 154; o BANDA VERCARA, ALFONSO, "Medio ambiente y función social del dominio", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Número Especial sobre Derecho y Medio Ambiente, 1998, p. 71, ambos siguiendo a BARNÉS VÁSQUEZ, JAVIER, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988).

²⁷ Para una reseña bibliográfica de los atributos o caracteres del dominio, por ejemplo, y para la doctrina nacional, CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, tomo III, De los Bienes, N° 292 a 295, pp. 341 a 344; PÉNALILLO ARÉVALO, DANIEL, *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 70 y 71; PESCO VARGAS, VÍCTORIO, *Manual de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, tomo III, 285 a 295; ALESSANDRI R., ARTURO, SOMARRIVA U., MANUEL, y VODANOVIC H., ANTONIO, *Tratado de las materias reales, bienes*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed., 1993, pp. 37 a 40; y KVEINSTEIN H., ABRAHAM, *Síntesis del Derecho Civil-De los objetos de derecho-bienes*, Ed. Jurídica La Ley, Santiago, 1993, p. 43.

posibilidad de escindir o "desgajar" de esa noción dominical otras diversas, atendidas las particularidades del objeto sobre el que el derecho recae, y las necesidades de la colectividad. Por el contrario, la posibilidad constitucionalmente abierta de regulación legal no ablativa alcanza, como demostraré a propósito del específico tema del bosque nativo, para operar una reconfiguración de la propiedad, conforme a las exigencias de su función social, en una medida muy significativa.

Pero hay más. El legislador puede reformular una cierta clase de propiedad con mayor intensidad aún, si el caso lo requiere, pagando a los actuales titulares la indemnización proporcional correspondiente.²⁸ Desde que se produce la intervención legislativa, los ulteriores adquirentes quedan obligados *propter rem* al nuevo estatuto dominical, sin posibilidad de reclamar indemnización de ninguna especie. El derecho de dominio quedará así reconfigurado para lo sucesivo, como otra clase o especie de propiedad. Este tipo de intervención ablativa (y por ello, expropiatoria) resulta claramente posible con los atributos del dominio, que no se encuentran determinadamente mencionados por el texto constitucional, pero también es posible, en mi opinión, con las facultades de uso, goce y disposición, siempre que no se llegue a la privación total. Esta ablación completa de una o más facultades estaría vedada al legislador, en términos del establecimiento de una normativa general y abstracta, por la consagración constitucional de esas facultades.²⁹

²⁸ Véase, aunque la indemnización fue forzada judicialmente (en el fondo, de modo correcto, porque la prohibición efectivamente produjo, dadas las características del predio, una privación del derecho de disposición material), la sentencia de la Corte Suprema que establece indemnización para la Comunidad Galleu, a propósito de la declaración de la *Atuacaria atuacaria* como monumento natural (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXI, Sec. 5ª, pp. 181 a 189), así como el fallo que se pronuncia sobre el Decreto Supremo N° 43 de 1990, que contiene la prohibición de explotación (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVII, N° 2, año 1990, 2ª Parte, Sección Quinta, pp. 123 y ss., y comentario en BANDA VERCARA, op. cit. *passim*).

²⁹ Esto no significa, desde luego, que en casos concretos no pueda el titular del dominio verse privado de todos los atributos y facultades del dominio, como consecuencia de la privación de la propiedad completa, y previo pago de la indemnización respectiva. Es lo que ocurre en cualquier expropiación singular por causa de utilidad pública.

En síntesis, pues, una norma que priva de alguno de estos atributos o facultades debe considerarse ablativa, y por ello inconstitucional, a menos que establezca, en conformidad a la ley fundamental, la correspondiente indemnización. Una norma que se limite a regular, aunque sea restrictivamente, esas facultades o atributos, pero que no alcance a producir privación—esto es, despojo—de una facultad o un atributo, debe ser considerada perfectamente constitucional, y el costo de la limitación debe ser asumido, en virtud de la función social de la propiedad, por el titular del derecho.³⁰ Así, esta inteligencia de la norma constitucional parece resolver, también, el problema de la indemnizabilidad de las obligaciones o limitaciones impuestas al propietario en virtud de la función social, extremo sobre el cual la doctrina constitucional no acaba de ponerse de acuerdo. Para mí resulta evidente que una tal indemnización no procede si no hay una privación de un atributo o facultad. La argumentación en contrario, *ex artículo 41.8.º de la Constitución*³¹ (si se indemniza en estados de excepción, con mayor razón debe indemnizarse en un estado de normalidad constitucional), no resulta atendible, sino que parece confirmar el aserto. En efecto, la norma alude expresamente a que sólo se indemniza cuando hay privación de un atributo o facultad; no establece la indemnización por cualquier restricción. La postura que generaliza la indemnización resulta, además, incongruente con la propia consagración cons-

³⁰ En contra, UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN, "Limitaciones al dominio: De las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, Nº 2, abril / junio 2001, p. 432, quien sostiene que cuando una restricción impone un costo al propietario ("causa daño", prefere el autor) éste debe ser indemnizado aunque "las restricciones no privan ni siquiera transitoriamente de atributo o facultad esencial del dominio", sobre la base de las garantías de no discriminación arbitraria y de igual repartición de las cargas públicas. Desde luego, el autor no alude en modo alguno a la función social de la propiedad y a su traducción concreta respecto de las restricciones u obligaciones impuestas al propietario. Asimismo, las referencias jurisprudenciales que cita, en que los tribunales han dado lugar a indemnización, se han referido, todos, a casos en los que puede perfectamente argumentarse la existencia de privación de atributo o facultad.

³¹ "Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño".

titucional de la función social de la propiedad privada. Si toda restricción u obligación debe ser compensada por el Estado, el peso real de la función social de la propiedad privada recae sobre sus hombros, y no sobre el titular del derecho, lo que resulta en un evidente contrasentido.

En fin, creo que entender de otro modo la cuestión central que aquí se discute, esto es, entender que la referencia de la norma fundamental a "atributos o facultades" no alude a las categorías de la propiedad civil, sino a alguna entelequia puramente constitucional, es—a mi juicio—abrir la puerta para las más disparas interpretaciones y los más desafortunados excesos.³² La solución al verdadero poñaje interpretativo que se ha hecho en sede constitucional con el derecho de propiedad no estriba, por cierto, en prescindir de la construcción técnica civil, sino precisamente en reconducirlo ordenadamente a esa construcción técnica.

Por otra parte, la referencia a la propiedad civil, al contrario de lo que parece creer la mayor parte de la doctrina constitucional,³³ no impide—bien entendida, claro está—en lo más mínimo la inclusión de los criterios propiamente constitucionales de limitación interna del derecho sobre la base de la función social de la propiedad, y no impide tampoco la consideración del dominio como una inescindible unidad en la que confluyen como elementos estructurales la función social y la utilidad individual.³⁴

En efecto, incluso en un Código Civil como el nuestro, exercido por decimonónico y motejado despectivamente de "burgués-liberal", resulta perfectamente plausible la integración de

³² Si se entiende, por ejemplo, la referencia a los "atributos" como una protección de cualquier característica del dominio singular de un bien determinado (como lo postula Domínguez Aguilera, op. cit., p. 122, respecto de la contigüidad a un área verde de una cierta propiedad), a pesar de su genérica duda inicial sobre lo que deba entenderse por "caracteres del dominio" (*Id.*, p. 120), puede llegarse a extremos poco recomendables. La vista hacia un cierto paisaje de un terreno ¿es un "atributo" constitucionalmente protegido, y no puede, por ello, el vecino llevar una cortina de árboles? Caricaturizando las cosas, el olor de las rosas del vecino ¿es un atributo de la propiedad contigua, que impide al dueño deshacerse de ellas?

³³ Así, por ejemplo, Aldunate Lizama, Eduardo, en PRÓLOGO a FUENTES OLMO, op. cit., pp. vi y vii.

³⁴ Sobre esta unidad, que me parece perfectamente aplicable al caso chileno, véase, para el derecho español, LÓPEZ Y LÓPEZ, op. cit., pp. 142 a 146.

la función social de la propiedad en el concepto tradicional de dominio. Esa noción tradicional, tantas veces abusada y tan pocas veces defendida, de la propiedad como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (art. 582 CC) integra a mi juicio de modo admirable la tensión política que se visualiza en todo fenómeno de asignación exclusiva de recursos escasos: la pugna dialéctica entre el provecho individual y el bien común. Esa tensión es resuelta por el Código con magistral sentido común: plenitud (esto es, máximo alcance e intensidad) de potestades individuales sobre el objeto de dominio, determinadas lingüísticamente mediante el uso de la enfática locución adverbial "arbitrariamente"; con la condición explícita del previo respeto al marco regulatorio ("no siendo contra ley") y a los derechos de otros particulares.³⁵ Es evidente, para cualquiera que estudie sin pasión esta cuestión, que el primer marco regulatorio al que debe atenerse el ejercicio del derecho de propiedad es el marco constitucional.³⁶

En síntesis, el concepto de propiedad sobre bienes corporales debe considerarse, en nuestro derecho, como una noción única, aplicable tanto al Derecho Privado como al Derecho Constitucional, que integra indisolublemente la garantía de la maximización del beneficio particular con la posibilidad de limitaciones en pro del bien común; limitaciones y obligaciones que, por expreso mandato constitucional, deben juzgarse, respecto de su constitucionalidad, de la mano de los parámetros técnicos del Derecho Civil.

³⁵ En el mismo sentido de entender mortigerada la definición, y de permitir su cláusula final la inclusión de un "contenido social", PEÑALILLO ARÉVALO, op. cit., p. 61, aun cuando no llega a mencionar a la función social de la propiedad. En cambio, entendiendo francamente "exagerada" la expresión "arbitrariamente" (aunque no incompatible con la función social) PESCO VARGAS, op. cit., p. 274.

³⁶ De hecho, y desde hace no poco tiempo, en muchas cátedras de Derecho Civil se viene apuntando la cuestión de las limitaciones al dominio, incluyendo, en primer lugar, las limitaciones teóricas de sede constitucional basadas en la función social de la propiedad; y en un segundo lugar, los límites de jerarquía puramente legal (relaciones de vecindad, derechos de terceros, abuso del derecho, etc.).

IV. LIMITACIONES Y FUNCION SOCIAL: UNA APLICACION A PROPOSITO DE UNA EVENTUAL PROHIBICION DE SUSTITUCION DEL BOSQUE NATIVO

Se dijo en la Introducción de este trabajo que se intentaría, para acabarlo, un esfuerzo de aplicación a una causa perdida: la de una eventual prohibición de sustitución del bosque nativo. Digo causa perdida, porque incluso los grupos ambientalistas han sucumbido frente a la argumentación preponderante y han aceptado, en un Protocolo de Acuerdo con otros actores económicos, acerca de la reformulación del proyecto de ley en trámite, que "5. La indicación no abordará explícitamente el tema de la sustitución, evitando por tanto la redacción de articulado que se refiera específicamente a esta materia".³⁷

La argumentación que parece triunfar hoy es muy simple: El bosque nativo es susceptible de propiedad privada; luego, se encuentra amparado por la garantía constitucional del derecho de propiedad. Es nullo que este derecho puede ser limitado por ley, en virtud de la función social que le es consustancial, en interés de la conservación del patrimonio ambiental. Sin embargo, una ley que —so pretexto de limitar el derecho— lo afecte en su esencia, queda fuera de cobertura constitucional, y deviene expropiatoria. Por ello, debe establecer la correspondiente indemnización, y en tanto no lo haga, deriva en inconstitucional. Una ley que prohibiera la sustitución del bosque nativo en terrenos de producción (es decir, en suelos en que no existe una razón biológica imperativa que justifique la conservación de la superficie boscosa) es positivamente inconstitucional, porque afecta la esencia del derecho, al no permitir la libre disposición del suelo, y no establece indemnizaciones.

³⁷ Protocolo de Acuerdo sobre el Proyecto de Ley de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal suscrito en Santiago, con fecha 4 de junio de 2001, por CONAF, CODEF, CORMA, MUJEC, AIFEN, CONAMA, INFOR, ECONATIVA, Fundación TERRAM y Sociedad de Ecología de Chile. El protocolo tiene por objeto "concordar los aspectos principales que incluirá la Indicación al Proyecto de Ley de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, que el Ejecutivo enviará al Parlamento".

Pues bien, he sostenido en otra parte,³⁸ y lo reitero ahora, que esa tesis es falaz y que se fundamenta en una muy equivocada lectura de la Constitución, y una torcida comprensión de la noción civil de propiedad. Agrego ahora que esa tesis representa una renuncia de los administradores del Estado al cumplimiento apropiado de su obligación constitucional de "asegurar la preservación de la naturaleza" (art. 8° CPE).

Para comenzar esta última parte, hay que indicar que la expresión "prohibición de sustitución" ha resultado francamente desafortunada. En efecto, como toda prohibición, nos resulta lingüística e intuitivamente odiosa,³⁹ y por ello tendemos a aceptar sin demasiado cuestionamiento la idea de que, a fuer de odiosa, es también inconstitucional. Además, resulta, en el debate público, muy fácilmente asimilable a la "prohibición de explotación", que —como se comprende fácilmente— es de naturaleza completamente diversa.⁴⁰ Sin embargo, para estos efectos seguiré hablando de "prohibición de sustitución", y para extremar las cosas, basaré mi argumentación en la hipótesis —hoy más hipotética que nunca— del establecimiento legal de una prohibición total de sustitución.

Bajo los parámetros generales que se han definido previamente —esto es, que la interpretación constitucional suele requerir de auxilio técnico extraconstitucional, y que en la definición de las potestades legislativas respecto del derecho de propiedad hay una expresa remisión técnica al derecho civil— resta, pues, contrastar los efectos de una prohibición total de sustituir las superficies boscosas nativas con la habilitación constitucional al legislador respecto del derecho de propiedad.

Sea que se considere la prohibición de sustitución como una regulación del modo de disponer de una cosa corporal, sea que

³⁸ Véase, del autor, el artículo "Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad: Una mirada desde el Derecho Civil", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Número especial Derecho y Medio Ambiente, agosto de 1998, pp. 137 a 142.

³⁹ Es incluso posible que si se hubiese hablado de "obligación de reforzar con especies nativas", o de "obligación de mantención de superficie boscosa nativa", la discusión pública o la voluntad estatal hubiera discurredo por derroteros distintos.

⁴⁰ Porque una prohibición de sustitución permite explotar, incluso de modo completo y total, esto es, a "tala rasa".

se la considere una directa limitación del derecho de dominio, debe igualmente satisfacer el *test* de legitimidad que supone el artículo 19 N° 24. Como se sabe, en este terreno la ley puede, en general, establecer "las limitaciones y obligaciones que derivan de la función social" del dominio, que esta función social comprende "la conservación del patrimonio ambiental" (art. 19 N° 24 CPE), y en particular, que "la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente" (art. 19 N° 8 CPE). Si se la mira desde esta perspectiva, ¿es la obligación de repoblación una limitación que prive de algún atributo o facultad esencial del dominio, o que, a pretexto de regular, prive de la propiedad o del objeto sobre el que recae? Intentaré fundar la respuesta negativa.

Es claro que el propietario del bosque no se ve privado del derecho subjetivo (esto es, sigue siendo tan dueño como antes) ni se le impide la tenencia material del bien (sigue intacto el *ius possidenti* que deriva del dominio).

Por otra parte, una obligación de esta especie no transforma al derecho en su intrínseca naturaleza: sigue la propiedad siendo un derecho tan real como antes, sigue consistiendo en una relación (en la doctrina civilista tradicional) entre un sujeto y un objeto de derecho (art. 577 CC); o (en la visión más moderna) entre un sujeto determinado y un sujeto colectivo indeterminado obligado a satisfacer un deber abstracto de abstención respecto de un objeto de derecho.

Tampoco se afecta la absolutividad o generalidad del derecho de dominio: el propietario sigue teniendo las más amplias facultades que la ley otorga al titular de cualquier derecho real.

Por otra parte, el dominio sigue siendo, en el caso particular, perpetuo, esto es, inextinguible por el solo no ejercicio, o lo que es lo mismo, no sujeto a plazo o condición que determine su extinción;⁴¹ y, además, sigue siendo exclusivo y excluyente, es decir, sigue facultando al titular para determinar la exclusión de

⁴¹ Sin perjuicio, como se indicó antes, de la posibilidad legal de establecer algo diverso para el futuro, respecto de cierta clase de propiedades, como se ha hecho antes respecto, por ejemplo, de la propiedad intelectual, que es temporal y no perpetua.

terceros, en la medida legalmente permitida,⁴² y sigue determinando la imposibilidad de que coexistan dos titulares independientes del dominio, con iguales poderes jurídicos sobre la cosa. Por ello, pues, creo que es posible afirmar que los atributos o caracteres esenciales del derecho de propiedad sobre los bosques nativos no se verían afectados por una regulación que impidiera la sustitución.

Enseguida, me parece plausible sostener que tampoco las facultades esenciales del dominio se ven afectadas, en el sentido constitucionalmente vedado al legislador, esto es, en el sentido de despojar (privar) de ellas al propietario. Es así, porque la facultad de uso, esto es, el derecho de servirse del bosque según su naturaleza propia,⁴³ queda evidentemente intacta (hay que reconocer claro, que el uso de un bosque es bastante limitado: puede pensarse en su utilización como refugio para animales domésticos, como lugar de paseo y meditación, como lugar de instalación de camping, y otros, todos de relevancia menor). La facultad de goce, que la doctrina identifica con la facultad de percibir los frutos naturales o civiles de la cosa, queda también intacta. En efecto, el bosque sigue siendo susceptible, por ejemplo, de arriendo u otro contrato que produzca para el dueño rentas; y desde luego, sigue el propietario estando facultado para hacerse dueño⁴⁴ de los frutos naturales del bosque, esto es, de los que el bosque produzca periódicamente sin detrimento de su sustancia global (aparte de los diqueños, nalcas, changles, garrales y otros frutos silvestres,⁴⁵ cabe aquí el resultado de una ex-

⁴² En la medida de lo legalmente permitido. Sin embargo, parece que en el caso de los bosques, o de las propiedades agrícolas en general, es posible sostener, por defecto de norma sancionadora, el derecho de uso inocuo.

⁴³ *Vid.*, para una referencia doctrinal sobre los conceptos de uso, goce y disposición, la nota 25.

⁴⁴ Por accesión discreta o de frutos, según la normativa del Código (arts. 644 a 648 CC), aunque la doctrina moderna está conteste en que se trata de una construcción artificiosa e innecesaria. El dueño de la cosa se apropia de los frutos precisamente en razón de la facultad de goce, como una proyección de su dominio sobre la cosa productiva, y no se requiere de un modo especial de adquirir. Véase, por todos, PENAULLO ARIVALO, op. cit., p. 117.

⁴⁵ Comprenderlos en lo que Paulo llamaba, refiriéndose a los usos del bosque, *silva glandifera* (audiendo –*lato sensu*, claro está– a las bellotas) y *silva jolasis*, aludiendo a la extracción de leña (palos) y perrigas. Esta concepción del aprove-

plación silvícola que extraiga una biomasa igual o inferior a la producida por la tasa de crecimiento del bosque).⁴⁶

Hay en el Código Civil, a propósito de la facultad de goce, una norma de singular relevancia, en la que se ha reparado escasamente. Se trata del artículo 783, que recoge una prescripción de antigua data en el derecho continental,⁴⁷ y según la cual el usufructo de una heredad se extiende a los bosques y arbolados, pero “con cargo de conservarlos en un solo ser”, obligación que se traduce en la de reponer los árboles que se derriben, y en la de responder del menoscabo, salvo causas naturales o casos fortuitos. En síntesis, en la explotación del bosque derivada de la facultad de goce, el propio Código Civil asienta el principio *salva rerum substantia*, que no otra cosa es la prohibición de sustitución.

Más complejo parece presentarse el contraste de la prohibición total de sustitución con la facultad de disposición, entendida como la posibilidad de destruir física o jurídicamente la cosa. Sin embargo, también aquí el cuestionamiento de constitucionalidad debe responderse negativamente. Recordemos que para reprochar ilegalidad constitucional es menester que la norma legal prive (directa o indirectamente) de la facultad de disposición. En este caso, la disposición jurídica se encuentra obviamente intocada; esto es, el propietario sigue encontrándose perfectamente habilitado para enajenar el bosque, sea como unidad jurídico biológica (*id est*, transfiriendo el suelo y el vuelo), sea como mueble por anticipación (o sea, traspasando la propiedad sólo del vuelo); así como, por otra parte, se mantiene también intocada la posibilidad teórica del abandono (abandonando que, por tratarse de inmuebles, conduciría al traspaso de la propiedad al Fisco, *ex artículo 590 CC*).⁴⁸ Ahora bien, es preciso

chamamiento del bosque tuvo amplia difusión en los textos romanos, *vid.* DE VICENTE DOMINCO, RICARDO, *Islajadas forestales*, Civitas, Madrid, 1995, p. 23.

⁴⁶ En este sentido, expresamente, CLARO SOLAR, op. cit., tomo VI, N° 289, y siguiéndolo, PESCO VARGAS, op. cit., p. 308.

⁴⁷ Sobre la significación del precepto equivalente en el derecho español, *vid.* DE VICENTE DOMINCO, RICARDO, *Islajadas forestales*, cit., pp. 64 a 67.

⁴⁸ Incidentalmente hay que anotar que si –extrañamente– se quisiera concretar esta posibilidad teórica, habría que hacerlo por escritura pública, invocando

también inquirir por el grado de afectación de la facultad de disponer físicamente, esto es, de destruir materialmente el bosque.⁴⁹ Considerando que la prohibición total de sustitución no sólo no impide la explotación conservadora, sino que además permite la tala rasa completa, me parece que sostener que ella "priva" al titular del derecho de disponer es, a todas luces, una exageración jurídica inaceptable. No puede decirse, pues, que una norma de esa especie sea inconstitucional por privar de una facultad esencial del dominio al dueño de bosque nativo. Únicamente, se trataría de una norma regulatoria del derecho, perfectamente enmarcada dentro del campo de la legitimidad constitucional, que permite la disposición física o material, por destrucción total o parcial, con la condición de reforestar con las mismas especies u otras nativas más apropiadas al sitio.⁵⁰ Si esta obligación no cabe en la función social de la propiedad, tan claramente enfatizada respecto de la protección ambiental, no se divisa con facilidad qué otra limitación pueda resultar acogida en el seno conceptual de una institución que devendría simplemente letra muerta constitucional.

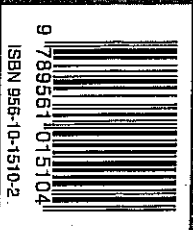
la facultad general concedida en el artículo 12 CC, y acrediando que no existen obligaciones *propter rem* pendientes (que harían inaplicable la referida norma). Es por cierto probable que el Conservador rechace la inscripción y la consecuente anotación marginal cancelatoria, por ausencia de una mención explícita entre las causas de cancelación del artículo 728, caso en el que habrá que recurrir al tribunal para que declare el derecho a abandonar, y obligue al Conservador.

⁴⁹ Facultad que, por otra parte, se encuentra ya limitada en algunas hipótesis. Véase, por ejemplo, en el art. 476 del Código Penal, que establece que "Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados: (...) 3. El que incendie bosques, mases, pasios, monte, cierras o planifios", castigo que alcanza, desde luego, igualmente al propietario (art. 482. "El culpable de incendio o estragos no se eximirá de las penas de los artículos anteriores, aunque para cometer el delito hubiere incendiado o destruido bienes de su pertenencia).

Pero no incurrirá en tales penas el que rozare a fuego, incendiare rastros u otros objetos en tiempos y con circunstancias que manifestamente excluyan todo propósito de propagación, y observando los reglamentos que se dicten sobre esta materia".

⁵⁰ Hay múltiples normas que se enmarcan dentro de esta facultad constitucional, y que no han generado discusión alguna. Repárese, por ejemplo, en las leyes que posibilitan la regulación restrictiva de sacrificio de animales, de eliminación de desechos, de quemas controladas, y dentro del mismo ámbito forestal, de la necesidad de repoblar cuando se explota un bosque cualquiera.

Para finalizar, ¿cabe, frente al paisaje descrito, alguna esperanza de que el Poder Legislativo aborde la cuestión de modo diverso a aquel que parece predominar sin mayor contrapeso? Las presiones de la industria, la compulsión por la generación de empleo en el corto plazo y por el alza del Producto Interno Bruto hacen que esa esperanza sea, en verdad, bastante escasa. Sin embargo, el propio Protocolo de Acuerdo que se citó al comenzar esta parte deja entrever una posibilidad. Las partes que suscribieron el documento dejaron constancia de "que en materias de definiciones y clasificación de bosques contenidas en el actual proyecto de ley, si bien es cierto no se logró un acuerdo formal, existe la convicción de que de ninguna manera dichos conceptos deberían negar una concepción ecosistémica de los bosques y la realización de un uso múltiple". Pues bien, en la medida en que se reconoce que el bosque es un ecosistema, es decir, se lo concibe como una unidad biológica (que comprende, por consiguiente, el subsuelo, la superficie y la flora y la fauna que en ellos se desenvuelven), se lo unifica también como objeto de derecho, y esa unificación destruye el principal sustento argumentativo de las empresas madereras: hay propiedades separadas sobre los árboles y sobre el suelo, y de una y de otra se debe poder disponer arbitrariamente del modo que al dueño le plazca.



premacia constitucional es hoy uno de los principios apreciados del constitucionalismo contemporáneo, de tal que la Constitución Política es considerada como rma jurídica superior y a la cual indiscutiblemente debe rdinarse todo el ordenamiento jurídico del Estado. n efecto, desde el término de la Segunda Guerra Mundial, nstitución es considerada en los diversos países como rma fundamental desde un punto de vista sustancial y damente programático.

a afirmación del valor normativo de la Constitución ha ucido durante las últimas décadas una especie de nstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los chos fundamentales son el eje central irradiando sus os sobre las demás normas e instituciones jurídicas. proceso ha generado el fenómeno denominado stitucionalización del derecho", el cual ha sido reconocido esivamente por la doctrina y la jurisprudencia de los nales.

ste libro contiene un conjunto de trabajos que analizan proceso desde la perspectiva del derecho constitucional, administrativo y procesal, contribuyendo sólidamente comprensión y divulgación del proceso de constitucio-ación del derecho en Chile.



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad
Austral de Chile

LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CHILENO

LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CHILENO



Universidad Austral de Chile

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales