

## **CAPÍTULO II**

### **ANÁLISIS DOCTRINARIO**

Luego de haber planteado el problema que nos convoca, veremos como se ha desarrollado en la doctrina nacional el conflicto en cuestión, para lo cual fraccionaremos las posturas existentes en dos grandes polos, totalmente antagónicos entre sí. Por tanto, tendremos por una parte a los autores que optan por declarar abiertamente inconstitucional el Decreto Ley 2.695 y por otro a aquellos que defienden su existencia y total armonía con el texto Constitucional, desarrollando a su vez, en cada uno de los puntos mencionados, los distintos fundamentos y argumentos esgrimidos para la defensa de cada doctrina.

#### **1.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY.**

Este sector de la doctrina sostiene la inconstitucionalidad del Decreto Ley, por considerar que dicha norma atenta contra una serie de derechos fundamentales.

##### **1.1.- Atentado al Derecho de Propiedad. (artículo 19 N° 24 de la Constitución)**

Los argumentos desarrollados por la doctrina para fundamentar la inconstitucionalidad por violación al derecho de propiedad se puede enfocar desde varias aristas, por tanto, para el análisis de este punto, he preferido dividir dicha teoría en las siguientes fases:

##### **1.1.1.- El Decreto Ley priva del dominio sin una expropiación previa.**

En efecto, como ya se mencionó en el planteamiento del problema, el Decreto Ley 2.695 permite que el poseedor material del inmueble que carece de inscripción en su favor, pueda por medio de una resolución administrativa

convertirse en poseedor regular de un bien raíz, sin importar que exista una inscripción de dominio sobre el mismo inmueble en favor de un tercero.

En base a lo anterior, se argumenta que el Decreto Ley atenta contra el artículo 19 N° 24 inciso tercero de la Constitución que dispone:

***“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”.***

En este sentido, tenemos al abogado Guillermo Vásquez Méndez<sup>13</sup> quien basándose en el artículo citado menciona que “se deduce la inconstitucionalidad del Decreto Ley 2.695 porque **no es ni ley general ni especial de expropiación...**”<sup>14</sup> refiriéndose, además, a que la eventual indemnización contemplada por el artículo 28 del Decreto Ley se aparta totalmente de la norma constitucional, que ha establecido, todo un procedimiento para garantizar la debida indemnización de quienes se ven despojados de su propiedad por medio de leyes creadas por causa de utilidad pública o interés nacional.<sup>15</sup>

En igual sentido, tenemos al magíster en derecho público, Miguel Ángel Fernández,<sup>16</sup> quien señala que “tampoco puede reputarse que la indemnización exigida por la Constitución esté representada por la compensación en dinero prevista en los artículos 28, 29 y 30 del Decreto Ley 2.695, pues si así fuera, tal normativa también sería inconstitucional, por ejemplo, porque establece una forma de pago de la indemnización, a falta de

<sup>13</sup> VÁSQUEZ MÉNDEZ, GUILLERMO. 1995. La prescripción de corto tiempo en la legislación chilena. Santiago-Chile. Editorial Jurídica La Ley. 273 p.

<sup>14</sup> Ibid. Pág. 226.

<sup>15</sup> En este sentido ver el artículo 19 N° 24 de la Constitución incisos tercero, cuarto y quinto.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. 1993. Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y derogación tácita. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Volumen IV. Páginas 55-65.

acuerdo de las partes, que contraviene lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 inciso 4 de la Constitución.”<sup>17 18</sup>

Como podemos observar, nuestra Constitución garantiza de tal forma el derecho de propiedad que solamente permite la privación del dominio en forma excepcionalísima y no sin antes, asegurar, la debida indemnización del afectado. En este sentido, cito al jurista Enrique Evans de la Cuadra, quien menciona “el único procedimiento permitido por la institucionalidad chilena para privar del dominio es la ley, general o especial, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por la misma ley.”<sup>19</sup>

### **1.1.2.- El Decreto Ley entrega el dominio al mero tenedor de un inmueble.**

Para el magíster Miguel Ángel Fernández, el Decreto Ley 2.695, permite que los meros tenedores de bienes inmuebles puedan lograr transformarse, primero, en poseedores regulares si la resolución administrativa acoge la solicitud de regularización y, posteriormente, en dueños por prescripción de un año, situación que en nuestro ordenamiento jurídico es absolutamente imposible y contrario a todo sentido de justicia. En este sentido, el citado autor afirma que “es incorrecto sostener –como lo hacen los artículos 1, y 2 N° 1 del Decreto Ley- que poseedores materiales de los bienes raíces que indica puedan iniciar el trámite de regularización ante la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales (hoy Ministerio de Bienes Nacionales), por cuanto no se trata de poseedores, sino de **meros tenedores**... En consecuencia, el Decreto Ley no establece un mecanismo de regularización de la propiedad ni tampoco de la posesión, sino que un procedimiento administrativo **para transformar una mera tenencia en**

<sup>17</sup> Ibid. Pág. 64.

<sup>18</sup> Así tenemos que el artículo 28 inciso 2 del Decreto Ley dispone que “la determinación del valor de los derechos a falta de acuerdo de las partes, se hará por el tribunal oyendo al Servicio Agrícola y Ganadero o a la Corporación Nacional Forestal, en su caso, tratándose de predios rurales, y al Servicio de Impuestos Internos respecto de los inmuebles urbanos”. Por su parte, la Constitución en su artículo 19 N° 24 inciso cuarto dispone que “**a falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado**”.

<sup>19</sup> EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. Op.Cit. Pág. 366-367.

**posesión**<sup>20</sup> lesionando, de esta forma, en su médula al derecho de propiedad "...por cuanto priva al legítimo dueño de un bien raíz, transformando al simple tenedor en poseedor y luego en propietario...".<sup>21</sup>

Tal situación se desprende del mensaje del Código Civil, pues el gran Andrés Bello señaló expresamente "*la inscripción es la que da la posesión efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor*".

### 1.1.3.- El Decreto Ley va en contra de las normas de dominio y posesión inscrita contenidas en el Código Civil.

El Decreto Ley destruye todo el régimen de la posesión inscrita que se encuentra regulada en nuestro Código Civil, anulando así, todas las garantías que emanan del sistema registral, creadas con el fin de resguardar los derechos de dominio que recaen sobre los bienes inmuebles de nuestro país, por cuanto la inscripción de dominio constituye **prueba, requisito y garantía** de la posesión inmobiliaria.

Parte de la doctrina nacional, apoyada por fallos de nuestra Corte Suprema,<sup>22</sup> afirma que **el Código Civil posee un rango superior al legal** debido a que la Constitución le encomienda, en su artículo 19 N° 24 inciso 2, regular "*el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella...*", por tanto, el Decreto Ley al destruir la teoría de la posesión inscrita, desarrollada en el Código Civil, también, atenta contra el derecho de propiedad constitucionalmente garantizado. En este sentido, Guillermo Vázquez M. señala respecto del artículo 2 N° 2 del Decreto Ley que "tal disposición es abiertamente contraria a las normas del dominio, posesión y prueba del Código Civil **e incluso es inconstitucional al privar del dominio inscrito que no puede ser cancelado sino por otro título inscrito, pero no**

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. Op.Cit. Pág. 59.

<sup>21</sup> Ibid. Pág. 60.

<sup>22</sup> En el Capítulo III de esta Memoria se analizan en detalle las doctrinas desarrolladas por la Corte Suprema, mediante los fallos emitidos en razón de los Recursos de Inaplicabilidad interpuestos contra el Decreto Ley 2.695.

*cancelado por un título ad hoc*<sup>23</sup> como lo es la resolución administrativa del Ministerio de Bienes Nacionales.

Como apoyo a tal argumento, Carlos Dávila Izquierdo,<sup>24</sup> asegura que el encargo que cumple el Código Civil de normar los modos de adquirir la propiedad, y las formas de usar, gozar y disponer de ella, es una situación que "no aparece como demasiado particular y extraña a nuestro ordenamiento constitucional, ya que muchas veces el sentido constitucional de un vocablo no está definido ni conceptualizado en la Carta Fundamental",<sup>25</sup> por ende, argumenta, que "*podrá el interprete, para definir el real sentido de la expresión, valerse de una definición legal calificada*",<sup>26</sup> y como consecuencia de lo anterior, concluye, que el legislador "no puede desconocer en forma tan abierta las normas del Código Civil relativas a los modos de adquirir el dominio, sus atributos y facultades y las garantías de la posesión inscrita, **pues ellas adquieren por mandato del propio constituyente una especial relevancia.**"<sup>27</sup>

En lo personal, no comparto totalmente esta posición, pues si bien es cierto que, el régimen de posesión inscrita, es la principal fuente de garantía en la posesión de los bienes inmuebles, creo que dotar de un rango superior al legal a una norma que no lo tiene, no es adecuado ni correcto, por ello, comparto la posición de la catedrática de Derecho Constitucional Jessica Fuentes Olmos,<sup>28</sup> quien asegura que es jurídicamente errático recurrir a las normas civiles para fundar la supuesta inconstitucionalidad de otro texto legal, "**puesto que lo que debe confrontarse es el precepto impugnado con la norma constitucional**".<sup>29</sup> Además, debemos mencionar, la

<sup>23</sup> VÁZQUEZ MÉNDEZ, GUILLERMO. Op.Cit., Pág. 225.

<sup>24</sup> DÁVILA IZQUIERDO, CARLOS. 1994. Decreto Ley N° 2.695 sobre regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz. Memoria de grado. Santiago de Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 320 p.

<sup>25</sup> Ibid. Pág. 283.

<sup>26</sup> Loc.Cit.

<sup>27</sup> Ibid. Pág. 284.

<sup>28</sup> FUENTES OLMOS, JESSICA. 1996. El derecho de propiedad en la Constitución y la jurisprudencia. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda.. 397 p.

<sup>29</sup> Ibid. Pág. 39.

constatación que ha hecho esta autora,<sup>30</sup> en su análisis jurisprudencial en torno al derecho de propiedad, en el cual concluye que "en los distintos ámbitos jurisdiccionales donde se ha discutido la respectiva garantía constitucional, **no existe un concepto claro de lo que es el derecho de propiedad en su sentido constitucional**, ni del preciso alcance y extensión de las garantías constitucionales que lo amparan".<sup>31</sup>

Me parece que, un *concepto constitucional del derecho de propiedad*, ayudaría a zanjar con mayor precisión todos estos conflictos jurídicos nacidos a causa de diversas interpretaciones de la esfera de resguardo del derecho de propiedad.

### **1.2.- Atentado al Derecho de la Igualdad ante la Ley. (artículo 19 N° 2 de la Constitución)**

Para el magíster Miguel Ángel Fernández, el Decreto Ley, constituye la única forma, legalmente posible, en la que el mero tenedor de un inmueble pueda llegar a convertirse en dueño, y concluye que en tal situación "se configura la infracción de la igualdad ante la ley, por cuanto el mero tenedor que se sitúa en los requisitos del Decreto Ley 2.695 puede hacer lo que ningún otro simple tenedor va a poder lograr, cual es transformarse en dueño de un bien raíz, privando inconstitucionalmente a su titular legítimo".<sup>32</sup> Según este autor, podría argumentarse que tal norma no atenta contra la igualdad ante la ley, pues todo aquel que reúne los requisitos del Decreto Ley puede acogerse a sus beneficios, por lo cual la mentada norma no sería discriminatoria, "pero ocurre que no todos los meros tenedores están habilitados para acudir a tan expedito procedimiento, sino sólo los que cumplan los requisitos previstos en sus artículos 1 y 2".<sup>33</sup>

Al respecto puedo mencionar que, el legislador, quiso beneficiar con esta norma a la gente de escasos recursos, cumpliendo así la normativa en

<sup>30</sup> ALDUNATE LIZANA, E.; FUENTES OLMOS J. 1997. El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XVIII. Pág. 195-221

<sup>31</sup> Ibid. Pág. 203.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. Op.Cit. Pág. 63.

<sup>33</sup> Loc.Cit.

cuestión, un rol eminentemente social, por tanto, mirado el problema desde este enfoque, pareciera ser, que el Decreto Ley no es discriminatorio, pues como sabemos, el principio de igualdad está asociado con el término de la equidad,<sup>34</sup> pero como tendré ocasión de demostrar -en el capítulo IV de esta obra titulada "*críticas al legislador*"- el mencionado rol social **ha sido mal enfocado**, derivándose de ello una notoria discriminación sin argumento alguno.

### 1.3.- Atentado a las normas del Debido Proceso. (artículo 19 N° 3 de la Constitución)

Este punto también lo podemos analizar desde varios ángulos. Entre ellos tenemos:

#### 1.3.1.- Acto administrativo no sujeto a toma de razón.

Como ya se mostró, el título que permite al mero tenedor transformarse en poseedor regular y posteriormente en dueño, por prescripción de corto tiempo, emana de una resolución simplemente administrativa, y tal como lo menciona Miguel Ángel Fernández "**la posesión es un hecho que constata y declara el juez competente** y no una calidad que se adquiere por resolución administrativa".<sup>35</sup> En igual sentido, se manifiesta el autor Guillermo Vásquez, quien critica fuertemente la constitucionalidad del Decreto Ley argumentando que la mentada norma es insólita, pues "le entrega al Ministerio de Tierras y Colonización por intermedio de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales,<sup>36</sup> la tramitación para el reconocimiento de la calidad de poseedores regulares de bienes raíces rurales o urbanos a los poseedores materiales que carecen de título

<sup>34</sup> Como señalan los maestros Mario Verdugo M. y Emilio Pfeffer U. "**la igualdad ante la ley** consiste en que **las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias** y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no benefician o gravan a otros que se hallen en condiciones similares. No se trata por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias específicas." (MARIO VERDUGO M.; EMILIO PFEFFER U.; HUMBERTO NOGUEIRA A. 1997. Derecho Constitucional. Segunda edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, página 215)

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. Op.Cit. Pág. 62.

<sup>36</sup> Hoy simplemente Ministerio de Bienes Nacionales.

inscrito... Dirección que entrega a su vez a Empresas Particulares las gestiones pertinentes, **prescindiendo de los Tribunales de Justicia** que sólo conocerán de la materia si hay oposición".<sup>37</sup>

Además, puedo agregar que, la resolución administrativa de la cual hablamos, **se encuentra exenta del trámite de toma de razón**,<sup>38</sup> quedando así libre de todo control, existiendo sólo la posibilidad de oposición de tercero interesado que, como demostraré en su oportunidad,<sup>39</sup> está sujeto a precarias formas de notificación, permitiéndose que el saneamiento se realice en su total desconocimiento.

Concluimos, entonces, que el legislador del Decreto Ley con el ánimo de crear un sistema expedito y eficaz<sup>40</sup> ha tomado con demasiada liviandad la forma de sanear los títulos de dominio de la pequeña propiedad raíz, arriesgando de sobremanera los legítimos derechos de terceros.

### 1.3.2.- Formas precarias e insuficientes de información y notificación.

El Decreto Ley contiene pésimas formas de publicidad para poner en conocimiento del poseedor inscrito el hecho de que, respecto de su propiedad, se está tramitando una regularización de títulos a nombre de un poseedor material, y así asegurar que pueda oponerse dentro de los breves plazos contemplados por el propio Decreto Ley. Es por ello que el legislador, con el ánimo de limpiar y transparentar el Decreto Ley de las constantes críticas de constitucionalidad, realizó modificaciones<sup>41</sup> a esta norma con el objeto de garantizar los legítimos derechos de terceros oponentes a la regularización, pero como demostraré más adelante, dichas modificaciones no lograron mejorar la situación del legítimo dueño.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> VÁZQUEZ MÉNDEZ, GUILLERMO. Op.Cit. Pág. 224.

<sup>38</sup> Ver artículo 12 del Decreto Ley 2.695. En igual sentido artículo 2 del Decreto N° 541 de 1996, que contiene el reglamento del Decreto Ley 2.695.

<sup>39</sup> Ver Pág. 67, Capítulo IV, título 2.5. "el Decreto Ley instaure pésimas formas de publicidad".

<sup>40</sup> Así se desprende del considerando tercero del Decreto Ley 2.695 al señalar como argumento de la nueva ley que "la legislación vigente sobre la materia (se refiere con ello al D.F.L. N° 6) **no ha permitido dar solución eficaz al problema**, por lo cual es conveniente modificarla".

<sup>41</sup> El Decreto Ley fue modificado por la ley 19.455, publicada en el Diario Oficial de 25 de mayo de 1996.

<sup>42</sup> Ver Pág. 68, Capítulo IV, título 3. "En busca de la Constitucionalidad del Decreto Ley".



### 1.3.3.- Caducidad de las acciones.

Como vimos en el capítulo anterior, el artículo 16 inciso primero del Decreto Ley 2.695 dispone que ***expirado el plazo de un año*** (contado desde la fecha de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces de la resolución administrativa que reconoció la posesión material de cinco años) ***prescribirán las acciones*** emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipotecas relativos al inmueble inscrito. Para Miguel Ángel Fernández, con esta disposición no sólo se le arrebató, a su titular, del inmueble regularizado "sino que también se lo priva de las acciones o derechos que el ordenamiento jurídico le concede para hacer valer el dominio",<sup>43</sup> por ello, concluye que, "para evitar que el dueño pueda reclamar por medios jurídicos, ***se lo priva de las acciones que amparan su propiedad***, dejándole apenas a salvo las que el propio Decreto Ley contempla, vulnerando el artículo 19 N° 3 inciso 5 y 24 de la Constitución".<sup>44</sup>

Por tanto, junto con despojar al titular de un inmueble de su propiedad se lo priva, también, de las acciones que el ordenamiento jurídico le otorga y garantiza para la defensa de sus derechos.

### 1.4.- Atentado a la Esencia del Derecho de Propiedad.

El artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Fundamental garantiza a todas las personas "*la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni poner condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*".<sup>45</sup>

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. Op.Cit. Pág. 63.

<sup>44</sup> Ibid. Pág. 65

<sup>45</sup> Es interesante destacar que el origen del artículo 19 N° 26 ***surge como consecuencia de la intensa protección que el constituyente de 1980 otorgó al derecho de propiedad del 19 N° 24.*** Así podemos mencionar, dentro de la historia fidedigna de la Constitución de 1980, al señor Evans de la Cuadra (miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución) que comenta, a propósito del origen del artículo 19 N° 26 que, "nos correspondió la iniciativa de esta disposición en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución cuando se trataba del derecho de propiedad. En esa oportunidad se propuso, por la Subcomisión correspondiente, ***que las limitaciones y obligaciones que la ley***

Antes de analizar los argumentos esgrimidos por la doctrina, en razón de este punto, es conveniente determinar el alcance del término “*esencia del derecho de propiedad*”.

Para el jurista Evans de la Cuadra, el derecho de propiedad, “tiene tres atributos, que constituyen su esencia: el dueño puede **usar** el bien de su dominio de modo exclusivo y excluyente y utilizarlo de la manera que desee, transformarlo, modificarlo...; el dueño puede **gozar** de su propiedad, vale decir, adquirir para sí sus frutos o rentas y, finalmente, el propietario **dispone a su arbitrio** de los bienes de su dominio, pudiendo transferirlos a título oneroso, donarlos y desprenderse de ellos haciendo que pase a otro titular. El **uso, goce y disposición** de los bienes los ejerce el propietario mediante los actos de administración y los actos de enajenación, de transferencia a terceros, total o parcial, y que **sólo los puede ejecutar válidamente el dueño**, de acuerdo a su interés o deseo personal”.<sup>46</sup>

A su vez, para el Tribunal Constitucional “un derecho es afectado en su esencia **cuando se le priva de aquello que le es consustancial**, de manera tal, que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador **lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable**, lo entraban más de lo razonable o lo privan de la tutela jurídica”.<sup>47 48</sup>

Respecto de la esencia de los derechos, el profesor Miguel Ángel Fernández, señala que “la Carta Fundamental **prohíbe a la ley desnaturalizar los derechos constitucionales**; transformarlos en disposiciones programáticas; **hacerlos desaparecer**, o tornar, total o parcialmente, difícil o imposible su ejercicio,” concluyendo que, “las

---

**impusiera al dominio, no podrían afectar este derecho “en su esencia”.** Propusimos, entonces, que tal protección se extendiera a todas las garantías constitucionales.” (EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. 1999. Los derechos constitucionales. Segunda edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II, página 294)

<sup>46</sup> EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. Los derechos constitucionales. Tomo III. Op.Cit. Pág. 231-232.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 84, Sección VI, Pág. 4 y siguientes.

<sup>48</sup> El mismo concepto de esencia de los derechos se ve reiterado por el Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 200, de 14 de noviembre de 1994, en su considerando cuarto. Ver en Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de enero de 1996. Santiago de Chile. Editado por el Tribunal Constitucional.

disposiciones del Decreto Ley 2.695 vulneran la esencia de los derechos constitucionales referidos,<sup>49</sup> pues algunos meros tenedores –privilegiados discriminatoriamente- pueden trocar en poseedores, en virtud de una resolución administrativa, que los habilita para adquirir el dominio por prescripción de un año, dejando sin efecto las inscripciones válidas y vigentes”.<sup>50</sup>

Tenemos, entonces, que el legislador al crear el Decreto Ley 2.695 ha vulnerado la garantía del artículo 19 N° 26, pues al privar a una persona de su dominio, se está atacando la esencia del derecho de propiedad, toda vez que, el propietario de un bien inmueble, es despojado de su derecho de usar gozar y disponer de él.

Además, en apoyo a esta tesis, debemos considerar el espíritu del constituyente que buscó otorgar el máximo resguardo al derecho de propiedad y, como prueba de ello, podemos mencionar el artículo 41 N° 8 de la Constitución, inserto dentro del título de los “*estados de excepción constitucional*”, que señala “...***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.” Con ello, queda más que claro que, el constituyente, sólo en casos específicos reconoció la existencia de la privación del dominio, garantizando en todo caso la correspondiente indemnización. Es por ello que el Decreto Ley 2.695 es inconstitucional, pues la privación del dominio a la que conduce no es respetuosa de los legítimos derechos de terceros, pues la indemnización que proporciona tiene el carácter de limitada y eventual, sujeta a la condición de ser demandada por el afectado dentro de un plazo perentorio.

---

<sup>49</sup> Se refiere al derecho de propiedad, la igualdad ante la ley y las normas del debido proceso.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. Op.Cit. Pág. 64.

### 1.5.- Conclusión.

Este sector de la doctrina, concluye que el cuerpo normativo, objeto de nuestro estudio, **es total y absolutamente** inconstitucional, por cuanto, establece un sistema que conduce a la extinción del derecho de propiedad, sin respetar las exigencias que para tal efecto ha dispuesto el constituyente. En igual sentido lo ha entendido la Corte Suprema, que en reiterados fallos declaró inconstitucional el Decreto Ley 2.695 como norma **globalmente considerada**. (En este sentido ver Pág. 45, Capítulo III, título 3.1.2.1. "No procede el recurso de inaplicabilidad de una ley globalmente considerada")

## 2.- CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY.

En relación con los comentarios y opiniones que emanan de la existencia de una norma tan controvertida como lo es el Decreto Ley 2.695, tenemos a otro sector de la doctrina, totalmente antagónico al anterior, que en su intento por defender a esta norma de sus ataques de inconstitucionalidad, ha razonado los siguientes argumentos:

### 2.1.- El Decreto Ley 2.695 no vulnera el derecho de propiedad.

Quienes sostienen que la normativa en cuestión no es atentatoria contra el derecho de propiedad, fundamentan su posición en razón de los siguientes puntos de vista:

#### 2.1.1.- La Constitución encargó al legislador regular los modos de adquirir el dominio.

El profesor Emilio Rioseco Enríquez,<sup>51</sup> asegura la total constitucionalidad del Decreto Ley, para lo cual afirma que "estas disposiciones de excepción, aplicables a ciertos y determinados inmuebles, regularizan la posesión material a fin de que opere a su respecto una **prescripción adquisitiva especial** de un año contado desde la inscripción

<sup>51</sup> RIOSECO ENRÍQUEZ, EMILIO. 1996. La posesión inscrita ante la jurisprudencia. Segunda edición. Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile. 203 p.

del título, (artículo 15 del Decreto Ley 2.695) y ello no contraviene el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, toda vez que según este precepto '**sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad...** y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social', y en este caso el modo de adquirir, que es la prescripción, está reglado por la ley."<sup>52</sup>

Como contraposición al argumento anterior tenemos a, Enrique Evans de la Cuadra, quien señala que el mandato otorgado por la Constitución al legislador para que regule los modos de adquirir el dominio "tiene por objeto cuidar de que ninguna autoridad de inferior jerarquía al legislador regule la forma de usar, gozar y disponer del dominio. **No contiene por consiguiente, una autorización al legislador para prohibir o vulnerar la potestad del dueño, de usar, gozar y transferir sus bienes a su arbitrio.** La ley civil, por ejemplo, ha reglamentado la forma de disponer de los bienes raíces y ha establecido que su transferencia se realiza por la inscripción del título en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces que corresponda. Ninguna autoridad que no sea el legislador puede regular los actos de disposición. Pero ello, repetimos, no supone que la ley pueda impedir la transferencia u obligar a ella, salvo que se trate de imponer, una obligación o limitación, lícita, al derecho de propiedad."<sup>53</sup> Pues como vemos, en opinión de este autor, tal regulación de los modos de adquirir el dominio no significa despojar al legítimo propietario de su derecho de propiedad constitucionalmente garantizado.

Como apoyo a esta contra argumentación cito las palabras del magíster Miguel Ángel Fernández quien al respecto señala, "no puede considerarse que lo establecido por el Decreto Ley 2.695 sea un modo de adquirir el dominio, **puesto que lo que allí se contempla es un procedimiento de regularización.**"<sup>54</sup> En efecto, la intención del legislador es integrar al sistema de la propiedad inscrita bienes raíces que, a causa de diferentes razones, perdieron la continuidad en el registro, pero tal situación

---

<sup>52</sup> Ibid. Pág. 55.

<sup>53</sup> EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. Los derechos constitucionales. Tomo III. Op.Cit. Pág. 232.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. Op.Cit. Pág. 62.

no debiera significar la privación del dominio de un legítimo poseedor que jamás ha tenido la intención de desprenderse de su bien.

### 2.1.2.- La prescripción es un modo de adquirir el dominio constitucional.

Como mostré en el punto anterior, este sector de la doctrina sostiene que el modo de adquirir el dominio regulado por el Decreto Ley 2.695 está basado en una *prescripción adquisitiva especial*, y al respecto concluyen que dicha prescripción es tan constitucional como la contenida en el Código Civil.<sup>55</sup> Como apoyo a la misma tesis, el profesor Pablo Rodríguez Grez,<sup>56</sup> al referirse a la prescripción afirma que, “curiosamente, en la Constitución Política de la República, al regularse la garantía del dominio, **no se menciona la posibilidad de que la propiedad se pierda, sin expropiación, por medio de la prescripción**. Nadie, pienso yo, se atrevería a plantear una eventual inconstitucionalidad de las leyes que regulan la prescripción, porque ella está tan arraigada en la doctrina, la tradición jurídica y la aplicación de las normas legales, que la sola idea de que esto ocurra suena discordante a la razón. La trascendencia de la prescripción a llegado a tal grado de tácito acatamiento que ni siquiera es necesario su reconocimiento en la Constitución, no obstante representar una forma, quizás si la más frecuente, de perder el dominio sin expropiación y, por cierto, sin el pago de indemnización alguna”.<sup>57</sup> En igual sentido, Roberto Freeman<sup>58</sup> señala que “el Decreto Ley no altera la esencia de la institución que conocemos como **prescripción**, sino al contrario, la fortifica al hacer suyos los conceptos de poseedor, poseedor material, poseedor regular, posesión

<sup>55</sup> En este sentido GUZMÁN KARADIMA, RODRIGO. 1999. La Constitucionalidad del Decreto Ley N° 2.695 que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz. Memoria de grado. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 100 p. En igual sentido el abogado CARLOS COURT ASTABURUAGA, cuyo informe en derecho sobre el Decreto Ley 2.695 fue publicado bajo su autorización en JANA L. ANDRÉS. 2001. Materiales de lectura (VII): sobre regularización de la pequeña propiedad raíz. Santiago de Chile. Editorial Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 31 p.

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 1995. De las posesiones inútiles en la legislación chilena. Segunda edición. Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile. 209 p.

<sup>57</sup> Ibid. Pág. 12.

<sup>58</sup> FREEMAN CÁCERES, ROBERTO. 1989. Regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz. Chile. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda. 147 p.

continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, etc. La prescripción, como modo de adquirir el dominio, sigue incólume a través de las líneas del Decreto Ley 2.695".<sup>59</sup>

Como respuesta a tal planteamiento, está la posición del profesor Miguel Ángel Fernández, quien sostiene que la prescripción regulada por el Decreto Ley 2.695 es contraria a las garantías constitucionales, afirmando que no ocurre lo mismo con el régimen de posesión más prescripción adquisitiva contemplado en el Código Civil, la cual se encuentra plenamente ajustada a la Constitución, argumentando, para ello, que "es respetuoso del derecho de propiedad que el poseedor, o sea, quien tiene una cosa determinada con ánimo de señor y dueño y cumple con los requisitos previstos en la ley, pueda transformarse en propietario, operando la prescripción como una genuina sanción en contra del dueño anterior. Pero que el **mero tenedor** pueda llegar al mismo resultado, sancionándose también al propietario con la pérdida de su dominio, incluso contra inscripción válida y vigente, resulta lesivo de la esencia del derecho de dominio".<sup>60</sup>

Por mi parte, creo que la posición adoptada por el profesor Pablo Rodríguez Grez es en términos generales aceptable, pues nadie cuestiona el importante rol que desempeña en nuestro sistema jurídico la institución de la prescripción, como una forma necesaria de dar certeza a nuestras relaciones jurídicas, consolidando así, largas y prolongadas situaciones de hecho. Sin embargo, cuando el legislador regula la forma de aplicación de la prescripción, me parece que es imprescindible considerar la **naturaleza de los bienes** afectados por dicho modo de adquirir el dominio, pues la relevancia que poseen en nuestra sociedad los bienes inmuebles es de grandes magnitudes, tanto en el campo social como económico. Es por ello, que el gran jurista Andrés Bello, forjador de nuestro Código Civil, no dudó ni un instante en desarrollar todo un sistema específico para el uso, goce y disposición de la propiedad raíz, creando para ello la tan notable **teoría de la posesión inscrita**, que ampara y protege la posesión de los bienes

<sup>59</sup> Ibid. Pág. 45.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. Op.Cit. Pág. 60.

inmuebles al insertarlos en un sistema de registro que otorga plena seguridad del dominio de dichos bienes, permitiendo que instituciones como la prescripción, la usurpación, las posesiones violentas y clandestinas no puedan afectar los derechos constituidos sobre un inmueble legalmente inscrito. Tal situación, no podría ser de otra forma, pues, de lo contrario, una economía crediticia como la que hoy tenemos, sustentada sobre la base de la garantía hipotecaria, simplemente desaparecería, y junto con ella una de las principales formas de financiamiento, desarrollo y producción.

Sin embargo, a diferencia del caso anterior, la naturaleza mueble de los bienes, requiere otra regulación, pues ellos necesitan de una circulación rápida y fluida, más aun cuando la economía actual tiende a la globalización y masificación de las transacciones, es por ello que en nuestro ordenamiento jurídico existen normas como la contenida en el artículo 1815 del Código Civil, según la cual, es válida la venta de cosa ajena, pues regulaciones como aquella son necesarias para dar certeza jurídica en la posesión de bienes que, por su propia naturaleza, se encuentran en constante movimiento, y cuya posesión y tenencia varía fácilmente. Pero, tal situación, no ocurre con los bienes inmuebles que por esencia permanecen fijos, estáticos, sin posibilidad de desplazamiento, y la manera de transferirlos y poseerlos no es comparable con la de bienes de naturaleza mueble. Por ello, creo que el legislador, al crear modos de adquirir el dominio, debe ser cuidadoso de la naturaleza y esencia de los bienes, pues de ella se desprenden trascendentales consecuencias que no deben pasarse por alto, pues el no considerarlas será fuente de inconmensurables desequilibrios sociales y económicos.

## **2.2.- El Decreto Ley no vulnera la garantía constitucional del Debido Proceso.**

Frente a la posición del profesor Miguel Ángel Fernández,<sup>61</sup> que plantea una violación a las normas del debido proceso por parte del sistema

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. 1993. Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y derogación tácita. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Volumen IV. Páginas 55-65.



de saneamiento implementado por el Decreto Ley 2.695, Guzmán Karadima<sup>62</sup> defiende la constitucionalidad de la mentada norma planteando los siguientes argumentos:

#### **2.2.1.- Saneamiento a cargo de un órgano administrativo.**

No se vulneran las normas del debido proceso al entregar a un órgano administrativo la misión de regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz. Guzmán Karadima afirma que el órgano administrativo, encargado de tramitar el procedimiento regulado por el Decreto Ley 2.695, actúa por mandato del legislador, sin que sus atribuciones invadan el campo judicial. Además, la función de Bienes Nacionales se limita a la verificación de la posesión material del solicitante, y a poner al tanto de terceros de la existencia de una la tramitación de regularización de la propiedad, sin que ninguno de dichos objetivos puedan ser considerados como atributos de carácter jurisdiccional. Pues sólo una vez que terceros se oponen a la tramitación, el órgano en cuestión se abstiene de seguir conociendo de la causa para dar paso a los tribunales de justicia.

#### **2.2.2.- La prescripción adquisitiva opera por el sólo ministerio de la ley sin vulnerar las normas de un debido proceso.**

Para ello, argumenta, que no existe norma legal que exija como requisito de la prescripción que ésta sea declarada judicialmente. Además, la sentencia judicial sólo declara que la prescripción ha operado anteriormente, pero no es la resolución judicial la que hace operar la prescripción. Por ello, concluye, que el legislador puede instaurar una prescripción de operación automática.

#### **2.2.3.- Las formas de publicidad del Decreto Ley no menoscaban un debido proceso.**

Argumenta, que las publicaciones, avisos y carteles no tienen por objeto constituir emplazamiento a un juicio, ya que en la fase administrativa

---

<sup>62</sup> GUZMÁN KARADIMA, RODRIGO. Op.Cit. Pág. 84 y siguientes.

no existe juicio ni contienda, sino que consiste en una forma de hacer más notoria al dueño la posesión material del solicitante.

#### **2.2.4.- La caducidad de las acciones no atenta contra un debido proceso.**

El Decreto Ley al contemplar la caducidad de las acciones de los derechos reales relativos al inmueble inscrito, tampoco vulnera las normas del debido proceso, argumentando para ello, que no se trata de caducidad de las acciones, sino más bien de una prescripción de los derechos reales, como consecuencia de la adquisición del dominio del inmueble por parte del solicitante.

Al respecto, quiero señalar que no me parecen correctos los argumentos de Guzmán Karadima, pues las normas de procedimiento del Decreto Ley *globalmente consideradas*, conllevan a una tramitación oculta del legítimo opositor, quien no tiene las garantías suficientes de poder defender su derecho de propiedad. En razón de lo anterior, tenemos que **no se garantiza el debido emplazamiento** de quien detenta la posesión inscrita en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, y que obviamente tiene derecho a defender su dominio de los ataques de terceros. Por otro lado, los plazos de prescripción que corren contra el legítimo dueño **son extremadamente cortos y de operación automática**, pues operan por el sólo ministerio de la ley, haciendo aún más ilusoria y lejana para los terceros la posibilidad de oponerse al saneamiento que posteriormente los despojará de su dominio.

#### **2.3.- Conclusión**

En resumen, quienes apoyan la constitucionalidad de la norma, concluyen finalmente que esta normativa de excepción "instaura una prescripción adquisitiva, institución antiquísima y de la esencia del derecho de propiedad, que constituye un modo de adquirir el dominio del que nadie

dudaría su constitucionalidad, y que por lo demás se encuentra amparado por la misma Constitución, al ser ésta la que encomienda a ley el establecimiento de los modos de adquirir el dominio".<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> GUZMÁN KARADIMA, RODRIGO. Op.Cit. Pág. 75.

### CAPÍTULO III

## ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

#### 1.- GENERALIDADES.

El conflicto emanado de la existencia del Decreto Ley 2.695, como norma atentatoria al derecho de propiedad, no ha sido una discusión meramente teórica, ni mucho menos analizada únicamente por nuestra doctrina nacional, muy por el contrario, es un conflicto cuya relevancia se centra precisamente en el alto índice de expedientes judiciales en los que se ha discutido el atropello al derecho de dominio constituido sobre la pequeña propiedad raíz, es por tanto, de vital importancia conocer y profundizar el estudio de las sentencias que han fallado tales contiendas.

Con tal objeto, en este capítulo se analizará exclusivamente la jurisprudencia desarrollada por nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema, en torno a las sentencias que ha emitido, en razón de los ***Recursos de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*** interpuestos contra la mencionada norma.

Para ello, el análisis jurisprudencial se presenta sobre la base de las sentencias encontradas en las principales revistas recopiladoras de jurisprudencia,<sup>64</sup> desde la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley 2.695, en julio de 1979, hasta el año 2002 inclusive.

#### 2.- EVOLUCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.

La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema en el conocimiento de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestos en contra del Decreto Ley 2.695, ha sido muy variada, y, por

---

<sup>64</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, en adelante R.D.J. Además, la revista Fallos del Mes, y por último la revista Gaceta Jurídica.

tanto, muy poco definida, desarrollándose jurisprudencia muy escasa en cuanto a los argumentos de fondo, pues lamentablemente priman las razones que desechan la interposición de los recursos por improcedencias de forma.

Es así, como nuestra Corte Suprema desde la entrada en vigencia del Decreto Ley en cuestión (21 de julio de 1979), optó por la inadmisibilidad de los recursos interpuestos en razón de la **teoría de la derogación tácita de los preceptos legales** que, a grandes rasgos, postulaba que el recurso no procedía en contra de normas que estuviesen vigentes con anterioridad a la Constitución que hoy nos rige. Tal doctrina se mantuvo invariable hasta el 8 de junio de 1990, fecha en la cual se falló la causa "Campos Canales, Natividad",<sup>65</sup> en cuya sentencia la Corte Suprema, por mayoría de sus integrantes, desechó la teoría de la derogación tácita, acogiendo el recurso por argumentos de fondo que postularon la inconstitucionalidad del Decreto Ley en cuestión. Luego de ese fallo, no se encontraron más sentencias que declararan la inadmisibilidad de recurso en atención a la teoría de la derogación tácita, pero sí se mantuvieron en los fallos venideros constantes votos disidentes que apoyaban dicha doctrina, pero en forma minoritaria.

Posteriormente, en la década de los noventa, y hasta la fecha, la jurisprudencia se ha movido en forma vacilante entre dos grandes líneas. La primera de ellas, tiene relación con los mayoritarios fallos que en adopción de la **teoría del recurso no apto**, han declarado improcedente el recurso de inaplicabilidad por razones de forma. La segunda línea, tiene que ver con los fallos que, desligándose de las improcedencias formales, han entrado a conocer del fondo del conflicto, en la cual encontramos a su vez dos nuevas doctrinas, una que apoya la inconstitucionalidad del Decreto Ley 2.695 y la otra que se inclina por la constitucionalidad de la citada norma.

En virtud de la teoría del recurso no apto, la Corte ha desechado los recursos por los siguientes motivos:

---

<sup>65</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1990, Segunda Parte – Sección V, Pág. 86- 92. En Fallos del Mes N° 379 Pág. 285-290. En Gaceta Jurídica N° 120 Pág. 28-33.

- I. No procede el recurso de inaplicabilidad de una ley globalmente considerada.
- II. No procede el recurso de inaplicabilidad cuando éste no contiene con precisión las razones de hecho y de derecho por las cuales se ataca de inconstitucional a determinado precepto.
- III. No procede el recurso de inaplicabilidad por no existir certeza de que el impugnado Decreto Ley tenga aplicación en la gestión judicial en que incide el recurso.
- IV. No procede el recurso de inaplicabilidad para desconocer derechos o situaciones ya creados en virtud de la aplicación de la norma que se impugna.

En razón de tanta exigencia para la procedencia formal del recurso de inaplicabilidad, se ha producido, como consecuencia, un alto número de fallos que han desechado el recurso, sin entrar a conocer del fondo de la controversia.

Dicha teoría del recurso no apto, se ha manifestado a lo largo de toda la década de los noventa, desechando los recursos por cualquiera de los cuatro motivos señalados, en forma indistinta, pero mayoritariamente en razón de pretenderse la inaplicabilidad de una ley globalmente considerada, y porque, el recurso no procede para desconocer derechos o situaciones ya creados en virtud de la aplicación de la norma que se impugna.

Por otra parte, tenemos los fallos que han acogido o rechazado el recurso de inaplicabilidad por argumentaciones de fondo, que lamentablemente son en una mínima cantidad, en comparación con los desechados por la teoría del recurso no apto. En cuanto a la doctrina que acoge la inconstitucionalidad, podemos señalar que se ha manifestado desde un comienzo, a través de los votos disidentes, siendo "Natividad Campos, Canales" el primer fallo en plasmar la teoría de la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión. Posterior a dicha sentencia, se han encontrado otros en igual sentido, pero sin que exista en ellos una continuidad clara y definida.

pues se encuentran intercalados con aquellas sentencias que acogen la doctrina del recurso no apto.

En cuanto a los argumentos de fondo, que han optado por declarar que el Decreto Ley 2.695 se ajusta a los preceptos constitucionales, debemos señalar que desde el fallo de "Puga González, Juan Alfonso"<sup>66</sup> de fecha 10 de abril de 1992, siempre se han manifestado por medio de votos disidentes en contra de los fallos que, han acogido el recurso de inaplicabilidad, por estimar inconstitucional el mentado Decreto Ley. En conclusión, esta doctrina no ha dado lugar a mucha jurisprudencia, por ello, es importante destacar, tal como lo menciona la autora Jessica Fuentes Olmos,<sup>67</sup> que "Maderas Prensadas Cholguán S.A." de fecha 26 de enero de 1996, representa el cambio de criterio al interior de la Corte Suprema, pues en tal fallo por vez primera se acogen los argumentos de esta doctrina.<sup>68</sup> En forma posterior a esta sentencia, sólo encontramos, en igual sentido, el fallo "Pérez Álvarez, Francisco" de fecha 25 de marzo de 2002.<sup>69</sup>

Para finalizar, podemos concluir que es evidente la falta de precisión, por la Corte Suprema, de una línea jurisprudencial que resuelva la disyuntiva que nos convoca en esta Memoria. Pero más evidente y lamentable aún es el hecho de la escasez de fallos que conocen del fondo de los recursos de inaplicabilidad interpuestos, empeñándose mayoritariamente, nuestra Corte, por restringir la admisibilidad de este recurso constitucional, creado por la Carta Magna, con el fin de controlar que nuestro sistema jurídico se encuentre en plena armonía con los mandatos y preceptos de la Constitución Política.

<sup>66</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1992, Segunda Parte – Sección V, Pág. 35-44. En Gaceta Jurídica N° 142. Pág. 28-42.

<sup>67</sup> FUENTES OLMOS, JESSICA. 1998. El derecho de propiedad en la constitución y la jurisprudencia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 397 p.

<sup>68</sup> Ibid. Pág. 36.

<sup>69</sup> Ver fallo en Gaceta Jurídica N° 261, Pág. 38-44.

### 3.- ANÁLISIS DE LAS DOCTRINAS DESARROLLADAS POR LA CORTE SUPREMA.

#### 3.1.- Inadmisibilidad del recurso (Doctrinas de forma)

##### 3.1.1.- Teoría de la derogación tácita de los preceptos legales.

##### 3.1.1.1.- Argumentos en favor de esta tesis.

Esta doctrina que es la pionera dentro de la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema dentro de este conflicto normativo, se fundamenta en los siguientes argumentos:

- El Decreto Ley 2.695 fue publicado en el Diario Oficial el 21 de julio de 1979, fecha desde la cual entró en vigencia, mientras que las normas constitucionales que supuestamente colisionan con dicho Decreto Ley pertenecen a la Constitución de 1980 que empezó a regir el 11 de marzo de 1981, por tanto, "ello lleva a la conclusión de que en tal caso el problema que se ha sometido a la decisión de este tribunal es propio de una **derogación de leyes** que corresponde estudiar a los jueces sentenciadores, sin que la falta de ese estudio que se ha podido observar por parte de ellos, pueda ser argumento suficiente para legitimar la interposición de un recurso de inaplicabilidad".<sup>70</sup>

En este punto, sorprende como la Corte desconoce su facultad de resolver tales conflictos, por un argumento de forma tan débil como el mencionado, pues basta contra argumentar que el artículo 80 de la Constitución no distingue entre normas anteriores o posteriores a su entrada en vigencia.

---

<sup>70</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 08.06.90. Rol N° 14.444, considerando cuarto del voto en contra de los ministros Maldonado, Cereceda, Faúndez y Dávila, en R.D.J. 1990. Segunda Parte – Sección V, Pág. 86-92.



- El Decreto Ley en cuestión fue creado bajo la vigencia del Acta Constitucional N° 3 de 1976, (la cual derogó expresamente en su artículo 12 el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925) acta que se mantuvo vigente hasta la entrada en vigencia de nuestra actual Constitución, por tanto, tampoco se hace posible confrontar dicho Decreto Ley con la Constitución de 1925, que para la fecha de su dictación se encontraba derogada, pero tampoco la podemos confrontar con el Acta Constitucional N° 3, pues, también, se encuentra actualmente derogada, es así como los ministros que apoyan esta tesis señalan "...si bien el Decreto Ley N° 2.695 fue dictado bajo la vigencia de aquella Acta Constitucional, no es posible efectuar la confrontación para resolver la inaplicabilidad que se propone con ella por estar derogada desde el 11 de marzo de 1981."<sup>71</sup>

- En virtud del artículo 80 de la Constitución la Corte Suprema puede declarar inaplicables en las materias de que conozca todo precepto legal contrario a la Constitución, "que si bien no distingue expresamente entre precepto legal anterior o posterior a su vigencia no lo hace por que obviamente era innecesario",<sup>72</sup> ello a causa de que las normas constitucionales no escapan a las reglas de aplicación e interpretación existentes en el ordenamiento jurídico nacional, que se encuentran normadas por el Código Civil, especialmente en el artículo 52 que distingue entre derogación de leyes en forma expresa y tácita, y respecto de esta última señala "es **tácita** cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior", además, el artículo 53 del mismo cuerpo legal señala "la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley", por tanto, como lo han señalado los ministros que siguen esta posición "el artículo 80 de la Constitución no puede aludir a la ley anterior en

<sup>71</sup> Ibid. Considerando sexto letra b).

<sup>72</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 10.04.92, Rol N° 16.672, considerando segundo del voto en contra de los ministros Cereceda, Faúndez, Dávila, Álvarez y Garrido, en R.D.J. 1992. Segunda Parte – Sección V, Pág. 35-44.

pugna con su texto, porque la ha derogado”,<sup>73</sup> además, “esta interpretación resulta armónica no sólo con los principios generales del derecho, sino también con la naturaleza teleológica del presente recurso cuyo objetivo es superar situaciones de inaplicabilidad —y no de obsolescencia— de un precepto legal”.<sup>74</sup>

- Además, la determinación de la derogación tácita, que corresponde resolver a los jueces de la instancia, se trata de una situación de hecho y “...debe tenerse en consideración lo que esta Corte ha resuelto sobre el ámbito del recurso de inaplicabilidad, al señalar que el recurso es ajeno a toda consideración o resolución sobre cuestiones de hecho...”<sup>75</sup>.

- Además, la Fiscalía de la Corte Suprema ha expuesto como argumento “que la situación de hecho aquí descrita y sujeta al examen propio de las de su clase, viene a situarse entre el amplio control de la constitucionalidad asignado al Tribunal Constitucional, por virtud de la cual no pueden convertirse en ley las disposiciones que éste declare inconstitucionales y el correspondiente al recurso de inaplicabilidad, de efecto restringido, para evitar que en su caso, un precepto legal sea aplicado a determinada gestión en curso. Así se cumple, en sus diversas etapas, el control jurisdiccional de la constitucionalidad”.<sup>76</sup>

No me parece adecuada, la mención que hace, la Fiscalía, al Tribunal Constitucional, puesto que, dicho órgano fue disuelto en noviembre de 1973,<sup>77</sup> por tanto, en la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley 2.695 no se hizo el control previo o *a priori* de constitucionalidad. Tal situación, hace mucho más necesario que la Corte Suprema se haga cargo del control *a posteriori*, toda vez que, dicho Decreto Ley surgió a la vida jurídica sin

<sup>73</sup> Ibid. Pág. 42

<sup>74</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 24.04.92, Rol N° 16.949, considerando segundo del voto en contra de los ministros Cereceda, Faúndez, Araya y Álvarez, en Fallos del Mes N° 401 Pág. 130-143.

<sup>75</sup> Informe emitido por la Fiscalía de la Corte Suprema de 29.04.92, causa Rol N° 18.131, considerando quinto citado por el Fiscal, en Gaceta Jurídica N° 150 Pág. 28-32.

<sup>76</sup> Ibid. Pág. 31, considerando c).

<sup>77</sup> Dicha disolución se hizo por medio del Decreto Ley N° 119 (Publicado en el Diario Oficial de 10 de noviembre de 1973).

cuestionamientos de orden constitucional, pues el órgano competente se encontraba clausurado.

Concluyendo, en virtud de esta doctrina, sólo es procedente el recurso de inaplicabilidad respecto de normas que han entrado a regir con posterioridad a la entrada en vigencia de nuestra actual Constitución Política.

En el sentido de esta teoría encontramos las siguientes sentencias de la Corte:

- "Guerra Bastías, José de la Cruz", Rol N° 19.583, de 31 de diciembre de 1985.<sup>78</sup>
- "Horta Muñoz, Haroldo", Rol N° 19.884, de 5 de diciembre de 1986.<sup>79</sup>

Además, en igual sentido, encontramos los siguientes considerandos:

- "Campos Canales, Natividad", Rol N° 14.444, de 8 de junio de 1990, considerandos segundo a séptimo del voto en contra.<sup>80</sup>
- "Cardone La Rosa, Héctor", Rol N° 16.949, de 24 de abril de 1992, considerandos primero y segundo del voto en contra.<sup>81</sup>
- "Ayala Pizarro, Juan de Dios y otra", Rol N° 1.706-97, de 4 de septiembre de 1998, en prevención del ministro Pérez, quien concurre a la inadmisibilidad del recurso sólo en consideración de esta teoría.<sup>82</sup>

### **3.1.1.2.- Argumentos contrarios a la teoría de la derogación tácita de los preceptos legales.**

La propia Corte Suprema en fallos que han acogido la inaplicabilidad del Decreto Ley 2.695 ha desarrollado una doctrina que descarta la teoría en cuestión, basándose para ello en los siguientes argumentos:

<sup>78</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1985, Segunda Parte – Sección V, Pág. 278-280. En Fallos del Mes N° 325 Pág. 864-867. En Gaceta Jurídica N° 66 Pág. 37-38.

<sup>79</sup> Ver fallo en Fallos del Mes N° 337 Pág. 867-870.

<sup>80</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1990, Segunda Parte – Sección V, Pág. 86- 92. En Fallos del Mes N° 379 Pág. 285-290. En Gaceta Jurídica N° 120 Pág. 28-33.

<sup>81</sup> Ver fallo en Fallos del Mes N° 401 Pág. 130-143. En Gaceta Jurídica N° 143 Pág. 23-35.

<sup>82</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1998, Segunda Parte – Sección V, Pág. 135-138. En Fallos del Mes N° 478, Pág. 1640-1644. En Gaceta Jurídica N° 219, Pág. 66-69.

- El artículo 80 de la Constitución que otorga a la Corte Suprema la facultad de declarar la inaplicabilidad de normas inconstitucionales no distingue entre leyes anteriores o posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, por tanto, "si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general, que es la Constitución, ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte declarar la inconstitucionalidad de esta última. si lo es."<sup>83</sup> Más aún, "se puede agregar que un posible conflicto entre la ley común específica y la Constitución genérica no podría ser resuelto por los jueces de la instancia, atendiendo a su diversa jerarquía, porque el control de la ley de rango superior sobre las leyes comunes **lo tiene sólo la Corte Suprema**".<sup>84</sup> Junto con lo anterior, tenemos, que si la Constitución no ha distinguido entre normas anteriores o posteriores a la Constitución, tal distinción que han hecho los ministros de la Corte que han apoyado la teoría de la derogación tácita, es contrario a la letra de la norma constitucional, y al principio jurídico de interpretación, en virtud del cual, donde la ley no distingue no es lícito al hombre distinguir.

- Además, existe una importante diferencia de efectos entre la derogación tácita, que pueden resolver los jueces de la instancia, con la inaplicabilidad que puede declarar la Corte Suprema, pues "la derogación de la ley anterior por la Constitución posterior omite resolver cabalmente la no aplicación de aquella, porque una ley derogada y no declarada inaplicable podría seguir teniendo aplicación a los actos y contratos en que se ha incorporado, en virtud de la supervivencia o ultra actividad de la ley; y, en cambio, la inaplicabilidad declarada por ser contraria a la Constitución **impide aplicar la ley aun a los actos y contratos en que estuviese incorporada** por haber sido éstos ejecutados o celebrados durante la vigencia de la ley".<sup>85</sup>

<sup>83</sup> "Cardone La Rosa, Héctor", Rol N° 16.949, de 24 de abril de 1992. considerando quinto. En Fallos del Mes N° 401 Pág. 130-143. En Gaceta Jurídica N° 143 Pág. 23-35.

<sup>84</sup> "Guerra Bastías, José de la Cruz", Rol N° 19.583, de 31 de diciembre de 1985, tercer párrafo de voto en contra de los ministros Retamal y Erbetta. En R.D.J. de 1985. Segunda Parte – Sección V Pág. 278-280. En Fallos del Mes N° 325 Pág. 864-867. En Gaceta Jurídica N° 66 Pág. 37-38.

<sup>85</sup> Ibid. R.D.J. de 1985, Segunda Parte – Sección V. Pág. 279, párrafo sexto del voto en contra.

En efecto, veamos la situación de un particular que haya gozado de posesión inscrita de un inmueble, la cual haya sido cancelada a causa de la aplicación del Decreto Ley 2.695, y que se haya opuesto judicialmente en un plazo posterior al año contado desde la fecha de la inscripción, en tal caso el juez de la causa no podrá aplicar la derogación tácita de la norma en cuestión, pues está ya fue aplicada y más aun ha producido todos sus efectos, razón por la cual la única vía posible es el recurso de inaplicabilidad. Ahora, en el evento en que la oposición a la inscripción se haya efectuado dentro del año y, el juez de primera instancia, no la haya acogido en consideración a que la oposición presentada no es suficiente en virtud de los preceptos del Decreto Ley 2.695 (artículo 19 de la referida norma), porque, por ejemplo, quien se opuso es un comunero, en tal caso dicho opositor a la inscripción no tiene más salida que apelar a una segunda instancia, y obviamente recurrir de inaplicabilidad, es por ello, que el hecho de que la Corte Suprema acoja la teoría de la derogación tácita de los preceptos legales, es producto de nefastas consecuencias para quienes se enfrentan ante los tribunales por la vía ordinaria, pues corren el inmenso riesgo de ser despojados ~~de su~~ derecho de propiedad por una norma que es evidentemente inconstitucional. "Sólo la inaplicabilidad acogida abroga la ley y su posible supervivencia respecto de los dichos actos o contratos. De todo lo cual se infiere que es necesario declarar, en su caso, la inaplicabilidad, aun cuando la ley haya sido promulgada con anterioridad a la Constitución."<sup>86</sup>

- El Decreto Ley 2.695 fue promulgado durante la Constitución de 1925 que en lo referente a la garantía del derecho de propiedad contenía los mismos mandatos que fueron adoptados por el Acta Constitucional N° 3 del 11 de septiembre de 1976, los cuales fueron reproducidos por la Constitución de 1980 en su artículo 19 N° 24, por tanto, "puede sostenerse que, cronológicamente, las normas que del indicado Decreto Ley se dicen inconstitucionales no son en verdad anteriores a las prescripciones de la

---

<sup>86</sup> Ibid. R.D.J. de 1985, Segunda Parte – Sección V, Pág. 280, párrafo séptimo del voto en contra.

Constitución... en consecuencia, la invocación que en el recurso se hace de la actual Constitución resulta ser así el cumplimiento, en dicho recurso, de un requisito formal destinado a indicar la materialidad de la norma constitucional en el último cuerpo jurídico que la contiene, para hacer la comparación entre la regla legal y la de rango superior".<sup>87</sup>

- En conclusión, el único requisito para la procedencia del recurso es que, tanto la norma cuestionada como la Constitución, se encuentren actualmente vigentes, siendo irrelevante el hecho de que la norma legal haya entrado en vigencia con anterioridad a la actual Carta Magna.

En el sentido de esta teoría encontramos las siguientes sentencias de la Corte:

- "Campos Canales, Natividad", Rol N° 14.444, de 8 de junio de 1990, considerando tercero de la sentencia.<sup>88</sup>
- "Puga González, Juan Alfonso", Rol N° 16.672, de 10 de abril de 1992, considerandos sexto y séptimo de la sentencia.<sup>89</sup>
- "Cardone La Rosa, Héctor", Rol N° 16.949, de 24 de abril de 1992, considerandos cuarto, quinto y sexto de la sentencia.<sup>90</sup>
- "Le Moal Müller, Francois y Ana Catherine", Rol N° 3.238-97, de 20 de agosto de 1999, considerandos tercero y cuarto de la sentencia.<sup>91</sup>
- "Guerra Bastías, José de la Cruz", Rol N° 19.583, de 31 de diciembre de 1985, párrafos primero a séptimo del voto en contra.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> "Campos Canales, Natividad", Rol N° 14.444, de 8 de junio de 1990, tercer párrafo del considerando tercero. En R.D.J. de 1990, Segunda Parte – Sección V, Pág. 86- 92. En Fallos del Mes N° 379 Pág. 285-290. En Gaceta Jurídica N° 120 Pág. 28-33.

<sup>88</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 80.

<sup>89</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1992, Segunda Parte – Sección V, Pág. 35-44. En Gaceta Jurídica N° 142, Pág. 28-42.

<sup>90</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 81.

<sup>91</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1999, Segunda Parte – Sección V, Pág. 113-123. En Fallos del Mes N° 489, Pág. 1548-1563. En Gaceta Jurídica N° 230, Pág. 43-56.

<sup>92</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 78.

### 3.1.2.- Teoría del recurso no apto.

Tal teoría, se desarrolla sobre la base de, cuatro doctrinas distintas, que tienen en común desechar el recurso de inaplicabilidad por ser improcedente en la forma. Tales doctrinas son:

- I. No procede el recurso de inaplicabilidad de una ley globalmente considerada.
- II. No procede el recurso de inaplicabilidad cuando éste no contiene con precisión las razones de hecho y de derecho por las cuales se ataca de inconstitucional a determinado precepto.
- III. No procede el recurso de inaplicabilidad por no existir certeza de que el impugnado Decreto Ley tenga aplicación en la gestión judicial en que incide el recurso.
- IV. No procede el recurso de inaplicabilidad para desconocer derechos o situaciones ya creados en virtud de la aplicación de la norma que se impugna.

A continuación desarrollaremos cada una de estas doctrinas:

#### 3.1.2.1.- No procede el recurso de Inaplicabilidad de una ley globalmente considerada.

La Corte, en una gran cantidad de fallos, declaró inadmisibile el recurso basándose en que por medio de éste se solicitaba la inaplicabilidad del Decreto Ley 2.695 en su totalidad, tal posición fué sustentada en los siguientes argumentos:

- En virtud del artículo 80 de la Constitución, la Corte está habilitada para declarar la inconstitucionalidad de todo **precepto legal** contrario a nuestra Carta Magna, en consecuencia tal facultad no se hace extensible a la inaplicabilidad de una norma o ley globalmente considerada.

- El argumento anterior es apoyado por una interpretación normativa emanada del tenor literal de los artículos 13, 22, 23, 52 y 53 del Código Civil,

y los artículos 6, 63 y la disposición sexta transitoria de la Constitución Política, en las cuales claramente se hace una distinción entre "precepto legal" y "ley".

En cuanto a este argumento, parecen ser más apropiados los artículos constitucionales que se han citado, pues claramente se refieren a "preceptos", en cambio las normas del Código Civil se refieren a "disposiciones", considerando el hecho de que este argumento se sustenta en el tenor literal de las normas.

- Además, "como se trata de un recurso excepcional, su alcance ha de ser entendido en su exacta dimensión; ampliar su ámbito podría transgredir las limitaciones propias del rol que corresponde a los distintos poderes del estado."<sup>93</sup>

- "Que, el Decreto Ley 2.695 es un todo orgánico que contiene la normativa que regula la pequeña propiedad raíz, y, en consecuencia, esta Corte sólo podría pronunciarse respecto de la inaplicabilidad de alguna o algunas de sus disposiciones precisas, pero ***no es posible declarar la inaplicabilidad de todo su contenido.***"<sup>94</sup>

- Por último, "dado, además, que en el conjunto de disposiciones contenidas en el Decreto Ley en mención, existen normas que no atañen al fondo del problema... como son aquellas de orden simplemente administrativo o de carácter procesal, resulta inadmisibile la pretensión de declarar inaplicable la totalidad de ese Decreto Ley".<sup>95</sup>

<sup>93</sup> "Puga González, Juan Alfonso", Rol N° 16.672, de 10 de abril de 1992, considerando tercero del voto en contra de los ministros Cereceda, Faúndez, Dávila, Álvarez y Garrido. Ver nota al pie N° 82.

<sup>94</sup> "Vargas Figueroa, José", Rol N° 16.258, de 26 de julio de 1992, considerando quinto de la sentencia. En R.D.J. de 1992, Segunda Parte – Sección V, Pág. 169-173. En Fallos del Mes N° 404 Pág. 414-417.

<sup>95</sup> "Rojo Rurange, Guillermo", Rol N° 18.742, de 24 de septiembre de 1993, considerando séptimo. En Gaceta Jurídica N° 159 Pág. 49-51. En igual sentido "Dimter Brandau. Viola", Rol N° 15.902, de 13 de abril de 1993, considerando octavo, en Gaceta Jurídica N° 154, Pág. 47-53. En igual sentido "Sanz Díaz, Rodrigo", Rol N° 18.205, de 23 de junio de 1995, considerando séptimo, en Fallos del Mes N° 439, Pág. 607-611.



Este argumento no es correcto, pues las normas de carácter administrativo que hacen alusión al Ministerio de Bienes Nacionales, tienen por objeto entregar la competencia a dicha institución, con la finalidad de llevar a efecto el proceso de inscripción que aquí se cuestiona, por ser contrario al orden constitucional. Igual situación ocurre con las normas procesales. Concluimos, entonces, que el Decreto Ley involucra una unidad compacta que provoca como efecto nocivo privar inconstitucionalmente a una persona de su derecho de propiedad.

- Por tanto, esta doctrina concluye que, la interposición de un recurso de inaplicabilidad en contra de toda una ley debe ser declarada inadmisibile, pues no cumple con todos los presupuestos que la Constitución prescribe para la eficacia y procedencia del recurso.

En el sentido de esta teoría encontramos las siguientes sentencias que declararon inaplicable el recurso:

- "Vargas Figueroa, José", considerandos segundo a sexto.<sup>96</sup>
- "Allemand Pino, Mireya", Rol N° 18.131, de 2 de diciembre de 1992, considerandos segundo a sexto.<sup>97</sup>
- "Dimter Brandau, Viola", Rol N° 15.902, de 13 de abril de 1993, considerandos cuarto a sexto.<sup>98</sup>
- "González Sepúlveda, Francisco", Rol N° 17.470, de 5 de mayo de 1993, considerandos segundo a sexto.<sup>99</sup>
- "Rojo Rurange, Guillermo", Rol N° 18.742, de 24 de septiembre de 1993, considerandos segundo a cuarto.<sup>100</sup>
- "Villagrán Villablanca, Lucila", Rol N° 21.926, de 23 de noviembre de 1994, considerandos segundo a séptimo.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> Ibid. En R.D.J. de 1992, Segunda Parte – Sección V, Pág. 169-173. En Fallos del Mes N° 404, Pág. 414-417.

<sup>97</sup> Ver fallo en Gaceta Jurídica N° 150, Pág. 28-32.

<sup>98</sup> Ver fallo en Gaceta Jurídica N° 154, Pág. 47-53.

<sup>99</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1993, Segunda Parte – Sección V, Pág. 143-145.

<sup>100</sup> Ver fallo en Gaceta Jurídica N° 159, Pág. 49-51.

<sup>101</sup> Ver fallo en Fallos del Mes N° 432, Pág. 842-845. En Gaceta Jurídica N° 173, Pág. 27-31.

\*\* Sin embargo, también existen argumentos contrarios a esta doctrina, en los que se ha afirmado que sí procede la inaplicabilidad contra una ley globalmente considerada, y para ello se esgrimen los siguientes argumentos:

- Primero, es importante señalar que, la Corte, en varios fallos ha señalado que el Decreto Ley en su totalidad es inconstitucional, así, por ejemplo, en "Tunis König, Teresa y otros"<sup>102</sup> la Corte señaló expresamente en su considerando séptimo: "Que la contradicción o pugna existente con la norma constitucional no sólo está presente en relación a los preceptos legales mencionados por el recurrente, sino que alcanza también al Decreto Ley N° 2.695 en su contexto general... de manera que, en su totalidad el Decreto Ley crea un sistema tanto de carácter sustantivo como de índole procesal cuyos objetivos y efectos conducen inequívocamente a privar de su dominio, constitucionalmente garantizado, al titular de este derecho, sobre su propiedad debidamente inscrita."

- En el considerando ~~décimo segundo~~ de la causa "Puga González, Juan Alfonso",<sup>103</sup> la Corte señaló "si una ley, a través de diversas previsiones, más aún en su totalidad, contraviene a determinada norma constitucional, **no se divisa el impedimento para interponer el recurso de inaplicabilidad en contra de toda esa normativa en su conjunto**", tal afirmación se sustenta en que si se siguiese la posición de que el recurso sólo procede respecto de determinado precepto legal, cuando se invoque la inaplicabilidad de una ley en su conjunto, para cumplir con tal requisito de forma, implicaría interponer en relación a cada precepto de un texto legal, el respectivo recurso de inaplicabilidad, lo cual resulta ser claramente improcedente e inoficioso. Este argumento, parece ser lejos el más razonable para destruir la teoría que impone como requisito de forma, solicitar solamente la inaplicabilidad de

<sup>102</sup> Causa Rol N° 18.728, de 19 de mayo de 1993. En R.D.J. de 1993, Segunda Parte – Sección V, Pág. 149-154.

<sup>103</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 89.

determinado precepto, pues la pregunta que surge es ¿qué ocurre con aquellas normas legales que han creado instituciones que abrogan en su totalidad los preceptos constitucionales?, si adoptamos la teoría de restringir la procedencia del recurso, tendremos que tales normas quedarán al margen del control de constitucionalidad entregado a la Corte Suprema, siendo en tal caso, la derogación expresa por medio de una ley posterior, la única forma de hacer justicia constitucional, lo cual parece ilógico, toda vez que, ha sido la propia Constitución la que ha entregado tal facultad a la Corte, potestad fiscalizadora que en variados fallos desconoció.

En el sentido de esta teoría encontramos las siguientes sentencias que declararon admisible el recurso, declarando inconstitucional la mentada norma:

- "Campos Canales, Natividad",<sup>104</sup> considerando octavo.
- "Rute Cubate, Viola", Rol N° 14.880, de 19 de junio de 1991, considerando octavo.<sup>105</sup>
- "Puga González, Juan Alfonso",<sup>106</sup> considerando décimo primero y décimo segundo.
- "Cardone La Rosa, Héctor",<sup>107</sup> considerando décimo.
- "Tunis König, Teresa y otros",<sup>108</sup> considerandos séptimo y octavo.
- "Le Moal Müller, Francois y Ana Catherine",<sup>109</sup> considerando decimoctavo.

**3.1.2.2.- No procede el recurso de inaplicabilidad cuando éste no contiene con precisión las razones de hecho y de derecho por las cuales se ataca de inconstitucional a determinado precepto.**

En virtud de esta doctrina la Corte ha señalado:

<sup>104</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 80.

<sup>105</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1991, Segunda Parte – Sección V, Pág. 159-164.

<sup>106</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 89.

<sup>107</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 81.

<sup>108</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 102.

<sup>109</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 91.

- "...el recurso debe contener, con precisión, las razones de hecho y de derecho por las cuales se ataca determinado precepto específico que se estima contrario a la Constitución, puntualizando la forma y medida que adopta la presunta inconstitucionalidad... En la especie el recurrente no señala, **con la debida particularización**, la manera como los preceptos del Decreto Ley 2.695 vulneran a su juicio la Constitución Política, en su artículo 19 N° 24, sino que en líneas generales, impugna el instituto jurídico implantado por ese cuerpo legal, en cuanto por él se abre la posibilidad de que el poseedor material de un predio logre, al reunirse algunas otras condiciones, hacerse dueño de él, contra título inscrito, para determinar pidiendo que se declare contrario a la Carta Fundamental todo el Decreto Ley cuestionado."<sup>110</sup>

Fuera de plantear la improcedencia por no contener razones específicas, la Corte no señaló mayores argumentos. Al respecto omitiré manifestar una opinión, pues, en la publicación del fallo citado, se omite el desarrollo de los argumentos planteados por el recurrente.

En el sentido de esta doctrina encontramos las siguientes sentencias que declararon inadmisibile el recurso:

- "Dimter Brandau, Viola",<sup>111</sup> considerandos sexto y séptimo.
- "Rojo Rurange, Guillermo",<sup>112</sup> considerandos quinto y sexto.
- "Sanz Díaz, Rodrigo", Rol N° 18.205, de 23 de junio de 1995, considerandos quinto y sexto.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> "Rojo Rurange, Guillermo", Rol N° 18.742, de 24 de septiembre de 1993, considerandos quinto y sexto. En Gaceta Jurídica N° 159, Pág. 49-51.

<sup>111</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 98.

<sup>112</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 100.

<sup>113</sup> Ver fallo en Fallos del Mes N° 439, Pág. 607-611.

**3.1.2.3.- No procede el recurso de inaplicabilidad por no existir certeza de que el impugnado Decreto Ley tenga aplicación en la gestión judicial en que incide el recurso.**

En virtud de esta doctrina, la Corte en "Hernández Alabarce, Sergio"<sup>114</sup> ha señalado "en la especie, no existe aún claridad ni certeza respecto de si la aplicación de las normas tachadas de inconstitucionalidad afectarán finalmente, en la decisión judicial, al predio de dominio de los recurrentes de autos, que sería la única forma en que se vean afectados en su derecho de propiedad, motivo por el que, en tal circunstancia, **no existe agravio** que los legitime para accionar en defensa de sus derechos."

Esta doctrina me parece excesiva, pues la Corte está limitando extremadamente el recurso de inaplicabilidad, al crear requisitos de procedencia que no han sido impuestos por la Constitución y por ninguna otra norma legal, ello porque la Constitución en su artículo 80 no exige la existencia de agravio para hacer procedente el recurso en contra de una norma determinada, razón por la cual, creo que la actitud de esta doctrina está sobrepasando en demasía los límites impuestos por la Constitución a los distintos poderes del estado, entrando en la esfera que le es propia al constituyente.

**\*\* Jurisprudencialmente hablando tenemos como postura contraria a esta doctrina la desarrollada por el ministro señor Jordán, que fue planteada en el voto en contra al fallo antes mencionado, cuyos argumentos son:**

- "Que son los jueces del fondo los soberanos para pronunciarse sobre los hechos de la controversia y aspectos de derecho no incorporados en la inaplicabilidad... pues lo que esta Corte tiene que resolver de manera sustancial es si un determinado precepto legal se encuentra o no en oposición a una norma prevista en la Carta Fundamental."

---

<sup>114</sup> Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 23.113, de 20 de octubre de 1995, considerando cuarto. En Fallos del Mes N° 443 Pág. 1438-1442.

**3.1.2.4.- No procede el recurso de inaplicabilidad para desconocer derechos o situaciones ya creados en virtud de la aplicación de la norma que se impugna.**

Esta doctrina es la que mayor aplicación ha tenido por parte de la Corte Suprema, desechando, por tal razón, numerosos recursos interpuestos en contra del Decreto Ley 2.695. Tal teoría o doctrina se fundamenta en los siguientes argumentos:

- El recurso de inaplicabilidad "no tiene por finalidad atentar contra las consecuencias o efectos de las situaciones, estados o derechos ya creados o conformados por el precepto legal con antelación a la gestión en relación a la cual se impetra la inaplicabilidad..."<sup>115</sup>

- El recurso de inaplicabilidad es procedente respecto de una disposición inconstitucional "siempre que la aplicación de ese precepto se enderece a establecer o crear la situación en él prevista; no será acertada tal declaración cuando se refiera no a la aplicación del precepto para efectos constitutivos sino, para ~~desconocer~~ las consecuencias de un estado o derecho ya conformado o adquirido en virtud de una disposición legal en pugna."<sup>116</sup> En consecuencia, tenemos que, lo que se trata de obtener no es una declaración de inaplicabilidad de los preceptos señalados en pugna, sino que remover o anular derechos que quedaron definitivamente incorporados al patrimonio de la persona que se acogió a dicha normativa.

- Por tanto, como el precepto impugnado fue aplicado con anterioridad y, por ende, produjo sus efectos, en virtud de aquello se han adquirido derechos que ya ingresaron al patrimonio de otro, siendo así, "desechar esta tesis, significaría dejar en la más abierta incertidumbre los derechos adquiridos, conforme a normas legales dadas, si con posterioridad una Constitución

---

<sup>115</sup> "Olguín Donoso, Aliro", Rol N° 18.565, de 26 de mayo de 1993, considerando cuarto. En Gaceta Jurídica N° 155, Pág. 53-58.

<sup>116</sup> Ibid. Considerando quinto, Pág. 57.

podría modificarlos. Se perdería toda seguridad en el derecho si en cualquier gestión seguida en un tribunal se pudiera solicitar su inaplicabilidad, lo que conduciría a dejar al titular en la indefensión y sin protección alguna, no obstante que su derecho fue válidamente incorporado a su patrimonio."<sup>117</sup>

No me parece correcta esta doctrina, que se apoya principalmente en el principio de la certeza jurídica, para de esta forma garantizar, a las personas que han adquirido derechos, en virtud de la norma impugnada, que no serán despojados de ellos. Pero, se les olvida a los señores ministros que, en tal caso, se ha privado del derecho de propiedad a una persona que válidamente adquirió un inmueble, y a la cual nuestra Constitución le garantiza el dominio.

Siguiendo los argumentos de esta doctrina, quien se acogió a los efectos de la normativa impugnada, ha hecho ingresar en su patrimonio derechos válidamente adquiridos, lo cual es un tremendo error, pues no pueden ser derechos válidos los que se adquirieron en virtud de una norma que viola, precisamente, los derechos de propiedad.

Entre otras cosas, esta doctrina señala que el ~~Decreto~~ Ley impugnado es anterior a la Constitución, por tanto, desconocer sus efectos significaría que cualquier derecho hoy adquirido quedaría en total incertidumbre si una Constitución posterior modificara tales normas. Este argumento, también, es erróneo, pues recordemos que los preceptos constitucionales que garantizan hoy nuestro derecho de propiedad son los mismos que regían bajo la Constitución de 1925 y bajo el Acta Constitucional N° 3, por tanto, no ha existido una modificación del derecho de propiedad por la Constitución de 1980.

En el sentido de esta doctrina encontramos variados fallos que declararon inadmisibles los recursos de inaplicabilidad. Como muestra, citaremos algunos:

---

<sup>117</sup> Ibid. Considerando quinto, Pág. 57.

- "Duharí Arriagada, Juan Carlos", Rol N° 16.622, de 28 de enero de 1992.<sup>118</sup>
- "Callejas Callejas, Maximiliano y otros", Rol N° 20.038, de 31 de marzo de 1994.<sup>119</sup>
- "Sociedad Besomi y Carriquiry Ltda", Rol N° 20.025, de 23 de junio de 1995.<sup>120</sup>
- "Jiménez Lizama, Orginia", Rol N° 299-98, de 3 de diciembre de 1999.<sup>121</sup>

\*\* En cuanto a la jurisprudencia, también, existen argumentos, desarrollados únicamente por el ministro señor Jordán, que se ha opuesto a la cuestionada doctrina, tales fundamentos son:

- "No corresponde que para resolver el presente recurso el tribunal entre a examinar el mérito del proceso para el cual se solicita la declaración de inaplicabilidad, sino que resulta suficiente que cualesquiera de las partes del litigio –demandante o demandado- haya invocado en apoyo de sus pretensiones o defensas, disposiciones legales que se consideren inconstitucionales por quien deduce la acción de inaplicabilidad."

Cada vez que la Corte, desechó el recurso de inaplicabilidad, por no proceder para desconocer derechos o situaciones ya creados, el ministro Jordán mediante su voto en contra hizo saber la doctrina menciona recientemente.

### **3.2.- Doctrinas que fallan el fondo de la Inaplicabilidad.**

Aquí nos encontramos con dos teorías diametralmente opuestas, que a saber son:

#### **I. Inconstitucionalidad del Decreto Ley 2.695.**

<sup>118</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1992, Segunda Parte – Sección V, Pág. 15-19. En Gaceta Jurídica N° 139, Pág. 49-53.

<sup>119</sup> Ver fallo en Gaceta Jurídica N° 165, Pág. 59-64.

<sup>120</sup> Ver fallo en Fallos del Mes N° 439, Pág. 623-629.

<sup>121</sup> Ver fallo en Fallos del Mes N° 493, Pág. 2772-2779. En Gaceta Jurídica N° 234, Pág. 53-59.



## II. Constitucionalidad del Decreto Ley 2.695.

A continuación, desarrollaremos cada una de ellas:

### 3.2.1.- Inconstitucionalidad del Decreto Ley 2.695.

En los fallos emitidos por la Corte Suprema en que se ha declarado la inconstitucionalidad del Decreto Ley 2.695, se ha desarrollado una doctrina en la que podemos distinguir, dos argumentaciones, muy claras y definidas. Ellas son:

- Primero, en "Campos Canales, Natividad"<sup>122</sup> se afirma que "los preceptos del Decreto Ley abrogan las normas sobre posesión y dominio establecidas en el Código Civil, **destruyendo las garantías de la posesión inscrita** que es una presunción de dominio y que son la base de la actual organización económica y social del país." Este razonamiento se encuentra sustentado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución inciso segundo que señala "**Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella** y las limitaciones y obligaciones que deriven 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." Por tanto, es aquella norma legal la que cumple con el mandato Constitucional de regular las formas de adquirir el dominio.

Como consecuencia de la misma doctrina la Corte en "Puga González, Juan Alfonso"<sup>123</sup> afirmó, en forma mucho más precisa y categórica, que "las normas del Código Civil referidas al dominio y posesión adquieren con respecto al texto constitucional que fija la respectiva garantía una connotación particular, pues **de algún modo lo integran...** porque es precisamente ese código el que define el dominio o propiedad, y, lo que es de primera importancia establece las fuentes o modo de adquirirlo." Es así como, basándose en lo anterior, concluye que la confrontación producida entre los preceptos del Decreto Ley 2.695 y las normas de dominio y

<sup>122</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 80.

<sup>123</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 89.

posesión del Código Civil, no se trata de una antinomia o antagonismo entre normas de idéntica jerarquía, **encontrándose el Código Civil por sobre el rango de la normativa legal.**

En esta misma línea doctrinaria, encontramos un nuevo argumento en el fallo de la causa "Duhart Arraigada, Juan Carlos"<sup>124</sup> que en su considerando cuarto del voto en contra de los ministros Correa, Retamal y Toro, se señala "que aunque el precepto Constitucional no define la **propiedad** a que se refiere, no cabe duda, so pena de su absoluta carencia de significado, que se trata de la propiedad regida por el Código Civil, que **por tal razón su concepto debe entenderse comprendido en la Constitución Política con todas las calidades que ese Código le atribuye**, ninguna de las cuales puede ser menoscabada sino por los motivos previstos en el texto de la Carta."

- Segundo, el Decreto Ley 2.695 está en clara pugna con el artículo 19 N° 24, porque, esta norma constitucional previene en su inciso tercero que "**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", por tanto, como lo ha señalado expresamente la jurisprudencia que apoya esta doctrina, los preceptos del Decreto Ley en cuestión son inconstitucionales "ya que permiten que el titular de un derecho de propiedad sobre un bien raíz legalmente inscrito a su favor **sea privado de lo suyo sin expropiación previa** y en beneficio de otro que sólo detenta su posesión material."<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 118.

<sup>125</sup> "Tunis König, Teresa y otros", Rol N° 18.728, de 19 de mayo de 1993, considerando sexto del fallo. En R.D.J. de 1993, Segunda Parte – Sección V, Pág. 149-154.

En el sentido de esta doctrina encontramos algunos fallos que, entrando a conocer del fondo del asunto, han declarado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Decreto Ley 2.695, entre ellos tenemos:

- "Campos Canales, Natividad", Rol N° 14.444, de 8 de junio de 1990.<sup>126</sup>
- "Rute Cubate, Viola", Rol N° 14.880, de 19 de junio de 1991.<sup>127</sup>
- "Puga González, Juan Alfonso", Rol N° 16.672, de 10 de abril de 1992.<sup>128</sup>
- "Cardone La Rosa, Héctor", Rol N° 16.949, de 24 de abril de 1992.<sup>129</sup>
- "Tunis König, Teresa y otros", Rol N° 18.728, de 19 de mayo de 1993.<sup>130</sup>
- "Le Moal Müller, Francois y Ana Catherine", Rol N° 3.238-97, de 20 de agosto de 1999.<sup>131</sup>

### 3.2.2.- Constitucionalidad del Decreto Ley 2.695.

Es en el año 1992, cuando la Corte conoce y falla en favor de la inaplicabilidad del Decreto Ley, al conocer de la causa "Puga González, Juan Alfonso",<sup>132</sup> cuando por vez primera se esgrimen argumentos para rechazar el recurso por argumentos de fondo y no de forma, posición que dentro de la Corte fue minoritaria, y se hicieron presente por medio del voto en contra de los ministros Cereceda, Faúndez, Dávila, ~~Álvarez~~ y Garrido.

Esta doctrina, no ha dado lugar a mucha jurisprudencia, pues se ha desarrollado principalmente por medio de votos en contra a los fallos que han acogido el recurso declarando inaplicable el Decreto Ley 2.695. Sin más, los argumentos de esta doctrina son:

- El artículo 19 N° 24 inciso segundo de la Constitución señala "***Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella*** y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social..." razón por la cual esta doctrina señala, "en consecuencia, esta

<sup>126</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 80.

<sup>127</sup> Ver fallo en R.D.J. de 1991, Segunda Parte – Sección V, Pág. 159-164.

<sup>128</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 89.

<sup>129</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 81.

<sup>130</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 102.

<sup>131</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 91.

<sup>132</sup> Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 89.

modalidad especial de adquirir el dominio de ciertos bienes raíces resulta acorde con lo que preceptúa el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, en cuanto por dicha norma **se entrega a la ley el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad** de los bienes corporales e incorporales...”,<sup>133</sup> que es precisamente lo que ha hecho el cuestionado Decreto Ley.

- En virtud del fundamento anterior, se concluye, que el Decreto Ley 2.695 está orientado a regir situaciones especiales, respecto de las cuales no cabe la aplicación de la **teoría de la posesión inscrita** regulada en los preceptos normativos del Código Civil, “... disposiciones que por cierto no están revestidas de rango constitucional, de modo que nada impide al legislador modificarlas o apartarse de ellas en situaciones especiales, creando un estatuto de normas de aplicación particular **por razones de interés público general**, como acontece con el indicado cuerpo legal.”<sup>134</sup>

- En consideración a los argumentos anteriores -que postulan que el Decreto Ley en cuestión no pugna contra la Constitución, y, además, que las normas del Código Civil no están revestidas de rango constitucional- esta doctrina concluye que no procede el recurso de inaplicabilidad porque “la situación de pugna de un precepto, para los efectos de este recurso, sólo puede declararse cuando es contrario a la Constitución; no corresponde hacerlo cuando es contrario a otras leyes; de otro modo cada vez que se promulguen normas de excepción que se contrapongan a otras de índole general podrían declararse inaplicables.”<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> “Tunis König, Teresa y otros” considerando sexto del voto en contra. Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 102.

<sup>134</sup> Ibid. Considerando tercero del voto en contra.

<sup>135</sup> Fallo “Puga González, Juan Alfonso”, considerando quinto del voto en contra. Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 89.

- Por último, como señala esta doctrina en el voto en contra del fallo "Le Moal Müller, Francois y Ana Catherine"<sup>136</sup> "... cabe resaltar que los preceptos del Decreto Ley 2.695 que se reprochan de inconstitucionales no establecen una modalidad para adquirir el dominio que se aparte enteramente de las que para la prescripción adquisitiva contiene el Código Civil, puesto que además de la posesión material del predio, de no menos de 5 años, se requiere también posesión regular, que se otorga mediante la correspondiente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, situación que por ende habilita para adquirir el dominio del inmueble por prescripción una vez transcurrido un año desde la fecha de aquella inscripción".

Esta doctrina en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema, sólo ha sido recogida por dos fallos, que a saber son:

- "Maderas Prensadas Cholguán S.A.", de 26 de enero de 1996.<sup>137</sup>
- "Pérez Álvarez, Francisco", Rol N° 4.478-00, de 25 de marzo de 2002.<sup>138</sup>

### 3.2.3.- Análisis de las doctrinas que fallan el fondo de la inaplicabilidad.

Luego de revisar ambas teorías o tesis, quiero hacer un pequeño análisis:

Podemos concluir que, ambas doctrinas, sustentan sus posiciones haciendo interpretaciones opuestas sobre un mismo precepto constitucional, me refiero al artículo 19 N° 24 inciso segundo que señala: "**Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella** y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social...", pues por una parte se afirma que, el Código Civil al regular dicha materia ha alcanzado una especie de rango mayor que el que tiene, lo cual no es para nada acertado, puesto que no es beneficioso que la Corte Suprema, mediante interpretaciones normativas, otorgue a las leyes que

<sup>136</sup> Considerando quinto del voto en contra del mencionado fallo. Para su ubicación bibliográfica ver nota al pie N° 91.

<sup>137</sup> FUENTES OLMOS, JESSICA. 1998. El derecho de propiedad en la constitución y la jurisprudencia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda.. Pág. 36.

<sup>138</sup> Ver fallo en Gaceta Jurídica N° 261, Pág. 38-44.