

# EL DERECHO PATRIMONIAL EN LA CONSTITUCION DE CHILE

*Victor Luis Funes*

Profesor de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires

El 11 de agosto de 1980, por Decreto Ley N° 3.464, fue sancionada la nueva Constitución de Chile, la cual fue sometida al plebiscito que se llevó a cabo el 11 de septiembre. Como invitado especial, con otros periodistas extranjeros, tuve la suerte de entremeterme, asistir y ser testigo del desarrollo de la consulta popular, que fue libre, secreta, informada, impecable. La mayoría absoluta, próxima a los dos tercios, aprobó el texto propuesto por la Junta de Gobierno que fue elaborada con el concurso de los mejores constitucionalistas, abogados y profesionales, incluso de la oposición. El 21 de octubre de 1980, por Decreto Supremo N° 1.150, fue promulgada la Constitución Política de la República de Chile.

El sistema elegido para legitimar el texto fue calificado por Duguit<sup>1</sup> de medio representativo usado en la democracia directa e inserto en la naturaleza y desarrollo del régimen representativo. La crítica contra dicho procedimiento estriba en las experiencias napoleónicas y en la de los vencidos de la II Guerra Mundial, pero ella, a juicio de D. Sevilla, Andrés<sup>2</sup>, no es suficiente para restarle su verdadero carácter. La experiencia del sistema anglosajón, el proyecto de A. Maura, de 1925, la práctica utilizada en 1946 por Italia y Bulgaria para elegir la forma de sus gobiernos, la Constitución de España de 1931 y las Constituciones de Alemania Federal y de Italia lo autorizan y lo avalan. Por otra parte el sis-

tema fue consentido y ratificado —incluso por los antagonistas más inflexibles y acerbados— con la participación casi total de los electores durante la última compulsión.

El nuevo texto fundamental chileno constituye un aporte valioso para preservar las instituciones democráticas, prevenir desbordes cesaristas, afianzar el equilibrio de los mal llamados poderes y, en definitiva, asegurar que el Estado se encuentre “al servicio de la persona humana” (art. 1°) y no a la inversa, como sucede en los regímenes totalitarios. Por eso, después de proclamar (art. 4°) que Chile es una República democrática, la nueva Constitución previene en su art. 8° que todo acto que propugne la violencia o una concepción de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases es ilícito y contrario al ordenamiento institucional vigente.

Pero, como es abreviado el espacio disponible, sólo me limitaré a comentar el número 24 del extenso art. 19 que integra el Capítulo III, dedicado a los derechos y deberes constitucionales, donde se pormenorizan claramente todas las atribuciones y garantías que el Estado chileno reconoce a la persona humana como inherentes a su propia dignidad y anteriores a su Constitución Política.

Dice la normativa citada: “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

“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 públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

<sup>1</sup> DUGUIT, León, “Traité de Droit Constitutionnel”, Paris, 1923, II, N° 38; BURDEAU, G., “Traité de Science Politique”, Paris, 1952, IV, N° 112-120; FRIEDRICH, C. J., “Organización Constitucional Democrática”, México, 1948, cap. 24.

<sup>2</sup> SEVILLA, Andrés D., “Plebiscito”, GER, T. 18, 623.

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

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

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

De esta manera el nuevo precepto chileno no sólo restaura y precisa una venerable y antigua institución del derecho público, sino además trata de prevenir su empleo arbitrario, demagógico o injusto como aconteció tanto en tiempos de Frei cuanto en los de Allende y como sucedió en muchos países centro y sudamericanos con motivo de las tristemente célebres reformas agrarias.

### *El Derecho*

No cabe duda que el derecho nace de la necesidad de vivir al lado de los demás, de la obligada convivencia con el prójimo, con el ciudadano y con el gentil, con el alter ego. Es decir, la razón del derecho estriba en la alteridad, en la reciprocidad. Por eso no hay derecho sin adjudicación, sin atribución (o reparto, como Goldschmidt<sup>3</sup> califica al predicado). No hay derecho sin reconocimiento de lo debido, de lo que es propio frente a los demás.

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción al Derecho", Depalma, Bs. As., 1967.

Como lo sostuvo en otra oportunidad<sup>4</sup>, el orden —que supone disposición razonada hacia un fin— debe sustentarse y se sustenta en normas de convivencia, cuyo régimen —inteligentemente discernido o descubierto— constituye el derecho. Por eso la experiencia jurídica más remota y primitiva nos dice de lo mío y de lo tuyo, nos habla de capacidad de poseer, de defender, de reclamar lo propio, de satisfacer lo suyo. Por eso se dijo que "el problema de la justicia es, de alguna manera, un problema de propiedad". Por eso Casares definió al derecho como "el poder racional sobre algo".

Admitido que el hombre necesita vivir en sociedad la conclusión del derecho como lógica de la conducta se impone por deducción. Cathrein<sup>5</sup> afirma que desde siempre tuvo vigente la convicción "de la existencia de una suma de conceptos y preceptos jurídicos universales, patrimonio de todos los pueblos y de todos los tiempos, presupuesto necesario y fundamental de toda realidad jurídica y positiva".

Por eso sostuve y lo repito que el derecho es la lógica de la conducta humana que deriva de su propia naturaleza y que derecho y propiedad son sinónimos. Ambos se manifiestan como adjudicación, como atributo debido.

También Grocio, Leibniz, Pufendorff y otros doctrinarios concibieron el derecho como una realidad normativa ontológica anterior al Estado.

### *El orden natural*

Cicerón, en el *De Legibus* (II, C.V., 11), afirma que "la ley verdadera y primera, dictada tanto para la imposición como para la defensa, es la recta razón del Dios Supremo".

La *Antígona*, de Sófocles, demuestra que en la antigua Grecia ya existía la convicción de un orden natural emanado de Dios, fundamento de la regulación de los actos humanos y de los derechos naturales o esenciales.

<sup>4</sup> FUNES, Víctor Luis, "Derecho y Reforma", Bs. As., 1971, p. 6.

<sup>5</sup> CATHREIN, Víctor, "Filosofía del Derecho", trad. A. Vardón, Madrid, 1945, p. 11.

Después del juicio de Nuremberg, pese a los formalistas y a los positivistas, doctrinarios de la talla de Del Vecchio y Radbruch admitieron la existencia de un orden supralegal, cognoscible por la razón, común a todos los seres humanos y fundamento de las leyes positivas.

El derecho natural es lo que se le reconoce al hombre como un medio indispensable para cumplir sus fines en virtud de su esencia. Todo aquel que está obligado a alcanzar un objetivo tiene derecho a los medios.

El derecho natural está integrado por principios y normas que todo hombre, por el simple hecho de serlo, puede considerar y exigir como suyo, como propio, como debido a su ser<sup>6</sup>.

Dice León XIII en *Libertas*: "Estos mandatos de la razón humana (escritos y grabados en la mente de cada uno de los hombres) no pueden tener fuerza de ley sino por ser voz o intérprete de otra razón más alta a la que deben estar sometidos nuestros entendimientos y nuestra libertad", como el derecho a la dignidad, a la vida, al matrimonio, a la educación, a las cosas.

Por eso, como lo recordó Pío XII en su Alocución del 13-XI-49, la ley natural debe ser el fundamento de la ley positiva.

El Concilio Vaticano II, en *Gaudium et Spes*, reconoce que "en lo más profundo de su conciencia descubre el hombre la existencia de una ley que él no se dicta a sí mismo, pero la cual debe obedecer".

Y todo el orden natural se encuentra al servicio de la persona humana que "es y debe ser el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones" (*Gaudium et Spes*, N° 25, Pío XII, Alocución del 24-XII-44).

### *Derecho y propiedad*

Como lo anticipáramos, derecho y propiedad son sinónimos. Todo derecho es propio de la persona humana. Si ella tiene derecho a los bienes espirituales con más razón la tiene sobre los materiales. De allí que se define la propiedad como el derecho de usar y disponer de una

cosa, que deriva del derecho a la conservación de la vida.

"El liberalismo tiene razón cuando percibe que la propiedad es la garantía efectiva de la libertad y la iniciativa privada", admite Sacheri.

La Iglesia siempre reconoció la propiedad privada como derecho natural de la persona, cuyo respeto y protección es necesario para la paz y el progreso social.

Juan XXIII, en *Mater et Magistra*, afirma: "El derecho de propiedad privada, aun aquel que concierne a los bienes de producción, vale en todo tiempo, puesto que está contenido en la naturaleza misma de las cosas. Esta nos enseña que cada hombre es anterior a la sociedad civil y que es, pues, necesario ordenar la sociedad civil al hombre como a su fin. Por otra parte sería inútil reconocer a las personas privadas el derecho de actuar libremente en materia económica, si no se les acuerda igualmente el poder elegir libremente y de emplear libremente los medios necesarios al ejercicio del derecho".

Toda limitación exagerada al dominio privado sobre las cosas importa un cerceamiento a la libertad y a la responsabilidad humanas.

En la economía de mercado —según el criterio de Ludwig von Mises— la propiedad de los medios de producción se adquiere y se conserva sirviendo al público y se pierde cuando éste se considera insatisfecho.

La propiedad privada de los medios de producción resulta, pues, un mandato público, por así decir, que es revocado tan pronto como los consumidores —desde su punto de vista— consideran que otras personas utilizarán dichos medios de manera más eficiente. Mediante el mecanismo de precios —ganancias y pérdidas— los propietarios están obligados a manejar su propiedad como si fuera la propiedad de otros, confiada a ellos con la obligación de utilizarla en la forma mejor posible para sus virtuales beneficiarios, los consumidores.

En el sistema de la libertad económica, las ganancias reinvertidas por aquellos que utilizaron bien sus recursos y satisficieron los requerimientos de los conciudadanos no sólo favorecen a los propietarios sino a toda la comunidad a través de dos mecanismos simultáneos.

<sup>6</sup> SACHERI, Carlos A., "El Orden Natural", Bs. As., 1975, pp. 24 y 55.

Por un lado, con el aumento de la actividad económica, de las fuentes de trabajo y de los salarios reales. Por el otro, el incremento de bienes producidos y ofrecidos al mercado generará la disminución de los precios<sup>7</sup>.

*Antecedentes históricos del instituto expropiatorio*

Tal como hoy se lo concibe, no existió en el derecho romano. Se suele mencionar la ley 3 del código de *Aedificiis* y varios fragmentos del *Digesto* relativos a retractos de fondos provinciales y asignaciones de terrenos como casos de desposesión legal. En realidad constituyen restricciones al dominio y establecieron servidumbres en interés público. Suetonio (Augusto 4-VI) recuerda que Augusto se vio precisado a renunciar a engrandecer el foro para no afectar a los propietarios de las casas vecinas.

También se cita el código de Teodosiano de *Operibus public* (leyes 50, 51 y 53).

Según Tort<sup>8</sup> hasta principios del siglo XIX es inútil buscar ley alguna que defina la expropiación de un modo científico y señale trámites fijos para demostrar la utilidad de la obra, hacer constar la necesidad de ocupación y regular el justo precio.

Los escritores franceses citan el caso de Filipo Augusto, que ordenó fortificar diversas ciudades e indemnizó a los propietarios perjudicados con su propio fisco. También se menciona una ordenanza de Felipe el Hermoso de 1303 que permitió expropiar, mediante abono del justo precio; las letras patentes de marzo de 1470 registradas en el Parlamento del 2 de septiembre de 1480 mediante las cuales se autorizó al "maire" y "echevins" (alcalde y adjuntos) de Amiens para expropiar los inmuebles indispensables para levantar sus fortificaciones mediante indemnización; el edicto de 1638 para ampliar el canal de Briare con fa-

cultad de tomar las tierras necesarias y demoler edificaciones mediante indemnización determinada por peritos; el edicto de Luis XIV de 1666 relativo al canal de Languedoc con indemnización evaluada por técnicos designados por comisionarios regios; las letras patentes de Luis XV de 1719 para el canal de Loing; las letras patentes del 30 de septiembre de 1770 referidas al canal de Givors que la someten a la "indemnité préalable", todos ellos sobre el fundamento —que no comparto— del dominio eminente pues dicho instituto fue llamado entonces retracto de utilidad pública ("retrait d'utilité publique"), que supone la idea de recobrar lo que originariamente era propio.

En Francia Dalloz, Batbie, Delalleau, Bauny de Récy se ocuparon de rastrear los antecedentes históricos de la expropiación. En España se ocupó del tema Benito Gutiérrez Fernández en su obra "Códigos o estudios fundamentales sobre derecho español" donde individualizó varios antecedentes de la ley del 17 de julio de 1836. En el "Libro de los Jueces" sólo se habla de prevenir "la codicia de los príncipes" (ley 5ª, tit. I, libro II). En cambio en las Partidas de Alfonso el Sabio merece recordarse la ley 2ª, tit. I, part. 2ª, que establece, "cuando el emperador quisiése tomar heredamiento o alguna otra cosa a algunos, para sí o para darla a otros; como quier que él sea señor de todos los del imperio, para ampararlos de fuerza, é para mantenerlos en justicia, con todo eso non puede él tomar a ninguno lo suyo sin su placer, sin non fisiese tal cosa, por que lo debiése perder según ley. Y si por aventura gelo oviese a tomar por razón que el emperador oviése menester de facer alguna cosa en ello que se tornase á pro comunal de la tierra, tenudo es por derecho de le dar ante buen cambio que vala tanto ó mas, de guisa que él finque pagado á bien vista de omes buenos". Y la ley 31, tit. XVIII, part. 3ª dice: "... si el Rey las oviese menester por facer dellas, ó en ellas algun lauor, ó alguna cosa que fuesse á pro comunal del Reino; asi como si fuesse alguna heredad, en que oviese á facer castillo ó torre, ó puente, ó alguna otra cosa semejante destas, que tornase á pro, ó *amparamiento de todos*, ó de algun lugar señaladamente. Pero esto uen facer en una destas dos

<sup>7</sup> SÁNCHEZ SAÑUDO, Carlos A., "La verdadera función social de propiedad", en rev. "Orientación Económica" del IESM, año II, N° 1, pp. 11-2.

<sup>8</sup> TORT Y MARTORELL, Javier, "Tratado general de expropiación por utilidad pública", Barcelona, 1888, p. 34.

maneras: dándole *cambio por ello primeiramente*, ó comprángelo segun que valiere”.

Ni en el Ordenamiento de Alcalá ni en las Leyes de Toro aparecen normas semejantes. No obstante, como lo señaló Antonio Gómez, ya existía el concepto expropiatorio por causa de utilidad pública (“quando vertitus favor publicae utilitatis”). Así se infiere de la “Novísima recopilación” (tit. XXXIV del l. VII dedicado a obras públicas y tit. XXX sobre caminos y puentes). Fernando VI el 31 de enero de 1748 dictó una ordenanza expropiatoria de los montes, que entregó a los intendentes de Marina. Como las indemnizaciones fueron estimadas insuficientes, Carlos IV dispuso el 19 de diciembre de 1789 que ellas se satisficieran prontamente al precio corriente en el país y, en casos de divergencias, que se nombrara peritos.

La Constitución española del 1º de junio de 1869 sancionada con motivo de la Revolución de septiembre dispuso en su art. 14 que nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de *utilidad común* y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización *regulada por el juez* con intervención del interesado.

De esta manera se modificó el sistema mixto (uno administrativo y otro judicial).

Bélgica adoptó las disposiciones de las leyes francesas de 1807 y 1810. Después de sancionada la Constitución del 7 de febrero de 1834 y para reglamentar su art. 11, dictó la nueva ley del 17 de abril de 1835, que fue modificada por la del 27 de mayo de 1870.

En Italia, el 2 de abril de 1852 una ley autorizó al gobierno de la monarquía a sancionar normas generales sobre expropiación, las cuales fueron promulgadas el 25 de junio de 1865.

En 1845 Inglaterra promulgó la Ley “lans clauses consolidation act” que es la recopilación o consolidación de las disposiciones particulares dispersas por el tema.

A los antecedentes recordados podemos añadir la ley prusiana del 11 de junio de 1874 y la rusa del 19 de junio de 1833, que se funda en la *necesidad* pública y la somete a la condición de que el bien sea indispensable.

Cabe recordar que en los Estados Unidos de Norteamérica las primeras diez Enmiendas constitucionales se llevaron a cabo para limitar las funciones de los estados y para garantizar los derechos patrimoniales de los habitantes y en particular los relativos al dominio inmobiliario a los cuales se aplicaron las garantías pensadas y sancionadas para otras libertades. Por eso John Adams insistía con frecuencia en definir el gobierno estadounidense como el gobierno de la ley, no de los hombres. También en base a la doctrina de los poderes implícitos fue admitida la revisión judicial de las leyes por considerarlas contrarias a la ley fundamental y negarles aplicabilidad.

El art. 10 de la Constitución española de 1876 establecía: “No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en su posesión al expropiado”. El Código Civil español reprodujo el artículo citado en su 349 y en el 1456 dispuso que la enajenación forzosa debería regirse por lo que establezcan las leyes especiales.

Fermín Abella en su “Manual de expropiación forzosa” (Madrid, 1879) después de recordar que se trata de una de las limitaciones que sufre el dominio privado en beneficio del interés público, asegura que los requisitos indispensables de toda expropiación son los siguientes: a) que la obra haya sido declarada de utilidad pública; b) que se declare que su ejecución exige indispensablemente el todo o parte del inmueble que se pretende; c) justiprecio de lo que se haya de enajenar o ceder; y d) pago en dinero de la indemnización. En su defecto deberían prosperar judicialmente los interdictos de retener o de recobrar.

#### *La propiedad en la Constitución argentina*

Alberdi<sup>9</sup> sostuvo que “la propiedad es el móvil y estímulo de la producción, el

<sup>9</sup> ALBERDI, Sistema Económico y Ren-tístico de la Confederación Argentina, en

aliciente del trabajo, y un término remunerativo de los afanes de la industria. La propiedad no tiene valor ni atractivo, no es riqueza propiamente cuando no es inviolable por la ley y en el hecho".

En el art. 14 la Constitución argentina dice: "El derecho de todos los habitantes de la Nación, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, de usar y disponer de su propiedad" y el art. 17 garantiza dicho derecho, estableciendo que "la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada y previamente indemnizada... La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie".

La Corte Suprema ha sentado, desarrollando el concepto constitucional de la propiedad, que "las palabras libertad y propiedad, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio". El término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende, como lo ha dicho esta Corte, "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de sí mismo y fuera de su libertad". "Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad".

La República "consagra, según se ha dicho, la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y ampara así todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la Nación, trátase de derechos reales o personales, de bienes materiales o in-

materiales" (Caso Daniel C. Ferrari y otros V. Ramón Peiti, 28/8/44, en *La Ley*, XXXV, p. 787).

La Corte Suprema declaró ("Gobierno Nacional c/Ferrario, Jorge", 10/XI/61) que el procedimiento extraordinario destinado a lograr fines de utilidad pública o *mejoramiento social* —y cita jurisprudencia norteamericana— estriba en la "necesidad de que el uso de la cosa expropiada *debe ser pública* (lo que) excluye la idea de que la propiedad puede expropiarse bajo la apariencia de un uso público y sea finalmente destinada a consagrar un mero uso privado". ("El Derecho", 7/V/62).

#### *La expropiación*

La expropiación es el instituto mediante el cual el Estado en su favor, a través de sus mecanismos administrativos, priva coactivamente al titular de su propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos para satisfacer una utilidad pública o un interés nacional, que constituyen la causa de la medida. Integra el derecho público porque el Estado tiene derecho a desapropiar (expropiar) un bien privado para afectarlo al dominio público de manera imperativa, en ausencia de convenio. Expropiar, dice Bidart Campos<sup>10</sup>, es lo mismo que poner fuera, fuera del derecho privado, fuera del comercio, fuera del ámbito individual. O sea, mudar la naturaleza dominial para transferirla al ámbito público, de uso común. De allí que la jurisprudencia norteamericana la haya definido como el instrumento apropiado para tomar un bien y afectarlo al uso público o gubernativo (no en función de la teoría del dominio eminente argüida de Weaver y por Fragola).

El dominio, como los demás derechos patrimoniales, cede frente al requerimiento común. La privación de un bien por causa de utilidad pública siempre supuso indemnización, que debe ser, *ex essentia*, previa (art. 32 del Fuero de los Españoles y 349 del C.C.) y en dinero.

En la Argentina el sujeto activo de la

Organización Política y Económica de la Confederación Argentina, cit., cap. III, pp. 384-5.

<sup>10</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., "Derecho Constitucional", ed. Ediar, Bs. As., 1966, 11 pp.; GUARITA, Aurelio, "Expropiación forzosa" GER 9, 678-9.

expropiación es el Estado nacional o provincial. Se trata de una facultad concurrente, aunque el poder central puede expropiar aun dentro del territorio de cualquier provincia para satisfacer necesidades nacionales.

Y es al Poder Legislativo al cual constitucionalmente se le asigna la función exclusiva de calificar la utilidad pública. Tal atribución, que racionalmente no puede estimarse ilimitada ni absoluta ni arbitraria, puede considerarse discrecional en el sentido de que el pronunciamiento político legislativo estaría en principio exento de la revisión jurisdiccional por tratarse de un acto no judicial. A raíz del famoso caso Elortondo, planteado con motivo de la apertura de la Avenida de Mayo en Buenos Aires, el más alto tribunal argentino sostuvo que la facultad del Congreso no podía extenderse más allá de lo indispensable para la ejecución de la obra pública.

El objetivo primordial del instituto que nos ocupa es, pues, transformar, cambiar, trocar la naturaleza privada de un bien para asignarlo al dominio público. Con el tiempo desapareció la figura de la expropiación, sanción o punición y apareció el principio de la "diversión de fin". Con razón se dijo que el Estado no debe apropiarse de bienes de los particulares que puede procurarse por sí mismo. Por eso dice Bielsa que no es una atribución meramente potestativa, sino racionalmente fundada en una causa de utilidad pública. Y Joaquín V. González añade: "La discrecionalidad legislativa no puede ser arbitraria" (p. 140).

"El dominio público tiene, en razón de su naturaleza y destino, caracteres jurídicos particulares, de entre los cuales son esenciales la inalienabilidad (o sea jurídicamente sustraído del comercio ordinario del derecho privado) y la imprescriptibilidad (Derecho romano: *Res fisci nostri usucapi non potest; Praescriptio temporis juri publico non debet obsistere* (l. C.C. de operilo publ.). De éstos derivan otras relaciones y modalidades jurídicas que también definen al derecho público y lo diferencian del derecho patrimonial del Estado"<sup>11</sup>.

Recae sobre cosas destinadas al uso público permanente ("sum res quae in publico usu habentur o usu publicae destinatae").

Los bienes sometidos al derecho público no son reivindicables, no son hipotecables, no son embargables, no son susceptibles de derecho real alguno (como las servidumbres, art. 3002 C. Civ. o como el usufructo, art. 2839 C. Civ.) pues crearían situaciones incompatibles con el destino de las cosas (Fallos de la Corte Suprema, XXX, 443).

"Todo lo que es materia prima de dominio público se rige exclusivamente por los principios del derecho administrativo" (Fallos de la C.S., XXX, 443).

Por eso la expropiación es una de las instituciones más típicas y peculiares del jure público, particularmente administrativo. Como importa una amenaza a la propiedad privada se encuentra regulada en la mayoría de las constituciones desde la "Declaración de derechos del hombre y del ciudadano" de 1789.

Con la Constitución de México de 1917 que desamortizó a las personas jurídicas y a las iglesias de cualquier culto y cuyo art. 27 sostiene que la propiedad de las tierras y de las aguas dentro de su territorio corresponde originariamente a la nación, la cual tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares; y con la Constitución de Weimar de 1919, comenzó el llamado tiempo social. Su art. 153, si bien establecía que la expropiación no podía tener lugar sino por causa de utilidad pública, en virtud de ley y mediante una justa indemnización, añadía "salvo disposición en contrario" pues "la propiedad obliga". Su uso "debe efectuarse también en el interés general". Y su art. 155 disponía que la plusvalía del suelo que no fuera debida al trabajo o a la inversión pertenecía a la comunidad<sup>12</sup>.

A ellas siguieron las soviéticas de 1918, 1924 y 1936, la yugoslava, la rumana, la búlgara, que repitieron la vulgar y manoseada etiqueta de que la tierra es de quien la trabaja. Incluso la Argentina de 1949 (art. 68, inc. 16).

De esta manera el instituto de expropiatorio comenzó a utilizarse para otros

<sup>11</sup> BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. "El Ateneo", Bs. As., 1947, T. II, pp. 438 y ss.

<sup>12</sup> Idem. C. de Alemania Oriental (art. 26) y a la del Chaco (art. 36).

finés distintos de los que conforman su propia naturaleza jurídica. Así variaron sustantivos y adjetivos. La utilidad pública cedió paso a la necesidad pública, a la utilidad social, a la seguridad nacional, al interés social y por fin a la arbitrariedad política.

El requisito de imprescindibilidad y de necesidad fue reemplazado por la discrecionalidad. El requisito de justa indemnización fue encubierto por el pago con bonos nominales, no ajustables, a largo plazo.

Por fin, de esta manera, retrocedimos siglos para reimplantar la confiscación lisa y llana.

#### *La expropiación en el derecho comparado*

Si bien, como quería Erick Kaufmann, la Constitución propiamente dicha no se encuentra sólo en el texto escrito de la ley fundamental sino también radica en la existencia jurídico-natural de todo el derecho y de las fuerzas reales de la sociedad no es menos cierto que, como predicaba Santi Romano<sup>13</sup>, el Estado es ordenamiento jurídico y la Constitución es la base de dicho ordenamiento. Por eso el derecho, además de norma, es organización social.

Burdeau<sup>14</sup> concluye: "La Constitución se sitúa necesariamente en el centro de todas las reflexiones de que se nutre la ciencia política".

También es cierto que mediante las devaluaciones monetarias, la emisión incontrolada de papel moneda, el manejo arbitrario de las paridades cambiarias, la imposición de ahorros obligatorios ajustados por índices irrealistas, el impuesto progresivo, los gravámenes a las exportaciones, a la renta de la tierra, al patrimonio, a las ganancias y a los capitales —sólo por mencionar los expedientes más groseros empleados a menudo en nuestro

subcontinente— el Estado soslayó las garantías constitucionales vigentes en los países civilizados para incurrir en verdaderas confiscaciones.

Por eso el Dr. Boffi Boggero insistió en el control jurisdiccional de los actos del gobierno y de la administración y aboga por una decorosa armonía entre los órganos del poder, previene acerca de los desbordes institucionales y advierte sobre los abusos en que suelen incurrir en las democracias nuestras los hombres dotados de autoridad. Esta es la manera de evitar los despotismos y de asegurar la defensa de los derechos del particular contra otro particular y principalmente contra el Estado. De allí su crítica a la teoría de las cuestiones no justiciables por considerarse políticas<sup>15</sup>.

Pero veamos lo que nos dicen las constituciones de otros países.

La de la Confederación Suiza de 1874 garantiza los derechos individuales al reproducir el texto de la de 1848. Ellos se encuentran protegidos tanto por el derecho federal cuanto por el derecho cantonal y revisten el carácter de derechos públicos subjetivos y no simples autolimitaciones del Estado. La expropiación se halla limitada por los arts. 22 y 23.

La Constitución de Francia de 1789 fue modificada en 1946 y 1958. En esta última ocasión introdujo en su Preámbulo el principio de la democracia económica que, según Prélot (p. 355), no obliga al legislador. Instituyó el Consejo Constitucional (arts. 56/63), cuyos fallos son in-

<sup>13</sup> ROMANO, Santi, "Principii di Diritto Costituzionale Generale", Milano, 1946, 2ª ed.

<sup>14</sup> BURDEAU, Georges, "Traité de Science Politique", Paris, 1949-50, III, 9; GARCÍA PELAYO, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", ed. Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984.

<sup>15</sup> BOFFI BOGGERO, Luis M<sup>a</sup>, "Tres Centenarios de la Corte Suprema de Justicia", ed. Pizarro, 1979; SEGUNDO V., Linares Quintana, para demostrar que la expropiación no es una atribución absoluta susceptible de ejercicio ilimitado, absolutamente discrecional o arbitrario, exhumó el caso del diario "La Prensa", de Buenos Aires. Benjamín Villegas Basavilbaso en su "Derecho Administrativo" (VI, 358 y ss. Fallos 176, 306; 142, 83 en "Jurisprudencia Argentina", 7-IV, 65, sostiene que el instituto expropiatorio debe limitarse a los bienes necesarios, concretamente limitados. CANASI, José, "La retrocesión en la expropiación pública", ed. Depalma, Bs. As., 1964.

apelables y obligan a todos los demás órganos de la administración.

La Asamblea Federal de Yugoslavia sancionó la nueva Constitución de la República Socialista Federativa el 31 de enero de 1974 y el Consejo de las Nacionalidades la proclamó el 21 de febrero del mismo año. Con ella culminó la ingeniería sociopolítica arbitrada por Josip Broz Tito. Sus 406 artículos nos dicen de la autogestión de los trabajadores, en virtud de la cual todos ellos deciden con otros en igualdad de condiciones sobre su trabajo, sobre sus propios intereses y sobre los colectivos y sobre la orientación del desarrollo social, ejercen el poder mediante el sufragio directo y secreto y desempeñan otras funciones sociales.

La Constitución yugoslava reconoce la propiedad privada sobre los objetos de consumo personal y para satisfacer necesidades, culturales, individuales y familiares, incluso la vivienda, pero sin derecho a inmuebles urbanos (art. 81). Admite el derecho al dominio rural hasta diez hectáreas por familia, que puede ser mayor en las regiones montañosas (art. 80).

El 7 de octubre de 1977 el Soviet Supremo de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas aprobó el texto que sustituye la Constitución de 1936. Reitera la propiedad social de los medios de producción en forma de propiedad del Estado, propiedad de los koljoses y de otras organizaciones cooperativas. Afirma que nadie tiene derecho a utilizar la propiedad socialista para lucro personal y otros fines egoístas (art. 10). Es propiedad exclusiva del Estado la tierra, el subsuelo, las aguas y los bosques, los medios básicos de producción, la construcción y la agricultura, el transporte y las comunicaciones, los bancos, los establecimientos comerciales, los servicios públicos y otras empresas organizadas por el Estado, el fondo inmobiliario fundamental de las ciudades, etc. (art. 11). La tierra de los koljoses les queda afectada a los mismos en usufructo gratuito.

La nueva Constitución soviética reconoce el derecho personal de los utensilios de menaje y uso cotidiano, los bienes de consumo y comodidad, la vivienda, los ahorros y la hacienda auxiliar. El

Estado los protege y reconoce el derecho a heredarios (art. 13). El salario debe abonarse de acuerdo con el principio "cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo". Y reconoce la función estimulante de los incentivos económicos (art. 16).

La Constitución de Italia dispone (art. 44) que "a fin de conseguir el racional disfrute del suelo y establecer equitativas relaciones sociales, la ley impone obligaciones y vínculos a la *propiedad rural privada*, fija límites a su extensión según las regiones y las zonas agrarias..." La propiedad puede ser expropiada por razones de *interés general*, previa indemnización.

Japón reconoce el derecho a tener y usar de la propiedad, que se declara inviolable. Puede ser tomada para *uso público* mediante justa compensación.

La India admite que todos los ciudadanos tienen derecho a adquirir, poseer y disponer de su propiedad y asegura que no pueden ser privados de ella sino en virtud de ley.

La Constitución de Bolivia (art. 17) garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al *interés colectivo*. La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando llene una *función social* calificada por ley y previa indemnización justa. Idem la de Formosa (art. 40) y Neuquén (art. 240) de la República Argentina.

La Asamblea Constituyente de Portugal sancionó la nueva Constitución que promulgó el Presidente de la República el 2 de abril de 1976. Declara que los derechos fundamentalmente serán interpretados de acuerdo con la Declaración Universal de la ONU (art. 16). Después de prohibir las organizaciones con ideología fascista (art. 46), instituye la propiedad colectiva de los principales medios de producción y la planificación del desarrollo económico (art. 50).

La organización económico-social de Portugal se asienta en el desarrollo de las relaciones de producción socialistas, mediante la propiedad colectiva de los principales medios de producción así como de los recursos naturales y el ejercicio del poder democrático de las clases trabajadoras (art. 80). Incumbe prioritariamente al Estado (casi todo, art. 81).

La ley podrá determinar que las expropiaciones de latifundios y de grandes propiedades y empresas o accionistas *no den lugar a ninguna indemnización* (art. 82).

El 31 de octubre de 1978 las Cortes aprobaron la Constitución española que obtuvo el 60% de adhesiones en el referéndum celebrado el 6/XII/78. El nuevo texto fundamental dispone que los derechos personales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (art. 10). Reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, cuyos contenidos quedan delimitados por su función social. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o *interés social*, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (art. 33).

El texto de la de Irlanda (art. 43) reza: "El Estado reconoce que el hombre, en virtud de su esencia racional, tiene *derecho natural*, anterior al derecho positivo, a la propiedad privada de los bienes exteriores. Consiguientemente, el Estado no dictará ninguna ley encaminada a abolir el derecho de propiedad privada o el derecho general de transferir, adquirir o heredar la propiedad. El Estado reconoce, sin embargo, que el ejercicio de los derechos mencionados en las anteriores disposiciones de este artículo debe, en la sociedad civil, estar regulado por los principios de la justicia social. Consiguientemente el Estado puede *cuando sea necesario* delimitar por ley el ejercicio de dichos derechos, a fin de conciliarlo con las exigencias de bien común".

La Constitución de Guatemala (art. 91) se define contra los latifundios. "La ley los califica y consignará las medidas necesarias para su desaparición. Los latifundios existentes, por ningún motivo podrán ensancharse y mientras se logra su redención en beneficio de la colectividad, serán *objeto de gravámenes* en la forma que determine la ley".

La de Haití (art. 15) obliga a cultivar, explotar y proteger el suelo contra la erosión.

La anterior Constitución chilena (art. 10) declaraba que "el ejercicio del dere-

cho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y en tal sentido podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

#### *La jurisprudencia argentina*

Recordaré algunos fallos que servirán para descubrir el criterio de los jueces argentinos sobre el tema.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "la propia naturaleza de la expropiación, por constituir una excepción al principio de la inviolabilidad de la propiedad, hace que su interpretación deba ser restrictiva"<sup>16</sup>.

La Cámara Federal de Tucumán sostuvo con acierto que "la expropiación como institución de derecho público está regida por principios propios, y no por los de la compraventa, figura exclusiva del derecho privado, pues mientras ésta es un contrato bilateral que tiene por objeto transmitir el dominio al comprador, la expropiación es un acto unilateral, acto de poder de la autoridad expropiante, por el cual ésta adquiere el bien declarado de utilidad pública sin el concurso de la voluntad del expropiado y sin otro presupuesto legal que el pago de la indemnización debida por el desapropio"<sup>17</sup>.

Sobre el particular, la Cámara Federal de Resistencia afirmó categóricamente que "es obligación del Estado indemnizar debidamente al expropiado, porque la expropiación, tal como está legislada en la Constitución Nacional, es un instituto para conciliar los intereses públicos con los privados de modo que, para mantener intangible el principio de la justa indemnización frente a la continua depreciación de la moneda, el valor del bien expropiado debe fijarse al día de la sentencia definitiva, supuesto en que se transfiere el dominio y que el pago si-

<sup>16</sup> C. S., 11-XII-36, en "La Ley" 5, 216.

<sup>17</sup> C. F. Tucumán, 27-IX-67, en "Jurisprudencia Argentina", T. 1968-I, sec. prov., p. 713.

gue a esa sentencia sin apreciable dilación”<sup>18</sup>.

El mismo tribunal sostuvo que “el fin de la expropiación es la transferencia al Estado de la propiedad de los particulares contra la voluntad de éstos; por lo tanto cuando el procedimiento de la misma ha llegado a su término, esto es, cuando el derecho de propiedad de los particulares ha cedido ante los grandes fines del Estado, el derecho común recobra todo su imperio para reglar, por una parte, los fines de la transferencia de la propiedad y su contenido y, por otra, las particularidades y naturaleza de la obligación constituida por el precio y la indemnización”<sup>19</sup>.

“La expropiación es, sin duda, una institución de derecho administrativo, pero la etapa última, tendiente a obtener ante los jueces la fijación del precio o valor de la cosa expropiada, cuando no existe acuerdo sobre él, presenta los caracteres de una causa civil”<sup>20</sup>.

El Superior Tribunal de Santa Fe afirmó que:

“En caso de duda la justicia debe estar a favor del expropiado por los respetos que se deben a la propiedad privada sometida a desapoderamiento”<sup>21</sup>.

La Cámara Federal de Rosario admitió que “la Constitución reconoce y garantiza el derecho de propiedad y preceptúa condiciones expresas para su extinción por la vía expropiatoria. Pero ese derecho no puede quedar librado a la arbitrariedad del Poder Legislativo, pues en el ordenamiento jurídico institu-

cional no existen atribuciones ni facultades ilimitadas”<sup>22</sup>.

La Cámara Nacional Federal, sala contencioso administrativo, dijo que la expropiación “... no puede tener carácter punitivo”<sup>23</sup>.

La Cámara Federal de la Capital declaró que “dentro de la economía de los contratos consagrados por el Código Civil, técnicamente la expropiación no importa una compraventa porque: a) es una transmisión de dominio determinada por causa de utilidad pública; b) prescinde del consentimiento del propietario; c) el propietario no se obliga a transferir sino que es desposeído aun contra su voluntad; d) tampoco es un contrato dentro de los términos del art. 1137 del Código citado”<sup>24</sup>.

#### Conclusión

La actual Constitución chilena volvió a poner las cosas en su sitio. Los mecanismos transcritos precedentemente y el control jurisdiccional de los actos administrativos evitarán que los habitantes del país hermano vuelvan a ser despojados y a sufrir las penurias que padecieron en tiempos de la engañosamente llamada Unidad Popular.

Termino con el juicio de Frías:

“Debemos recuperar la visión global de la complejidad según la cual las instituciones son inteligibles en la medida en que seamos capaces de analizarlas como un todo abarcativo, englobante e integrado”<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> C. F. Resistencia, 24-VIII-67, “Jurisprudencia Argentina”, T. 1968-VI, sec. síntesis prov., p. 763 (N102).

<sup>19</sup> C. S. 18-VI-37, “Jurisprudencia Argentina” 56, 708; y “La Ley” 9, 815.

<sup>20</sup> C. S., 3-X-38, “La Ley” 12, 181.

<sup>21</sup> ST Santa Fe, 13-V-52, “Juris” I, 495.

<sup>22</sup> C. Fed. Rosario, 4-VI-58, “La Ley” 94, 446.

<sup>23</sup> CN Fed. Contec. 26-V-60, “Jurisprudencia Argentina” 960-IV, 404.

<sup>24</sup> C. Fed. Capital 3-III-50 “La Ley” 58, 294.

<sup>25</sup> Frías, Pedro J., “Estado y Sociedad; nuevo trato”, “Anales”, Córdoba, 1986, p. 34.