

# LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EXPROPIACION

*Hugo Caldera D. \**

*Interrogantes que el tema sugiere:*

¿Se ha cumplido el propósito garantizador previsto en los diversos textos constitucionales, del modo en que creyeron amparar el derecho de propiedad los constituyentes chilenos hasta la entrada en vigencia del Acta Constitucional N° 3?

El Acta Constitucional N° 3 ¿garantiza efectivamente el derecho de propiedad?, o en caso de no ser así ¿ampara dicha Acta al citado derecho de mejor manera que el que resultó de la aplicación de los textos constitucionales precedentes?

## *1. Planteamiento del problema*

El propósito de nuestra ponencia no consiste, por cierto, en analizar los múltiples y variados aspectos derivados del análisis del derecho de propiedad ni tampoco las distintas clases de propiedad existentes, sino en demostrar que la protección que los diversos redactores de los textos fundamentales, que ha tenido nuestro país desde el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812<sup>1</sup>, hasta la Constitución de 1925, fracasaron, al menos parcialmente, en su propósito común de amparar, suficientemente, el derecho de propiedad de los particulares frente a los intentos provenientes del poder público dirigidos a privarlos de su dominio. En consecuencia, nuestra tesis consistirá en poner de manifiesto cómo resultó inadecuada la garantía del derecho de propiedad que dejó entregado en el legislador la calificación de la utilidad pública en las expropiaciones, sin permitir, al mismo tiempo, la intervención de los tribunales de justicia para conocer de las reclamaciones que se interpusieran en contra de los actos de expropiación estimados ilegales, especialmente, por ausencia de motivos legales.

En segundo término, examinaremos la forma en que el Acta Constitucional N° 3 y el decreto ley N° 2.186, de 1978, tutelan el derecho de propiedad frente a una institución jurídica que trasciende la esfera de las meras limitaciones del dominio, como acontece con la expropiación.

\* Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

## 2. *Perspectiva histórica*

Desde los inicios de nuestra gesta emancipadora, los redactores de los diversos ensayos constitucionales se preocuparon, casi sin excepciones<sup>2</sup>, de garantizar a los particulares en su derecho de propiedad. El reconocimiento de la seguridad en la posesión de sus propiedades va evolucionando, progresivamente, a partir del mero reconocimiento del derecho de dominio en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, Arts. 16 y 24, particularmente en el último de ellos, que dice: "A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades", para luego, en el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818<sup>3</sup>, Art. 9º, en el que al reconocimiento del derecho de propiedad se agrega la posibilidad de la privación del dominio por el Estado cuando "lo exija la defensa de la Patria" y aún en este caso "con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos". Es interesante destacar que el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818 no contempla el pago de indemnización alguna por la privación del dominio, sino que la norma constitucional constituye una garantía sólo en el sentido de que la eventual privación del dominio que pueda hacer el Estado, únicamente procederá "si lo exige la defensa de la Patria", y se hará en forma de rateo, es decir, a prorrata, en "proporción", a las facultades de cada individuo. Esta norma consagra una carga o contribución, pero, técnicamente, no una expropiación. En la Constitución Política de 1822<sup>4</sup>, Art. 221, se reconoce el derecho de propiedad y se indica que no se podrán decretar impuestos sino en condiciones excepcionales y sólo para "salvar con la Patria las vidas y el resto de la fortuna de cada uno". Esta norma solamente consideraba la obligación de concurrir a las cargas públicas, sin establecer una garantía específica del derecho de propiedad ni tampoco instituir la expropiación<sup>5</sup>.

En la Constitución de 1823<sup>6</sup>, Art. 117, se consagra el reconocimiento del derecho de propiedad y se contiene la garantía consistente en que sólo puede privarse de la propiedad únicamente por causa de "necesidad pública", calificada por el Senado de "notoriamente grave" y previo pago de indemnización. Este texto, sin lugar a dudas, representa un notable progreso sobre los anteriores desde diversos ángulos, en primer término, y aunque no lo dice textualmente, la expropiación (que aquí aparece por primera vez del modo en que se le concibe modernamente), debe ser pronunciada por una ley, esto es, por el legislador —"calificada por el Senado"—, además, la expropiación sólo procede por causa de necesidad pública notoriamente grave. Merece destacarse la extrema agudeza conceptual puesta de manifiesto por el constituyente al hablar en el año 1823 de "necesidad pública", expresión que envuelve con la mayor precisión y rigor técnico al interés general o al bien común, y que constituye el pilar

sobre el cual se elaboró la teoría del servicio público, que fue hasta no hace mucho el objeto principalísimo, si no el único, del estudio del Derecho Administrativo, al punto tal que eminentes ius publicistas posteriores<sup>7</sup> explicaron el Derecho Administrativo y aún definieron al Estado a través del prisma de la noción de servicio público, la que, a su vez, descansa, esencialmente, sobre el concepto de "necesidad pública". Además, la garantía contemplada por la Carta de 1823 se ve, perspicazmente, reforzada al exigir que la necesidad pública que debía concurrir en la expropiación tuviera la característica de ser "notoriamente grave", esto es, ostensiblemente grave. La norma completa la garantía del derecho de propiedad al exigir el pago al expropiado de una indemnización previa. El calificativo "previa" no puede sino significar que la indemnización debía preceder a la privación material del dominio y a la toma de posesión del bien expropiado por el expropiante.

La Constitución Política de 1828<sup>8</sup>, Art. 17, marca una importante diferencia si se le compara con la de 1823. Desde luego, ella expresa que nadie puede ser privado de sus bienes o del derecho a ellos o sobre ellos sino por sentencia judicial. En relación con esta última parte de la disposición señalada debemos decir algo que ya ha sido sostenido anteriormente, pero cuya reiteración no nos parece redundante, sino, muy por el contrario, conveniente, y es la parte de la disposición que indica que la privación del dominio sólo puede fundamentarse en una sentencia judicial. En efecto, la norma referida al cometer a los tribunales de justicia la dictación de las resoluciones acerca de la posesión o de la inexistencia del derecho de dominio por parte de los particulares, en un caso concreto sometido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, no hace sino reafirmar el respeto del derecho de propiedad, desde el momento en que exclusiva y excluyentemente se radica en los citados órganos estatales la determinación del derecho, por aplicación de las normas positivas, en una situación controvertida y sometida a su decisión. Será al juez ordinario a quien corresponderá dilucidar el interrogante llevado a su resolución, sea que determine que corresponde a B el dominio de los bienes que posee A, o que resuelva que la posesión de los bienes disputados que tiene X coincide con el derecho de éste sobre los bienes que actualmente posee y que otro le disputa. El Art. 17, de la Constitución Política de 1828, al considerar la hipótesis consistente en que alguien pueda ser privado de la propiedad a que tiene legítimo derecho en virtud de sentencia judicial, también no hace sino reconocer el derecho de propiedad, puesto que sobre la base de la existencia del citado derecho se hace posible el ejercicio del derecho de prenda general del acreedor sobre los bienes del deudor.

La segunda parte del Art. 24 consagra la expropiación, eso sí que garantizando la propiedad particular en forma menos categórica o efectiva

que la norma prevista por el texto de 1823. En efecto, la segunda parte del Art. mencionado dice: "Cuando el servicio público exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, e indemnizado de los perjuicios en caso de retenérsele". En el texto de 1828, el constituyente institucionaliza la causa o motivo "necesidad pública", considerada en la Carta de 1823, en el órgano administrativo "servicio público", puesto que éste es inconcebible sin la existencia de aquella, y omite conservar el requisito consistente en que la naturaleza de la exigencia del servicio público sea "notoriamente grave", seguramente porque presume la concurrencia de dicha circunstancia en la exigencia del servicio público y dispone la proporcionalidad de la indemnización con el valor del bien expropiado, al indicar que la persona a quien se priva del bien sea "justamente pagado de su valor". También la Constitución Política de 1828, omite expresar que el pago de la indemnización deba ser previo a la toma de posesión material, como prescribía el texto de 1823.

La Constitución Política de 1833<sup>9</sup>, en el Art. 12, N<sup>o</sup> 5, consagra el reconocimiento del derecho de propiedad tanto de los particulares como de las comunidades; esta última expresión está referida a las comunidades religiosas, y dice que unos y otras no podrán ser privados de su dominio sino por sentencia judicial o por utilidad del Estado, calificada por una ley, previa indemnización que se ajustará con el dueño o que será avaluada por hombres buenos, esto es, por peritos. La disposición indicada considera que la expropiación procede por "utilidad del Estado", causa que aparece como específica ante el motivo, por cierto más extenso, más genérico, contenido en la Constitución Política de 1828 que hablaba de "servicio público", y que la Constitución Política de 1823, la cual, en forma aún más explícita que la anterior, se refería a la "necesidad pública". Hacemos notar que la utilidad del Estado está referida a la conveniencia o necesidad de los órganos integrantes del Estado (resulta oportuno destacar la similitud o, mejor dicho, la identidad existente entre el motivo o la causa consagrada en la Carta de 1833 con la norma contenida en la letra b); Art. 42, del D.L. N<sup>o</sup> 1.280, de 1976 ("Orgánica de las Municipalidades"), lo que significa que la expropiación sólo procede realizarla para transferir el dominio del bien expropiado a un órgano estatal, directa y únicamente, en circunstancias que la "necesidad pública" permite efectuar el traspaso del dominio del objeto de la expropiación tanto a un órgano público (sea que el ente integre la estructura administrativa fiscal, sea que corresponda a un ente personificado, funcional o territorial), o a una persona privada, sea que ella tenga naturaleza natural o jurídica, a condición de que con ello se favorezca al interés general.

Con la Constitución Política de 1833, por primera vez, en la historia constitucional chilena, se contempla que la calificación de la utilidad del Estado, esto es, el motivo de la expropiación, deba ser pronunciado por

una ley, literalmente. En los textos anteriores se infería el citado requisito, como por ejemplo en el artículo 23 de la Constitución Política de 1823, de acuerdo con el cual la necesidad pública debía ser calificada por el Senado, o en la Constitución Política de 1828, en la que no se indicaba, expresamente, por quién y cómo debía hacerse dicha calificación. En cuanto a la indemnización, la Constitución Política de 1833 solamente indicaba que debía ser pagada en forma previa, pero eliminaba o, en todo caso, silenciaba, la condición consistente en que ella debía ser equitativa, como lo ordenaba la Constitución Política de 1828, al decir que el expropiado sería "justamente pagado de su valor". En la Constitución Política de 1833 el monto de la indemnización quedaba entregado al acuerdo de voluntades entre expropiante y expropiado o, en defecto de acuerdo, a la estimación de peritos, de hombres buenos. La citada Carta planteó la duda acerca de la naturaleza de la ley llamada a calificar la utilidad del Estado, en el sentido de que dicha norma tenía que ser especial o, por el contrario, si ella podía contenerse en una de tipo general. Al respecto, para ilustrar el debate suscitado y las posiciones divergentes sostenidas por los partidarios de una o de otra de las soluciones propuestas, reproduciremos un párrafo de una obra de don Jorge Huneeus<sup>10</sup>, que dice: "En sesión de la Cámara de Diputados, de 10 de septiembre de 1864, el señor don Antonio Varas, al discutirse el artículo 2º del Proyecto de Ley sobre enajenación de terrenos de indígenas, sostuvo que la expropiación general que él contenía no era constitucional. El señor Amunátegui (don Luis) defendió la opinión contraria en sesión del 13 del mismo mes y año, manifestando que las declaraciones de utilidad pública genérica o colectivas son constitucionales, existiendo de ello numerosos ejemplos en nuestras leyes. La misma tesis sostuvo otra vez el señor Amunátegui, en sesión de la Cámara de Diputados, de 6 de julio de 1865.

"La práctica constante de nuestros Congresos guarda conformidad con la opinión emitida por el señor Amunátegui. Ello es evidente; pero no nos prueba que así se satisfaga debidamente el objeto que la Constitución ha tenido en vista al asegurar la inviolabilidad de las propiedades. Si no se quiere correr el riesgo de que la garantía constitucional se convierta en una vana ilusión, mediante la condescendencia del Congreso en dictar leyes genéricas de expropiación que hagan depender de decretos del Ejecutivo una calificación de utilidad que no corresponde a éste, es menester entonces admitir que la expropiación no debe verificarse sino calificándose su utilidad por una ley especial en cada caso particular. El señor don Luis Aldunate sostuvo, en sesión del Senado de 13 de julio de 1887, la opinión de que la Ley debe declarar la utilidad pública de la obra, no de la finca o propiedad.

"Esta teoría, que es la nuestra, fue la que nos indujo a negar nuestro voto al Proyecto de Ley sobre transformación de Santiago, que la Cámara

de Diputados aprobó en sesión de 10 de noviembre de 1873. Aun cuando reconocemos que no ha prevalecido en la práctica, creemos que toda duda en materia de garantías individuales, debe resolverse en el sentido de hacerlas tan amplias como sea posible”.

La Constitución Política de 1925, Art. 10, incisos 1º y 2º, consagró “La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna”. Sin lugar a dudas, este reconocimiento es más amplio que el contenido en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, el cual, siendo extenso, aparece referido sólo respecto de las personas naturales; también la garantía contenida en la Constitución Política de 1925 es más amplia que la norma inserta en el Proyecto de Constitución Provisoria de 1818, en la cual la garantía se circunscribe al individuo, con relación al cual prescribe que no debe hacerse víctima de “tropelías e insultos”; asimismo, también es más abierta que la garantía establecida en la Constitución Política de 1822 que asegura dicho derecho “a todo ciudadano”, expresión que estimamos, indubitablemente, no fue tomada en su sentido técnico-jurídico, lo que habría resultado restrictivo y contrario a la equidad; igualmente, la Constitución Política de 1925 consagra la referida garantía en forma más abierta que la que se contiene en la Ley Fundamental de 1823, en la que aparece referida sólo a las personas naturales, siguiendo el molde de la Constitución Política de 1822, al decir que “a ninguno puede privársele...”; lo mismo acontece en relación con la Constitución Política de 1828, la cual, siguiendo casi en los mismos términos la fórmula empleada por la Constitución Política de 1822, expresa que “ningún ciudadano podrá ser privado...”; y, por cierto, la Constitución Política de 1925, es también más explícita que la Constitución Política de 1833, la cual indica que “nadie puede ser privado...”. La garantía contemplada en el inciso 1º de la Constitución Política de 1925 comprende a todos los poseedores o dueños de propiedades, sean ellos personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, ciudadanos o simples individuos. El inciso 2º expresaba: “Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente”. Subráyaremos la incorporación en el citado texto de la disposición que indica, que la determinación del monto de la indemnización tendrá lugar en el “juicio correspondiente”, a falta de acuerdo entre las partes.

Es sabido que el Nº 10, del Art. 10, fue objeto de sucesivas modificaciones, las que culminaron con la dictación de las leyes Nºs. 16.615 y 17.450, de 20-1-1967, y de 16-7-1971, respectivamente. Las modificaciones introducidas en esta materia dejaron redactado el inciso 7º, del Art. 10, norma que nos interesa especialmente en la ponencia de la siguiente

manera: "Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización, cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado". Es necesario destacar que la Constitución Política estableció, finalmente, que la expropiación podría ser autorizada por ley general o especial (ver nota 10), y que además del motivo de la utilidad pública, contenido en el texto primitivo, se le agregó la causa —que es el motivo en la teoría del acto administrativo— del "interés social". El interés social hay que reclacionarlo con la función social de la propiedad, que, de acuerdo con lo indicado en el inciso 2º, del Nº 10, del Art. 10, "comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes".

### 3. *Leyes de expropiación por causa de utilidad del Estado de 14.8.1838 y de 18.6.1857*

3.1. La primera de las leyes indicadas establece un procedimiento general de expropiación en conformidad con lo dispuesto en el Nº 5º, del Art. 12, de la Constitución Política de 1833 y lleva las firmas de don Joaquín Prieto Vidal y del Ministro Sr. Mariano de Egaña. En el Art. 1º, establece que la expropiación sólo podrá llevarse a efecto "por decreto judicial". De acuerdo con esta disposición la Administración tenía que solicitar al juez de mayor cuantía que decretara que la expropiación en aplicación de la resolución legislativa autorizatoria, la cual debía elaborarse por el Congreso cumpliendo "con los mismos requisitos y solemnidades que para la formación de las leyes". No habiendo mediado acuerdo entre los interesados, la Administración y el expropiado, sobre el valor de la especie, se solicitaba la respectiva tasación judicial del bien objeto de la expropiación (Art. 2º). Para ello, cada parte designaba un tasador, y un tercero en discordia (Art. 3º). Si las partes no convenían en el nombramiento de este último, la designación era efectuada de oficio por el juez, quien debía nombrar un perito de "notoria fuerza de reputación" (Art. 4º). El nombramiento que tocaba efectuar al juez excluía a determinadas personas, "salvo que las partes convinieren en él" (Art. 4º, in-

ciso final). Declarado que fuera el monto de la indemnización, el juez ordenará que éste se pague enteramente por el "comprador", sin lo cual no ordenará la toma de posesión material del bien, salvo consentimiento expreso del propietario (Art. 5º).

3.1.1. Es conveniente destacar que en la época de la dictación de la ley del 14.8.1838, el legislador carecía de una noción precisa acerca de la naturaleza jurídica de la expropiación en cuanto institución de derecho público; por ello la asimila al modelo más próximo como era la compraventa, en su versión de contrato celebrado de manera forzada o impuesta. Esta observación que, desde luego, no importa una crítica, sino que obedece a la intención de mostrar el estado larval, aunque cronológicamente próximo, en que se encontraba el desarrollo de una disciplina jurídica que llegaría a regirse por principios propios a la vez que originales, diferentes de los del derecho común, y que, sin embargo, llegaría a constituirse, en nuestra época, en el derecho común del poder público<sup>11</sup>.

3.2. La ley de 18.6.1857, que lleva las firmas del Presidente don Manuel Montt Torres y del Ministro Sr. Waldo Silva, estableció un procedimiento especial para las expropiaciones de terrenos necesarios "para el uso, tránsito y construcciones de un ferrocarril", en que una ley haya declarado su ocupación de utilidad pública. La declaración de expropiación, así autorizada, debía "denunciarse", esto es, solicitarse al Intendente dentro de cuyo territorio se encontraren situados los terrenos, autoridad a quien competía pronunciar la expropiación (Art. 1º). El Intendente, así requerido, debía designar tres peritos —hombres buenos—, vecinos del lugar en que se encontraban situados los terrenos sobre los cuales recaería la expropiación, quienes estarían encargados de efectuar la respectiva tasación. En caso de haber divergencia de criterios en lo que atañe al monto de la indemnización, ésta se obtenía sobre la base del promedio resultante de las estimaciones parciales, y de este modo se determinaba su valor (Art. 2º). El valor de la indemnización se entregaba directamente al expropiado o, en caso de rehusarse éste a recibirla, se consignaba a su nombre, hecho lo cual el Intendente autorizaba la toma de posesión material del terreno por la Empresa o por su representante<sup>12</sup>. El acto expropiatorio no era susceptible de suspensión; al efecto, la ley dice que no se suspendería "por ningún recurso" que se interpusiera en su contra (Art. 3º). Sin embargo, el expropiado disponía de un recurso ante el juez únicamente para reclamar del monto de la indemnización. Interpuesto el recurso el juez ordenaba a las partes la designación de peritos, a razón de uno por parte, correspondiendo al magistrado judicial la designación del tercero en discordia. El juicio se sustentaba de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley de Expropiaciones de 14.8.1838. Si el expropiado no interponía el recurso dentro del término fatal

de veinte días, la tasación, que había ordenado llevar a cabo el Intendente tenía fuerza de "cosa decidida", en consecuencia, ella quedaba como definitiva, y el recurso se entendía irremisiblemente prescrito (Arts. 3º y 4º). Si los tasadores, nombrados en cumplimiento de lo ordenado por el juez, hubieren presentado el "justiprecio" y la Empresa hubiere pagado su valor al expropiado o, ante la negativa a recibirlo por parte de éste, lo hubiere consignado, se autorizaría la toma de posesión material de los terrenos, sin perjuicio de proseguir la tramitación del juicio. Las apelaciones y recursos, en general, se concedían en el sólo efecto devolutivo (Art. 5º). La existencia de juicios pendientes sobre el bien de cuya expropiación se trata no obsta a la sustanciación del procedimiento señalado en esta ley (Art. 6º) <sup>13</sup>.

#### 4. *Desarrollo del primero de los interrogantes formulados*

Como ha quedado establecido en el punto segundo "Perspectiva histórica", luego de la evolución constitucional experimentada por la garantía del derecho de propiedad y de la interpretación de que fue objeto la norma contenida en el N° 5º, del Art. 12, de la Constitución Política de 1833 (ver nota 10), la Constitución Política de 1925, Art. 10, N° 10, inciso 7º, relacionando la garantía del citado derecho con la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, expresa que la declaración del motivo de la expropiación y, lógicamente, la autorización de ésta, quedaba entregada a la ley, norma que podía ser general o especial. Al confiar directamente al legislador la autorización de la expropiación el constituyente ha creído amparar, suficientemente, el derecho de propiedad privada, sobre cuya base no solamente se hace posible la prosperidad nacional, sino que, además, es fundamento insustituible de la libertad individual. Para comprobar si el propósito señalado se ha cumplido en el grado esperado, intentaremos analizar de qué manera una ley general o especial de expropiación, dictada por los motivos de interés social o de utilidad pública, constituye o no suficiente amparo del derecho de propiedad privada, frente a una Administración altamente intervencionista, que se autocalifica de social o de servicio y que, además, se reconoce llamada a una cruzada trascendente de conformación de la sociedad y del individuo; fenómeno que, en mayor o en menor grado, es común a la generalidad de los países con un cierto grado de adelanto, actitud que, sorprendentemente, trasciende las posiciones ideológicas existentes.

#### 4.1. *Naturaleza de las leyes que autorizan a expropiar*

##### 4.1.1. *Ley general*

Se considera que la ley autorizatoria es general cuando ella faculta a un órgano de la Administración para decretar las expropiaciones que estime necesarias para el cumplimiento de su cometido específico, esto es, de la tarea esencial que la ley ha confiado a un ente administrativo y para cuya consecución le ha otorgado competencia (AC Nº 2, Art. 6º y CP de 1925, Arts. 44, Nº 5 y 45, inc. 2º). La generalidad de la ley, en este caso, estaría referida al otorgamiento de una autorización permanente e indeterminada para expropiar en virtud de ella, potestad que pasa a integrar la competencia o atribuciones propias y permanentes del ente administrativo a quien ella beneficia. En relación con este problema demostraremos que no es al legislador a quien, técnicamente, correspondería calificar la utilidad pública o el interés social comprendidos en cada expropiación, específicamente considerada, ya que ello sería, lógicamente, imposible en consideración al carácter permanente e indeterminado que conlleva la atribución conferida a la Administración por la ley general. En este caso, la ley, al otorgar una autorización en blanco, viene a presumir que en las futuras expropiaciones que la Administración decreta estará comprendida la utilidad pública o el interés social que exige la Constitución. En el hecho, la ley general delega en la Administración la calificación jurídica que, por mandato constitucional, sólo corresponde efectuar, en forma directa e inmediata, al legislador. Encontramos un ejemplo de este tipo de autorizaciones en blanco o delegaciones abiertas en el D.L. Nº 1.289/76 sobre "Ley Orgánica de Municipalidades", en el Art. 42, letra b) que dice: "Las Municipalidades estarán facultadas para adquirir bienes raíces por expropiación, para los efectos de dar cumplimiento a las normas del Plan Regulador y de los fines que les corresponden". Por el contrario, quien califica jurídicamente, en cada caso concreto, los motivos, es decir, la utilidad pública o el interés general, por la fuerza de las cosas, es la Administración. Dicha calificación del motivo se contiene en cada acto administrativo que decreta o resuelve acerca de una expropiación. En necesario tener en cuenta que los conceptos de utilidad pública o de interés social constituyen categorías abstractas, de muy difícil precisión si ellas no están referidas a antecedentes concretos y específicos con los cuales deben confrontarse. Ambos conceptos, en sí mismos, no son suficientemente explícitos, aisladamente considerados, para la adopción de resoluciones sobre su sola base, si, previamente, no se dispone de una serie de datos establecidos con la mayor precisión y extraídos directamente de la realidad, entre los que, necesariamente, debe considerarse el ataque al interés privado que causará la expropiación, circunstancias

de cuyo examen, particularizado, pueden aparecer nuevas modalidades de actuación, de acuerdo con las cuales se pueda alcanzar con mayor economía, eficiencia y con menor daño los objetivos de interés público perseguidos; también pueden revelarse otras fórmulas que ahorren sacrificios, tanto cuantitativos como cualitativos, al interés privado y que atenúen o que hagan incluso desaparecer la natural resistencia que la privación del dominio ocasiona en los individuos. No hay que obnubilarse pensando, prejuiciosamente, que el interés general y el interés privado, dentro de una colectividad, tengan que ser, necesariamente, antagónicos, y tomar conciencia de que uno y otro son igualmente respetables y merecedores de atención y de cuidado, y que, muchas veces, ambos intereses, debidamente armonizados y sopesados, pueden lograr, de mejor manera, un objetivo aún más amplio que el que pudiera alcanzar cada uno de ellos por separado, cual sería el logro del bien común en más alto grado. Es efectivo que el texto constitucional toma en consideración, para la dictación de la ley expropiatoria, los intereses de la colectividad —tomada esta expresión en el sentido de interés general— y los intereses de los expropiados, pero ello lo hace solamente en lo que atañe al monto de la indemnización y a sus condiciones de pago.

Es necesario tomar en consideración que el interés general perseguido con una expropiación no constituye un objetivo o una meta cuya consecución haya de obtenerse dentro de un universo vacío de contenido y de derechos, esto es, en una especie de tierra de nadie; muy por el contrario, normalmente dicha finalidad debe obtenerse, forzosamente, a costa del sacrificio de intereses tan legítimos como aquél, por ello es que la existencia del interés general concurrente en cada acto expropiatorio no puede presumirse, sin que con dicha conjetura se incurra en perjuicio y, consiguientemente, en arbitrariedad.

#### 4.1.2. *Ley especial*

Por ley especial que autoriza una expropiación debemos entender a aquella que faculta extraordinariamente a un órgano administrativo para expropiar con el propósito de materializar un determinado proyecto o de alcanzar un objetivo concreto específico. La especialidad de la ley, en este caso, se refiere al otorgamiento de atribuciones transitorias, con las que, temporalmente, se viene a ensanchar la competencia de un órgano, pero dicho ensanchamiento es transitorio y no permanente, como, por el contrario, acontece con las leyes expropiatorias del tipo general. Aun cuando la expropiación o expropiaciones se decreten sobre la base de una ley especial, es la Administración quien califica, en cada acto expropiatorio, los motivos o circunstancias específicos y no el legislador, como parece desprenderse del precepto constitucional. La apreciación del in-

terés general y social, involucrado en cada acto administrativo expropiatorio, queda entregado a la apreciación discrecional de la Administración, puesto que es a ella a quien, naturalmente, corresponderá determinar los múltiples y variados factores y elementos comprendidos en el proyecto que piensa llevar a cabo sobre el bien expropiado. En relación con este tipo de ley y con la ley general, cobra plena actualidad el alcance formulado por el señor Luis Aldunate, en la sesión del Senado de 13 de julio de 1887, al decir que la ley debe declarar la utilidad pública de la obra, no de la finca o propiedad. Y esto es lo que hace, precisamente, la ley, puesto que la calificación que afecta a los bienes expropiados y a las demás circunstancias concurrentes, de hecho, pertenece a la Administración, es decir, que la Administración resuelve sobre ellas en forma, inquestionablemente, discrecional.

En cualquier caso, para establecer la legalidad de una expropiación es preciso condicionarla a que el interés general resultante no sea inferior en importancia que el ataque a la propiedad privada que aquél implica. Además de la consideración concreta de ambos intereses, igualmente legítimos, para poder admitir como suficiente el interés general invocado hay que entrar a considerar si este último no resulta desmedido frente a los inconvenientes de orden social que pueda causar. Al mismo tiempo, es necesario tomar en cuenta el costo financiero del proyecto que se trata de efectuar sobre el bien expropiado y examinar si dicho costo no resultará excesivo frente al interés o utilidad que se extraerá con la expropiación y el proyecto específico. Esta última consideración no es, por cierto, ajena al interés público, en atención a que las economías que se introduzcan en el gasto público siempre redundarán en beneficio de la colectividad, sea que la parte economizada se destine a otros fines de interés público o que, simplemente, se traduzca en un ahorro de sacrificios tributarios para los administrados <sup>14</sup>.

#### 4.1.3. *Ley específica* <sup>15</sup>

Entendemos por ley específica a aquella que, junto con autorizar una expropiación —sea que ella afecte a uno o más predios—, individualiza el bien o bienes sobre los cuales va a recaer el acto expropiatorio. Para que pueda darse este tipo de ley se requiere que ella determine, concretamente, el objeto preciso de la expropiación como, asimismo, el fin específico de interés general que se pretende alcanzar con la expropiación. Esta sería la única hipótesis en la cual se cumpliría, cabalmente, el propósito garantizador establecido por el constituyente, pero la plenitud de la observancia de la citada garantía es, de todos modos, sólo parcial de acuerdo con las consideraciones expuestas por nosotros, en el número precedente, en relación con el control de la legalidad de la expropiación.

5. *Crítica de la garantía contenida en el inciso 7º, del Nº 10, de la Constitución Política de 1925*

Al consagrarse en la Constitución Política de 1925, y sus reformas posteriores, el derecho de los particulares a no verse expuestos a la privación de su propiedad o del derecho que a ella tuvieren, en razón de la expropiación, sino en virtud de una ley general o especial motivada en razones superiores de utilidad pública o de interés social, se quiso asegurarlos o garantizarlos frente a posibles privaciones de su dominio por parte del poder público, en la especie, de la Administración, dotándolos de una protección que se pretendió constituía suficiente garantía de sus derechos.

Consecuente con el citado planteamiento, el constituyente dejó reservado al dominio de la ley la calificación del motivo de interés público que haría posible la expropiación, excluyendo, consiguientemente, aunque, de modo tácito, la intervención directa de la Administración en la calificación jurídica de los motivos, utilidad pública o interés social, que permiten, legítimamente, al poder público privar a los particulares de su dominio, dándoles una indemnización.

La solución dada a este problema por el constituyente habría resultado acertada si a ello se hubiere agregado un factor importantísimo, cuya omisión ha conspirado en contra de su intención garantizadora. Dicho factor consiste en tomar conciencia de que el punto en que se tocan o entran en contacto las potestades o poderes del Estado con los derechos de los administrados no es nunca en torno de la ley, sino de la Administración, a través de cuyas actuaciones, particularmente de las que producen consecuencias jurídicas, convergen, con direcciones contrapuestas, la prerrogativa exorbitante de poder público y el derecho subjetivo o, en todo caso, el interés legítimo, es decir, el interés de los particulares que, a pesar de no llegar a configurar un derecho subjetivo, es, sin embargo, tutelado, amparado por el derecho, por las garantías constitucionales. La citada actividad jurídica se expresa, mayoritariamente, por medio de los actos administrativos, en los cuales los trazos dominantes están representados por la unilateralidad y la ejecutoriedad<sup>16</sup> y que, salvo texto legal expreso, no pueden suspenderse en su ejecución ni aún en los casos en que la ley confiere recursos para impugnarlos ante una jurisdicción.

Lo anterior no significa, en modo alguno, descartar la garantía de respeto a los derechos de los particulares que representa el principio de la legalidad administrativa, pieza fundamental de un Estado de Derecho, sino que quiere decir que la sola sujeción al principio de la legalidad, tanto como marco que como condición, resulta insuficiente como garantía contra la posible arbitrariedad, sin que el ejercicio de las competen-

cias administrativas, regladas o discrecionales, pero en todo caso encuadradas en la ley, vayan aparejadas de un amplio control por parte de un juez independiente de la Administración, dotado de poderes suficientes para anular los actos ilegales, o con vicios de juridicidad y para condenar al Estado a indemnizar los perjuicios que haya causado, fuera de los límites razonables representados por la exigencia de concurrir a sufragar las cargas públicas, tal como lo ordena el N° 9, del Art. 10, de la Constitución Política de 1925.

El texto de la norma constitucional impide al juez toda intervención en cuanto a la verificación del interés general o de la utilidad pública invocado en el acto administrativo expropiatorio, en consideración a que formalmente la calificación del motivo de la expropiación corresponde al legislador, por imperativo constitucional, y el juez ejerce sus atribuciones con sujeción a lo dispuesto en la ley. Esta consideración del valor axiológico de las normas y de la sumisión que tanto la Administración como los Tribunales de Justicia deben adoptar con relación a la ley, ha inhibido al juez para entrar a controlar, en cada acto expropiatorio, si todos los factores, elementos y circunstancias que concurren en cada expropiación se conforman o no con el principio de la legalidad, con la equidad y si además la expropiación decretada por la Administración concilia o contrapone el interés público con el privado. Cierto es que la Administración y la Jurisdicción son simples ejecutoras de la ley, pero esta última lo es aún en mayor grado que aquélla, debido a que la actuación administrativa se desarrolla dentro de un marco mucho más discrecional que aquel en que lo hace la jurisdicción.

Lo que hemos sostenido en torno a la indefensión del expropiado por la imposibilidad en que éste se encuentra de hallar un juez competente que lo ampare en su derecho ante una expropiación que, integralmente, no se conforma con el principio de la legalidad administrativa (AC N° 2, Art. 6° y CP de 1925, Art. 4°), se confirma por la mera consulta del texto constitucional que, expresamente, dice: "La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho...". Como puede apreciarse de la norma transcrita, es la propia constitución quien limita, categóricamente, la intervención de los tribunales en la expropiación; consecuentemente, ellos, los jueces, no pueden entrar a conocer sino de las divergencias relativas a la determinación del monto de la indemnización, siéndoles imposible conocer de las reclamaciones que pudiesen interponer los expropiados y que se refieran a aspectos del acto administrativo expropiatorio distintos de la indemnización.

Se nos podría contraargumentar recordándonos que en nuestro derecho existe un control jurídico preventivo de constitucionalidad y legalidad, en realidad él es más amplio, dado que se trata de un control de juridicidad, sobre los decretos supremos y las resoluciones de los Jefes de Servicios, examen de que está encargado un órgano fiscalizador de rango constitucional, independiente del poder Ejecutivo, y que las expropiaciones deben, necesariamente, dictarse por decreto supremo o resolución, según sea el órgano administrativo autorizado por la ley para expropiar. Sin desconocer la importancia y la efectividad del contralor preventivo de juridicidad sobre los actos administrativos, que constituye una peculiaridad de nuestro sistema chileno de fiscalización, no hay que dejar de considerar que él resulta insuficiente como garantía bastante para los expropiados, dado que la Contraloría General de la República es un órgano administrativo y no una jurisdicción, excepto en cuanto Tribunal de Cuentas<sup>17</sup>, y que por lo tanto no puede entrar a conocer de contiendas entre partes, por aplicación del mismo principio de legalidad que vincula a la Jurisdicción, esto es, a los Tribunales de Justicia, y a la Administración, de la cual, por cierto, la Contraloría General de la República forma parte, aun cuando ella sea "independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado" (Ley N° 10.336/64, Art. 1° y CP de 1925, Art. 21, inc. 2°).

#### 6. *Consideración de la garantía del derecho de propiedad en relación con la expropiación en el Acta Constitucional Tercera*

En respuesta al interrogante formulado en la parte inicial de nuestra ponencia, intentaremos dilucidar cuál es, en la actualidad, la situación del expropiado en el AC N° 3, clarificación que nos permitirá conocer si éstos se encuentran más amparados en sus derechos que la forma en que lo estaban durante la vigencia de la CP de 1925 o si, por el contrario, su protección ha disminuido en el presente o si, incluso, la garantía de que disfrutaban se ha mantenido inalterable, esto es, no ha mejorado pero tampoco ha disminuido.

##### 6.1. *Análisis de la garantía contenida en el N° 16, del Art. 1°, del Acta Constitucional Tercera*

El inciso tercero, del número dieciséis, del AC Tercera, ha modificado sustancialmente la disposición contenida en la norma del inciso 7°, del N° 10, del Art. 10°, de la CP de 1925; sin perjuicio de lo que acabamos de afirmar, la diferencia más relevante creemos que se encuentra en la frase siguiente: "El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios". En efecto, de todas las modificaciones de que fue objeto el derecho de propiedad, la más significa-

tiva de todas, por constituir una efectiva y real protección del particular expuesto a la privación de su dominio por efectos de un acto administrativo ilegal, pero, no obstante, inimpugnable durante la vigencia de las Cartas Fundamentales precedentes, inclusive la de 1925, es la que le confiere un recurso jurisdiccional para reclamar en contra del atropello de la "legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios". Al respecto, nos vemos en la necesidad de precisar que la legalidad del acto administrativo expropiatorio no se reduce, en modo alguno, a su simple o exclusiva conformidad formal con la ley que autoriza a la Administración a dinamizar o a poner en movimiento la competencia contenida en la ley expropiatoria, general, especial o específica, sino que además dicho acto debe también respetar otros aspectos o elementos mucho más sutiles y difíciles de controlar por medio de un somero y formal examen de legalidad, requiriéndose, copulativamente, que la fiscalización sea extendida a aspectos materiales o de fondo y, ciertamente, proyectándose el citado control hacia una zona poco investigada por los órganos de control y que suele conocerse bajo los conceptos de la "oportunidad" o la "discrecionalidad" de la Administración, pero que, en nuestra opinión, no constituye una excepción de la sujeción obligada al principio de la legalidad (AC Nº 2, Art. 6º, en relación con el AC Nº 3, Art. 7º). Los factores sustanciales, a que hemos hecho alusión, son aún más trascendentes que los meramente formales (sin que con esto pretendamos, en modo alguno, restar importancia a los requisitos de forma, que también constituyen una garantía para el administrado) y que tienen una importancia tanto o más significativa que la de los últimos, sin que podamos dejar de considerar la mayor gravedad que importa la infracción de aquéllos, en consideración a la dificultad de su constatación. Este examen de la legalidad "integral" del acto expropiatorio sólo puede ser realizado, adecuadamente, por un juez, dotado de perspicacia y de conocimiento suficiente del derecho administrativo y de la "vida administrativa", es decir, de los requerimientos con que la vida moderna compele a la Administración y a las necesidades y modalidades de acción de esta última.

Coincidimos con el criterio sustentado por los juristas ingleses, quienes, con claro sentido pragmático, siempre han desconfiado de las declaraciones de derechos y de garantías individuales, efectuadas con mayor o menor solemnidad y resonancia, demostrando, en cambio, con buen criterio su mayor fe en la existencia de efectivos recursos judiciales, *remedys*, en favor de los administrados, que en la dictación de estatutos constitucionales de garantías formales, pero casi siempre un tanto líricas, al modelo continental europeo y, naturalmente, de los imitadores de éstos <sup>18</sup>.

Al conocer del recurso contencioso-administrativo, contemplado en la disposición anteriormente citada, el juez no solamente puede declarar la

nulidad del acto administrativo expropiatorio írrito, sino que puede, además, condenar al Fisco o a la persona administrativa, según sea la naturaleza del expropiante, a indemnizar los perjuicios causados con el acto arbitrario.

## 6.2. *Otras garantías comprendidas en el N° 16, del Art. 1º, del Acta Constitucional Tercera*

La seguridad del derecho de propiedad recae "sobre toda clase de bienes corporales e incorporales" (inc. 1º, N° 16, Art. 1º). Únicamente la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella; en efecto, el adverbio "sólo" encabeza la disposición indicada (inc. 2º, del N° 16, del Art. 1º). El mismo inciso 2º complementa el contenido de la función social de la propiedad, tal como dicha función había sido definida por la CP de 1925, al agregar al contenido de dicha función "cuanto exija la seguridad nacional".

El inciso 3º (antiguo inciso 7º, del N° 10, del Art. 10, de la CP de 1925) comienza con el adverbio "no obstante" y prosigue agregando a continuación de la frase "nadie puede", la expresión "en caso alguno", con lo que se viene a reforzar la intención garantizadora del derecho de propiedad. La referida garantía aparece complementada explícitamente de la siguiente manera "del bien sobre que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio".

El inciso 4º incorpora la reajustabilidad y los intereses al pago de la indemnización cuando ésta deba hacerse por anualidades o, simplemente, a plazo, en el párrafo siguiente: "En todo caso, el monto de la indemnización se pagará reajustado desde la fecha de la expropiación, de modo que mantenga un valor adquisitivo constante y con los intereses que fije la ley".

El inciso 5º indica el momento en que se puede tomar posesión del bien expropiado, a diferencia de la solución que se contenía en el inciso 7º, del N° 10, del Art. 10, de la CP de 1925, en la cual la determinación de la procedencia del citado trámite correspondía a la ley. El Acta Tercera dispone que en el desacuerdo de las partes el monto de la indemnización o de la parte de ella que corresponda pagar de contado "será determinado provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley". La estimación pericial, antes de la entrada en vigencia del Acta Tercera, y a contar de las leyes del 14.8.1838 y del 18.6.1857 hasta el procedimiento establecido en los artículos 915 al 925, ambos inclusive, del Título XV, del Libro IV, del Código de Procedimiento Civil, estaba contemplada en la ley y no, expresamente, en la Constitución como actualmente acontece. En la parte final del inciso 3º, del N° 16, se confiere competencia al juez para decretar la suspensión de la toma de posesión material del

bien expropiado. Dice la disposición: "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".

El inciso 6° complementa la disposición contenida en el inciso 11, del N° 10, del Art. 10, que decía que debía pagarse previamente la indemnización cuando el bien expropiado fuese la pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario, ampliando la garantía, expresamente, "a la pequeña propiedad rústica y urbana, los talleres artesanales y la pequeña empresa industrial, extractiva o comercial, definidos por la ley".

#### 7. *Examen del D.L. N° 2.186/78 sobre expropiación en relación con la garantía contenida en el N° 16, del Art. 1º, del Acta Constitucional Tercera*

En esta parte de nuestro estudio intentaremos dilucidar el interrogante que nos plantea el texto de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones (que, como es sabido, contiene el procedimiento general y único de acuerdo con el que deben tramitarse todos los actos expropiatorios, sea que éstos se emitan en ejecución de leyes generales, especiales o específicas, utilizando la expresión empleada por nosotros en el punto cuarto de este trabajo), confrontando su procedimiento con la amplia garantía jurisdiccional otorgada a los expropiados en los incisos 3º y 5º, del N° 16, del Art. 1º, del AC N° 3, cotejo que, en definitiva, será el único medio de que dispongamos para conocer si la citada garantía tiene vigencia real o si, por el contrario, solamente tiene una existencia meramente semántica.

El examen que efectuaremos al procedimiento del D.L. N° 2.186/78 se concentrará, exclusivamente, en los aspectos que tengan relación directa con los recursos indicados en el N° 16, del Art. 1º. El estudio exhaustivo de la expropiación lo llevaremos a cabo en nuestro libro "Derecho Administrativo Chileno", en actual elaboración.

#### 7.1. *En cuanto a la determinación del monto de la indemnización*

##### 7.1.1. *Indemnización provisional*

Consecuente con lo establecido en el inciso 5º, del N° 16, del Art. 1º, que indica que la indemnización que corresponda pagar como requisito previo a la toma de posesión material, a falta de acuerdo de las partes, "será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley", el Art. 4º del D.L. N° 2.186/78, en adelante el D.L., se determinará provisionalmente por una comisión de tres peritos, designados por la entidad expropiante, de entre los comprendidos en una lista de profesionales aprobada por el Presidente de la República, por decreto del Ministerio de Ha-

cienda, para una región o agrupación de regiones, a propuesta de los Colegios Profesionales de la correspondiente región o agrupación de regiones.

La composición de la comisión, integrada por profesionales universitarios propuestos por órganos no estatales, independientes de la Administración, como son los Colegios Profesionales, constituye en sí misma una garantía de imparcialidad.

El Art. 5º del D.L. Nº 2.186/78, en cumplimiento de lo ordenado por el inciso 4º, del Nº 16, establece la reajustabilidad del monto de la indemnización provisoria, con lo cual ésta mantiene su valor real. Dice el artículo citado: "... si mediare un plazo mayor de treinta días entre la fecha del informe de la comisión y la fecha de la notificación del acto expropiatorio, el monto provisional de la indemnización será equivalente a la suma del fijado por la comisión más un reajuste que se calculará de acuerdo con las variaciones que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes anterior al de ese informe y el mes anterior al del acto expropiatorio".

#### 7.1.2. *Indemnización definitiva*

El Art. 10 de este D.L. consagra la preeminencia del acuerdo de las partes y dicho acuerdo prevalecerá sobre cualquier otro procedimiento destinado a fijar la indemnización definitiva. En defecto de acuerdo, la indemnización definitiva la resuelve el Tribunal, es decir, el Juez de Letras Civil de Mayor Cuantía del lugar donde se encuentren los bienes o, si éstos son incorporales, el Juez del domicilio del expropiado (Art. 39). El inciso final del Art. 11 expresa: "Las entidades expropiantes podrán celebrar estos acuerdos no obstante cualquier prohibición o limitación establecida en sus leyes orgánicas, instrumentos constitutivos o estatutos".

El Art. 12 contempla un recurso para impugnar el monto de la indemnización provisional, el que puede ser interpuesto tanto por el expropiado como por la entidad expropiante.

El Art. 14 contiene un procedimiento a cuya regulación están sometidas la reclamación del monto de la indemnización provisional, la tramitación del recurso y la forma en que éste debe fallarse y, en consecuencia, determinarse el monto de la indemnización definitiva. El citado procedimiento constituye una garantía de imparcialidad que beneficia al expropiado (y también al expropiante), y permite a las partes hacer valer su derecho a la defensa en debida forma; se pueden presentar pruebas, para lo cual se contempla un término probatorio, al mismo tiempo se establece el derecho de los litigantes a designar perito. El juez está expresamente facultado para decretar las medidas para mejor resolver que estime conducentes. El monto de la indemnización que, en definitiva, fije el tribunal

podrá resultar superior o menor que el establecido con carácter provisional (inc. 6º, del Art. 14). El inciso final de este artículo concede un recurso de apelación para impugnar la resolución que determine la indemnización definitiva: "El recurso de apelación que se deduzca se registrá por las normas relativas a los incidentes".

## 7.2. *Recurso en contra del acto expropiatorio*

El expropiado podrá interponer un recurso de nulidad en contra del acto expropiatorio ante el Juez ordinario competente, dentro del término de 30 días<sup>19</sup> a contar de la publicación en el Diario Oficial del extracto del acto expropiatorio (inc. 1º, del Art. 9º en relación con el Art. 7º). La ilegalidad de que puede adolecer el acto expropiatorio, según lo dispuesto por la letra a) del Art. 9, puede consistir en: (1) Falta de ley que autorice la expropiación; (2) En la inexpropiabilidad del bien, que puede ser temporal (al respecto ver el inc. 2º, del Art. 35); (3) En la inexistencia de la causa legal invocada en el acto expropiatorio.

Las causales señaladas son amplias; las primeras no precisan de mayores comentarios. La falta de ley expropiatoria configura una causal objetiva, cuya constatación es meramente material. En cuanto a la inexpropiabilidad del bien ocurre algo similar. En efecto, el inciso 2º, del Art. 35 dice: "El bien cuya expropiación haya sido desistida o dejada sin efecto por cualquiera de los modos a que se refiere este título, no podrá ser expropiado por la misma entidad dentro del año siguiente a la fecha en que la expropiación quedó desistida o dejada sin efecto". Como puede colegirse de la disposición anotada, la inexpropiabilidad tiene el doble carácter de ser subjetiva o personal y temporal, a la vez. La inexpropiabilidad, en consecuencia, no es absoluta (objetiva) ni tampoco definitiva; su verificación no presenta dificultad alguna, basta con alegarla y acompañar la constancia del desistimiento o de la sentencia que dejó sin efecto el acto expropiatorio.

La tercera causal que, sin lugar a dudas, es la más importante y amplia (en cuanto a las circunstancias en que ella puede ser fundamentada), consiste en el otorgamiento de una vía de impugnación genérica, suficientemente extensa como para contener cualesquier vicios de ilegalidad que puedan afectar a la regularidad del acto expropiatorio y, por ello, constituye una garantía adecuada y efectiva de respeto del derecho de propiedad de los particulares frente a los ataques o amenazas que pudieren provenir de la Administración. Su conveniente utilización y la factibilidad de extraer de él todas las posibilidades tutelares, que tanto el recurso como esta causal implican, dependerán de varios factores; uno de ellos, es que los recurrentes estén lo suficientemente informados de los distintos vicios, y de los matices que éstos pueden presentar, que pueden

afectar la regularidad del acto administrativo en general y del acto expropiatorio en particular, y, el otro, no menos importante que el anterior, está representado por la necesidad de que el juez que conozca del recurso esté convenientemente informado de los requerimientos que plantea la "vida administrativa" y del derecho administrativo, teniendo muy en cuenta lo sostenido por Francis Paul Bénéoit.<sup>20</sup> cuando nos alerta en contra de la falacia histórica y jurídica que sostiene el carácter de derecho común que se le asigna al derecho civil y al rol modificatorio o derogatorio de este último que se le asigna al derecho administrativo, en el sentido de que éste fuere la adaptación o adecuación (a las necesidades o usos de la Administración) de las soluciones indicadas por aquél.

El recurso de nulidad contenido en el D.L. mencionado complementa, acertadamente, el recurso otorgado por el inciso 3º, del Nº 16, del Art. 1º, del Acta Tercera, que expresa: "El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios".

Los demás recursos contenidos en las letras b), c) y d), del Art. 9º, se refieren a la ampliación de la expropiación a todo el bien expropiado o a una parte de éste no comprendida en el acto expropiatorio y a la modificación de dicho acto "cuando él no se conforme a la ley en lo relativo a la forma y condiciones de pago de la indemnización".

### 8. *Conclusión*

Estimo que difícilmente del simple examen de los distintos capítulos de un trabajo pueda desprenderse la conclusión de manera tan obvia como acontece con el tema que hemos desarrollado en esta ocasión, al punto que la conclusión que debemos anotar parezca casi redundante. Sin embargo, ello es así, dado que el afianzamiento del derecho de propiedad de los particulares, frente a una institución tan relevante y de tanto significado como es la expropiación, aparece, sin lugar a dudas, reforzado, revitalizado, dando a la garantía del derecho de propiedad la efectiva vigencia real que, visionariamente, consignó el Padre de la Patria en el Mensaje dirigido el 23 de julio de 1822 a la Honorable Convención que debería discutir el texto de la Constitución de 1822 en los siguientes términos: "Debe cuidarse de que éstas [las garantías constitucionales] no sean nominales y vanas". Es interesante resaltar que el fortalecimiento de la citada garantía, en el Acta Constitucional Tercera y en su ley complementaria (D.L. Nº 2.186/78), no significa, en modo alguno, un debilitamiento de las atribuciones que, inseparables del concepto de poder público, deben corresponder al Estado.

A los medios de impugnación otorgados a los particulares en contra de los actos expropiatorios, y que creemos haber expuesto con el grado de detenimiento que permite un trabajo breve y resumido, propio de una

ponencia, debemos agregar la procedencia, en los casos en que ello sea pertinente, de la interposición del recurso de protección.

El presente esbozo nos muestra la forma en que la nueva institucionalidad chilena, respondiendo a una larga y honrosa tradición, se inscribe dentro del esquema de un estado de derecho, real y efectivo.

### NOTAS

1. "Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile". Sancionado el 14.8.1811. En este texto no se contiene garantía alguna del derecho de propiedad.

"Reglamento Constitucional Provisorio". Sancionado y jurado el 27.10.1812.

Art. 16 "Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen a la seguridad de sus personas, casas, efectos y papeles; y no se darán órdenes sin causas probables, sostenidas por un juramento judicial, y sin designar con claridad los lugares o cosas que se han de examinar o aprehender".

Art. 24 "A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades".

2. "Reglamento para el Gobierno Provisorio". Sancionado el 17.3.1814. Este texto tampoco contempla la garantía del derecho de propiedad.

"Reglamento Orgánico y Acta de Unión del Pueblo de Chile". Acordado por los plenipotenciarios de la República el 30.3.1823.

Véase supra nota 1.

3. "Proyecto de Constitución Provisoria de 1818". Sancionado y jurado solemnemente el 23.10.1818, publicado el 10.8.1818.

Art. 9º "No puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aún en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos".

"Plan de Hacienda y de Administración Pública de 1817". No encontramos disposiciones sobre la citada garantía.

4. "Constitución Política de 1822". Sancionada y promulgada el 30.10.1822.

Art. 221 "Todo ciudadano tiene la libre disposición de sus bienes, rentas, trabajo e industria; así es que no se podrán poner impuestos sino en los casos muy urgentes, para salvar con la Patria las vidas y el resto de las fortunas de cada uno".

5. "Constitución Política de 1822".

Art. 42 "Los Diputados, el día en que se abra el Congreso, jurarán ante la Corte de Representantes, el Director Supremo y el Supremo Tribunal de Justicia en la forma siguiente: "¿Juráis por Dios y por vuestro honor proceder fielmente en el desempeño de vuestras augustas funciones, dictando las leyes que mejor convengan al bien de la Nación, a la libertad política y civil, a la seguridad individual, y de propiedades de sus individuos, y a los demás fines para para que os habéis congregado, explicados en nuestra Constitución? —Sí, juro—. Si así lo hiciéreis, Dios os alumbré y defiendan: y si no, responderéis a Dios y a la Nación".

6. "Constitución Política de 1823". Promulgada el 23.12.1823.

Art. 117 "A ninguno puede privársele de su propiedad, sino por necesidad pública, calificada por el Senado de notoriamente grave, y con previa indemnización".

7. Ver Duguit, León, "Traité de Droit Constitutionnel", Tomo 2º, pág. 54, París, 1923; y Jéza, Gastón "Principios Generales del Derecho Administrativo", Tomo 1º, pág. 1, Buenos Aires, 1948.

8. "Constitución Política de 1828". Promulgada el 8.8.1828.

Art. 17 "Ningún ciudadano podrá ser privado de los bienes que posee, o de aquellos a que tiene legítimo derecho, ni de una parte de ellos por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial. Cuando el servicio público exigiese la propiedad de alguno, será justamente pagado de su valor, e indemnizado de los perjuicios en caso de retenérsele".

9. "Constitución de 1833". Jurada y promulgada el 25.5.1833.

Art. 12 "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República":

Nº 5º "La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos".

10. Huneus, Jorge, "La Constitución ante el Congreso". Tomo 1º, 1ª parte, artículos 1 a 49 (1 a 58), Imprenta Cervantes, Santiago, 1890, págs. 113 y siguientes.

11. La afirmación alude al derecho administrativo.

12. Caldera Delgado, Hugo, Empresas Públicas en el libro, en actual preparación, "Derecho Administrativo Chileno".

13. Vid cit. 14, en el capítulo sobre acto administrativo.

14. "Plan de Hacienda y de Administración Pública de 1817".

Mensaje del Supremo Director. "Elevado a la Suprema Magistratura del Estado por los votos del pueblo más generoso no han sido otros mis desvelos que por su alivio, y prosperidad. Y conociendo que la mejor administración del Erario, y sus rentas, no sólo lo hace abundar, sino que alivia al ciudadano contribuyente, he mandado formar un plan de Hacienda, y de administración pública, en que consultándose la más sabia economía, se aminoren tanto los gastos posibles, el número de empleados, y las ingentes dotaciones, cuanto las molestias con que suele afligirse al público. Importa demasiado el que sin olvidar la seguridad de las Rentas, se alivie a los pueblos de esos gravámenes, y de los más que serían consiguientes, a llenar las cargas del Estado, si no se evitara una administración dispendiosa. Conducido por estos principios, y, después de un maduro acuerdo, he resuelto el arreglo de la Hacienda pública, sus Rentas, Tribunales y oficinas del Estado, en la manera siguiente".

15. Esta es una tipología que proponemos, debido a que estimamos que las características de las leyes que denominamos "específicas" justifica su diferenciación respecto de las generales y de las especiales.

16. Caldera Delgado, Hugo, "El Control de la Desviación de Fin en el Acto Administrativo", en Revista de Derecho Nº 165, enero-diciembre de 1977, Universidad de Concepción, págs. 141 y siguientes.

17. Caldera Delgado, Hugo, "El Juicio de Cuentas", en Revista de Derecho Público, publicación del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la U. de Chile, Nº 24, julio-diciembre de 1978.

18. Mensaje del Libertador General don Bernardo O'Higgins a la Honorable Convención con ocasión de la Constitución de 1822, dictado el 23 de julio de 1822.

"Mi deseo fue siempre y lo sostuve en el Congreso del año de 11, que se adoptase en Chile un Gobierno representativo, cualquiera que fuese su denominación; mas la opinión general, apoyada en la razón y la experiencia, está por que el Supremo Poder Ejecutivo se confie a un solo magistrado, cuya autoridad se debe limitar por medio de instrumentos garantes. Debe cuidarse de que éstas no sean nominales y vanas, y de que todos los derechos sean realmente garantidos, porque de otro modo vacila la autoridad, la seguridad y todos los fundamentos de la sociedad y de la prosperidad se conmueven y anulan".

19. Caldera Delgado, Hugo "Los Plazos en el Derecho Administrativo", en el libro "La Contraloría General de la República, 50 años de Vida Institucional" (1927-1977), pág. 91 y siguientes, publicación del Departamento de Derecho Público, Santiago, 1977.

20. Bénéoit, Francis-Paul "Le Droit Administratif Français", págs. 60 y siguientes, Dalloz, París, 1968.