

OCTAVO INSUMO CONSTITUCIONAL:

**LIBERTAD  
ECONÓMICA EN  
LA NUEVA  
CONSTITUCIÓN**

---

**Equipo**  
Instituto Res Publica

# ÍNDICE

<b>Introducción</b>	<b>03</b>
<b>I. La libertad económica en la nueva Constitución: consideraciones generales</b> Autora: María Paz Romero.	<b>04</b>
<b>II. Importancia de una regla constitucional</b> Autor: Agustín Núñez.	<b>10</b>
<b>III. Aguas, minería y nueva Constitución en la materia</b> Autor: Rodrigo Meléndez	<b>18</b>
<b>IV. La autonomía del Banco Central en la nueva Constitución</b> Autora: Florencia Muñoz.	<b>24</b>



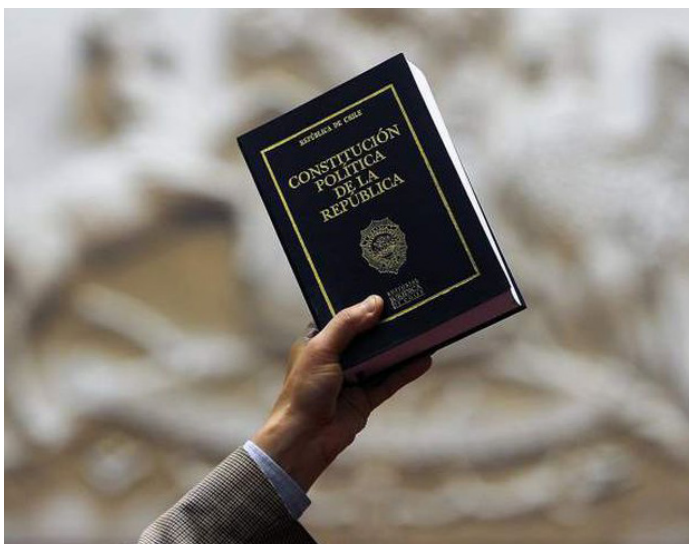


## INTRODUCCIÓN

En este insumo se abordan los principales temas de naturaleza económica que estarán en el centro de los debates de la nueva Constitución.

Lo anterior, tanto en la dimensión de los principios generales que se consagrarán en la nueva Carta Fundamental en estas materias, como en cuanto a los principales aspectos orgánicos.

Por último, reflexionamos sobre un aspecto orgánico relacionado con las materias económicas: el Banco Central, y más específicamente, su carácter autónomo, que estimamos extraordinariamente relevante para recuperar el progreso que veníamos teniendo como país durante los últimos 30 años.



En primer lugar, se reflexiona sobre la libertad económica como principio general que debe orientar a toda la “Constitución económica” que Chile se dé.

En segundo lugar, se reflexiona sobre el trascendental derecho de propiedad, cuya adecuada protección es garantía no sólo de prosperidad material para un país, sino que también es una importante garantía de libertad para todas las personas y para la sociedad civil.

En tercer lugar, se aborda la propiedad en relación con dos de sus clases, que han estado en el centro de la discusión pública sobre temas constitucionales: la forma de propiedad que debería poder tenerse sobre las aguas y la propiedad sobre las minas.





# **I. LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES**



# 1. INTRODUCCIÓN:

Autora: María Paz Romero

## *La actual regulación constitucional de la libertad económica*

El correcto funcionamiento de los mercados requiere de la libertad de las personas para poder desarrollar actividades económicas. Esto significa tener espacio para desenvolverse intercambiando bienes o servicios en un mercado. Lo anterior exige garantizar que cualquier persona pueda elegir la actividad económica que desee intentar emprender. Debido a que el Estado también opera en los mercados como oferente o demandante ya que el espacio puede ser mayor o menor debido a su presencia, la figura del Estado empresario debe ser regulada. Igualmente, para que el proceso de intercambio sea viable, las personas que participen deben tener la facultad o libertad para adquirir los bienes y servicios y, en definitiva, para sacar provecho de los mismos.

En clave de derechos constitucionales, el proceso económico señalado precedentemente se ve reflejado, básicamente, en las siguientes disposiciones de nuestra actual Carta Fundamental: 19 N° 21 (derecho a desarrollar cualquiera actividad económica y regulación del Estado empresario); 19 N° 23 (libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes) y 19 N° 24 (derecho de propiedad). En un segundo orden, dada la mayor especificidad de su ámbito, es posible mencionar, también, los artículos 19 N° 16 (libre contratación y elección del trabajo); 19 N° 11 (la libertad de enseñanza, la que incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales); 19, N° 12<sup>o</sup> inc. 5<sup>o</sup> (el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos) y 19 N° 25 (la libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho de autor y propiedad industrial). Esto es ilustrativo de que la actual Constitución muestra coherencia y que sus normas se complementan unas con otras.

## *1.1. Límites actuales de la actividad estatal en mate*

Así como dijimos que para el funcionamiento de los mercados era necesario tener espacio para poder desarrollar una actividad económica, también resulta fundamental poder contar con reglas que definan sus límites y que, tanto en su formulación como aplicación, sean razonables o no arbitrarias, y gocen de estabilidad.

En lo concerniente, específicamente, al artículo 19 N° 21, la referencia a un actuar sujeto a reglas comienza con la indicación de las fronteras generales más allá de las cuales se encuentra vedado el desarrollo de una actividad económica y que constituye, al mismo tiempo, un parámetro de hasta dónde puede llegar el Estado con sus prohibiciones. Esto es, la actividad económica no puede ser contraria a la “moral, al orden público o a la seguridad nacional”.<sup>1</sup>

En la parte final del inciso 1<sup>o</sup> del mencionado artículo se confirma que el derecho asegurado es respecto de actividades económicas lícitas al decir que se ejerce “respetando las normas legales que la regulen”. Pero no sólo eso. Al hacerse la alusión a normas de jerarquía legal se buscó moderar la intervención del Estado en los mercados por vía simplemente administrativa. Es decir, debe haber algún tipo de habilitación legal, lo que debiera -en teoría- brindar mayores niveles de estabilidad.

El principio de legalidad en materia económica, el cual se extiende -entre otras- a las disposiciones constitucionales sobre propiedad y tributos, debe ir de la mano con la existencia y la aplicación de reglas legales que sean razonables, proporcionadas y no discriminen arbitrariamente. Esto es expresado de manera clara en el artículo 19 N° 22, en cuya virtud la Constitución asegura a todas las personas “la

<sup>1</sup>Este estándar se repite, casi en los mismos términos, en el caso de la libertad de enseñanza, la que “no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. En el ámbito de la libertad de trabajo y de una manera parecida, se dice que “ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”.

no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica". Y, aunque el precepto recién citado no existiera, su garantía se encontraría igualmente protegida por el artículo 19 N° 2 inciso 2° "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

El mercado énfasis en los principios de legalidad y de prohibición de discriminar arbitrariamente puede ser más fácilmente entendido si se tiene presente la experiencia histórica previa a la dictación de esta Constitución. Como señala Galetovic: "en 1973, Chile era una de las economías más cerradas y reguladas del mundo. Tarifas altas, tipos de cambio múltiples y restricciones cuantitativas caracterizaban el comercio internacional; más de 3 mil precios se fijaban por vía administrativa, y el Estado controlaba más de quinientas empresas y casi toda la banca. La intervención estatal no sólo era generalizada, sino también discrecional, pues casi todas las actividades económicas estaban reguladas por incontables normas especiales que restringían la entrada y la competencia, regulaban su ejercicio y buscaban favorecer a algún grupo o personal. Así, por ejemplo, existían más de 5 mil posiciones arancelarias distintas, y la importación de la mayoría de los bienes debía ser autorizada previamente por la burocracia; la entrada a la mayoría de las profesiones y actividades comerciales estaba restringida, y su ejercicio, regulado; el sistema tributario había llegado al punto de que la ley general casi no se aplicaba. La política microeconómica adoptada desde fines de 1973, revirtió drásticamente este sesgo intervencionista y se construyó a partir de dos premisas: primero, en la mayoría de los casos el sector privado asigna eficientemente los recursos si se deja funcionar libremente a los mercados. Segundo, por regla general el Estado debe limitarse a definir derechos de propiedad, fijar reglas impersonales que no discriminen entre personas y sectores y hacer sólo aquello que el sector privado no pueda hacer (principio de subsidiariedad)".<sup>2</sup>

En síntesis, es clave para el desenvolvimiento de la actividad económica que se dé libertad y espacio para poder jugar; que las reglas del juego y su aplicación por la autoridad administrativa así como por el juez sean justas; y que haya cierta estabilidad en las mismas.

El *fair play* podría verse afectado, por ejemplo, cuando quien dicta las reglas y las aplica participa, al mismo tiempo, como jugador. Nos referimos al Estado empresario, cuya regulación constitucional principal está establecida en el inciso segundo del artículo 19 N° 21: "El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado".

Una evaluación de la disposición anterior, realizada principalmente por economistas, destaca lo siguiente: "Sobre el rol empresarial del Estado, opinamos que la actual Constitución no impone obstáculos exagerados para la creación de empresas públicas y, de hecho, en los últimos 30 años se han creado varias. Teniendo a la vista el principio de igualdad económica, que nos parece importante resguardar, la deuda pública que pueden generar las empresas estatales y las dificultades políticas que conlleva cerrarlas, nos parece razonable mantener el quórum calificado, esto es una mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio, para la creación de este tipo de instituciones, así como que estas se rijan por los mismos estándares que el sector privado, salvo que la misma ley de quórum calificado establezca motivos para eximir las. Adicionalmente, como una manera de incentivar la rendición continua de cuentas del Estado como empresario, consideramos necesario establecer en la Constitución el mandato al legislador de establecer en la ley, de quórum calificado, que crea una nueva empresa de propiedad del Estado, al menos las causales de la iniciativa, su estructura

<sup>2</sup>Galetovic (1998): pp. 3 y 4.

corporativa, su financiamiento, su eventual desinversión, los mecanismos de fiscalización y métricas de gestión. Los estándares de divulgación de información deberán ser al menos iguales a los de una sociedad anónima abierta”.<sup>3</sup> Incluso, uno de los autores añade: “En cuanto al Estado empresario, debiera establecerse como principio complementario a los señalados por los autores, el que todo eventual subsidio estatal que se entregue a través de una empresa pública debe hacerse con cargo al presupuesto de la Nación, para evitar así que exista gasto cuasi fiscal que distorsione las cuentas de las finanzas públicas”.<sup>4</sup>

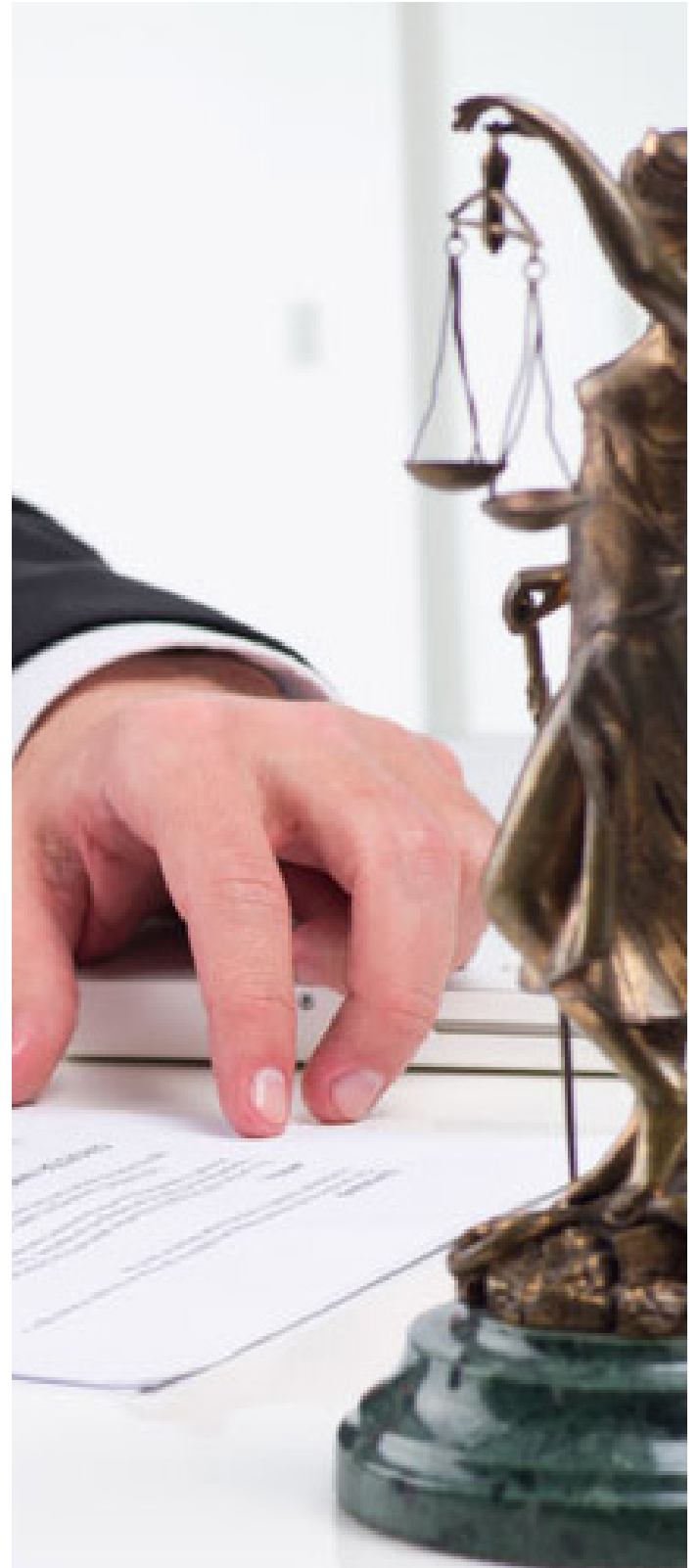
## 2. IMPORTANCIA DE UNA REGLA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA

Una de las principales virtudes de constitucionalizar una regla radica en su estabilidad, debido a la exigencia de quórum más altos para su modificación o eliminación. Sin embargo, como ya fuera sugerido previamente, de poco sirve que se consagre una regla o derecho en la Constitución si ésta carece de eficacia práctica por no existir un mecanismo adecuado para exigir su cumplimiento o, peor aún, cuando -en general- los mismos órganos del Estado son renuentes a cumplir y hacer cumplirlas.

Sobre lo primero, no puede dejar de señalarse que el principal mecanismo cautelar frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarios -el recurso de protección- está concebido para operar sólo respecto de algunos derechos. El artículo 19 N° 21 no se encuentra en el listado del artículo 20 de la Constitución. Se estableció, en su oportunidad, un símil de jerarquía legal (no constitucional) llamado Recurso de Amparo Económico, el cual parece no haber sido una herramienta de mucha efectividad.

En lo concerniente a lo segundo, esto es, la ineficacia de las reglas (por buenas que sean) debido a que los órganos del Estado (y no sólo

el Estado en su faceta empresarial) se muestran reacios a conducirse de acuerdo a las normas constitucionales y legales, la situación se torna más delicada. Lo que subyacería a dicha hipótesis sería algo más grave: un debilitamiento del Estado de Derecho. La actividad económica depende de forma importante de la seguridad jurídica.



<sup>3</sup> Valdés, Rodrigo y Vergara, Rodrigo (Ed.) (2020): 189.

<sup>4</sup> Valdés, Rodrigo y Vergara, Rodrigo (Ed.) (2020): 201.



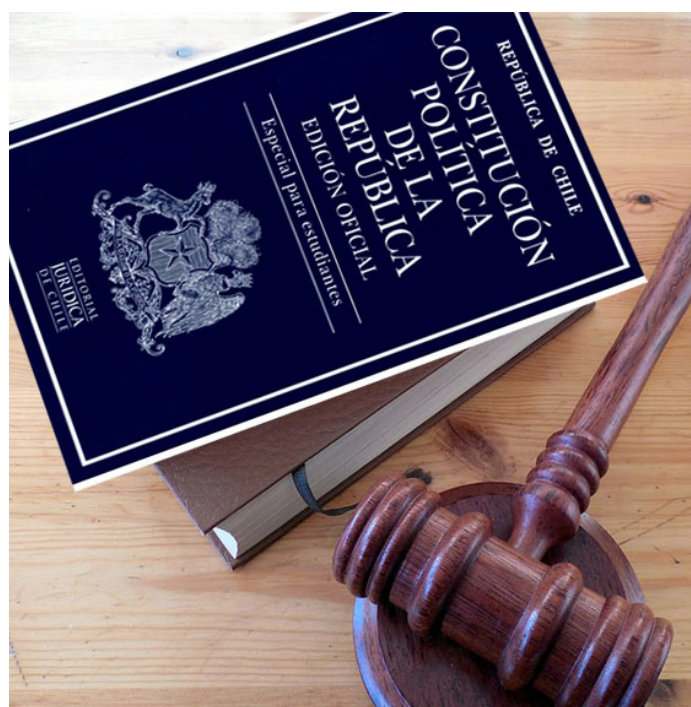


A nivel de derechos, el pilar básico que no puede faltar es el derecho de propiedad. Incluso, aunque no existiera el artículo 19 N° 21 inciso primero, ésta podría llegar a suplirse a través de un razonamiento judicial a partir del artículo 19 N° 24. Un ejemplo de lo recién señalado podemos encontrarlo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU., que ha elaborado una rica doctrina sobre la expropiación regulatoria (regulatory takings). Pero, quizás, el ejemplo más cercano y pertinente nos lo proporcionan algunas cláusulas estándar de similar efecto incorporadas en tratados internacionales de carácter económico, tales como los tratados de complementación económica o los tratados bilaterales de protección de inversiones. Sobre el particular, resulta interesante hacer mención a uno de los pocos límites sustantivos que el artículo 135 de la Constitución impone como regla a la Convención Constitucional: “el texto de la Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar (...) los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Y, a nivel de principio básico de nuestra institucionalidad, la seguridad jurídica depende fundamentalmente del respeto de los órganos del Estado por el imperio del derecho (la Constitución y las leyes). Para tal efecto, es clave la consagración constitucional del principio de juridicidad, la que en nuestra actual Carta Fundamental se encuentra contemplado en los artículos 6° y 7° que, en lo medular, disponen que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que nadie puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución y las leyes.

### 3. CONCLUSIONES

Si lo anterior falla, todo falla. Por lo mismo, y asumiendo como hipótesis que el principio general de juridicidad es una guía que los órganos del Estado continúan honrando, parece interesante la siguiente sugerencia de Fernandois: “a la hora de resolver el grave déficit de seguridad jurídica que resiente la economía, una solución a considerar es constitucionalizar el principio de buena fe. Esto es, replicar para efectos de los particulares, lo que ya existe para el ámbito público con la presunción de constitucionalidad de la ley y la presunción de legalidad del acto administrativo (art. 3°, ley 19.880). Al respecto sugiere replicar “el artículo 83 de la Carta colombiana dispone explícitamente: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas”. Ya nivel legal, cita el artículo 4° bis del Código Tributario: “El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes”.<sup>5</sup>



<sup>5</sup> Cfr. Fernandois (2021).



## BIBLIOGRAFÍA

Streeter, Jorge (2021): Elementos constitucionales del régimen económico. Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez. (Disponible en:

<https://centrocompetencia.com/elementos-constitucionales-del-regimen-economico/>)

Fernandois, Arturo (2021): Comentario a documento de Jorge Streeter. Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en:

<https://centrocompetencia.com/elementos-constitucionales-del-regimen-economico/>)

Valdés, Rodrigo y Vergara, Rodrigo (Ed.) (2020): Aspectos Económicos en la Constitución. Alternativas y propuestas para Chile. Fondo de Cultura Económica y Centro de Estudios Públicos.

Galetovic, Alexander (1998): "Desatando a Prometeo: Reformas Microeconómicas en Chile 1973-1989". Perspectivas en política, economía y gestión, N°1, vol. 2, 131-155.

Bertelsen, Raúl (2020): En defensa de la Constitución. Thomson Reuters.



## II. IMPORTANCIA DE UNA REGLA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA

Autor: Agustín Núñez

Una de las grandes discusiones que deberá enfrentar la Convención Constitucional girará en torno a la forma de consagración del derecho de propiedad en la nueva Carta Fundamental, en especial sus limitaciones y su subordinación a otras situaciones o circunstancias. Parece haber bastante consenso entre los Convencionales de todo el espectro político en que su reconocimiento no será tema, es decir, la Constitución incluirá, con una alta probabilidad, una cláusula que asegure el derecho de propiedad. Además, basta con analizar el articulado de las Constituciones de Cuba y Venezuela, de orientación claramente preferente por una economía centralmente planificada, para darnos cuenta de que, incluso ellas, reconocen este derecho. Así, la primera dispone, en su artículo 58, que “todas las personas tienen derecho al disfrute de los bienes de su propiedad. El Estado garantiza su uso, disfrute y libre disposición, de conformidad con lo establecido en la ley”.<sup>6</sup> La segunda, por su parte, establece, en su artículo 115 que “se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes”.<sup>7</sup> Asimismo, múltiples Tratados Internacionales ratificados por Chile, como el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración Universal de Derechos Humanos, establecen a la propiedad como derecho fundamental, siendo obligación de la Convención Constitucional respetarlos en virtud del artículo 135 de la Constitución vigente, pudiendo incluso reclamarse en caso de su desconocimiento ante cinco ministros de la Corte Suprema. Por lo tanto, el debate estará centrado más bien en el contenido de esta garantía esencial, donde sin dudas existirán mayores disensos.

Durante los últimos años, se ha instalado en un sector la percepción de que la propiedad privada en Chile ocuparía un rol de centralidad, en menoscabo de otros derechos y de los intereses de la comunidad. Por ejemplo, la ex Presidenta Bachelet señaló, en relación con este punto, que “la diferencia es si [la propiedad] tiene un rol más relevante que otros derechos de las personas, o si también otros derechos de las personas son importantes”.<sup>8</sup> En el mismo sentido, quien fuera su ministra, Ximena Rincón, afirmó que “a nosotros nos interesa establecer un sistema de derechos más equilibrado y moderado, donde existan libertades personales, políticas y económicas, por cierto, pero no que la propiedad sea el eje del sistema de derechos. Nos interesa también dar importancia a la dimensión social de la propiedad”.<sup>9</sup> Más recientemente, algunos Convencionales se han sumado a esta tendencia y han emitido declaraciones en términos similares. Así, Manuel Woldarsky, de la Lista del Pueblo, ha planteado que “el derecho de propiedad individual está endiosado, y el derecho de propiedad colectivo está sumamente discriminado”.<sup>10</sup> Asimismo, Juan José Martín, de Independientes No Neutrales, ha señalado que “el derecho de propiedad es como el derecho sagrado de la actual Constitución, y eso está pésimo”.<sup>11</sup>

Todas estas declaraciones nos permiten introducir el *quid* de la cuestión y es que la verdadera discusión dentro de la Convención Constitucional será entre aquellos que consideran que la reglamentación del derecho de propiedad debiera propender a su flexibilización (en el sentido de potenciar su “función social” y “compatibilización” con los demás derechos) y los que estiman que la cláusula que contenga esta garantía debiera inclinarse por darle una mayor rigidez a la propiedad (a fin de no limitarla excesivamente). Es lo que Pablo Ruiz-Tagle denomina “las dos concepciones de propiedad”, distinguiendo entre una que es diferenciada y flexible, y admite diversas formas de su reglamentación, y la otra que percibe la propiedad como unificada y reforzada, y que impone requisitos estrictos a la reglamentación que puede afectarla.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> TELE13 RADIO (21/10/2015).

<sup>7</sup> EL MERCURIO (12/07/2014).

<sup>8</sup> LA TERCERA (19/05/2021).

<sup>9</sup> LA TERCERA (19/05/2021).

<sup>10</sup> RUIZ-TAGLE (2018): 228.

No obstante esta división de posiciones, consideramos que ambos puntos de vista no son necesariamente excluyentes. De hecho, analizando la regulación actual del derecho de propiedad en la Constitución, es posible desprender que su contenido refleja un buen equilibrio que sería razonable mantener, al menos en su base, en la nueva norma suprema, según se explicará a continuación. Sumado a esta discusión, se presentarán dos temas adicionales que resultan fundamentales, vinculados al derecho de propiedad, como son las regulaciones expropiatorias y el tratamiento constitucional de la expropiación.

### *Derecho de propiedad y regulación vigente*

Para comenzar, resulta importante destacar que el derecho de propiedad en la Constitución vigente se circunscribe en el contexto de lo que se ha venido a denominar como el “Orden Público Económico”, que es, en palabras de Cea, “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulada en la Constitución”.<sup>13</sup> En efecto, la Carta Fundamental contiene una serie de reglas que establecen las bases de nuestro sistema económico y el campo en que deberán desarrollarse las relaciones entre el Estado, los particulares y la sociedad civil. Una de aquellas normas es, precisamente, el derecho de propiedad, el cual se encuentra consagrado, fundamentalmente, en el artículo 19 N°24, aunque hay otros preceptos que lo complementan.

Actualmente, la Constitución se encarga de la propiedad a través de cinco grandes áreas. En primer lugar, el artículo 19 N°23 asegura a todas las personas (1) el derecho a ser propietario. En el artículo siguiente se regula (2) el derecho de propiedad y las reglas de expropiación, (3) la propiedad minera y (4) la propiedad sobre los derechos de agua y, por último, el artículo 19 N° 25 trata sobre (5) la propiedad industrial e intelectual.

Siguiendo a Vivanco, “la propiedad es concebida como el derecho por excelencia que otorga a su titular amplios poderes sobre una cosa, entendida como un derecho natural, por lo que su contravención implica un desconocimiento de la naturaleza del hombre, del cual emana”.<sup>14</sup> De esta forma, su importancia va más allá de una mera declaración programática establecida en la Constitución, sino que el fundamento de su consagración es mucho más profundo y se relaciona directamente con los atributos más esenciales de la persona humana. De hecho, es posible sostener que el reconocimiento de la propiedad es una garantía de la libertad, ya que, si ésta estuviera abolida, todos pasarían a ser radicalmente dependientes del Estado.

Dada su trascendencia, la Constitución vigente buscó, por medio de la regulación del derecho de propiedad, concretizar sus cimientos y establecer una reglamentación que fuera acorde a su importancia para la sociedad. Así, además, de reconocerse la libertad para adquirir la propiedad, la Carta Fundamental asegura, entre otros, el derecho de propiedad tanto sobre bienes corporales como incorporales (por ejemplo, los derechos), dispone que solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad y sus limitaciones (derivadas de su función social) y prohíbe la privación de la propiedad, salvo en caso de expropiación (la que se encuentra debidamente regulada). Más allá de la evidente importancia de la totalidad de las cláusulas vinculadas con la propiedad, la discusión más potente que seguramente se sostendrá en la Convención Constitucional será la que dice relación con la función social de la propiedad. Así lo señala Soto, según el cual el principal debate en torno a la regulación de la propiedad girará en torno al “alcance del derecho de propiedad en su relación con la comunidad”.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> CEA (1988): 158.

<sup>14</sup> VIVANCO (2007): 498.

<sup>15</sup> SOTO (2020): 120.



## *Función social de la propiedad*

Citando a Cea, la función social de la propiedad consiste en “el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro. Dicha función conjuga, por ende, el ejercicio del dominio con la seguridad jurídica y a ambos, a su vez, con la evolución y la reforma que exige el progreso humano en sociedad”<sup>16</sup>.

Algo se adelantó en las líneas introductorias sobre las dos principales visiones imperantes hoy en día: aquellos que enfatizan en la necesidad de reforzar la función social de la propiedad y los que consideran que el derecho de propiedad debe fortalecerse, evitando las limitaciones excesivas. A pesar de la profundización de la controversia durante los últimos años, este es un asunto que el constitucionalismo chileno viene discutiendo hace tiempo. En efecto, la Constitución de 1925, en su texto original, no hacía referencia a la función social de la propiedad. Esta idea recién vino a incorporarse en el año 1967 a través de una reforma constitucional que, en lo sustancial, sigue vigente.

Así, tal modificación introdujo el concepto de función social de la propiedad, abriendo un amplio campo para el equilibrio entre los derechos del propietario y los intereses de la comunidad. De esta forma, la enmienda de 1967 señalaba, refiriéndose a la propiedad, que “la ley establecerá (...) las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos”.<sup>17</sup> Actualmente, el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental dispone, en su inciso 2°, que “solo 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>18</sup>

Como se percibe, no hay ninguna razón de texto que nos conduzca a señalar que en Chile la Constitución no se hace cargo de la dimensión social de la propiedad. Por el contrario, la Carta Fundamental reconoce claramente que el ejercicio del derecho de propiedad puede ser limitado por ley cuando así lo exija su función social.

Sobre esto, es importante aclarar que “el legislador no está facultado para privar o quitar la propiedad a su titular en virtud de la función social”<sup>19</sup>, sino que “el cumplimiento de la función social y las limitaciones que el legislador puede imponer en razón de ella solo se refieren al ejercicio del derecho de propiedad y no al derecho mismo, toda vez que, si un derecho pasa a ser afectado en su esencia, ya no estamos frente a una mera limitación, sino frente a una verdadera privación”.<sup>20</sup>

A pesar del equilibrio entre los derechos del propietario y los intereses de la comunidad que se consagra en la Constitución vigente, es posible encontrar múltiples casos en la jurisprudencia en los cuales se ha preferido uno por sobre el otro. Quizás de ahí venga la preocupación que algunos han manifestado en cuanto muchas veces se ha optado por proteger los derechos del propietario en menoscabo del beneficio de la sociedad.

Lamentablemente, en esto la Constitución no puede hacer mucho más, ya que, como señala Soto, “los llamados a construir estándares que permitan definir cuándo debe primar el uno o el otro son la jurisprudencia y la doctrina”.<sup>21</sup> En otras palabras, no es posible sostener que la Carta Fundamental sea la culpable del desequilibrio que muchas veces se ha dado para uno y otro lado, ya que ésta dispone expresamente que la propiedad puede ser limitada para cumplir con su dimensión social.

Por lo tanto, en realidad lo que se requiere es una judicatura más comprometida con mantener

<sup>16</sup> CEA (2012): 575.

<sup>17</sup> LEY N° 16.615 de 1967.

<sup>18</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE DE 1980.

<sup>19</sup> YRARRÁZAVAL (2019): 43.

<sup>20</sup> VIVANCO (2007): 499.

<sup>21</sup> SOTO (2020): 122.

la balanza equilibrada, asegurando de manera adecuada los derechos del propietario y el bien común. Para esto, el aporte de la doctrina y los círculos académicos es fundamental, porque son uno de los grandes encargados de fijar lineamientos y directrices que ayuden al juez a formarse una concepción sobre cómo proteger ambos intereses adecuadamente.

Como paliativo a la desprotección de la función social de la propiedad que se ha producido en algunas ocasiones por vía jurisprudencial, algunos consideran que Chile debiera avanzar, en este proceso constituyente, hacia la incorporación de la cláusula contenida en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que establece que “la propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común”.<sup>22</sup>

De hecho, en el proyecto de nueva Constitución de la ex Presidenta Bachelet se señalaba esencialmente lo mismo, al disponer, en su artículo 30, que “la propiedad debe servir al bien común, pudiendo la ley establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.<sup>23</sup> El objetivo de añadir esta frase, que en principio parece inocua, sería conseguir los mismos resultados del país europeo, donde “el Tribunal Constitucional alemán ha interpretado la cláusula evitando restringir la libertad del individuo en forma desproporcionada y, al mismo tiempo, sin desatender en sobremanera la función social que la propiedad cumple. Es decir, manteniendo el equilibrio”.<sup>24</sup>

A pesar de las buenas intenciones que se tengan, no parece una buena idea traer a nuestra Constitución la cláusula alemana. En primer lugar, porque como ya se dijo, nuestra Carta Fundamental ya reconoce explícitamente el equilibrio entre los derechos del propietario y los intereses de la comunidad al señalar que la ley puede establecer limitaciones basadas en la función social de la propiedad. Sería añadir algo que, en lo medular, ya está. En segundo lugar, ya que lo único que produciría sería una mayor

indeterminación al agregar una frase que puede ser interpretada de múltiples formas debido a su ambigüedad. Por ejemplo, si es que se incluye que la propiedad debe servir al bien común, ¿implicará, como señala Soto, que se entienda que hay un deber positivo del propietario de usar su propiedad conforme al bien común?<sup>25</sup> Debido a esto, en realidad los principales encargados de equilibrar de mejor manera los derechos del propietario con los intereses de la comunidad son los jueces, apoyados por la doctrina y no la Constitución. Si es que finalmente se opta por consagrar una cláusula similar a la alemana, sería razonable que la Carta Fundamental establezca abiertamente los puntos que comprende el que la propiedad deba servir al bien común, a fin de reducir el nivel de discrecionalidad de los jueces en esta materia y la potencial incertidumbre.

### *Regulaciones expropiatorias*

Otra de las grandes discusiones vinculadas con el derecho de propiedad, aunque menos intensa que la anterior, es la que dice relación con la frontera entre “limitar” y “expropiar”. En efecto, el artículo 19 N° 24 de la Constitución por un lado se refiere a que la ley puede establecer limitaciones al ejercicio de la propiedad cuando así lo exija su función social y, por otro lado, regula la expropiación, que directamente implica privar de la propiedad a una persona, lo que da lugar a la indemnización. Sin embargo, los límites entre ambas acciones no son muy claros. Así, existen limitaciones a la propiedad que, a priori, parecen ser regulaciones, pero, por ser muy intensas, en definitiva, son privaciones.

Estas son las que se conocen como “regulaciones expropiatorias”. En general, ha sido la jurisprudencia la encargada de definir los criterios por los cuales una limitación se transforma en expropiación. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “si el acto de regulación o limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba”.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA DE 1949.

<sup>23</sup> PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL. BOLETÍN N°11.617-07.

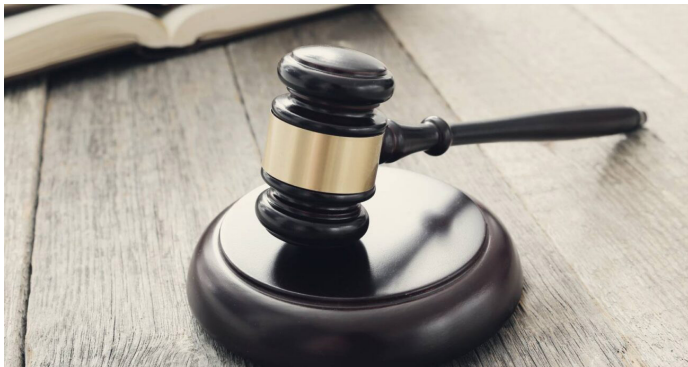
<sup>24</sup> SOTO (2020): 123.

<sup>25</sup> SOTO (2020): 124.

<sup>26</sup> STC 505-2006.

En esto, la Constitución tiene algo más que aportar, ya que podría pensarse alguna fórmula para que, a través de ella, se dibuje en forma más nítida los límites entre regulación y expropiación.

Una idea sería establecer explícitamente lo que ya ha indicado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones, es decir, que una expropiación no consiste únicamente en la privación de la propiedad, sino que también en regulaciones desproporcionadas. De esta forma, el juez tendría, a la hora de la decisión, mayor claridad sobre cuándo estamos frente a una limitación y cuándo frente a una expropiación, fortaleciendo la seguridad y confianza de todos los ciudadanos.



## Expropiación

La Constitución vigente regula extensamente la forma en que debe realizarse una expropiación. De hecho, puede resultar curioso que se le dediquen tantas líneas, considerando las características propias de toda Carta Fundamental, las que en general buscan ser breves y evitar normativas excesivas. Sin embargo, la razón de esta vasta regulación es principalmente histórica.

En efecto, y en palabras de Soto, "la experiencia de la reforma agraria y de la Unidad Popular generó una reacción natural en la Constitución vigente, que intentó evitar que se repita algo como eso".<sup>27</sup>

A pesar de que la discusión sobre el contenido de las reglas que tratan la expropiación puede no suscitar tanto interés en la población como otros temas, por ser principalmente un debate técnico jurídico, resulta trascendental que los Convencionales Constituyentes tengan en cuenta todos los detalles de los que se hizo cargo la Carta Fundamental actual, pues cada uno de ellos tiene una potente fundamentación que justifica su existencia y que es necesario se mantengan en la nueva Constitución.

Como expone Cea, la expropiación "es un acto de la autoridad administrativa competente, fundado en una ley que lo autoriza, en virtud del cual priva del dominio, del bien sobre el cual recae ese derecho o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de interés nacional, con sujeción a un procedimiento legalmente determinado y pagando al expropiado la indemnización justa".<sup>28</sup>

De la definición, es posible desprender las grandes reglas que regulan la expropiación en la Constitución vigente. En primer lugar, el artículo 19 N° 24 establece la reserva legal en materia de expropiación, es decir, solo a través de la ley se puede privar a alguien del dominio, siendo una garantía fundamental para la protección de las personas. En segundo lugar, las causas para proceder a la expropiación son la utilidad pública o el interés nacional, las cuales deben ser calificadas por el legislador. Esto es muy importante, ya que el expropiado podría recurrir ante los tribunales ordinarios argumentando que la expropiación no se fundó en ninguno de estos motivos, teniendo la posibilidad de defenderse ante posibles arbitrariedades. En tercer lugar, la expropiación debe someterse a un procedimiento legalmente tramitado, teniendo el expropiado derecho a una indemnización justa. Así, la Constitución vigente señala que el expropiado tiene derecho a ser indemnizado antes de la toma material del bien expropiado.

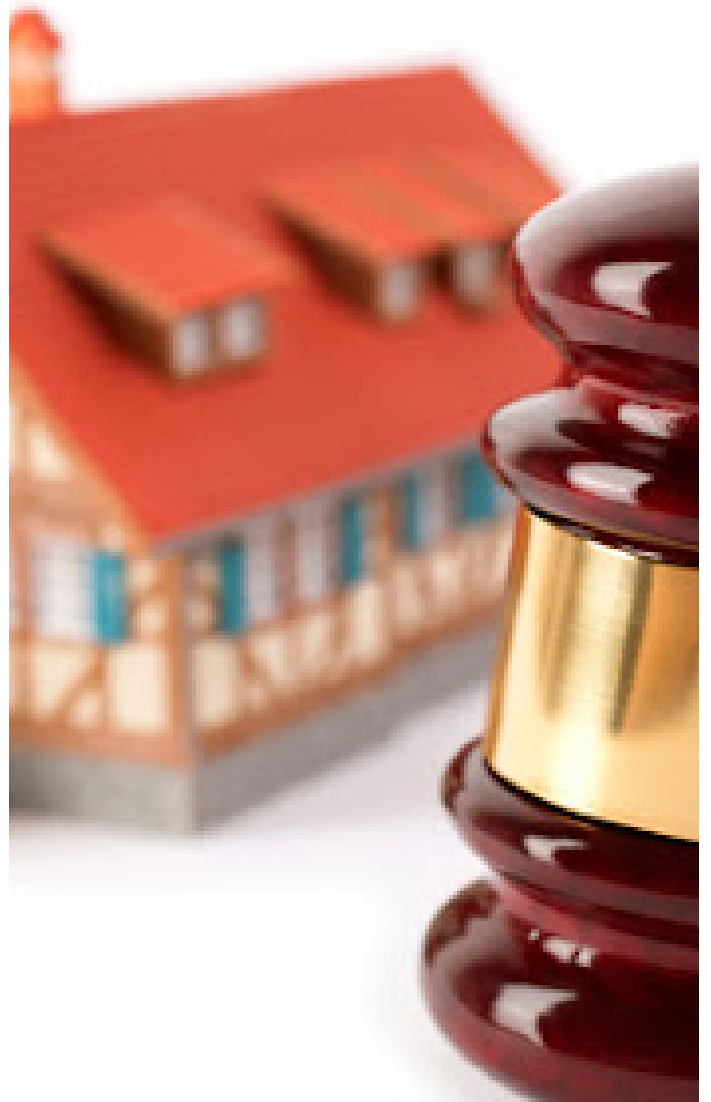
<sup>27</sup> Soto (2020): 126

<sup>28</sup> Crea (2012): 582.



De todas las disposiciones anteriores, la que probablemente suscitará mayor debate será la que dice relación con el monto que se le debe pagar al expropiado como indemnización. Así, por ejemplo, lo ha señalado Vivanco, quien ha afirmado que “el tema de la indemnización es, sin duda, uno de los aspectos más cuestionados en torno a la institución de la expropiación, especialmente por las expectativas que crea en el expropiado el derecho de recibir una indemnización que lo deje indemne por la privación sufrida”.<sup>29</sup>

Respecto a esto, en el mundo se presentan dos grandes sistemas para fijar el monto de la indemnización. El primero es sobre la base del precio de mercado del bien cuya propiedad se priva; el segundo intenta balancear de alguna manera el interés nacional con el interés del expropiado.<sup>30</sup> Nuestra Constitución adoptó el primero. A nuestro parecer, esta decisión fue la correcta y debiera conservarse en la nueva Carta Fundamental, principalmente por razones de justicia. En efecto, si es que el expropiado no recibiera como indemnización el monto correspondiente al daño patrimonial efectivamente causado (que se calcula por el precio de mercado), la sociedad se vería beneficiada a costa del menoscabo de una persona, quien, sin poder elegir, estaría siendo despojada de su propiedad sin una justa retribución. Además, esto contribuye a dar mayor certeza a la población de que, en caso de expropiación, no terminarán perdiendo gran parte del producto de lo que con esfuerzo han logrado conseguir.



<sup>29</sup> VIVANCO (2007): 504.

<sup>30</sup> SOTO (2020): 127.

## Conclusiones:

Las líneas anteriores tuvieron como finalidad plantear, a grandes rasgos, las tres principales discusiones que seguramente deberá enfrentar la Convención Constitucional al momento de consagrar el derecho de propiedad en la nueva Constitución. Como se percibió, hay un mal entendimiento en un importante sector de la sociedad que considera que la propiedad estaría protegida de manera excesiva en nuestra Carta Fundamental, al punto de ocupar un rol de centralidad en desprecio de otras garantías fundamentales. En realidad, esta percepción debe ser atribuida más bien a la jurisprudencia y doctrina que aún se encuentran en deuda en cuanto a definir criterios concretos que permitan equilibrar de una adecuada manera los derechos del propietario y los intereses de la comunidad, como mandata expresamente la Constitución, la cual permite limitar el dominio cuando así lo exija su función social.

Asimismo, se hizo referencia a la zona gris que existe actualmente para fijar los límites entre regulación y expropiación. En esto, la futura Carta Fundamental sí tiene mucho que aportar, ya que podrían consagrarse explícitamente ciertas

pautas objetivas que permitan guiar a los jueces para que puedan decidir de mejor manera cuando se encuentren frente a la disyuntiva de si la ley es limitativa de la propiedad o derechamente expropiatoria y, por consiguiente, cabría proceder con la indemnización.

Por último, se abordó el tema de la expropiación, lo que tenía por objetivo defender la regulación vigente, la que ha permitido dar seguridad a la ciudadanía de que no serán privados de sus bienes arbitrariamente, sino que solo por una justificación razonable y teniendo siempre derecho a una justa indemnización.

Evidentemente, estos tres grandes temas están lejos de acabar la discusión sobre la propiedad. En efecto, los Convencionales Constituyentes deberán debatir sobre muchos otros asuntos vinculados a esta garantía fundamental, los cuales exceden el objeto de estos párrafos. Sin embargo, sí permiten realizar algunas conclusiones importantes e ir adentrándose en el que será, quizás, uno de los derechos que más polémicas generará dentro del debate público durante los próximos meses.



# BIBLIOGRAFÍA

CEA, José Luis (2012): Derecho constitucional chileno, Tomo II (Ediciones UC).

CEA, José Luis (1988): Tratado de la Constitución de 1980 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CHILE: STC 505-2006.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf) Fecha de consulta: 25 de julio de 2021.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA DE 2019. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20191016105022/Constitucion-Cuba-2019.pdf> Fecha de consulta: 25 de julio de 2021.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE DE 1980.

EL MERCURIO (12/07/2014).

LA TERCERA (19/05/2021). Disponible en: <https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/modelo-economico-afp-banco-central-derecho-de-propiedad-y-aguas-el-test-economico-para-los-constituyentes-independientes/CQVIQPUV2NDCJPGDBSCZSS6JRU/> Fecha de consulta: 25 de julio de 2021.

LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA DE 1949. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> Fecha de consulta: 25 de julio de 2021.

LEY N° 16.615 (20/01/1967), Modifica la Constitución Política del Estado.

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL. BOLETÍN N°11.617-07.

RUIZ-TAGLE, Pablo (2018): "La propiedad en Chile y sus dilemas", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, V. 51. Pág. 228.

SOTO, Sebastián (2020): La hora de la Re-Constitución. (Santiago, Ediciones UC). TELE13 RADIO (21/10/2015).

VIVANCO, Ángela (2007): Curso de derecho constitucional, Tomo II (Ediciones UC).

YRARRÁZVAL, Arturo (2019): Manual de Derecho Económico (Ediciones UC).



# III. AGUAS, MINERÍA Y NUEVA CONSTITUCIÓN EN LA MATERIA

*Autor: Rodrigo Meléndez*

La Constitución vigente regula en su artículo 19 número 24, junto con el derecho de propiedad, el derecho de aprovechamiento de las aguas y el estatuto de propiedad minera. Ambos asuntos comprenden materias sensibles para la economía nacional, pues afectan directamente dos áreas que entregan trabajo a buena parte de la población del país. Sin embargo, en vista de algunas propuestas constitucionales en las que se postula acabar con la "propiedad privada del agua" y la nacionalización de los recursos naturales, vale analizar la situación actual de estas materias en la Constitución y entregar algunas propuestas.

## 1. Derecho de aprovechamiento de las aguas

### 1.1. Regulación constitucional

El agua está regulada en el artículo 19 número 24 inciso final: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;". Como se puede apreciar, la regulación constitucional sobre las aguas no es extensa, sino breve, y remite a la ley. Así, la Constitución se limita a reconocer el "derecho de aprovechamiento de las aguas" de los particulares y, por lo tanto, es el Código de Aguas el que se encarga de establecer el marco normativo del sistema de gestión de aguas.

### 1.2. Regulación legal

De este modo, el Código de Aguas es el texto legal que se encarga de la gestión de las aguas. Sus normas aplican por igual en todo el país, a pesar de existir gran diversidad de climas, disponibilidad de aguas superficiales y subterráneas, demanda

de consumo y problemas para su extracción entre las diversas regiones.

Dicho Código, establece en su artículo 5° que: "Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código", reafirmando lo que señala la Constitución sobre el derecho de los particulares de aprovecharlas, pero constituyéndolas como un bien nacional de uso público.

Continúa señalando que el derecho de aprovechamiento es un derecho real -sobre cosas, no respecto de personas- que abarca el uso y goce de las aguas,<sup>31</sup> que el titular del derecho de aprovechamiento tiene dominio sobre él y que, por tanto, puede usar, gozar y disponer de él según las normas legales, y que puede renunciar total o parcialmente a él.<sup>32</sup>

El procedimiento para obtener el derecho de aprovechamiento es un procedimiento administrativo ante la Dirección de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, aunque no todo derecho de aprovechamiento requiere de constitución,<sup>33</sup> pero éstos últimos constituyen la excepción. La constitución puede ser a petición de parte o de oficio, es decir, la Dirección de Aguas tiene la potestad de ofrecer en remate público el otorgamiento de los derechos disponibles y no solicitados.<sup>34</sup>

Dado que el titular tiene propiedad sobre el derecho de aprovechamiento, no se contempla medida alguna para revocar dicho derecho, fuera del caso de que el derecho esté sujeto a plazo o condición. Si la autoridad desea privar a un particular del aprovechamiento, deberá iniciar un proceso expropiatorio con todas las garantías que se establecen en el artículo 19 número 24 de la Constitución.

<sup>31</sup> CÓDIGO DE AGUAS, Chile. Art. 6

<sup>32</sup> CÓDIGO DE AGUAS, Chile. Art. 7

<sup>33</sup> CÓDIGO DE AGUAS, Chile. Art. 20

<sup>34</sup> CÓDIGO DE AGUAS, Chile. Art. 146

### 1.3. Estatización

A raíz del itinerario constituyente y la campaña electoral de convencionales constituyentes, cierto sector político levantó el problema de la sequía como bandera de lucha y lo transformó en una demanda por la “nacionalización” del agua, que no es más que la estatización de la gestión de la misma, lo que, señalan, debiera quedar reflejado en el proyecto de nueva Constitución que deberá elaborar la Convención Constitucional.

Si bien no se sabe en qué modelo ello podría terminar -algunos proponen un modelo de concesiones, que no es muy distinto a lo que se tiene en la actualidad-, la propuesta de la “nacionalización” es criticada por varios autores, entre ellos Vergara, por los siguientes motivos:<sup>35</sup>

1. La mera declaración constitucional no solucionará, por sí sola, el problema de la gestión del agua;
2. La realidad señala que, lejos de la dicotomía entre bienes públicos y bienes privados, las aguas son bienes comunes, lo que significa que son auto gestionadas por quienes las usan y el Estado debe regularlas, no disputar la propiedad. De hecho, ser bienes nacionales de uso público implica que no son bienes estatales;
3. La tendencia legislativa mundial va hacia la desestatización de los recursos naturales, lo que no significa una imposibilidad de regular, sino que es inútil tratar de solucionar el problema por medio del aumento patrimonial del Estado.<sup>36</sup>

### 1.4. ¿Problema de consumo o de gestión?

El mismo sector político que propone la estatización señala, como fundamento para que el Estado sea el propietario de todas las aguas, que existe un consumo desmedido de cierto sector industrial, particularmente en el norte del país, en el que la actividad minera impide el

consumo humano. Por lo tanto, señala que debe establecerse prioridad en el uso de las aguas para el consumo humano en la Constitución.

Si bien el agua constituye uno de los bienes más importantes para la subsistencia humana, si no el más importante, la existencia de una norma constitucional como aquella no es problemática, mas es inútil.

El consumo humano corresponde al 11,8% de la demanda,<sup>37</sup> aunque otros estudios lo establecen en torno a un 6,3%<sup>38</sup>. La minería, por ejemplo, corresponde a un 3,9% de la demanda de agua nacional,<sup>39</sup> y la industria agrícola al 72,3% de la demanda total, aunque algunos la establecen en un 88%.<sup>40</sup> También es relevante considerar el tipo de uso que se hace del agua, esto es, si el derecho en cuestión es consuntivo o no. En efecto, la minería y otras industrias pueden dar uso al agua en más de una ocasión, mientras que la agricultura es derechamente consuntiva: esto es, el uso necesariamente la consume.

Estos datos son relevantes en cuando dan cuenta de dos cosas: (i) gran parte de la demanda de agua no está en el consumo humano y, por tanto, establecer su consumo preferente no es tan problemático, pero es inútil para solucionar los problemas de consumo de agua en varios sectores del país; y (ii) para aumentar la disponibilidad del agua no necesariamente se debe estatizar el agua, sino mejorar su gestión, método de obtención y consumo, particularmente en la agricultura que se constituye como el principal consumidor de agua.

Sobre esto último, los datos más recientes sobre la superficie de riego bajo riego tecnificado señalan que, de las 1.093.812,91 hectáreas regadas del país, 303.972,5 hectáreas son regadas con sistemas de riego tecnificado, es decir, sólo el 27,8% de la superficie regada total.<sup>41</sup> Por lo tanto, modificar el uso del agua puede llegar a tener mucho mayor impacto en su disponibilidad que, por ejemplo, la sola disposición constitucional.

<sup>35</sup> Cfr. VERGARA (2015): 32-33

<sup>36</sup> VERGARA (2015): 36

<sup>37</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2020): 14

<sup>38</sup> ESCENARIOS HÍDRICOS 2030 (2018): 75

<sup>39</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2020): 14

<sup>40</sup> ESCENARIOS HÍDRICOS 2030 (2018): 75

<sup>41</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2007)

## 2. Derecho de propiedad minero

### 2.1. Regulación constitucional

El artículo 19 número 24 de la Constitución, sobre el derecho de propiedad, destina un gran espacio para regular el derecho de propiedad minero. Si bien existe un Código de Minería y otras disposiciones legales sobre la propiedad minera, las bases fundamentales están establecidas en la Constitución, por lo que, a diferencia de las aguas, no se entrará en detalle en la ley. Así, entre sus incisos sexto y décimo se establece, entre otros, que: <sup>42</sup>

1. El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, sin perjuicio de la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas;
2. Será la ley la que señale aquellas sustancias que pueden ser objeto de concesiones o de explotación, con la expresa excepción de los hidrocarburos líquidos o gaseosos -petróleo y gas natural-;
3. Que las concesiones deben ser otorgadas por resolución judicial y cuya duración, derechos y deberes estarán contemplados por una ley orgánica constitucional;
4. Que la propiedad sobre la concesión minera está amparada por la protección constitucional de la propiedad;
5. Que la extinción de la concesión es de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia.

### 2.2. Visiones sobre la relación entre el Estado y la actividad minera

Como señala Arturo Fermandois, profesor de Derecho constitucional, existen dos teorías sobre la relación entre el Estado y la actividad minera. La primera, denominada “de libertad de minas” o “del dominio eminente”, postula que el Estado es el dueño de las minas, pero que ejerce un dominio -o propiedad- virtual, careciendo el Estado de la facultad de usar y gozar de ellas. <sup>43</sup> De esta manera, se justifica la entrega de las minas a la Sociedad Civil para que las exploten y cumplan con las obligaciones establecidas por ley. <sup>44</sup> Esta teoría tendría su origen en la legislación castellana de la época hispana de la historia de Chile, lo que permitía a la Corona conceder a sus vasallos la posesión y propiedad de las minas. <sup>45</sup> Esta parece ser la visión adoptada por la Constitución vigente, como continuación de una tradición jurídica determinada.

La segunda, denominada “sistema regalista” o “de dominio originario del Estado”, señala que el Estado tiene un dominio patrimonial absoluto respecto de las minas que se encuentren dentro del territorio nacional. Quienes sostienen esta posición lo hacen bajo dos fundamentos: (i) las minas sólo tienen valor insertadas en el medio social, el que se desarrolla por el Estado y los habitantes, entendido como la infraestructura necesaria para la explotación de las minas, tales como puertos, vías de transporte, ciudades, etc; y (ii) porque las minas tienen por origen la naturaleza y no el trabajo del hombre, por lo que sería lógico que el Estado fuera su dueño en primer lugar. <sup>46</sup>



43 FERMANDOIS (2010): 409.

44 FERMANDOIS (2010): 409.

45 FERMANDOIS (2010): 409.

46 FERMANDOIS (2010): 409-410.

### 2.3. Garantías del sistema vigente

El sistema vigente de la propiedad minera posee grandes garantías que favorecen la inversión y la seguridad jurídica de quienes estén dispuestos a practicar la minería.

La principal y gran seguridad es el derecho de dominio por sobre la concesión minera, lo que permite el resguardo de las millonarias inversiones necesarias para la explotación minera. En efecto, si la concesión minera no estuviese protegida por la propiedad, el Estado podría privar al particular de ella, privándolo también de las instalaciones, infraestructura y otras inversiones que debió realizar lo que, además, supone un enriquecimiento indebido del Estado. Por lo mismo, el estar protegido por el derecho de propiedad implica, también, estar protegido por el estatuto constitucional de la expropiación.

Lo anterior debe ser relacionado con la exigencia de constituir y terminar las concesiones por medio de resolución judicial, procedimiento que por razones históricas ha dado más garantías que un procedimiento administrativa y adicionalmente la primera está revestida de la calidad de cosa juzgada.

Por último, se establece la exigencia constitucional de que las causales de caducidad de la concesión deben estar establecidas al momento de otorgarse dicha concesión. Es decir, nadie podrá ver su concesión caducada o terminada por motivos no existentes al momento de obtenerla. Nuevamente, esto significa un gran aporte en la creación de un ambiente propicio para la llegada de inversiones y la entrega de seguridad jurídica a los inversionistas.

### 3. Propuestas

#### 3.1. Constitución de derechos de propiedad sobre la concesión minera y de derechos de aprovechamiento de las aguas por resolución judicial

La gran ventaja del estatuto constitucional minero debe ser ampliada o extendida hacia resguardo constitucional del derecho de aprovechamiento de las aguas, esto es, su constitución u otorgamiento por medio de resolución judicial. Así, esta ventaja se convierte en un elemento de seguridad frente a posibles arbitrariedades de la autoridad que, bajo otro modelo, podrían darse.

De esta manera, resulta esencial para el resguardo de un ambiente de inversiones fértil, propicio para el crecimiento económico y sólido para la creación y mantención de empleos tanto en el sector agrícola como en el minero el que ambos derechos deban ser constituidos por medio de una resolución judicial, de manera que sea el juez quien los otorga -y no la autoridad administrativa- por medio de una sentencia con efecto de cosa juzgada.

#### 3.2. Posibilidad de revocación de tales derechos por medio de una sentencia judicial

Si bien es cierto que el sistema no ha estado exento de malas prácticas de los particulares, ello no debe ser justificación para que se permita una revocación de dichos derechos por la autoridad administrativa. Al contrario, y según el aforismo “las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen”, la posibilidad de revocar un derecho de aprovechamiento de aguas o una concesión minera debe ser, al igual que su constitución u otorgamiento, por medio de una sentencia judicial.

Además, se propone que el resguardo en materia minera sobre la exigencia de que las causales de caducidad deben existir al momento de otorgarse la concesión sea ampliado al derecho de aprovechamiento de las aguas. Junto con esto, se propone que dichas causales sean



eminentemente técnicas, establecidas por ley y que, de iniciarse un juicio revocatorio, deban ser probadas mediante peritajes técnicos.

### *3.3. Ampliación de las sustancias concesibles*

La Constitución establece que “Corresponde a la ley determinar qué sustancias (...), exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, puede ser objeto de concesiones de exploración o de explotación”.<sup>47</sup>

Sin embargo, la Ley N° 18.097 orgánica constitucional sobre concesiones mineras señala en su artículo 3° inciso cuarto que no son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos y el litio, entre otros. Lo anterior implica que no les son aplicables a tales sustancias las normas sobre concesión minera y que, por tanto, su explotación corresponde en primer lugar a la iniciativa del Estado.

Así, sólo si el Estado lo quiere se puede permitir la participación de la Sociedad Civil en estas actividades. En función de lo anterior, se propone omitir cualquier excepción a la norma general, de manera de que las sustancias mineras sean siempre concesibles, para aplicar el exitoso régimen de concesiones mineras al litio y a los hidrocarburos que, en general, tienen poco desarrollo en el país. Así se permite la entrada de inversiones mineras y se fomenta la búsqueda de yacimientos de tales sustancias, pues nadie busca aquello de lo que no se puede aprovechar.

### *3.4. Establecer como deber del Estado el fomento del uso de avances tecnológicos en la extracción, gestión, distribución y consumo de los recursos hídricos*

Como ya se señaló, el problema del agua pasa más por un problema en su administración y uso y no tanto por el estatuto constitucional que ella tenga. Por lo mismo, si bien no le corresponde a la Constitución regular el uso

del agua detalladamente, sí se puede establecer como deber del Estado el fomento de técnicas eficientes y avanzadas tecnológicamente de uso de los recursos hídricos, tales como riego tecnificado en la industria agrícola; además de fomentar, ya sea por medio de concesiones o subsidios, extracción de agua salada desde el mar para tratarlas en plantas desalinizadoras con el objeto de disponer de mayor cantidad de recursos disponibles, cualquiera sea su demanda, y diversificar la fuentes de extracción del agua.

## **4. Conclusiones**

En síntesis, el proyecto de nueva Constitución que será redactado por la Convención Constitucional no debe dejar de lado el estatuto de propiedad minera actual. Al contrario, sus garantías pueden ser útiles para el futuro, por lo que se propone que se mantengan y amplíen a otras áreas como aquellas sustancias actualmente no concesibles y los derechos de aprovechamiento de aguas, a fin de crear un estatuto constitucional común sobre la explotación de recursos naturales. Además, sobre el agua en particular, es relevante tener presente las causas del problema de escasez hídrica, cuáles son soluciones eficaces a tal problema, y cuáles de éstos pueden y deber quedar plasmados en una hipotética nueva Constitución.

<sup>47</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, CHILE. ART. 19 N° 24 INC. SÉPTIMO

## BIBLIOGRAFÍA

ESCENARIOS HÍDRICOS 2030 (2018): Radiografía del agua. Brecha y riesgo hídrico en Chile (Santiago de Chile)

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2010): Derecho Constitucional Económico. Regulación, tributos y propiedad, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, primera edición)

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2007): "Superficie regada en las explotaciones agropecuarias año agrícola 2006-2007 por sistemas de riego" en Censo agropecuario. Disponible en: <https://www.ine.cl/estadisticas/economia/agricultura-agroindustria-y-pesca/censos-agropecuarios>. Fecha de consulta: 28 de julio de 2021.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2020): Mesa Nacional del Agua. Primer informe. (Santiago de Chile)

VERGARA BLANCO, Alejandro (2015): Crisis institucional del agua. Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales (Santiago, Ediciones UC)

CHILE, Código de Aguas (29/08/1981)

CHILE, Constitución Política de la República (22/09/2005)

CHILE, Ley N° 18.097 (21/01/1982), orgánica constitucional sobre concesiones mineras

## IV. LA AUTONOMÍA DEL BANCO CENTRAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

*Autora: Florencia Muñoz*

### *1. Características y principales funciones del Banco Central*

Chile regula a nivel constitucional una serie de instituciones, entre las que encontramos, en materia económica, el Banco Central. Este organismo se encuentra reglamentado en el capítulo XIII de la actual Constitución Política de la República. Es definido por la doctrina como “una entidad que posee el monopolio de la producción y distribución del dinero oficial en una nación o bloque de países. A su vez, es la institución que dicta la política monetaria para regular la oferta de dinero en la economía”.<sup>48</sup> Se trata de un órgano que se encarga de poner en circulación entre los consumidores billetes y monedas, por lo que es de gran importancia para el país.

Actualmente, la discusión constitucional de la Convención deberá entrar a debatir sobre el mantenimiento de este órgano, pero, sobre todo, su autonomía, es decir, la independencia con que esta institución funciona. Esta autonomía puede definirse como la “capacidad para tomar decisiones en el ámbito que le concierne, en forma autónoma y sin recibir instrucciones del gobierno”.<sup>49</sup> Diferentes autores han considerado que una de las innovaciones más valiosas de la institucionalidad económica de los últimos años ha sido la independencia del Banco Central, pero esto no siempre fue así, ya que en un principio carecía de esta característica en Chile, a diferencia de países como Estados Unidos, Francia o Alemania. Inicialmente, su legitimidad fue cuestionada, pero con el tiempo, y de manera progresiva, la autonomía del Banco Central fue considerablemente aceptada.

Este órgano hoy se caracteriza por ser una entidad autónoma de rango constitucional, que goza de personalidad jurídica, patrimonio propio y es de duración indefinida. Dentro de sus principales funciones, se encuentran velar por la estabilidad de la moneda, es decir, mantener la inflación en bajos niveles de manera estable en el tiempo, y velar por el normal funcionamiento de los pagos internos y externos, de manera tal de promover la estabilidad y eficacia del sistema financiero.<sup>50</sup>

### *2. Historia y evolución del Banco Central en Chile*

La mayoría de los Bancos Centrales en el mundo fueron creados en el siglo XX, y el Banco Central chileno no fue la excepción, pues este se creó en 1925 por recomendación de la Misión Kemmerer. Tal como señala Carrasco, “estas instituciones centrales nacieron para cumplir ciertas funciones que el desarrollo monetario y financiero fue haciendo necesarias. Llegó una etapa en que se requirió contar con un único banco emisor de papel moneda, después de que frecuentes crisis bancarias y una extrema inestabilidad de las monedas, además de malas prácticas fiscales, hicieran ver la conveniencia de entregar el monopolio de la emisión a un organismo central especializado”.<sup>51</sup> Su finalidad fue regular la circulación de dinero y su objetivo principal fue asegurar la estabilidad de la moneda en el país.

Como antecedente a la creación de este organismo, en el siglo XIX el desarrollo del sistema bancario sufría frecuentes crisis y desvalorizaciones del peso chileno, convirtiéndolo en un sistema inestable. Sin embargo, a partir de 1921 hasta 1924, se realizaron una serie de proyectos que buscaban reformar el sistema monetario con el propósito de que esta se mantuviera en el tiempo. Pero no fue hasta 1925 que se creó el primer Banco Central en Chile, lo que marcó un antes y un después en las políticas económicas del país.

<sup>48</sup> CFR. WESTREICHER (2019).

<sup>49</sup> EYZAGUIRRE Y VERGARA (1993): 328.

<sup>50</sup> LAGOS (2021): 61.

<sup>51</sup> CARRASCO (2009): 4.

### *a. Misión Kemmerer en Chile:*

Durante 1925 se inician en Chile, bajo la dirección del Presidente Alessandri, las gestiones para contratar a la Misión Kemmerer. Esta consistía en una junta de consejeros financieros estadounidenses, liderada por Edwin Walter Kemmerer, que asesoraría al gobierno en la preparación de los proyectos de ley que darían vida a diferentes entidades económicas, entre ellas, el Banco Central. La principal razón que se tuvo para contratar a esta comisión fue “la necesidad de validar políticamente la creación de un Banco Central. La aceptación de esta nueva institución por parte de la opinión pública y de sectores que todavía se resistían a su creación, requería de un signo de validación externa, ya que el largo tiempo de debates parlamentarios, la diversidad de proyectos y los frustrados intentos de un acuerdo habían demostrado que no se lograría de otra manera”.<sup>52</sup> Además, la experiencia comparada con otros países demostraba que contratar extranjeros que fueran expertos en el tema, acarrearía, en general, un satisfactorio resultado.

De esta forma, la misión buscaba diferenciar nítidamente al Banco Central de los bancos comerciales, como forma de terminar con las irresponsabilidades y desordenes que existían. Es necesario señalar que este órgano no fue definido en la Constitución de 1925, como actualmente se encuentra en la Constitución de 1980, sino que fue materia de ley. En virtud de aquello, el gran problema que se produjo fue que la ley no le otorgaba el carácter autónomo que hoy en día representa a esta institución.

### *b. Constitución de 1980 y Ley Orgánica Constitucional N° 18.840 (1989):*

La Constitución Política de la República de 1980 adopta un modelo de economía social de mercado, que incluye una serie de disposiciones que buscan fortalecer la estructura económica chilena basándose en distintos principios como

el derecho de propiedad, libertad económica, autonomía técnica de órganos del Estado, etc. A partir de esto, se establece la inclusión del Banco Central en la Carta Fundamental con autonomía propia y elevándola a rango constitucional, lo que permitió entregarle mayor estabilidad al órgano. Tanto para Chile como para el resto de Latinoamérica el carácter autónomo del Banco Central fue una innovación, pues fue uno de los primeros países latinoamericanos en transitar hacia esta institucionalidad.

El artículo 108 de la actual Constitución, contiene un mandato de creación de una ley orgánica constitucional que deberá determinar la composición, organización y funciones de un organismo autónomo con patrimonio propio y carácter técnico denominado Banco Central. Esta Ley Orgánica Constitucional es la ley N° 18.840 de 1989, que surge en virtud de la disposición de la Constitución ya referida. Dicha ley señala que el Banco Central será autónomo en cuanto a la posibilidad de fijar políticas públicas y tendrá patrimonio propio, pero con ciertas limitaciones, como por ejemplo, los informes que el Consejo del Banco Central debe emitir al Ministerio de Hacienda.<sup>53</sup>

Por otro lado, el artículo 109 del mismo cuerpo normativo, señala que el órgano no tiene posibilidad de estar al servicio del gobierno central o regional,<sup>54</sup> sino que se trata de un actuar independiente, que obliga al gobierno a cumplir con sus programas financieros. La independencia del órgano, que otorgó la actual Constitución, ha permitido que exista confianza en la ciudadanía respecto del manejo macroeconómico del país.

Además, en 1925 junto con las propuestas de la Misión Kemmerer, se promulgó el Decreto con Fuerza de Ley N° 486 que fijaba el texto definitivo de la Ley del Banco Central, sin embargo, este decreto no se refirió a su autonomía a diferencia del Decreto con Fuerza de Ley N° 247 de 1960, cuya importancia justamente fue reconocer el carácter autónomo del Banco Central, dejando de integrar la administración central del Estado sometida a la dirección del Poder Ejecutivo.

<sup>52</sup> CARRASCO (2009): 80.

<sup>53</sup> HISTORIA DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL 18.840, 1989.

<sup>54</sup> ESTUDIO DEL INSTITUTO RES PUBLICA (2021): 4.



Es relevante mencionar también que más adelante distintas leyes orgánicas mantuvieron la institución, pero ampliando sus facultades y composición.

### 3. *Importancia autonomía Banco Central Constitucional N° 18.840 (1989):*

Actualmente es de gran importancia mantener la autonomía del Banco Central, ya que si este órgano es independiente será posible evitar que las políticas monetarias se vean influidas por la discusión política de corto plazo que en algún momento generarán costos relevantes para el país.

La independencia tiene dos dimensiones: (i) libertad en la elección de instrumentos para el cumplimiento de sus objetivos; y (ii) libertad en el accionar de sus autoridades, sujetas a una adecuada rendición de cuentas y transparencia en su actuar.<sup>55</sup>

Sin embargo, para que el Banco Central pueda actuar de forma autónoma, es necesario que este órgano, en el ejercicio de sus funciones, actúe con independencia del poder político, pues solo de esta forma será posible que, frente a urgencias, determine su actuar de forma veloz y competente, dando soluciones y cumplimiento a sus funciones de garante frente a la estabilidad de la moneda, control de inflación, etc.

Si bien es cierto que algunos autores creen que las cuestiones económicas y sociales deben excluirse de la Constitución por ser un texto político, la mayoría estima que es necesario reconocer su valor, puesto que ambos son variables determinantes en el funcionamiento del sistema político, por lo que, sí sería importante incorporar las cuestiones económicas y sociales, como elementos en el ámbito constitucional, incluyendo así la institución del Banco Central.

El 69% de los candidatos a constituyentes señaló, en período de campaña, que consideraba necesario mantener la autonomía que caracteriza al Banco Central, mientras que el 13% de los

consultados, busca mantenerla con algunos reparos.<sup>56</sup> En virtud de esto, se puede decir que para gran parte de los redactores de la próxima Constitución consideraban importante separar al Banco Central de la administración del Estado, garantizándole su autonomía. Está por verse si esto se mantiene ahora que los convencionales ya han sido elegidos y proclamados, y están por iniciarse las discusiones sustantivas en materia constitucional.

### 4. *Conclusión*

Finalmente el Banco Central configura una institución que vela por el correcto funcionamiento de la estabilidad económica en un país. En Chile este órgano goza de una característica importante y necesaria: su autonomía.

Gracias a ella ejerce sus funciones y fija políticas económicas con independencia de la administración de turno, cuestión que permite generar, como fue anteriormente explicado, confianza en la ciudadanía así como en los actores internacionales. Es importante mencionar que este órgano permite garantizar una estabilidad económica junto con incentivar el desarrollo del país contribuyendo al bien común de los ciudadanos, por ello, es necesario que su discusión constitucional gire en torno a su autonomía, manteniéndola.

Desde luego, la misión principal del Banco es controlar la inflación. El correcto desempeño de esta función, que pasa por su carácter autónomo, puesto que esa es la única manera real de que sus decisiones respondan a criterios técnicos y no políticos, ha sido una de las claves del exitoso desarrollo de nuestro país en los últimos 30 o 40 años. Estos 30 años han permitido el mayor nivel de bienestar y de movilidad social, entre otras cosas, porque la institución del Banco Central ha sido respetada y ha gozado del prestigio que merece. Si queremos recuperar la senda que habíamos perdido, del mayor progreso de nuestra historia, la autonomía del Banco Central jugará sin duda un papel fundamental. De lo contrario, ponemos seriamente en riesgo la capacidad de Chile de recorrer el camino hacia el pleno desarrollo, con todo lo que eso significa.

<sup>55</sup> CFR. CORBO (2021).

<sup>56</sup> LA TERCERA, EDICIÓN DE 16 DE MAYO DE 2021.

## BIBLIOGRAFÍA

Guillermo Westreicher, M. Q. (18 de Noviembre de 2019). Economipedia. Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/banco-central.html>

Eyzaguirre, N., & Vergara, R. (1993). Reflexiones en torno a la experiencia de autonomía del Banco Central de Chile. Cuadernos de Economía Año 30, No. 91, La Banca Central: Lecciones de Experiencias de Autonomía, 328. Obtenido de [https://www.jstor.org/stable/23830499?read-now=1&refreqid=excelsior%3A8260dco44264fa4593654fe9017aae5b&seq=3#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/23830499?read-now=1&refreqid=excelsior%3A8260dco44264fa4593654fe9017aae5b&seq=3#page_scan_tab_contents)

Lagos, José Francisco (editor) (s.f): Claves del debate constituyente. Santiago: Res Publica .

Carrasco, C. (2009 ). Banco Central de Chile 1925-1964: Una historia institucional. Santiago : Banco Central de Chile .

Res Publica . (2021). Mirada Pública nº21: Autonomía del Banco Central . Santiago , Chile .

Corbo, V. (7 de Marzo de 2021). CEP . Obtenido de <https://www.cepchile.cl/cep/opinan-en-la-prensa/la-importancia-de-la-independencia-del-banco-central>

La Tercera. (16 de Mayo de 2021). La Tercera. Obtenido de <https://www.latercera.com/pulso/noticia/banco-central-autonomo-consulta-muestra-que-mayoria-de-candidatos-a-convencion-constituyente-esta-de-acuerdo/QNKVF3D5JREMHMSFNNLEA76UM/>

Bianchi, A. (2009 ). La Autonomía del Banco Central de Chile: Origen y Legitimación.

Economía Chilena - Vol. 12 N°3 .

OCTAVO INSUMO CONSTITUCIONAL:

# LIBERTAD ECONÓMICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

---

**Equipo**  
Instituto Res Publica