



Minuta

Comentarios a las propuestas de norma constitucional sobre expropiación y propiedad indígena

I. Antecedentes

El día 10 de marzo de 2022, el Pleno de la Convención Constitucional debatió y votó en general las propuestas de norma constitucional contenidas en el [Primer informe](#) de la Comisión de Derechos Fundamentales. Fueron rechazados en general los artículos 18 a 22, referidos al derecho de propiedad, propiedad intelectual e industrial, expropiación y propiedad indígena.

Los días 30 y 31 de marzo de 2022, se sometió a la deliberación y votación del Pleno el respectivo [Informe de reemplazo](#). Se aprobaron en particular por los 2/3 de los convencionales los incisos 1 y 4 del artículo 18 sobre derecho de propiedad¹ y el inciso 1 del artículo 20 sobre expropiación². Por su parte, se desechó definitivamente el inciso 2 del artículo 18 que negaba la propiedad sobre los títulos administrativos para la prestación de servicios públicos o explotación de bienes comunes, cuestión que celebramos en atención al grave deterioro a la certeza jurídica de las concesiones y contratos administrativos que habría ocasionado su aprobación. También se desechó el inciso 3 del artículo 18 sobre propiedad minera.

Los incisos 2 y 3 del artículo 20 sobre expropiación y el artículo 21 referido a la propiedad indígena fueron rechazados en particular. Dado que obtuvieron el voto favorable de más de la mitad de los convencionales, la Comisión de Derechos Fundamentales deberá elaborar una nueva propuesta respecto a estas normas. Esta etapa del procedimiento constituye una oportunidad para corregir ciertas falencias y perfeccionar su formulación.

II. Normas que serán objeto de una nueva propuesta

a) Expropiación

Artículo 20.-

Inc 2: La ley determinará los criterios para definir el justo monto del pago, su forma y oportunidad, debiendo considerar tanto el interés público como el del titular.

Inc 3: La persona expropiada podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio y de su monto ante los tribunales que determine la ley.

¹ **Artículo 18. Derecho de propiedad.** Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la Naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables.

Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica.

² **Artículo 20.- (Expropiación)** Ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés general declarado por el legislador.



1. Al regular la expropiación, la Constitución debiera indicar por una parte que aquella es el acto que se deriva del ejercicio de una potestad entregada por ley a un órgano administrativo y, por la otra, establecer los mecanismos de garantía y protección de quien se ve privado de un bien de su propiedad de cualquier clase -corporal o incorporal-. La Constitución debe hacerse cargo de ambos aspectos.
2. Dado que la expropiación importa un atentado al contenido esencial del derecho de propiedad que se garantiza a nivel constitucional, surge como uno de sus elementos esenciales la **indemnización**, elemento que fue expresamente omitido en la propuesta de la Comisión de Derechos Fundamentales.
 - La propuesta presentada por la Comisión de DDFF y rechazada por el Pleno solo aludía al término “justo monto del pago”, el cual además de ser demasiado vago es confuso. Esto último ya que el término “pago” es usual en materia de contratos y esa no es la naturaleza de la expropiación, precarizando así la garantía. Por el contrario, el omitido concepto de “indemnización” es el que realmente corresponde a la norma, puesto que conlleva un sentido de reparación del daño efectivamente causado al expropiado.
 - Es importante destacar que el constitucionalismo comparado refiere casi invariablemente a la indemnización cuando regula las expropiaciones. Así lo hacen, por ejemplo, las constituciones de Argentina (Art. 17), Alemania (Art. 14), Bolivia (Art. 57), España (Art. 33), Francia (Art. 17) e Italia (Art. 43), entre otras tantas.
3. Otro aspecto que resulta necesario revisar en la propuesta es la delegación a la ley que efectúa la Constitución para la determinación del contenido de la indemnización. Si bien es valioso que se encomiende al legislador definir ciertos parámetros que tendrán que aplicar los tribunales para fijar la indemnización, **es un retroceso que el núcleo de este parámetro no esté en la Constitución**, como ocurre en la actualidad.
 - Algunos ordenamientos jurídicos entregan todos los pormenores de la determinación de la indemnización por efecto de la expropiación a la ley, sin fijar criterios materiales para su determinación. Así lo hacen, por ejemplo, las constituciones de España (Art. 33.3), Italia (Art. 42), Argentina (Art. 17).
 - Sin embargo, atendida la historia del país -desprotección de la propiedad asociada a los años 60 y 70-, parece más ajustado a la garantía del derecho de propiedad privada, que la Carta adopte la fórmula de indicar en forma expresa algunos criterios materiales conforme a los cuales deberá fijarse la indemnización por expropiación -cualquiera sea el procedimiento para su determinación: de común acuerdo entre expropiante o expropiado o por el juez que resuelva el conflicto de su determinación definitiva.
 - No se entiende la razón que puede motivar la innovación respecto de la norma actual que asegura a toda persona que en caso de ser expropiada de todo o parte de un bien de su propiedad, se le indemnizará el **daño patrimonial efectivamente causado**, lo que constituye, al mismo tiempo, una garantía para el propietario y su libertad, y un límite al ejercicio del poder legislativo, administrativo y judicial.



- Asimismo, a nivel comparado, este criterio de que la indemnización debe comprender el daño patrimonial efectivamente causado es compartido por importantes tribunales nacionales e internacionales, como la Corte Suprema de Estados Unidos (U.S. v. Miller 317 U.S. 369 (1943), 373), el Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE 24, 367) y la Corte Europea de Derechos Humanos (James v United Kingdom [1986 ECHR 2]).
4. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “para alcanzar el pago de una justa indemnización esta debe ser adecuada, pronta y efectiva”, agregando que “se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste” (Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador). No se aprecia, por tanto, razón para no ser más precisos en esta materia en el texto constitucional, como además los son otras constituciones e instrumentos internacionales.
- La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que constituye un texto de rango constitucional en Francia, dispone que el expropiado tiene derecho a una “indemnización previa y justa” (artículo XVII).
 - La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece que “no se tomará la propiedad privada para uso público, sin una justa compensación” (Enmienda V).
 - En Perú, su Carta Fundamental establece que la expropiación requiere el “pago en efectivo de indemnización justipreciada” (artículo 70).
 - La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (artículo 21 N°2)
 - La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares señala que “cuando, en virtud de la legislación vigente en el Estado de empleo, los bienes de un trabajador migratorio o de un familiar suyo sean expropiados total o parcialmente, la persona interesada tendrá derecho a una indemnización justa y apropiada” (artículo 15).
5. Finalmente, la propuesta rechazada por el Pleno omite otras **garantías del expropiado** ante la expropiación: la posibilidad de acordar el monto de la indemnización y su forma de pago con el expropiante, y en caso de no existir tal acuerdo que el pago de la indemnización será al contado y en dinero efectivo, y efectuado antes de la toma posesión material. Son elementos relevantes para el ejercicio de la función del juez llamado a resolver los conflictos en la materia.



b) Propiedad indígena

Artículo 21.- Derecho colectivo indígena a sus tierras y territorios. Los pueblos y naciones indígenas reconocidas por esta Constitución y las leyes tienen derecho colectivo a las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. El Estado reconoce su especial relación con éstos, protegiendo y garantizando su ejercicio.

El Estado reconoce y garantiza la propiedad y posesión de las tierras indígenas, garantizando su demarcación y titulación.

Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a usar y administrar los territorios indígenas y recursos naturales que tradicionalmente han utilizado u ocupado, en conformidad con la ley.

Asimismo, los pueblos y naciones indígenas tienen el derecho a la reparación de las tierras, territorios y recursos que les hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados, transferidos o dañados, sin su consentimiento.

La restitución constituirá el mecanismo preferente de reparación, que será considerada siempre de utilidad pública y social, de conformidad a esta Constitución y la ley.

El ejercicio de los anteriores derechos tendrá como límites los derechos de la naturaleza y la función ecológica de la propiedad.

1. Esta propuesta de norma presenta varios aspectos que requieren una revisión y reformulación. Como aproximación general, debe observarse que esta redacción constituye una combinación de elementos normativos del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989, 'Convenio 169') y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007, 'Declaración'), más algunos elementos integrados por los propios convencionales. Lo anterior constituye un problema en sí, pues se trata de instrumentos internacionales cuya naturaleza jurídica es distinta y los mismo su fuerza vinculante (el Convenio 169 es un tratado internacional ratificado por Chile; la Declaración fue votada favorablemente por Chile pero no es estrictamente vinculante). Por otra parte, si bien el Convenio 169 y la Declaración tienen algunos elementos en común en su tratamiento de este tema, tienen asimismo estándares disímiles que son muy difíciles de congeniar en una norma constitucional, ejemplo de lo cual es que el Convenio 169 no establece un derecho a la 'reparación' ni 'a la restitución'.
2. La norma propuesta **no constituye una adecuada garantía del derecho de propiedad de las personas y pueblos indígenas**, pues sólo comprende la dimensión colectiva de este derecho. Si bien tanto el Convenio 169 como la Declaración lo abordan principalmente como un derecho colectivo, el derecho de propiedad indígena también tiene una dimensión individual cuyo ejercicio debe ser garantizado, lo que surge con claridad del artículo 1° de la Declaración que establece que "los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales", lo que ciertamente incluye al derecho de propiedad. La propuesta ignora la dimensión individual y sólo reconoce este derecho como un derecho colectivo.
3. La norma propuesta **no se relaciona armónicamente con el estatuto de las tierras indígenas consagrado en la Ley N°19.253 ('Ley Indígena')**. Son varias las razones que fundamentan esta aseveración, pero nos referiremos sólo a las más importantes:



- Desde luego, el estatuto de las tierras indígenas consagra el derecho de propiedad tanto individual como colectiva, por lo que la propuesta de norma constitucional dejaría sin garantía a la primera dimensión.
 - La Ley Indígena establece un estatuto de las tierras indígenas que limita severamente el ejercicio de los atributos del dominio sobre aquéllas, lo que genera a su vez importantes consecuencias sobre las oportunidades que tienen las personas y comunidades indígenas de desarrollar los planes de vida de su elección. Dado que este estatuto tiene hasta hoy un rango legal, es posible introducirle mejoras por medio de una modificación de la Ley Indígena. No obstante, la propuesta de norma constitucional señala que *“El Estado reconoce su especial relación con éstos, protegiendo y garantizando su ejercicio”*: esta protección que se encomienda al Estado quedaría establecida con rango constitucional y por tanto sólo podría ser modificada a través de una reforma constitucional.
4. La norma propuesta **no constituye una adecuada garantía del derecho de propiedad de las personas no indígenas**. Lo anterior se vincula con dos partes de la propuesta: (i) aquella que establece que *“los pueblos y naciones indígenas tienen el derecho a la reparación de las tierras, territorios y recursos que les hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados, transferidos o dañados, sin su consentimiento”*; y (b) aquella que establece que *“la restitución constituirá el mecanismo preferente de reparación, que será considerada siempre de utilidad pública y social, de conformidad a esta Constitución y la ley”*.
- En cuanto al **derecho a la reparación**, la propuesta se basa en el art. 28 de la Declaración pero va más allá que éste, agregando a las categorías ‘confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados’ la de ‘transferidos’. Esta categoría no está establecida ni siquiera en la Declaración, y parece buscar hacerse cargo del hecho no discutido que muchas tierras indígenas fueron transferidas en el pasado por sus dueños, en muchos casos con sujeción a las normas legales. Por tanto, la propuesta no sólo busca transformar en norma constitucional una disposición establecida en un instrumento internacional no vinculante, sino que además amplía su alcance a categorías no contempladas en éste.
 - El derecho a la reparación se le reconoce a los ‘pueblos y naciones indígenas’, lo que podrían generar problemas de interpretación respecto a quién es el titular de este derecho. Por su propia naturaleza, las categorías de afectación mencionadas en el punto anterior se refieren a cuestiones que tienen una indudable dimensión local, es decir, los eventuales afectados son personas o comunidades indígenas y no los pueblos o naciones como tales.
 - Con respecto a la consagración de la **restitución** como *“mecanismo preferente de reparación”* y el hecho *“que será considerada siempre de utilidad pública y social”*, cabe destacar al menos tres observaciones:
 - La propia Declaración establece la restitución como uno de los medios de reparación posibles, agregando que cuando la restitución no sea posible la reparación podrá incluir *“una indemnización justa y equitativa”*.



- Al establecer que la restitución será considerada siempre de utilidad pública y social, la propuesta utiliza un lenguaje que es muy similar al que justifica la expropiación, con lo que estaría estableciendo el fundamento constitucional para que los problemas o conflictos de tierras se resuelvan a través de la expropiación.
 - En el contexto de Chile, y en particular en la zona centro sur en que la propiedad de la tierra está en manos mayoritariamente de particulares, establecer la restitución -y con ella la expropiación- como mecanismo preferente de reparación implica debilitar significativamente el derecho de propiedad en un contexto ya muy polarizado y de grave irrespeto al derecho de propiedad, a lo que se agregan todos los problemas de la propuesta de norma respecto a la expropiación a que se refiere este documento en su primera parte.
5. La norma propuesta **no es consistente con otras normas que han sido aprobadas o están siendo discutidas por la Convención Constitucional**. En efecto, la propuesta establece que *“Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a usar y administrar los territorios indígenas y recursos naturales que tradicionalmente han utilizado u ocupado, en conformidad con la ley”*. Esta parte de la propuesta tiene a su vez varios defectos.
- Por una parte, es un ejemplo de una disposición que combina aspectos del Convenio 169 y la Declaración que no necesariamente son compatibles entre sí.
 - Segundo, la propuesta confunde lo que es el “derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras” y el derecho a participar en su utilización, administración y conservación (artículo 15 N°1 del Convenio 169) con lo que es la ‘administración de los territorios’, cuestión que ni siquiera está establecida de esa forma en la Declaración.
 - Tal como se propone, se trata de una norma que confunde lo que son propiamente atributos del derecho de propiedad con aspectos que tienen que ver con la forma de Estado y el estatuto de las autonomías territoriales indígenas que se está discutiendo en otra comisión, cuestión esta última que merece una serie de otros comentarios que exceden el propósito de esta minuta.
6. La norma propuesta **no contribuye a sentar las bases para una solución sustentable de las cuestiones y conflictos relacionadas con las tierras indígenas y los espacios territoriales en que aquéllas se insertan**. Dados todos los elementos mencionados anteriormente, la propuesta conlleva el riesgo de profundizar la grave situación que se vive en la zona centro sur del país, agregando ingredientes muy conflictivos a un escenario que ya es suficientemente problemático.

Arturo Fermandois
Sandra Ponce de León
Sebastián Donoso
Profesores Derecho UC

Santiago, 13 de abril de 2022