

LA LIMITACIÓN DE LAS FUENTES DE CREACIÓN DE DERECHOS REALES

THE LIMITATION OF THE SOURCES OF CREATION OF REAL RIGHTS

*Hugo Rosende Álvarez**
*Isabel Warnier Readi***

RESUMEN: En el presente ensayo analizamos si en nuestro derecho es aplicable el sistema *numerus apertus*, el cual sostiene que pueden crearse derechos reales por la autonomía privada. Abordamos argumentos a favor y en contra de esta tesis por diversos autores, junto con la doctrina nacional y publicista. En términos generales dichas doctrinas sostienen que el dominio es el derecho real más completo, por lo cual, dichos derechos debiesen estar especificados por ley, ya que todo lo relativo a la propiedad son normas de orden público y la Constitución ha reservado esta materia solo al legislador. Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expresa los criterios que ha adoptado para tolerar y legitimar las limitaciones y cargas del dominio, concluyendo que estas solo pueden ser creadas por ley.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha planteado en Francia y en España especialmente, si es posible la creación de derechos reales mediante la autonomía privada. Esa misma discusión la ha traído a colación en Chile Rodrigo Barcia Lehmann en sucesivos trabajos publicados en diversas jornadas nacionales de derecho civil¹.

* Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile.

** Profesora de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad del Desarrollo.

¹ BARCIA (2007), p. 222 ss.; (2008), p. 263 ss.; (2009) p. 147 ss..

II. LA CONTROVERSIA

El meollo de la discusión consiste en saber si en el derecho chileno, en cuanto al origen de los derechos reales, tiene cabida el denominado sistema de *numerus clausus* o el de *numerus apertus*. En otras palabras, se trata de resolver si en el ordenamiento jurídico nacional los derechos reales tienen por única fuente la ley o si es admisible que los particulares puedan crearlos y de esta manera permita la existencia de derechos reales atípicos.

La doctrina mayoritaria² en Chile afirma que en el derecho chileno impera el sistema de *numerus clausus*, en términos tales que no habría otros derechos reales que aquellos contemplados en la ley, no obstante que el *Código Civil* chileno no contempla una enumeración taxativa de los derechos reales ni hace una declaración expresa en orden a que estos solo pueden tener como fuente la ley.

En favor del *numerus apertus* se pronuncia Rodrigo Barcia, haciendo referencia al derecho español y en cierta medida al francés. En tiempos más remotos, Alejandro Borzutzky Ardití³ escribió su memoria de prueba postulando que en el sistema legal chileno impera el *numerus apertus* y es perfectamente posible que los particulares configuren un derecho de superficie con el carácter de derecho real.

III. LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LOS DEFENSORES EN CHILE DE LAS TESIS EN CONTROVERSIA

A. *La tesis del numerus apertus y los motivos en que se sustenta*

1. Rodrigo Barcia Lehmann en sus distintos artículos publicados en las jornadas de derecho civil, exige analizar diversos aspectos para admitir la tesis del *numerus apertus*. Entre ellos examina la extensión del sistema de derechos reales típicos, que en el caso chileno es más reducido que en el derecho comparado, donde se reconocen los derechos de *enfiteusis*, superficie, multipropiedad, etc. También considera que el contenido del derecho real atípico debe estar clara y por completo definido por el negocio jurídico que lo constituye.

² CLARO (1979), n.º 25, p. 35.; ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2001), pp. 27-28; PESCIO (1958), n.º 588, p. 212. PEÑAILILLO (2009), n.º 17, p. 33 ss.

³ BORZUTZKY (1972), p. 195 ss..

Asimismo, ha de estarse al estatuto general de los derechos reales, el cual debe satisfacer las siguientes exigencias: el nuevo derecho real debe ser conocido por los terceros, lo cual exige su publicidad. Finalmente, el nuevo derecho real no puede alterar la naturaleza de las cosas, por lo que debe respetar la estructura de los derechos reales, desde dos perspectivas. El derecho real emergente, que recae sobre una cosa corporal e incorporal, no puede desdibujar los elementos de la esencia del derecho de dominio y debe respetar las categorías conceptuales propias de la teoría de los bienes, principalmente en lo tocante a la clasificación de las cosas. El naciente derecho real no puede violentar las normas de orden público, que respecto de estas nuevas figuras son más exigentes que en relación con otras materias. Por otro lado, en los casos en que el interés de las partes pueda de igual forma protegerse a través de derechos personales, se debe desechar la creación de un derecho real atípico. Por último, en los casos dudosos o en los derechos en los cuales no sea posible determinar el estatuto específico aplicable al nuevo derecho no debe dársele la calidad de derecho real⁴.

El mismo autor plantea las premisas que configuran el estatuto regulatorio para la constitución de derechos reales atípicos, las cuales se reducen a las siguientes:

- a) solo un título oneroso puede dar lugar a un derecho real atípico, porque de lo contrario se generaría una inseguridad en el tráfico y, además, en razón de que en derecho privado se distingue entre los estatutos regulatorios onerosos y gratuitos;
- b) el adquirente del derecho real atípico debe acreditar que se encuentra de buena fe, debido a que, si bien la buena fe se presume y es un principio general en la teoría de los bienes, la exigencia de su prueba se desprende de la excepcionalidad que tienen los derechos reales atípicos,
- c) se deben cumplir los requisitos de publicidad respecto de terceros que exige el estatuto regulatorio de los derechos reales, para lo cual es necesario distinguir entre cosas muebles e inmuebles⁵.

Finalmente, este tratadista sostiene que la única forma de crear derechos reales atípicos es mediante una sentencia judicial. Agrega, además, que los derechos reales atípicos deben sujetarse al estatuto regulatorio de los bienes y no pueden alterar los elementos esenciales de la propiedad. Refiriéndose al art. 19 n.º 24 de la *Carta Política*

⁴ BARCIA (2007).

⁵ BARCIA (2008).

manifiesta que ella no es un límite para la aplicación del sistema de *numerus apertus* por cuanto esta teoría se basa en los modos de adquirir el dominio y la concepción de derechos reales que tiene la ley civil. La norma constitucional, en su opinión, limita la teoría causal del estatuto, y que el derecho real atípico no puede afectar los elementos de la esencia que constituyen el derecho de propiedad civil, ni afectar un derecho real ya adquirido, salvo que se cumpla con la regulación del derecho afectado. Concluye diciendo que el sistema de acciones reales que protegen el dominio, la posesión y la tenencia de los derechos reales opera del mismo modo que respecto de los derechos reales típicos⁶.

2. Alejandro Borzutzky Arditi⁷ piensa que en Chile impera el *numerus apertus* y señala que pueden los particulares crear ciertas figuras de derechos reales que no sean tipificadas en la ley. Al decir “ciertos” derechos reales, este autor limita la autonomía privada en la creación de esta clase de derechos porque cree que es indispensable que el nuevo derecho real reúna no solamente los caracteres institucionales que caracterizan la “realidad”, sino que, además, es preciso que este deba cumplir una función económico-social que no esté ya cumplida por otro tipo de derecho real o que no pueda alcanzarse mediante una combinación de figuras típicas de derechos reales y de obligación.
3. Se aduce, finalmente, que no es aceptable ir a la zaga del legislador esperando que dicte leyes que vayan ajustándose a la realidad dinámica del tráfico jurídico y económico. Por lo tanto, resulta aconsejable dar paso a la autonomía privada para la creación de derechos reales.

⁶ BARCIA (2009).

⁷ BORZUTZKY (1972) quien cita a Vicente Font Boix, en su artículo “Posibilidad de nuevos tipos de derechos reales: posición de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia en anuario de Derecho Civil año V”, *Revista de Derecho Español y Americano*, n.º 24, Madrid, octubre-diciembre, 1960, p. 377 ss., quien señala que es un hecho cierto de que el cuadro de tipos de derechos reales acuñado por el legislador es insuficiente, porque no prevé todos los supuestos de poderes ejercitables sobre cosas dignas de reconocimiento legal y tutela jurídica. Ante este hecho se impone, según este autor, por lo menos un criterio transaccional: libertad creadora para los particulares, pero mayor exigencia de límites en el disfrute de esa autonomía privada, a fin de que solo las situaciones jurídicas que cumplan una verdadera función social no prevista en el cuadro de la ley, puedan ser impuestas a la comunidad bajo la fórmula de un derecho real creado al amparo de la confianza que esa misma comunidad puso en su titular.

IV. BASE ARGUMENTAL QUE SE PLANTEA EN CHILE
 EN CONTRA DE LA TESIS DEL *NUMERUS APERTUS*
 FUNDADA EN LAS RAZONES DADAS POR LA DOCTRINA CIVILISTA
 DE NUESTRO PAÍS Y EN AQUELLAS DADAS
 POR LA DOCTRINA PUBLICISTA DE NUESTRO MEDIO

1. *La doctrina civilista chilena mayoritaria señala los siguientes argumentos en defensa del numerus clausus*

- a) La influencia que tuvo el derecho romano en Andrés Bello⁸, que contemplaba el sistema de *numerus clausus* respecto de los derechos reales. En la historia del *Código Civil* chileno, y en particular de su art. 577. La versión más antigua del primer proyecto de libro de los bienes aparecía el siguiente texto: “Derecho real es el que tenemos sobre las cosas sin respecto a determinada persona”. Además, aparecía un inciso que expresaba:

“No hay más derechos reales que el de dominio, el de servidumbre, el de censo y el de prenda o de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

En el Proyecto de 1853 se cambió la redacción precedente, por la que sigue: “Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas y los de prenda o hipoteca”.

Tras la revisión del texto por la comisión, se sustituyó la expresión “y los de prenda o hipoteca” por la de el de prenda y el de hipoteca. En tales términos fue recibido en el Proyecto Inédito y, ya sin variaciones, pasó al Proyecto de 1855 y a la edición oficial del *Código Civil* de 1856⁹.

- b) Los antecedentes históricos reseñados dan cuenta que para Andrés Bello los derechos reales deben estar establecidos en el *Código Civil* o más ampliamente en la ley, mas no se divisa antecedente alguno que haga pensar que nuestro codificador tuviera en mente la idea de que los particulares pudieran crear derechos reales. Por eso, aunque no existe una disposición formal de que entre nosotros solo la ley puede fijar los derechos reales, no se ha dudado de ello en nuestra mayoritaria doctrina nacional¹⁰.

⁸ GUZMÁN (1982), p. 391 ss.; BARRIENTOS (2014), pp. 575-576.

⁹ BARRIENTOS (2014).

¹⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2001); PESCIO (1958); PEÑAILILLO (2009).

- c) En favor del criterio de que solo la ley puede determinar la existencia de derechos reales se arguye que

“la organización y modalidades de la propiedad, derecho real-tronco, interesa al orden público; y, por lo demás, si resulta comprensible que las partes puedan a su antojo establecer relaciones jurídicas que solo a ellas ligen, más difícil resultaría explicar que estuviesen autorizadas para, a su manera, instituir derechos que, pudiendo oponerse a todos, constituyen una molestia para la colectividad”¹¹.

- d) Se justifica, según esta corriente de opinión, que la ley sea única fuente creadora de derechos reales debido al alto grado de determinación de contenido que ellos tienen, a diferencia de los derechos personales, y por afectar y ser oponibles a terceros. Pero los derechos reales no solo exigen una determinación de contenido, sino que, además, de ellos emanan acciones reales, que necesariamente deben estar precisadas como, por ejemplo, la acción reivindicatoria o la de petición de herencia.
- e) Andrés Bello, a diferencia del curso de Claudio Delvincourt, no consideró como único eje de los derechos reales el dominio y su desmembramiento, porque además incluyó dentro de ellos al derecho real de herencia, que es distinto del dominio. Sin embargo, no puede dejarse de considerar que el derecho de propiedad es el más completo de los derechos reales y tiene dos vías para limitarlo: por una parte, mediante el desmembramiento de sus atributos de uso, goce y disposición y, por la otra, las cosas objeto de dominio pueden ser gravadas mediante la constitución de garantías reales, como lo son la prenda y la hipoteca, sin perjuicio de la constitución del censo.
- f) Los derechos reales deben estar especificados en la ley porque todo lo relativo a la propiedad es una cuestión de orden público y la constitución no da cabida a la autonomía privada para crear otros modos de adquirir que los establecidos en la ley, ni admite que los particulares creen atributos del dominio o lo desmembraren de una manera distinta a lo establecido por la normativa legal.
- g) Tampoco pueden los particulares crear garantías reales distintas a la prenda o hipoteca reconocidas por la ley, porque estas gozan de preferencia y los privilegios y preferencias solo pueden ser establecidos por la ley.

¹¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2001).

- h) Los derechos reales atípicos no pueden nacer de la voluntad de los particulares o de la autonomía privada, porque los contratos generan como efectos derechos personales u obligaciones, pero de ellos no emanan derechos reales.

2. *La doctrina de los publicistas y diversos antecedentes que revelan la historia de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, dan cuenta de razones adicionales para acoger el sistema de numerus clausus en la creación de derechos reales.*

- a) La *Carta Política* establece una reserva legal para la creación de los modos de adquirir el dominio; para el establecimiento de los atributos del dominio, y para la constitución de limitaciones u obligaciones que pesen sobre el dominio ya constituido. En consecuencia, la *Constitución Política* no admite la autonomía privada en estas materias.
- b) A su vez, el amparo del derecho de propiedad comprende la cosa misma, los atributos del dominio y el respeto de este derecho en su esencia, lo cual representa una restricción a la potestad legislativa en cuanto a limitar o gravar el derecho de propiedad o sus atributos. Esto significa, además, que el legislador no puede limitar o gravar arbitrariamente la propiedad sobre la cosa, sus atributos o este derecho en lo que le es esencial. De allí, entonces, que las limitaciones u obligaciones que se establezcan deben estar justificadas por la función social del dominio, señalando la Constitución que esta comprende cuanto exija los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. En consecuencia, la creación de derechos reales que importen desmembración del dominio, de sus atributos o la imposición de limitaciones o cargas tienen una doble restricción: por una parte, solo las puede establecer la ley y, por la otra, debe ser racional y fundada en alguno de las justificaciones de la función social del dominio. Ello excluye la autonomía privada como fuente de limitaciones del dominio mediante la creación de derechos reales atípicos y además porque no le corresponde a los particulares intervenir en la función social de la propiedad, pues esta calificación le compete de manera exclusiva y excluyente al legislador.
- c) José Luis Cea¹² explica que es una atribución privativa del legislador imponer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad

¹² CEA (1988), p. 191 ss..

adquirido, pudiéndolo afectar en sus diversas especies y sobre todo los bienes a él sometidos.

- d) Ángela Vivanco¹³ enfatiza que lo más relevante es que el Constituyente de 1980 estableció que la función social, en cuanto a sus restricciones y limitaciones, solo puede ser determinada por el legislador. En su calidad de ponderador de las necesidades públicas, esta radicación de potestad en él es un rasgo muy importante del tratamiento que la *Constitución* de 1980 realiza de la protección al derecho de propiedad, pues impide que cualquier otra autoridad imponga limitaciones al dominio, justificando su resolución en la función social. Así, por ejemplo, no se da pie a las requisiciones de empresas por decisión administrativa, basada en la función social, situación que ha sido muy recurrente en ciertas épocas de nuestra vida independiente.
- e) Enrique Evans¹⁴ recoge la discusión habida en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de 1980, respecto del derecho de propiedad, su función social, las limitaciones y cargas que pueden imponerse, y la protección de los derechos en su esencia. También¹⁵ explica la función social del dominio, y las limitaciones y obligaciones que puede imponerle la ley al tenor del art. 19 n.º 24, inc. 2º de la *Constitución* de 1980.
- e.1. El derecho de propiedad examinado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.
- Enrique Ortúzar¹⁶ manifestó que piensa que *el derecho de propiedad es el fundamento de todas las libertades políticas y que sin él no hay capacidad personal de subsistencia*, ya que si esta depende de la voluntad omnimoda del Estado, no hay quien pueda vivir en libertad.
Gustavo Lorca¹⁷ señala que la preceptiva del derecho de propiedad significa la base fundamental en la cual se asienta todo el proceso de proyección económica de un país. Por eso, debe reforzarse en la forma más genuina y amplia todo lo que tiene relación con la garantía de derecho de dominio.
 - La *Constitución* de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley *limitaciones u obligaciones al dominio*.

¹³ VIVANCO (2006), pp. 458 ss.; 460 ss. y 485 ss.

¹⁴ EVANS (1986), pp. 377, 381, 383, 400, 404, 412-431, 447.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 377.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 381.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 413.

Ello solo procede cuando estén en juego los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia, como la difusión de la propiedad, el interés puramente patrimonial del Estado, el interés social, el interés de ahorrantes, de afiliados previsionales, u otros, podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero *la Constitución solo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que se citan en lo precedente. Toda otra restricción es inconstitucional.*

- e.2. *Ninguna limitación u obligación impuesta por ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición; restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar, llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforma la función social del dominio.*
- e.3. *No puede transformarse el concepto de intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. Los intereses generales de la nación expresan un bien jurídico que se relaciona de manera directa con la nación toda, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política considerada de manera global (...).*
- e.4. *Por último, el inciso segundo del art. 19 señala que la función social de la propiedad comprende también la seguridad nacional y la utilidad y salubridad públicas, y la conservación del patrimonio ambiental. Para proteger el ambiente, la ley puede restringir el ejercicio del derecho; para cautelar la conservación del patrimonio ambiental, la ley puede imponer limitaciones y obligaciones a la propiedad.*

- e.5. Por otro lado, José Eyzaguirre García de la Huerta¹⁸ manifiesta que deben considerarse dos *estatutos mayores*, a saber: el de la propiedad privada y el de la propiedad pública.
- e.6. En lo relativo a la *esencia del derecho*, Alejandro Silva Bascuñán¹⁹ explicó que la expresión esencial del derecho de propiedad significa, en el fondo, una invocación para que la ley no abuse, para que no se produzca un abuso del derecho y se respete la intención del constituyente. Agrega que la esencia del derecho está referida a la necesidad de salvaguardarlo, que es el fondo del derecho cautelado lo que significa un resguardo que el constituyente toma para que ni el legislador ni la Administración, recurriendo esta última a los resquicios legales, puedan atropellar, sin romper formalmente la garantía, lo que es fundamental en el derecho, en lo que es y tiene de permanente.
- e.7. Enrique Ortúzar²⁰, precisa que cree que todos deben estar de acuerdo en *que el legislador no puede de manera arbitraria señalar o establecer los modos de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad*. Si pudiera hacer con libertad absoluta, le sería posible, por ejemplo, estimar que la única manera de adquirir la propiedad es el uso o que el uso y el goce solo puede ejercerlos el titular del derecho de propiedad y no sus familiares. Y es evidente que eso implicaría una flagrante violación del derecho mencionado.
- e.8. Gustavo Lorca²¹, respecto al significado de *la garantía de respetar el derecho en su esencia*, manifiesta que el legislador tiene competencia para regular la adquisición, el uso, goce y disposición, y establecer limitaciones a la propiedad, con la exigencia de respetar la esencia del derecho se impide que una regulación abusiva haga ilusorio el derecho de propiedad, y al expresarse que el derecho de propiedad debe ser respetado en su esencia, en realidad, el legislador no puede de manera alguna hacer ilusorio este derecho en ninguno de sus aspectos.
- e.9. En cuanto al alcance de esta garantía, Gustavo Lorca expresa que la garantía de *no afectar el derecho de dominio en su esencia*,

¹⁸ EVANS (1986), p. 383.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 400.

²⁰ *Op. cit.*, p. 404.

²¹ *Op. cit.*, p. 414.

debe entenderse en cuanto a la perpetuidad de este derecho sobre las cosas corporales. Pero hay otras propiedades que tienen regímenes o estatutos distintos, o pudieran tenerlos, como es el caso de las concesiones y propiedades especiales, las cuales son susceptibles de caducidad y, por ende, ser temporales.

Considera que también sería *la esencia del derecho de propiedad un grado de disfrute suficiente que no puede ser coartado por servidumbres y tributos excesivos.*

De igual forma, piensa que *la garantía expresada a través de la esencia constituye una libertad para destinarla a sus posibles usos naturales, y una libertad de disposición que no puede ser restringida hasta el extremo de hacerla ilusoria.*

Finalmente, que *la esencia del derecho debe ser resguardada no solo respecto del dominio, sino, también, de las demás garantías constitucionales.*

- e.10. Alejandro Guzmán²², plantea que un problema delicado consiste en cubrir la posibilidad de que, a través de leyes manifiestamente arbitrarias, se puedan establecer exigencias de distribución que, apareciendo de revestidas de conveniencia, sean por completo inconvenientes, y a través de ellas se esté privando al propietario de su derecho de dominio.

V. JURISPRUDENCIA

1. *Criterios del Tribunal Constitucional para tolerar las limitaciones a la propiedad*

- a) Se ha validado por el Tribunal Constitucional la franja televisiva que se impone en tiempos electorales, gravamen que recae en los canales de televisión de libre recepción. Ello se reiteró con ocasión de la legislación sobre primarias de modo más reciente.
- b) Se ha aceptado la obligación legal o servidumbre que se impone a los propietarios colindantes con las playas con el objetivo de otorgar de manera gratuita una vía de acceso a estas, aunque ello puede dar derecho, en definitiva, a compensaciones, las que determinará el juez respectivo. Ciertamente, las decisiones de mediados de la década de 1990 fueron más inequívocas en este último aspecto.

²² EVANS (1986), p. 447.

- c) Se ha considerado que se ajustan a la *Constitución* la exigencia que se impone en ciertos porcentajes de terreno que el urbanizador de un determinado loteo debe destinar y donar gratuitamente para áreas verdes y equipamiento comunitario, lo que se enmarca en la normativa urbanística.
- d) Se ha sentenciado por el TC que el cambio legislativo que se efectúa en relación con el precio de un contrato eléctrico, que pasa de ser libre a regulado, también corresponde a una limitación con caracteres de legítima, vinculado a las características que presenta un servicio público.
- e) También se ha validado desde el punto de vista constitucional, el financiamiento al que deben concurrir las compañías de seguros respecto de Bomberos de Chile.
- f) En una acción de inaplicabilidad, se concluyó que el soterramiento de redes eléctricas que exige una determinada municipalidad en su ordenanza comuna es una limitación legítima, que tiene su fundamento en el legislador.
- g) Se ha establecido como legítimo la existencia de determinados mecanismos de caducidad, fijación de plazos fatales y un papel activo de las partes, en el procedimiento de concesión minera, todo ellos destinado a asegurar el interés público comprometido en la realización efectiva de actividades mineras.

2. *Criterios para legitimar limitaciones*

- a) Para definir la legitimidad de determinadas limitaciones establecidas por la legislación en consideración a las normas, principios y valores constitucionales, en primer lugar ha determinado el criterio de que estas deben ser mesuradas y razonable.
- b) Un criterio legítimo es que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos que se estiman relevantes preservar.
- c) El Tribunal Constitucional ha considerado como criterio la función pública o relevancia que cumple la actividad económica sujeta a la limitación.
- d) Si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como ocurre, por ejemplo, con relación al régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión.
- e) También se ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como ocurre en cesiones gratuitas o las compañías de seguros respecto de la actividad de bomberos.
- f) Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones o afectar el núcleo del derecho.

3. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*
Fallos del Tribunal Constitucional
sobre limitaciones y cargas del dominio

a) Por sentencia del Tribunal Constitucional fechada el 15 de abril de 1997 (rol 253) se desestimó que exista daño patrimonial causado en el caso de cesiones de terrenos gratuitas y razonables inherentes a toda urbanización, porque el valor de los terrenos urbanizados es superior al valor de dichos terrenos sin urbanizar. Por otra parte, entran en escena la libre voluntad del titular del dominio que resuelve urbanizar y ella se concilia, en forma prudente y justa con los intereses de la sociedad, arbitrando los medios necesarios para que el Estado cumpla con su fin primordial de velar por el bien común. Ello mediante la creación de las condiciones sociales que permitan a los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos que la constitución aseguran.

b) Por sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 2 de diciembre de 1996 (roles 245 y 246) se hizo la distinción entre delimitación y privación del dominio.

Se señaló que el interés nacional y la utilidad pública constituyen el fundamento de la expropiación; en cambio, el de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.

Por otro lado, la privación supone “despojar a uno de una cosa que poseía”²³. Se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en “apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía”²⁴. Limitar, en cambio, importa “acortar, cerrar, restringir”²⁵.

Por consiguiente, las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales.

c) Por sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1992 (rol N° 146) se decidió que las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad impuestas por una norma reglamentaria a los dueños de fajas adyacentes de los caminos, impidiéndole usar de las mismas y gozar de los legítimos beneficios que podrían aportarles los contratos de arriendo u otras convenciones que celebraran para los

²³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992), p. 1969.

²⁴ CORTE SUPREMA, 27 de marzo de 1983, p. 244.

²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992), p. 1258.

efectos de propaganda comercial o publicidad caminera, invaden el ámbito propio del legislador, a quien corresponde exclusivamente determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social, conforme a los números 24 y 26 del art. 19 de la *Constitución*.

En la misma sentencia se afirma que la función social de la propiedad significa que esta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. Los deberes y responsabilidades del propietario armonizan los intereses del dueño y de la sociedad lo que constituye la función social de la propiedad. El constituyente chileno no ha definido el concepto de función social solo ha señalado cuáles son sus elementos.

Las playas son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la nación toda. En razón de la función social que debe cumplir el ejercicio del derecho de dominio la autoridad, en este caso, el legislador, puede regular el acceso a dichos bienes, a través de los predios colindantes, para que no se desnaturalice el concepto de que son de la nación toda. Lo que no puede hacer es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone.

El decreto supremo n.º 1, de 1996, establece limitaciones de tal naturaleza que constituirían servidumbre que permitirían verdaderos caminos, para peatones, o buses, o automóviles u otros vehículos motorizados por terrenos de propietarios que tendrían que soportar esta carga. El mencionado decreto dispone que en los terrenos de los propietarios colindantes a los bienes nacionales de uso público, la autoridad fijará los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, lo que evidentemente causará un daño, pues se trataría una limitación al dominio consistente en una servidumbre de tránsito, tanto para personas como vehículos, sin pago de indemnización alguna. Esta vía de acceso causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son e especial el uso y goce del terreno.

4. *Las limitaciones del dominio solo puede crearlas la ley*

Así acontece con las limitaciones urbanísticas, la declaración de monumentos históricos, nacionales, etcétera.

El tribunal se ha pronunciado sobre “si las limitaciones al dominio deben tener como fuente la ley”. La sentencia pertinente es STC rol 2684²⁶. El

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2015), cons. 18-20.

motivo de la relevancia de la sentencia es que el requerimiento fue acogido y es reciente. Además el TC acude a clásicos conceptos constitucionales y civiles para definir el derecho de propiedad, y establece que solo la ley puede fijar sus límites.

De igual modo es importante la sentencia STC 2299²⁷, donde queda claro que hay dos visiones dentro del TC y que la colaboración reglamentaria en la materia (la ley convoca al reglamento, pero el Presidente de la República –en aquella época– no lo había emitido) es insuficiente.

VI. CONCLUSIONES

1. La doctrina mayoritaria de derecho civil sostiene que en Chile solo puede reconocerse como fuente de los derechos reales a la ley, fundada en que las normas relativas a la organización del derecho de propiedad son de orden público y escapan a la autonomía privada.
2. La doctrina publicista, comentando la *Constitución Política* de 1980, sostiene que por mandato del constituyente las limitaciones al dominio deben ajustarse a la función social de la propiedad y el único poder autorizado para establecerlas es el legislador.
3. La circunstancia que solo competa al legislador imponer limitaciones al dominio u obligaciones a la propiedad no significa que pueda actuar de forma arbitraria o sin una razón que lo justifique. Por eso, es el propio constituyente el que señala cuáles son los motivos justificativos para imponer limitaciones u obligaciones al derecho de propiedad, a la cosa sobre que recae o a los atributos del dominio.
4. Además, el constituyente impone una restricción a las facultades que le concede al legislador para limitar el dominio o gravarlo con obligaciones o cargas, porque exige que se respete el derecho de propiedad en su esencia como igualmente en sus atributos de uso, goce y disposición.
5. Por otro lado, los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales solo pueden establecerlos la ley por expreso mandato del constituyente y no es posible a los particulares crearlos cualquiera sea la razón que se invoque para justificarlo.
6. En cuanto a la privación del dominio, la *Carta Política* señala que ello solo se puede producir mediante la expropiación y la justificación de esta debe estar dada por una ley general o especial

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2014), pp. 13-61.

que la autorice y fundada en los motivos específicos que señala el constituyente, esto es, por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

7. Respecto de los derechos reales de garantía, estos se caracterizan por otorgar una preferencia al titular de esta clase de cauciones, como acontece por el derecho de prenda y el de hipoteca. No podrían los particulares crear derechos reales de garantía con la respectiva preferencia, porque solo la ley está autorizada para crear preferencias en favor de ciertos créditos.
8. En mérito de las consideraciones precedentes, no tiene cabida la autonomía privada para la creación de derechos reales porque su aceptación significaría invadir la esfera exclusiva que el constituyente ha reservado al legislador en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, Antonio VODANOVIC H. (2001). *Tratado de los derechos reales. Bienes*, 6ª ed., Santiago: Editorial Temis S.A.-Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2007). *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso: LegalPublishing.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2008). *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, organizadas por la Universidad Diego Portales, Santiago: LegalPublishing.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2009). *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Concepción, organizadas por la Universidad de Concepción, Santiago: Abeledo Perrot -LegalPublishing.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2014), *Código Civil*, 3ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Thomson Reuters, La Ley, tomo I.
- BORZUTZKY ARDITI, Alejandro (1972). *El derecho de superficie*, Universidad de Chile, Santiago: Editorial Andrés Bello.
- CEA EGAÑA, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CLARO SOLAR, Luis (1979). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. III, tomo sexto: De los bienes.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986). *Los derechos constitucionales*, Santiago: tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tomo II.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982). *Andrés Bello Codificador*, Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, tomo I.
- PESCIO VARGAS, Victorio (1958). *Manual de derecho civil (De las personas-De los bienes y De la propiedad)*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo III.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2009). *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, reimpresión de la primera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid: Espasa Calpe S.A., tomo II.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006). *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo II.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2014), rol n.º 2299-12-INA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2015), rol n.º 2684-14-INA, de 10 de septiembre de 2015.
- CORTE SUPREMA, 27 de marzo de 1983, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 80, sección 5ª.