

LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD POR ACTOS REGULATORIOS.
¿GRATUIDAD U ONEROSIDAD DE LA CARGA PÚBLICA?

DIEGO MIRANDA REYES*

INTRODUCCIÓN

Una lectura de las normas que dan forma a nuestra Carta Política, particularmente las referidas a los derechos y obligaciones constitucionales, nos permite fácilmente constatar que el legislador se encuentra autorizado para establecer limitaciones y obligaciones al ejercicio de nuestros derechos fundamentales, “Es, pues, a través de las correspondientes disposiciones legales, ajustadas al marco que para cada materia fija la Constitución, que una persona podrá ser legítimamente compelida a dar, hacer o no hacer algo, en favor de otra o del Estado (...)"¹.

No obstante lo anterior, tratándose del derecho de propiedad, el legislador no sólo podrá establecer restricciones, sino que también se encuentra habilitado para privar de este derecho a su titular por medio del procedimiento expropiatorio.

En este último caso, la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 24 inciso 3, establece como un elemento esencial, la necesidad de indemnizar al titular de dominio cuando es privado de su derecho. Sin embargo, un inciso antes, refiriéndose a la prerrogativa del legislador para imponer restricciones u obligaciones al ejercicio del mismo derecho,

* Asociado de Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brünner Abogados.

¹ Tribunal Constitucional (TC), sentencia de causa Rol N° 1.218 de 2009, voto disidente, considerando 13, p. 46. En lo sucesivo, todas las citas de sentencias corresponden al TC; salvo indicación en contrario.

no emite pronunciamiento sobre algún tipo de reparación en el evento de su implementación.

Como debe ser entendido este silencio, es la tarea a la cual pretendemos avocarnos en las siguientes páginas, pues bien puede postularse que es una negación a la posibilidad de indemnizar en caso de limitaciones, quedando ello prohibido al legislador; también se podrá decir que el constituyente ha dejado en libertad en este aspecto al legislador para decidir el carácter oneroso o gratuito de las restricciones a la propiedad, desde que él sólo se ha preocupado de establecer los elementos esenciales de este derecho, no considerándolo como uno de ellos; por otro lado, se podrá señalar que al legislador se encuentra vedada la opción de impedir que se contemple alguna indemnización para el caso de imponerse una restricción, y que ellas deben ser objeto de alguna compensación, atendiendo a principios como el de responsabilidad del Estado.

En esta tarea prestaremos especial atención a los pronunciamientos que sobre el particular ha efectuado el Tribunal Constitucional (en adelante, el “Tribunal”), habida consideración de ser el principal órgano encargado de velar por la supremacía y entendimiento de la Carta Fundamental.

1. PRIVACIÓN Y RESTRICCIÓN A LA PROPIEDAD

Habiéndose señalado que el derecho de propiedad puede ser tanto objeto de una privación como de una restricción, debemos constatar que si bien conceptualmente, estos conceptos obedecen a dos nociones claramente diferenciables “*(...), pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa*”², existen situaciones en las cuales dicha distinción no aparece tan nítida, lo cual ha traído como consecuencia que la justicia constitucional haya debido dedicar un número importante de sus sentencias³ a esta tarea.

² Sentencia de causa roles acumulados 505 y 506 de 2007, considerando 22, p. 25.

³ Así podemos mencionar, restringido a los casos que ha conocido el Tribunal Constitucional, las causas Rol N° 47/87, Rol N° 146/92, Rol N° 167/93, Rol N° 207/95, Roles acumulados 245 y

La dificultad conceptual aparece en gran medida porque nuestra Carta Política no sólo reconoce la privación total de la propiedad, sea del derecho o del bien sobre que recae, sino también la parcial, cuando implique el despojo de alguno de sus atributos o facultades esenciales, para dar lugar a un proceso expropiatorio, y es precisamente, este último caso el que presenta en determinadas ocasiones una barrera difusa con respecto a las restricciones, así “suele ocurrir que la legislación procede a intervenir la propiedad de ciertos bienes sin emplear la misma terminología de los textos superiores, y a veces con expresiones que más bien sugieren que se trataría sólo de restricciones intensas a las facultades del titular; en su calidad de “restricciones”, quedarían incluidas en la función social y no conferirían indemnización, pero en los hechos a veces –al menos según el dueño– constituyen verdaderas privaciones (parciales) del dominio, el cual (formalmente) es mantenido en manos del propietario”⁴. De esta forma, y como lo precisa el propio Tribunal, “habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de 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 llevaba”⁵.

Para resolver esta interrogante se han planteado diversos criterios en doctrina⁶ y jurisprudencia⁷, pero no siendo esta la temática principal del

246/96, Rol N° 253/97, Rol N° 253/97, Rol N° 334/01, Roles N°s. 505 y 506/06, Rol N° 1.141/08, Rol N° 1.204/08, Rol N° 1.215/08, Rol N° 1.863/12, Rol N° 1986/12, Rol N° 1.991/12, Rol N° 2.299/12, Rol N° 2.487/13.

⁴ PEÑAILLLO A., Daniel, *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2006, p. 97.

⁵ Sentencia de causa Rol N° 1.141 de 2009, considerando 22. Si bien compartimos la opinión del Tribunal, en cuanto al hecho de la dificultad que puede presentar la distinción entre términos, no lo hacemos respecto del criterio utilizado para graficarlo, según se expondrá en las siguientes páginas.

⁶ Sobre la materia puede consultarse: ALDUNATE L., Eduardo, “El concepto del Derecho de Propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Chile N° 18, 1997, pp. 195-221; ALDUNATE L., Eduardo, “Problemas de la dogmática de la protección constitucional a la propiedad”, en *Actas de las XXXI Jornadas de Derecho Público*, LexisNexis, Santiago, Chile,

presente trabajo, nos limitaremos a exponer un par de consideraciones, que resultan útiles para lo que se dirá sobre la gratuidad u onerosidad de las limitaciones al dominio.

En este sentido y teniendo presente las sentencias que sobre la materia ha pronunciado el Tribunal, podemos afirmar que el criterio más asentado para discriminar si una determinada norma legal impone una restricción o una privación al derecho de propiedad, es el de la “*magnitud*” de la medida. Así si ella es de una *relevancia menor*, su calificación será de limitación, ahora si es *significativa* será privativa del derecho, dando lugar a las llamadas “regulaciones expropiatorias”, que sucintamente podemos definir como aquellas regulaciones que en razón de la intensidad con que afectan al derecho de propiedad terminan privando del mismo a su titular, aún cuando sea sólo en algunas de sus facultades o atributos esenciales. Por nuestra parte, estimamos que la noción de regulación expropiatoria no es conveniente y necesaria entre nosotros.

Es inconveniente, debido a que si se utilizan criterios como la magnitud de la limitación para sostener que si esta es significativa implicaría que constituye una privación del derecho, nos conduce necesariamente a concluir que estos dos conceptos, no son tales, es decir, se trabajaría sobre una unidad conceptual⁸, en donde la diferencia de términos viene dada por un tema de gradualidad, dejando la calificación, y con ello toda la normativa que le es aplicable, a un simple examen de las particularidades del caso que se somete a su decisión, contribuyendo en términos de ambigüedad, efecto del todo no deseado. Así creemos que la claridad que nos brinda nuestro texto constitucional⁹, al diferenciar, a través del N° 8, N° 24 incisos 3º y 4º

2005, pp. 157-169; MOHOR A., Salvador, “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 2, 1989; RAJEVIC M., Enrique, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 1, 1996; VARAS B., Juan, “Limitaciones a la propiedad: una perspectiva civil”, en *La constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile; Universidad Austral de Chile, Santiago, Chile, 2003, pp. 143-165.

⁸ Ver nota 3.

⁹ Sobre esto puede consultarse: ALDUNATE L., Eduardo, “Limitación y expropiación: scilla...”, *op. cit.*, pp. 285-303.

⁹ Hace excepción a lo afirmado, el art. 45 de la Constitución Política, en cuanto prescribe en su inciso segundo, que también darán derecho a indemnización las *limitaciones* que se

y N° 26 del artículo 19, los conceptos de restricción y privación, otorgándole un tratamiento y fundamentos particulares, nos obliga a concluir que el constituyente ha concebido en cada uno de ellos un significado que les sea propio, y no se limite a la “*magnitud*” de la regulación.

Sería innecesaria, por cuanto, no debemos restringirnos a salvaguardar la propiedad privada mediante el inc. 3 del art. N° 24 del art. 19, aduciendo privación de algún atributo o facultad esencial, sin olvidar que el constituyente nos ha proveído de otros instrumentos para protegerla, tal es el caso de la garantía general del N° 26 del citado artículo. Así el primero tendrá por objeto determinar si la disposición que se cuestiona es constitutiva de privación o restricción al derecho de propiedad, mientras que en el segundo, será determinar si ha afectado la esencia del derecho. Como podemos observar en ambos casos el problema es de *calificación*¹⁰, y se configuran como dos sistemas distintos e independientes, a lo cual nos gustaría agregar la característica de sucesivos, esto último en el sentido, que frente a la interrogante de que se trata, lo primero será determinar si la norma impone una privación del derecho, aún cuando esta sea parcial (atributos y facultades esenciales), puesto que nuestro constituyente ha consagrado esta hipótesis, la cual por lo demás no se encuentra presente en el mundo jurídico anglosajón de donde se importó la noción de “*magnitud*” para tratar estos conflictos, dando de esta manera una mayor amplitud a la garantía de la propiedad privada, pues en tal evento, será preciso establecer si cumple con la normativa propia de un proceso expropiatorio, única vía admitida por el constituyente para despojar de la propiedad a su titular de una manera constitucionalmente admisible. Ahora bien, si en este proceso de “*calificación*” se determina que la disposición instituye una restricción de la propiedad, se deberá proceder al segundo paso en este examen de constitucionalidad, el cual será determinar si la limitación ha afectado la esencia del derecho, es en esta fase en la cual debe medirse el impacto, la fuerza, la “*magnitud*” de la medida restrictiva, pues el tenor del 19 N° 26 es claro en cuanto asegura a todas las personas que los preceptos legales que por mandato de la Constitución *regulen* o complementen las garantías que ésta establece o que las *limiten* en los casos en que ella lo autoriza, no

impongan al derecho de propiedad cuando importen *privación* de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño.

¹⁰ En este sentido PEÑAJILLO A., Daniel, *op. cit.*, p. 100.

podrán afectar los derechos en su esencia, así sin abandonar la precisión jurídica y calificar de privación a una regulación, podemos cautelarnos de restricciones muy severas en cuanto a su intensidad, pues en dicho evento, ella estará afectando la esencia del derecho, sin perjuicio de lo que se dirá respecto de la gratuidad, lo que es igualmente inconstitucional y se podrá evitar recurrir a nociones como las regulaciones expropiatorias, que, a nuestro juicio, no hacen sino forzar conceptos, confundiéndolos hasta el punto de no tener claridad alguna en cuanto al significado que le es propio a cada uno de ellos, afectando en importante medida, según se dijo, el principio de seguridad jurídica, valor que debe ser cautelado en un Estado de Derecho como en el que vivimos.

Con lo dicho ya podemos avizorar que cuando una limitación resulta muy gravosa, la solución pasaría por equipararla con una privación, o en los términos del Tribunal, conforme su última sentencia sobre la materia, “la magnitud de la regulación es relevante generando una posibilidad excepcional de privación”¹¹ y por consiguiente, haciéndosele aplicable el procedimiento expropiatorio, todo lo cual a su vez implica la necesidad de contemplar una indemnización equivalente al daño patrimonial efectivamente causado, pues en caso contrario la normativa adolecería de inconstitucionalidad.

En este sentido, la sentencia recién aludida nos señala, citando al juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, Joseph Holmes, que “*La regla general al menos, es que mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación*” que –según podríamos agregar– da derecho a cobrar la respectiva indemnización de perjuicios al titular afectado (Caso Pennsylvania Coal Co. Vs. Mahon, 260 US 393, 43 S, CT. 158, 67 L.Ed. 322 (1922).

Así, la diferencia entre una privación y una limitación radica en que la expropiación sustituye la afectación de la privación haciendo desaparecer la vulneración del derecho por parte del legislador, cuestión que no acontece

¹¹ Sentencia de causa Rol N° 2.299-12, considerando 9º. Voto que estuvo por rechazar el requerimiento, p. 22. En esta causa se resolvió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, que fue finalmente rechazado, tras producirse empate de votos y no alcanzarse, en consecuencia, el quórum exigido.

con una limitación. En este último caso, el intérprete de la norma deberá verificar si se ajusta o no al ejercicio de la función social de la propiedad y, en consecuencia, deberá declarar o no su inconstitucionalidad, atendiendo al límite derivado de la protección a la esencia del derecho consagrado en el artículo 19 N° 26º de la Carta Fundamental”¹².

Así entendidas las cosas, el procedimiento expropiatorio (indemnización de perjuicios), tendrá lugar no sólo cuando nos enfrentemos a una privación propiamente tal del derecho de propiedad, sino que también cuando una restricción afecte con una magnitud significativa al mismo, pues en tal evento se considerará igualmente privación. Tratándose de una restricción “no significativa”, no operaría ninguna “sustitución” por la afectación que pueda sufrir el titular de dominio, dándose a entender, por oposición, que esta debe ser soportada por el titular, como una consecuencia de la *función social* del dominio, y en tanto no se lesione la esencia del derecho.

2. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD¹³.

VÍNCULO CON LA GRATUIDAD U ONEROSIDAD DE LAS RESTRICCIONES AL DOMINIO

Lo dicho recientemente nos obliga a preguntarnos cómo se entiende la función social, en tanto elemento configurador del concepto de propiedad¹⁴

¹² Ibíd., p. 23.

¹³ Sobre la función social de la propiedad puede consultarse en doctrina: EVANS E., Eugenio, “El bien común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2, 2001, pp. 227-237; PRECHT P., Jorge, *Fundamento teórico de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad en razón de interés público*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1968; Ríos Á., Lautaro, 1987, “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. 84, N° 2, Chile, pp. 57-73. En jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede consultarse, entre otras, las sentencias de las siguientes causas: Rol N° 167/93; Rol N° 207/95; Roles acumulados 245 y 246 de 1996, considerando 25º a 27º; Rol N° 505/06, considerando 27º y siguientes; Rol N° 253/97; Rol N° 334/01; considerando 10º y siguientes; Rol N° 446/05; Rol N° 707/07; Rol N° 976/07; Rol N° 1215/08, considerando 21º a 30º; Rol N° 2.299/12, considerando 7º y siguientes.

¹⁴ En doctrina, podemos encontrar quienes sostienen que la noción civilista satisface las exigencias de la normativa constitucional y que es de esta forma como debemos entender a la propiedad cuando la carta fundamental se refiere a ella, en este sentido, se ha señalado “que la noción civil del derecho de dominio resulta perfectamente capaz de acoger el diseño constitucional de la propiedad, y que por ello, al menos respecto de la propiedad sobre cosas corporales, puede sostenerse un concepto unitario de propiedad”. VARAS B., Juan, *op. cit.*, p. 144; También en

y, fundamentalmente, cuál es su relación con la gratuidad u onerosidad de las restricciones al dominio.

En esta tarea lo primero será recordar que el constituyente no ha definido la noción de función social de la propiedad, sino que ha preferido señalar los elementos que la componen, a saber, los intereses generales de la nación, la utilidad y salubridad públicas, la seguridad nacional y la conservación del patrimonio ambiental, los cuales como podemos apreciar vienen a expresar, más que el desglose de los elementos de un concepto, la finalidad que puede y debe pretenderse para que mediante disposición legal se pueda constitucionalmente restringir el derecho de propiedad.

En este sentido, podemos afirmar que la jurisprudencia del Tribunal ha entendido a la función social como un elemento integrante del concepto de propiedad, así en su último pronunciamiento sobre la materia, afirma que es

apoyo de esta postura, PEÑAILILLO A., Daniel, *op. cit.*, pp. 86-87. Mas esta posible solución no lo es para todos, así otro sector de la doctrina no se conforma con la definición proporcionada por el derecho común y postula que no es necesario bajar un escalón dentro de la pirámide normativa y que el verdadero significado que a la propiedad se debe atribuir ha de encontrarse en la propia Constitución, en este sentido don Enrique Rajevic, quien a propósito de la pluralidad de propiedades declara “estimamos que jurídicamente en Chile la propiedad es sólo una y su concepto se contiene en la Constitución Política. Los diversos estatutos propietarios existentes (propiedad indígena, intelectual, de bosques, etc.), para merecer este adjetivo, deben respetar la esencia de la propiedad definida constitucionalmente, sin perjuicio de desarrollarla según las características del ámbito en que operen.”, RAJEVIC M., Enrique, *op. cit.*, p. 97. En términos aún más categóricos don Eduardo Cordero señala “Así las cosas, la propiedad constitucional aparece integrada de una serie de elementos y garantías que la alejan de su construcción elemental elaborada bajo los cánones individualistas de fines del siglo XVIII y permiten configurarla en torno a una serie de elementos: la idea de función social como elemento estructurante de su definición; la superación del concepto unitario de propiedad, lo cual permite hablar de una pluralidad de propiedades; la garantía normativa de la reserva de ley, y, por último, el respeto de la integridad patrimonial de las personas, no limitado a la propiedad en sentido civil estricto”, CORDERO, Eduardo, “Las garantías institucionales en el Derecho alemán y su proyección en el derecho de propiedad”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 14 N° 2, 2007, p. 83. sobre este tema puede consultarse: ALDUNATE L., Eduardo, “El concepto del Derecho de Propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Chile N° 18, 1997, pp. 195-221; ALDUNATE L., Eduardo, “Problemas de la dogmática...”, *op. cit.*, pp. 157-169; CORDERO Q., Eduardo, “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. 19, N° 1, 2006, pp. 125-148; CORDERO Q. Eduardo, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, 2008, pp. 493-525.

un límite intrínseco del derecho (contrario a la privación que sería extrínseca al mismo), y que su concretización por medio del legislador “(...) implica reducir algunas de las posibilidades de actuación individual del propietario, pero en cuanto limitación u obligación que es consustancial a su derecho de propiedad, no generando indemnización, puesto que, teóricamente, no hay daño que lamentar”¹⁵. De estas palabras podemos extraer, en primer lugar, que en tanto elemento integrante, la función social da contenido al derecho de propiedad, siendo el legislador el encargado de determinarlo¹⁶, no existiendo un concepto unitario de propiedad constitucional, o si lo hay, lo será sólo en sus elementos esenciales. Por otro lado, podremos sostener que la limitación no daría nunca lugar a indemnización, toda vez que el legislador es libre en esta tarea configuradora del dominio, sin que se pueda reclamar un daño, desde que el contenido del derecho es variable, y una vez instaurada la restricción, esta deja de ser tal, pues ya es parte del concepto mismo de propiedad para la particular situación que la norma está regulando, en consecuencia, “teóricamente” no existe daño ni limitación, sólo existe el “derecho”.

Por nuestra parte, sostenemos que la propiedad, como el propio constituyente reconoce, tiene un contenido social, que nos acerca a reconocer en ella más que un simple derecho subjetivo, pues por su intermedio se hace alusión a una institución jurídica, habrá entonces que preguntarse cuál es este contenido, para que no pase de ser una declaración de principios, y pensamos que esta materia es un buen ejemplo de aquella característica que se irroga a la propiedad, y que se traduce en las cargas que se imponen sobre este derecho en miras de un objetivo que se reputa mayor, cual es el bien común¹⁷. Entendido esto último como es propio, pues el desarrollo

¹⁵ Sentencia de Rol N° 2.299/12, de 29-01-2014, considerando 8º, p. 21.

¹⁶ A este respecto resulta interesante lo expuesto por el Tribunal, cuando refiriéndose a la garantía del art. 19 N° 24, señala que “Se partirá por sostener que dicha disposición reconoce el derecho de propiedad, pero no establece un tipo de propiedad determinada. La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad “*en sus diversas especies*”. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure. De hecho, el propio constituyente se refiere a algunas de ellas: la minera (artículo 19 N° 24º), la que recae en los derechos de agua (artículo 19 N° 24º), la intelectual y artística (artículo 19 N° 25º), la que recae sobre los bienes que deben pertenecer a la Nación toda (artículo 19 N° 23º).” Sentencia de Rol N° 1.298/09, considerando 44, p. 37.

¹⁷ Podemos encontrar en los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional la persecución de este propósito, así por ejemplo, refiriéndose a la obligación de cesión gratuita de terrenos que

de una nación no puede construirse sobre los hombros de unos pocos, o violentando los derechos que legítimamente se han adquirido, como el de propiedad, y las demás garantías que la Constitución asegura a todos los habitantes.

De esta forma, resulta razonable cuestionarse quién debe soportar los efectos de una restricción o limitación al dominio. Claramente la respuesta debe encontrarse en la Carta Política, pero, a nuestro juicio, no se debe restringir exclusivamente a la garantía de la propiedad privada, sino que debe obtenerse de una consideración general de toda la normativa constitucional, pues en su carácter de norma suprema, resulta necesario dotarla de coherencia en su conjunto.

En esta tarea ya insinuamos que la función social proporciona a la propiedad una vocación de gratuidad, en el entendido que las restricciones que se impongan a su ejercicio tendrían que ser soportadas, en principio, por el titular de dominio, en tanto su derecho y las prerrogativas que él le conceden, deben convivir y conciliarse con las necesidades y exigencias de la sociedad. Con todo, si una norma pareciera imponer una carga demasiada lesiva a los titulares de propiedad, estimamos que su gratuidad sería contraria a la noción misma de función social, pues ella “(...) significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad”¹⁸. Se debe, por tanto, buscar un equilibrio que permita lograr cabalmente el sentido que, a nuestro parecer, aspira cumplir la función social, en la cual las restricciones a la propiedad se establecen en consideración a la sociedad en su conjunto, en razón de los intereses y finalidades de todos sus integrantes, dentro de los cuales no debe excluirse al propio titular de dominio, el cual asume la función social y las obligaciones que ella le significan, pero no se siente al margen de la misma, en el sentido que sólo él deberá cargar los costos de una medida que atendido los diversos casos puede resultar desmesurada, es decir, en esta situación

recae sobre el urbanizador se señala que “se trata de esta manera de conciliar en forma prudente y justa los intereses personales del urbanizador con los de la sociedad toda, arbitrando los medios necesarios para que el Estado cumpla su fin primordial, cual es el bien común, mediante la creación de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos que la Constitución asegura;” sentencia de Rol N° 253/97, considerando 10, p. 23.

¹⁸ Roles acumulados 245-246 de 1996, considerando 25, p. 29.

excepcional, estimamos que la norma sería inconstitucional por el N° 24 del artículo 19, en atención a su gratuidad y al concepto de función social que defendemos, aún cuando se encontraría igualmente lesionando la esencia del derecho, toda vez que la función social se entiende, según se señaló, como elemento integrante del derecho de propiedad mismo.

Ahora, cuando se analiza en relación a garantías como la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas, las normas que consagran la responsabilidad del Estado en su actuar lícito, entre otras, con las cuales puede estar vinculada la propiedad, la norma justificada en la función social que instaura la restricción se puede tornar desigual, gravosa, o provocar cualquier otro efecto contrario a su texto, tomando como referencia los estándares contemplados por el propio constituyente. En esta línea nos resulta interesante lo postulado por el profesor Eduardo Aldunate quien sostiene que “Tomando en cuenta que la limitación constitucional a la repartición de las cargas patrimoniales de carácter tributario es la prohibición de su carácter manifiestamente injusto o arbitrario, bien puede extenderse este criterio a las demás cargas patrimoniales. De este modo, en el caso de las regulaciones que afectando de manera manifiestamente injusta o desproporcionada la propiedad no dispongan la correspondiente indemnización, no estamos ante una inconstitucionalidad de la regulación por lesión al derecho de propiedad en virtud del art. 19 N° 24, sino por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas vía art. 19 N° 20. Esta solución permite al legislador fijar las reglas generales de compensación, las que serán suficientes en cuanto cancelen el carácter manifiesto que tenga lo injusto o desproporcionado del efecto regulatorio (pudiendo subsistir en términos meramente desproporcionados o injustos); igualmente, le permite remitir el examen de la procedencia y la evaluación de la indemnización al juez de la instancia, en cuanto constate efectivamente particularmente gravoso al patrimonio de un particular”¹⁹. De modo similar el profesor Enrique Rajevic luego de definir las limitaciones a la propiedad señala: “Con todo, para nuestra jurisprudencia podrían existir situaciones en que sí serían indemnizadas –como lo declaró en el caso Galletué, pero no por su calidad de limitaciones, sino como reparación de una desigual repartición de cargas públicas”²⁰.

¹⁹ ALDUNATE L., Eduardo, 2006, “Limitaciones y expropiación: Scilla...”, *op. cit.*, p. 298.

²⁰ RAJEVIC M., Enrique Petar, *op. cit.*, p. 46.

De esta forma, estimamos que cuando una norma restrictiva del derecho de propiedad pueda provocar estas desavenencias con otros principios o garantías constitucionales, y ellos se puedan salvar por medio de contemplar la posibilidad de una reparación a quienes puedan resultar afectados por ella, el legislador debe obrar de tal forma, a fin de cautelar su conformidad con la Carta Política.

En estas condiciones y frente a la pregunta de quién debe soportar los efectos de una restricción al dominio, la respuesta a nuestro parecer es que debemos hacerlo todos, entendiendo por tales, *el propietario* en cuanto sujeto de un derecho que le reporta provecho y que tiene en su contenido una arista social que lo obliga a ceder en el ejercicio de ciertas facultades que tradicionalmente se le han atribuido, como la exclusividad y absolutez de este derecho, pero también deberá hacerlo el resto de la *sociedad*, representada por el Estado, en aquellos casos en que exigir al propietario que soporte todo el costo de la restricción resulte contrario, tanto con la noción de función social misma, como con la demás normativa constitucional, y en la medida que se pueda evitar por la vía de contemplar la posibilidad de indemnización, pues si con ello no se logra su conformidad con la Constitución, la restricción será indefectiblemente inconstitucional.

Si bien puede sostenerse que conforme a este planteamiento, la gratuitad u onerosidad de las restricciones al dominio obedecen a temas distintos en atención al fundamento que se pretende conceder a una eventual indemnización, salvo la situación de excepción antes señalada, la crítica sería parcialmente efectiva, pues por una parte, es cierto que estimamos que una limitación, en cuanto tal, por regla general se conforma con hacer soportar al titular de dominio la carga de la restricción, por otro lado, sostenemos que la particular naturaleza que presentan las limitaciones hacen que la instauración de ellas afecten la armonía de los demás principios y garantías constitucionales, y en este escenario, su constitucionalidad implica un análisis más extenso que la garantía consagrada en el N° 24 del artículo 19, pues en definitiva nos estamos preguntando si al afirmar la gratuitad u onerosidad de las restricciones al dominio estamos incurriendo en alguna inconstitucionalidad, lo cual supone un examen de toda su normativa.

Desde ya puede advertirse que somos proclives a considerar en esta etapa del examen de constitucionalidad la “magnitud” de la restricción, al momento de compatibilizar la mencionada vocación de gratuitad que

tienen las limitaciones en razón de la función social que se le irroga con los restantes derechos y garantías que *asegura* la Constitución, principalmente en relación con resguardar que no se afecte la esencia del derecho, pero no sólo con ella, pues también podrán verse comprometidos otros principios y garantías, según se dijo, pero en todo caso no para efectuar una discriminación entre los conceptos de privación y restricción al dominio.

Por las razones expuestas, estimamos que una ley que impone una restricción al dominio, la cual sería, según nuestra opinión, en principio gratuita, o en forma más precisa, de cargo del titular de dominio, *no podría prohibir* que se contemple algún tipo de reparación sin caer en inconstitucionalidad. Acudiendo a nociones clásicas, sostenemos que las restricciones son, atendida la normativa constitucional, *naturalmente* gratuitas, en el sentido que tendrían este carácter sin necesidad de especial mención, pero a su vez, que el legislador se encontraría habilitado para establecer la hipótesis de una reparación económica en el caso de establecerla. Debemos precisar que lo que venimos señalando no corresponde a la manera en que el Tribunal ha entendido esta materia, así podemos mencionar que resolviendo sobre una eventual desnaturalización del derecho de propiedad, por el carácter indemnizable de las servidumbres mineras, nos recordó que aquellas corresponden a una hipótesis de restricción y no de privación a este derecho “(...) y que por lo mismo no sería indemnizable de acuerdo a la regla general dispuesta en el artículo 19 N° 24, inciso segundo, de la Constitución (...)”²¹, entregándonos un claro pronunciamiento sobre el tema que nos ocupa.

“Dicha posibilidad indemnizatoria se explica por la convocatoria o remisión que la Constitución hace a la ley al momento de establecer las servidumbres mineras. Es el legislador el que debe establecer “*las obligaciones y limitaciones*” para “*facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas*”. El legislador consideró que, a pesar de la naturaleza de la limitación al dominio, debía existir indemnización. Sin esa remisión expresa efectuada por el constituyente, el legislador habría excedido lo que corresponde a una limitación a la propiedad, por *esencia* no indemnizable”²².

²¹ Sentencia de Rol N° 1.284 de 2009, p. 31.

²² Ibíd., pp. 31-32 (énfasis agregado).

De esta manera, la mencionada sentencia nos entrega dos importantes consideraciones, por un lado, el *carácter* de las restricciones, en orden a que estas serían siempre gratuitas (salvo excepción de rango constitucional como en este caso), y por el otro, que el legislador se encontraría inhabilitado para contemplar indemnizaciones habida consideración de la gratuitad *esencial* de las limitaciones, lo cual según señalamos no compartimos, y más aún postulamos que una norma que impida en todo evento que el propietario sea sujeto de una reparación adolecería de vicios de inconstitucionalidad, en el entendido de examinarla en consideración a toda la normativa constitucional, no restringiendo su estudio al artículo 19 N° 24.

3. ÁMBITOS EN LOS CUALES OPERA LA LIMITACIÓN. OBJETIVO Y SUBJETIVO

Todo lo dicho en el título anterior dice relación con la norma que impone una restricción al dominio entendida en cuanto norma general y abstracta, es decir, efectuando un examen de constitucionalidad de la propiedad en su faz objetiva, en relación a la labor encomendada al legislador de fijar las reglas, las obligaciones y las limitaciones que van a ir configurando el estatuto jurídico de la propiedad para el caso que se encuentra regulando, lo cual debe hacer, según señalamos, con pleno respeto a los principios y garantías establecidos por el constituyente.

Sin perjuicio de lo anterior, la situación de su gratuitad u onerosidad puede y debe ser analizada desde la vereda subjetiva, ponderada en sus efectos cuando la ley afecta el derecho de propiedad de un titular determinado, pues claro resulta que ella no alcanzará a todos los propietarios de igual manera, y en tanto norma de aplicación directa, la Constitución debe amparar que los efectos que se produzcan en estas situaciones particulares no resulten contrarios a ella.

De esta manera, la situación en la cual nos ubicamos ahora, supone que una determinada ley impone una restricción o limitación al dominio, la cual en términos abstractos y generales, ha superado todos las exigencias constitucionales, pero que aplicada a ciertos casos particulares, presenta dudas en cuanto a su constitucionalidad, atendido que los efectos que ocasiona a un propietario pueden ser estimados en pugna con los mismos principios y garantías que debemos tener en consideración para velar por la constitucionalidad de la norma desde un punto de vista objetivo.

Para graficar este escenario tengamos en consideración una normativa que se ofrece como clásico ejemplo de restricción que se indemniza, este es el artículo 7º de la Ley N° 18.755 que “Establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero” (D.O. 7.01.1989), el que nos señala que:

“Corresponderán al Director Nacional las siguientes funciones y atribuciones:

j) Disponer el pago de indemnizaciones a propietarios de bienes o productos no contaminados o sanos, que haya sido necesario sacrificar, beneficiar o destruir, como asimismo por *las restricciones* de uso de predios rústicos dispuestas por el Servicio, para prevenir, controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga, previa autorización otorgada por decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará además la firma del Ministro de Hacienda. Las indemnizaciones comprenderán sólo el *daño patrimonial efectivamente causado*”.

Como podemos apreciar, el legislador no establece que las restricciones que se impongan al uso de los predios, establecidas por las razones contempladas en la norma, se indemnicen, lo que es objeto de reparación es el daño patrimonial sufrido. En este sentido, en su función reguladora de la propiedad, establece las bases para que atendidas las circunstancias del caso se pueda fijar una indemnización por los daños causados, asunto que será determinado, por cierto, desde una dimensión subjetiva.

En el caso de las privaciones el constituyente estima que el daño es evidente, se reputa por el solo hecho del despojo la presencia de este elemento, lo cual hace, como resguardo al titular de derecho, *esencial* y *necesario* la presencia de una indemnización para este caso, o en otros términos, la *sustracción* de algún elemento de la propiedad constitucionalmente protegida, en consideración a lo invasivo de ello, constituye la causa de la reparación económica por mandato de nuestra Carta Fundamental, no ocurriendo lo mismo, entre nosotros, tratándose de las restricciones.

Este mismo principio puede desprenderse, inclusive con mayor claridad, del artículo 45 de la Carta Política cuando regulando los estados de excepción constitucional, nos señala que darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando *importen privación* de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se *cause daño*. De esta manera, aún cuando se trataría de un caso de privación, ello sólo da derecho a reparación cuando haya existido daño, es decir, el

elemento que determina la posibilidad de un resarcimiento no es ni siquiera, en este caso, la privación, sino la existencia de daño.

Debemos, al menos, aceptar la posibilidad que el constituyente no ha pretendido que cualquier afectación al derecho del titular de dominio sea y deba ser objeto de una reparación, pues ello equivaldría a restar el valor substancial que se pretende dar a la noción de función social, y por lo demás porque en dicho evento la Constitución hubiese establecido una sola regla tanto para privaciones como para restricciones. En ese entendido, lo siguiente será preguntarse: ¿qué grado molestia, perturbación o malestar es constitucionalmente admisible exigir que soporte el titular de dominio sin que llegue a producir efectos contrarios a la Constitución?, ¿cuándo la función social que conlleva la propiedad dejará de legitimar una medida restrictiva del derecho de propiedad sin que se contemple, o al menos permita, una indemnización al propietario?

Claro resulta para nosotros que esto es una tarea que escapa de la formulación de una regla general comprensiva de todas las situaciones que puedan presentarse, siendo sólo pertinente recordar que en esta tarea se deberá procurar, en primer término, respetar los parámetros establecidos por el constituyente, como, a su vez, defender el principio en virtud del cual la ley no podrá prohibir en manera absoluta que se contemple una reparación en el caso de una restricción al dominio, lo anterior sin perjuicio que ella, según hemos sostenido, tenga una vocación de gratuidad, la cual servirá al juzgador como herramienta interpretativa a la hora de resolver la materia que señalamos.

Por último, en cuanto a la dualidad de ámbitos en que operan las limitaciones al dominio, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad aparece como herramienta más idónea en el resguardo de situaciones subjetivas, pues como se sabe, en él la atención debe centrarse en decidir si la aplicación de un precepto legal en una determinada gestión judicial resulta contraria a los fines previstos en la Constitución. No obstante, lo anterior no inhabilita al Tribunal para que mediante él pueda pronunciarse sobre las limitaciones y su gratuidad en cuanto dimensión objetiva, es decir, en términos de una normatividad general y abstracta, sólo que no será su objetivo principal²³. En este

²³ Para argumentar que la acción de inaplicabilidad presenta utilidad en el examen del concepto de restricción, recordemos que, en atención a la estructura procesal de nuestra justicia

sentido compartimos lo expuesto por el Tribunal, en que luego de precisar la necesidad de una contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución, nos señala “Que a lo antes dicho se añadirá, ahora, que si bien las características de la acción de inaplicabilidad traen como consecuencia que, para que ésta en definitiva prospere, no es preciso que necesariamente exista una contradicción abstracta y universal entre el precepto legal impugnado y la preceptiva constitucional, no puede extraerse de ello la conclusión, *contrario sensu*, de que la existencia de una inconstitucionalidad abstracta quede excluida por completo como motivo de inaplicabilidad, sólo que, para que una acción sustentada en tal motivo pueda llegar a prosperar, deberá haberse fundado razonablemente que existe una cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, precisa y concreta, que demuestre que, en el caso concreto de que se trata, la aplicación del precepto legal impugnado resulta contraria a la Constitución (...)”²⁴. En todo caso, resultará más adecuado para resguardar las limitaciones y su gratuidad, desde la perspectiva objetiva, el requerimiento de inconstitucionalidad que “expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular”²⁵.

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y RESTRICCIONES AL DOMINIO. CARGAS PERSONALES Y REALES

En nuestra tarea de precisar el carácter gratuito u oneroso de las restricciones conforme la Constitución Política de la República, resulta conveniente

constitucional, para llegar a un análisis abstracto, vía acción de inconstitucionalidad, de una norma que se encuentre vigente, será preciso que esta se declare inaplicable para un caso concreto, es decir, deberá estudiarse situaciones subjetivas, para eventualmente llegar a uno de carácter puramente objetivo.

²⁴ Sentencia de Rol N° 1.144 de 2008, considerando 14, pp. 18-19.

²⁵ Sentencia de Rol N° 590 de 2009, considerando 5, p. 4. Sobre esto, señalemos que al 14 de marzo de 2014 se han resuelto 9 requerimientos de inconstitucionalidad, a la cual se debe agregar 4 actuaciones de oficio por parte del Tribunal Constitucional; de estas 13 oportunidades sólo en 2 se alegó como vulnerada la garantía al derecho de propiedad, mas estas acciones no prosperaron, en un caso, no se acogió a tramitación el requerimiento por no satisfacer la exigencia de contener una petición razonablemente, mientras que en el otro, por no haberse cumplido con el requisito de haber sido declarado inaplicable el precepto impugnado por causa de inconstitucionalidad por este Tribunal, en ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 6º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental.

repasar la forma como este problema ha sido entendido por el Tribunal, el que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ello a raíz de las causas sobre franja de acceso a las playas, pudiendo apreciarse un cambio en la forma de tratarlo, según pasaremos a señalar.

La primera oportunidad es en los roles acumulados 245 y 246 de 1996, en la cual se sentencia el carácter de limitación de la referida franja de acceso, para luego centrar sus considerandos en la fundamentación de la necesidad de indemnizar.

Pero antes de referirnos a lo señalado por el Tribunal, sólo mencionar que los requirentes fundamentan su acción sobre la lógica que esta normativa favorece sólo a algunas personas, quienes por razones de pesca o turismo accedan a estas zonas, estimando que pueda aceptarse que mediante esta disposición se pueda privilegiar un interés particular sobre el otro, pero en dicho evento debe indemnizarse (suerte de reconocimiento implícito que limitaciones fundadas en la función social son gratuitas), no siendo así la situación, estiman que la restricción implica una privación a la propiedad²⁶.

Dicho esto, expongamos que los argumentos ofrecidos por esta magistratura, en orden a fundamentar la necesidad de indemnizar dicen relación con la equidad y el espíritu general de la legislación dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1980 la cual establecería como principio el pago de indemnizaciones ya sea por el Estado o por los particulares si se establecen servidumbres o limitaciones que afectan el uso o goce de la propiedad²⁷. Pero los fundamentos que mayor reparo nos producen (que por lo demás es sobre los cuales discurre gran parte del fallo) es, en primer lugar, el que predica que si el constituyente “(...) establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en

²⁶ Criterio que no compartimos, por cuanto, y siguiendo el análisis de los requirentes, bastará para sostener la inconstitucionalidad de la medida que esta no encuentre su fundamento en la función social, en su calidad de restricción al derecho de propiedad, no siendo necesario aducir privación del mismo.

²⁷ En sentencia de roles acumulados 245 y 246 de 1996, considerandos 38 y 41, pp. 38 y 40, respectivamente.

un período de normalidad constitucional y que causen daño. (...)”²⁸, y en segundo lugar, el acreditar que la limitación causa daño y afecta a alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio²⁹.

Nuestra crítica apunta en dos direcciones, la primera de ellas dice razón con que, a nuestro juicio, lo que corresponde al actual artículo 45 de la Carta Fundamental, no es una situación de restricción a la propiedad, sino de privación a la misma, queda esto de manifiesto cuando el propio constituyente exige que la medida importe privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño, no siendo el calificativo de limitación más que una impropiedad lingüística³⁰. En segundo término, discreparamos, porque es basado en estos criterios, que el Tribunal termina confundiendo los conceptos de limitación y privación, pues no obstante haber calificado como del primer tipo a la norma que impone al propietario ribereño la franja de acceso a playas, luego para los fines de justificar una indemnización afirma “Que, esta vía de acceso es evidente que causaría una *privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad*, como son especialmente el uso y el goce del terreno.

Al no establecer el Decreto cómo se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio.

En este caso no hay privación total del uso y goce pero sí una *limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio* y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado³¹. De esta manera una norma es a la vez restrictiva y privativa del derecho de propiedad,

²⁸ Sentencia de roles acumulados 245 y 246 de 1996, considerando 39, p. 40.

²⁹ Nos parece importante dejar constancia que nuestra crítica apunta más a la manera en que se trata el fundamento de existir daño, que al fondo del mismo, según se señalara.

³⁰ En este sentido, PEÑAILLLO A., Daniel, *op. cit.*, p. 103.

³¹ Sentencia de roles acumulados 245 y 246 de 1996, considerando 39 (cursiva agregada).

conclusión que parece no idónea dada la ya mencionada claridad con que nuestro texto constitucional diferencia ambos términos.

Por último, dejemos constancia que en voto de prevención el señor Ricardo García Rodríguez, también es partidario de indemnizar, pero por constituir a su parecer una medida ablativa del derecho de propiedad y por tanto debe procederse conforme al procedimiento expropiatorio, sosteniendo por su parte la gratuitud de las restricciones a la propiedad³².

Respecto de los roles 1141 y 1215, ambos de 2009, tratan la materia de manera análoga, razón por la cual los trataremos en conjunto.

Una primera observación que podemos formular es que en estas sentencias se separa, acertadamente a nuestro parecer, el análisis de la privación o limitación a la propiedad, de la condición de gratuitad contenida en la disposición impugnada, como puede apreciarse cuando el Tribunal sostiene que “(...) lo que se diga respecto a la necesidad de indemnización no afecta el carácter de limitación y no de privación que se debe atribuir a la obligación de facilitar el acceso que se contiene en la norma impugnada”³³. Con lo cual podemos observar un cambio respecto de la sentencia recién comentada que, como afirmamos, termina confundiendo términos.

En lo que dice relación con la gratuitud de la restricción al dominio el Tribunal omite opinión³⁴ por considerar que en el caso concreto tal asunto

³² Así se aprecia en el considerando décimo de su prevención en cuanto sostiene “En el mismo citado Oficio de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, se hace constar que “la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”, como consecuencia de todo lo cual en el Oficio se puntualiza que las restricciones y obligaciones que pudiere establecer el “legislador, en razón de los intereses superiores señalados, no dan lugar, por cierto, a indemnización alguna”(cursiva agregada). Ibíd., voto disidente, considerando 10, pp. 50-51.

³³ Sentencia de Rol N° 1.141 de 2009, considerando 20, p. 23.

³⁴ Así se refleja cuando sostiene “Que, en consecuencia, no cabe pronunciarse sobre la constitucionalidad del eventual efecto de la disposición de gratuitad contenida en la norma impugnada, en cuanto pudiere impedir la indemnización del afectado en virtud de su aplicación, pues ese efecto no puede producirse en la gestión pendiente y, por ello, debe desestimarse la acción impetrada.”Sentencia de Rol N° 1.215 de 2009, considerando 44, p. 30 y Rol N° 1.141 de 2009, considerando 40, p. 31.

no está sometido a su decisión, desde que el efecto de impedirse indemnización no puede producirse en la gestión pendiente, señalando a este respecto solamente que “(...) no es claro que el precepto que se impugna establezca que el Estado, a través del Intendente, pueda imponer y fijar la limitación al dominio sin indemnización. Lo que literalmente éste establece es que el propietario debe facilitar gratuitamente el acceso por su propiedad a las playas de mar, ríos o lagos. Bien pudiere entenderse que, al disponerlo así, lo que el precepto prohíbe es que el propietario colindante cobre a los usuarios por el derecho a paso que debe concederles gratuitamente. Tal sería una interpretación que en nada afectaría el derecho del propietario afectado a cobrar una indemnización del Fisco, cuando el Intendente Regional le imponga esta obligación fijando las correspondientes vías de acceso”³⁵. Para luego precisar “Que, sin embargo, no cabe descartar que el precepto pudiera ser invocado por el Fisco para intentar fijar estas vías de acceso sin pagar indemnización por el daño causado al propietario. En ese caso, cabría examinar si tal alcance del precepto vulneraría la Carta Fundamental”³⁶. Dejando de esta manera abierta la puerta a ambas posibilidades, pero es interesante notar, que la discusión transcurriría sobre la constitucionalidad de una norma que prohíba indemnización no obstante los daños que esta pueda ocasionar, no por el simple hecho de imponer una restricción el titular de dominio, es decir, se centraría en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, por una eventual infracción a este principio, dando luces, según hemos sostenido, que el examen de la gratuitud de una restricción al dominio exige una ponderación de su adecuación a toda la normativa constitucional.

Finalmente sobre esta sentencia nos gustaría hacer mención al voto disidente³⁷, el que nos interesa, por cuanto sostiene que la gratuitud de esta

³⁵ Sentencia de Rol N° 1.215 de 2009, considerando 37, p. 27. y Rol N° 1.141 de 2009, considerando 33, p. 29.

³⁶ Sentencia de Rol N° 1.215 de 2009, considerando 38, p. 27. y Rol N° 1.141 de 2009, considerando 34, p. 29.

³⁷ Hacemos referencia al Rol N° 1.141 de 2009, y la disidencia es de autoría de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Marcelo Venegas Palacios, en cuanto al Rol N° 1.215, y no obstante el mismo trato que a la materia se otorga, no hay voto disidente, lo cual se explica porque los ministros recién mencionados (como también los ministros José Luis Cea Egaña y Marisol Peña Torres) mediante prevención son de opinión de desechar el requerimiento por cuestiones de forma que hacen innecesario pronunciarse sobre el fondo del mismo.

limitación al derecho de propiedad, así como la falta de toda indemnización es contraria a la Constitución. Para arribar a esta conclusión formula en primer término una interpretación de la Carta Fundamental, al sostener que esta “(...) al facultar en el artículo 19 N° 24 al legislador para establecer limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, no ha señalado que ellas den siempre lugar a indemnización como sí lo hace respecto a la privación de la propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, pero ello no significa que frente a cualquier limitación u obligación impuesta a los propietarios para hacer efectiva la función social de los bienes de que son dueños, sea lícito omitir toda indemnización”³⁸. Luego, y sin restringirse al caso concreto, postula en términos generales cuando una limitación u obligación a la propiedad podrá establecerse sin contemplar una indemnización, y ello será “admisible en aquellos casos en que las mismas sean leves y siempre que graven a la generalidad de las personas que se encuentran en una situación similar”³⁹.

De esta manera para la disidencia los requisitos que debe cumplir una regulación que impone restricciones o deberes a la propiedad para dar o no paso a la indemnización dicen relación con su gravedad y generalidad, de tal forma que cuando “(...) la obligación o limitación impuesta a los propietarios, resulte, o pueda resultar, muy gravosa y recaiga sólo sobre algunos propietarios, no es admisible que la ley excluya en todo evento la indemnización, pues ello puede significar bien una privación, aunque sea parcial, de atributos o facultades esenciales del dominio, bien una imposición de condiciones o requisitos que impidan el libre ejercicio de los derechos de propiedad, o un daño causado por la Administración del Estado que deba ser reparado”⁴⁰.

Así se concluye que la norma que imponga una severa restricción al dominio (afectando o pudiendo afectar sólo a algunos propietarios) no puede negar lugar a una reparación económica, por cuanto ello puede significar alguna de las situaciones recién transcritas Sin embargo, nosotros sostenemos que de aquellos tres escenarios que se plantean para fundamentar la necesidad de indemnización, sólo las dos últimas dicen relación directa

³⁸ Sentencia de Rol N° 1.141 de 2009, considerando 3 de voto disidente, p. 37.

³⁹ Ibíd., p. 37.

⁴⁰ Ibíd., pp. 37-38.

con las restricciones y con la necesidad de contemplar una posibilidad indemnizatoria, no así por constituir una privación⁴¹.

Precisemos que respecto de la hipótesis consistente en impedir el libre ejercicio de la propiedad, cuestión que como sabemos se encuentra amparada por el art. 19 N° 26, es el propio constituyente quien prevé una sanción para la norma que limitando al derecho de propiedad pueda ocasionar este efecto, cual es su inaplicabilidad y eventual inconstitucionalidad. La compensación al titular de dominio debe figurar, o al menos permitirse, en la normativa que impone la limitación, en la medida que de esta forma se elimine este efecto inconstitucional.

En cuanto a un daño causado por la Administración del Estado, señalemos que esto supone una norma general y abstracta constitucionalmente admisible, la cual al momento de su aplicación por la autoridad ocasiona un daño al titular de dominio, dando lugar a la responsabilidad del Estado Administrador, es decir, hace alusión a la afectación de situaciones subjetivas, pues si la norma en su adecuación con la Carta Fundamental no alcanza a superar los parámetros exigidos por la garantía al derecho de propiedad o demás principios y garantías contemplados en ella en tanto norma general, en su faz objetiva, deberá contemplar una reparación para salvar su constitucionalidad, en la medida que con ello lo logre, y finalmente si la norma, sin mediación de aplicación administrativa, ocasiona un daño a situaciones subjetivas concretas ya estaremos hablando de la responsabilidad del Estado Legislador.

En la misma línea de entender el tratamiento que a la materia ha dado el Tribunal, podemos contraponer la forma en que han sido entendidas las cargas de carácter personal a las que presentan una naturaleza real, como es el caso de las restricciones al dominio, en cuanto a su gratuidad.

En esta tarea podemos recurrir a las propias palabras del Tribunal para sintetizar su postura al respecto, pues ha sostenido “Que esta Magistratura

⁴¹ Al señalarse que una limitación pueda constituir privación, estamos haciendo alusión a la noción de regulaciones expropiatorias, de las cuales no somos partícipes por las razones ya expuestas. Respecto de un daño causado por la Administración del Estado, señalemos que esta hipótesis es la que el voto mayoritario reconoce puede presentarse respecto al propietario, pero omite pronunciamiento al respecto.

ha sido estricta al considerar las cargas personales, no así las reales. Así, ha objetado la *gratuidad* de la carga del turno para los abogados (STC 1254/2009). En otros casos las ha legitimado exigiendo una *compensación*. Por ejemplo, el servicio militar obligatorio (Ley N° 20.242, entre otras) o las propias funciones electorales de vocal de mesa (artículo 47 bis de la Ley N° 18.700), del personal de la Oficina Electoral de cada Junta Electoral (artículo 54 de la Ley N° 18.700) o por ser miembro de los colegios escrutadores (artículo 85 bis de la Ley N° 18.700)⁴². De esta forma, sin dejar espacio a mayor interpretación emite un juicio categórico en torno al tema, para luego precisar que “Que, en el presente caso, en cambio, nos encontramos frente a una *carga real*, como tantas otras que han sido definidas por el legislador y controladas por el Tribunal Constitucional. En tal sentido, nos encontramos frente a una carga real sobre los canales de libre recepción que deben soportar la emisión de una franja electoral gratuita aplicable a las elecciones presidenciales, que se *diferencian sensiblemente de las cargas personales*;”⁴³.

Tomando el mismo ejemplo señalado por el Tribunal respecto a la gratuidad del turno que pesa sobre los abogados, tratemos de vislumbrar en qué se diferencian las cargas personales y reales en cuanto a su fundamento, y que explican que en un caso deban ser indemnizadas y en el otro no.

Al respecto el Tribunal señaló: “Que la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución, en consideración a los criterios que se han sostenido respec-

⁴² Sentencia de Rol N° 2.487 de 2013, considerando 33º, p. 15 (énfasis agregado).

⁴³ Ibíd., considerando 34º, pp. 16-15 (énfasis agregado). En el mismo considerando nos señala ejemplos en los cuales el Tribunal ha legitimado una serie de cargas reales. Así, el de la franja televisiva gratuita original en materia electoral (STC 56); la limitación a los propietarios colindantes para permitir el acceso gratuito a las playas (STCs 245, 1141 y 1215); la limitación del urbanizador para destinar y donar gratuitamente terrenos para áreas verdes y equipamiento comunitario (STC 253); el cambio del precio de un contrato que pasa de libre a regulado (STC 506); el pago de accidentes en actos de servicio que sufren los bomberos y que recae en las compañías de seguros (STC 1295); las caducidades en el procedimiento de constitución de la propiedad minera (STC 1994); el traslado de redes en la faja de camino público que deben soportar las empresas concesionarias de ciertos servicios públicos (STCs 1863, 1986, 1991, 1992 y 1993).

to de la igualdad ante la ley, aplicables en la especie”⁴⁴. Así, el carácter gratuito de una *carga* es analizado a la luz de la garantía de igualdad ante la ley, lo cual estimamos resulta igualmente válido de realizar respecto de una restricción al dominio, es decir, de una carga de carácter real. Asimismo es aplicable el principio en virtud del cual “(...), la licitud de los fines perseguidos por el legislador no justifica ni puede permitir el empleo de medios gravosos y desproporcionados, que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional”⁴⁵. Es decir, la constitucionalidad de una medida impuesta por el legislador en atención a su particular regulación, no permite su inconstitucionalidad en razón de otras garantías también reconocidas por nuestro constituyente.

En este sentido, el Tribunal, más adelante, expone “Que, de este modo, la carga del turno –que se impone excepcionalmente a los abogados y que se encuentra suficientemente descrita en la ley– debe ser debidamente compensada, *derecho fundamental* que nuestra Carta Suprema prevé incluso en estados de excepción constitucional, al reconocer el derecho a ser indemnizado respecto de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad (artículo 45). El Estado puede cumplir sus obligaciones a través de los particulares, en conformidad al principio de subsidiariedad o supletoriedad, pero sin que ello importe un abusivo detrimiento patrimonial, imponiendo así una *carga no equitativa, en los términos autorizados por el artículo 19, N° 20º*, de la Constitución Política de la República; (...)"⁴⁶.

Vemos como el Tribunal hace aplicación del criterio constitucional para la repartición de cargas tributarias, para decidir la conformidad con la Carta Fundamental de una carga de índole personal, como es la del turno que pesa sobre quienes ejercen la profesión de abogados, lo cual hace mayormente admisible su adopción para el caso de las restricciones al derecho de propiedad, habida consideración de la naturaleza patrimonial que ambas poseen.

⁴⁴ Sentencia de Rol N° 1.254 de 2009, considerando 74, pp. 46-47.

⁴⁵ Ibíd., considerando 75, p. 47.

⁴⁶ Ibíd., considerando 77, pp. 47-48 (cursiva agregada).

CONCLUSIONES

Luego de analizados algunos aspectos atingentes a la gratuitad u onerosidad de las restricciones al dominio, estamos en condiciones de formular algunas consideraciones generales.

Se concibe entre nosotros la noción de regulaciones expropiatorias, lo cual trasunta en que existirían restricciones que en atención a su magnitud devienen en privaciones y por tanto objeto de indemnización (en cuanto sujeto al procedimiento expropiatorio) si se pretende proceder de manera constitucionalmente admisible, o bien deberá procederse a declarar su inaplicabilidad, y eventual inconstitucionalidad.

El tribunal ha llegado a sentenciar el carácter esencialmente gratuito que tendrían las restricciones al dominio, teniendo en consideración fundamentalmente la función social de este derecho, entendiendo que en razón de él la restricción debe ser siempre soportada por el titular propietario, y que en su carácter esencial el legislador estaría vetado de contemplar una indemnización. Si bien esta declaración no se ha reiterado, la tendencia del Tribunal sigue siendo a considerar que las limitaciones no generan derecho al propietario para ser resarcido cuando es objeto de una de ellas.

Por nuestra parte, postulamos que las restricciones a este derecho son *naturalmente* gratuitas, en orden a que no requieren mención especial para atribuirse este carácter, pero tampoco se incurría en inconstitucionalidad cuando el legislador opte por contemplar junto a ella algún tipo de reparación económica en atención, sea al derecho de propiedad, sea en relación con las demás garantías y principios presentes en la Carta Política. Por su parte, estimamos que sí habría cuestiones de constitucionalidad si se prohíbe expresamente la existencia de una reparación, pues como señalamos, las restricciones operan tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, y en la tarea de cautelar el respeto de las garantías y principios que consagra la Constitución, según se señaló, dicha alternativa resultaría inadmisible entre nosotros.

En este sentido, el constituyente no formuló una declaración equivalente a la que encontramos respecto a las privaciones, que, como sabemos, exige indemnización, sin embargo, creemos encontrar en el art. 19 N° 24, inc. 2,

una intención de recalcar uno de las aristas que presenta este derecho, cual es su carácter social, cuya función sería, para este preciso caso, el de servir como *elemento de interpretación* a la hora de poner en la balanza los distintos derechos que se pueden ver comprometidos en la creación y aplicación de una disposición legal.

Finalmente, en cuanto a los fundamentos que se han utilizado para sostener la necesidad de indemnizar al sujeto de una carga personal, somos de la idea que ellos no solamente son aplicables a las cargas de carácter real, sino que algunos de ellos son incluso más apropiados respecto de ellas.