



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



“Contenido, efectos y aplicabilidad de la doctrina sobre *regulatory takings* (expropiaciones regulatorias) en Chile”

Álvaro Massardo Delgado
Francisco Barraza López

Profesor guía: Crispulo Marmolejo González

Fecha de entrega: Diciembre de 2014

Índice:

1. Introducción

2. Concepto de derechos de propiedad:

2.1. Perspectiva normativa de los derechos de propiedad:

2.1.1. Sistema de regulación y concepto de derechos de propiedad en el Código Civil chileno.

2.1.2. Estatuto Constitucional chileno de los derechos de propiedad.

2.1.3. Análisis del art 19 n°24 CPR.

2.1.4. Afectaciones: restricciones, limitaciones, regulaciones y expropiaciones.

2.1.4.1 Afectaciones a la propiedad

2.1.4.2 Regulación a la propiedad

2.1.4.3 Limitación o restricción a la propiedad

2.1.4.3.1 Causa caratulada: “Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación”

2.1.4.4 Privaciones del dominio

2.1.4.5 Expropiaciones al dominio

2.1.4. Diferencias y aplicación. Derecho Anglosajón y Derecho Chileno

2.1.6. Fallos relevantes

2.2. Perspectiva económica de los derechos de propiedad:

2.2.1. Impacto Económico del Derecho de Propiedad.

2.2.2. Interferencia con las expectativas económicas razonables.

- 2.2.3. Regulación y disminución del valor de la Propiedad.
- 2.2.4. Regulación al servicio del Interés Público legítimo.
- 2.2.5. Uso económicamente inviable de la propiedad.

3. Criterios para definir la regulación estatal como expropiatoria.

- 3.1. Privación indemnizable y no indemnizable por parte del Estado
 - 3.1.1. Aplicación de la “equidad” y determinación de la indemnización.
- 3.2 ¿Que constituye una regulación expropiatoria?
 - 3.2.1. Sistema constitucional Alemán
 - 3.2.2. Jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia
 - 3.2.3. Jurisprudencia Norteamericana

4. ¿Es posible una teoría unificada en la aplicación de la expropiación regulatoria por parte de los tribunales chilenos?

- 4.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y propuesta de profesor Patricio Zapata.
- 4.2. Aplicación del TC en el ámbito de la regulación expropiatoria.
(Caso peajes eléctricos)
- 4.3. Posibilidad real.

5. Conclusiones

1. Introducción:

El presente trabajo parte de la base de que en el actual panorama jurídico normativo chileno se hace indispensable analizar las perspectivas económicas que implican los actos de dominio y explotación de bienes. Es por lo anterior, que el régimen de propiedad y las limitaciones que el ordenamiento jurídico impone a los propietarios, incide de manera determinante en el aprovechamiento y utilidad de que estos puedan gozar. Entre otros factores, las opciones económicas y jurídicas que se adopten en un momento determinado en un país, ya sea imponiendo un régimen normativo reflejado en una economía más libre o más dirigida, juegan un rol importante a la hora de definir los grados de acceso a la propiedad de los bienes y las facultades dominicales que tanto el Estado como los particulares pueden ejercer sobre estos.

En relación a lo anterior, es necesario establecer que no sólo la perspectiva económica del derecho resulta fundamental para el análisis que este texto plantea, sino también que el Derecho Administrativo, por medio de la atribución de competencias que da el ordenamiento jurídico a los estados y sus organismos, genera facultades limitadoras y expropiatorias de los derechos de propiedad, utilizándolas con distinta fuerza restrictiva, dependiendo de cada caso particular.

Este texto supone que el ordenamiento jurídico chileno presenta en la actualidad un panorama que no es alentador en lo relativo a las facultades expropiatorias del Estado, pues primaría un nivel de desprotección del ciudadano frente a las intervenciones de la Administración, las que provocarían un detrimento en el valor y entidad de la propiedad que integra el patrimonio de individuos o actividades reguladas.

Es por lo anterior, que el análisis de la teoría jurisprudencial norteamericana de las expropiaciones regulatorias (*regulatory takings*) resulta fundamental para determinar la solución al panorama descrito. A este respecto, el texto opta por

reseñar el estudio comparado de la propuesta, su recepción jurisprudencial y doctrinal, y la relevancia económica que presenta esta institución en nuestra sociedad. Así, el presente trabajo pretende responder la interrogante acerca de la aplicabilidad de la doctrina de la regulación expropiatoria por parte de los tribunales chilenos, con el objeto de determinar si es posible o no una mayor protección a las personas en relación a su derecho de propiedad y a los atributos que este conlleva.

2. Conceptos de Derechos de Propiedad

2.1 Perspectiva normativa de los derechos de propiedad

2.1.1 Sistema de regulación y concepto del Derecho de Propiedad en el Código Civil chileno

En nuestro ordenamiento jurídico el legislador define el derecho de propiedad¹ en el art. 582 del CC, estableciendo lo siguiente: *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.*

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.”

La definición legal deriva de una concepción analítica del dominio, que lo concibe como un conjunto de facultades o prerrogativas identificables y de cierta autonomía, y por tanto, con un criterio cuantitativo, se dedica a enumerar las facultades que el dominio confiere al propietario sobre el objeto de su derecho.

¹ Peñailillo, Daniel, *Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 76.

En lo que respecta a la jurisprudencia, la Corte Suprema chilena no define el derecho de propiedad en términos explícitos sino que hace uso del concepto entregado por el legislador. Así las cosas, lo anterior viene a ser confirmado en lo establecido por el TC, señalando lo siguiente: *“quien está llamado a definir el estatuto de cada propiedad, es el legislador. La Constitución señala que sólo la ley puede...”* Se establece aquí un caso de reserva de ley. Ello implica una exclusión en la definición sustantiva de otras fuentes subordinadas del derecho, como el reglamento, la resolución, la ordenanza, normas que pueden colaborar con el legislador sino únicamente en la pormenorización o desarrollo de la ejecución de lo establecido en la ley”².

Es necesario precisar que la propiedad existe para satisfacer las necesidades humanas de carácter económico, reconociéndose como poder para que el individuo obtenga con el ejercicio de esta atribución los medios materiales que le permitan cubrir sus necesidades y desarrollar su vida humana”³.

El término derechos de propiedad nos presenta su particular ambigüedad en lo que respecta a la concepción jurídica y económica del mismo. En este sentido, desde una mirada económica, los derechos de propiedad obedecen a una constante búsqueda de formas de gestionar externalidades positivas, y negativas, asociadas al empleo ineficiente de bienes de uso común.

Harold Demsetz⁴ sostiene que la propiedad es un valor del sistema jurídico. Ésta puede ser privada, comunal, estatal y en cada caso podrá funcionar como una regla de exclusión dada su papel de internalización de las externalidades⁵. Así las cosas, los derechos de propiedad desde una perspectiva económica

² Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 1298-09. Considerando 44° del 29 de Marzo del 2010.

³ Alessandri, Arturo: *Tratado del derecho real*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago de Chile, 2005, p. 35.

⁴ Demsetz, Harold, *Hacia una Teoría de los derechos de propiedad*, American Economic Review, 1967, pp. 347 y ss.

⁵ Entenderemos por externalidades aquellas consecuencias de actividades que se propagan afectando a personas que no son partes de la actividad, así, cuando tales consecuencias son costos se denominan externalidades negativas, y cuando son beneficios, externalidades positivas. Otros autores señalan que son los costos no pactados asumidos por terceros.

especifican de qué modo las personas pueden verse beneficiadas o perjudicadas y, por tal razón, quién debe pagar a quién para modificar acciones llevadas a cabo por personas⁶. El reconocimiento de esto permite entender fácilmente la estrecha relación que existe entre derechos de propiedad y factores externos o externalidad.

2.1.2. Estatuto Constitucional chileno del Derecho de Propiedad

El derecho de propiedad a partir de su tratamiento constitucional, en su artículo 19 número 24, da lugar al desarrollo de nuevas perspectivas para su estudio surgiendo con ello nuevos problemas relacionados con la interpretación de su contenido, función social, la igualdad ante las cargas públicas, la reserva legal, y la regulación expropiatoria, desplazando los problemas que ocuparon al constitucionalismo clásico.

El derecho de propiedad, se encuentra regulado específicamente en el artículo 19, numerales 23, 24 y 25, e indirectamente en otras disposiciones, todas de la Constitución de 1980⁷. Estas normas, concordadas con el artículo 582 CC, permiten concluir que la Carta Fundamental, viene a garantizar el derecho de usar, gozar y disponer de los bienes, en la medida que se respeten las normas legales y el derecho ajeno. Es así que la Constitución asegura que nadie puede ser privado de la relación de dominio que se tiene sobre el bien en el que ese derecho recae, ni de los atributos y facultades esenciales del dominio sino mediante la respectiva expropiación e indemnización. Del mismo modo, la Constitución

⁶ David Shmidtz, *El Derecho de Propiedad, "Elementos del análisis económico del derecho"* Horacio Spector (compilador), Rubinzal culzoni editores, Buenos Aires 2004, p. 27.

⁷ Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, tomo II, regulación, tributos y propiedad, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2010, p. 251.

establece que será el legislador el llamado a establecer la forma de adquirir el dominio, su uso, su extensión y transmisión. Bien lo señala el numeral 23 del artículo 19, cuando declara la libertad para adquirir toda clase de bienes, que se ha llamado también garantía del derecho “a la propiedad”.

Adicionalmente se ha integrado a este derecho de propiedad -propiamente tal-, otras aplicaciones reguladas en forma conjunta en la Constitución, tales como la propiedad minera, la propiedad sobre las aguas, ambos en el numeral 24, y la propiedad intelectual en el numeral 25.

2.1.3. Análisis del Art. 19 N°24 CPR

Hay que tener en consideración que las diversas modificaciones que sufrió el derecho de propiedad en la Constitución de 1925 terminaron por arrebatarle en extremo su esencia, configurando un factor de inseguridad económica de fuerte impacto y atentatorio contra los derechos individuales. En este sentido, para llevar a cabo la tarea de fortalecer la seguridad jurídica frente a esta institución, el legislador se propuso el objetivo de consignar con claridad las limitaciones del derecho de propiedad, para que estas no afectasen de ninguna manera al derecho en su esencia, y las obligaciones del dominio⁸ de tal manera que estas no lleguen a constituir, en los hechos, una disminución en las facultades de usar, gozar y disponer⁹.

El artículo 24 consta de 11 incisos, los que a su vez se agrupan en razón de las materias que tratan. Estas se refieren al estatuto constitucional general, vale

⁸ Aunque el término, referido al dominio más que a su titular, no resulta del todo apropiado, como lo señala Peñailillo, entenderemos al igual que el por “obligaciones del dominio” a los deberes o cargas que tiene el titular en relación a su derecho de dominio propiamente tal.

⁹ Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, cfr. p. 308.

decir, los principios y disposiciones comunes aplicables al dominio de cualquier clase de bienes. Por consiguiente, las diferentes tipos de propiedades regulados deben ser abordados, interpretados y aplicados conforme a lo ahí preceptuado.

En esta misma línea se optó por precisar aquello que comprende la función social, la cual se deriva de la propiedad, estableciendo normas para una indemnización justa y expedita.

Enseguida, se encuentran aquellos incisos que dicen relación con la propiedad minera conforme a lo cual, respecto de aquellas materias que no han sido normadas o no expresadas en tales disposiciones, se regirán por lo dispuesto en el estatuto general. Y por último en el inciso final se regula la propiedad de los derechos sobre las aguas, situación que se rige por el ordenamiento común asegurado en los primeros incisos¹⁰.

Como corolario, se puede afirmar que el artículo 24 desarrolla el derecho de propiedad sobre la base de una estructura destinada a regular su extensión, uso, adquisición, limitaciones, privaciones, función social y su expropiación, indemnización, la propiedad minera y el derecho sobre las aguas.

2.1.4 Afectaciones, restricciones, limitaciones o regulaciones, privaciones y expropiaciones.

El concepto que proporciona el inciso primero del artículo 582 CC discurre sobre la base de que el derecho de propiedad se ejerce “arbitrariamente”, vale decir, plantea la existencia de un derecho absoluto, ajeno a las restricciones e intervenciones públicas. Sin embargo, esta idea de un derecho absoluto se viene a

¹⁰ Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, tomo II: Derechos, deberes y garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2004, cfr. p. 522.

morigerar cuando el código, a reglón seguido, dice “ (...) no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”, con esta última expresión el legislador deja abierta la posibilidad de intervención y regulación del derecho de propiedad.

En el mismo sentido, el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución señala que “solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. En razón de esto, hay que advertir que el dominio debe ser ejercido con consideración de los intereses de la sociedad y no sólo de los intereses particulares del propietario.

2.1.4.1 Afectaciones a la Propiedad

Al hablar de las afectación a la propiedad, se alude a que esta ha sido alterada, imponiendo gravamen a un bien o sujetándolo a alguna carga, con lo que los atributos de la propiedad se ven disminuidos de manera tal, hasta incluso poder llegar al extremo de dejar al propietario sin atribución dominical alguna. Es así que, pretendiendo velar por los intereses sociales y atendiendo a los grados de intensidad con que el Estado afecte un bien nos referiremos a: regulaciones, limitaciones o restricciones, privaciones y expropiaciones.

2.1.4.2 Regulación a la Propiedad

Significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse una actividad, en este caso, el ejercicio del derecho de propiedad. Pero en caso alguno puede ser que, bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de dicha actividad. En este sentido ha de destacarse que en la doctrina se

entiende que la regulación es menos severa que la restricción o limitación en su sentido técnico constitucional.¹¹

2.1.4.3 Limitación o restricción a la Propiedad

Limitar¹² o restringir significa un recorte no esencial de la libertad. Ya no solo fijándose modalidades para el ejercicio (entendibles bajo el supuesto que las personas, al menos la mayoría querrán y podrán sujetarse a tales reglas), sino que derechamente se circunscriben o reducen apriorísticamente los márgenes dentro de los cuales puede desplegarse una actividad.¹³

En lo referente al derecho de propiedad, se entienden como limitaciones al dominio¹⁴ a “**aquellos deberes no indemnizables** que impone la ley a los propietarios en cuanto al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de la propiedad de este último, y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales”¹⁵.

En consecuencia tenemos un derecho que se dice absoluto, pero con ciertas restricciones, tanto a nivel legal como constitucional, limitado por la función social que está llamado a cumplir, función que le permite al legislador imponer

¹¹ Zapata Larraín, Patricio: *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, p 578 y ss.

¹² Debemos señalar que Peñailillo señala que utilizar el término “limitaciones” no es muy apropiado en lo referente al derecho de dominio más que a su titular, pues no confiere la idea de límite o frontera, resultando mas clarificador utilizar el término “restricciones”. (Peñailillo, Daniel, *Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 90.)

¹³ Zapata, Patricio, Op. Cit. p. 579.

¹⁴ Matute, Claudio. *Expropiaciones Regulatorias*, aplicabilidad al caso chileno, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 9.

¹⁵ No nos parece adecuada ni precisa la definición de Matute, pues adherimos a la postura de que en el caso de una limitación al dominio significativa, la que a fin de cuentas se configuraría como una expropiación indirecta al imponer excesivas restricciones a la propiedad, habría una verdadera expropiación del objeto no declarada formalmente. Además, la regla de la no indemnización por limitaciones al dominio no es absoluta, abriéndose con esto la posibilidad de que al igual que en la jurisprudencia norteamericana, la doctrina de las “regulatory takings” tenga cabida y sea aplicable en nuestro derecho, lo que ya se ha visto reflejado en fallos del Tribunal Constitucional.

dichas limitaciones, siempre que se cumpla con lo señalado por la Constitución y las leyes. En relación a la libertad económica, habría dos causales intrínsecas que permitirían al legislador la imposición de limitaciones al ejercicio del derecho, a saber, los fraudes y la defensa de la libre competencia¹⁶. La Constitución establece que las limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social comprenden *“cuanto exijan lo intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”*¹⁷. Del propio estatuto del derecho de propiedad en nuestra Carta Fundamental podemos concluir que estas limitaciones deben cumplir con ciertos requisitos, tales como: La Reserva legal; La Justificación; Respeto al contenido esencial del derecho de propiedad, y; Generalidad.

Requisitos para la delimitación del derecho de propiedad en nuestra CPR:

- a) **Reserva legal:** las limitaciones deben estar establecidas exclusivamente por el legislador, pues constituyen una norma excepcional que limita un derecho y también porque así lo disponen los artículos 63 número 2 y 20, y 64, y 19 número 26, todos de la Constitución¹⁸. Estas normas disponen que las limitaciones son materias exclusivas de ley. Aquí se presenta la discusión acerca de si tal ley, que contemplando la reserva legal, deba

¹⁶ Zapata Larraín, Patricio, Op. Cit, p. 579.

¹⁷ Lo mismo se establece en sentencia Tribunal Constitucional, rol 1991, de 24 de julio de 2012) al señalar *“respecto a la actual Constitución, el artículo 19 N° 24°, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad. En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”*

¹⁸ Siendo el derecho de propiedad una garantía fundamental, es necesario mencionar que ante una sugerencia del señor Evans, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se acordó dejar constancia que *“la regulación, complementación e interpretación de las garantías que asegura la Constitución corresponden exclusivamente al ámbito de la ley”*, como asimismo, que *“ni el Poder Administrativo ni ningún otro Poder Público pueden atribuirse la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegura el texto constitucional. (Cea Egaña, José Luis: Tratado de la constitución de 1980, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, p. 290.)*

hacerlo somera o exhaustivamente, entonces que la reserva de ley sea relativa, discurre sobre el hecho de que la ley pueda únicamente establecer normas básicas, parámetros y criterios generales, pudiendo el resto remitirse al reglamento (En esta postura: Jorge Reyes, José Luis Cea); que sea de reserva absoluta implica que el legislador regule por sí mismo, la totalidad de la materia reservada de ley, de una manera exhaustiva(En esta postura: Soto Kloss, Raúl Bertelsen, Luz Bulnes, A. Fermandois)¹⁹.

b) Justificación: es un imperativo constitucional que las limitaciones se funden en *la función social de la propiedad*²⁰, esto es, que se basen en la necesidad de satisfacer los intereses individuales y colectivos por medio de la propiedad, logrando en la medida de lo posible la satisfacción del bien común. La llamada función social de la propiedad tiene su origen en la doctrina de la iglesia católica²¹ y en la superación de la visión liberal clásica de la propiedad privada. La evolución de esta institución hasta nuestros días ha significado ir desde una concepción más restrictiva de la misma hasta una postura contemporánea más acorde con nuestros tiempos, como la que plantea la constitución alemana de Weimar, la cual señala en su parágrafo 152 apartado final que *“la propiedad obliga. Su uso debe estar a la vez al servicio del bien común”*. Bajo esta concepción la propiedad contiene sólo derechos sino que también deberes y obligaciones, deberes que tienen su origen en la contextualización de este derecho dentro de la vida en sociedad²². Por lo tanto, la función social del derecho de propiedad delimitará el contenido de la propiedad privada, le dará la medida, conformará su contenido, que se manifestará en los diferentes

¹⁹ Matute, Claudio, Op. Cit. p. 18.

²⁰ 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. El dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades que buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad, constituyen la función social de la propiedad.” STC rol 2999-12 considerando 7° del 29 de enero del 2014

²¹ Ibidem p. 26.

²² Ibidem p. 28.

regímenes de propiedad que existen en nuestro derecho, representando de esta manera “un título habilitante del legislador” para ordenar el régimen jurídico de cada forma de propiedad, asegurando con esto un ejercicio social del derecho²³.

c) Respeto al contenido esencial del derecho de propiedad: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 número 26 de la Constitución, las limitaciones al dominio así como cualquier otro derecho fundamental, no pueden vulnerar el núcleo o contenido esencial del derecho a regular o a limitar. “(...) los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que establece o que las limiten en los casos que ella autoriza no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, o requisitos que impidan su libre ejercicio”. También el numeral 24 se refiere a esto diciendo que “nadie puede, en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien en que recae o de alguno de su facultades o atributos esenciales del dominio²⁴, a menos que una ley, general o especial autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”. No es trivial que la Constitución se haya encargado de regular esta materia en dos artículos diferentes, lo que ocurre como consecuencia de considerar que este derecho se encontraba más próximo de ser afectado por las regulaciones, y en definitiva, la intervención estatal lo volvería un derecho meramente ilusorio. Es así que en actas de la CENC el señor Rodríguez señaló que “Una limitación debe dejar un saldo subsistente, aspecto donde estriba la

²³ El TC a propósito del famoso caso “Playas” cuyo rol es 245-246 de 1996, en su considerando 25º expone: “Que la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad”

²⁴ Según Peñailillo, la expresión “atributos o facultades esenciales” debe ser aplicada con el contenido que la doctrina civil le atribuye. En otros términos, estima que aquella expresión empleada en el texto constitucional alude a los atributos contenidos básicamente en el Código Civil y que son reconocidos tradicionalmente por la doctrina y las demás fuentes porque a los emergentes de la definición del Código deben agregarse otros: la exclusividad, la administración, la reivindicabilidad o, menos formalmente, la persecución. (Peñailillo, Daniel, Op.Cit. p. 93.)

diferencia entre uno y otro: Y este saldo subsistente debe corresponder a lo que es la esencia del derecho de propiedad, porque quiere decir que si no corresponde el saldo que queda a la esencia del derecho de propiedad, evidentemente que ya no sería limitación, sencillamente sería una privación”²⁵.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha expresado que: “... legitimar cualquier regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (“la limitación tiene sus límites”, para usar una expresión clásica del derecho anglosajón). El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil para hacer la distinción y debe utilizarse aunque se determine que prima facie, se trata de una regulación”²⁶. En este sentido concluye, de manera más categórica que “(...) Un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”²⁷.

d) Generalidad: Las limitaciones al dominio, para ser válidas y legítimas, deben ser generales para no vulnerar el principio de igualdad ante las cargas públicas consagrado en el artículo 19 número 2 y número 20 de la Constitución. “La generalidad de las normas satisfacen los requerimientos del principio solo cuando los supuestos sobre las cuales se establece, responden a las exigencias de justicia y razón”²⁸.

²⁵ Matute, Claudio Op. Cit. p. 3.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 2299-12. Considerando 24° del 29 de Enero del 2014.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 43. Considerando 21 respecto al proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos. Lo mismo se confirma en el Rol N° 200 Considerando 4° de 1994.

²⁸ Matute, Claudio, Op. Cit. p. 39.

Así las cosas, la limitación que no respeta tal requisito constituye un sacrificio de carácter especial para el afectado que debe soportar en pos del interés general de la sociedad²⁹. El desequilibrio que nace al concretarse esta situación importa un gravamen de carácter particular que debe, necesariamente, ser subsanado por una compensación. El fundamento de este argumento es que un ciudadano no tiene por qué soportar solitariamente las consecuencias perjudiciales de la actividad estatal, de la cual será beneficiaria la generalidad de la población mientras unos pocos deberán soportar el peso de la regulación, generando una desigualdad que es necesario corregir³⁰

2.1.4.3.1 Causa caratulada: “Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación”.

En esta causa, la parte recurrente considera que la actuación de Consejo de Monumentos Nacionales y la amenaza de que el Ministerio de Educación acceda a la ampliación de la zona típica solicitada, constituirían actos arbitrarios e ilegales que no respetan el debido proceso administrativo, amenazando a la constructora en sus derecho consagrados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución, por lo que interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 29 y 30 N° 1 y 2 de la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales³¹ .

²⁹ En este sentido, algunos autores adhieren a la “Teoría del sacrificio especial o igualdad ante las cargas públicas” en la que las limitaciones a la propiedad no sólo deben indemnizarse cuando su intensidad es tal que priva al propietario de facultades relevantes, o de la esencia de su derecho o del contenido económico del bien afectado, sino cuando se infringe la garantía de igualdad ante las cargas públicas. (Fernandois, Arturo, *Informe en Derecho: Constitucionalidad del Artículo 12° de la ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales*, 2009, p. 21.)

³⁰ Matute, Claudio Op. Cit. p. 50.

³¹ Para hacer reparaciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de construcción o de mera conservación, se requerirá la autorización previa del Consejo de Monumentos

El TC resolvió el rechazo del requerimiento para declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales impugnados, habiéndose producido empate de votos, y no alcanzándose la mayoría exigida por el artículo 93, N° 6° de la Constitución Política de la República.

El tribunal dentro de su lógica argumentativa justificó la limitación a la propiedad en una de las causales legítimas establecidas en el inciso segundo del artículo 19 N° 24, cual es, la “conservación del patrimonio ambiental”, aludiendo a que “... *la aplicación de la norma cuestionada, en cuanto deja a la requirente propietaria impedida de ejercer libremente su derecho a construir y en una condición de absoluta subordinación frente a la autoridad administrativa, importa privarla de un atributo esencial del dominio, esto es, en la situación que -salvo expropiación- rechaza el artículo 19, N° 24°, inciso tercero, del texto fundamental*³²”.

Es preciso señalar que el artículo 30 N° 1 de la ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales establece, como estándar limitativo, la exigencia de que la edificación guarde relación con el estilo arquitectónico general de zonas consideradas pintorescas. Señala el Ministro Juan José Romero Guzmán que dicha disposición legal que contempla la exigencia aludida, no puede ser aplicada por vulnerar el artículo 19, N° 24°, inciso segundo, de la Constitución. Señalando que acoge el requerimiento de inaplicabilidad sólo por el numeral primero, del artículo 30 de la Ley N° 17.288 “sobre Monumentos Nacionales”, argumento con el cual estamos de acuerdo al considerar que el contenido de la disposición legal limitativa resulta constitucionalmente insuficiente en consideración a que no cuenta con la especificación de un reglamento que la propia ley requiere para

Nacionales, la que sólo se concederá cuando la obra guarde relación con el estilo arquitectónico de dicha zona, de acuerdo a los proyectos presentados.

³²Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 2299-12. Considerando 27° del 29 de Enero del 2014.

su operatividad. Así las cosas, reafirmamos lo establecido por el Tribunal Constitucional en relación a que *“la jurisprudencia en esta sede ha advertido que las restricciones a un derecho asegurado solo pueden establecerse “en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben estar señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan”*³³

En conclusión, es necesario señalar que el conflicto constitucional aparece debido a que las limitaciones a la propiedad sólo pueden establecerse por medio de un cuerpo legal que cuente con una densidad normativa suficiente. La insuficiencia de esta exigencia es evidente cuando una disposición legal que en sí misma llama a ser pormenorizada, finalmente no logra serlo debido a la inexistencia de aquel reglamento. Cuando la ley hace una delegación normativa, en este caso a un reglamento, está asumiendo que no se basta a sí misma. Sin embargo, en este caso particular, tal reglamento no existe.

El TC en el siguiente considerando, menciona cuando es constitucionalmente irreprochable la limitación al derecho de propiedad, y el respeto que debe tenerse a la función social de este derecho al señalar: *“Que, del examen de la jurisprudencia comparada, unidos a los lineamientos sentados por esta Magistratura en pronunciamientos previos puede sostenerse que para que una limitación al derecho de propiedad sea constitucionalmente irreprochable, en ejercicio de la función social, debe respetarse... C) el principio de proporcionalidad, pues el gravamen o detrimento –especialmente económico- que*

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 2299-12. Considerando 17° del 29 de Enero del 2014. (Criterio reiterado en: Rol N° 226, considerando 47° y Rol N° 280, considerando 29°)

se deriva de la limitación que se impone no debe ser de tal naturaleza que haga desaparecer el derecho o deje sin posibilidad de concretar el ejercicio de sus atributos esenciales, pues, en tal caso, se estaría frente a una expropiación en los términos regulados por el inciso tercero del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, figura que, en el Derecho comparado se denomina “expropiación regulatoria”³⁴.

2.1.4.4 Privaciones al Dominio

Como señala Aldunate, “las privaciones suponen una actuación que sustrae un elemento del ámbito dominical constitucionalmente protegido y, es esa sustracción la que motiva la indemnización”³⁵, en este mismo orden de ideas, la privación vendría a ser una intervención en el bien objeto del dominio³⁶. Además, es necesario precisar que si es justificado exigir ley para imponer restricciones, más lo es para disponer la privación del dominio³⁷.

A este respecto, el TC ha señalado. lo siguiente: *“Que la distinción entre privar de propiedad, por una parte y “regular” o “limitar” la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate ha suscitado en la doctrina. A este respecto, han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, 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*

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 2299-12. Considerando 11° del 29 de Enero del 2014.

³⁵ En opinión de Matute, las privaciones otorgan el derecho al particular afectado a una compensación, las limitaciones en cambio, por su especial naturaleza y justificación no dan derecho a los ciudadanos a ser indemnizados. (Matute, op.cit. pp. 81.)

³⁶ Aldunate, Eduardo. *Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N°2, Santiago de Chile, 2006, p. 288.

³⁷ Peñailillo, Daniel, Op. Cit. p. 90.

dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, 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 de dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”³⁸.

En referencia a lo mencionado por el TC, hay que señalar que toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular³⁹. Bien podría señalarse que las privaciones son, ya no una demarcación de los márgenes del derecho de propiedad, como lo serían las limitaciones, entendidas como aquellas restricciones no indemnizables derivadas de la función social y que se manifestarían en determinadas constricciones al ámbito dominical, sino que se constituyen en un despojo total y efectivo del bien, y los atributos o facultades esenciales del derecho de propiedad.

2.1.4.5 Expropiaciones al Dominio

La privación de la propiedad a un particular por parte del Estado se ha proyectado en la institución de la expropiación, acto de derecho público, mediante el cual la administración, o un particular subrogado en sus derechos, adquiere la propiedad de un bien ajeno mediante la indemnización correspondiente⁴⁰. La

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 505-06. Considerando 22° del 29 de Marzo del 2007.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 2299-12. Considerando 24° del 29 de Enero del 2014.

⁴⁰ Peñailillo Daniel, La expropiación ante el Derecho Civil chileno, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1995. p. 15.

indemnización es, pues, un elemento esencial de la institución expropiatoria; si no está presente, estaremos en presencia de otra institución esencialmente diferente⁴¹.

La expropiación finalmente es un instituto de derecho público en base al cual un sujeto puede ser privado de un derecho de propiedad que tiene sobre un bien a favor de un sujeto diverso: en consecuencia la especificidad de la expropiación consistiría en la transferencia coactiva de la titularidad de la propiedad del particular al Estado⁴².

Es necesario precisar que la transferencia patrimonial que produce un enriquecimiento en el patrimonio público es lo que justifica dicha indemnización. En este sentido, debe ser la sociedad toda la que compense ese enriquecimiento al particular, pero como se hace en razón de utilidad pública o interés nacional, dicha compensación no será total, sino que tan sólo respecto del daño patrimonial efectivamente causado⁴³.

Según lo argumentado por Rodrigo Peñailillo, cuando nos encontramos con una expropiación indirecta o disfrazada o por excesiva restricciones habría en la especie una verdadera expropiación del objeto no declarada formalmente, de modo que el tribunal tendría que declararla, con lo que el dominio integral del bien expropiado se trasladaría al Estado y tendría que pagarse la correspondiente indemnización.⁴⁴

⁴¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 2. 12 edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 277.

⁴² Rolla, Giancarlo: *“La regulación constitucional de la propiedad privada en Italia según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, En Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional 2005, N° 5.

⁴³ Matute, Claudio, Op. Cit. p. 51.

⁴⁴ Peñailillo Daniel, Op. Cit. pp. 65 y ss.

2.1.5 Diferencia y aplicación. Derecho Anglosajón y Derecho Chileno.

Habiendo englobado ya algunos temas relacionados al concepto de propiedad y las discusiones en torno a su alcance, como también su extensión y regulación por la Constitución, específicamente el artículo 19 n° 24, como aquellos que implican las regulaciones, limitaciones o restricciones, privaciones y expropiaciones, y teniendo en cuenta que los presupuestos bases del planteamiento inicial tienen su origen en el derecho anglosajón, resulta necesario examinar los rasgos principales tanto en su lugar de origen como en el derecho chileno.

Ya desde fines de los años setenta la Corte Suprema de los Estados Unidos ha resuelto numerosos casos en directa relación con las “Regulatory takings” arribando a criterios de decisión encaminados a determinar cuándo nos encontramos frente a una regulación expropiatoria. Estos criterios no han resultado ser consistentes en el tiempo sino más bien variantes, lo que ha impedido definir una línea clara de “cuándo ha ocurrido una expropiación”, es decir estableciendo reglas conflictivas a la hora de determinar qué constituye una expropiación, todo esto junto al problema de que no existe una definición unívoca de derecho de propiedad para la Corte.

La Corte Suprema norteamericana a la hora de buscar un concepto de Propiedad se ha enfocado desde diferentes puntos de vista: es así que en el análisis que hace de “La propiedad como cosa tangible”, la designa como “la cosa en su todo”; así las cosas en un momento ha definido Propiedad como “el predio completo” y en otros la Corte ha fallado considerando también como una

perturbación, a la afectación de una parte mínima de la propiedad⁴⁵. En otra ocasión ha otorgado a la propiedad la calidad de “derecho adquirido económicamente valioso, creado por el derecho positivo”, diciendo que a menos que un derecho creado por legislación positiva sea un “derecho adquirido” no se debe entender como “propiedad” para los efectos de expropiación⁴⁶.

De lo mencionado anteriormente, la Corte Suprema norteamericana deja una verdadera dispersión de definiciones de derecho de propiedad. En este sentido es preciso mencionar que, para la resolución de un mismo asunto, la Corte ha llegado a utilizar hasta dos definiciones de derecho de propiedad a la vez.

Visto los intentos de dicha magistratura por dar con un concepto de Propiedad, se analizará ahora como ésta intenta dar con criterios para determinar si ha ocurrido o no una expropiación.

Como pudiésemos pensar, y como lo hace la mayor parte de la jurisprudencia estadounidense, lo central de la problemática –en un caso de expropiación- va en la dirección de determinar cuándo se requiere que una afectación sea indemnizada. Es así que la Corte se ha volcado a la utilización de los denominados “cuatro exámenes” para determinar cuándo una acción estatal constituye una expropiación⁴⁷.

Estos son:

⁴⁵ Delaveau Swett, Rodrigo. *La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, Santiago de Chile, 2006, p. 418.

⁴⁶ Ibidem. p. 420.

⁴⁷ Ibidem. pp. 421 a 430.

- 1) El **“examen de Penn Central de tres factores”**⁴⁸: Tales factores son i) el carácter de la acción administrativa, ii) la extensión de esa interferencia con las expectativas razonables del particular, y iii) el impacto económico de la acción administrativa sobre el particular⁴⁹.

- 2) El **“examen de Agins de dos partes”**: En el cual una primera parte señala i) que ha ocurrido una expropiación si la regulación que rige el predio no adelanta sustancialmente un legítimo interés estatal, esto es si se había servido a un interés legítimo público y una segunda parte que señala ii) que ha ocurrido una expropiación cuando una normativa ha privado al propietario de cualquier uso económico viable⁵⁰.

- 3) El **“examen de uso económicamente inviable”**: Es la segunda parte del examen de Agins, plantea que si una regulación priva a un dueño del uso económicamente viable de su propiedad, esa actuación constituye necesariamente una expropiación. Hay que tener a la vista que ocasionalmente la Corte ha dicho que no se requerirá una indemnización en aquella regulación que prive del uso económicamente viable cuando ésta se justifique por equidad.

- 4) Y **“la regla de Loretto de “ocupación físicamente permanente” “per se”**: Este examen parece más claro, ya que se deriva de una acción del

⁴⁸ Los orígenes de este método analítico se remontan al caso “Penn Central transportation Co. v/s New York City” del año 1978.

⁴⁹ La Corte ha definido en un sinnúmero de acepciones cada factor, sin advertir las alternativas en las definiciones. Luego, resulta difícil predecir qué peso le otorgará la Corte a cada factor. (Delaveau, Rodrigo, Op. Cit. p. 422.)

⁵⁰ Los orígenes de este método analítico se remontan al caso “Agins v/s City of Tiburon” del año 1978. En este fallo la Corte creó un ensayo bajo el cual la acción administrativa que alcanza a cualquiera de las dos partes de aquel, es considerada una expropiación. Lo curioso es que la Corte no pareció notar que este examen difería del realizado en Penn Central, pues señaló que ninguna regla precisa determina cuándo alguien ha sido privado de su propiedad. (Delaveau, Rodrigo, Op. Cit. p. 427.)

Estado donde claramente se invade la propiedad⁵¹ la Corte estableció la regla de que cualquier ocupación física permanente autorizada por el Estado constituye una expropiación. La diferencia al examen anterior estriba en que la Corte no consideró “si la acción importaba un importante beneficio o servicio público o bien, si sólo tenía un impacto económico mínimo”. Además, la Corte no se enfocó en la justificación del Estado para la intervención sino que exclusivamente en lo que el Estado había hecho contra el particular. De paso esta regla de Loretto también distinguió entre invasiones físicas permanentes y temporales.

- 5) Por último el “**examen de la relación medios a fines de la administración**”⁵²: Aquí la Corte intentó demostrar que, para determinar cuándo corresponde una indemnización, existen ciertos esquemas regulatorios tan cercanos en espíritu al dominio eminente que éstos deben ser tratados como expropiación⁵³.

En Chile, al igual que en EEUU la determinación del carácter expropiatorio de la norma se ha dado caso a caso. Sin embargo, en el contexto del sistema jurídico

⁵¹ A este respecto, el estatuto general del Estado de Nueva York requería que dueños de edificios permitieran la instalación de equipos de TV cable, con el objeto de habilitar que sus inquilinos recibieran televisión por cable, además de facilitar la conexión hacia otros edificios. En este sentido el Tribunal estimó que había expropiación, aplicando la regla *per se*, señalado que con la instalación de equipos de cable se habían “apropiado” permanentemente del espacio destinado al techo de la construcción, así como de parte del costado del mismo. (Delaveau, Rodrigo, Op.Cit. p. 430.)

⁵² Método analítico que se remonta al Caso Nollan vs. California Coastal Commission de 1987.

⁵³ En este caso, la Comisión de Costa del Estado de California le exigió a una familia (los Nollan) entregar un pedazo de su propiedad costera para una servidumbre pública, como condición para construir su vivienda. El tribunal asumió que los Nollan, habiendo comprado el predio de sus anteriores propietarios, tenían derecho para construir en el si es que no causaban daño público con tal acto. Aquí la Corte rechazó el argumento de que los requerimientos de acceso público fueron diseñados para deshacer el perjuicio que los Nollan hubieran causado mediante el bloqueo de la vista hacia la playa. Finalmente rechazaron la petición, porque el público se beneficiaría del paso a través de la propiedad de los Nollan, y la equidad no requería del pago de una compensación. En este sentido, la Corte señala que la doctrina no resulta útil para decidir si ha habido o no expropiación, porque no apunta hacia el problema de la equidad que debe estar en cada caso sobre expropiación. (Matute, Claudio Op.Cit. pp. 111 y ss.)

nacional resulta preferente hacer un examen de las normas constitucionales que facultan al Estado a expropiar, toda vez que son estas las que determinan finalmente la aplicación de que cualquier regulación hecha por la administración debe ser concordante con la Constitución. Por tanto, es menester examinar aquellas en virtud de las cuales el Estado debe indemnizar cuando nos encontremos frente a una imposición de extremo gravosa en el ejercicio del derecho de dominio. En este sentido, es posible observar los criterios jurisprudenciales de los tribunales nacionales al darle una vista a la fructífera jurisprudencia en esta materia, cuestión que se analizara en el siguiente apartado.

2.1.6. Fallos relevantes.

La alusión a los fallos que son mencionados a continuación -los que para los efectos del presente trabajo serán solamente enumerados- es trascendental ya que se nos presentan, cada uno con sus particularidades, como estándares de control judicial, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control, para así esclarecer la forma en que el Estado ha afectado el derecho de propiedad de los particulares y como la jurisprudencia tanto nacional e internacional se ha pronunciado a este respecto. Además, debe hacerse presente desde ya que el caso “Peajes Eléctricos” de gran relevancia en nuestra jurisprudencia nacional será analizado con posterioridad en el presente texto con el objeto de cumplir con los objetivos ya propuestos en los primeros acápites de este trabajo.

Jurisprudencia Norteamericana

- Pennsylvania Coal vs. Mahon
- Penn central station company. Vs. NY
- Williamson county regional planning vs. Hamilton bank

- Hodel vs. Irving
- Agins vs. City of Tiburon
- First English Evangelical Lutheran Church vs. County of Los Angeles
- Loretto vs. Teleprompter Manhattan CATV Corp.
- Nollan vs. California Coastal Commission
- Keystone Bituminous Coal Association v/s DeBenedictis
- Thaoe-Sierra Preservation Council
- Palazzolo vs. Rhode Island
- San Diego Gas & Electric Co. v/s San Diego
- Brown vs. Legal Foundations of Washington.
- Armstrong vs. United States

Jurisprudencia Nacional:

- Letreros camineros.
- Playas I.
- Peajes de transmisión eléctrica.
- Playas II.
- Instalaciones de telecomunicaciones.
- Comunidad Galletué con Fisco.
- Mario García Sabugal con Ministerio de Agricultura.
- Agrícola Lolco con Fisco.
- Sociedad Inmobiliaria Maullín con Fisco.
- Productos Fernández con Fisco.
- Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación.

2.2 Perspectiva económica de los derechos de propiedad

2.2.1. Impacto económico del Derecho de Propiedad

La propiedad desde un punto de vista económico, como institución que permite la exclusión de otros en el aprovechamiento de una cosa, solo cumple tal condición en la medida que sea privada. Es por lo anterior, que la propiedad no es un derecho creado por el poder constituyente de turno, sino que es un derecho reconocido por el Estado, con el fin de protegerlo y resguardar así al regulado y las atribuciones que este tiene sobre el objeto de su dominio.

Es necesario agregar además, que la propiedad estatal no permite que los beneficios del aprovechamiento de la cosa se internalicen en un individuo determinado, siendo la propiedad privada la institución fundamental que posibilita, aunque no de manera exclusiva, el mejor aprovechamiento de los recursos.

El Derecho de Propiedad es la institución que posibilita el progreso económico y el incremento del bienestar material, por cuanto esta institución es condición necesaria para la inversión, además de serlo también, aunque no de manera suficiente, para el óptimo uso y asignación de los recursos sociales, por cuanto el dueño con el objeto de maximizar el valor presente de su propiedad optará por invertir en ella lo que más utilidad le provea para darle un uso más productivo, y si directamente no cuenta con la actitud para obtener de su propiedad el mejor aprovechamiento, transferirá esa propiedad a quien mejor uso pueda hacer de ella.

Desde la perspectiva económica, los bienes regulados generan más o menos externalidades y, por ende, las regulaciones importarán diversas modalidades en

el ejercicio del derecho de propiedad de cada uno de esos bienes, debiendo apuntar a internalizar los impactos negativos que provocan a terceros, reconociendo así la función que le cabe a la propiedad en la sociedad.⁵⁴

2.2.2. Interferencias con las expectativas económicas razonables

En la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos se hace referencia a “la interferencia y su relación con la expectativa razonable” añadiéndola como uno de los factores para “el examen de Penn central de tres factores”. Este criterio ha tenido diversas interpretaciones, así, se ha dicho que constituye “la expectativa de que el Estado no habría actuado como lo hizo”, es decir que no hubiese privado de la propiedad al dueño; también se ha enfocado en “si la normativa cuestionada permite o no al particular realizar un uso razonable de su recurso tangible”; y en un tercera interpretación se ha equiparado “expectativa razonable” con “propiedad”⁵⁵. Así, para tener una visión más clara de esta interferencia, se ha dicho en la mayoría de los casos que “no se han interferido con las expectativas razonables desde que la acción del Estado fue previsible”.

⁵⁴ Matute, Claudio, Op.Cit. p. 5.

⁵⁵ En este caso, Hamilton Bank alegó expropiación desde que el momento en que el Estado había desconocido un derecho adquirido a determinar sus terrenos de un determinado modo. La Corte se refirió a esta controversia desde el punto de vista de los derechos adquiridos, como desde las expectativas razonables de retribución de la inversión, puesto que la Corte sugirió que este interés en las expectativas era la unidad relevante de la propiedad, desde el momento en que el Banco basó su argumento en la pérdida de su derecho adquirido a construir. De este modo, no siempre resulta clarificador cuando la Corte se refiere a expectativas y derechos adquiridos, esto considerando si los demandantes fueron despojados de su propiedad o de si considera que tal despojo constituye una expropiación que deba ser indemnizada, lo que resulta ser dos cosas distintas. (Delaveau, Op.Cit. p. 424.)

Con todo, si la acción de la administración importa un cambio de la normativa que tiene un carácter predecible, por ser una cuestión que se regula con periodicidad, y resulta ser que de la historia legislativa referente al caso, así se concluye, pues ahí se hace predecible la regulación y no se admitiría por tanto alegar una expectativa razonable.

Respecto de la “razonabilidad” de la expectativa es posible establecer que esta sería la que se tiene al momento de que la inversión fue realizada, siendo este interés en la expectativa una unidad relevante de la propiedad como ocurrió en el caso “Williamson county regional planning vs Hamilton bank”⁵⁶.

Pareciese que si algún uso razonable es permitido, entonces no hay expropiación según la Corte. Sin embargo, cuando dicha magistratura equipara expectativa razonable con Propiedad, se está preguntando si el Estado ha privado al particular de cualquier tipo de propiedad, y no si esta privación constituye una expropiación que deba ser indemnizada. En este sentido, la interferencia con las expectativas razonables serían un prerrequisito para establecer que nos encontramos frente a una expropiación, si es que la propiedad está definida en términos de una expectativa razonable⁵⁷.

2.2.3. Regulación y disminución del valor de la Propiedad

Este factor juega un rol fundamental en lo referente al impacto económico que conlleva la acción estatal sobre la propiedad del regulado.

Es en “Pennsylvania Coal v/s Mahon”, hito jurisprudencial en el cual se remontan los inicios de la doctrina de las “Regulatory Takings”, en donde se

⁵⁶ Ídem. p. 424

⁵⁷ Delaveau, Rodrigo, Op. Cit. p. 424.

reconoce que ha ocurrido una expropiación cuando la regulación ha disminuido sustancialmente el valor de una cosa.

La compañía minera Pennsylvania Coal reclama en contra de la normativa impuesta por la Ley Kohler, considerándola expropiatoria toda vez que prohibía la actividad minera, y con ello sus facultades dominicales de extracción del mineral. Así las cosas, y a pesar de estar la compañía causando efectos secundarios respecto de ciertas estructuras⁵⁸ al seguir con su actividad extractiva, la compañía había adquirido previamente el derecho legal a ocasionar tales efectos secundarios.

En este caso el tribunal consideró que la proporción del valor original del terreno había sido destruido como una consecuencia de la regulación, concluyendo que, resultado de lo anterior, hubo una verdadera disminución del valor de la propiedad. Sin embargo, a pesar de esto, en “Penn Central station company. Vs. NY” se cuestionó si la expropiación no dependía en relación a la normativa había disminuido el valor del predio, sino que si esta normativa permitía al particular el uso de su predio en algún propósito económicamente viable. De lo anterior, se puede concluir que la Corte pareciese señalar que una disminución severa en el valor no establece per se una expropiación en cuanto el terreno pueda ser utilizado mediante un uso económicamente viable⁵⁹.

2.2.4. Regulación al servicio del interés público legítimo

La primera parte del examen de Agins de dos partes nos muestra que ha ocurrido una expropiación si la regulación que rige al predio no adelanta

⁵⁸ Esta ley estableció la prohibición para realizar actividades mineras bajo la superficie de un predio que perteneciera a un tercero, cuando esa actividad causare perjuicio a los distintos tipos de usos superficiales, como construcción de carreteras, edificios, etc.

⁵⁹ Deleaveau, Rodrigo, Op. Cit. p. 425.

sustancialmente un legítimo interés estatal. Es necesario precisar que lo anterior aparece como un equivalente al patrón de mínima racionalidad del debido proceso sustantivo (si la normativa había servido a un interés legítimo público),

Con el objeto de comprender cuando se está frente a una regulación al servicio del interés público legítimo, debemos remitirnos al caso “Keystone Bituminous Coal Association v/s DeBenedictis”⁶⁰ de 1987, bajo el cual la Corte interpretó la primera parte del examen de Agins equiparándola con la racionalidad mínima del debido proceso sustantivo preguntándose no sólo si efectivamente la normativa había servido a un interés legítimo público, sino que también si la administración buscaba prevenir un uso dañino o nocivo del terreno. Así las cosas, la Corte no solo se preguntó si la administración promovía el bien común, sino que además, de manera particular, prevenía una conducta dañina⁶¹, concluyendo finalmente que la regulación estaba dirigida en contra de una actividad perniciosa, por lo que bajo esta lógica, no había ocurrido expropiación alguna, pues no hay expropiación únicamente porque el estado previene una actividad dañina⁶².

2.2.5. Uso económicamente inviable de la Propiedad

A pesar de ser un factor fundamental para analizar desde una perspectiva económica la intervención estatal sobre la propiedad del regulado, la Corte norteamericana ha sugerido que aún cuando una norma prive al propietario de

⁶⁰ En este caso la Corte dio su respaldo a la Pennsylvania Subsistence Act, normativa que se asemejaba sorprendentemente a la Ley Kholer cuya controversia se encuentra en el caso Pennsylvania Coal v/s Mahon. La Pennsylvania Subsistence Act. ordenó que la empresa minera Keystone dejara pilares de carbón sin explotar, de manera de proteger la superficie de un colapso. De esta manera la compañía llegó hasta la Corte Suprema norteamericana imputando que la ley era expropiatoria.

⁶¹ Matute, Claudio, Op.Cit. p. 108.

⁶² Delaveau, Rodrigo, Op.Cit. p. 427.

cualquier uso económicamente viable de su predio, no necesariamente ha ocurrido una expropiación⁶³.

El uso económicamente inviable de la propiedad, es la segunda parte del “examen de Agins”. En este sentido, la Corte estableció, en cierto número de casos de regulación expropiatoria, que el único examen para cuando una regulación del uso de propiedad tenía como efecto una expropiación, era si la regulación denegaba a sus propietarios, todo uso económicamente viable de su predio.

El caso “Hodel v/s Irving”⁶⁴ es el único aviso claro de que el examen de inviabilidad económica sería aplicado como examen para expropiaciones formales.

Para ilustrar el concepto acerca de lo que significa el examen de inviabilidad económica, nos referiremos a lo sostenido por el voto de minoría del caso San Diego Gas & Electric Co. v/s San Diego en el que el Juez Brennan, junto a otros tres ministros entendieron por examen de inviabilidad económica a: *“Regulaciones de Policía como ordenanzas de zona (planos reguladores) y otras restricciones de uso del suelo pueden destruir el uso y goce de la propiedad en orden a promover el Bien Común, tan efectivamente como una sentencia condenatoria formal o invasión física de la propiedad. Desde el punto de vista del propietario, importará poco si su predio resulta afectado por una condena judicial o inundado, o si resulta restringido por una regulación de usarlo en su Estado natural, si el efecto en todos estos casos es la privación misma de los beneficios del uso de ella”*⁶⁵

⁶³ Ibidem. p. 427.

⁶⁴ Este fallo dictado en 1987 trata de tierras indígenas las que tenían prohibición de ser vendidas por sus propietarios e incluso dar en legado. En este sentido, muchas de las reservaciones cuya propiedad pertenecía a indígenas se fragmentaron en parcelas demasiado pequeñas. Estas propiedades eran tan reducidas y las propiedades eran tan fragmentadas que su utilización se hizo totalmente perjudicial desde un punto de vista económico.

⁶⁵ Delaveau. Rodrigo, Op.Cit. p. 426.

3. Criterios para definir la regulación estatal como expropiatoria

3.1. Privación indemnizable y no indemnizable por parte del Estado

Según lo analizado y desarrollado, en la jurisprudencia norteamericana existiría un continuo conceptual tanto sobre limitaciones y privaciones propiamente tales, de manera que la delimitación entre una y otra presentaría diversas complicaciones a la hora de aplicarlas y saber finalmente en que caso efectivamente es viable una indemnización, pues cabe de manifiesto señalar que muchas veces hay limitaciones que tienen tal magnitud que se tratarían netamente de expropiaciones de facto por parte del Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico por norma constitucional, no hay expropiación si no existe indemnización, ya que la Carta Fundamental asegura el derecho a ser indemnizado, siempre y en todos los casos por el daño patrimonial causado. Así las cosas, este es el elemento esencial que diferencia a la expropiación de figuras como la confiscación y en un principio también, de figuras como la limitación del dominio. Sin embargo, la regla de la no indemnización por limitaciones al dominio no es absoluta, abriéndose con esto la posibilidad de que al igual que en la jurisprudencia norteamericana, la doctrina de las “Regulatory Takings” tenga cabida y sea aplicable en nuestro derecho, lo que ya se ha visto reflejado en fallos del Tribunal Constitucional.

Si hay indemnización tanto para el caso de la expropiación como de las limitaciones al dominio cabe preguntarse ¿Que es lo que debe indemnizarse?. De acuerdo al artículo 39 del D.L. 2.186 la indemnización al “daño patrimonial efectivamente causado con la expropiación, y que sea una consecuencia directa o

inmediata de la misma”, excluyéndose en este ámbito el daño moral, dando cabida al daño emergente, el lucro cesante y los perjuicios directos y previstos o que debiesen haberse previsto por parte del expropiante⁶⁶.

3.1.1. Aplicación de la “equidad” y determinación de la indemnización.

“La garantía de la Quinta Enmienda está diseñada para prohibir al Estado de forzar a unos pocos a soportar individualmente las cargas públicas, las cuales en justicia y equidad, deben ser soportadas por el pueblo como un todo”. El pronunciamiento anterior fue resultado de la redacción del juez supremo Hugo Black en el caso “Armstrong vs. United States”, con esta famosísima sentencia se reconoce la aspiración al ideal de “equidad y justicia” que buscan todo ciudadano, y que se haya plasmada en el razonamiento de toda magistratura⁶⁷.

La determinación de la existencia de una expropiación regulatoria y una posible indemnización requieren de la “justicia del caso particular”, de equidad, la que según la Corte, debe presentarse en cada caso de expropiación. Así es que la magistratura estadounidense ha intentado encaminar sus decisiones sometiéndolas a ciertos exámenes o test, los cuales mencionamos con anterioridad, en base a los cuales se pretende llegar a una decisión en equidad. Sin embargo, ha resultado de sumo difícil ya que no ha sido posible establecer un criterio que nos permita determinar cuando la Corte usará uno de estos exámenes, y si alguno de ellos es utilizado, existe una considerable incertidumbre de que es lo que significa cada examen. Ya que la Corte no ha explicado como éstos abordan la pregunta sobre cuando “la equidad” se requerirá en un caso determinado.

⁶⁶ Peñailillo, Daniel, Op.Cit. pp. 78 y ss.

⁶⁷ Delaveau, Rodrigo, Op.Cit. p. 413.

Si bien la Corte ha estimado, con frecuencia, que una regulación que prive a su dueño de todo uso económicamente viable es expropiación, ocasionalmente ha sugerido que en ciertos casos el Estado puede justificar el privar al propietario de todo uso económicamente viable de su predio, que por equidad no requerirá del pago de una compensación, tal como ocurrió en el caso “First English Evangelical Lutheran Church v/s County of los Angeles”.

Como hemos señalado la Corte ha esgrimido diversos criterios para llegar a la solución de los casos que se le han presentado, y quizás el único denominador común en cada uno de los casos lo constituye “la justicia y la equidad”, las que determinarán la correspondencia de una compensación económica por los perjuicios causados por regulación estatal. En conclusión, la Corte ha aportado poco y nada en explicar cómo su actual procedimiento se las arregla con el tema de la justicia.

Visto cómo es que la Corte Suprema norteamericana ha intentado fundamentar sus resoluciones, examinaremos el elemento de “la equidad y la justicia” en el caso chileno.

En relación a la expropiación es necesario precisar que la indemnización consiste en la reparación pecuniaria total que hace el Estado al expropiado por el daño patrimonial que efectivamente le ha causado el hecho de ser privado de su propiedad⁶⁸.

La manera en que es fijado el monto de la indemnización, de acuerdo a la Constitución en el art 19 N° 24 se hace “de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por los tribunales”, de lo que podemos concluir que en caso de que el expropiante y expropiado no lleguen a acuerdo, se procederá a la intervención

⁶⁸ Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, tomo II, regulación, tributos y propiedad, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2010, p. 395.

de los tribunales de justicia para determinar el monto de la indemnización. Así lo confirma también el art. 10 de la LOC de procedimiento expropiatorio.

Los tratadistas concuerdan que la indemnización es el elemento esencial de la expropiación. Esta indemnización es sustitutiva del valor del bien y requiere para que opere, de la existencia de un reajuste compensatorio, por lo menos (si es que expropiado y expropiante no lo han acordado) desde la fecha de la sentencia que fijó su monto y aquella en que el expropiado tenga derecho a percibirlo⁶⁹. Debe señalarse que de no ser así, la garantía del derecho de propiedad sería teórica, cada vez que en el tiempo hubiese una significativa diferencia de valores.

El objetivo de la indemnización es resarcir el perjuicio causado al expropiado por el hecho de privarlo de su dominio⁷⁰. Lo que se pretende es compensar el daño que se causa al particular con una suma de dinero que sea equivalente. Sin embargo, puede ocurrir que el expropiado reporte, debido a la expropiación, un beneficio superior al daño que efectivamente se le ha causado. En cuanto a aquello, Enrique Evans Cuadra, integrante de la CENC, señala que, en relación a la expropiación, “se trata de dejar patrimonialmente indemne al afectado, pero jamás beneficiarlo con una utilidad adicional que constituiría un enriquecimiento sin causa. Si por algún concepto se produce para el expropiado un beneficio patrimonial, este deberá compensarse con el daño causado⁷¹. Por tanto, cabe concluir que la equidad en relación al monto del bien a expropiar y la indemnización hecha al expropiado es de vital trascendencia para que pueda ejercerse la institución de la expropiación, cuestión que se refleja en nuestro ordenamiento jurídico y es ampliamente aceptada por la doctrina.

⁶⁹ Peñailillo, Daniel, Op.cit. p. 83.

⁷⁰ Fermandois, Arturo, Op.cit. p. 396.

⁷¹ Ibidem. p. 396.

3.2 ¿Qué constituye una regulación expropiatoria?

La institución de la expropiación ha decantado en un acabado estudio de su origen, fundamento, naturaleza y efectos. Sin embargo, el transcurso del siglo XX, el desarrollo y creciente intervención regulatoria de la actividad estatal, ha dado origen a la doctrina anglosajona denominada “Regulatory Takings” o “Regulación expropiatoria” la que en síntesis, ha sido resultado de la evolución jurisprudencial en la búsqueda de entregar métodos concretos para medir la intensidad de la regulación del Estado sobre la propiedad cuando ésta resulta expropiatoria.

Para poder definir efectivamente cuando nos encontramos frente a una “Regulación expropiatoria” debe quedar claro que esta se enmarca en la problemática de determinar los parámetros o criterios utilizables para poder distinguir entre las facultades estatales de ejercer una simple indemnización y una expropiación que debe ser indemnizada.

Es fundamental mencionar que dicho concepto se trata de una creación jurisprudencial que tiene su origen como tal en el caso *Pennsylvania Coal v. Mahon* fallado por la Corte Suprema norteamericana en 1922. El punto de partida de la controversia del caso se enmarca en lo que señala la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, la cual prohíbe al Estado expropiar bienes para uso público sin el pago de una justa indemnización compensatoria. Con todo, la jurisprudencia norteamericana ha señalado⁷²: *“La garantía de la Quinta Enmienda está diseñada para prohibir al Estado de forzar a unos pocos a soportar individualmente las cargas públicas, las cuales en justicia y equidad, deben ser soportadas por el pueblo como un todo”*. Siendo lo relevante a este respecto la expropiación de facto que hace el Estado a través de una regulación que reduce o elimina sustancialmente el valor de la propiedad y la

⁷² Delaveau, Rodrigo, Op. Cit. p. 413.

disponibilidad del dueño de esta para poder ejercer sus atributos de la manera que estime conveniente.

Para poder adentrarnos cabalmente en la doctrina de la Regulación expropiatoria es necesario saber que para su comprensión y análisis es hay que conjugar 3 conceptos rectores en los que se direcciona esta teoría doctrinal, a saber: el dominio eminente de Estado, la Potestad de Policía y el Derecho de Propiedad.

Como señala Delaveau⁷³: una definición clara y sencilla de “Dominio Eminente” parece ser la de Bond, al señalar que es el derecho del Estado, mediante su organización ordinaria, a reafirmar (resseart) sea temporal o permanentemente su dominio sobre cualquier posición del suelo del Estado, debido a la necesidad o bien público...” Matute⁷⁴, en tanto señala que el elemento clave en el uso estatal del dominio eminente es lo que constituye la “justa compensación”, ya que el Estado ejerce este derecho cuando necesita una determinada propiedad privada para determinado uso público, manifestando con claridad su intención, grabando una propiedad específica y pagando de manera posterior al propietario dicha remuneración. Cabe destacar que alguna de estas restricciones no sancionan o limitan al derecho de propiedad en su dominio eminente, a pesar de dejar al dueño en la misma situación jurídica descrita.

Como ya se hizo mención, el origen jurisprudencial de la doctrina de la Regulación expropiatoria se remota al caso *Pennsylvania Coal v. Mahon* en 1922, el cual se pronunció sobre la prohibición legal impuesta a una compañía explotadora de una mina de carbón para la ejecución de funciones en un área específica de la superficie del yacimiento.

⁷³ Delaveau, Rodrigo, Op. Cit. p. 412.

⁷⁴ Matute, Claudio, Op. Cit. p. 81

La empresa Pennsylvania Coal se dedicaba a la extracción de Carbón en Scranton en el Estado de Pennsylvania desde 1897. Los predios superficiales sobre los que se encontraba el yacimiento pertenecían al padre de la Sra. Mahon, reservando los derechos del carbón subterráneo a la empresa Pennsylvania Coal. Sin embargo, a partir de 1921 el Estado de Pennsylvania dictó la “Ley Kohler”, la cual estableció prohibiciones para realizar actividades mineras bajo la superficie de un predio que perteneciera a un tercero (en este caso la Sra. Mahon) cuando la actividad causare perjuicio a los distintos tipos de usos superficiales como construcción de carreteras, edificios, etc. Así las cosas, bajo estas circunstancias es que a la Sra. Mahon le notificaron que empezarían la explotación minera en el subsuelo de su predio, decisión que la llevó a interponer una demanda en contra de la empresa invocando el cuerpo de la ley antes mencionada. El punto interesante en esta controversia es que la empresa apeló ante la Corte Suprema, argumentando que dicha ley constituía una expropiación inconstitucional de la propiedad. Sin embargo, a pesar de esta restricción o limitación a las facultades del dominio, la Corte falló a favor de la Sra. Mahon, acogiendo su demanda. La sentencia fue redactada por el Juez Holmes, quien señaló: “*while property may be regulated, to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking*”⁷⁵. En este sentido el juez Holmes justificó el uso del dominio eminente por parte del Estado, toda vez que cuando las calles comenzaran a caerse por sí mismas debido a la erosión del suelo debido a la explotación de carbón, existiría un costo público que haría justificable la regulación.

Siendo minuciosos con el caso, luego de esta innovación en la jurisprudencia norteamericana y a pesar de que el juez Holmes no entregó parámetros precisos para generar un estándar de regulaciones que a fin de cuentas fueran expropiatorias, la doctrina de la regulación expropiatoria no fue revisada, ni mayormente aplicada por la Corte Suprema hasta el caso

⁷⁵ “Mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación va demasiado lejos, será reconocida como una expropiación”. (Marmolejo, Crispulo. “Regulatory takings: a real globalization of property rights?” ALACDE, México, 2008. p. 14.)

“Pennsylvania Central Transportation Co. v/s City of New York” en 1978. Lo anterior, en el contexto económico de las reformas adoptadas por el gobierno del presidente Reagan, respaldadas por la contribución de George Stigler, premio Nobel de economía en 1982⁷⁶.

3.2.1 Sistema Constitucional Alemán

La consistencia de las decisiones del Tribunal Constitucional de Alemania, el “*Bundensverfassungsgericht*”, junto a su posicionamiento geográfico, y su historia lo convierten un modelo de razonamiento a seguir, por lo que resulta inevitable hacerse cargo de la posición que ha adoptado en esta materia.

A diferencia de lo que sucede en Chile a éste tribunal le ha correspondido pronunciarse reiteradas veces sobre el tema, tomando sobre si la carga de resolver las problemáticas de fondo de los asuntos sometidos a su conocimiento. Y lo ha hecho, en opinión de Fernandois, “formulando criterios para el balance de intereses particulares y sociales en conflicto por el derecho de propiedad, arribando a soluciones convincentes, desideologizadas y jurídicamente atractivas”⁷⁷.

El sistema constitucional alemán respecto de la propiedad puede ser analizado desde al menos tres puntos:

- 1) En lo referido al “**contenido del derecho de propiedad**” podemos analizar el artículo 14 de la Ley Fundamental de 1949, conforme al cual se fijan los límites al derecho de propiedad, los que son determinables por el legislador. En este ámbito el tribunal ha optado por circunscribir

⁷⁶ Marmolejo, Op. Cit. P. 4.

⁷⁷ Fernandois, Arturo, Op. Cit. p. 329.

los límites del derecho de propiedad con lo que busca evitar que se afecte el “núcleo duro” del derecho.

En la misma línea el tribunal considera a la institución del derecho de propiedad “como la más importante para la delimitación del ámbito patrimonial privado”⁷⁸ En conclusión el derecho de propiedad no solo estaría constituido por la posibilidad de usar y gozar, sino que también por la posibilidad de disposición que permita al particular la obtención de una utilidad económica razonable, señalando que de lo contrario “la propiedad no sirve para nada”⁷⁹.

- 2) Un segundo elemento es lo referido a la “**limitación del dominio**” en el derecho alemán, el cual es un principio fundamental en esta materia. Al hablar de limitación del dominio, aludimos a que el derecho puede ser limitado por el legislador, “debiendo siempre alcanzarse un equilibrio justo entre la libertad del individuo respecto del ordenamiento, de la propiedad y los intereses de la comunidad”⁸⁰.
- 3) Luego, y a modo de conclusión a este respecto, nos encontramos con lo que se refiere a las “**limitaciones al legislador**”. Hayamos que este derecho se encuentra limitado en sus competencias regulatorias en lo concerniente a: *a)* el contenido esencial del derecho, prohíbe en “realidad” que “sean suprimido aquellos ámbitos materiales que pertenecen al contenido elemental de la actividad patrimonial”; *b)* el principio de igualdad y respeto al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito económico; *c)* la finalidad de la regulación, esto en el sentido

⁷⁸ “Tribunal Constitucional federal de Alemania, sentencia de la primera sala de 7 de agosto de 1962, 1 BvL 16/60 En: SCHWABE, JURGEN (compilador, cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán, fundación Konrad Adenauer, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003 p. 283” (Fernandois, Arturo, Op.cit. p. 331.)

⁷⁹ “Tribunal Constitucional federal de Alemania sentencia de la primera sala de 2 de marzo de 1999, 1, BvL 7/91 (En Idem. p. 331.)

⁸⁰ “Tribunal constitucional federal de Alemania sentencia de la primera sala de 15 de enero de 1969, 1 BvL. 3/66 (En Idem. p. 333.)

de que, como se señaló en caso Huertas, “toda regulación al derecho de propiedad no debe ir más allá de la finalidad a la que sirve la reglamentación”; *d*) el principio de proporcionalidad, por el que las normas regulatorias para subsistir ante la Constitución deben estar conformes con el ámbito que reglamentan y además estructurarse en forma adecuada; *e*) el principio de la confianza legítima, el cual dice relación con la estabilidad de las políticas regulatorias por parte del legislador⁸¹, “en cuanto este puede reestructurar, situaciones jurídicas individuales mediante normas de transición adecuadas y razonables, cuando existen motivos de “bienestar general” en que prevalezca la confianza legítimamente asegurada de mantener el derecho adquirido legítimamente.

En busca del balance entre los intereses sociales y particulares que convergen en el derecho de propiedad frente a la regulación del Tribunal, es que ha habido pronunciamientos tanto a favor de la propiedad como a favor del interés social:

A favor de los derechos de propiedad: Caso Feldmhule (1962); caso Control de inundación de Hamburgo (1968); caso Libro escolar (1971); caso de La pequeña Huerta (1979); caso de copias de libro gratuitas (1971); caso del Arrendatario (1993).

A favor del interés social, y en virtud del artículo 14 N° 2 de La Ley Fundamental en cuanto a que “la propiedad impone deberes” el tribunal se pronunció en los siguientes fallos: Caso Viñedos (1967); caso de Las aguas

⁸¹ “Tribunal Constitucional Federal de Alemania sentencia de la primera sala de 2 de marzo de 1999, 1, BvL 7/91, En Idem. p. 319” (En Ibidem. p. 333.)

subterráneas (1981); caso de La reducción de plazos de protección del derecho de autor; caso de La Talhidomida⁸².

3.2.2. Jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia

Como lo hemos visto, la regulación expropiatoria ha sido sinónimo de discusiones y conflictos, no siendo la excepción el ámbito constitucional de la comunidad europea. En el viejo continente es la Corte Europea de Justicia (Luxemburgo) la llamada a resolver los conflictos que se susciten con ocasión de la aplicación de los tratados básicos de la Unión Europea.

En el mismo orden de ideas resulta esclarecedor analizar las discusiones suscitadas frente a uno de los tratados básicos principales, la “Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, convención que luego de múltiples discusiones en su redacción concluyó por garantizar el derecho de propiedad⁸³. Resulta pues que de los conflictos que deriven de la convención conocerá *especialmente* la Corte Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea de derechos humanos (Estrasburgo), a juicio de Michael Anteriori, ha definido tres reglas que derivarían del protocolo de derechos: i) *el principio general de disfrute pacífico de la propiedad*, ii) *el tratamiento normativo de la expropiación*, y iii) *se reconoce la facultad de los estados miembros para ejercer ese control a favor del bien público*⁸⁴.

⁸² Ibidem, p. 330.

⁸³ Ibidem, 354.

⁸⁴ Ibidem, 354.

En un principio la Corte Europea se caracteriza por una posición indolente frente a la expropiación regulatoria, razonando que es competencia del juez del Estado miembro y no de los órganos de Unión, involucrarse en las políticas regulatorias de la propiedad. Esta posición cambia en 1982 de la mano del caso “Sporron y Lonroth vs. Suecia”, señalando que las interferencias a la propiedad deben ser juzgadas a la luz de la primera regla del protocolo “el principio general del disfrute pacífico de la propiedad”. Esto genera un test o examen *bifocal* en cuanto las interferencias de la propiedad deben: i) *dirigirse al interés general*, y ii) *la medida debe balancearse o equilibrar los requerimientos del interés general y el derecho de propiedad del individuo*⁸⁵.

En este sentido Tonya Draeger señala que si bien se les reconoce a los Estados miembros la autonomía para aprobar leyes regulatorias, “las decisiones de los Estados miembros serán confirmadas, salvo que esas decisiones aparezcan manifiestamente carentes de fundamento razonable”⁸⁶.

Volviendo con La Corte Europea de Justicia (Luxemburgo), el reconocimiento que hace de la regulación expropiatoria y de criterios que ayuden a determinar las diferencias entre una limitación y una privación del dominio, se ve plasmado en la sentencia del caso “Hauer vs. Land-Rheinland Pfalz” de 1980. Junto con lo anterior se llega a la conclusión de que el protocolo si garantiza el derecho a compensar un privación de la propiedad a todo ciudadano de la Comunidad.

En cuanto a los criterios para distinguir entre una limitación y una privación hayamos: *la temporalidad*, donde debe distinguirse si ésta es permanente o temporal y un segundo criterio: *la disminución en el valor de la propiedad*, en el cual si la propiedad retuvo su apreciable valor económico a pesar

⁸⁵ Ibidem. p. 355.

⁸⁶ Ibidem. p. 355.

de la regulación, entonces no podría considerarse una expropiación. Por otro lado, también se puede reconocer el test de *proporcionalidad* planteado por Álvarez-Osorio que fue tenido a la vista por la Corte conforme al cual expresa “que no resulta suficiente que una medida privativa de la propiedad persiga un objetivo legítimo. Se obliga por tanto a una equilibrada relación de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados. De manera que una carga exorbitante rompería tal equilibrio, y haría ilusorio el derecho de propiedad en virtud del artículo 1º del protocolo 1, si se admitiese una expropiación sin la contrapartida de un justiprecio”⁸⁷.

En conclusión, puede decirse que actualmente la legislación de la Comunidad Europea ha logrado garantizar plenamente el derecho de propiedad en sus diversas especies a todos los ciudadanos, protegiéndolos de las interferencias provocadas por las regulaciones de los estados miembros, aplicando a las instituciones de la comunidad exámenes precisos para determinar si la regulación se transforma en expropiatoria o no.

3.2.3. Jurisprudencia Norteamericana

Habiendo analizado a lo largo de este trabajo la jurisprudencia emanada de los tribunales de los Estados Unidos, no resulta necesario hacer un nuevo examen de todas y cada una de las sentencias más relevantes en relación a la doctrina de las “Regulatory Takings”, sino que bastará con hacer una breve referencia a los casos que recientemente han sido objeto de revisión por la Corte Suprema norteamericana. Este conjunto de fallos está constituido por Palazzolo, Thae-

⁸⁷ Álvarez-Osorio, Fernando, “La construcción del derecho de propiedad por el tribunal europeo de derechos humanos”, en *Derechos Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 1, 2006, p. 5. (Ibidem. p. 356.)

Sierra Preservation Council, y *Brown vs. Legal Foundations of Washington*⁸⁸, solo por nombrar algunos.

Las decisiones entregadas por la Suprema Corte se han caracterizado por ser balanceadas y ejemplares en cuanto demuestran la madurez jurídica con la que se acepta el fenómeno de la regulación expropiatoria, logrando introducirse en sus complejidades, lo que ha encaminado a la Corte a lograr decisiones convenientes. En este orden de ideas es que la Corte ha formulado ciertas teorías dirigidas a determinar cuándo nos encontraríamos frente a regulaciones expropiatorias, tales como: la teoría de la propiedad inmune ante las regulaciones posteriores subyacente, la del valor económico, la de las expectativas retorno de inversión y la de igualdad ante las cargas regulatorias. Todos elementos que habrán de ponderarse cuando corresponda aplicarlos.

Es así que entre el vaivén de decisiones pronunciadas por la Corte encontramos que en un caso resultó inconstitucional la regulación municipal que obligaba a la instalación de un cable de televisión en departamentos urbanos (caso *Loretto vs. Teleprompter Manhattan*), y en otro caso, si resultaba compatible con la Constitución norteamericana una prohibición urbanística de casi 5 años aplicada sucesivamente sobre predios rivereños de un lago (*Thaoe-Sierra Preservation Council*). Cada uno de los fallos tiene la particularidad de haber contado con fuertes votos de minoría, lo que ha dejado entrever lo poco pacífico de la regulación expropiatoria en los Estados Unidos⁸⁹.

Un poderoso ejemplo del pronunciamiento de la Corte Suprema se sucede en “*Palazzolo vs. Rhode Island*”. Cabe precisar, que si bien aquí la indemnización es rechazada, lo fue por defectos formales. Sin embargo, este fallo sienta una importante doctrina al señalar **que la adquisición posterior del dominio no**

⁸⁸ Ibidem p. 327.

⁸⁹ Ibidem. p. 327.

sanea las regulaciones limitativas inconstitucionales, “(...) si aceptamos la regla del Estado, la transferencia del título posterior a la restricción absolvería al Estado para defender cualquier restricción urbanística, sin importar cuán extrema e irrazonable ésta sea”⁹⁰. En la misma línea de argumentación la Corte señala que para determinar la existencia de una regulación deben tenerse en cuenta todos los elementos que ayuden a determinar la razonabilidad de la expropiación.

El trabajo de las cortes norteamericanas debiese resultar de suma importancia para la doctrina y jurisprudencia chilena, ello como resultado de un arduo y largo camino recorrido en este ámbito que ha desembocado en la creación de diversos criterios y elementos que se conjugan para lograr una decisión justa y acertada. Por otro lado, en nuestro sistema no se puede negar que la doctrina se encuentra en etapas tempranas, y que los tribunales se muestran empeñados en negarle validez a la aplicación de esta doctrina, lo que nos arrastra a ser observadores cada cierto tiempo de decisiones poco afortunadas que deterioran la confianza que existe ante las garantías fundamentales.

⁹⁰ Ibidem. p. 328.

4. ¿Es posible una teoría unificada en la aplicación de la expropiación regulatoria por parte de los tribunales chilenos?

El fenómeno de la expropiación regulatoria es recogido por nuestro TC el 2007, con la dictación de los fallos roles 506 y 507 de dicho año, en medio de una escasa doctrina nacional y nula jurisprudencia sobre el tema⁹¹. Sin embargo, a partir de estos fallos el tribunal ha reconocido la posibilidad de que una regulación puede transformarse en una expropiación cuando su magnitud sea significativa señalando: *“que la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte, porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular”*⁹².

4.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno y propuestas del profesor Patricio Zapata.

A lo largo de los años, la jurisprudencia del TC ha presentado más de alguna contradicción en lo que concierne al derecho de propiedad. Lo ideal a este respecto sería que dicho tribunal hubiese manifestado alguna vez su metodología aplicable en esta materia para resolver las problemáticas que en este texto se han planteado

⁹¹ Fernandois, Arturo. *Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: Cuatro Teorías Constitucionales*. Diciembre 2008 p. 5. (http://www.fernandois.cl/publicaciones/arturo-fernandois/derecho-constitucional-economico/2008_%20Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf)

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional. Rol N° 505-06. Considerando 23° del 29 de Marzo del 2007.

Como señala Zapata, al revisar fallos tan emblemáticos como “Deuda Subordinada”, “Acceso a Playas”, “Cesiones para Urbanización”, “Restricción Vehicular” o Rentas Vitalicias” pareciera difícil discernir un criterio unitario o sistemático a la doctrina de dicho tribunal sobre Propiedad⁹³. Sin embargo, el autor considera que es posible, en base a diversas sentencias dictadas por esta magistratura, reconducir a un modelo único consistente en la ponderación para cada caso de los cinco factores siguientes:

- a) **Jerarquía:** Nos referimos a este respecto al rango de la norma jurídica limitativa del derecho de propiedad. En la medida en que el TC ha reconocido en relación al dominio la existencia de una doble reserva legal, las que analizamos anteriormente al referirnos a la reserva legal como un requisito para delimitación del derecho de propiedad en nuestra Constitución, dejando en claro con esto que las normas meramente reglamentarias tienen pocas posibilidades de establecer regulación a este derecho.
- b) **Precisión y determinación de la norma limitante:** en este sentido, y aludiendo también al principio de reserva legal, hay que atender al rigor con que la norma limitante define los elementos centrales de la limitación.
- c) **Causa de la limitación:** la que no es otra cosa sino la razón constitucional por la cual se habilita la restricción. Con su ausencia se priva de sustento el cuestionamiento de la norma limitante.
- d) **Intensidad del cercamiento de facultades del propietario:** esto es fundamental en el análisis a desarrollar, pues mientras mayor sea el recorte a las facultades (uso, goce y disposición) y/o los atributos (absoluto,

⁹³ Zapata Larraín, Patricio: Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho chileno y comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, p 583.

perpetuo, exclusivo, etc.), más se acerca la regulación a una inaceptable afectación al derecho en su esencia⁹⁴.

e) Factor económico neto de la intervención: la relevancia se da en este sentido, en el impacto concreto que tiene la limitación en el patrimonio del sujeto afectado. Sin embargo, puede ocurrir que el TC muestre mayor benevolencia con la restricción, toda vez que pudiese suceder que al mediano o largo plazo esta signifique un efecto positivo en los activos del titular del derecho limitado.

Habiendo enumerado estos cinco factores, presentes en mayor o menor medida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno, Zapata señala que es posible ordenarlos en forma de la siguiente ecuación, denominada “Factor de Constitucionalidad”, la cual permita anticipar con precisión si el TC va a validar o no la limitación al dominio cuya constitucionalidad se encuentra estudiando⁹⁵.

$$\text{Factor de constitucionalidad} = \frac{\text{jerarquía} + \text{precisión} + \text{causa}}{\text{intensidad jurídica} + \text{impacto económico}}$$

4.2 Aplicación del TC en el Ámbito de la regulación expropiatoria (caso “Peajes eléctricos”).

Para cierta parte de la doctrina, el precedente más relevante, en aplicación del test de expropiación regulatoria, en relación a lo fallado por el TC, son las sentencias denominadas doctrinariamente “peajes de transmisión eléctrica”

⁹⁴ Zapata, Patricio, Op. Cit. pp. 586 y ss.

Sentencias del Tribunal Constitucional roles 505- 2006 y 506 -2006, ambas, de marzo de 2007, idénticas en lo sustancial⁹⁶.

Este caso versa sobre un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que tiene por objeto se declare la inaplicabilidad del artículo 3 transitorio de la ley 19.940, el cual hace aplicable una nueva regulación de transmisión eléctrica a la relación contractual que existía entre empresas de generación eléctrica y HQI Transelec-Chile, compañía de transmisión eléctrica.

La compañía de generación eléctrica aludida reclamó que la nueva regulación de la transmisión eléctrica, al pretender imponer esta regulación, por sobre una relación regida por un contrato anterior, válidamente celebrado y con una vigencia hasta el año 2028, vulneraba el derecho de propiedad sobre un bien incorporal, esto es, el derecho adquirido en virtud de un contrato a usar, por un determinado precio o peaje, las instalaciones de transmisión eléctrica de Transelec.

Cabe destacar que en la Sentencia Rol 505-2006, el TC cambia de razonamiento en lo respectivo a las doctrinas a las que adhería. En esta oportunidad el tribunal sostuvo que el art. 19 n° 24 de la Carta Fundamental establece *“un mismo y único estatuto de protección de ambas especies de propiedad”* y que *los derechos que emanan de los contratos privados no están inmunes a ser limitados o regulados, en conformidad a la Constitución*⁹⁷.

Lo anterior evidencia un cambio sustancial, que se aleja de la doctrina sentada en fallos como “La deuda subordinada” y “Playas”⁹⁸ donde se mantuvo un

⁹⁶ García García, José Francisco. “El Tribunal Constitucional y el uso de test: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica” revista Chilena de Derecho. Vol. 38 N° 1, 2011, p. 126” (Matute, Claudio, Op. Cit. 119.)

⁹⁷ Matute, Claudio. Op.Cit. p. 120.

⁹⁸ Ibidem. p. 121.

acento excesivamente protector de la propiedad que decantaba en la aceptación de una dura doctrina de los derechos adquiridos y la intangibilidad de los contratos. Esta vez, invirtiendo sus postulados el tribunal, en el fallo en comento acepta expresamente las limitaciones de los derechos personales emanados de los contratos, acercándose así a la posición contraria.

A mayor abundamiento, el fallo también plantea la discusión entre limitación y privación, como lo analizamos precedentemente al establecer su considerando 22 en el acápite sobre “privaciones al dominio” en el presente trabajo.

El tribunal, en relación con la magnitud de la intromisión, señala que legitimar cualquier regulación o limitación sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturaliza la protección de ese derecho fundamental. Resulta entonces que si la magnitud de tal alteración fuese de una naturaleza que impidiese la razón de ser del contrato entonces el titular podría sostener que se le ha privado de la propiedad.

Podemos observar en este fallo que el test determinante es el del impacto económico que genera la intervención estatal en la propiedad regulada, es decir se enmarca dentro de la doctrina del “Quantum” (cuanto) considerando el binomio limitación-expropiación dentro de un continuo conceptual, pero diferenciado en el nivel de lesividad del derecho objeto de la regulación (fallo 506). El estándar de magnitud significativa que exige el TC equivale, a lo que en la jurisprudencia norteamericana, al parámetro de “goes too far” (va demasiado lejos, extralimitándose) del juez Holmes.

En definitiva ambos test apuntan a lo mismo, determinar caso a caso el nivel de lesión o daño en la propiedad, y si bajo su discrecionalidad, ese daño

resulta ser de tal entidad, pues la intervención estatal será privativa y merecedora de la compensación al sujeto regulado.

Matute está por disentir de dicho criterio, y apoyar la posición planteada por el voto disidente –Ministros Bertelsen, Vodanovic, y Venegas- que estuvieron por acoger el requerimiento señalando que “la naturaleza de la privación no se determina por la cuantía (mucho o poco), sino que habría privación en la supresión de cualquier atributo o facultad esencial del dominio⁹⁹.

En líneas generales Matute comparte este razonamiento, aconsejando un nivel de abstracción que permita alejar este examen de los vaivenes casuísticos y de un grado riesgoso de discrecionalidad del juez. Por lo pronto resulta inevitable que el examen del quantum sea entregado a la discrecionalidad del juez, por lo que no parece correcto que el examen de constitucionalidad de las intervenciones estatales se determine en base al examen de si producen más o menos daño.

Entonces, si la intervención no deja subsistente ningún modo de ejercicio de uso, goce y disposición, la medida tomada por el Estado, será privativa de la propiedad o de alguno de los atributos esenciales, siendo irrelevante para estos efectos la gravedad de la intromisión a la esfera subjetiva concreta del propietario¹⁰⁰.

4.3. Posibilidad real

Adscribimos al criterio que postula que la divergencia conceptual existente entre limitación y privación debe determinarse en un examen de constitucionalidad alejado de lo resuelto caso a caso, con el objeto de atender

⁹⁹ Matute, Claudio. Op. Cit. p. 124.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 125.

fundamentalmente al contenido esencial del derecho de propiedad, así como a la justificación de la intervención¹⁰¹. Sin embargo, con el actual vacío de protección hacia el regulado nacional, hay 2 instituciones que contempla nuestra Constitución para hacer efectiva la protección del derecho de propiedad a saber: la expropiación previo pago del justo precio y la responsabilidad del Estado¹⁰². No obstante ello, la diferencia entre dichas instituciones radica en la definición positiva que les determine el legislador, pues, desde una visión dogmática no hay una línea precisa emanada de la naturaleza jurídica de estas que las pueda distinguir¹⁰³.

Con todo, es necesario mencionar que el procedimiento de expropiación consagrado en el DL 2186 de 1978 adopta una posición formal mediante la cual no es dable concebir una expropiación al margen de dicho procedimiento¹⁰⁴. Sin embargo, la pregunta relevante a realizar respecto a la aplicabilidad de la doctrina de la regulación expropiatoria en nuestro ordenamiento jurídico, es si dicho decreto agota el desarrollo normativo del artículo 19 N° 24 de la Constitución. Lo anterior, no significa que el DL mencionado sea inconstitucional, y por tanto pierda toda legitimidad como cuerpo normativo ante la Carta Fundamental, sino que, a nuestro parecer, debe aplicarse únicamente a las hipótesis establecidas en él, permitiendo de manera directa la aplicación de la Constitución a situaciones expropiatorias que no encuadran con dicho procedimiento. En este sentido cabe precisar que en la doctrina quien se encuentra a favor de esta postura es el Profesor Santiago Montt.¹⁰⁵

¹⁰¹ Matute, Claudio, Op.cit. p. 175.

¹⁰² Montt, Oyarzún, Santiago: *"Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad de Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado"*, Revista chilena de Derecho N° 1, 2005, p. 69.

¹⁰³ Montt, Santiago, Op.cit. p. 177.

¹⁰⁴ El artículo 1° del Decreto Ley 2186 establece que "toda expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, cualquiera que se la ley que la autorice o la institución que la decreta, se sujetará al procedimiento establecido en el presente decreto".

¹⁰⁵ Montt, Santiago, Op. Cit. p. 72.

Cabe tener presente que nuestro ordenamiento jurídico pasó de un sistema de responsabilidad del Estado objetivo “puro” a un sistema de responsabilidad por “falta de servicio” a partir del criterio jurisprudencial establecido por la Corte Suprema a mediados del 2002. Lo anterior, cobra gran relevancia en relación a la aplicabilidad de la doctrina de la regulación expropiatoria y la obtención de una indemnización favorable hacia el particular en nuestro país. En razón de aquello, la protección del derecho de propiedad, no se ajusta a nuestra Carta Fundamental, ya que transgrede el principio de igualdad ante las cargas públicas¹⁰⁶ y además, descarta el uso de principios generales del derecho que protegen la integridad patrimonial de la propiedad como es el caso de la confianza legítima¹⁰⁷, principios que se configuran como una excepción a lo establecido de manera recurrente por los sentenciadores a la hora de aplicar el sistema de responsabilidad por falta de servicio.

Así las cosas, ha de tenerse en consideración que, en cuanto a la problemática planteada en el presente texto, en el ordenamiento jurídico chileno no existe, por regla general, responsabilidad estatal objetiva por cuanto sólo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño, o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial en la medida que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad.

¹⁰⁶ Principio que se consagra en los numerales 2 y 20 del artículo 19 de la CPR, como lo señalamos anteriormente.

¹⁰⁷ La confianza legítima se trata de un principio de origen jurisprudencial europeo que busca resolver situaciones que afecten el ejercicio del derecho de propiedad en el tiempo. Su propósito es ponderar los conflictos y ofrecer una salida respetuosa de los derechos fundamentales frente a bruscos cambios regulatorios. Este principio exige indemnización a los afectados en su propiedad cuando un cambio en las reglas de juego les produce daño. (Fernandois, Arturo. *Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: Cuatro Teorías Constitucionales*. Diciembre 2008 p. 9. http://www.fernandois.cl/publicaciones/arturo-fernandois/derecho-constitucional-economico/2008_%20Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf)

5. Conclusión:

De lo expuesto anteriormente podemos concluir que en la actualidad, el patrimonio de los regulados frente a los actos de la Administración de Estado no se protege de manera efectiva -a pesar de lo señalado por el TC en su jurisprudencia- por medio de expropiaciones regulatorias, sino que bajo los supuestos de expropiaciones estrictas y en caso de falta de servicio; dejando de lado la Carta Fundamental y su aplicabilidad directa en lo relativo a la protección del derecho de propiedad, transgrediendo de esta principios consagrados en la Constitución.

Independientemente de las visión pro regulación o contra regulación que se pueda sostener, el tema tratado en este texto se expande de manera tal que, como ya lo mencionamos anteriormente, afecta de gran manera la realidad política de nuestro país. En este sentido, la institución del derecho de propiedad puede verse en peligro por las políticas implementadas por el Gobierno de turno, siendo a este respecto, la efectiva aplicación de la protección de esta derecho, y la razonabilidad y fundamentación de los argumentos por parte del Tribunal Constitucional junto a la labor de las demás magistraturas que reconoce el ordenamiento jurídico chileno, lo que efectivamente proteja el derecho de propiedad de las personas ante la Administración del Estado.

Podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico pareciese inclinarse como lo señala Montt por una concepción restrictiva de expropiación, prevaleciendo de facto el concepto de expropiación formal- estricto¹⁰⁸, establecido por el legislador, por sobre lo que creemos debiese interpretarse y aplicarse en la jurisdicción nacional, esto es, un concepto de expropiación material, caracterizado por proteger y resguardar verdaderamente el derecho de propiedad de los

¹⁰⁸ Montt, Santiago, Op. Cit. p. 4.

individuos frente a la Administración del Estado¹⁰⁹, conforme a los establecido efectivamente por la Constitución.

Si bien es cierto, lo mencionado anteriormente no ha tenido cabida en lo aplicado concretamente por el Tribunal Constitucional, nada obsta a que con ocasión de políticas gubernamentales que afecten en demasía el derecho de propiedad, la magistratura con el fin de satisfacer el bien común y los intereses generales de la nación, adopte la postura a las que adscribimos en este texto, protegiendo materialmente y por medio de lo establecido en la Carta Fundamental el derecho de propiedad de las personas, aplicando con ello argumentos sólidos que establezcan cuando nos encontramos frente a una regulación que, siendo directa o no, es expropiatoria lo que conllevaría la correspondiente indemnización al particular por la transgresión de la Administración del Estado en sus derechos.

¹⁰⁹ Ha de destacarse que a pesar de lo señalado nuestro ordenamiento jurídico, en el caso de inversionistas extranjeros, en los *“Bilateral Investment Treaties”* (BIT) suscritos por nuestro país se les protege frente a expropiaciones directas e indirectas, incluyendo expropiaciones regulatorias que constituyen hipótesis de responsabilidad sin falta. (Matute, Claudio, Op. Cit. p. 199.)

Bibliografía

Aldunate, Eduardo. *Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad* en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N°2, Santiago de Chile, 2006.

Alessandri, Arturo. *Tratado del derecho real*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Sexta Edición, Santiago de Chile, 2005.

Cea Egaña, José Luis. *Derecho constitucional chileno*, tomo II: Derechos, deberes y garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.

Demsetz, Harold. *Hacia una Teoría de los derechos de propiedad*, American Economic Review, 1967.

Fernandois, Arturo. *Derecho Constitucional Económico*, tomo II, regulación, tributos y propiedad, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2010.

Fernandois, Arturo. *Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: Cuatro Teorías Constitucionales*, Diciembre 2008. http://www.fermandois.cl/publicaciones/arturo-fermandois/derecho-constitucional-economico/2008_%20Indemnizabilidad%20de%20las%20Limitaciones%20a%20la%20Propiedad.pdf

Fernandois, Arturo. *Informe en derecho de sobre constitucionalidad de artículo 12 de la ley de monumentos nacionales*, Santiago de Chile, 2010.

García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 2. 12 edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

Marmolejo, Crispulo. *Regulatory takings: a real globalization of property rights?*, México, ALACDE, 2008.

Matute, Claudio. *Expropiaciones Regulatorias, aplicabilidad al caso chileno*, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

Montt Oyarzún, Santiago. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad de Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*, Revista chilena de Derecho N ° 1. 2005.

Peñailillo, Daniel. *Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

Peñailillo Daniel. *La expropiación ante el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1995.

Rolla, Giancarlo. *La regulación constitucional de la propiedad privada en Italia según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, En Anuario Iberoamericano de justicia Constitucional, N° 5, 2005.

Shmidtz, David. El Derecho de Propiedad, *Elementos del análisis económico del derecho* Horacio Spector (compilador), Rubinzal culzoni editores, Buenos Aires, 2004.

Verdugo, Mario; Pfeffer: Emilio; Nogueira, Humberto. *Derecho Constitucional*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994.

Zapata Larraín, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008.