



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO.



TESINA

**LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA:
UNA LIMITACIÓN NO INDEMNIZABLE EN CHILE**

CAMILO PALACIOS CASTILLO

PROFESOR GUIA: JUAN CARLOS FERRADA BORQUEZ

OCTUBRE-2012

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. LA PROPIEDAD.....	6
1. La propiedad privada, dos perspectivas contrapuestas en la evolución histórica.....	6
2. Régimen general de la propiedad en la Constitución chilena.....	9
3. Régimen particular de la propiedad individual en la Constitución.....	10
4. El contenido de la propiedad constitucional en Chile.....	14
4.1 Contenido esencial del derecho de propiedad limite a la facultad legislativa configuradora del poder legislativo.....	14
4.2 La función social de la propiedad.....	21
5. La propiedad y la reserva legal.....	23
III.LIMITACIONES Y OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA FUNCIÓN SOCIAL Y EXPROPIACIÓN.....	26
1. Distinción entre limitación y privación.....	26
2. Carácter de la función social como limite al derecho de propiedad.....	28
3. Carácter de la expropiación como privación a la propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales.....	32
IV.DELIMITACIÓN ENTRE LIMITACIÓN Y PRIVACIÓN Y SU INDEMNIZABILIDAD.....	34
1. Teorías de indemnizabilidad	34
1.1. La teoría de la expropiación regulatoria.....	35
1.2. La teoría del sacrificio especial o teoría de la igualdad ante las cargas públicas. Y otros criterios de distinción en el derecho Alemán.....	36
1.3. La teoría de la confianza legítima.....	40
1.4. La teoría del contenido esencial.....	42
V. CONCLUSIONES.....	44
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	46

RESUMEN

El presente trabajo ha tenido por objeto analizar la función social de la propiedad en la vida jurídica actual, tanto desde una perspectiva doctrinal como jurisprudencial. En ese entendido se ha establecido primeramente un marco conceptual del derecho de propiedad, del contenido esencial de ese derecho y de la función social. Luego se han analizado las limitaciones y privaciones al derecho de propiedad, se ha determinado el carácter de la función social y de la expropiación. Para concluir, se han expuesto distintas teorías que se han conocido tanto en derecho comparado, como en el derecho nacional, que intentan responder si las limitaciones al derecho de propiedad son o no indemnizables.

ABSTRACT

The main purpose of the present essay has been the analysis of the social function involved within the right of property, based on an actual perspective of case law and doctrinal development. Therefore, it was needed in the first place to establish a conceptual range of this right, its social function and the essential content of both of them. Also, the most relevant limitations of the right of property regarding its social function and the institution of expropriation have been analyzed. Finally, we have exposed the different theories developed by the national and international doctrine on this discussion, which have intended to give a response whether the limitations of the property based on its social function generate punitive damages that need to be repaired, or whether they do not.

Derecho de propiedad – contenido esencial – función social – limitaciones y privaciones a la propiedad - indemnizabilidad

I. INTRODUCCION

La Constitución Política de la República establece que en virtud de la función social de la propiedad, se pueden imponer limitaciones y obligaciones que constituyen una carga para los propietarios. No obstante estas restricciones no pueden implicar una privación forzada del bien o de los atributos o facultades esenciales del dominio, ya que en tal caso ello constituiría una expropiación, la que requiere autorización legal e indemnización para el propietario. En este sentido la pregunta de investigación es: ¿Qué restricciones que impone el Estado pueden ser enmarcadas dentro de las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social y cuales tienen un carácter expropiatorio en el derecho chileno?

Bajo esas consideraciones, me he propuesto abordar el tema, bajo el análisis de tres capítulos. En el primero, pretendo estudiar el derecho de propiedad privada en la Constitución de 1980, de esta manera intentar dilucidar cuál es su contenido y cómo se incorporó la función social de la propiedad al ordenamiento jurídico.

En el segundo capítulo, se intentará dar un estudio acabado a las limitaciones a la propiedad privada, determinando cuales de ellas son parte de la función social y que limitaciones son expropiaciones. De este modo, intentaré encontrar el carácter de ambas instituciones.

En el tercer capítulo me abocaré a determinar qué criterios se han expuesto tanto en Chile, como en el derecho comparado para determinar cuándo una limitación es indemnizable. Cabe hacer presente que el objetivo de esta tesis es dilucidar cuando las limitaciones a la propiedad son indemnizables.

No debemos olvidar, que distinguir entre una limitación al derecho de propiedad y una privación del mismo, no resulta tan evidente en su aplicación práctica, esencialmente por los principios que rodean a este derecho fundamental, esto es, su función social y la determinación de su contenido esencial.

En ese sentido, creo que abordar el tema en cuestión es de sumo importante, pues la posibilidad que tiene el legislador de configurar el régimen dominical podría verse disminuido al punto de “congelarse” el ordenamiento de aceptar sin mayor distinción, que

toda vez que se intente establecer menores facultades para los propietarios el Estado deba responder patrimonialmente.

II. La Propiedad

1 .La propiedad privada, dos perspectivas contrapuestas en la evolución histórica

El comentario común entre autores nacionales como Cordero y Aldunate es señalar que la propiedad no está ajena a las complejidades. Así podemos decir que no son pocas las dificultades dogmáticas que trae consigo, como también la pluralidad de perspectivas con que se puede abordar el tema. Entender esto resulta primordial para explicarse a uno mismo, el hecho de que incluso el Tribunal Constitucional ha quedado en deuda a la hora de referirse a la propiedad de un modo sistemático. (Aldunate,2005: p. 157) Pero no por eso debemos desalentarnos, por el contrario, creemos que debemos ser exhaustivos e intentar dilucidar de la mejor manera posible soluciones concretas a tan desesperanzadora empresa.

En primer lugar y en relación a la propiedad privada, debemos señalar, que ella no escapa a la ley de la evolución. Bajo ella subyace la convivencia de dos perspectivas distintas, de dos puntos contrapuestos que pugnan entre sí y que toman mayor preponderancia una u otra dependiendo del ambiente social que impere. Creo que es de suma importancia tener en cuenta esta consideración a la hora de desarrollar la propiedad como todos los conflictos que de esta pueda derivar.

Estamos hablando del frágil balance entre individualismo y colectivismo que se puede apreciar en la historia. Así, bajo la pincelada del argumento histórico debemos recordar que; de la concepción familiar de las tribus, se pasó al goce individual del derecho romano clásico; y de la propiedad individual romana al concepto desmembrado de propiedad medieval y así a la propiedad individualista de los códigos del siglo XVIII. (Nuñez, 1997: p. 242)

A su respecto Brahm señala que la interpretación más extendida y tradicional del código civil francés de 1804 en la historiografía jurídica ha sido la de afirmar que aquí se recogería de manera paradigmática la concepción liberal individualista que habría inspirado también el proceso revolucionario francés, por cuanto se habría consagrado el derecho a usar y abusar de la cosa objeto del dominio prácticamente sin consideración a los demás o a las repercusiones sociales de ese uso. (1996:p.7)

Esto en cuanto el artículo 544 del mismo código establecía en su tenor literal, “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos”.

No obstante, resulta interesante destacar que el mismo Brahm de la mano de Bürge, señala que la forma superlativa usada en el artículo 544 “de la manera más absoluta”, habría perseguido distinguir claramente el dominio del usufructo, haciendo imposible el restablecimiento de formas feudales de propiedad amparadas en esa figura. En su origen no pretendió el legislador francés establecer un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, sino solo terminar con las estructuras propietarias del antiguo régimen, pero autorizando la intervención del Estado bajo el signo de la igualdad. (1996: p. 7)

En ese sentido el aporte principal de Bürge a la interpretación del artículo 544 del Código Civil Francés, es postular que el contenido liberal extremo que se ha solido considerar como característico del mismo, recién habría ido tomando consistencia a lo largo del siglo XIX como consecuencia de la recepción de un ideario que no era francés. La definición de la propiedad, de acuerdo a la clásica tricotomía, como derecho exclusivo, absoluto y perpetuo, íntimamente unido al individuo como sujeto y asentada en la libertad personal, habría sido recién obra de los intérpretes del Código Civil, quienes habrían llenado éste de un pensamiento ajeno a su concepción: la filosofía de Kant, sobre todo tal cual fue recogida en la obra de Federico Carlos von Savigny y en la escuela histórica del derecho. (Brahm, 1996: p. 10)

Esta importante idea, la obtenemos de dos argumentos, por un lado un argumento teórico y por otro un argumento práctico.

En cuanto al argumento teórico, este dice relación con el pensamiento de destacadas personas que influyeron en la creación del Código Civil Francés, que si bien vio la luz a comienzos del siglo XIX, el siglo del liberalismo, es fruto de una evolución que madura durante el XVIII, el siglo del absolutismo ilustrado.(Brahm, 1996:p. 8)

Ya en la Asamblea Constituyente, al discutirse el derecho de propiedad se había partido de la premisa que éste sólo merecía protección en cuanto fuera utilidad pública. Y esta sería la misma línea seguida por Napoleón, quien, de acuerdo a su formación

dieciochesca, no podía imaginarse que alguien hiciera mal uso de sus bienes. No se podía usar la propiedad en forma abusiva, hasta el extremo de producir daño en la sociedad. Así también resulta importante la concepción que defendería el mismo Portalis, quien destaca la importancia del “orden social” tanto para el desarrollo como para la organización del derecho de propiedad. (Brahm, 1996: p. 8)

En cuanto al argumento práctico, se confirma que por lo menos durante la época napoleónica, aunque también bajo la Restauración, no se notó para nada un avance en las libertades individuales sino, por el contrario, un fuerte aumento de la presión estatal, la que se manifiesta con particular claridad a través de la proliferación de normas jurídicas tanto legales como reglamentarias. En efecto, Napoleón puso particular empeño en reorganizar la administración y para ello era necesario producir la normativa jurídica adecuada. Ya en los primeros años de la Revolución se habían dictado más de 10.000 decretos, y cuando durante la Restauración se quiso recopilar y ordenar el derecho vigente, se llegó a la conclusión que, sin contar los 5 códigos, la legislación de Francia ocupaba 73 volúmenes en octava. Así una tal cantidad de normas jurídicas implica casi necesariamente que se produzcan interferencias del Estado en la esfera de la autonomía privada y particularmente en el ejercicio del derecho de propiedad. (Brahm, 1996: p. 8)

En ese sentido, podemos afirmar que si bien no existe consenso en cuanto a la fecha en que se entendió que la propiedad gozaba de la tricotomía clásica, el movimiento pendular de la historia llevó a concebir una propiedad de sesgos absolutamente individualistas, al menos bajo interpretaciones que se le otorgó al Código Civil Francés.

Por otra parte, no debemos olvidar que a mediados del siglo XIX los embates contra la propiedad llegaron a concebir un sistema incluso sin propiedad como lo sugirió Engels y Marx en su Manifiesto Comunista, en el que se proponía dentro de sus objetivos, la abolición de la propiedad privada de los medios de producción (Lautaro Ríos Álvarez, 1988: p. 192)

De este modo Parejo ha señalado que hoy en día la primera concepción se sitúa en la esfera del titular del derecho de goce y disposición para, desde la misma, afirmar el principio de libertad dominical de uso y provecho con las solas *limitaciones* (externas) que

el interés común le imponga. Por su parte, la segunda se coloca, por el contrario, justamente en el lugar de los intereses colectivos o comunitarios para, sin desconocer los del titular del derecho, sostener la primacía de los mismos y reducir la libertad del propietario al espacio residual resultante. (2001:p. 76)

Cordero agrega que la primera de estas concepciones se formula dentro de los esquemas y conceptos jurídicos del Estado liberal burgués, que determina a su vez, los esquemas y conceptos del Estado de Derecho. La segunda se formula bajo el modelo de Estado social, que expresa la profunda transformación en la concepción del derecho de propiedad a consecuencia de las nuevas características económicas de la sociedad industrial, imponiendo un nuevo fin legitimador de este derecho: la función social. (2006:p.126)

En cuanto a la historia de la propiedad en Chile, no es distinto este choque entre ambos enfoques. Así la periodificación de la propiedad en Chile es posible situarla al menos en tres etapas. La primera que corresponde a la forma de propiedad liberal-burguesa, que va desde la Constitución de 1833, con la sanción del Código Civil de 1855 hasta la sanción de la Constitución de 1925. La segunda, comprende el período de propiedad como función social, que comienza a delinearse a partir de la constitución de 1925 y que es perfectamente configurada con la modificación constitucional de 1967. Y la tercera que es el modelo de la propiedad en la actualidad vigente en la constitución de 1980, caracterizada por su concepción subjetivista, el resguardo de sus facultades o atributos esenciales y su ampliación a todo espectro de bienes sean corporales o incorporales (Evans,1986: pp 361-370)

Puedo concluir en este sentido que el estudio de la propiedad y sus limitaciones supone asumir este conflicto dual dentro de la propiedad el que se debe tener a la vista a la hora de intentar comprender las diferentes teorías en las que se enmarca la propiedad como sus objetivos.

2. Régimen general de la propiedad en la Constitución chilena.

Como señale en el primer título, el derecho de propiedad siempre ha ocupado un lugar preponderante en nuestra cultura y civilización, dicha importancia supera largamente los aspectos puramente patrimoniales para proyectarse de esta manera, sobre otras dimensiones, tanto en la esfera individual, como sobre la organización social y el Estado. En este sentido Cordero señala que su régimen jurídico constituye uno de los elementos arquitectónicos básicos del sistema social, político y económico, así como uno de los núcleos o pilares centrales de los ordenamientos jurídicos occidentales. (2006: p.126)

En Chile, y bajo la constitución de 1980, el régimen de la propiedad lo encontramos dividido en dos capítulos que ocupan tres de los veintiséis números del artículo 19. Se trata, por una parte, de la *garantía de acceso a la propiedad* (art. 19 N° 23) y, por otra, de los *derechos y garantías asociados a la propiedad ya adquirida* (art. 19 N° 24 y N° 25). Así el Tribunal Constitucional en el considerando trigesimoséptimo de la sentencia rol n° 1298 de 3 de marzo del año 2010 establece:

“Que mientras el artículo 19 N° 24° protege a los que tienen algún tipo de propiedad, la norma del artículo 19 N° 23 faculta para que la propiedad llegue al mayor número de personas.”

En ese sentido, el 19 N° 23° es el que permite, en el cruce de intereses con el 19 N° 24°, la circulación de los bienes o las transferencias. Quien no tiene una propiedad, puede querer obtenerla, para lo cual está dispuesto a movilizar los instrumentos que brinda el derecho. La circulación de los bienes depende o se dinamiza no sólo por la voluntad del dueño, sino también del que desea serlo.

De estas dos normas nos interesa la segunda, es decir la propiedad ya adquirida. Así el artículo 19 n° 24 contempla el régimen general de la propiedad en sus primeros cinco incisos, lo que está confirmado por el inciso noveno del mismo artículo relativo a las concesiones mineras y el inciso cuarto del 19 n° 25 referente al derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas, como también el de propiedad industrial. Finalmente el estatuto del derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas del inciso final del artículo 19 n° 24.

Este vendría a ser en definitiva todo el marco regulatorio de la propiedad establecida en la Constitución y a los que se le hace extensible todo lo que se diga de ahora en adelante.

3. Régimen particular de la propiedad individual en la Constitución

Ya mencionamos anteriormente que el derecho de propiedad está cargado de amplias dificultades. A la hora de establecer el régimen particular de la propiedad individual no estamos ante una excepción. Pero ¿Qué supone que la propiedad este protegida como derecho fundamental en la constitución? ¿Qué es la propiedad en el régimen constitucional?

Manuel Antonio Nuñez, nos advierte que la tentación natural de quien escribe acerca del contenido de la propiedad es transcribir la definición de propiedad que dispensa más que centenariamente el artículo 582 del Código Civil. A la postre, “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 ley o contra derecho ajeno”.

Ahora bien, esa práctica no sería más que un impulso ingenuo según él, si no tuviera el efecto de hacernos olvidar que el concepto de propiedad deriva de la Constitución en sí misma y no de la legislación civil. (1997: 245) Para entenderlo mejor, Nuñez señala que el concepto de propiedad lo obtenemos de tres lugares distintos, primero en la Constitución, aquí se menciona la propiedad sin explicar lo que se entiende por ella. Advierte que es poco frecuente que un texto de esta naturaleza abunde en definiciones pero principalmente porque la propiedad no es un concepto creado ex novo a partir de los orígenes del constitucionalismo o de las modernas declaraciones de derechos. Mientras estas últimas disciplinas daban sus primeros pasos, el derecho de la propiedad hacía mucho tiempo que había aprendido a caminar. En segundo lugar, podemos encontrar una definición de propiedad en el derecho privado, figura desarrollada a través de los siglos. Y en tercer lugar, están las leyes positivas civiles que en la tradición codificadora del siglo XVIII en

adelante, suelen agregar alguna definición propedéutica de lo que se entiende por propiedad.(1997:245-247)

Aunque el concepto es más o menos el mismo, en estos distintos lugares, poder exclusivo sobre cierta cosa, las consecuencias que se derivan de la distinta jerarquía y naturaleza de las normas que lo recogen son distintas. Es decir ¿Qué ganó el concepto al instalarse en la Constitución? Primero, independencia frente al legislador y, en una sociedad justa, una adecuada relación con el resto de los intereses y derechos que reciben reconocimiento y protección tanto en la Constitución como en tratados internacionales. Así, diremos que el concepto mínimo y constitucional de la propiedad se asimila a la noción que maneja el derecho privado de la “institución” del dominio. El poder exclusivo de tener, usar, disfrutar y si se lo desea disponer de una cosa sin contravenir la ley y sin vulnerar los derechos de terceros. (Nuñez, 1997: pp 247-249)

En definitiva, Nuñez nos advierte, que si bien, el concepto de propiedad no está definido en la Constitución, sino que lo obtenemos de otras fuentes, su ubicación en la Constitución, no es letra muerta, pues dicha “institución” adquiere rango constitucional, lo que trae aparejado importantes consecuencias. No debemos olvidar que en un Estado de Derecho uno de sus principios rectores es la supremacía constitucional por lo que el legislador común queda sometido a ella y no podrá modificarla como una simple ley de impuesto al tabaco u otras leyes generales contenidas en el cuerpo legislativo.(1997:248)

Sin embargo, existen autores que nos llaman la atención y nos advierten que si queremos dar un adecuado tratamiento dogmático de la propiedad no podemos seguir avanzando sin discernir primero entre el plano objetivo y subjetivo de la propiedad, de lo contrario erraremos.

En este sentido, Aldunate como Cordero nos advierten que no debemos caer en la confusión entre régimen jurídico y derecho subjetivo. De lo contrario y anticipándome a la respuesta de este trabajo, no podremos entender de manera adecuada la solución entre la delimitación y privación de la propiedad. Sin embargo, están conscientes que en Chile en palabras de Cordero, si se pudiera caracterizar el estado actual de la dogmática en torno a la garantía del derecho de propiedad, creo que la expresión más significativa sería la de

“subjetivismo” (2006: p. 127). Es decir, hay una prevaleciente postura a tomar importancia al plano subjetivo producto de los acontecimientos históricos de hace un par de décadas en que se ha potenciado el individualismo marcado por la protección patrimonial. Sin embargo y como mencionan los autores anteriormente descritos, esto trae aparejado una asistemática manera de entender el derecho de propiedad como fundamento constitucional, que si bien puede estar conforme a intentos de buena voluntad traen consigo defectos procesales insuperables.

En este sentido Flavio Quezada señala que el principal problema de la dogmática constitucional sobre el tema es no hacerse cargo de la complejidad que tiene este tema desde un punto de vista iuspublicista, que debe hacerse cargo tanto de la perspectiva de las potestades legislativas en la materia, como de las garantías subjetivas. Esto es, de qué es lo que puede o no hacer el legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales a la hora de delimitar, limitar o privar la propiedad privada y cuáles son las garantías que tiene el particular titular en ello, desde una óptica garantista-sistemática; y no poner casi todo el acento en esto último como lo hace la doctrina tradicional siguiendo pautas marcadamente iusprivatistas de cuño clásico.(2010: p.3)

En definitiva, podemos concluir que los tribunales han confundido el régimen de la propiedad con la afectación concreta a derechos subjetivos. Así el profesor Cordero critica las soluciones a que ha llegado el Tribunal Constitucional, pues ha declarado inconstitucional normas que se ajustan a los criterios para modificar la ley, ya que afecta en concreto a particulares, lo que no se corresponde con lo que debiera suceder pues de lo contrario siempre sería inconstitucional una modificación legal cuando existan derechos subjetivos concretos, lo que llevaría a un congelamiento del orden jurídico siempre que existan dichos intereses jurídicos. Esto eliminaría la facultad que la propia Constitución otorga al legislador para configurar el ordenamiento jurídico.

Bajo estas observaciones, lo primero que se nos plantea como interrogante es determinar, cual es el contenido del derecho de propiedad en la Constitución Política chilena.

4. El contenido de la propiedad constitucional en Chile.

4.1) Contenido esencial del derecho de propiedad limite a la facultad legislativa configuradora del poder legislativo

Para dotar de contenido a la propiedad en sede constitucional cabe recordar que el artículo 19 n° 24, al igual que todo el catálogo del artículo 19 está amparado en la garantía genérica del artículo 19 n° 26, esto es, la protección al núcleo esencial del derecho.

“La Constitución asegura a todas las personas, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

El problema de esta norma si la tomáramos aisladamente para entender cuál es el contenido esencial de la propiedad es sin mayor rodeo, el hecho que ese contenido esencial es indeterminado, suscitando así varios cuestionamientos y líneas argumentativas respecto a ella, así se formarán distintas teorías respecto a cuál es el contenido esencial y no tan solo de la propiedad sino también de los diversos derechos fundamentales que consagra la carta política.

El antecedente directo de la “esencia” de los derechos lo encontramos, positivamente en Alemania y es un claro diseño garantista del constitucionalismo de posguerra. En efecto, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 dispone, en lo pertinente:

“(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental

indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

Como se aprecia, la normativa germana sólo alude a las leyes limitadoras de derechos, mientras que la norma constitucional chilena se refiere, además, a las normas que regulen o complementen las garantías constitucionales, por lo que la norma criolla es más amplia. Una segunda diferencia entre ambas regulaciones, viene dada por la exigencia que se aprecia en la Ley Fundamental alemana en el sentido que las mencionadas leyes deberán tener carácter general y determinado, o sea, no podrán estar circunscritas a un caso individual y, además, deberán señalar con precisión, incluso, el artículo correspondiente al derecho que se limitará, condiciones ambas que no se encuentran en nuestra Constitución Política. (Tórtora, 2010: pp.183)

Fuera de esas observaciones y como lo adelantábamos más arriba, en el derecho comparado han surgido distintas teorías de cómo debe ser entendido el contenido esencial respecto del catálogo de derechos fundamentales. Así Bordalí señala que existirían dos tesis respecto del contenido esencial: La tesis absoluta o material y la tesis relativa.

En virtud del primer aspecto (*tesis absoluta o material*), los derechos fundamentales tienen un círculo interno que es sustancial, absoluto, estable e inalterable. Ese contenido preestablecido y *mínimo* es un límite a la intervención del legislador y corresponde determinarlo en definitiva a los jueces, en una importante misión interpretativa. Respecto del derecho de propiedad, ese círculo interno, ese contenido *mínimo*, sin el cual el derecho se tornaría irreconocible, estaría conformado por las facultades de goce y disposición.

En virtud del segundo aspecto (*tesis formal o relativa*), se niega la posibilidad de establecer el contenido esencial del derecho fundamental, de un modo fijo y preestablecido, sino que se lo entiende como una manera de justificar o fundamentar una intromisión del legislador en los derechos fundamentales, en base a principios (constitucionalmente consagrados), como el de proporcionalidad o igualdad, los que buscan mitigar o controlar los posibles excesos de la autoridad sobre los derechos de la persona.(Bordalí, 1998: p.162)

A estas teorías a las que se les critica la poca o excesiva libertad que se le entrega al legislador respectivamente, debemos agregar siguiendo a Humberto Nogueira, las siguientes:

Existiría una concepción mixta la que toma de la mano de Peter Lerche y Gomes Canotilho, por otra parte reconoce una concepción “institucional” del contenido esencial, la que sustrae del pensamiento de Peter Häberle.

La primera de estas dos señala que el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental, al que habría que agregarle un segundo criterio, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad. Para comprender esto Nogueira aclara siguiendo a Gomez Canotilho: que se necesita de aspectos relativos, ya que la propia delimitación del contenido esencial del derecho tiene que armonizarse con la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y garantizados; y aspectos absolutos, ya que no puede eliminarse el núcleo esencial intangible de cada uno de los derechos, debiendo quedar siempre un resto substancial del derecho o garantía que asegure su utilidad constitucional.(Nogueira, 2005)

La segunda teoría que agrega, relativa a la concepción institucional surge de la mano de Peter Häberle, la que entiende al contenido esencial como una garantía institucional que dice relación con los fines objetivamente establecidos en la Carta Fundamental y en función de los cuales se aseguran los derechos fundamentales. Y esta institución se encontraría definida por el conjunto de la normativa constitucional, además de las condiciones sociales e históricas que forman el contexto de los derechos fundamentales. (Nogueira, 2005)

En este sentido Parejo señala a propósito del contenido esencial en la regulación alemana, que dicho precepto constituye la expresa afirmación constitucional no sólo de que ninguna de las reservas de Ley que la «Grundgesetz» configura en el marco de los derechos fundamentales otorga al legislador ordinario una potestad absolutamente discrecional, sino

que dicha potestad tiene sus límites específicos en el propio orden constitucional.(Parejo, 1978,p.545)

Dentro de esta variada gama de teorías cabe preguntarnos, ¿Qué ha dicho el tribunal Constitucional respecto a la esencia de los derechos fundamentales?

El Tribunal Constitucional señaló en su momento en sentencia rol n ° 43, de 27 de febrero de 1987, en su considerando vigésimo primero lo siguiente:

“Que mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender 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 lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”

Y confirmando que se ha mantenido esta concepción en el tribunal constitucional en la sentencia rol n° 1578, de 2 de junio del 2012, ha repetido el mismo criterio:

“Que, existiendo competencia para legislar sobre la materia, debe examinarse si el legislador, al hacerlo, ha respetado todas las exigencias constitucionales. En la especie, tratándose de una ley regulatoria del ejercicio de un derecho, según lo dispone el N° 26 del artículo 19 de la Constitución Política, no debe afectar los derechos en su esencia y en su libre ejercicio, conceptos éstos que el Tribunal Constitucional ha entendido reiteradamente en el sentido de 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 lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”* (Sentencia Rol N° 43, de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y siete, considerando vigesimoprimer);”

Pero en definitiva, ¿Qué es aquello que le es consustancial al derecho de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica?

Advierto, aquí que esas preguntas ya no están dirigidas a cualquier derecho fundamental, sino directamente al derecho de propiedad. Y en este sentido se debe uno preguntar a propósito del contenido esencial al que se le critica su indeterminación, ¿sigue siendo indeterminado a propósito de la propiedad en la Constitución?

Creo que no, la esencia del derecho de propiedad lo ha establecido el constituyente en su artículo 19 n° 24 inciso 3° de la Constitución al decir:

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.”

De este inciso, se pueden obtener dos conclusiones de gravitante importancia que iremos desarrollando y que se entrelazan para obtener la respuesta a mi tesis.

La primera conclusión es señalar que la esencia del derecho de propiedad está determinada por la Constitución, la segunda, es que expresamente el constituyente admite la privación de la propiedad del particular solo en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador.

A propósito de la primera conclusión Varas señala, que privar de la propiedad significa tanto privar del derecho subjetivo, aunque se deje al antiguo dueño con la tenencia física de la cosa; esto es, no puede la ley dejar al dueño con el corpus, privándolo de su calidad de dueño como tampoco puede la ley dejar al dueño su derecho, pero privarlo del *ius* possidendi, es decir, del derecho a tener la cosa bajo su esfera de control material. Y luego hace la advertencia de la complejidad del otro extremo, cual es que el Estado está impedido de privar al titular de un atributo o facultad esencial del dominio (2003: p. 152)

Dentro de las facultades esenciales de la propiedad, no hay discusión. Si el contenido de la esencia de los derechos fundamentales es un concepto indeterminado como lo hemos venido señalando, esto no es así en la propiedad y decimos esto porque al menos podemos notar que no hay en la doctrina autor que rechace dentro de las facultades, las facultades de uso, goce y disposición, aún cuando en el derecho comparado el uso es absorbido por el goce.

Ahora bien, de donde extrae cada autor estas facultades, dependerá del enfoque que se le preste, así habrán autores que señalaran que:

Si la misma noción de esencia presupone un dato dado, aun cuando deba ser construido a posteriori, la protección dada al contenido esencial en el contexto del art. 19 N° 24 solo puede referirse a aquella parte de la protección propietorial referida a una entidad reconocible y preexistente a la Constitución, que no la crea sino que se limita a reconocer. De ello se colige que la única referencia posible a un contenido esencial como límite a la configuración legislativa ha de restringirse a la única remisión que el artículo hace a una entidad con esas características: el dominio, esto es, aquella especie de propiedad que recae sobre bienes corporales como el señorío más pleno sobre dichos bienes. (Aldunate, 2006: p. 289)

Sin embargo, desde una perspectiva civil Varas obtiene estas facultades de una fuente distinta, luego de fundamentar pulcramente una interpretación de la propiedad privada a través de una técnica civilista obtendrá dichas facultades a través de los conceptos civilistas de la institución, haciendo un llamado a una técnica de hermenéutica en que sin desconocer la supremacía constitucional, señala que para entender el contenido esencial de la propiedad hay que recordar que los redactores de la Constitución quisieron particularizar la referencia al contenido esencial respecto del dominio. Y lo hicieron, luego de arduas discusiones, y como no podía ser de otro modo, por remisión a los conceptos civiles sobre los que se construye la arquitectura conceptual del derecho de dominio. (2003: p. 151)

Así Varas afirma que la facultad de uso (*ius utendi*) se entiende como la posibilidad que tiene el dueño de servirse de la cosa según su propia naturaleza, la facultad de goce (*ius fruendi*) consiste en la posibilidad franqueada al titular del derecho de dominio de obtener

un beneficio, con lo que la cosa produce, sea naturalmente o civilmente. Y finalmente, la facultad de disposición (*ius abutendi*) consiste en la posibilidad de producir una alteración o destrucción física total o parcial o jurídica (mediante el abandono o la enajenación). (2003: p. 153).

Por otra parte Varas señala que al hablar de los atributos esenciales, la Constitución Política, hace referencia a su carácter de derecho real, su perpetuidad, su absolutez, y su calidad de exclusivo o excluyente. En cuanto a su carácter de real, sería real el derecho para cuyo ejercicio o disfrute no se requiere la intermediación de otro, la perpetuidad supone la no extinción del derecho por el solo no ejercicio, es decir, el derecho no se encuentra sujeto a caducidad en virtud de condición o plazo alguno. En cuanto a la calidad de absoluto, no habría que entenderlo como un derecho ilimitado, por el contrario, su calidad de absoluto supone que no deben existir facultades “legalmente” consagradas sobre bienes de que el dueño carezca, que sea exclusivo significa aseverar la imposibilidad técnica de la existencia de dos dueños independientes con igualdad de poderes sobre la cosa. Y excluyente, supone abrir la posibilidad legal de repeler a terceros del uso y goce de la cosa.(2003: p. 154)

Hemos destacado “legalmente”, pues solo será absoluto el derecho de propiedad dentro del marco que la ley configure y así, si la ley vuelve a redefinir el marco sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad, este seguirá siendo absoluto pero solo dentro de ese marco legal y no podrá carecer de estas nuevas facultades las que podrán ser mayores o menores.

Si acabamos de señalar cuál sería ese núcleo irreductible al cual la ley no puede franquear debemos precisar que lo que exige la constitución es la no privación de este contenido esencial y por privación estamos pensando en la ablación o sustracción absoluta tanto de la propiedad como de alguno de sus facultades o atributos, pero eso no significa que está prohibido a la ley establecer el cómo se proyectaran dichas facultades y atributos.

Entendido así el contenido esencial podemos entender que el ordenamiento no se congele, lo que preocupaba a los redactores de la CENC y nos explica a su vez el porqué de regulaciones en el ordenamiento jurídico tales como las que advierte Aldunate:

- a) En las facultades de disposición, la servidumbre de paso (art. 847 CC), en cuanto el dueño no solo deberá soportar el paso, sino en cuanto al gravamen se puede constituir incluso a pesar de su voluntad;
- b) En el uso, las servidumbres en general, tanto naturales como legales; el deber de soportar cargas en beneficio de terceros.
- c) En los atributos de perpetuidad, la posibilidad de pérdida de propiedad por prescripción

Aldunate señala otros ejemplos que le llaman en mayor medida la atención pero que no es nuestro deseo indagar, sin embargo concluye que mientras el respectivo derecho de dominio conserve en alguna medida, por mínima que sea, la conjunción de los atributos de disposición, de uso y de goce, podría ser reconocido como dominio. (2006: p. 290)

4.2) La función social de la propiedad

La función social encuentra su origen en Chile con la Constitución de 1925. Al debatir los redactores de que se dispusieran por ley limitaciones al ejercicio del dominio, el Presidente de la República guió la discusión citando al jurista francés Leon Duguit, principal expositor de la teoría de la función social de la propiedad. (1925: pp114-116)

Si bien no se explicitó en ella, sería la plataforma para que con la reforma de 1967 se faculte a la ley para imponer a la propiedad limitaciones y obligaciones destinadas a asegurar su *función social* y hacer el dominio accesible a todos. (Evans, 1986: pp 377)

A diferencia de la amplia función social concebida en 1967, en 1980 se reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio, así solo procederá cuando se busque compatibilizar el dominio con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que “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” (sentencia Tribunal Constitucional, rol 1991, de 24 de julio de 2012)

Ahora se puede advertir que el concepto de función social no se encuentra en la Constitución pero si se puede encontrar definido jurisprudencialmente en el Tribunal Constitucional a propósito del famoso caso Playas cuyo rol es 245-246 de 1996 en el que en su considerando 25° 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”

Se puede concluir así que ese valor individual está dotado por el haz de facultades esenciales que asegura la Constitución y la función social es también un atributo esencial de ella y que la compatibiliza con los antedichos intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, , la utilidad, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

De este modo, para Humberto Nogueira el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario. (2010:p.182)

Si bien somos partidarios de que la función social es un atributo esencial de la propiedad, advertimos que esta última necesita de existencia para poder derivar su función social y esto se asegura con el contenido esencial de dicho derecho, pues de no estar presente ese contenido, no habrá propiedad y no existiendo propiedad no habrá espacio para que se derive la función social de la misma.

5. La propiedad y la reserva legal

A diferencia de la constitución de 1925, la actual Carta Política de Chile invirtió el dominio legal mínimo, a un dominio legal máximo (“Solo son materias de ley...”) en su artículo 63, de esta manera, las materias que no se encuentren establecidas en el artículo 63 son de competencia de la potestad reglamentaria autónoma. Hacemos la salvedad que el artículo 63 n° 20 complica las cosas por ser de una vaguedad tal que pareciese poder entrar cualquier materia en ella, sin embargo las materias que estén contempladas en el dominio legal máximo solo pueden ser objeto de la potestad reglamentaria de ejecución. Por lo pronto respondemos entonces, que le queda vedada a la potestad reglamentaria autónoma limitar la propiedad como así también cualquier garantía constitucional y derivamos el principio de reserva legal en esta garantía constitucional de los siguientes artículos 19 n°24.2, 19 n° 26 y 63 n° 2 (Rajevic,1996: pp 30-32). Por lo tanto, las limitaciones de derechos y garantías constitucionales aplicando el principio de supremacía constitucional no pueden establecerse sino en la medida que la propia Constitución lo autorice.

Afirmando lo que señale anteriormente, se puede decir que ante una sugerencia del señor Evans, la Comisión (de Estudio) 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, 1988: p. 290)

Siguiendo este razonamiento y conforme al texto constitucional podemos señalar que, son variadas las remisiones constitucionales a la legislación:

- a) Establecimiento del modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella (19 N° 24 inc. 2°).
- b) Imposición de las limitaciones y obligaciones que deriven de su *función social* (19 N° 24 inc. 2°).
- c) Autorización, general o especial, de la expropiación (19 N° 24 inc. 3°)..

- d) Calificación de la causa de utilidad pública o de interés nacional que justifica la expropiación (19 N° 24 inc. 3°).
- e) Determinación de la forma en que será fijada la indemnización (19 N° 24 inc. 5°).
- f) Imposición de obligaciones y limitaciones a la propiedad de los predios superficiales en favor de concesionario minero (19 N° 24 inc. 6°).
- g) Determinación de las sustancias minerales que pueden ser objeto de concesiones (19 N° 24 inc. 7°).
- h) Fijación de las obligaciones propias de la concesión minera y de su régimen de amparo (materia propia de LOC., 19 N° 24 inc. 7°).
- i) Determinación de las zonas de importancia para la seguridad nacional a efectos de las concesiones administrativas o contratos especiales de operación (19 N° 24 inc. 10°).
- j) Reconocimiento o constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas (19 N° 24 inc. 11°).
- k) Determinación de lapso de duración del derecho de autor (19 N° 25) y regulación de su extensión (19 N° 25 inc. 2°).
- l) Determinación de lapso de duración del derecho de propiedad industrial (19 N° 25 inc. 3°).

Finalmente, cabe hacer presente que la constitución en su artículo 64.2 prohíbe expresamente la delegación de materias referidas a garantías constitucionales al Presidente de la República, por lo tanto podemos concluir que no tan solo se prohibió a la potestad reglamentaria autónoma la regulación de estas materias, dejando a cargo del legislador el establecimiento de los “límites” a la propiedad, sino también vedó al legislador a delegar dichas facultades legislativas a la Administración. Solo la ley tiene la aptitud de limitar las garantías constitucionales y por lo mismo solo el legislador es apto para limitar la propiedad.

Cabe mencionar, que tanto en doctrina como en jurisprudencia, ha surgido a propósito de la garantía de reserva legal una discusión en cuanto a su interpretación. A modo de síntesis podemos encontrar dos corrientes, primero la tesis extensiva que es aquella que defiende la rigurosidad de la reserva legal, exigiendo que desarrolle completamente las regulaciones que caen dentro de ella (frecuentemente recogida en el T.C., especialmente fallos rol N° 146, 167 y 185). La segunda –que designaremos como “restrictiva”, en cambio, plantea que basta que los preceptos legales contengan los principios fundamentales de la regulación reservada, pudiendo remitirse al Reglamento su ejecución o complementación. (Rajevic, 1996:pp. 33)

Concluyo que el legislador es el único habilitado para limitar el derecho de propiedad en virtud de la función social y solo a través de la ley o la potestad reglamentaria de ejecución se podrá ejecutar dicho mandato.

Cabe finalmente señalar como afirma Alexy que estas normas no constituyen una restricción sino tan solo fundamentan *la posibilidad de restringibilidad* de los derechos fundamentales (en nuestro caso la propiedad). Y en ese sentido advierte que las normas pueden ser restricciones a los derechos fundamentales, solo si son *constitucionales*. (2008: p.244)

III. Limitaciones y obligaciones derivadas de la Función social y expropiación a la propiedad

1. Distinción entre limitaciones y privaciones

Para comenzar este apartado se hace necesario plantear cual es el problema nuevamente. En ese sentido podemos señalar que un tema recurrente en la legislación es el relativo a las limitaciones o restricciones al derecho de propiedad. Se han discutido y aprobado proyectos de ley que reducen con diversa intensidad las facultades del propietario, las rebajan e incluso las desfiguran por completo. Así, intentaremos dilucidar ¿Que restricciones que impone el Estado pueden ser enmarcadas dentro de las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social y cuales tienen un carácter expropiatorio en el derecho chileno?

El Tribunal Constitucional ha señalado en rol n° 1991, de 24 de julio de 2012, que las limitaciones a la propiedad se pueden definir en dos sentidos.

- a) En un sentido positivo
- b) En un sentido negativo

Cuando la define en un sentido positivo acude a lo razonado por la misma magistratura en sentencia de año 2009 rol n° 1295: “importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros” (Aylwin, Patricio; “Derecho Administrativo”; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); han sido definidas como “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último” (Rajevic, Enrique; “Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada”; en Revista Chilena de Derecho; Vol. 23 N° 1, pág. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar.”

Y cuando la define en un sentido negativo, lo hace diferenciándola de las privaciones. En ese sentido acude a lo razonado en sentencia de 6 de marzo de 2007 en rol n° 505 en que señala: “un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una

determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa... 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. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta”.

En cuanto a la doctrina, es común observar entre los autores clásicos del derecho administrativo utilizar la palabra “limitación” a la propiedad en un sentido amplio. De esta manera consideran las limitaciones al dominio por causa de interés público, tanto a las simples modalidades impuestas a su ejercicio, como a su desmembración y a su misma privación. (Ugarte, 2001: p.425)

Así, el jurista argentino Rafael Bielsa comprende entre limitaciones al dominio las restricciones, las servidumbres administrativas y la expropiación. (1966, cap IX) Sin embargo, es necesario señalar que la expropiación no puede ni debe ser entendido como un equivalente a limitación propiamente tal; si lo son la mera restricción y la servidumbre administrativa. . (Ugarte, 2001: p.425)

De esta manera, las restricciones del dominio son modalidades impuestas al ejercicio de éste, que coartan la libertad del mismo sin afectar substancialmente al derecho, siendo exigidas por su naturaleza social, que supone la coexistencia armónica de derechos individuales subordinados al bien común. Son siempre de carácter general: afectan necesariamente a todos los propietarios cuyos bienes están en determinadas condiciones. Las servidumbres, en cambio, sólo se aplican en determinados bienes, porque su necesidad se funda en situaciones particulares en que ellos se encuentran. (Ugarte, 2001: p.426)

De esta forma, son restricciones por ejemplo, las limitaciones derivadas del establecimiento de alturas máximas y líneas de edificación, y de los planos reguladores urbanos; las obligaciones de permitir la instalación de placas con los números de las casas y la indicación de los nombres de las calles; la obligación de consentir la instalación de

postes y alambres de electricidad y teléfono y cañerías de agua; las prohibiciones de alterar inmuebles que han sido declarados monumentos nacionales, etc. (Ugarte, 2001: p.426)

En este sentido, Rafael Bielsa señala que las limitaciones y restricciones establecidas en interés público existen necesariamente por la mera coexistencia de propiedades. Estas restricciones constituyen-continúa- un necesario presupuesto del reconocimiento del derecho de propiedad por el Estado, y derivan de la propia naturaleza de ese derecho y de la necesidad de conformarlo al derecho de los demás. (1966: p. 976)

Dromi, por su parte, indica que las restricciones son las condiciones legales del ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad; están ínsitas en la existencia misma del dominio. Nacen con él, son de su naturaleza y esencia. Por lo mismo que no hay derechos absolutos, las restricciones implican, precisamente, una reducción del carácter de absoluto del derecho de propiedad. (1979: p. 344)

Señalado esto, he de concluir que las meras restricciones a la propiedad no dan derecho a la indemnización, ya que constituyen parte de la naturaleza misma del derecho y que la función social sería el fundamento de dichas restricciones. Entonces, las limitaciones son consideradas como una facultad legítima del legislador para armonizar los intereses generales de la sociedad con los de los propietarios individuales.

Para tener clara esta idea resulta necesario establecer el carácter de la función social por un lado y la expropiación por otro.

2. Carácter de la función social como limite al derecho de propiedad

El artículo 24 inciso 2º señala: “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”

De este inciso podemos extraer que la Constitución habilita potencialmente al legislador a restringir la propiedad. Estas posibles restricciones serían por cierto sin algún tipo de indemnización como lo señalamos anteriormente.

- 1) A través de una “facultad configuradora”, para establecer los modos de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, cual evidentemente existe, de lo contrario, no se podría entender que exista por ejemplo el Código Civil chileno.
- 2) Y una segunda facultad, cual es establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Esta segunda facultad de establecer limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, correspondería a una mirada de la restricción bajo lo que Alexy siguiendo a Klein clasifica dentro de teoría interna de las restricciones. Según esta teoría, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino solo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. (2008: p. 240) Bordalí en esta misma línea señala que la importancia de considerar a la función social como inherente o perteneciente al escenario interno del derecho de propiedad, radica en el hecho que la propiedad puede ser intervenida por el legislador, para la consecución de objetivos sociales, sin que sea procedente indemnizar al propietario por dichas intervenciones a su derecho. Esa indemnización es rechazada, por cuanto la intervención sobre la propiedad no es un fenómeno extraordinario ni proviene de su mundo externo, sino que nace de su seno. (1998:p. 155)

Entender esto es de capital importancia. Primero podemos apreciar, bajo esta idea que toda limitación que el legislador lleve a cabo en el derecho de propiedad derivada de su función social con el objeto de compatibilizar el interés individual con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, debe ser admitida de acuerdo a lo que dispone la Constitución, sin indemnización por el individuo propietario.

Pero no debemos olvidar que las limitaciones y obligaciones que puedan imponerse al dominio por el legislador en razón de asegurar que este cumpla su función social, sólo

pueden tener por fuente las señaladas taxativamente por la norma fundamental, de manera que no es aceptable interpretar la disposición en un sentido amplio, como si ella otorgase a la ley la posibilidad de limitar o imponer obligaciones al titular del dominio invocando para ello otras fuentes diferentes a aquellas incluidas en la disposición en análisis.(Banda,1998: pp. 65-66)

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado en sentencia rol n° 1991 de 2012 que la norma del 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”

Por otro lado Giancarlo Rolla señala, de acuerdo a la concepción de atributo que tiene la función social respecto de la propiedad, que ella “impone al legislador, o al acto reglamentario, la obligación de valorar las situaciones de pertenencia y de tomar en consideración también los intereses sociales que, en las situaciones específicas, entran en juego. Es decir el legislador debe realizar una atenta ponderación entre el interés individual y el social en relación con las características de los bienes (2005:pp. 542)

En definitiva, la función social delimitará el contenido del derecho de propiedad y de esta manera siguiendo a Barnés se puede decir, que representa un título habilitante del legislador para disciplinar el régimen jurídico de cada forma de propiedad al tiempo que constituye la medida o el criterio básico para delinear desde su interior cuál sea el conjunto de deberes y facultades que lo integran, de modo que se asegure un ejercicio social del derecho (1996: p.40)

Pero este título habilitante tiene en nuestra Carta política un límite, ese límite al que me refiero es un límite material ya extensamente revisado páginas anteriores cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad. En ese sentido, al legislador, cuando desee utilizar la función social para dar medida al derecho de propiedad deberá respetar esa

barrera infranqueable que se manifiesta en dejar en alguna medida subsistente las facultades y atributos esenciales del derecho de propiedad.

Confirmando lo que señalaba anteriormente, se puede establecer, que la idea de que el derecho de propiedad no es un derecho irrestricto, evoluciona hacia esta la idea de la función social, que significa que el derecho de propiedad debe ejercerse de un modo que beneficie a la sociedad en su conjunto, y en virtud de esa obligación modal de ejercer la propiedad es que la ley puede imponer ciertas limitaciones u obligaciones. Esas obligaciones y limitaciones no pueden considerarse, en principio, compensables. Si, por principio, toda limitación recaída sobre un derecho de propiedad debiera ser compensada por el Estado, se daría la extraña e inaceptable paradoja de que la función social de la propiedad privada -en cuanto a sus costos- es asumida por el Estado. Ello, porque es claro que desde el momento en que se compensa una limitación, quien sufre no es el titular del derecho, sino quien la compensa, puesto que jurídica y económicamente la indemnización sustituye al daño. Una mirada a la evolución del derecho en materia de responsabilidad por daño (o extracontractual) confirma lo anterior con toda nitidez. (Varas, Braun, 1998:p. 139)

De este modo el profesor Cea señala a propósito de la función social en la propiedad que es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño”, (ésta es) “un elemento estructural del dominio, es decir, es parte del derecho mismo, concerniente a su esencia, y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él”. “Es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro”. Más adelante agrega que “es un criterio delimitador del contenido esencial y del modo de ejercer el dominio, por lo cual tiene cualidad prescriptiva y no sólo descriptiva, operando como pauta para que la propiedad sirva a su destino natural”. La función social “es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella”. (2012: pp. 574-575)

Pero el cuadro no queda completo aquí. La Constitución permite no tan solo al legislador establecer limitaciones respetando el contenido esencial, sino también autoriza por vía de la expropiación romper con dicha barrera del contenido esencial pero con la salvedad de que para ello exige indemnización.

3. Carácter de la expropiación como privación a la propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.”

La privación del dominio, según la doctrina nacional, implica un sacrificio, ablación o destrucción total-parcial, efímero o permanente del contenido o sustancia del dominio, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos esenciales. El sacrificio de esa pérdida implica que debe soportarlo el propietario por causa de utilidad pública o interés nacional, pero jamás en mérito de la función social, ya que ésta permite solo delimitar el dominio y no privar del mismo. (Cea, 1988:p.60)

En cuanto al carácter de la expropiación debemos señalar que es precisamente esta institución, la que distingue al derecho de propiedad privada de todos los demás derechos constitucionales: el legislador está habilitado para autorizar la privación del derecho o de alguna de sus facultades o atributos esenciales. (Quezada, 2010: p. 24) Así Barnés señala que cruzar el umbral del contenido esencial supone introducirse en el espacio de la expropiación, lo que determina el deber de indemnizar. (1996: p. 46)

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 Estado. (Rolla, 2005:p.550)

En el caso chileno también existiría por la privación de un atributo o facultad esencial afecto al interés nacional o utilidad pública. Y en ese sentido lo que justificaría la indemnización es precisamente la transferencia patrimonial que produce un enriquecimiento en el patrimonio público. (Aldunate, 2006: p. 299)

Una vez señalado el carácter de ambas instituciones pretendemos dar curso a lo que se ha venido diciendo en Chile y en el derecho comparado respecto a como se ha delimitado entre una limitación y una privación, y cuando bajo determinados criterios, dichas limitaciones deben ser indemnizadas.

IV. Delimitación entre limitación-privación y su indemnizabilidad

El problema, en lo que aquí nos interesa es que la delimitación sobrevenida –no así la originaria-, al incidir sobre derechos preexistentes y eventualmente, restringir las facultades que los mismos comprendían, puede irrogar graves perjuicios a sus titulares. Es entonces cuando se plantea la cuestión de su indemnizabilidad por parte de la colectividad, y cuando surge el problema de la distinción entre la delimitación de derechos y la expropiación forzosa: ¿Cuándo habrá que indemnizar a las víctimas y cuando no? (Mir, 2002: p. 85)

Entonces, la cuestión constitucional sin duda más importante en esta temática, es la relativa a la distinción entre limitación de la propiedad y privación de la misma. Mientras la limitación resulta de la propia restricción de la capacidad de disposición a partir de la función social de la propiedad, la privación o expropiación supone una grave intervención en la propiedad, que afecta al núcleo o al contenido esencial del derecho. La delimitación es de particular relevancia desde el momento en que la limitación de la propiedad debe ser aceptada sin indemnización, mientras que la privación de la propiedad exige una indemnización con arreglo a las reglas generalmente aceptadas del derecho internacional. La delimitación es también de enorme trascendencia por cuanto las limitaciones de derecho público derivadas del derecho urbanístico, del medio ambiente y del patrimonio histórico-artístico, así como de otras exigencias jurídico-públicas crecen de modo constante, vaciando con frecuencia, de hecho, las facultades de uso y disposición del propietario.(Weber,1996:p. 480)

1. Teorías de indemnizabilidad

Haciendo un esfuerzo de sistematización, puede decirse que hay aproximadamente cuatro grupos de teorías o escuelas que intentan responder cuando una limitación debe ser indemnizada, cada una de ellas con sus propios criterios:

- La teoría del contenido esencial;
- La teoría de la expropiación regulatoria;
- La teoría del sacrificio especial o teoría de la igualdad ante las cargas públicas; y

- La teoría de la confianza legítima. (Fernandois, 2009:p. 8)

Con el objeto de darle mayor coherencia al trabajo señalaremos las distintas teorías planteadas tanto en derecho comparado como en Chile en un orden distinto al señalado por el profesor Fernandois, y al hablar de la teoría del sacrificio especial haremos referencia también a otros criterios de la doctrina alemana.

1. 1. La teoría de la expropiación regulatoria;

Este concepto apunta al fenómeno que tiene lugar cuando una regulación, limitación o restricción a la propiedad, adquiere tal intensidad que produce los mismos efectos que la privación misma del derecho. Ella reconoce que una simple limitación al dominio tiene la potencia para expropiar. Esto es normalmente resistido por doctrinas como la del contenido esencial. Esta tesis hace una valoración esencialmente económica del sacrificio del propietario, midiendo incluso las expectativas de su inversión, lo que la otras teorías suelen rechazar.(Fernandois, 2009:p. 10)

La privación de la propiedad mediante regulaciones es un fenómeno abordado desde 1922 por la Corte Suprema norteamericana, en el fallo *Pennsylvania Coal v. Mahon*. Puede afirmarse que la doctrina de la expropiación regulatoria nació con este fallo en el mundo, bajo el nombre de *regulatory taking*, y se desprende de los dos preceptos que garantizan el derecho de propiedad en la Constitución de Estados Unidos. Resultan muy ilustrativos los criterios usados por estas doctrinas, que de alguna forma iluminan el complejo balance entre regulación y expropiación. (Fernandois, 2009:p. 10) En ese sentido digamos que en esta sentencia, el juez Holmes señalaba que una *regulation* se transforma en *taking* cuando va "demasiado lejos" (*too far*) (Aldunate,2006)

De este modo, la Corte Suprema ha considerado la cláusula *taking* como una garantía de que determinadas personas, no serán designadas para soportar cargas que debieran ser soportadas colectivamente.(Jordano, 1995: p.75) Así en *Amstrong v. United States*, afirmó que "la garantía de la Quinta Enmienda según la cual la propiedad privada no será tomada para un uso público sin justa compensación fue promulgada para evitar que el

Gobierno obligue a una sola persona a soportar cargas públicas que en justicia deberían ser soportadas por la ciudadanía en su conjunto.”(Jordano,1995:p 76)

Relevante resulta el caso *Penn Central Transportation Co. v. New York*. En este supuesto se trataba de una ordenanza de la ciudad de Nueva York de preservación del centro histórico. Bajo dicha regulación se atribuía el poder a una comisión especial para designar edificios y propiedades de interés histórico. Tras la designación el exterior del edificio debía ser conservado y cualquier modificación exterior debería ser aprobada por la Comisión especial. La compañía *Penn Central* era propietaria de la *Grand Central Terminal* una propiedad de interés histórico designada conforme a esa nueva regulación. Un plan de esta compañía para la construcción de un bloque de oficinas sobre esta terminal fue rechazado por la Comisión. La compañía demandó contra esta negativa alegando que su propiedad había sido expropiada (*taken*) sin compensación. (Jordano, 1995:p. 77)

El Tribunal, en esta decisión de la que fue ponente el Juez Brennan, sentó los criterios para establecer cuándo existe *taking*. Estos son los siguientes:

1. Si la regulación ha interferido con inequívocas o claras inversiones frustrando expectativas.
2. Si el Gobierno ha invadido físicamente la propiedad o simplemente ha promulgado un programa público ajustando los beneficios y cargas de la vida económica a fin de promover el bien común.

Sin embargo, la introducción de estos criterios de control no ha reducido, según Rey, el carácter casuístico con que se trata la cuestión en la Corte.(1994:p. 398)

1. 2. La teoría del sacrificio especial o teoría de la igualdad ante las cargas públicas. Y otros criterios de distinción en el derecho Alemán.

Bajo esta teoría, lo relevante no es la intensidad de la regulación o restricción de la propiedad, sino el plano de igualdad o discriminación en que queda el afectado como consecuencia de la limitación. (Fernandois, 2009: p.12)

Esta teoría como señala Parejo fue fruto de una doctrina jurisprudencial que encuentra su origen en una decisiva sentencia de 10 de junio de 1952 en Alemania por parte del "Bundesgerichtshof", y es un intento más, por encontrar un criterio material abstracto para delimitar los conceptos de limitación y expropiación. (1978:p. 555)

En ese sentido, señalemos que en Alemania han surgido diferentes doctrinas que intentan dar respuesta a este problema, por mencionar algunas de dichas doctrinas fruto de la evolución jurídica alemana, encontramos con particular influencia la teoría del merecimiento de protección(Schutzwürdigkeitstheorie), la de la minoración de la sustancia o esencia (Substanminderungstheorie), la de la exigibilidad(Zumutbarkeitstheorie), la de la utilidad privada (Privatnützigkeitstheorie) y la de la pérdida de la finalidad (Zweckentfremdungstheorie), las que tienen en común la circunstancia de manejar criterios materiales para la definición de la existencia o no de expropiación en la intervención pública cuestionada, llevando acabo una lectura expansiva del apartado tercero del artículo 14 GG.(el artículo 14.3 dice relación con la expropiación forzosa) (Mir,2002:p. 86)

Para continuar hagamos algunos alcances, La ley Fundamental de Bonn, distingue entre la limitación del contenido, la vinculación social y la expropiación con indemnización. En ese sentido, autores alemanes han reconocido que la formulación que realiza el artículo 14.1.2 que establece que “el contenido y los límites son determinados por la ley”, plantea más problemas que respuestas a la cuestión en discusión. Entonces, si el legislador puede determinar el contenido de la propiedad, ¿no quedará limitada la virtualidad de la propiedad a lo que determine la ley? Es decir, el legislador determinaría él mismo el concepto constitucional de propiedad, con lo que vendría éste a quedar desconstitucionalizado. Pero también hay que tener en cuenta que el legislador "concretiza" la garantía de la propiedad al fijar, no sólo límites, sino también derechos de uso y disfrute.(Weber, 1991, 481)

La relevancia de esta distinción aparece, por ejemplo, con claridad cuando exigencias públicas de la protección de la naturaleza y del paisaje prevalecen en caso de duda frente a los intereses del propietario. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia intentan, pues, determinar la vinculación social legítima (es decir, no

indemnizable) a través de un proceso de ponderación de los intereses, así como por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad. Las teorías de la expropiación desarrolladas por los tribunales supremos (como la teoría del sacrificio especial del Tribunal Supremo Federal o la teoría de la gravedad del Tribunal Supremo Administrativo) intentan resolver esta delimitación mediante la aplicación de los principios de igualdad y de proporcionalidad. Así, la teoría del sacrificio especial (*Sonderopfertheorie*) se pregunta si al ciudadano se le está imponiendo un sacrificio especial, o sea, desigual comparado con otras personas en situación similar y de ser así, correspondería indemnización. (Weber, 1991: 482)

En Chile, el profesor José Joaquín Ugarte ha señalado que, "la doctrina de la indemnización de las meras restricciones en razón del sacrificio especial o desproporcionado es generalmente admitida por los autores", citando a Bielsa y al alemán Otto Mayer.(2001: pp 428 – 429)

Lo interesante de esta teoría consiste en 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 la igualdad ante las cargas públicas.(Fernandois, 2009:p. 11).

Sin embargo esta teoría del sacrificio especial no está ajena a las críticas, sus falencias se pueden conceptuar de la siguiente manera:

- a) Deja irresuelto el problema de la expropiación colectiva o por grupos y restringe indebidamente las potestades del legislador.
- b) Altera la economía de la protección constitucional de la propiedad.
- c) La existencia de un sacrificio especial sólo puede constatarse a partir de la profundidad o gravedad de la medida estatal y nunca de la amplitud cuantitativa del círculo de los afectados.

En el primer sentido no consigue definir los términos o elementos que pretende comparar, pues su aplicación presupone el tratamiento diferente de determinadas personas o grupos de personas para con respecto a la generalidad de éstas. Pero la cuestión radica precisamente en determinar qué debe entenderse por "generalidad de los propietarios" y por "grupos de propietarios", o, más precisamente aún, en qué momento un grupo de propietarios deja de ser tal para convertirse en la generalidad de los mismos. (Parejo, 1978: p. 584)

La segunda crítica a la doctrina del "Bundesgerichtshof" conduce a la consecuencia absurda de reducir la garantía constitucional a medida que aumenta el círculo de afectados, el volumen de propiedad lesionada, pues cuanto mayor sean ambos más se sitúa la incidencia estatal en el marco de la vinculación social (Sozialbindung), de la mera definición del contenido de la propiedad (en razón al criterio de la generalidad). Y ello, con independencia de la profundidad de la incidencia estatal sobre los derechos privados. . (Parejo, 1978:p.584)

Mientras que la tercera crítica puede ser entendida de forma que lo decisivo sea no el número o cantidad de los afectados, sino el volumen de la incidencia estatal. De interpretarse así, el factor fundamental pasa a ser la gravedad de la medida estatal, es decir, la entidad del sacrificio que ésta impone. Pero entonces ha de aceptarse un cambio radical en la perspectiva jurídica (el criterio ha dejado de ser el del círculo de afectados en relación con el principio de igualdad, para pasar a ser siempre el de la gravedad relativa del sacrificio impuesto, con independencia de la mayor o menor amplitud de aquel círculo); cambio radical, que implica la transmutación de la doctrina en otra de las también formuladas en torno a la delimitación de la expropiación: la conocida por "teoría de la gravedad" o "Schweretheorie".. (Parejo, 1978:p.585)

Además de las críticas planteadas, debemos señalar que el Tribunal Constitucional ha utilizado este criterio escasamente, como lo hizo en sentencia de 2009 , rol n° 1140, denominada "Turno de Abogados", en que se declaró inconstitucional la carga gratuita impuesta por el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En ese sentido, el criterio del contenido esencial tiene mayor acogida, ya que el examen que hace el tribunal para

determinar si una limitación se convierte en privación, atiende a si se afecta el contenido esencial de la propiedad, entendiendo que ello no es así cuando las limitaciones ya sean en el uso goce o disposición no imposibilitan de un modo absoluto dichas facultades. Así lo ha señalado en diversos fallos como por ejemplo, los casos Publicidad Caminera I (1992), Publicidad Caminera II (1993), Playas (1996) Rentas Vitalicias (2001), “TRANSELEC S.A. con PANGUIPULLI S.A”. (2007) y en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Beytia Moure en representación de Metrogas S.A (2012).

1. 3. La teoría de la confianza legítima.

Se trata de un principio de origen jurisprudencial europeo que busca resolver situaciones que afectan 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.(Fernandois, 2009:p:12)

A partir de la década de 1950, el Tribunal Constitucional de Alemania esbozó este principio, que tutela la estabilidad de las políticas regulatorias por parte del legislador. El postulado pasó a ser aplicado posteriormente por otras jurisdicciones constitucionales - como la española- y hoy es aceptado como uno de los principios rectores de la política económico-legislativa de la Unión Europea. (Fernandois, 2009:p:12) "El legislador puede reestructurar situaciones jurídicas individuales mediante normas de transición adecuadas y razonables, cuando existen motivos de bienestar general en las cuales prevalece la confianza legítimamente asegurada -mediante la garantía de la estabilidad- de mantener un derecho adquirido legítimamente". (Sentencia de la Primera Sala de 15 de junio de 1981, 1 BvL 77/78, en Ídem., p. 311.)

Asimismo, "no le está prohibido al legislador imponer medidas restrictivas de la propiedad que considere necesarias para el interés público cuando evite mediante medidas compensatorias las cargas desproporcionadas o violatorias del principio de igualdad y tenga en cuenta la confianza digna de ser protegida".(Sentencia de la Primera Sala de 2 de marzo de 1999, 1 BvL 7/91, en Ídem., p. 319.)

Esta teoría exige entonces indemnización a los afectados en su propiedad cuando un cambio en las reglas del juego les produce daño. La situación que se altera debe ser fruto de un cuadro de confianza, creado por actos estatales regulares y conformes a derecho mediante los que se convocó a los particulares a determinadas tareas o funciones. En estas tareas, los particulares comprometieron su patrimonio, y el cambio regulatorio sobreviniente les produce perjuicio. (Fernandois, 2009:p:12)

Esta teoría al igual que las otras planteadas hasta el momento lleva consigo el problema de que si bien en doctrina comparada como en tribunales extranjeros tiene adherencia no se ha acogido en jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. En este sentido el Tribunal Constitucional señaló en sentencia rol 1991 de 24 de julio de 2012 lo siguiente: “No basta afirmar que esta se funda en la seguridad jurídica. (la teoría de la confianza legítima)”.

Por otra parte y conforme a una interpretación sistemática el tribunal advierte que cuando se objete una ley, no un acto administrativo, cabe recordar que “las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad (STC 309/2000), la que implica que su contrariedad con el contenido de la Ley Fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes (STC 549/2007); por lo mismo, sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción de que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella (STC 309/2000). Está en juego el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí (STC 309/2000).”.

“Asimismo, tal alegato (afectación de la confianza legítima) exige un estándar de prueba extremadamente alto, porque puede afectar el que sea el legislador el que defina los marcos jurídicos aplicables a una actividad (artículo 19 constitucional, N° 21°); porque puede incidir negativamente en la dinamicidad de los mercados regulados, respecto de los cuales la Constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador (STC 370/2003).”

1. 4. La teoría del contenido esencial

Esta es la escuela más clásica en el Derecho Constitucional, y propone que sólo deben indemnizarse las limitaciones al dominio que alteren su contenido esencial o priven de sus atributos o facultades esenciales. Por regla general, una limitación no causará indemnización alguna y el propietario deberá aceptar el sacrificio en razón del elástico concepto de función social de la propiedad. Esta escuela plantea un método exclusivamente formal y abstracto de análisis, difícil de predecir y alejado de las consideraciones factuales, las que considera impropias de un juicio constitucional. . (Fernandois, 2009:p:10)

El gran defecto de esta teoría es que no provee de elementos concretos ni métodos realistas para resolver, en una situación concreta, si está comprometida la esencia de la propiedad. En la compleja vida jurídica actual normalmente la esencia no es una figuración abstracta: dependerá de consideraciones concretas de la cantidad sacrificada en relación al todo, de temporalidad (cambio regulatorio previsible o imprevisible), de intensidad, de expectativas legítimas, de tamaño, etc. Una regulación legal sobreviniente sobre el precio de un contrato podrá ser aceptable como limitación si es cuantitativamente menor y no hace insostenible su pago, considerando las facultades concretas del afectado; pero si, atendidos los créditos comprometidos, por ejemplo, impide su servicio en atención a la utilidad del contrato, vulnerará la esencia de ese contrato. (Fernandois, 2009:p:10)

No obstante estas críticas, cabe recordar que como se ha señalado durante el desarrollo de este trabajo, el Tribunal Constitucional, a la hora que se le ha requerido en materia de limitaciones, ha desarrollado sus respuestas bajo esta teoría. Así cada vez que ha hecho un examen de constitucionalidad ha atendido a si se afecta el núcleo esencial de la propiedad, entendiendo que no se priva de la propiedad cuando se deja de alguna manera subsistente el derecho de propiedad. Recordemos que en sentencia de 24 de febrero de 1987, "Control de Constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional de partidos políticos", Rol 43-1987 señaló: "Debemos entender 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 lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica."

En ese mismo sentido, la doctrina ha señalado que mientras el respectivo derecho de dominio conserve en alguna medida, por mínima que sea, la conjunción de los atributos de disposición, de uso y de goce, podría ser reconocido como dominio.(Aldunate,2006)

Y bajo la misma idea el profesor Mohor ha señalado que el problema parece resolverse en función a las posibilidades de aprovechamiento residual que correspondan al titular del derecho, es decir, de las reales posibilidades de explotación o de aprovechamiento que restarían al propietario si se consumare la intervención estatal. Si ellas se tornan ilusorias, la vía a utilizar por el Estado debiera necesariamente ser la expropiación.(1989: p. 298)

¿Y qué ocurrirá si se le limita de manera tan intensa que se le afecta la esencia del derecho de propiedad o de alguna de sus facultades esenciales en virtud de dicha habilitación constitucional para establecer limitaciones u obligaciones que deriven de su función social? Digámoslo desde ya, el sujeto afecto no tendrá derecho a reclamar indemnización, sino a solicitar que ella se declare inconstitucional cuando rebese esa barrera infranqueable.

Pero esta distinción, no es un mero capricho, ya que la difuminación entre la delimitación y expropiación tiene dos aspectos negativos. En el plano terminológico, parece mucho más útil, porque permite una mejor ubicación de los numerosos y complejos problemas que se plantean en esta materia, una distinción más precisa y más clara entre la delimitación de derechos y la expropiación, que se muestre más acorde con el perfil tradicional de ambas figuras. En el plano material, aceptar esta difuminación, sería aceptar que el legislador pueda regular como quiera los derechos patrimoniales, siempre que, a cambio, indemnice a los posibles afectados. (Mir, 2002: p. 109)

No obstante, y en consideración a lo expuesto, es notoria la falta de unanimidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto de la delimitación de las intervenciones legislativas, tanto por vía de limitaciones, como por vía de privación al derecho de propiedad.

V. CONCLUSIONES

1. La primera conclusión a la que llego en esta tesina es que el estudio de la propiedad y sus limitaciones supone asumir un conflicto dual dentro de la propiedad entre individualismo y colectivismo, el que se hace necesario tener a la vista a la hora de intentar comprender las diferentes teorías en las que se enmarca la propiedad como sus objetivos.
2. La segunda conclusión a la que arribe dice relación con que los tribunales han confundido el régimen de la propiedad con la afectación concreta a derechos subjetivos. Así el profesor Cordero critica las soluciones a que ha llegado el tribunal constitucional, pues ha declarado inconstitucional normas que se ajustan a los criterios para modificar la ley, ya que afecta en concreto a particulares, lo que no se corresponde con lo que debiera suceder, pues de lo contrario siempre sería inconstitucional una modificación legal cuando existan derechos subjetivos concretos, lo que llevaría a un congelamiento del orden jurídico siempre que existan dichos intereses jurídicos. Esto eliminaría la facultad que la propia Constitución otorga al legislador para configurar el ordenamiento jurídico.
3. En cuanto a la esencia del derecho de propiedad si bien se pudo constatar la existencia de diversas teorías, creo que ella está determinada por la Constitución, en el sentido que basta que se deje subsistente de algún modo el dominio, para que se respete esta garantía. Por otra parte, el constituyente admite expresamente la privación de la propiedad del particular solo en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador.

4. Si bien, la función social no está definida en la Constitución, se ha señalado en la jurisprudencia que ella significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. En ese sentido podemos afirmar que ese valor individual está dotado por el haz de facultades esenciales que asegura la Constitución y la función social es también un atributo esencial de ella y que la compatibiliza a la propiedad con los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.
5. Concluyo también, que las meras restricciones a la propiedad no dan derecho a la indemnización, ya que constituyen parte de la naturaleza misma del derecho y que la función social sería el fundamento de dichas restricciones. Entonces, las limitaciones son consideradas como una facultad legítima del legislador para armonizar los intereses generales de la sociedad con los de los propietarios individuales.
6. He llegado a la conclusión que el carácter de la función social es el de una facultad legítima del legislador y, no se puede pretender que cada vez que se realicen, el Estado deba indemnizar por los perjuicios patrimoniales causados. En este sentido, la función social de la propiedad es suficiente fundamento para legitimar esta actividad legislativa
7. De todas las teorías que intentan dar respuesta a la pregunta si las limitaciones son indemnizables o no, creo que la teoría del contenido esencial es la que tiene mayor adeptos tanto en sede jurisprudencial como en sede doctrinal y en ese sentido podemos señalar que en la actualidad las restricciones o limitaciones que pasen los criterios establecidos por la teoría del contenido esencial, no son indemnizables.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aldunate Lizana, Eduardo (2005): “Problemas de la dogmática de la protección constitucional a la propiedad” en *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago, LexisNexis, pp. 157-169.

Banda, Alfonso (1998): “Medio Ambiente y Función Social del Dominio”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Número Especial sobre Derecho y Medio Ambiente, 1998, pp. 55- 86

Bielsa, Rafael (1966): *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires.

Bordalí, Andrés (1998): “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Número Especial sobre Derecho y Medio Ambiente, 1998, pp.153-171.

Cea Egaña, José Luis (1988^a): “Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980”, en *XVIII Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción*. pp

Cea Egaña, José Luis (1988): *Tratado de la constitución de 1980*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Cordero Quinzacara, Eduardo (2006): “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno” en *Revista de derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XIX-nº1 julio, pp 125-148.

Dromi, José Roberto (1979): *Derecho Administrativo Económico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, , Tomo II.

Duguit, Leon (1976): *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el código de Napoleón*, segunda edición, Francisco Beltrán, Madrid (traducción de Carlos G. Posada).

Evans, Enrique (1967): *Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago

Evans, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo II.

Jordano Fraga, Jesus. “Medio ambiente versus propiedad: Expropiaciones legislativas en el derecho ambiental americano”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*”, N°85, 1995, p. 75 y ss.

Mir, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, primera edición, Civitas, Madrid.

Mohor Abauad, Salvador (1989): “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, p. 283-308.

Nogueira, Humberto (2005): “Derecho Constitucional.” Tomo I. 2a Edición actualizada, Santiago, Editorial Juridica de Chile.

Núñez, Manuel (1997): “La propiedad privada” en *Lecciones de derechos humanos*, Edeval, Valparaíso.

Parejo, Luciano (1978): “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 19/1978, Editorial Civitas, SA, Madrid, abril, pág. 541 y ss.

Parejo, Luciano (2001): “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional: Estudios en homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, López Guerra, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 75-118.

Rajevic Mosler, Enrique “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada” en *Revista Chilena de derecho*, vol. N°23, 1996, pp 23 a 97.

Rey Martínez, Fernando (1994): *La propiedad privada en la Constitución Española* , Centro de Estudios Constitucionales, Madrid .

Rios, Lautaro (1988): “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, en *Anuario Filosofía jurídica y social*, número 6, 1988, pp. 185-216.

Alexy, Robert (2008): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Bernal Pulido, Carlos, *Theorie der Grundrechte*.

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

Tórtora Aravena, Hugo (2010): “las limitaciones a los derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios constitucionales de Chile Universidad de Talca, Talca, año 8, N°2, pp.167-200.

Ugarte, José (2001): “Limitaciones al dominio. De las meras restricciones y de cuando dan lugar a indemnización”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 N° 2, pp. 425-448.

Varas Braun, Juan (1998): “Prohibición de sustitución del bosque nativo y derecho de propiedad. Una mirada desde el derecho civil”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 9, suplemento especial, agosto., Pp. 137-141.

Varas, Juan Andrés (2003): “Limitaciones a la Propiedad: Una perspectiva civil”, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Juan Carlos Ferrada B. (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp 143-165

Weber, Albrecht (1991): “La protección de la propiedad privada en el derecho comparado”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 72, p. 480 y ss..

Sentencia n° rol 43 del Tribunal Constitucional (24/02/1984): proyecto de ley orgánica constitucional de partidos políticos

Sentencia n° rol 1578 del Tribunal Constitucional (02/06/2012): Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Braulio Enrique Sandoval Trujillo y otros respecto del inciso séptimo del artículo 122 del Código de Aguas.

Sentencia n° rol 1298 del Tribunal Constitucional (03/03/2010): Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N°2.695, en los autos Rol N° 676-2006 seguidos ante la Corte de Apelaciones de Chillán.

Sentencia n° rol 245-246 del Tribunal Constitucional (02/12/1996): Requerimiento de Inconstitucionalidad.

Subcomisión de Reformas Constitucionales (1925): Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, Novena sesión, Editorial Universitaria, Santiago

Nogueira, Humberto (2005): “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos fundamentales.”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, n° 2. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200002&script=sci_arttext. Fecha última consulta: 03 de Septiembre de 2012

Aldunate Lizana, Eduardo (2006): “Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol 33 n°2. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000200005&script=sci_arttext. Fecha última consulta: 05 de Septiembre de 2012

Fernandois Vöhringer, Arturo (2009): “Indemnizabilidad de las limitaciones a la propiedad: Cuatro teorías constitucionales”, en *Boletín del centro de estudios para el Derecho y la ética aplicada*, número 3, de Enero-Febrero. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/11241807/Boletin-CEDAP-N-3-EneFeb-2009>. Fecha última consulta: 30 de octubre de 2012