

# HACIA LAS REGULACIONES COMPENSABLES AL DERECHO DE PROPIEDAD EVALUACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

## TO THE COMPENSATORY RIGHTS REGULATIONS EVALUATION TO THE JURISPRUDENCE OF THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT

*Ignacio Covarrubias Cuevas\**

RESUMEN: El propósito de este trabajo es doble: por una parte, exhibir los criterios jurisprudenciales más actuales del Tribunal Constitucional de Chile en relación con limitaciones al derecho de propiedad. Por la otra, efectuar una breve evaluación crítica sobre tales criterios. Todo ello con el afán de contribuir a morigerar la afirmación binaria de que las privaciones al derecho de propiedad son indemnizable, pero no las limitaciones a su ejercicio, menos aún cuando estas han sido motivadas por su función social. Con tal objeto, exhibiremos algunos criterios formulados por el TC chileno para luego contrastar estos estándares con aquellos que han sido incorporados por tribunales extranjeros que, sin superar del todo el binomio privación compensables vs. restricción no compensable, han formulado criterios que al menos lo moderan o problematizan.

PALABRAS CLAVE: Derecho de propiedad – Tribunal Constitucional – Función Social – Limitaciones – Regulaciones.

ABSTRACT: The purpose of this paper is twofold: on the one hand, to present the most current jurisprudential criteria of the Constitutional Court of Chile in relation to limitations on property rights. On the other hand, make a brief critical evaluation of such criteria. All this with the aim of contributing to

---

\* Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: icovarrubias@udd.

reduce the binary assertion that deprivations to the right of property are compensable but not the limitations to their exercise, especially when these have been motivated by their social function. To this end, we will present some criteria formulated by the Chilean TC and then contrast these standards with those that have been incorporated by foreign courts that without completely overcoming the compensatory deprivation vs. Restriction cannot compensable have formulated criteria that at least moderate or problematize said binomial.

KEY WORDS: Property Law – Constitutional Court – Social Function – Limitations - Regulations.

\* \* \*

## I. OBJETO DEL TRABAJO

Para advertir que en esta materia se ha producido algún grado de fertilización cruzada, no solo acudiremos a mostrar ejemplos de las instancias judiciales más prominentes del Derecho Comparado, a saber, la Corte Suprema estadounidense (CS de EE.UU.), el Tribunal Constitucional Federal alemán (TC alemán), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sino también ilustrar que algunos tribunales constitucionales de Sudamérica –Tribunal Constitucional de Colombia (TC de Colombia) y Tribunal Constitucional de Perú (TC de Perú)– también han sido receptivo a algunos de los criterios aludidos.

La idea es mostrar que, salvando las particularidades de cada país y las distintas regulaciones constitucionales y de cada caso, los estándares jurisprudenciales formulados en otras jurisdicciones pueden ser observados y acogidos sin necesariamente alterar el marco constitucional vigente en nuestro país. Por motivos de espacio y de propósitos, no ha sido posible contextualizar las diferencias de matices por lo que pediremos que los lectores nos excusen si hay algunas distinciones o prevenciones que han sido pasadas por alto.

En primer lugar, exhibiremos lo que la Constitución chilena regula en materia de privación y limitaciones al derecho de propiedad. Luego continuaremos con una síntesis sobre los criterios más recurrentes y de última data que ha formulado el Tribunal Constitucional chileno (TC o TC chileno) en relación con la privación y limitaciones a la propiedad. En tercer término, nos referiremos a ciertos criterios a los que han acudido algunos tribunales para discernir el carácter excesivo o desproporcionado de regulaciones al derecho de propiedad. Finalmente, haremos algunas observaciones críticas de algunos fallos del TC, tanto a partir de lo señalado por algunos autores nacionales, extranjeros como, asimismo, a la luz de algunos aspectos contenidos en los criterios formulados por los casos de Derecho Comparado previamente expuestos.

## II. LO QUE DICE LA CONSTITUCIÓN: PRIVACIÓN Y LIMITACIONES EN NOMBRE DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La Constitución chilena (en adelante Constitución, Carta Fundamental o CP) autoriza al legislador para interferir el derecho de propiedad bajo dos modalidades, que se corresponden con la generalidad de las intervenciones a la propiedad permitidas en el Derecho Comparado: la privación (o expropiación), por un lado, y las restricciones, limitaciones, cargas u obligaciones (regulaciones), por el otro.

Para la CP

“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”.

La otra modalidad de intervención consiste en privar al titular “de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”<sup>1</sup>, mediante ley que autorice el procedimiento expropiatorio, caso en el cual dispone la obligación de indemnizar al titular del derecho. Tratándose de las limitaciones y obligaciones al ejercicio del dominio, la Carta Fundamental guarda silencio respecto de la necesidad de reparar dichas restricciones.

Interesante es subrayar que la Constitución no solo contempla la privación “de su propiedad” o “del bien sobre que recae” sino, también, “de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio”, situación que da origen a un procedimiento expropiatorio que obliga a indemnizar al propietario. Esta hipótesis da lugar a que se diga que existen “verdaderas privaciones (parciales) del dominio, el cual (formalmente) es mantenido en manos del propietario”. Al mismo resultado, afirma el mismo autor, se podría llegar en aquellos casos en que la ley estableciere “verdaderas privaciones mediante la forma de obligaciones”<sup>2</sup>, autorizadas en nombre de la función social de la propiedad.

En fin, pareciera que conforme al texto de la CP, las privaciones, totales o parciales, dan derecho a indemnización, pero no así las privaciones-parciales que son autorizadas legalmente bajo la modalidad de regulaciones derivadas de la función social de la propiedad. Veremos de qué manera la jurisprudencia del TC chileno se ha aproximado a la referida distinción.

<sup>1</sup> *Constitución Política de la República* (Chile), artículo 19 N° 24, inciso 2.

<sup>2</sup> PENAILLO (2006), p. 97 y nota al pie 115. También admite las privaciones parciales: MIRANDA (2015), pp. 37-63.

### III. CRITERIOS GENERALES DEL TC CHILENO SOBRE PRIVACIÓN. LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

#### *1. Distinción entre restricción/privación y reconocimiento inicial de normas que pueden producir privación-parcial*

Para el TC, la privación y la restricción (o regulación como modalidad genérica de limitación y restricción) son conceptos que se diferencian absolutamente por su objeto. Mientras

“un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, (...) 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”<sup>3</sup>.

En una sentencia posterior, asume como sinónimos la privación y la expropiación, al señalar que “la expropiación sustituye la afectación de la privación haciendo desaparecer la vulneración del derecho por parte del legislador”<sup>4</sup>.

En un principio, el TC reconoció que las limitaciones al dominio podrían generar privaciones (parciales) al mismo. Así, en uno de los casos sobre Acceso a playas, estimó que la vía de acceso al mar impuesta gratuitamente sobre un bien raíz

“causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son especialmente el uso y el goce del terreno”.

Señaló entonces que la regulación

“puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio. (...) no hay privación total del uso y goce pero si una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 22°. Asimismo, (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93°.

<sup>4</sup> STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° (Monumentos Nacionales).

<sup>5</sup> STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 34°.

En tal evento, una limitación significativa al uso y goce del derecho de propiedad resultaba equiparable a una privación parcial al dominio, por lo que dicha normativa se estimó contraria a la Constitución, entre otros motivos, por no contemplar una indemnización. Con posterioridad, y en casos donde se discutió el mismo precepto legal, el TC consideró que la servidumbre impuesta gratuitamente no constituía una privación, sino que una limitación justificada (y en ocasiones proporcionada) en vistas al fin legítimo de dar acceso al goce de bienes nacionales de uso público como son las playas.

A partir de un cambio de criterio en los casos venideros sobre Acceso a playas, lo que antes era privación parcial ahora pasará a ser limitación o, bien, carga pública, fundada en la función social de la propiedad, aspecto al que nos referiremos.

## *2. La función social busca armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad, sin desconocer las facultades esenciales del dominio*

Ha afirmado el TC:

“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. El dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades que buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad constituyen la función social de la propiedad”.

Asimismo, ha agregado: “las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales”. Por ende, afirma el tribunal, “la función social es un límite intrínseco de la propiedad”<sup>6</sup>.

Al observar la función social como un elemento configurador del contenido del derecho de propiedad, agrega que la concretización legislativa de este rol social

“implica reducir algunas de las posibilidades de actuación individual del propietario, pero en cuanto limitación u obligación que es consustancial a su derechos de propiedad, no generando indemnización, puesto que, teóricamente, no hay daño que lamentar”<sup>7</sup>.

Una vez configurada la limitación u obligación por el legislador, esta pasaría a formar parte del contenido interno o delimitador del derecho, por lo que

<sup>6</sup> STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 22° y 25°; (2012): Rol N° 1991-2011, c. 42°; (2012): Rol N° 1993-2011, c. 42°, y (2014): Rol N° 2299-2012, c. 7°.

<sup>7</sup> STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 8° (Monumentos Nacionales).

dejaría de ser un elemento que constriñe al derecho desde afuera (como lo sería la expropiación). Desde este prisma, si la carga es parte constitutiva del derecho mismo, ella no puede estimarse un daño indemnizable, pues solo cabe al titular del derecho soportarla en aras del bien común (o de una manifestación de este como lo es la función social del dominio).

Este enfoque lo sostiene el TC al estimar constitucional, por ejemplo, la obligación de la empresa inmobiliaria de ceder gratuitamente una porción de los terrenos para fines de urbanización. Afirma el tribunal que dicha cesión gratuita es un modo:

“de conciliar en forma prudente y justa los intereses personales del urbanizador con los de la sociedad toda, arbitrando los medios necesarios para que el Estado cumpla su fin primordial, cual es el bien común”<sup>8</sup>.

Bajo esta lógica, afirmamos en otra sentencia que el carácter gratuito de las servidumbres mineras manifiestan un caso de restricción, no de privación, al derecho de propiedad minera, por lo que la obligación impuesta “no sería indemnizable de acuerdo a la regla general dispuesta en el artículo 19 N° 24, inciso segundo, de la Constitución”<sup>9</sup>. Con todo, en este caso el

“legislador consideró que, a pesar de la naturaleza de la limitación al dominio, debía existir indemnización. Sin esa remisión expresa efectuada por el constituyente, el legislador habría excedido lo que corresponde a una limitación a la propiedad, por esencia no indemnizable”<sup>10</sup>.

Los fallos aludidos entregan tres claves: una, el carácter gratuito de las restricciones (salvo excepción constitucional expresamente prevista para las servidumbres mineras). También en los casos futuros sobre Acceso a playas. Dos, que el legislador no estaría autorizado para contemplar indemnizaciones, dado el carácter no indemnizable de las limitaciones. Sentencias posteriores añadieron que el derecho de propiedad sobre bienes incorporeales no impide limitarlos en razón de la función social de la propiedad, por lo que los derechos adquiridos sobre las cosas incorporeales que nacen de contratos entre privados tampoco están inmunes a ser limitados o regulados, a fin de “balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada”, conforme a la Carta Fundamental<sup>11</sup>.

La tercera clave afirma que la función social supone una relación armonizadora entre el derecho de propiedad y las exigencias de su función

<sup>8</sup> STC (1997): Rol N° 253-1997, c. 10°.

<sup>9</sup> STC (2009): Rol N° 1284-2008, c. 21°.

<sup>10</sup> STC (2009): Rol N° 1284-2008, c. 21°.

<sup>11</sup> STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 17° a 19°. Asimismo, (2010): Rol N° 1309-2010, c. 2° y 4° y (2012): Roles N° 1993, 2043, 2077, 2078, 2079-2011, c. 44°.

social por lo que la reducción de las facultades del dueño en pos del bien común no debe ser desequilibrada. Hay fallos que señalan:

“que el derecho que se contrapone a la propiedad debe involucrar un claro interés social que supera el mero interés individual del propietario privado”<sup>12</sup>,

lo cual abriga la duda de si el interés del propietario es exclusivamente individual o también es parte del bien común que obliga a unos a sacrificar sus intereses pero no sin armonía ni proporcionadamente.

Si bien Molinera del Norte<sup>13</sup> deja de subrayar el escrutinio que cabe al TC para verificar si la aplicación de un precepto legal satisface en concreto la armonización entre interés público y privado que exige la función social –bastando que la norma examinada equilibre *in abstracto* uno y otro– esta tenue tendencia no ha sido reiterada, mientras en situaciones similares, véase Curtidos Bas, la normativa fue declarada inaplicable por constituir “una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio”<sup>14</sup>, por lo que el asunto, aunque abordado en sede privación/contenido esencial, conlleva el reconocimiento que la función social no supone el sacrificio de alguno de los atributos de la propiedad.

### *3. Las limitaciones/regulaciones al dominio son inconstitucionales si afectan el contenido esencial del derecho*

El TC chileno ha afirmado que cuando existe una limitación a la propiedad

“el intérprete de la norma deberá verificar si se ajusta o no al ejercicio de la función social de la propiedad y, en consecuencia, deberá declarar o no su inconstitucionalidad, atendiendo al límite derivado de la protección a la esencia del derecho”<sup>15</sup>.

Lo que está diciendo el tribunal es que dado que las regulaciones que constriñen el ejercicio del derecho de propiedad en nombre de la función social son legítimas, la constitucionalidad o inconstitucionalidad podría encontrarse en aquellas situaciones en que la referida regulación traspasa el umbral de la garantía general, que resguarda el contenido esencial de los derechos fundamentales, prohíbe imponerles regulaciones que hagan imposible su libre ejercicio o en ambos casos<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 11° (Monumentos Nacionales).

<sup>13</sup> STC (2015): Rol N° 2644-2014, c. 80° (Molinera del Norte).

<sup>14</sup> STC (2015): Rol N° 2684-2014, c. 22° (Curtidos Bas).

<sup>15</sup> STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° (Monumentos Nacionales).

<sup>16</sup> *Constitución Política de la República* (Chile), artículo 19 N° 26: “Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regula o complementa las garantías que ésta consagra o que

Al aplicar la señalada garantía constitucional sobre el contenido esencial de los derechos en relación al derecho de propiedad, el tribunal ha dicho que la Carta Fundamental ha preservado

“como núcleo esencial de protección del derecho de propiedad los atributos del dominio consistentes en el derecho de usar, gozar y disponer de la propiedad”<sup>17</sup>.

Por lo visto, la garantía general de resguardo al contenido esencial de los derechos fundamentales es aplicable para el evento de limitaciones/res-tricciones/regulaciones/obligaciones al derecho de propiedad y excepcionalmente en aquellas situaciones de normas legales que no pretenden privar al derecho, pero cuyos efectos regulativos pueden ser equiparables a los de una privación.

De este modo, si bien el TC ha señalado

“que la imposición de limitaciones u obligaciones en razón de la función social de la propiedad(...)no puede implicar que las limitaciones y obligaciones que se imponen a la propiedad se transformen en una privación del derecho, del bien sobre el que recae o de alguno de sus atributos esenciales”<sup>18</sup>,

en el mismo fallo ha reconocido:

“para determinar si una ‘situación particular de una lesión a un atributo del dominio’ la regulación constituye ‘una privación o una limitación u obligación’, debe considerarse ‘la naturaleza de la regulación, su objeto preferente y el alcance o incidencia limitativa sobre el derecho de propiedad. En tal sentido, la magnitud de la regulación es relevante generando una posibilidad excepcional de privación”<sup>19</sup>.

Añade: “Este exceso de poder no se compensa con dinero ni con indemnizaciones ad-hoc, sin perjuicio de que genere responsabilidad pecuniaria”<sup>20</sup>.

En Curtidos Bas, la orden de traslado –autorizada por la ley–

“para el afectado implica –en realidad– una ablación, esto es, la pérdida del derecho a permanecer en el inmueble de su propiedad, para seguir desarrollando las mismas actividades a que él lícitamente las destinó.

---

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”.

<sup>17</sup> STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° y 10° (Monumentos Nacionales).

<sup>18</sup> *Op. cit.*, c. 9° (Monumentos Nacionales).

<sup>19</sup> *Op. cit.*, c. 8° (Monumentos Nacionales).

<sup>20</sup> *Op. cit.*, c. 9°, en referencia al (2008), Rol N° 943-2007, c. 16°: “la responsabilidad civil como deber de indemnizar el daño inferido a otro es también procedente tratándose de la lesión de un derecho constitucional”.

Privación que se produce aunque formalmente conserve el título de propietario (...) independientemente de su denominación. Así, en la especie toma forma una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio”<sup>21</sup>.

En fin, las regulaciones al derecho de propiedad, incluso aquellas fundadas en su función social, pueden ser inconstitucionales por afectar el contenido esencial del derecho y, asimismo, por su magnitud, que hace equiparable los efectos de la normativa a los de una privación. En uno y otro caso, la regla legal afectaría el contenido esencial del derecho, sin perjuicio de que en la segunda hipótesis vulneraría, asimismo, el mismo derecho de propiedad en cuanto a no ser privado de la propiedad o de sus atributos o facultades esenciales.

#### *4. Si la limitación torna ilusorio ciertos atributos del dominio constituye una privación parcial*

En el primer caso sobre Acceso a playas se examinó la constitucionalidad de un decreto que reglamentaba el procedimiento por el cual los dueños de terrenos colindantes a playas, ríos y lagos debían facilitar gratuitamente el acceso a estos, para fines turísticos y de pesca, si no existieren otras vías con tal fin. El TC afirmó que si bien aquí

“no hay privación total del uso y goce”, “se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio”,

pues “hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que (...) causa daño y que éste debe ser indemnizado”<sup>22</sup>.

Conforme a este criterio, lo que hace que una restricción intensa al uso y goce del dominio quepa calificarlo como un caso de privación parcial a dichas facultades es que la reglamentación haga “ilusorio” el ejercicio de las mismas, además de causar daño al propietario. La diferencia entre limitación y privación parcial no estriba únicamente en la magnitud de la restricción sino en que esta imposibilite, parcialmente, el ejercicio del uso y goce. El *quantum* no es lo único que importa sino que este debe generar un efecto neutralizador en las facultades del propietario<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> STC (2015): Rol N° 2684-2014, c. 22° (Curtidos Bas), previamente en sentido contrario, STC (2015): Rol N° 2644-2014, c. 80° (Molinera del Norte).

<sup>22</sup> STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 34°.

<sup>23</sup> Contra MATUTE (2014) p. 118, para quien este caso es un ejemplo de la doctrina del *quantum*.

En Rentas Vitalicias se afirmó que hay privación del dominio:

“no sólo (...) cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados”<sup>24</sup>.

El concepto de privación comprendería una modalidad de infracción a la garantía que prohíbe afectar los derechos en su esencia o imponer regulaciones que impidan el libre ejercicio del derecho. En Curtidos Bas es reiterada esta idea<sup>25</sup>.

##### *5. Las limitaciones fundadas en la función social deben respetar el principio de igualdad y el de proporcionalidad*

En el caso Monumentos Nacionales, una empresa constructora que adquirió un terreno para llevar a cabo un proyecto inmobiliario cuestionó la posterior Declaración de Zona Típica o Pintoresca, pues obligaba al dueño a alterar su proyecto y sujetarlo a las normas administrativas que dictara el Consejo de Monumentos Nacionales, lo que a juicio del reclamante ponía en entredicho su derecho a edificar. La sentencia de empate sostiene que las limitaciones al derecho de propiedad, fundadas en la función social, deben respetar el adecuado equilibrio entre el derecho de propiedad y otros derechos fundamentales que puedan verse comprometidos, como el principio de igualdad y el de proporcionalidad.

El primer principio implica que la carga impuesta al propietario

“no debe ser exclusiva ni excluyente de las limitaciones que puedan sufrir otros propietarios que se encuentren en la misma situación en atención a la entidad o naturaleza de la razón involucrada en el ejercicio de la función social de la propiedad”.

Estas cargas, personales o patrimoniales (que no sean tributos), deben

“ser repartidas entre todos los llamados a soportarlas, de manera igualitaria y equitativa. Por lo que la igualdad ante las cargas públicas (...) es, pues, una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> STC (2001): Rol N° 334-2001, c. 19°.

<sup>25</sup> STC (2015): Rol N° 2684-2014, c. 22° (Curtidos Bas): “la privación del dominio no sólo acontece cuando se quita o despoja al dueño de lo suyo, en su totalidad, sino también cuando al titular –aun conservando nominativamente tal carácter– se le desposee, parcialmente, de alguno de los atributos o facultades esenciales que caracterizan la propiedad, según ha señalado este Tribunal”.

<sup>26</sup> STC (2007): Rol N° 790-2007, c. 38° (Disminución reajuste pensiones) y (2014): Rol N° 2299-2012, c. 11°.

Conforme al segundo principio, la proporcionalidad,

“el gravamen o detrimento –especialmente económico– que se deriva de la limitación que se impone no debe ser de tal naturaleza que haga desaparecer el derecho o deje sin posibilidad de concretar el ejercicio de sus atributos esenciales, pues, en tal caso, se estaría frente a una expropiación en los términos regulados por el inciso tercero del artículo 19 N° 24° de la Carta Fundamental, figura que, en el Derecho Comparado, se denomina ‘expropiación regulatoria.’ En este sentido, este Tribunal ha sostenido: ‘Una limitación a la propiedad es proporcional cuando impone al dueño una obligación indispensable para la satisfacción de una finalidad de interés público. La proporcionalidad del medio empleado aparece de manifiesto si opera cuando no existan alternativas disponibles, sólo para fines determinados y previa intervención de la autoridad, con audiencia del afectado, y existe una instancia de reclamo ante los tribunales de justicia’”<sup>27</sup>.

El TC ha precisado también que una carga desproporcionada es contraria a la idea misma de función social de la propiedad. Si la provisión de una carga u obligación, en nombre de la función social del dominio, resulta desproporcionada o excesiva para los titulares de derecho, la gratuidad impuesta sería contraria a la noción misma de función social, pues tal institución “significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad”<sup>28</sup>.

Así, las señaladas garantías exigidas al legislador no vienen sino a constituir manifestaciones del equilibrio que la función social exige entre los intereses del dueño y los de la sociedad.

#### *6. La magnitud o impacto de una regulación puede producir privación al derecho de propiedad*

La mayoría de las sentencias del TC chileno sobre derecho de propiedad fueron en un principio reticentes a proveer criterios que contribuyan a discernir sobre si el impacto o efecto de una norma legal podría estimarse inconstitucional al equipararse a una privación, pues ello contravendría la idea de que las

<sup>27</sup> STC (2009): Rol N° 1215-2008, c. 28° (Acceso a playas) y (2014): Rol N° 2299-2012, c. 11°. Parece haber una cierta dicotomía entre dos ideas contenidas en el párrafo citado: por un lado, se dice que la proporcionalidad no debe imposibilitar el ejercicio de los atributos del dominio, mientras que, enseguida, se afirma que una limitación es proporcional cuando impone una carga indispensable para lograr un fin público y no hay alternativas posibles, pero no se aclara que si la única alternativa es despojar una o varias facultades, ello podría o no ser privación, pero en cualquier caso sí sería desproporcionado.

<sup>28</sup> STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 22° y 25°; (2012): Rol N° 1991-2011, c. 42°; (2012): Rol N° 1993-2011, c. 42°; (2014): Rol N° 2299-2012, c. 7°.

“limitaciones efectuadas con motivo de la función social no pueden transformarse en una privación del derecho, del bien sobre el que recae o de alguno de sus atributos esenciales”<sup>29</sup>.

Sin embargo, el mismo fallo se hace eco de la idea, contenida en fallos precedentes, de que “la magnitud de la regulación” posibilita “una posibilidad excepcional de privación”<sup>30</sup>. Esto, sin perjuicio de otros que recogen este y otros criterios, como el impacto económico neto de la interferencia regulatoria, para determinar su constitucionalidad<sup>31</sup>.

Hay sentencias en las que la intensidad de la restricción es constatable, pero no aparece como uno de los criterios más relevantes del fallo, no obstante se aprecie como un elemento secundario, por lo que no nos referiremos por ahora a ellos<sup>32</sup>.

### *6.1 La magnitud del impacto regulatorio permite discernir si una restricción es privativa*

El TC ha dictado varios fallos en los que se pronuncia sobre el alcance de una regulación legal. Asume:

“la magnitud de la regulación no resulta indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. (...) 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”<sup>33</sup>.

Otro tanto añade al señalar que más allá de los casos

“claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes) (...) si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo ‘regulaciones expropiatorias’”.

<sup>29</sup> STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° (Monumentos Nacionales).

<sup>30</sup> *Op. cit.*, c. 8° (Monumentos Nacionales).

<sup>31</sup> Estos dos patrones son identificados por ZAPATA (2008), p. 585.

<sup>32</sup> STC (1992): Rol N° 146-1992 y (1993): Rol N° 167-1993 (Letreros Camineros I y Letreros Camineros II), a modo ejemplar.

<sup>33</sup> STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 22°; (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93° y (2014): Rol N° 2299-2012, c. 24°.

Añade el mismo considerando:

“Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19° y 20° del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334)”<sup>34</sup>.

Luego, reiterará que “la magnitud de la regulación” que abre “una posibilidad excepcional de privación”<sup>35</sup> es un factor crucial entre otros que deben ser examinados (naturaleza y objeto de la regulación).

Admite el tribunal:

“que una alteración cualquiera en el precio (de un contrato) no implique privación de la propiedad no equivale a afirmar que cualquiera alteración en el precio no pueda serlo. En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de propiedad. Desde un punto de vista objetivo, la razón de ser de un contrato es su utilidad económica. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro”<sup>36</sup>.

Así, pues, el procedimiento expropiatorio que da lugar a la indemnización procedería no solo frente a una privación completa sino que, también, cuando una restricción impactare significativamente al derecho, caso que se estimaría análogo a una privación total. Una restricción “no significativa” en la esfera de las facultades o atributos del dominio daría a entender que ella debe ser soportada por el titular, como consecuencia de las cargas que impone la función social de la propiedad.

<sup>34</sup> STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 22°; (2009): Rol N° 1141-2009 (Acceso a playas) c. 18°. La misma idea está en (2001): Rol N° 334-2001 (Rentas Vitalicias), c. 19°: “no sólo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados”.

<sup>35</sup> STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° (Monumentos Nacionales).

<sup>36</sup> STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 26°. Asimismo: STC (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93°. Añade: “Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro.”.

## 6.2 *El vaciamiento del provecho económico que reporta el bien o derecho podría constituir privación de la propiedad*

En Peajes de transmisión eléctrica también se adujo el impacto económico como uno de los criterios que permiten discernir la constitucionalidad de una limitación-regulación. El fallo afirma:

“si la magnitud de la alteración [del precio] fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría (...) sostener que se le ha privado de propiedad. (...) la razón de ser de un contrato es su utilidad económica. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro. Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro”<sup>37</sup>.

Para que sea inconstitucional no bastaría que una regulación prive a los contratantes del precio convenido sino que dicha intervención contractual prive a cualquiera de los contratantes del beneficio económico que le reporta el contrato. Queda la duda si el criterio es privar de todo beneficio económico o que la pérdida sea tan significativa que no se justifique la prosecución de la actividad. Otro aspecto que no queda claro es la vinculación entre privación de beneficio económico y privación de la esencia de la propiedad.

## IV. CIERTOS CRITERIOS COMPARADOS QUE PERMITEN DISCERNIR EL CARÁCTER EXCESIVO O PRIVATIVO DE REGULACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

Más allá de si el TC recoge efectivamente hipótesis de privación parcial o de expropiación regulatoria al derecho de propiedad, coincidimos con varios autores<sup>38</sup> en que son reconocibles ciertos patrones o líneas argumentales que subyacen en algunos fallos donde se examina la constitucionalidad de una regulación que, sin constituir una privación total del derecho de propiedad, interfiera de un modo más o menos intenso en su contenido. Hay una serie de regulaciones generales al derecho de propiedad que, no obstante ser ajustadas a la Constitución pueden generar en el titular del derecho una carga

<sup>37</sup> STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de transmisión eléctrica) c. 26°. Agrega: “el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo en virtud del contrato, es que el legislador justifica esa limitación en una exigencia de interés público constitucionalmente aceptado”.

<sup>38</sup> ZAPATA (2008), pp. 583-586; MATUTE (2014), p. 114 y ss.

desproporcionada, no exigible conforme al principio de igualdad o impeditiva de su libre ejercicio o, bien, un efecto similar a una privación.

Observaremos que varios tribunales extranjeros han acudido a los aludidos criterios para concluir que en ciertas ocasiones hay regulaciones que sin ser *de suyo* privativas del derecho de propiedad, pueden ser inconstitucionales o ilegítimas (*v. gr.*, contrarias al Convenio Europeo de DD.HH. o al tratado de inversión extranjera) cuando la normativa se estime excesiva en su impacto, desequilibrada entre los medios y el fin regulatorio o impeditiva del libre ejercicio del derecho, entre otros motivos. En los casos a los que haremos referencia los tribunales se pronuncian directamente sobre el carácter compensable de tales limitaciones o, bien, dejan abierta la puerta para proceder a la indemnización por el sacrificio excesivo o desproporcionado de la regulación, pero no por su carácter privativo-expropiatorio.

### *1. Cuando la normativa imposibilita un uso o provecho privado*

Para el TC alemán una regulación a la propiedad puede ser inconstitucional no por constituir una expropiación<sup>39</sup>, sino porque ha ocurrido una “restricción injustificada”<sup>40</sup> al ejercicio del derecho. La Ley de Monumentos se estimó inconstitucional al privar *desproporcionadamente* al dueño del inmueble de toda posibilidad significativa el uso del inmueble<sup>41</sup>. La ley estatal de Protección de Monumentos Culturales establecía un interés público histórico y cultural en conservar ciertas propiedades. El párrafo 13 disponía que solo por motivos de bien común puede autorizarse la alteración de un monumento protegido. El dueño de una propiedad afectada solicitó autorización para demolerla, fundado en que el costo de mantención era altísimo y le estaba prohibido usarla para fines distintos a los residenciales. No había encontrado compradores y se encontraba vacía desde 1981. La solicitud fue denegada y se fundó en que bajo esta ley la autoridad solo debe considerar el interés público en demoler y no los del propietario.

Llegado el asunto al TC alemán, este sostuvo que, si bien el propietario debe aceptar que “se le prohíba un uso rentable de la propiedad”, pues la Constitución “no protege el uso más lucrativo de la propiedad”,

“cosa distinta ocurre cuando el propietario de un monumento no puede hacer uso de él, y en la práctica tampoco lo puede vender, caso en que

<sup>39</sup> Para el TC alemán, solo puede ser calificada como expropiatoria una regulación que tenga por objeto una expropiación en regla.

<sup>40</sup> Sentencia BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.6.2002, Absatz-Nr. (1-44), párr. 39, Caso Advertencia de Glicol en los vinos (2002), texto disponible en [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20020626\\_1bvr055891en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20020626_1bvr055891en.html).

<sup>41</sup> ALEXANDER (2006), p. 120.

se restringe por completo toda posibilidad de una utilidad privada. Si se acepta el deber legal de conservación, entonces el derecho será una carga que el propietario tendrá que llevar con fundamento en el interés general, sin poder gozar de las ventajas de un uso privado. La situación jurídica del afectado se asemeja a una situación en la que la palabra 'propiedad' ya no sirve para nada. La denegación de una autorización para demoler deja de ser razonable. Si el bienestar común, en opinión del legislador, requiere de la conservación del monumento cultural protegido, como ocurre en el caso de edificaciones con un significado histórico cultural, esto se puede alcanzar sólo por la vía de la expropiación (§30, párrafo 1 DSchPflG)<sup>42</sup>.

Aunque la ley contemplaba una compensación monetaria, ello no impide, a juicio del TC alemán, la inconstitucionalidad del artículo 13, párrafo 1, pues:

“la norma no excluye la posibilidad de gravar en forma desproporcionada al propietario, y no contempla ningún tipo de disposición con el objeto de evitar esta clase de intervenciones en la propiedad”<sup>43</sup>.

Al parecer, fue crucial “el hecho que no subsistía ninguna posibilidad significativa para usar el edificio”<sup>44</sup>. La propiedad dejaba de considerarse como tal, por lo que la intensidad o impacto de la regulación es determinante (como lo veremos en caso Lucas). Luego de este fallo, los legisladores han procurado introducir medidas –*v. gr.*, cláusulas salvatorias– en regulaciones urbanísticas y en áreas de protección histórico-cultural, que contribuyen a equilibrar las intervenciones administrativas que resulten desproporcionadas<sup>45</sup>.

En Papamichalopoulos, el TEDH dijo que aunque los propietarios nunca habían sido expropiados, luego de haberse transferido el bien raíz a la Armada, ellos se vieron “incapacitados de usar su propiedad o de venderla, legarla, hipotecarla o siquiera regalarla”<sup>46</sup>. Se afirmó además:

“la pérdida de la facultad de disponer del terreno en cuestión, junto con el fracaso de los intentos hechos para remediar la situación reclamada, conllevaron consecuencias suficientemente serias como para haber sido expropiado de facto de un modo incompatible con su derecho al goce disfrute pacífico de sus propiedades”<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Monumentos Nacionales (1999) Sentencia BVerfGE 100, 226, en SCHWABE (2009) p. 435.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, pp. 435 y 437.

<sup>44</sup> ALEXANDER (2006), p. 120.

<sup>45</sup> MOSTERT (2004), p. 6, cit. por ALEXANDER (2006) p. 116.

<sup>46</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Papamichalopoulos and Others v. Greece, Series A N° 260-B, párr. 43.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, párr. 45.

Los ejemplos expuestos a modo ilustrativo muestran que las interferencias regulativas o fácticas al derecho de propiedad pueden ser tener un alcance de tal envergadura que, sin ser estrictamente privativas o expropiatorias, producen un efecto análogo que imposibilita el provecho de alguna de las facultades dominicales.

## 2. Si la regulación impide un uso o provecho económico

En Penn Central, la Corte Suprema estadounidense estableció un test de tres exigencias que debían ser cumplidas para decidir en qué ocasiones una regulación estatal tenía un carácter expropiatorio, análogo a una privación o despojo (*taking*), por lo que la lesión producida por la intervención legislativa debía ser indemnizada. Nos interesa subrayar el tercer requisito referido al “Impacto económico de la acción estatal”.

Se reclamaba en contra de la Ley de sitios de interés de la ciudad de Nueva York, algo así como una ley de monumentos de interés. En virtud de tal normativa, la Grand Central Terminal fue declarada hito de interés, lo que impedía destruirla o modificarla sin previa autorización de la Comisión de Sitios de Interés. Esta entidad no autorizó la operación en virtud de la cual la Compañía de Transportes Penn había celebrado un contrato para vender los derechos de edificar sobre el Terminal. Si bien en este caso la Corte sostuvo que el “efecto de la Ley de Sitios de Interés es simplemente prohibir a los apelantes (...) ocupar porciones del espacio aéreo sobre el Terminal” de todos modos

“les permite usar el resto de la propiedad en una forma lucrativa. La Ley de Nueva York no interfiere de ningún modo con el uso presente del Terminal”<sup>48</sup>.

Este tercer factor no determina en sí mismo que la regulación sea considerada expropiatoria por el mero impacto económico o disminución del valor de la propiedad sino cuando además de la disminución del provecho económico, la propiedad no pueda ser utilizada de ningún otro modo o uso económicamente viable<sup>49</sup>, por ejemplo, del modo en que estaba siendo utilizada hasta el momento de aplicársele la regulación en cuestión.

Lamentablemente, la Corte Suprema estadounidense no ha sido diáfana en precisar si este criterio podría ser utilizado con prescindencia de otros requisitos del mismo test y, en general, de otros estándares a lo que ha acudido<sup>50</sup>, por ejemplo, el test de dos frentes del caso *Agins*. Uno de ellos es que tratándose de la regulación de uso de suelos, esta tiene efecto expropiatorio

<sup>48</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1978) 438 U.S. 104, 125.

<sup>49</sup> MATUTE (2014), p. 105.

<sup>50</sup> Este y otros tests pueden ser consultados en FISHEL (1995) y DELAVEAU (2006), pp. 411-438.

si es que “le priva al dueño de un uso económicamente viable de su tierra”<sup>51</sup>. En otros casos ha sido crucial para el tribunal constatar que la norma “equivale aquí a una virtual abolición del derecho a transmitir una especie de propiedad (...) a sus herederos”<sup>52</sup>, lo cual unido al criterio del

“impacto económico de la regulación” (“no hay duda que el relativo impacto económico [de la disposición legal] sobre los dueños de estas propiedades puede ser sustancial”<sup>53</sup>),

ha servido para estimar inconstitucional la regulación.

En Lucas, el tribunal estadounidense se enfrentó a una norma que prohibía al reclamante y demás propietarios de tierras adyacentes construir cualquier vivienda permanente en los lotes adquiridos, con el fin de prevenir daños (erosión de las dunas) promover ciertos bienes (turismo, acceso a playas y un hábitat para plantas y animales). Si bien Lucas seguía siendo dueño, su terreno había perdido todo su valor económico. El fallo sostuvo:

“la privación total del propietario del derecho a usar su propiedad de tal forma que le impide obtener beneficios de la misma es equivalente a una apropiación física”,

pues, “¿para qué sirve la tierra si no *es para obtener ganancias de ella?*”<sup>54</sup>. La privación del provecho debe ser total. Si la “pérdida es un pelo menos que total”, el reclamante podrá exigir que ha habido una privación fundado en “el nivel con el que la regulación ha interferido las legítimas expectativas de la inversión”<sup>55</sup>.

Cabe destacar la semejanza de estos criterios –en particular el impedir un uso económicamente factible– con el estándar establecido por el TC alemán en Ley de Monumentos, aunque hay que ser cuidadoso para comparar abstractamente la jurisprudencia alemana con la estadounidense en materia de derecho de propiedad<sup>56</sup>. Por ejemplo, dado que este derecho no conlleva una función social bajo la Carta estadounidense, la Corte ha dicho que el discernimiento sobre si una acción estatal constituye una expropiación

<sup>51</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1980) 447 U.S. 255, 260.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1981) 481 U.S. 704, 116.

<sup>53</sup> *Op. cit.* 481 U.S. 704, 114.

<sup>54</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1992) 505 U.S. 1003, 1017. En 1019 agregó: “hay buenas razones que sustentan nuestra habitual convicción de que cuando el propietario de un bien raíz ha sido obligado a sacrificar todo beneficio o uso económico en nombre del bien común, esto es, dejando su propiedad económicamente inútil, él ha padecido una privación”.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, nota al pie N° 8.

<sup>56</sup> ALEXANDER (2003), pp. 733-778. A modo ejemplar, el autor otorga al derecho de propiedad bajo la Ley Fundamental de Bonn un estatus mayor que al mismo derecho bajo la Constitución estadounidense, debido a que en la primera, la propiedad privada cumple una función social.

“es, en esencia, una determinación sobre si el público, en definitiva, antes que el dueño individualmente considerado, debe soportar el peso del ejercicio del poder estatal en promover el interés público”<sup>57</sup>.

Hay un caso interesante del TC peruano. Town House obtuvo certificados de zonificación y vías que le permitían desarrollar un proyecto inmobiliario en sus terrenos en un distrito de la capital. Luego, la Municipalidad de Lima dictó una ordenanza que declaró como Zona de Protección y Tratamiento Paisajista y cuyo artículo 10 ordenaba “prohibir la ocupación (habilitación y edificación) en áreas calificadas como Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)”, dentro de las que se encontraban los terrenos de la empresa.

La empresa recurrió ante el TC peruano, que acogió la acción. Luego que señalar que “las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas” en la Constitución, sostuvo:

“se advierte una amenaza cierta e inminente de vulneración al uso y disfrute de la propiedad del recurrente puesto que las medidas adoptadas en la Ordenanza (...) recortan las legítimas y reales expectativas del demandante, orientadas a darle el uso real y concreto para el cual fue adquirido el predio”<sup>58</sup>.

El caso parece ser similar a Lucas, donde se utilizó el test del “uso económicamente viable”, pues se precisa que entre los elementos a analizar en una expropiación indirecta, está la interferencia sobre las expectativas económicas razonables del inversionista. Es decir, se debe tener en cuenta si la medida estatal elimina o reduce significativamente los beneficios esperados del bien<sup>59</sup>.

### *3. La falta de previsión de la específica carga que se impone produce la inviabilidad del negocio*

La doctrina ha señalado que la infracción al principio de igualdad debe ser corregida por el legislador mediante la adopción de medidas que remedien el particular y específico desequilibrio generado por el acto estatal por medio del reconocimiento del derecho a una compensación (que puede no ser siempre en dinero). Sin estos remedios, la norma así concebida sería inconstitucional<sup>60</sup>.

En el caso recién referido del TC alemán, Monumentos Nacionales, el resultado que produjo la normativa impugnada –vaciamiento material de las facultades del dominio y la exclusión de cualquier posibilidad de aprovecha-

<sup>57</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1980) 447 U.S. 255, 260.

<sup>58</sup> STC de Perú (2012): Rol N° 0239-2010-AA, c. 13°.

<sup>59</sup> VELÁSQUEZ (2013), p. 253.

<sup>60</sup> ROLLER (2001), p. 1005; PAPIER (2008), p. 187.

miento— fue estimado inconstitucional al ser considerada como manifestación de una carga desproporcionada violatoria del principio de igualdad. Sin embargo, el caso que inauguró este criterio es el de los Ejemplares obligatorios. Se estimó contrario a la Constitución la obligación recaída por la ley sobre todos los editores, de entregar en forma gratuita a la biblioteca pública un ejemplar de cada edición a fin de que todas las nuevas publicaciones estuvieran al alcance de todos los ciudadanos en estas bibliotecas, además de garantizar la conservación de los textos. Un editor de libros de lujo acudió a la justicia afirmando que dicha ley le ocasionaba un perjuicio especial, dadas las particulares condiciones en que desarrolla su negocio.

El Tribunal Administrativo, conociendo del asunto, planteó la cuestión al TC, el cual sostuvo que, si bien la objetada disposición legar constituía una delimitación a la propiedad y no una expropiación, ella no se ajustaba con los principios de proporcionalidad y de igualdad, al gravar por igual a todas las personas dedicadas a la actividad editorial, sin advertir en que la carga impuesta resultaba desproporcionada y discriminatoria, pues al no prever la situación excepcional (igualdad) le era insostenible (desproporcionado) cumplir con la entrega gratuita tratándose de editores de colecciones de lujo cuyo tiraje de venta suele ser reducido.

#### *4. Falta actualidad o correspondencia entre los medios que prevé la norma y los fines que persigue*

En el caso de la Ley de Pequeños Huertos, el TC alemán la estimó inconstitucional, dado que la magnitud de la restricción a la facultad de uso del dueño era desproporcionada respecto al fin buscado. Una ley federal restringía severamente el derecho de los dueños de ciertos terrenos de poner término a su arriendo. Esta limitación se justificaba en un momento, pues era habitual que los dueños de grandes terrenos arrendaran pequeños lotes utilizados como huertos, cuya explotación fue clave en un periodo histórico reciente para la alimentación de los arrendatarios como de los alemanes. Con el advenimiento de la producción alimentaria masiva y el crecimiento de las ciudades, los arrendadores prefirieron darle a sus tierras un uso más intensivo para fines comerciales toda vez que la renta en tal evento era mucho mayor que para el uso agrícola.

La agencia regulatoria rechazó una solicitud de los dueños de los lotes para dar término anticipado a los arriendos puesto que la ley en cuestión no contemplaba el cambio de circunstancias como fundamento para poner fin a los arriendos. Llevado el asunto al TC alemán, este afirmó su inconstitucionalidad debido a que la magnitud de la restricción a la libertad de los dueños era actualmente desproporcionado en relación con el fin público que proclamaba. Mientras el propósito original de tales huertos era servir como fuente de alimentación en tiempos de necesidad social, actualmente tales lotes no

cumplían sino una función recreativa, la cual, si bien posee una indudable relevancia social es derechamente menos poderosa que la función originaria<sup>61</sup>.

La disposición legal se estimó inconstitucional porque no satisfizo un estándar mínimo de razonabilidad: simplemente la restricción prevista originariamente en la ley ya no cumplía su cometido. El medio legal contemplado no permitía actualmente satisfacer el fin previsto en la normativa. Otro modo de ponerlo es que la debilidad de la actual función de la ley (recreativa) no justificaba una restricción tan severa a los propietarios<sup>62</sup>.

Un caso estadounidense que es ilustrativo en esta materia es *Nollan*. La Comisión de Costa de California exigió a los propietarios de un sitio costero la entrega de una porción de la propiedad para una servidumbre pública como condición para erigir su vivienda. El estado sostuvo que esta exigencia fue motivada para impedir el bloqueo de la vista hacia la playa y, asimismo, para permitir el libre paso del público hacia la playa. Lo interesante es que se sostuvo que la servidumbre exigida no contribuía a mitigar el bloqueo de la vista, motivo por el cual la condición impuesta no guardaba conexión causal con fin perseguido por la regulación.

El fallo afirma que la restricción –ceder parte del terreno para una servidumbre de paso– como condición para levantar la prohibición de construir, simplemente no sirve al fin de la regulación invocada por el regulador –proteger la vista hacia el mar y evitar la congestión. El regulador

“asumió que el poder para prohibir la construcción de la casa para proteger la vista del público al mar seguramente comprende el poder de condicionar el permiso de construcción a algún tipo de cesión por parte del dueño, incluso una cesión de derechos de propiedad, que persigue el mismo fin”<sup>63</sup>.

El problema reside en que

“la propiedad constitucionalmente protegida desaparece, sin embargo, si la condición [de ceder parte de la propiedad] que sustituyó a la prohibición [de construir] notoriamente falla en lograr el fin promovido como justificación de la prohibición”<sup>64</sup>.

Así, fundado en decisiones previas que afirmaban que una “restricción en el uso puede configurar una privación ‘si no es razonablemente necesaria para el logro del relevante fin gubernamental’”<sup>65</sup>, afirmó:

<sup>61</sup> Sentencia BVerfGE (1979) 52, 1 Caso Pequeños Huertos.

<sup>62</sup> ALEXANDER (2006), p. 136.

<sup>63</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1987) 483 U.S. 825, 836.

<sup>64</sup> *Op. cit.*, 837.

<sup>65</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1987) 483 U.S. 825, 834, cita a *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, (1978) 438 U. S. 104, 438 U. S. 127.

“la falta de nexo entre la condición y el fin primitivo de la restricción de construcción convierte tal fin en algo distinto de lo que era. El fin entonces se transforma, así de simple, en la obtención de una servidumbre que busque servir algún legítimo fin gubernamental pero sin el pago de una compensación”.

Concluye:

“a menos que la condición impuesta por la autoridad sirva el mismo fin estatal al que sirve la prohibición de desarrollo inmobiliario, la restricción de construcción no es una regulación válida de uso de suelo”<sup>66</sup>.

Aunque por motivos de espacio no podremos hacer mayor referencia, cabe recordar que la falta de adecuación entre la finalidad pública y la medida adoptada (análisis propio del principio de proporcionalidad) también ha servido para que el TC de Perú haya identificado lesiones inconstitucionales al derecho de propiedad<sup>67</sup>.

##### *5. El acto examinado es ilegítimo si no logra un justo equilibrio entre el interés público y el del dueño*

El justo equilibrio entre los intereses de la comunidad y aquellos de la persona afectada es el criterio fundamental al que ha acudido el TEDH para decidir si una normativa que compromete cualquiera de las tres hipótesis de lesión a la propiedad que prevé el artículo 1° del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos –privación, controles al uso u otras interferencias al ejercicio del derecho– se encuentra o no justificada<sup>68</sup>. Un aspecto crucial del estándar consiste en que los fines del acto regulativo sean proporcionales a los medios empleados para su logro. La elasticidad del justo equilibrio se corta cuando el acto conlleva una carga excesiva en el afectado<sup>69</sup>, por muy importante que sea el fin involucrado.

Así, en *Forminster Enterprises*, el TEDH sostuvo que, no obstante la indudable relevancia del fin perseguido (investigación criminal de ciertos delitos económicos) la prohibición de disponer de los bienes (acciones) del reclamante fue tan larga (doce años) que no se respetó el justo equilibrio entre los intereses de la sociedad y los de la empresa afectada, por lo que “ésta ha sido obligada a soportar un carga excesiva como resultado de la duradera

<sup>66</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1987) 483 U.S. 825, 837.

<sup>67</sup> STC de Perú (2008): Rol N° 1735-2008-AA, c. 6°.

<sup>68</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1982) *Sporrong and Lönnroth*, Sentencia, 23 de septiembre de párr. 69; *Holy Monasteries v. Greece*, sentencia, 9 de diciembre de 1994, párr. 70 y *Velosa Barreto v. Portugal*, Series A N° 334, sentencia, 21 de noviembre de 1995, párr. 36. Asimismo, véase: ALLEN (2007), pp. 294-298 y 305 y LÓPEZ (2014), pp. 60-61.

<sup>69</sup> MONTT (2009), p. 220. El autor estima que el *fair balance* no aplica en caso de privaciones.

suspensión”<sup>70</sup>. Algunos de los factores en que se descompone el estándar para discernir “si la medida a cumplido la exigencia de justo equilibrio y, particularmente, si impone una carga desproporcionada” han sido

“el carácter de la interferencia, el fin perseguido, la naturaleza de los derechos de propiedad afectados, y la conducta del reclamante como de las autoridades del Estado que interviniente”<sup>71</sup>.

Este examen solo tiene sentido una vez que el acto estatal se encuentra fundado en la ley y no es arbitrario<sup>72</sup>. Para los efectos de este trabajo, basta por ahora señalar que en lo que tiene relación con la determinación de los fines como de los medios, en materia de propiedad, este tribunal ha otorgado un amplio margen de apreciación a los Estados.

El TEDH ha dicho que la *privación* a que se refiere el artículo 1 comprende no solo los despojos o apropiaciones directas sino, también, aquellos actos regulatorios equivalentes a ello. Lo expresó por primera vez en *Sporrong y Lönnroth*, al controlar si una regulación a la propiedad, que no correspondía a una expropiación formal, “era equivalente a una expropiación de facto”<sup>73</sup>. Aunque la conclusión fue negativa en esta ocasión, el caso no solo abrió la senda a través de la cual el tribunal reconoció con posterioridad situaciones de expropiación indirecta sino que le permitió ir sentando ciertas bases a partir de las cuales es posible advertir que aquello ha tenido lugar, todo ello bajo la rúbrica conceptual de la falta de justo equilibrio.

Es interesante examinar que algunos criterios que podrían ser indicativos de una privación indirecta –imposibilidad de un uso o provecho económico, destrucción de la propiedad, extinción del derecho, entre otros– coinciden con aquellos que han sido admitidos por los máximos tribunales en otras jurisdicciones como hipótesis de expropiación regulatoria o interferencia ilegítima en la propiedad. Pero también el TEDH ha incorporado nuevos estándares cuyo desconocimiento podría dar lugar a una privación indirecta<sup>74</sup>. Por otra parte, hay garantías que el TEDH ha aplicado a las privaciones –una adecuada y pronta compensación–, las que podrían ser exigibles también frente a interferencias no privativa pero desproporcionadas.

<sup>70</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2008) *Forminster Enterprises Limited v. Czech Republic*, sentencia, 9 de octubre de 2008, párr. 77.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, párr. 75.

<sup>72</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2011) *Seryavin and Others v. Russia*, sentencia, 10 de enero de 2011, párr. 107. Asimismo, (200) *Beyeler c. Italia*, sentencia, 5 de enero de 2000, párr. 107.

<sup>73</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1982) *Sporrong and Lönnroth*, sentencia, 23 de septiembre de 1982, párr. 63.

<sup>74</sup> El criterio de “buen gobierno” a que se ha referido LÓPEZ (2014), pp. 62-63 y al deber “de actuar oportunamente, de manera apropiada y con la mayor consistencia” del caso *Moskal v. Polonia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, 15 de septiembre de 2009, párr. 51.

Si bien las restantes regulaciones a la propiedad –controles en el uso u otras interferencias– en principio no son compensables, esta posibilidad no queda excluida, toda vez que para el TEDH un acto estatal no cumplirá el “justo equilibrio” (o será desproporcionado) cuando el fin pretendido por la normativa haya podido ser satisfecha sin imponer una carga excesiva en el regulado<sup>75</sup>. El tribunal ha llegado excepcionalmente a dicha conclusión en casos de controles al uso de la propiedad<sup>76</sup> como en otro tipo de interferencias. La cautela con que ha operado el TEDH para delinear criterios acerca de cuando una regulación puede ser equivalente a una privación indirecta, se debe fundamentalmente a que la segunda regla exige una interferencia sustancial en el disfrute de la propiedad para que se estime contraria a la Convención<sup>77</sup>.

La falta de equilibrio puede tener varias manifestaciones. Algunas se verifican cuando se infringen derechos que, sin tener directa relación con la propiedad, terminan generando en su contenido o ejercicio un impacto análogo al de una privación. Otros ejemplos de falta de equilibrio se han constatado cuando no ha existido compensación<sup>78</sup> o esta ha sido insuficiente<sup>79</sup>.

En el caso Hentrich, por ejemplo, los demandantes compraron un bien raíz en Francia. Con posterioridad, la autoridad francesa ejerció un derecho de opción de compra preferente que, conforme a la legislación, le permitía hacerse del bien pagando el precio convenido en el contrato y un diez por ciento adicional si se estimaba que el precio de la compraventa había sido muy bajo. Las acciones judiciales no prosperaron en las instancias francesas, pues la normativa no contemplaba un procedimiento para reclamar del monto del pago. Por ello es que el TEDH afirmó que había existido una expropiación indirecta, por falta de un *justo equilibrio*, puesto que:

<sup>75</sup> ALLEN (2005), p. 119; VAN DIJK *et al.* (2006), pp. 888-889; LÓPEZ (2014), p. 68.

<sup>76</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1999) Chassagnou and Others v. France, Reports of Judgments and Decisions 1999-III, sentencia 29 de abril de 1999; Immobiliare Saffi v. Italy, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, sentencia, 28 de julio de 1999; Hutten-Czapska, sentencia, 22 de febrero de 2005; Saliba and Others v. Malta, sentencia, 22 de noviembre de 2011 y Lindheim and Others v. Norway, sentencia, 12 de junio de 2012. También: Schneider v. Luxembourg, sentencia, 10 de julio de 2007; Hermann v. Germany, sentencia, 26 de junio de 2012.

<sup>77</sup> CLAYTON & TOMLINSON (2000) p. 1308.

<sup>78</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1994) Holy Monasteries, sentencia, 9 de diciembre de 1994, párr. 71: “la privación de la propiedad sin el pago de un monto razonablemente vinculado a su valor, generalmente constituirá una interferencia desproporcionada, y la falta de toda compensación puede ser justificable en el Artículo 1 únicamente bajo circunstancias excepcionales”.

<sup>79</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1986) James and Others v. UK, sentencia, 21 de febrero de 1986, párr. 54: “Para determinar si la legislación controvertida establece un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego y si, entre otras exigencias, no impone a los demandante una carga desmesurada (...), hay que considerar, evidentemente, las condiciones de la indemnización”.

“como un víctima selectiva del ejercicio del derecho de opción de compra preferente, la señorita Hentrich ‘soportó individualmente una carga excesiva’, la cual podría haberse estimado legítima únicamente si ella hubiera tenido la posibilidad, que le fue denegada, de reclamar efectivamente de la medida adoptada en su contra”<sup>80</sup>.

Los casos expuestos y aludidos son ejemplos ilustrativos de que el TEDH puede estimar que una normativa o acto estatal (como también una omisión) puede estimarse una privación sustancial al derecho de propiedad bajo la forma de una expropiación indirecta o, bien, una interferencia o regulación desproporcionada, infracciones todas que caben bajo la amplia rúbrica de falta de justo equilibrio.

### *1. Las delimitaciones fundadas en el bien común o función social deben ser compensadas*

Interesante es el caso Servidumbres eléctricas, de la Corte Constitucional de Colombia. Aunque aquí se examina la constitucionalidad del proceso sumario configurado por el legislador para la imposición de servidumbres de conducción de energía eléctrica autorizado por la ley, al valorar la justificación constitucional del trato diferencial al que procesalmente se ven sometidos los propietarios afectados por este tipo de gravámenes, el tribunal se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de estas servidumbres.

Señala que se trata de cargas impuestas en virtud de la función social del derecho (considerando 14°), toda vez que el proceso de constitución de servidumbre pública de conducción de energía eléctrica tiene como propósitos esenciales facilitar la implementación expedita de las obras necesarias para la adecuada prestación del servicio público, por un lado, y, por otro, también persigue “garantizar que el propietario o poseedor del inmueble sirviente sea compensado con una indemnización justa”<sup>81</sup>. Es decir, encuentra ajustado a la Constitución y constituye, de hecho, un elemento fundamental de la *ratio decidendi* que el legislador haya previsto la compensación directa de las restricciones a la propiedad impuestas para asegurar la conducción de la energía eléctrica<sup>82, 83</sup>.

Interesante aproximación, pues entiende que la función social no solo se cumple por el fin público que satisface la normativa legal que limita al pro-

<sup>80</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1994) Hentrich c. Francia, sentencia, 22 de septiembre de 1994, párr. 49.

<sup>81</sup> Corte Constitucional de Colombia (2007): Rol N° C-831 de 2007, FJ. 17°.

<sup>82</sup> SANTAELLA QUINTERO (2010), p. 503, nota al pie 1739. Aunque en 504, el autor dice: “la previsión legal de compensaciones fundadas en intervenciones delimitadoras de la propiedad no sea inconstitucional no supone que constituyan una exigencia de la Constitución” Colombiana.

<sup>83</sup> Corte Constitucional de Colombia (2007): Rol N° C-831 de 2007, FJ. 15-25°.

pietario sino, también, porque la compensación impide que el objetivo público se obtenga cargando en unos pocos lo que constituye una responsabilidad común.

## 2. *La medida conlleva una ocupación física permanente*

En Loretto, el máximo tribunal estadounidense sostuvo que bastaba constatar que se había producido una *ocupación física permanente* de la propiedad, autorizada por el Estado, para concluir que se trataba de una regulación expropiatoria, sin necesidad ulterior de acudir a otros requisitos que la Corte ha empleado en otros casos.

La Ordenanza General de Urbanismo del Estado de Nueva York ordenaba a los dueños de edificios permitir la instalación de equipos de TV-cable, a fin de que los ocupantes de los departamentos puedan tener acceso a la señal por cable y de este modo facilitar el acceso y conexión a edificios contiguos con el mismo objeto. Lo interesante es que a la Corte Suprema le bastó

“afirmar la regla tradicional de que una ocupación física permanente de la propiedad es una privación [*taking*]. En tal situación, el dueño de la propiedad goza de una legítima expectativa, históricamente enraizada, de ser compensado, y el carácter de la invasión es cualitativamente más intrusivo que quizás cualquier otra categoría de regulación de la propiedad”<sup>84</sup>.

Es un caso de regla expropiatoria *per se*, puesto que la magnitud y permanencia de la intrusión justifican por sí mismo el carácter privativo de la regulación, “con independencia de si la acción satisface un beneficio público relevante o tiene un mínimo impacto económico en el dueño”. La Corte Suprema acude a una metáfora para ilustrar la seriedad de la invasión:

“el gobierno no se apropia simplemente de una sola ‘vara’ del ‘ramillete’ de los derechos de propiedad sino que corta todo ramillete, sacando un pedazo de cada vara”<sup>85</sup>.

Como lo vimos en *Nollan*, el tribunal norteamericano sostuvo que la imposición de una servidumbre de paso como condición para construir una casa en un terreno adquirido en la costa de California era una “ocupación física permanente”, toda vez que:

“autoriza a las personas un derecho de paso permanente y continuo de ida y venida, de modo que la propiedad física pueda ser continuamente

<sup>84</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1982) 458 U.S. 419, 441.

<sup>85</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1982) 458 U.S. 419, 435, por ambas citas. La segunda es tomada de *Andrus v. Allard* (1979), 444 U. S. 51, 444 U. S. 65 66.

atravesada, aun cuando no se permita a nadie estacionar permanente sobre el sitio”<sup>86</sup>.

Aunque este no es el argumento principal, resulta de particular interés de cara a su eventual aplicación a un caso como los de Acceso a playas resueltos por el TC chileno, además de ser un claro caso de cómo una regulación puede ser tan intrusiva que deba ser indemnizada, pues se trata de una privación parcial, pero significativa por su carácter permanente e invasivo.

*3. La norma legal no tiene un alcance general por lo que impone una carga desigual al beneficiar a un solo grupo de sus destinatarios*

Aunque el siguiente caso no es un fallo del TC, es interesante por su alcance. El referido criterio se encuentra facilitado por el modo en que la Constitución Sudafricana protege el derecho de propiedad. El texto dispone:

“Ningún individuo podrá ser privado de sus bienes salvo conforme a los términos de las leyes de aplicación general, y ninguna ley podrá permitir la privación arbitraria de los bienes”<sup>87</sup>.

Pues bien, en el caso Joubert, el tribunal estimó contrario a la Constitución una ley que pretendía dar solución a la toma ilegal de un terrenos que al momento de la ocupación estaba siendo habitado por otros pobladores.

El TC sostuvo que la norma permite una arbitraria privación de la propiedad. El fallo afirma que la ley favorece al ocupante del terreno sin brindar ninguna atención “especial sobre lo que es justo para el dueño”. También tiene elementos de análisis vinculados al efecto privativo que puede producir una regulación. Así, señala que el efecto producido por ciertas disposiciones de la ley que obligan al dueño a proveer habitación hacen que “el dueño del terreno elegido por el ocupante tenga que pagar el precio de su propio bolsillo con miras al interés social”<sup>88</sup>. Concluye diciendo que aunque la Constitución

“no permite la ‘privación arbitraria de la propiedad’, el alcance de la Ley (...) protegió una ocupación que fue ilegal y arbitrariamente tomada, permitiendo de este modo la arbitraria privación de la propiedad. Según la Corte, la Ley (...) [en cuestión] no es una ‘ley de aplicación general’ según lo exigido”

<sup>86</sup> Corte Suprema de Estados Unidos (1987) 483 U.S. 825, 832.

<sup>87</sup> Constitución de Sudáfrica, Artículo 25, párrafo 1°.

<sup>88</sup> Alta Corte de Sudáfrica, Joubert and Others v. Van Rensburg and Others, 2011 ISA 753, párr. 37.1 y 37.3.1.

por la Constitución, “toda vez que impuso una carga únicamente a la propiedad agrícola”<sup>89</sup>.

## V. OBSERVACIONES A LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE LIMITACIONES A LA PROPIEDAD

### *1. Necesidad de superar el mito de que las delimitaciones motivadas por la función social no son indemnizables*

Habitualmente se ha entendido que la función social de la propiedad otorga al legislador una amplia libertad de configuración delimitadora en la esfera del Derecho, por lo que las limitaciones impuestas en aras de dicha función social no generarían la obligación de compensar. La superación de este planteamiento no supone que toda restricción o daño padecido por el propietario en la esfera de su derecho debe dar lugar a compensación. La regla debe seguir siendo que las interferencias en nombre de la función social no son indemnizables, pero sin tener un carácter absoluto, del modo en que el Derecho Comparado lo ha ido perfilando.

Algunos autores nacionales han subrayado la necesidad de que los efectos de una regulación dominical puedan ser examinados no solo por su carácter privativo-expropiatorio sino, también, a la luz del alcance excesivo o desproporcionado de la intervención<sup>90</sup>, considerando aspectos tales como, por ejemplo, los efectos económicos desfavorables de una regulación dominical<sup>91</sup>. Las hipótesis admitidas en algunas sentencias del TC chileno –el reconocimiento al impacto de una regulación– no pasan de ser declaraciones líricas si no se define con claridad que pueden haber casos en los que, si bien la normativa enjuiciada no persigue “despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular”, no obstante puede producir efectos análogos a los de una privación o, bien, infringir otras garantías constitucionales, tales como el principio de igualdad en general o la garantía de igual distribución de las cargas públicas que no correspondan a tributos.

La protección constitucional de la propiedad no dejará de ser la mera garantía de que únicamente las privaciones formales dan derecho a indemnización si la jurisprudencia no configura los supuestos mínimos que deben concurrir para que tengan las hipótesis líricas un alcance operativo. Enseguida veremos cómo ello es una tarea pendiente para el TC chileno, tratándose, por ejemplo, del criterio de la magnitud de la regulación.

<sup>89</sup> Alta Corte de Sudáfrica, *Joubert and Others v. Van Rensburg and Others*, 2011 ISA 753, párr. 39.34; 39.4. y 42.1.

<sup>90</sup> CORDERO (2007), p. 64; MATUTE (2014), p. 206.

<sup>91</sup> ALDUNATE (2006), p. 298; DELAVEAU (2006).

## 2. El criterio de magnitud arranca de un supuesto complejo

Hemos visto que la *magnitud* del acto regulatorio ha sido un criterio (todavía admitido hipotéticamente, pues no ha sido aplicado) al que ha acudido el TC para discernir si una provisión legal importa una privación (total) al derecho o al bien, a alguno de sus atributos o facultades (privación parcial) o se trata derechamente de una restricción. Si una regulación

“afecta en una *magnitud significativa* las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha *privado* del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba”<sup>92</sup>.

Creemos que el aludido criterio se edifica sobre la base de la falta de claridad conceptual entre lo que es privación y lo que es limitación/restricción al derecho de propiedad. Asume que la diferencia entre privación y limitación no proviene de la distinción conceptual entre una y otra figura sino que de una determinación fáctica que se erige sobre un continuo conceptual bajo el cual entre la privación y la limitación habría una diferencia de grados. Bajo dicho predicamento, una norma legal podría ser constitutiva de una privación por la *intensa* magnitud de su alcance, lo que supone asumir que entre las dos grandes hipótesis no habría espacio conceptual<sup>93</sup>.

Conforme al criterio de la *magnitud significativa*, en sí mismo considerado, el carácter *leve* de una normativa conduciría a observarla como una regulación limitativa del derecho de propiedad. En cambio, si una norma legal limitase intensamente el ejercicio de este derecho, lo lógico sería considerarla como una regulación privativa. Sin perjuicio de otros inconvenientes que enunciaremos más adelante, sabemos que la intensidad de una normativa no transforma esta necesariamente en significativa (o privativa), así como tampoco la magnitud leve de una limitación no libera a esta de incurrir en una privación.

Un modo impreciso de abordar el estándar de la magnitud corre el riesgo de ser malinterpretado si no se especifica en qué sentido el impacto o magnitud podrían ser significativos. Y esto no es posible responderlo sin preguntarse previamente respecto de qué es el carácter significativo de la regulación, esto es, en relación con qué ejes el impacto de la normativa debe ser significativo, y estos no pueden sino girar en torno a los ejes estructurantes de la díada limitación/privación, que viene dada por la propia Carta Fundamental.

Por lo señalado, cabe destacar *Curtidos Bas*<sup>94</sup>, pues se estimó que la norma cuestionada era inaplicable por producir un efecto –privación de las

<sup>92</sup> STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica) c. 22°; (2009) Rol N° 1141-2009 (Acceso a playas) c. 18°.

<sup>93</sup> ALDUNATE (2006); MIRANDA (2014).

<sup>94</sup> STC (2015): Rol N° 2684-2014, c. 22° (*Curtidos Bas*).

potestades dominicales y consecencial afectación del contenido esencial-cuya constatación se observa con prescindencia del criterio de magnitud, que, veremos, se presta más para discernir el carácter excesivo de una limitación o regulación.

### 3. *Carácter redundante e innecesario del criterio de magnitud*

Atendido que una de las modalidades bajo las que ha sido formulado el referido estándar no ayuda a deslindar las situaciones de privación *versus* de limitaciones a la propiedad, dicha confusión contribuye a que las regulaciones a este derecho sean abordadas casi exclusivamente a partir del estatuto de la propiedad<sup>95</sup>, sin comprender que este derecho fundamental puede verse comprometido por causa de otras garantías constitucionales, tales como la igualdad ante las cargas públicas, el contenido esencial del derecho<sup>96</sup>, entre otras.

En concreto, se trata de no circunscribir el resguardo a la propiedad privada únicamente mediante el párrafo 3° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución (que contempla la hipótesis de privación de algún atributo o facultad esencial), sin olvidar que el texto fundamental también nos ha proveído de otras garantías para tutelar los derechos, como es el caso de la garantía general de no afectar el contenido esencial N° 26 del citado artículo.

Así, mientras el primero tendrá por objeto determinar si la disposición que se cuestiona es constitutiva de privación o restricción al derecho de propiedad, el segundo será determinar si, a pretexto de regularlo, se ha afectado la esencia del derecho o se le han impuesto “condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”<sup>97</sup>. Como se ha podido observar en ambas hipótesis el problema es de calificación, y se configuran como dos sistemas distintos e independientes<sup>98</sup>.

Adicionalmente, en su pretensión de ser extensible por igual a casos de privación como a aquellos de limitación, el criterio de magnitud también pasa por alto que el texto constitucional –no únicamente las normas atinentes al derecho de propiedad–<sup>99</sup> hace diferencia entre las hipótesis de privación y

<sup>95</sup> ALDUNATE (2006); CORDERO (2006); ZÚÑIGA (2013), p. 145 y ss. hacen ver que la noción de continuidad conceptual entre limitación/privación hace que el problema se aborde casi únicamente desde la propiedad.

<sup>96</sup> Ha sido advertido con distinta intensidad de grado por ALDUNATE (2006), pp. 296 y 298; RAJEVIC (2006), p. 46; FERNANDOIS (2006); DELAVEAU (2006), p. 413; GARCÍA (2011), p. 101; BRONFMAN, MARTÍNEZ Y NÚÑEZ (2012), p. 437; MIRANDA (2014), p. 47; MATUTE (2014), p. 205.

<sup>97</sup> *Constitución Política de la República* (Chile) artículo 19 N° 26.

<sup>98</sup> MIRANDA (2014), p. 41; PEÑAILILLO (2006), p. 100 en cuanto señala que este es un problema de calificación jurídica, no de gradación de la magnitud de la regulación.

<sup>99</sup> Tenemos en mente las disposiciones N° 8 y N° 26 del art. 19, que también diferencian entre privación y restricción, además de los incisos 3° y 4° del art. 19 N° 24 de la Constitución.

las de limitación/restricción, por lo que otorgársele a ambas situaciones un tratamiento igualitario requeriría una justificación que está pendiente, al menos para el TC.

Veremos enseguida que la distinción privación/limitación se presta para pensar que el criterio del impacto sirve más bien para determinar la constitucionalidad de las limitaciones antes que la de las privaciones.

#### *4. El criterio de magnitud es pertinente en el ámbito de las limitaciones antes que en la privación a la propiedad*

Como consecuencia del problema de la continuidad conceptual recién observado, el TC ha incurrido en algunas imprecisiones respecto del papel que cabe otorgar al factor magnitud o impacto de la norma legal que incide en el derecho de propiedad. Un predicamento que sostiene que la magnitud de una regulación contribuye a examinar si ha habido una privación al derecho de propiedad no solo tiene el inconveniente de que no se aviene con la distinción –privación total/privación parcial/limitaciones– sobre la que se erige la configuración constitucional del derecho de propiedad en la Constitución chilena.

Si esta admite que existen dos hipótesis basales de afectación a la propiedad, esto es, la privación (incluida la privación parcial) y otras interferencias regulativas/restrictivas/limitativas al aludido derecho, no parece consistente afirmar *in abstracto* que una regulación se ha transformado en privativa por causa de su magnitud. En efecto, es complejo discernir sobre el alcance o impacto privativo que una regulación puede producir en la propiedad si previamente se ha dicho que “un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular”<sup>100</sup> sin precisar con claridad que una norma legal, que en sentido estricto no constituye una expropiación, ni tampoco una privación formal, podría no obstante ser privativa por su impacto.

Sin embargo, el TC chileno no ha admitido con claridad que una regulación puede ser privativa, ya sea por efecto directo (expropiación en regla), ya sea por efecto consecuencial. Es importante clarificarlo, ya que una norma que no constituya una expropiación en regla, efectivamente podría traer consigo una privación al derecho de propiedad, pero no lo será debido a un discernimiento focalizado preferentemente en la gradación, la que puede ser leve o intensa, sino porque se ha producido un efecto o impacto equivalente al de una privación total o parcial<sup>101</sup>. El criterio del efecto es el que se emplea en buena medida en el Derecho Internacional de la inversión. Si los actos del

<sup>100</sup> STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 22°. Asimismo: (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93°.

<sup>101</sup> MIRANDA (2014), p. 62.

estado receptor producen un impacto de privación total o sustancial en la propiedad invertida se entiende que es un acto análogo al de una expropiación y cabe indemnizar<sup>102</sup>.

Por otra parte, el estándar sobre la magnitud es importado de EE.UU., realidad en la que la Constitución no solo no distingue las hipótesis de privación/limitación sino donde la Corte Suprema le ha dado a este criterio una aplicación muy excepcional y casuística. Ha dicho que la magnitud de la interferencia debe ser ponderada junto con otros dos elementos (la relevancia del fin estatal buscado por la regulación y el impacto económico que produce en el propietario) para decidir su constitucionalidad. Allí el factor magnitud, a diferencia de las dos reglas *per se* de los casos Loretto y Lucas, nunca sirve por sí mismo para discernir si ha existido una privación o despojo (*taking*)<sup>103</sup>. Por este motivo categórico, y *mutatis mutandi*, parecería aconsejable situar a la magnitud más bien en la órbita de las limitaciones al derecho de propiedad que de las privaciones.

De este modo, conforme al contexto de la Constitución chilena, la magnitud podría ser muy intensa y no ser privativa por estar justificada en la función social. Con todo, una regulación que contara con estos dos rasgos –intensidad alta sin ser privativa– igualmente podría ser inconstitucional al conllevar una ocupación física permanente (Acceso a playas), lo cual calzaría mejor como una limitación que impone una carga desproporcionada. Otro motivo de inconstitucionalidad podría verificarse si la normativa en cuestión entorpeciera significativamente el libre ejercicio del uso o provecho económico del bien (Monumentos Nacionales), en cuyo caso podría vulnerarse la garantía que prohíbe imponer requisitos o condiciones que impidan su libre ejercicio. O si se detectara una inconsistencia entre los fines previsto por la norma de acceso a playas (“turísticos y de pesca”)<sup>104</sup> y el carácter permanente e indiscriminado de la servidumbre de paso impuesta, sin atender a dicho objeto.

Todo lo expuesto no posee un mero interés conceptual: cuando se examina una regla jurídica, lo primero que cabe discernir es si la norma importa derechamente una privación del derecho, total o parcial, ya que esta hipótesis está prevista en nuestra Constitución. En caso afirmativo, habrá de detectarse si la norma prevé el correspondiente proceso expropiatorio, puesto que este efecto es el único que ha sido previsto por la Ley Fundamental en caso que un propietario sea privado de su derecho de propiedad. Si la opinión, en cambio, es que la norma impone una restricción a su ejercicio, lo que proce-

<sup>102</sup> DOLZER (2002), p. 79; NEWCOMBE (2005), p. 10, LÓPEZ (2014), p. 187 y casos allí citados.

<sup>103</sup> BEEN y BEAUVAIS (2003), p. 61; MONTT (2009), p. 219.

<sup>104</sup> La norma que regula el acceso a playas, decreto ley N° 1939/1977, dice en su artículo 13: “Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto”.

de es examinar si tal limitación se ajusta a los criterios de constitucionalidad, tanto a las reglas del derecho de propiedad como respecto de si la regulación al derecho se condice con otras exigencias constitucionales, tales como la no discriminación, la igualdad ante las cargas o la afectación al contenido esencial del derecho en cuestión.

Si es cierto que aquellas regulaciones no privativas en sí mismo consideradas, pero susceptibles de tener un alcance privativo pueden ser abordadas desde la perspectiva de las regulaciones o limitaciones inconstitucionales, cobra sentido lo señalado por un autor en cuanto a que:

“mientras mayor sea el cercenamiento a las facultades y/o atributos del dominio”, “más se acercará la regulación a una inaceptable afectación del contenido en su esencia”<sup>105</sup>.

##### *5. La función social como factor desequilibrante entre bien particular y bien público*

Se observa una cierta disociación entre lo declarado como premisa y lo resuelto en algunos casos. Para el TC 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”. Precisa que los deberes y responsabilidades que este derecho imponen a su titular “buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad”. Añade: “las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales”<sup>106</sup>.

Sin duda que las limitaciones efectuadas en nombre de la función social obligan al titular del derecho a soportar dichas restricciones o cargas para compatibilizar la propiedad con las exigencias del bien común, pero estimamos que difícilmente hay armonización entre el valor individual y social de la propiedad cuando el fin público de la regulación se obtiene a costa de una norma desproporcionada en relación con sus fines o cuando hace recaer excesivamente sobre los hombros de algunos regulados todo el peso del bien común.

Si el bien común comprende a la sociedad en su conjunto la normativa dictada en pos de la función social de este derecho no puede lograrse en condiciones tales que la búsqueda del bien de todos afecte de modo tan intenso al propietario que ya no se puede hablar de que se ha concretizado un equilibrio entre los intereses del propietario y la sociedad sino que de un sacrificio inusual, un despojo total o sustantivo del titular en aras del colectivo. Por ello es que la función social, que obliga al dueño a soportar restricciones en pos de un fin constitucionalmente lícito, tal como la “seguridad nacional, la utili-

<sup>105</sup> ZAPATA (2008) p. 586.

<sup>106</sup> STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 22° y 25° y (2015), Rol N° 2299-2012, c. 7°.

dad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental<sup>107</sup>, no solo se cumple al invocar la norma legal una finalidad legítima sino por hacerlo de un modo que no altere significativamente el equilibrio entre bien público y sacrificio privado. Este equilibrio suele romperse cuando la norma legal en cuestión vulnera garantías constitucionales distintas al derecho de propiedad, especialmente, la de igualdad ante las cargas públicas.

Esta garantía, entre otras, contribuye a discernir si una regulación (que no es privativa) ha satisfecho o no las exigencias que conlleva la función social de la propiedad. Una de ellas consiste en verificar si la finalidad pública pretendida se puede cumplir<sup>108</sup>. Las otras dos buscan examinar si el dueño afectado con la normativa no padeció una carga desigual o desproporcionada<sup>109</sup>. Esto ha sido señalado por destacados autores, quienes han manifestado que la garantía constitucional que prohíbe la imposición de tributos “manifestamente injustos o arbitrarios” puede ser extensible a las demás cargas patrimoniales no impositivas, de modo que si una norma afectara injusta o desproporcionadamente la propiedad sin disponer la correspondiente indemnización, estaríamos frente a una inconstitucionalidad “por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas”<sup>110</sup>.

Esto, sin perjuicio que lo expuesto también pueda vislumbrarse como una nueva modalidad de vulneración al derecho de propiedad: que una infracción como la aludida puede a su vez servir de base para sostener que las exigencias de la función social no han sido satisfechas por parte de una norma que pretenda limitar la propiedad.

## 6. Falta precisar el rol del contenido esencial como estándar vinculado a situaciones de privación de la propiedad

Para el TC chileno no está claro el rol que debe desempeñar el contenido esencial como garantía independiente del derecho de propiedad aunque vin-

<sup>107</sup> *Constitución Política de la República* (Chile), artículo 19 N° 24, cuyo inciso segundo reconoce tales causales, además de aquella referida a “los intereses generales de la Nación”, como manifestaciones que comprenden la función social de la propiedad.

<sup>108</sup> En esto, la Corte Suprema estadounidense ha sido reacia. No así el TC alemán, como se ha visto.

<sup>109</sup> En varios casos, la Corte Suprema estadounidense ha sido clara en afirmar que la prohibición a las privaciones o despojos (*takings*) sin una justa compensación “fue diseñada para impedir que el Estado imponga a algunos a llevar solos las cargas públicas que, en equidad y justicia, deberían ser llevadas por el público como un todo”, a modo ilustrativo en caso *Penn Central Transportation Co. v. New York City* 438 U.S. 104, 123.

<sup>110</sup> ALDUNATE (2006), p. 298. En sentido análogo, RAJEVIC (2006), p. 46, quien admite que “para nuestra jurisprudencia podrían existir situaciones en que [ciertas regulaciones] sí serían indemnizadas-como lo declaró en el caso *Galletué*, pero no por su calidad de limitaciones, sino como reparación de una desigual repartición de cargas públicas”.

culado a los casos de privación. Si bien ha reconocido que la garantía general que resguarda el contenido esencial de los derechos fundamentales es aplicable para el caso de limitaciones /restricciones/regulaciones/obligaciones al derecho de propiedad, ha señalado que la Constitución ha preservado

“como núcleo esencial de protección del derecho de propiedad los atributos del dominio consistentes en el derecho de usar, gozar y disponer de la propiedad”<sup>111</sup>.

Así, el núcleo esencial del derecho de propiedad comprendería todo el haz de facultades del propietario. El contenido esencial se confundiría con el contenido de todo el derecho de propiedad.

Vayan algunos comentarios respecto de lo señalado. En primer lugar, son muy escasos los ejemplos en que el contenido medular (esencial) de un derecho fundamental se confunde con todo el contenido del Derecho. El derecho a la vida (en cuanto derecho a no ser matado directamente) es claro, puesto que no admite injerencias graduales o parciales. En cambio, casi la totalidad de los derechos admiten grados de interferencia para hacerlos compatible con otros intereses o con las exigencias del bien común. Esto es predicable aún respecto de derechos en particular sensibles (como la intimidad) y se entiende especialmente tratándose de los derechos de contenido económico-patrimonial.

En segundo término, llama la atención que el TC chileno haya sostenido en ocasiones que el contenido esencial del derecho de propiedad comprende las tres facultades del dominio como parte del contenido esencial, en circunstancias que el mismo tribunal ha señalado de modo bastante uniforme 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”<sup>112</sup>. Si lo que se resguarda es lo esencial o medular, esta esfera no puede ser equivalente a todo el haz de facultades de un derecho fundamental y menos de un derecho como el de propiedad. La distinción entre núcleo y periferia también es aplicable al derecho de propiedad. Algunos autores han hecho ver que una idea expansiva de la propiedad, que pretende cubrir todo interés subjetivo no ilícito, tiene el riesgo de hipertrofiarla<sup>113</sup>.

En tercer lugar, y en parte debido a lo ya señalado, se advierte una ausencia de reflexión sobre lo que constituye una privación y su vinculación con el contenido esencial del derecho de propiedad. Salvo excepciones, en que ha admitido que si una regulación priva a una parte del precio del contrato dicha “parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su

<sup>111</sup> STC (2015): Rol N° 2299-2012, c. 9° y 10°, pp. 23-24 (Monumentos Nacionales).

<sup>112</sup> STC roles 43/87, c. 21°; 200/1994, c. 4°; 280/1998, c. 13° y 29°.

<sup>113</sup> VERGARA (1992); CORRAL (1996); DOMÍNGUEZ (1996); FUENTES (1998).

propiedad (...) su legítima expectativa de beneficio económico”<sup>114</sup>, disquisiciones como las señaladas son escasas. Esta distinción es importante porque permite trazar la distinción entre el contenido esencial del derecho de propiedad y su periferia, entendiendo que si se afecta el primero, cabe indemnizar sin intermediación ponderativa, mientras que en caso que se comprometa la periferia, la compensación dependerá de un proceso ponderativo cuyos lineamientos centrales dependen de factores tales como la proporcionalidad o el carácter excesivo de una carga pública.

Si bien no es este el momento de afrontar un desafío conceptual sobre lo que es el núcleo o contenido esencial de la propiedad, debe señalarse que en el Derecho Comparado hay una idea más o menos extendida de que el núcleo del derecho de propiedad se identifica como aquello que constituye una privación total o sustancial. La privación total exige la captura o inutilización del bulto completo de facultades del dominio. (Si solo algunas han sido quitadas, el TEDH los considerará como interferencias en el uso u otro tipo de interferencias<sup>115</sup>). En la privación sustancial lo importante es que la intervención regulativa sea, además, significativa<sup>116</sup>. Algunos ejemplos dan claves como para entender que hay afectación al núcleo o contenido esencial cuando ha tenido lugar una expropiación en forma (TC alemán), una “ocupación física permanente”, una destrucción total o sustancial de todo valor económico (caso Loretto y Lucas, respectivamente, de la C.S. estadounidense) o una “desaparición” del derecho (TEDH, caso Sporong).

Podría decirse que una normativa afecta el núcleo medular o contenido esencial cuando se han verificado aquellas modalidades de interferencia más graves en el derecho de propiedad, esto es, cuando tiene lugar una privación total o sustancial en el Derecho (o en su haz de facultades), el vaciamiento de su beneficio o viabilidad económica o una ocupación física permanente. Lo interesante es que dicha afectación medular –privación total o sustancial– puede ocurrir directamente (por expropiación en forma) o por efecto consecuencial de un acto regulativo o limitativo. En estas situaciones, hay una extendida coincidencia en que cabe indemnizar sin condicionar la procedencia de esta ni su monto a un test ponderativo ulterior.

En fin, el contenido esencial de derecho de propiedad es un concepto que está indisolublemente ligado a la noción de privación-expropiación de este derecho: si se produce una privación total o sustancial ello vulnerará el contenido esencial del derecho.

<sup>114</sup> STC (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93.

<sup>115</sup> WILDHABER Y WILDHABER (2009), p. 659. COBAN (2004), p. 176, también coincide en que la privación de una o algunas de las facultades tampoco es privación.

<sup>116</sup> ALLEN (2000); ALEXANDER (2006); KRIEBAUM (2007), p. 69; MONTT (2009), p. 254 y jurisprudencia citada; LÓPEZ (2014).

## VI. COMENTARIO FINAL

No obstante que varios autores han sostenido que la Constitución admite que ciertas interferencias regulatorias intermedias entre privación y limitación serían indemnizables<sup>117</sup>, conforme a los actuales estándares del TC, ninguna intervención a la propiedad sería en verdad compensable si no es formalmente expropiatoria, sin importar cuán hondo haya calado en su contenido.

Lo anterior se debe, en parte, a una incomprensión sobre el alcance de la función social de la propiedad. No toda reducción de las facultades del propietario fundada en la función social es constitucionalmente legítima porque puede no satisfacer el equilibrio que la función social conlleva. A este resultado también contribuye una insuficiencia sobre el actual criterio de magnitud regulatoria esbozado en algunos fallos. Este estándar es tan incipiente que carece de los elementos que le permitan discernir si existe una regulación que, no obstante no constituir una expropiación en regla, podría tener un efecto análogo a una privación.

Lo anterior es sin perjuicio de la falta de formulación de criterios que permitan discernir que la propiedad puede ser vulnerada por comprometer garantías distintas al derecho de propiedad, como es el caso del principio de integridad patrimonial de los particulares<sup>118</sup> la igualdad ante las cargas públicas y la garantía del contenido esencial de los derechos<sup>119</sup>. Como ha visto, la doctrina chilena cuenta con aportes que pueden contribuir a que el TC chileno afronte los desafíos aquí expuestos para dar lugar a una tercera vía de intervenciones al derecho de propiedad: las delimitaciones o regulaciones de contenido susceptibles de compensación.

## BIBLIOGRAFÍA

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: pp. 285-303.

ALEXANDER, Gregory (2006): *The Global debate over Constitutional Property: Lessons from American Takings Jurisprudence* (Chicago, Chicago University Press).

ALEXANDER, Gregory (2003): "Property as a Fundamental Constitutional Right? The German example", en *Cornell Law Review*, Vol. 88: pp. 733-778.

<sup>117</sup> CEA (1988), p. 60; MOHOR (1989), p. 293; UGARTE (2001), p. 248; FERNÁNDEZ (2014), p. 251.

<sup>118</sup> CORRAL (1996); MONTT (2009).

<sup>119</sup> ALDUNATE (2006); FERNANDOIS (2010); DELAVEAU (2006); FERNÁNDEZ (2014), entre otros precedentemente indicados.

- ALLEN, Thomas (2007): "Compensation for Property under the European Convention on Human Rights", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 28 N° 2: pp. 287-335.
- BEEN, Vicki y BEAUVAIS, Joel C. (2003): "The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine", en *New York University Law Review*, Vol. 78 N° 1: pp. 30-143.
- BRONFMAN, Alan; MARTÍNEZ, José Ignacio y NÚÑEZ, Manuel (2012): *Constitución Política Comentada. Parte Dogmática. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Abeledo-Perrot).
- CEA EGAÑA, José Luis (1988): "Delimitación y privación al dominio en la Constitución de 1980", en *XVIII Jornadas de Derecho Público Universidad de Concepción*: pp. 55-68.
- CLAYTON, Richard y TOMLINSON, Hugh (2000): *The Law of Human Rights* (Oxford, Oxford U. Press).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2006): "La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho Chileno", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 19 N° 1: pp. 125-148.
- CORDERO VEGA, Luis (2007): "Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual de la Administración", en *Apuntes de Cátedra de Responsabilidad del Estado*, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1996): "Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito", en *Revista Chilena del Derecho*, Vol. XXIII N° 1: pp. 13-18.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006): "La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 3: pp. 411-438.
- DOLZER, Rudolf (2002): "Indirect Expropriations: New Developments?", en *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11: pp. 64-93.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996): "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno", en *Revista de Derecho Y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Vol. 93 N° 3: pp. 107-137.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico: Regulación, Tributos y Propiedad* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2015): "Mayor respeto hacia los derechos fundamentales: avanzar hacia las limitaciones indemnizables", en *Sentencias Destacadas 2014*: pp. 237-253.
- FISHEL, William (1995): *Regulatory Takings: Law, Economics and Politics* (Massachusetts, Harvard U. Press).
- FUENTES OLMOS, Jessica (1998): *El derecho de propiedad en la Constitución y en la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.).
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2011): "El tribunal constitucional y el uso de 'tests': una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 N° 1: pp. 101-138.

- MATUTE, Claudio (2014): *Expropiaciones Regulatorias* (Santiago, Thomson Reuters).
- MOHOR ABUUAUD, Salvador (1989): "Taxonomía de las Limitaciones al Dominio y Derecho de Indemnización", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XVI: pp. 283-308.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2009): *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation* (Oxford, Hart Publishing).
- MIRANDA REYES, Diego (2014): "Las restricciones al derecho de propiedad por actos regulatorios. ¿Gratuidad u onerosidad de la carga pública?", en Ian HENRÍQUEZ (coord.) *Estudios de Regulación Empresarial* (Santiago, Thomson Reuters).
- MOSTERT, Hanri (2004): "Recent Developments in the Jurisprudence of Art. 14 GG, 6" (manuscrito no publicado, citado por ALEXANDER, Gregory (2003)).
- NEWCORBE, Andrew (2005): "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20 Issue: pp. 1-57.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014): *Indirect Expropriation in International Law* (Massachusetts, Leuven Global Governance).
- PEÑAILILLO A., Daniel (2006): *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica).
- PAPIER, Hans-Jürgen (2008): "Eigentumsgarantie und Erbrecht", en *Maunz-Dürig Grundgesetz Kommentar* (Hrsg. von R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen y H. Klein), T. II, 52 Lieferung (Munich, Verlag C. H. Beck).
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2006): "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1: pp. 23-97.
- ROLLER, Gerhard (2001): "Enteignung, Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung und salvatorische Klauseln", en *NJW*, N° 14.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2010): *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia*, tesis para optar al grado de Doctor, Universidad Autónoma de Madrid, texto disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/5246>.
- SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung).
- UGARTE GODOY, José Joaquín (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. 425-440.
- VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo (2013) "Expropiación indirecta. Justificación, regimenes, casos, criterios y usos", en *Revista ius et veritas*, N° 46, julio: pp. 228-256.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1991): "La propietarioarización de los derechos", en *Revista Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XIV: pp. 281-291.
- WILDHABER, Luzius y WILDHABER, Isabelle (2009): "Recent Case Law on the Protection of Property in the European Court of Human Rights", en Christina BINDER (eds.),

*International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (New York, Oxford U. Press): pp. 657-677.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago Editorial Jurídica).

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2013): "Comentario a la sentencia del tribunal constitucional sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41 del DFL 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964 y del DFL 206 de 1960", en *Anuario de Derecho Público 2013*, Universidad Diego Portales: pp. 145-172.

### *Normas*

*Constitución Política de la República* 1980.

Constitución de Sudáfrica.

Decreto ley N° 1939/1977.

### *Jurisprudencia*

#### A) Sentencias Nacionales

Tribunal Constitucional Rol N° 43-1987, 24 de febrero de 1987.

Tribunal Constitucional Rol N° 146-1992, 21 de abril de 1992.

Tribunal Constitucional Rol N° 167-1993, 6 de abril de 1993.

Tribunal Constitucional Rol N° 207-1995, 10 de febrero de 1995.

Tribunal Constitucional Rol N° 245-1996, 2 de diciembre de 1996.

Tribunal Constitucional Rol N° 246-1996, 2 de diciembre de 1996.

Tribunal Constitucional Rol N° 253-1997, 15 de abril de 1997.

Tribunal Constitucional Rol N° 280-1998, 20 de octubre de 1998.

Tribunal Constitucional Rol N° 334-2001, 21 de Agosto de 2001.

Tribunal Constitucional Rol N° 505-2006, 6 de marzo de 2007.

Tribunal Constitucional Rol N° 506-2006, 6 de marzo de 2007.

Tribunal Constitucional Rol N° 790-2007, 11 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional Rol N° 943-2007, 10 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional Rol N° 1215-2008, 30 de abril de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1284-2008, 24 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1295-2008, 06 de octubre de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1141-2009, 17 de marzo de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1309-2010, 20 de abril de 2010.

Tribunal Constitucional Rol N° 1991-2011, 24 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional Rol N° 1993-2011, 24 de julio de 2012.  
Tribunal Constitucional Rol N° 2043-2011, 24 de julio de 2012.  
Tribunal Constitucional Rol N° 2077-2011, 24 de julio de 2012.  
Tribunal Constitucional Rol N° 2078-2011, 24 de julio de 2012.  
Tribunal Constitucional Rol N° 2079-2011, 24 de julio de 2012.  
Tribunal Constitucional Rol N° 2299-2012, 29 de enero de 2014.  
Tribunal Constitucional Rol N° 2644-2014, 27 de enero de 2015.  
Tribunal Constitucional Rol N° 2684-2014, 10 de septiembre de 2015.

b) Sentencias Extranjeras

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, sentencia, 23 de septiembre de 1982.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *James and Others v. UK* (1986), sentencia, 21 de febrero de 1986.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, Series A N° 260-B, sentencia, 24 de junio de 1993.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hentrich v. Francia*, sentencia, 22 de septiembre de 1994.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Holy Monasteries v. Greece*, sentencia, 9 de diciembre de 1994.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Velosa Barreto v. Portugal*, sentencia, 21 de noviembre de 1995.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chassagnou and Others v. France*, Reports of Judgments and Decisions 1999-III, sentencia 29 de abril de 1999.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Immobiliare Saffi v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, sentencia, 28 de julio de 1999.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Seryavin and Others v. Russia*, sentencia, 10 de enero de 2000.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Beyeler v. Italia*, sentencia, 5 de enero de 2000.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hutten-Czapska v. Polska*, sentencia, 22 febrero de 2005.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Schneider v. Luxembourg*, sentencia, 10 julio de 2007.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Forminster Enterprises Limited v. Czech Republic*, sentencia, 9 de octubre de 2008.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Moskal v. Polska*, sentencia, 15 de septiembre de 2009.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Saliba and Others v. Malta*, sentencia, 22 de noviembre de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lindheim and Others v. Norway, sentencia, 12 de junio de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Hermann v. Germany, sentencia, 26 de junio de 2012.

Sentencia BVerfGE 52, 1 Caso Pequeños Huertos (1979).

Sentencia BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.6.2002, Absatz-Nr.

Sentencia BVerfGE 100, 226 (1999).

Corte Suprema de Estados Unidos, 438 U.S. 104, 125 (1978).

Corte Suprema de Estados Unidos, 458 U.S. 419, 435 (1982).

Corte Suprema de Estados Unidos, 447 U.S. 255, 260 (1980).

Corte Suprema de Estados Unidos, 481 U.S. 704, 114 (1981).

Corte Suprema de Estados Unidos, 481 U.S. 704, 116 (1981).

Corte Suprema de Estados Unidos, 458 U.S. 419, 441 (1982).

Corte Suprema de Estados Unidos, 483 U.S. 825, 832 (1987).

Corte Suprema de Estados Unidos, 483 U.S. 825, 834 (1987).

Corte Suprema de Estados Unidos, 483 U.S. 825, 836 (1987).

Corte Suprema de Estados Unidos, 483 U.S. 825, 837 (1987).

Corte Suprema de Estados Unidos, 505 U.S. 1003, 1017 (1992).

Corte Constitucional de Colombia, C-831 de 2007.

STC de Perú, 1735-2008-AA, 20 de mayo de 2008.

STC de Perú, 0239-2010-AA, 5 de noviembre de 2012.

Alta Corte de Sudáfrica, Joubert and Others v. Van Rensburg and Others, 2011.