

LA PRIVACIÓN DE ATRIBUTOS Y FACULTADES ESENCIALES DEL DOMINIO COMO ESTÁNDAR DE CONTROL PARA LAS INTERVENCIONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA*

THE TAKING OF OWNERSHIP'S ESSENTIAL ATTRIBUTIONS
AND POWERS AS A CONTROL STANDARD FOR INTERVENTIONS
ON THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY

MATÍAS GUILOFF TITIUM**

Universidad diego portales
matias.guiloff@udp.cl

RESUMEN: El presente trabajo estudia el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia chilena le ha dado a un supuesto de expropiación: la privación de atributos y facultades esenciales del dominio. Como se argumentará, la mayor parte de la escasa doctrina que ha analizado este tema en específico, así como una parte para nada despreciable de la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre ella, le han otorgado una interpretación expansiva. El trabajo critica esta interpretación porque desvirtúa el texto de la disposición constitucional específica, a la vez que torna difícil determinar los supuestos en que se puede utilizar la potestad configuradora de la propiedad privada que la Constitución le ha otorgado explícitamente al legislador.

ABSTRACT: This paper studies how Chilean Constitutional Law texts and Constitutional Court's rulings have dealt with a hypothesis of takings that the Constitution acknowledges: the deprivation of essential attributions and powers that the Civil Law tradition usually associates to ownership. The paper argues that the greater part of the scarce Constitutional Law texts that have dealt with this matter, as has done a non-negligible part of the Constitutional Court's rulings that have engaged the meaning of this provision. The article criticizes this interpretation on the grounds that it cannot be reconciled with the text of the specific constitutional provision, and also because it makes it very difficult to determine those cases in which the legislator can use its constitutional power to regulate private property.

* Trabajo recibido el 14 de noviembre de 2017 y aprobado el 4 de septiembre de 2018.

** Profesor de Derecho, Universidad Diego Portales, LL.M. Columbia University (2007), S.J.D. University of Arizona (2014), correo electrónico matias.guiloff@udp.cl El presente trabajo se ha desarrollado para el proyecto Fondecyt de iniciación N° 11150409, del cual soy investigador responsable. Agradezco los comentarios de María Agnes Salah, José Miguel Valdivia y los de dos árbitros anónimos. Asimismo, agradezco la asistencia de Paula Franjola, Fernanda González y Javiera Tohá en la realización de esta investigación.

PALABRAS CLAVE: Derecho de propiedad privada; Configuración de la propiedad privada; limitaciones a la propiedad privada; cláusula de expropiación.

KEY WORDS: Right to private property; private property content definitions; private property limits; takings clause.

La protección de la propiedad privada es un lugar común en las constituciones liberales que se han dictado desde 1789. Más allá de las discusiones a las que ha dado lugar si esta debe ser reconocida como un derecho fundamental en aquellos países en los que se han aprobado nuevas constituciones en las últimas décadas¹, la regla general sigue siendo su inclusión como uno de estos dentro del respectivo catálogo. Es probablemente por esto que, si se analizan las diversas constituciones, se aprecia que no hay una única forma en que esta aparece garantizada. Efectivamente, se evidencian variantes en cuanto a la manera en que se protege (si es que se garantiza o no explícitamente la institución de la propiedad privada), en lo relativo a la extensión de este derecho (los bienes que abarca), a la regulación explícita de sus limitaciones, como también con respecto a los límites a los que estas deben quedar sujetas. En cambio, sí hay mayor uniformidad en cuanto a su protección frente a las intervenciones del Estado que busquen privarla, a través de la cláusula de expropiación.

Dentro de esta uniformidad, y al menos en cuanto al texto de la respectiva disposición constitucional, el caso chileno aparece como excepcional cuando se compara con el de otros países con una tradición legal y constitucional similar, como España y Alemania, en los que, tal como lo hace la Constitución chilena, se le reconoce al legislador la potestad para configurar la propiedad estableciendo aquellas limitaciones que deriven de la función social de esta. Lo anterior, por cuanto no solo se encuentran amparados por la cláusula de expropiación la propiedad y el bien sobre el que recae, sino también los atributos y facultades esenciales del dominio. Es probablemente por esta dificultad de encontrar fuentes a partir de las cuales realizar el análisis que se trata de un tema que, a lo menos en el último tiempo, no ha sido objeto de mayor atención por parte de la doctrina.

Sin embargo, si el foco se pone sobre la práctica constitucional, se aprecia que la situación es totalmente distinta: la privación de atributos y facultades esenciales del dominio es habitual protagonista de ésta. Efectivamente, la alegación

¹ Ver ALEXANDER (2006).

respecto a que una norma legal implica una privación de facultades y atributos esenciales de la propiedad privada se formula continua y recurrentemente en el litigio ante el Tribunal Constitucional. Solo en los últimos cuatro años, esta se ha alegado en los casos *Soterramiento de cables*², *Traslado de infraestructura de telecomunicaciones*³, *Santa Beatriz*⁴, y *Curtidos Bas*⁵. La recurrente presencia de este supuesto de expropiación en la práctica constitucional es consistente con la forma en que se ha ido ampliando la interpretación del término privación en el Derecho estadounidense⁶, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los tribunales arbitrales en materia de inversión extranjera, en donde se habla, para estos casos, de expropiaciones regulatorias y expropiaciones indirectas⁷.

Con todo, al recurrir a esta amplia interpretación del término privación, lo que muchas veces se pierde de vista es que esta no es la única disposición constitucional cuya aplicación está en juego cuando se regula la propiedad privada. También lo está la potestad del legislador para configurar el derecho de propiedad privada, incluso mediante el establecimiento de aquellas limitaciones que exija su función social (de aquí en adelante, potestad configuradora), establecida en el inciso segundo del mismo numeral. Ésta se encuentra reconocida en términos amplísimos, al entregarle al legislador la facultad de establecer los modos de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad y establecer las citadas limitaciones para el resguardo de la función social de ésta, que no está de más recordarlo, abarca *cuanto* exijan los diversos elementos que la integran (intereses generales de la nación, seguridad nacional, utilidad y salubridad pública y, por último, conservación del patrimonio ambiental). No solo eso, como consecuencia de la aplicación de esta disposición, entra en juego además la contenida en el artículo 19 N° 26, que establece como límite a las limitaciones y a otras que se establezcan

² Tribunal Constitucional, rol N° 1669-2010-INA, de 15 de marzo de 2012.

³ Tribunal Constitucional, roles N°s. 1993-11-INA, 2043-11-INA, 2077-11-INA, 2078-11-INA y 2079-11-INA (acumuladas), de 24 de julio de 2012.

⁴ Tribunal Constitucional, rol N° 2299-12-INA, de 29 de enero de 2014.

⁵ Tribunal Constitucional, rol N° 2684-14-INA, de 10 de septiembre de 2015.

⁶ WENAR (1997), pp. 1925-1931.

⁷ Para la ampliación de este concepto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase LÓPEZ (2011), p. 11. Respecto a la ocurrencia de este mismo fenómeno en el Derecho de la inversión extranjera, ver DOLZER (2002), p. 66.

sobre un derecho fundamental, su contenido esencial. Además, la constitucionalidad de estas limitaciones también puede ser evaluada en conformidad a la garantía relativa a la igualdad ante las cargas públicas, contemplada en el artículo 19 N° 20 de la Constitución. Por lo tanto, como se puede apreciar, existe todo un complejo normativo constitucional que puede devenir en inútil si es que se le da una interpretación demasiado amplia a este supuesto de expropiación que consagra el artículo 19 N° 24, inciso 3°⁸.

Por estas razones, indagar acerca del sentido y alcance de la privación de atributos y facultades esenciales del dominio es el principal objetivo de este trabajo. El argumento central que se defenderá es que la interpretación que se ha dado en la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional es demasiado amplia, lo que resulta problemático porque puede llevar a que para los operadores jurídicos sea difícil distinguir entre un ejercicio de esta potestad configuradora y un auténtico caso de privación de estos atributos y facultades. Aun cuando la consagración del derecho de propiedad privada implica reconocer límites a la regulación que el legislador pueda hacer de su contenido y límites, no resulta razonable fundarlos, para la generalidad de los casos, en el artículo 19 N° 24 inciso 3°. Por el contrario, esta disposición solo debiera tener aplicación para aquellos casos en que se produzca el resultado que precave: desplazamiento, de manera más o menos explícita, de estos atributos y facultades hacia el Estado, para que éste se vea directamente beneficiado, y no para otros en que, si bien reducidos en cuanto a su extensión, estos siguen en manos del privado⁹. De esta manera, para todos aquellos casos en donde una regulación afecte la propiedad privada, pero sin llegar a implicar una privación de los atributos y facultades esenciales del dominio al Estado, este supuesto de expropiación no resulta aplicable y su

⁸ Ver BRONFMAN *et al.* (2012), p. 437; COVARRUBIAS (2017), p. 91.

⁹ Al hablar de desplazamientos más o menos explícitos, me refiero a aquellos casos en donde una actuación del gobierno, que formalmente es una regulación, tiene por objeto que el Estado recupere, sin pagar compensación, una facultad que alguna vez otorgó y que es susceptible de evaluación económica. El caso Moskal, fallado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es un buen ejemplo. Polonia le había otorgado al señor Moskal una pensión que le permitía retirarse tempranamente, dada su débil condición de salud y la necesidad de cuidar a sus niños. Posteriormente, esa pensión fue revocada, por estimar que no concurrían las circunstancias para su otorgamiento. Como se puede apreciar, mediante la dictación de esta medida el Estado obtiene, sin pagar compensación, la devolución de los recursos que hubiera tenido que pagar al otorgar esa pensión. En materia de regulaciones cuyo objeto es quitar toda utilidad a autorizaciones y concesiones previamente otorgadas, esta misma aproximación ha sido sugerida por NEWCOMBE (2005), p. 17.

constitucionalidad tendrá que ser evaluada utilizando como parámetro la igualdad ante las cargas públicas y el principio de proporcionalidad.

Para desarrollar este argumento utilizaré la siguiente estructura. En la primera parte, luego de analizar este supuesto de expropiación en el contexto de los desarrollos que se han evidenciado en el derecho constitucional comparado y en el derecho internacional, analizaré la doctrina nacional existente sobre la materia y demostraré como esta paulatinamente fue ampliando la comprensión de la privación de los atributos y facultades esenciales del dominio, motivada por la percibida necesidad de precaver eventuales abusos en los que el legislador pudiera incurrir al ejercer la potestad configuradora establecida en el artículo 19 N° 24 inciso 2°. Posteriormente, en la segunda sección de esta parte, describiré como se ha replicado el mismo fenómeno –ampliación de su ámbito de aplicación– en su interpretación por la jurisprudencia constitucional. Más adelante, en la tercera parte, defenderé la tesis relativa a que esta disposición aplica únicamente para casos de privaciones sustanciales, en que, de forma más o menos explícita, el legislador o la administración pretendan trasladar el ejercicio de estos atributos y facultades desde el patrimonio privado al del Estado, haciéndome cargo de las potenciales objeciones que podrían plantearse en su contra. Por último, las conclusiones esbozan el que parece ser el desafío pendiente para la doctrina y jurisprudencia en la materia y que explica esta amplia interpretación que se ha criticado: establecer el marco normativo para el control del abuso regulatorio que pueda afectar al derecho de propiedad privada.

Antes de partir, enfatizo que la principal motivación para realizar este trabajo es contribuir a una correcta comprensión dogmática en cuanto a las normas que resultan pertinentes para controlar la constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad que el legislador imponga para resguardar la función social de esta. Dicho ejercicio parece pertinente si se considera, como se desarrollará más adelante, cuan habitual es que en la doctrina y en la jurisprudencia se califiquen como privaciones intervenciones legislativas que corresponden a regulaciones. En ese sentido, siguiendo lo que han hecho trabajos anteriores en la materia, este busca contribuir a una correcta calificación de dichas intervenciones¹⁰. Tal calificación puede resultar de la mayor utilidad para los órganos encargados de establecer estas intervenciones y para aquellos que deben controlarlas.

¹⁰ PEÑAILLO (2006), p. 100; COVARRUBIAS (2017), p. 84.

II. LA AMPLIA INTERPRETACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE ATRIBUTOS Y FACULTADES ESENCIALES EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como se ha señalado, dentro de lo relativamente habitual que es que las constituciones protejan la propiedad mediante la institución de la expropiación, la regulación de ésta en la Constitución chilena es llamativa, desde el momento que se contempla como uno de los supuestos para la procedencia de esta institución la privación de facultades y atributos esenciales del dominio. No sucede ello en las constituciones de otros países cuya regulación en materia de la propiedad privada ha ejercido una innegable influencia en la nuestra, como es el caso de Alemania¹¹ y España¹², cuyas cláusulas relativas a esta materia, al igual que la chilena, no solo regulan la expropiación sino que también consagran la potestad del legislador para configurar este derecho mediante el establecimiento de las limitaciones que deriven de la función social de la propiedad privada¹³. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con la disposición chilena, las establecidas en estas constituciones no contemplan como supuesto para la procedencia de la expropiación la privación de atributos y facultades esenciales del dominio¹⁴. En ese contexto surge la pregunta relativa a si el supuesto de expropiación relativo a la privación de facultades y atributos del dominio opera como límite al esta-

¹¹ Ver artículo 14 número 3 de la Constitución alemana de 1949: “La expropiación solo será permisible en el interés público. Solo podrá ser ordenada o establecida en conformidad a una ley que determine la naturaleza y monto de la compensación. La compensación reflejará un justo balance entre el interés público y el de los afectados. Los tribunales ordinarios serán competentes para pronunciarse de las disputas que puedan surgir en relación al monto de la compensación” (traducción propia).

¹² Ver artículo 33 número 3 de la Constitución española de 1978: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

¹³ No escapa al autor que la Constitución de Alemania sí influenció, de alguna manera, la referencia a la esencia prevista en el supuesto de privación de atributos y facultades esenciales del dominio. Efectivamente, el origen de la cláusula del contenido esencial se retrotrae a dicho texto constitucional. Con todo y como bien lo destaca la doctrina, esta incidencia fue más bien remota toda vez que finalmente se utilizó la misma terminología, sin vincular su sentido y alcance a aquel que se le había dado en Alemania, ver CORDERO (2006, p. 135). Más importante que eso, en Alemania la cláusula del contenido esencial establece un límite a las limitaciones que el legislador imponga a determinados derechos, entre los cuales se encuentra el derecho de propiedad privada. En tanto, como se ha explicado, la Constitución chilena se refiere a la privación de atributos y facultades esenciales del dominio como un supuesto, entre varios otros, para la procedencia de la expropiación.

¹⁴ Ver artículo 22 ter, número 3 de la Constitución suiza: “En los casos de expropiación y restricciones a la propiedad equivalentes a ésta, se deberá pagar compensación” (el énfasis y la traducción es propia).

blecimiento de las regulaciones que establezca el legislador para el resguardo de la función social del derecho de propiedad privada.

Esta pregunta resulta atingente si se considera la manera en que se ha interpretado el término privación en el derecho constitucional comparado y en el derecho internacional. Efectivamente, en el Derecho constitucional estadounidense se habla de expropiaciones regulatorias, para referirse a aquellas intervenciones legislativas sobre la propiedad, que sin llegar a implicar un traspaso del bien afecto por la regulación del Estado, reducen significativamente su valor¹⁵. De igual forma, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Derecho de la Inversión Extranjera habla de expropiaciones indirectas para referirse a aquellas hipótesis en donde una regulación produce efectos análogos a los de una expropiación¹⁶.

Con todo, cabe señalar que la referencia a estos regímenes legales no resulta del todo apropiada para interpretar la disposición contenida en el artículo 19 N° 24 inciso 3°, por las siguientes razones. Tratándose de la Constitución de Estados Unidos, y a diferencia de lo que sucede con la nuestra, ella no dota al legislador de una potestad configuradora que lo autorice a imponer estas limitaciones. Similarmente, los estándares del derecho de la inversión extranjera tampoco parecen aplicables, en la medida que su objeto de protección no es la propiedad privada, sino que las inversiones¹⁷. Por lo demás, y en concordancia con lo que se señalará a continuación, incluso si se desestima esta diferencia sustantiva entre propiedad e inversiones, para el derecho de la inversión extranjera solo se consideran expropiaciones indirectas aquellas que impliquen privaciones sustanciales. De esta manera, considerando que se refiere a la propiedad privada y analiza regulaciones de países cuyas constituciones reconocen su función social, la que sí parece pertinente para analizar esta disposición es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a hipótesis de privaciones del

¹⁵ Ver WENAR (1997), pp. 1929-1931.

¹⁶ Para una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase LÓPEZ (2011), pp. 11-20; para el Derecho de la Inversión Extranjera, ver MONTT (2009), pp. 254-288.

¹⁷ Sobre esta distinción véase KRIEBAUM y SCHREUER (2007), pp. 2 y 3, donde enfatizan que para determinar la presencia de inversiones, los tribunales arbitrales en esta materia utilizan una serie de descriptores, tales como la existencia de una contribución sustancial, una cierta duración, un elemento de riesgo y uno de significancia para el país que las recibe. Luego citan diversos elementos que aparecen listados como inversiones en tratados internacionales, refiriéndose específicamente, entre otros, a propiedad tangible e intangible, sociedades o acciones en éstas, un derecho a una suma de dinero o a obtener una prestación, propiedad intelectual y todo derecho conferido por la ley o por un contrato.

derecho de propiedad privada, y específicamente la idea de privación indirecta que ha elaborado. La revisión de la literatura relativa a esta da cuenta de que si bien esta idea amplía dichas hipótesis, lo cierto es que tal ampliación tiene contornos más o menos precisables, en la medida que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre exige que se acredite la existencia de una privación sustancial, y si se analizan los casos donde tal privación ha sido detectada, queda en evidencia que en la inmensa mayoría de ellos se está frente a regulaciones cuyo efecto es sustraer un bien del dominio particular para traspasarlo o devolverse al Estado¹⁸.

Teniendo en cuenta este contexto, cabe analizar entonces la manera en que nuestra doctrina y jurisprudencia han interpretado el supuesto de expropiación relativo a la privación de facultades y atributos esenciales del dominio.

2.1. La privación de atributos y facultades esenciales ante la doctrina

Antes de adentrarse en un análisis de la doctrina sobre esta materia¹⁹, es necesario explicitar que se trata de una que no ha sido objeto de mayor tratamiento en el último tiempo por ésta, demostrándose en que la mayoría de los trabajos de dogmática constitucional que la abordan en específico datan de hace 30 años. Dentro de ese contexto, un primer autor que se refiere a esta materia es Cea. En el marco de un trabajo que analiza si es que la orden de sacrificio de ganado formulada por el Servicio Agrícola y Ganadero es una limitación o privación del dominio, nuestro autor, respaldándose en las actas de la Comisión Ortúzar, explica que privar al derecho de su esencia consiste en: “dejar aparente o nomi-

¹⁸ Véase LÓPEZ (2011), p. 11 y casos Papamichalopoulos (donde los reclamantes fueron despojados de su propiedad, sin pago de compensación, mediante la dictación de una ley que transfirió su propiedad a un Fondo de la Armada); Guiso-Gallisay (donde la Municipalidad tomó posesión y empezó a construir en el terreno de los reclamantes, sin pago de compensación) y Moskal (citado en nota 9), donde el estado dejó sin efecto una pensión que antes había otorgado), citados en LÓPEZ (2011), pp. 12-15.

¹⁹ Es necesario explicitar que, por tratarse de una norma específica contemplada para situaciones de anormalidad constitucional, no se analizan las referencias doctrinarias a la regulación de este tema en los estados de excepción constitucional. Asimismo, se previene que se han dejado fuera del análisis aquellos trabajos que, si bien contienen un detallado tratamiento general de las limitaciones al derecho de propiedad privada, no se refieren de manera específica y sistemática al sentido y alcance de la causal de expropiación por privación de atributos y facultades esenciales del dominio, tales como RAJEVIC (1996), pp. 40-83; FERMANDOIS (2010), pp. 317-358, y MATUTE (2014).

nalmente la titularidad [del derecho], quitando su contenido”²⁰. De esta manera, el objetivo de la Constitución al incluir este supuesto dentro de la expropiación habría sido precaver un eventual resquicio, otorgándole protección al dueño no solo frente a la privación del objeto de su derecho sino que también de los atributos y facultades que le entrega el mismo²¹. Todo esto, bajo la consideración de que “el dominio en sí *no vale nada* sin sus posibilidades de ejercicio”. Por estas razones –concluye Cea– la privación de atributos y facultades esenciales, aunque sea de manera parcial y por tiempo limitado, implica quitarle a alguien su propiedad y por tanto una privación²². En suma, la norma buscaría evitar que pueda considerarse como una mera limitación no indemnizable una norma que, sin despojar a alguien de un bien, sí lo haga respecto de algún atributo y facultad esencial del dominio, aun cuando esa privación sea parcial.

Esta expansión de la comprensión de la privación de atributos y facultades esenciales del dominio se ratifica e incrementa con el análisis que Mohor, un año después, realiza sobre el tema en un artículo donde se propone establecer una taxonomía de las limitaciones a la propiedad, así como el tratamiento que debe dárseles a éstas, también motivado por los casos de sacrificio de ganado, entre otros. Luego de afirmar la tesis relativa a que desde la perspectiva de sus efectos sobre el patrimonio no hay diferencia conceptual entre limitación y expropiación²³, Mohor también se refiere a nuestro tema a propósito de la revisión de lo que él denomina las limitaciones expropiatorias, y lo hace planteándose la siguiente pregunta: “¿cuándo es forzoso para la autoridad utilizar la vía expropiatoria de manera tal que el empleo de una limitación restrictiva devendría jurídicamente improcedente?”²⁴. Al responderla, parte por señalar que en los casos en que el Estado desee aprovecharse de todos los atributos y facultades o de tan solo uno de ellos, pero completamente, debe indemnizar²⁵. El caso que sí le parece más problemático es aquel que se produce cuando solo desea el aprovechamiento parcial de alguno de éstos²⁶.

²⁰ CEA (1988), p. 63.

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ MOHOR (1989), p. 286.

²⁴ MOHOR (1989), p. 297.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

Antes de desarrollar cómo es que lo aborda, es crucial señalar que para Mohor este aprovechamiento por parte del Estado puede revestir una forma activa, lo que sucederá cuando el mismo explote el bien objeto de la medida, o bien pasiva, hipótesis “que se expresa simplemente por la vía de una prohibición que se impone a las posibilidades del ejercicio del derecho afectado”²⁷. Las implicancias de esta segunda forma de aprovechamiento no son para nada menores, ya que, si se asume esta lógica, una regulación que prohíba la explotación de una especie quedando el predio donde éstas se encuentran en manos del privado, como la que dio origen al famoso caso *Comunidad Galletué con Fisco*²⁸, sería constitutiva de una privación parcial de facultades y atributos esenciales del dominio, en vez de una hipótesis de abuso regulatorio controlable mediante el principio de proporcionalidad o el de igual repartición de las cargas públicas. Ahora bien, volviendo a qué debe hacerse cuando se da una privación parcial de estos atributos y facultades, Mohor indica que si ese aprovechamiento, activo o pasivo, es significativo, se deberá compensar y propone atender a las posibilidades de aprovechamiento residual del bien para determinar si se traspasa ese umbral²⁹. Posteriormente, señala que el Estado debe indemnizar cuando luego de la limitación parcial estas alternativas se tornen ilusorias³⁰. Como se verá más adelante, los argumentos de este artículo, relativos a la inexistencia de diferencias conceptuales entre limitación y expropiación y el que la privación parcial significativa también debe ser indemnizada, parecen haber ejercido una profunda influencia en el fallo que marca la aproximación del TC a la materia: el caso *Playas I*, donde el Tribunal Constitucional afirma la inexistencia de diferencias de naturaleza entre limitación y expropiación, lo que Aldunate ha llamado el continuo conceptual limitación-expropiación³¹, declarando la respectiva inconstitucionalidad luego de entender que se produce una privación parcial pero significativa del derecho a la propiedad privada³².

²⁷ *Id.*, p. 297.

²⁸ Sentencia Corte Suprema, rol N° 16743-1984, de 7 de agosto de 1984.

²⁹ *Id.*, pp. 297-298.

³⁰ *Id.*, p. 298.

³¹ ALDUNATE (2006).

³² Ver *infra* notas 34 y 35.

Otras referencias a este tema se encuentran en el trabajo de Aldunate y Fuentes³³. Fundamentalmente, su tesis sobre la materia se resume en que solo existiría privación de atributos y facultades esenciales del dominio cuando se produzca un desplazamiento de estos y estas desde el patrimonio privado al del Estado. En otras palabras, y como lo aclaran explícitamente, no basta con que la intervención estatal tenga el efecto de reducir, incluso totalmente, alguno de estas facultades y atributos para que su privación se produzca en el sentido constitucionalmente relevante, sino que debe suceder además que estos pasen a manos del Estado³⁴. En principio, podría estimarse que esta última exigencia no resulta compatible con la tesis de Mohor; sin embargo, lo es. En efecto, si es que existe tal cosa como un aprovechamiento pasivo de un bien por parte del Estado, incluso en este último supuesto se cumpliría la exigencia de traslado de atributos y facultades esenciales del dominio a éste.

Por su parte, al analizar la normativa constitucional relativa a la propiedad y otros derechos reales, Peñailillo también se ha referido a este tema. Tal como Cea, enfatiza que la utilidad de esta norma está en que protege a la propiedad frente a aquellas intervenciones legislativas que, aun cuando revisten la forma de restricciones y (al menos, formalmente) mantienen el bien dentro del dominio del particular, implican atentados esenciales a este derecho³⁵. A continuación, enfatiza que, como para la doctrina civil los atributos y facultades esenciales del dominio son sinónimos, la referencia debe entenderse realizada a los atributos y caracteres del dominio, siendo los primeros los de uso, goce y disposición, y los segundos los relativos a tratarse de un derecho real, absoluto y perpetuo³⁶. Al ofrecer esta distinción, este planteamiento contribuye a aclarar el ámbito de aplicación de este supuesto de expropiación.

Con todo, me parece que no se puede decir lo mismo con respecto a su postura relativa al sentido de esta norma. Esto, porque no aporta un criterio que permita determinar de antemano cuándo se está frente a una restricción o carga impuesta para el resguardo de la función social de este derecho, y cuándo frente a una auténtica privación de estos atributos y facultades. Por más que existe la posibilidad de que el legislador califique como regulación una intervención que

³³ ALDUNATE (1995), p. 38 (nota al pie de página número 15); ALDUNATE y FUENTES (1998), p. 215.

³⁴ *Id.*

³⁵ PEÑAILILLO (2006), pp. 92-93 y 97 (con especial énfasis en nota al pie 114).

³⁶ *Id.*, pp. 93-94 (nota al pie 108).

en realidad es una de estas privaciones, lo cierto es que se necesita de un criterio delimitador que permita evaluar esa calificación. Pese a que Peñailillo enfatiza la necesidad de otorgarle una vigorosa protección de la función social, al no delimitar el tipo de atentados esenciales que pueden llegar a implicar una privación de estas facultades y atributos, su postura no entrega guías para que los operadores jurídicos puedan diferenciar entre estas privaciones y aquellas regulaciones que se establezcan sobre este derecho para resguardar la función social de la propiedad privada (cuya constitucionalidad podrá ser evaluada utilizando como parámetros el análisis de proporcionalidad y la igualdad ante las cargas públicas).

Así entonces, de acuerdo a lo analizado, fluye con claridad como esta norma recibe un tratamiento expansivo por la mayor parte de la escasa doctrina que se ha referido a ella. Dos son los elementos que determinan la ampliación de su ámbito de aplicación: la interpretación que la privación en cuestión también puede ser parcial y el considerar que se extiende incluso a casos en que los atributos y facultades afectados por la privación no se traspasan al Estado. Esta interpretación expansiva origina una consecuencia bien precisa: que se puedan calificar como privaciones, intervenciones legislativas sobre la propiedad que corresponden a limitaciones o regulaciones. La excepción es Aldunate, quien de manera consistente con lo que años después plantea en su artículo sobre limitación y expropiación³⁷ le otorga una lectura restrictiva a este supuesto e indica que solo se puede producir cuando la medida en cuestión determina que ellos se trasladen al Estado. Como veremos a continuación, la jurisprudencia también le ha dado una lectura amplia a esta disposición.

2.2. La privación de atributos y facultades esenciales ante la jurisprudencia

Para facilitar la comprensión de cómo ha evolucionado el tratamiento de este supuesto en la jurisprudencia³⁸, cabe distinguir entre dos períodos:

³⁷ ALDUNATE (2006).

³⁸ Tal como se hizo con la doctrina, se previene que quedan fuera de este análisis, por las mismas razones indicadas anteriormente, los análisis sobre privación de atributos y facultades esenciales del dominio en estados de excepción constitucional. Asimismo, no se tratan aquellos casos donde el tribunal no realiza un análisis específico del supuesto de expropiación por privación de atributos y facultades esenciales del dominio, sino que examina otros límites a la imposición de estas limitaciones, tales como la afectación del contenido esencial del derecho de propiedad privada, el principio de proporcionalidad y el de igual repartición de las cargas públicas.

Primeros fallos: Lectura amplia de la privación total

El primer caso donde el Tribunal Constitucional hace un explícito tratamiento sobre el tema es en el fallo *Administrador Delegado*, relativo al control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba las leyes de mercado de valores, de administración de fondos mutuos, de fondos de inversión, de fondos de pensiones, de compañías de seguros y otras materias que indicaba³⁹. Los requirentes alegaron que la norma contenida en dicho proyecto que permitía al Superintendente de Administradoras de Fondos Previsionales nombrar, con acuerdo del Banco Central, por un período de tres meses que podía ser renovado por otro igual, un administrador delegado, al que se le otorgaban todas las facultades del giro ordinario que la ley y los estatutos le entregaban al directorio y gerente de estas corporaciones, para el caso en que estas entidades hubieran incurrido en infracción grave a la ley que cause o pudiere causar perjuicio al fondo que administran o cuando su patrimonio se redujere a menos del mínimo exigido por la ley, constituía una privación de atributos y facultades esenciales del dominio. El tribunal consideró que efectivamente la norma en cuestión daba lugar a una privación total, en la medida que se afectaba una facultad esencial del dominio, como lo es “la de administración del ente societario por sus propios dueños o por quien éstos determinen libremente conforme a su propio estatuto social”⁴⁰.

Como se puede apreciar, la premisa inicial del Tribunal Constitucional es que una de las facultades esenciales del dominio es la de administrar, y llega a la conclusión de que cuando ésta se priva temporalmente, aun cuando ello suceda por causa de infracciones que ponen en peligro el fondo o en situaciones de disminuciones considerables de su patrimonio, se está frente a una privación de atributos esenciales del dominio, y, consiguientemente, la única vía que tiene el Estado es proceder a la expropiación. En otras palabras, aun cuando una medida regulatoria procure proteger la estabilidad del sistema financiero y tenga una vigencia temporal, si su efecto es privar de alguno de los atributos esenciales del dominio, igualmente configura una hipótesis de privación de estos, la que conforme a la Constitución, debe realizarse mediante una expropiación. Esto deja en evidencia cómo el tribunal califica una medida como una privación total de estos atributos, sin hacer análisis alguno de las posibilidades

³⁹ Tribunal Constitucional, rol N° 184, de 7 de marzo de 1994.

⁴⁰ Tribunal Constitucional, rol N° 184, de 7 de marzo de 1994, considerando séptimo.

de aprovechamiento residual, las que evidentemente existían considerando que se trataba de una medida que tenía una duración temporal. Como el efecto de la regulación en cuestión no era que el Estado adquiriera de manera definitiva la administración de la administradora de fondos de pensiones implicada o que solapadamente recuperara la autorización que le otorgó, mal podía calificarse esta como una privación.

Esta discutible lectura de lo que constituye una privación total de estos atributos y facultades también se manifiesta en el famoso caso de la deuda subordinada⁴¹. Los requirentes argumentaron que la derogación de la norma que permitía a los accionistas preferentes acordar no repartir dividendos por mayoría absoluta de la junta general de accionistas, de manera tal que estos se capitalizaran, significaba la privación de una facultad esencial de dichos propietarios, al producirse la capitalización de pleno derecho de dichas utilidades. A diferencia del caso anteriormente analizado, al menos aquí el tribunal enfrentó la pregunta de si la medida en cuestión realmente implicaba una limitación o una privación —aunque del derecho de propiedad privada y no de los atributos y facultades esenciales del dominio, como indica el artículo 19 N° 24 inciso 3°— determinando que se estaba frente a la segunda, al no justificarse esta medida en ninguno de los elementos que comprende la función social de la propiedad y que autorizan la imposición de estas limitaciones, basándose para ello en la apreciación que la norma en cuestión se relacionaba con el interés privado de los accionistas y no con el interés general⁴². Es importante resaltar que, en el precedente análisis, el tribunal no distingue si se trataría de una privación total o parcial de estos atributos y facultades, ni menos analiza las varias posibilidades residuales de beneficiarse que, aun con la imposición de esa medida, les quedaban a los accionistas. Puesto en otras palabras, la sola supresión de esta facultad implicó para el tribunal una privación del derecho de propiedad privada que tenían estos accionistas sobre sus acciones. De esta manera, como se puede apreciar, en conformidad a este criterio basta que la medida afecte una de las varias posibilidades de disposición del derecho, siendo irrelevante que aquella se traspase al Estado, para que pueda ser calificada como privación.

⁴¹ Tribunal Constitucional, rol N° 207, de 10 de febrero de 1995.

⁴² Tribunal Constitucional, rol N° 207, de 10 de febrero de 1995, considerando sexagésimo primero.

*Segundo período: Ampliación a la hipótesis de privación
parcial y reconocimiento explícito de un continuo conceptual
entre limitación y expropiación*

En el fallo “Playas I”⁴³, utilizando la gramática del artículo de Mohor, el Tribunal Constitucional asume, por primera vez, la existencia de un continuo conceptual entre limitación y privación y amplía al ámbito de aplicación de la privación de atributos y facultades esenciales del dominio a las limitaciones parciales pero significativas. Los requirentes impugnaron la constitucionalidad del D.S. N° 1, de 1996, que reglamentó la potestad del Intendente Regional de determinar franjas para establecer accesos públicos a las playas, contenida en el artículo 13 del D.L. N° 1.939, de 1977. Señalaron que la reglamentación imponía una limitación al derecho de propiedad de los dueños de los terrenos colindantes a las playas y que ella no se justificaba en una causa legal, sino que en un interés privado. Para evaluar la constitucionalidad de la normativa impugnada, el tribunal pasó a analizar directamente la de la norma legal que ésta ejecutaba indicando como uno de los criterios decisivos el de si la norma en cuestión constituía o no una privación de atributos esenciales.

Aun cuando el tribunal determinó que se trataba de una limitación, estimó que esta era significativa, por lo que no podía ser calificada sino como una privación parcial significativa de facultades esenciales del dominio, como su uso y goce, ante lo cual declaró su inconstitucionalidad⁴⁴. Nótese como, al hacer esto, implícitamente el tribunal pone a la limitación y a la privación en un mismo plano, dándose el paso de una a otra si es que los efectos de la primera resultan ser demasiado intensos. Con esto, no hace más que endosar dos argumentos señalados anteriormente por Mohor: (1) el que desde la perspectiva de los efectos, no hay distinción entre ambas categorías y (2) que una privación parcial significativa se encuentra cubierta por la disposición contenida en el artículo 19 N° 24 inciso 3°. A partir de ese momento, por regla general, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera que dependiendo de la intensidad de sus efectos, toda regulación puede llegar a ser una privación de atributos y facultades esenciales.

⁴³ Tribunal Constitucional, rol N° 245-1996 y rol N° 246-1996 (acumuladas), de 2 de diciembre de 1996.

⁴⁴ Tribunal Constitucional, rol N° 245-1996 y rol N° 246-1996 (acumuladas), de 2 de diciembre de 1996, considerando trigésimo cuarto.

Cabe destacar que, a diferencia de lo que sucede en los anteriores, este caso sí podría originar una privación del atributo de la exclusividad. El término podría ser importante, porque todo dependerá de la extensión del acceso que en definitiva fije el intendente. Aquí sí podría considerarse que se está frente a una privación, en la medida que, de ser la extensión del acceso demasiado grande, el Estado se estaría valiendo de su potestad configuradora, en vez del procedimiento de la expropiación, para hacerse de un bien necesario para otorgar un beneficio público. Con todo, esto solo se podría determinar al establecerse el respectivo acceso, cuestión que no estuvo a la vista del tribunal en este caso, en donde se impugnó la constitucionalidad del decreto que reglamentaba la fijación de esos accesos para casos concretos, por lo que con la información tenida a la vista por el tribunal resultaba imposible determinar si se estaba frente a una de aquellas privaciones sustanciales que pueden dar lugar a una hipótesis de expropiación indirecta.

Luego, en el caso *Rentas Vitalicias*, el Tribunal Constitucional amplía el supuesto de privación parcial de atributos y facultades esenciales del dominio a aquellas que solo son parciales⁴⁵. Los requirentes alegaron que los artículos 5° y 6° del proyecto imponían a los afiliados que decidieran afiliarse bajo la modalidad de renta vitalicia, un sistema regulatorio que importaría la privación de la facultad de disposición del dominio sobre sus fondos provisionales. Lo anterior, en cuanto la normativa impugnada, en síntesis, establecía que una vez que la compañía aseguradora notificara a la administradora de fondos de pensiones de dicha opción, esta última resultaba obligada a traspasar a la primera los fondos desde la cuenta individual del afiliado. El tribunal concordó con los requirentes y determinó que se estaba en presencia de una privación de la facultad de disposición, en cuanto la normativa no permitía que el afiliado pudiera traspasar los fondos a la compañía de su elección⁴⁶. Una vez más, el tribunal no se hizo cargo de las posibilidades residuales de utilización de esta facultad. Sin embargo, yendo aun más lejos que en *Playas I*, intentó salvar esta carencia argumentando que el supuesto de privación de estos atributos y facultades no solo aplica para aquellas totales sino que también para las parciales que impidan el libre ejercicio de estos atributos⁴⁷. Como se verá, en otros fallos

⁴⁵ Tribunal Constitucional, rol N° 334-2001, de 21 de agosto de 2001.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, rol N° 334-2001, de 21 de agosto de 2001, considerando decimoctavo.

⁴⁷ Tribunal Constitucional, rol N° 334-2001, de 21 de agosto de 2001, considerando decimonoveno.

posteriores el tribunal vuelve a hacer referencia al considerando de este fallo donde determina la ampliación de este supuesto de expropiación. Lo importante para este análisis es que en el fallo no queda claro en qué medida la regulación en cuestión implicaba un traspaso de la respectiva facultad desde el dominio privado al del Estado, por lo que difícilmente puede considerarse una privación de atributos y facultades esenciales, y su constitucionalidad debió ser analizada utilizando como parámetro el análisis de proporcionalidad o la igualdad ante las cargas públicas.

Luego, en la sentencia dictada en el caso *Eléctricas*, el Tribunal Constitucional no solo asume el marco analítico del continuo conceptual utilizado en *Playas I* sino que, dando un paso más, establece que el artículo 19 N° 24 inciso 3° reconoce en nuestra Constitución la doctrina estadounidense de la expropiación regulatoria⁴⁸. En este caso se alegó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, que hizo aplicable a las empresas eléctricas un sistema de pago por peaje por el uso del sistema de transmisión eléctrica, situación que ya se encontraba regulada por vía contractual entre las partes. Según el requirente, ello implicaba la privación de los créditos que se habían devengado con motivo del respectivo contrato. Si bien el recurso fue finalmente rechazado, el tribunal igualmente estableció que la constitucionalidad de una limitación a la propiedad depende de si implica o no una privación de atributos esenciales y que, en el caso que lo haga, se está en presencia de lo que las jurisdicciones constitucionales comparadas denominan expropiación regulatoria⁴⁹. Es importante resaltar que con este razonamiento se ratifica la lectura amplia que se había hecho del artículo 19 N° 24 inciso 3° en el fallo *Playas I*, en la medida que si la hipótesis de la privación de atributos y facultades esenciales es una expropiación regulatoria, lo que se está afirmando, una vez más, es que eventualmente, dependiendo de la intensidad de sus efectos, toda regulación puede implicar una privación de estos y aquellas⁵⁰, lo que no resultaba evidente en este caso, en la medida que la facultad de goce no se estaba traspasando de manera alguna al Estado. Con todo, y probablemente consciente de los efectos que tal continuo conceptual puede generar sobre el establecimiento de regulaciones y limitaciones que incidan sobre el contenido de este derecho, el tribunal

⁴⁸ Tribunal Constitucional, rol N° 505-2006, de 6 de marzo de 2007.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, rol N° 505-2006, de 6 de marzo de 2007, considerando vigésimo segundo.

⁵⁰ En el mismo sentido, FERMANDOIS (2010), p. 318.

enfatisa que no toda ventaja que se detente al amparo de la legislación puede considerarse como propiedad protegida por este derecho⁵¹.

Durante los últimos años el Tribunal Constitucional no ha mantenido una aproximación constante en esta materia. Aun cuando ha continuado interpretando ampliamente la disposición objeto de análisis en este trabajo, al mismo tiempo ha intentado introducirle algunas limitaciones. Quizás el fallo que mejor ilustra esta última aseveración es *Santa Beatriz*, en donde el tribunal debió pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales, que facultan al Consejo de Monumentos Nacionales para realizar la declaración de zona típica⁵². A juicio de la empresa requirente, se trataría de una regulación que tendría el efecto de privarla de facultades esenciales del dominio, específicamente del uso y goce, pues se establecen condiciones que impiden al dueño ejercer libremente su derecho, ya que su voluntad de edificación queda subordinada a una autorización administrativa. Si bien en fallo dividido el tribunal rechaza declarar la inaplicabilidad, el razonamiento del voto de mayoría cita los pasajes del fallo *Rentas Vitalicias* en que se señala que la privación parcial de atributos esenciales solo puede llevarse a cabo mediante la expropiación, basándose en su mayor parte en la premisa de la existencia de un continuo conceptual entre regulación y privación⁵³.

Aun así, al mismo tiempo, el fallo intenta distinguir estas categorías, sosteniendo que mientras la regulación acometida para el resguardo de la función social de la propiedad “tiene incidencia directa en el bien privado no siendo éste el objeto y fin de la regulación”⁵⁴, la expropiación “tiene por objeto trasladar el dominio del bien desde la esfera privada a la pública”⁵⁵, siendo su función la de legitimar este despojo⁵⁶. Sin embargo, igualmente establece que una regulación con suficiente magnitud podría implicar una “hipótesis excepcional de privación”⁵⁷. Queda así en evidencia como el voto de mayoría de alguna manera

⁵¹ Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, de 6 de marzo de 2007, considerando vigésimo tercero.

⁵² Tribunal Constitucional, rol N° 2299-2012-INA, de 29 de enero de 2014.

⁵³ Tribunal Constitucional, rol N° 2299-2012-INA, de 29 de enero de 2014, considerando cuarto.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, rol N° 2299-2012-INA, de 29 de enero de 2014, considerando octavo.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

está consciente de lo anómalo que resulta poner en un mismo plano regulación y privación, pero igualmente lo admite, de forma excepcional, para precaver eventuales abusos regulatorios. Esto resulta coincidente, por lo demás, con los criterios que luego se proponen en el mismo fallo para evaluar si la intensidad de la regulación la convierte o no en una privación, todos los cuales resultan de utilidad para controlar el abuso regulatorio, a saber: equilibrio entre el derecho de la propiedad privada y aquellos resguardados por la respectiva regulación; la igualdad ante las cargas públicas y el principio de proporcionalidad. Volveré sobre este punto en las conclusiones.

Otro fallo que revela las tensiones de la jurisprudencia constitucional en su aproximación a esta materia es “*Soterramiento de cables*”⁵⁸. El requirente impugnó la constitucionalidad de los artículos 5º, letra c, y 12 del D.F.L. N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. Lo propio hizo con respecto a los artículos 15, 124 inciso 1º y 221 del D.F.L. N° 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que a su vez fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, que establece la Ley General de Servicios Eléctricos. En conjunto estas disposiciones habían permitido que el alcalde dictara el acto administrativo que originó la gestión pendiente, el que ordenó al requirente proceder al soterramiento de sus instalaciones de distribución eléctrica. Al pronunciarse respecto a la alegación relativa a que la aplicación de estas normas importaría una privación de atributos y facultades del dominio, el Tribunal Constitucional la descarta por estimar que en el caso no se verifica desplazamiento patrimonial de esas instalaciones hacia el Estado⁵⁹. Como se puede apreciar, haciendo una excepción a lo que es la mayoría de la jurisprudencia del tribunal sobre esta cuestión, el fallo recoge lo señalado por Aldunate respecto a que la privación siempre supone un traslado del bien, su titularidad o sus atributos y facultades esenciales desde el patrimonio privado al del Estado⁶⁰.

⁵⁸ Tribunal Constitucional, rol N° 1669-2010-INA, de 15 de marzo de 2012.

⁵⁹ Tribunal Constitucional, rol N° 1669-2010-INA, de 15 de marzo de 2012, considerando nonagésimo segundo.

⁶⁰ En el mismo sentido, ver Tribunal Constitucional, rol N° 1863-2010 de 20 de julio de 2012 y roles N°s. 1993-2011; 2043-2011; 2077-2011; 2078-2011; 2079-2011 (acumuladas), de 30 de mayo de 2011.

Por último, y más recientemente, el Tribunal Constitucional parece haber vuelto a su jurisprudencia más antigua sobre la materia en el fallo *Curtidos Bas*⁶¹. En juego se encontraba la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 62 inciso 2º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que permite al alcalde decretar el traslado de una industria mal ubicada o molesta. El requirente señaló que al imponer la normativa una limitación al libre ejercicio de su derecho y un despojo de los atributos esenciales de la propiedad de uso y goce, se trataría de una regulación expropiatoria. En fallo dividido el tribunal señala que la orden de traslado que en el caso efectivamente se dictó, implica “una supresión virtual de las facultades inherentes al dominio”⁶².

Citando el ya analizado fallo *Rentas Vitalicias*, el tribunal luego afirma que esto no resulta tolerable, ya que la Constitución también exige la expropiación cuando al propietario se lo despoja parcialmente de los atributos y facultades esenciales⁶³. Sin embargo, el voto de mayoría no hace análisis alguno de las posibilidades de aprovechamiento residual del bien. Más importante todavía, para calificar la intervención administrativa en cuestión como una privación, el fallo no explica como ella lleva a que el Estado adquiera las facultades de uso, goce y disposición sobre el bien en cuestión. Con todo, eso no puede llevar a desconocer que la regulación en cuestión, aunque no llegaba a implicar una privación, sí tenía un impacto severo sobre el derecho de propiedad involucrado, por lo que su constitucionalidad debió haber sido analizada utilizando el test de proporcionalidad o el de la igualdad ante las cargas públicas.

Cabe destacar que en cuanto al resultado y el razonamiento, y pese a referirse a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la misma norma jurídica (el artículo 62 inciso 2º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones), *Curtidos Bas* difiere radicalmente de *Molinera del Norte*, fallado tan solo unos meses antes. En el último caso al que se alude, el requirente alegó que la aplicación en la gestión pendiente de la citada disposición vulneraba su derecho de propiedad privada, el contenido esencial del mismo y su derecho a desarrollar actividades económicas. También en fallo dividido, el tribunal estimó en esta ocasión que

Con todo, es del caso señalar que en estos últimos fallos, si bien el tribunal realiza esta afirmación, también señala que cabe analizar si la limitación en cuestión implica una privación.

⁶¹ Tribunal Constitucional, rol N° 2684-2014-INA, de 10 de septiembre de 2015.

⁶² Tribunal Constitucional, rol N° 2684-2014-INA, de 10 de septiembre de 2015, considerando vigésimo segundo.

⁶³ *Id.*

la limitación consistente en la imposibilidad de causar molestias al vecindario es una manifestación de la función social de la propiedad⁶⁴. Luego, realizando un análisis de proporcionalidad, afirmó que la orden de traslado era un medio idóneo para proteger “el interés del conjunto de personas radicadas en la proximidad de la industria, conforme con la planificación territorial adoptada”⁶⁵. A mayor abundamiento, el tribunal afirmó que, dado que las ciudades crecen para acoger a una mayor cantidad de personas, “es necesario dotar a la autoridad local de potestades que le permitan generar condiciones de habitabilidad acordes con los valores protegidos por la Constitución”⁶⁶. Cabe destacar que en este fallo, en contraste con lo que el tribunal hizo posteriormente en *Curtidos Bas*, al no haber un traspaso de las facultades de uso, goce y disposición desde el privado hacia el Estado, no se utiliza el test de la privación de facultades y atributos esenciales del dominio, sino que el análisis de proporcionalidad, lo que parece correcto por cuanto se está en presencia de una regulación.

Así, como se puede apreciar, por regla general la jurisprudencia constitucional ha confirmado la amplia lectura que la doctrina ha dado al supuesto de expropiación por privación de atributos y facultades esenciales del dominio. Inicialmente, lo hizo dando por sentada la existencia de una privación total en casos donde estimó que una modificación regulatoria podía aplicarse de una manera que los afectara (*Administrador Delegado*) o cuando ella alteraba una regulación preexistente al amparo de la cual se había generado ciertos beneficios patrimoniales (*Deuda Subordinada*). Luego, sin justificar su avenencia con el texto constitucional y siguiendo el texto de Mohor, extiende la aplicación de esta norma a la hipótesis de privación parcial, significativa o no, de estos atributos (respectivamente, en *Playas I*, *Rentas Vitalicias* y últimamente en *Curtidos Bas*). Es importante destacar que, a partir de este punto, los fallos aluden crecientemente a la relevancia de la intensidad de la regulación para efectos de que se configure el presupuesto de esta norma. Para ello estructuran su análisis a partir de una premisa, también tomada del artículo de Mohor, que le permite efectuar este tránsito: la del continuo conceptual, que se confirma en el fallo *Eléctricas*,

⁶⁴ Tribunal Constitucional, rol N° 2644-2014-INA, de 27 de enero de 2015, considerando sexagésimo quinto.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, rol N° 2644-2014-INA, de 27 de enero de 2015, considerando trigésimo quinto.

⁶⁶ Tribunal Constitucional, rol N° 2644-2014-INA, de 27 de enero de 2015, considerando octogésimo.

acogiendo explícitamente en nuestro Derecho Constitucional la doctrina de las expropiaciones regulatorias a la que da fundamento.

No obstante, en ninguno de estos fallos, ni tampoco en los que vienen a continuación, el Tribunal Constitucional articula una explicación conceptual que justifique cómo una regulación pasa a convertirse en una privación de estas facultades y atributos, algo que, si bien de manera sumamente rebatible, hizo el artículo de Mohor mediante el dispositivo del aprovechamiento pasivo del bien objeto de la regulación por parte del Estado. Esta distinción le proporciona un fundamento, por rebatible que sea, a la tesis de que las limitaciones restrictivas al derecho de propiedad privada debían ser indemnizadas. Sin embargo, no es posible encontrar formulación explícita de este argumento por parte del Tribunal Constitucional: como se ha visto, salvo en *Soterramiento de Cables*, para entrar a analizar si una regulación es una privación, el tribunal no se pregunta si es que ella implica un traspaso al Estado de las facultades y atributos protegidos por la disposición constitucional. Más bien, su análisis se refiere al impacto de la regulación, aspecto en el que cabe destacar la mención en fallos recientes a una serie de criterios para determinarlo, tales como el equilibrio entre el derecho de propiedad privada y los resguardados por la regulación, la igualdad ante las cargas públicas y la proporcionalidad. Como ya se ha insinuado y se enfatizará en las conclusiones, estos criterios pueden ser de suma utilidad para analizar la constitucionalidad de una regulación, sin que para ello sea necesario calificarla como una privación de facultades y atributos esenciales del dominio.

En suma, el tratamiento que la generalidad de la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia le han otorgado al supuesto de expropiación por privación de atributos y facultades esenciales del dominio, contenido en el artículo 19 N° 24 inciso 3° de la Constitución Política, es uno expansivo. Esto por cuanto, al poner en un mismo plano conceptual limitación y expropiación, lleva a que, dependiendo de la intensidad de sus efectos, toda limitación al derecho de propiedad privada pueda ser calificada como una privación de estos atributos y facultades⁶⁷. Este tratamiento se opone a uno restringido, como el formulado por Aldunate y Fuentes, conforme al cual esta privación solo se daría en el caso de que una ley transfiera estos atributos y facultades al Estado. Pareciera ser que se ha visto en

⁶⁷ En similar sentido, CORDERO (2006), p. 141: “cada vez que se plantea una duda sobre la constitucionalidad de la intervención reguladora que establece límites al derecho de propiedad (...) la cuestión se lleva indefectiblemente al terreno de la posible privación en los términos de la regulación expropiatoria del inciso III del art. 19 N° 24”.

esta norma particularmente ambigua una herramienta de utilidad para enfrentar el peligro de los abusos que pudiera cometer el legislador y derivativamente la administración al establecer e implementar limitaciones al derecho de propiedad privada. Sin embargo, como se argumentará en la siguiente sección, aunque desde la perspectiva de sus efectos la limitación y la privación del derecho de propiedad privada tengan similitudes, una interpretación de esta naturaleza se encuentra en pugna con el texto de esta disposición, en circunstancias que hay otras que pueden ser utilizadas para controlar la constitucionalidad de estas limitaciones, como la igualdad ante las cargas públicas.

III. POR QUÉ LA INTERPRETACIÓN EXPANSIVA DE LA PRIVACIÓN DE ATRIBUTOS Y FACULTADES ESENCIALES RESULTA PROBLEMÁTICA

En la sección anterior se ha insistido en la idea de que la interpretación amplia de la causal de expropiación por privación de atributos y facultades del dominio genera la imposibilidad de formular una distinción conceptual entre limitación y expropiación, crítica de la que se ocupa de muy buena forma el citado texto de Aldunate. Esta, por contraste, tiene como objetivo argumentar que, además de por aquella razón, esta interpretación resulta problemática por otra, vinculada con la anterior pero más poderosa: que al llevar a que, dependiendo de sus efectos, toda limitación pueda llegar a ser calificada como una privación, quedan en incertidumbre los casos en que el legislador puede utilizar la potestad configuradora que le atribuye el artículo 19 N° 24 inciso 2°. Con todo, en la medida que en ejercicio de esta potestad el legislador puede reducir el valor de mercado de los bienes y derechos objeto del derecho de propiedad privada, podría argumentarse que, en los hechos, aun cuando ella no priva de un *bien*, sí lo hace del *valor de intercambio* de éste. Se trata de una objeción a la cual subyace una determinada concepción, que fue acogida con particular entusiasmo por la Corte Suprema de Estados Unidos a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, respecto al objeto del derecho de propiedad privada. A continuación se explica el surgimiento y la actual influencia que ejerce dicha concepción, para luego enfrentar la objeción a la que sirve de fundamento a través de argumentos de texto y sistemática constitucional.

El artículo 19 N° 24 inciso 2° establece explícitamente y con precisión las potestades que tiene el legislador para configurar la institución de la propiedad (no el derecho de propiedad privada). Estas son las de determinar los modos de adquirirla, usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones que deriven de

su función social⁶⁸. Como lo ha reconocido la doctrina, mediante su ejercicio el legislador puede crear una diversidad de estatutos propietarios para conseguir el mejor aprovechamiento y utilización de los múltiples recursos que se pueden administrar a través de un régimen de propiedad privada⁶⁹. Asimismo, esta norma le otorga al legislador un título que justifica el establecimiento de limitaciones a los regímenes de propiedad existentes, las que dependiendo de las situaciones jurídicas que se hayan originado durante su vigencia, podrán restringir o no derechos subjetivos⁷⁰. La existencia de esta justificación para la intervención del legislador sobre la propiedad no es para nada trivial, si se considera que una norma de análoga naturaleza no existió en la historia constitucional chilena hasta 1925.

Sin embargo, y de manera progresiva a partir de esa fecha, esta potestad legislativa se ha reconocido para varios y amplios supuestos. Al efectuar esto la Constitución chilena se asemeja a la alemana, que también establece esta potestad para configurar el régimen jurídico de la propiedad privada. Por el contrario, se distancia de la de Estados Unidos, que, como se ha señalado, no se la reconoce al legislador⁷¹, lo que ha llevado a que se invoque el poder de policía, que dicha Constitución no establece explícitamente, para justificar estas limitaciones. Este análisis comparativo resulta de la mayor relevancia, desde el momento en que la tesis de que toda limitación es eventualmente (dependiendo de la intensidad de sus efectos) una privación de atributos y facultades esenciales del dominio, también conocida como la doctrina de la expropiación regulatoria, nace precisamente en la práctica constitucional de este último país⁷². Entonces, cabe preguntarse si al interpretar la Constitución chilena es posible asumir, sin más, esta tesis que ha encontrado su más vigoroso desarrollo interpretando una Constitución donde el legislador carece de justificación explícita para intervenir sobre la propiedad.

A la luz de lo que implican las limitaciones a la propiedad privada, las que, una vez más, el legislador se encuentra habilitado para imponer en Chile, siem-

⁶⁸ Ver artículo 19 N° 24 inciso 2° Constitución Política.

⁶⁹ RAJEVIC (1996), pp. 92-94; CORDERO (2008).

⁷⁰ ALDUNATE y FUENTES (1998), p. 220.

⁷¹ QUEZADA (2011), p. 85.

⁷² Los principales fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos relativos a esta doctrina se encuentran citados infra, en las notas 84 a 86. Para un tratamiento completo y sistemático de ella, ver MATUTE (2014).

pre y cuando lo justifique en el resguardo de la función social de la propiedad, la respuesta que se impone es claramente negativa. Estas limitaciones resultan absolutamente funcionales para que el legislador pueda configurar la institución de la propiedad privada. Como señala Aldunate, a través de ellas el legislador expresa su voluntad en cuanto a la extensión de las facultades del dominio y a las cargas que debe quedar sujeto⁷³. Éstas les permiten crear los diversos estatutos propietarios y reconfigurar los existentes para que la institución de la propiedad pueda cumplir sus objetivos.

En síntesis, lejos de contemplar únicamente una garantía patrimonial para el propietario, la Constitución chilena también establece explícitamente una potestad del legislador para configurar la propiedad privada. En ejercicio de ella el legislador, en la medida que justifique estar resguardando la función social de la propiedad privada, se encuentra constitucionalmente legitimado para imponer limitaciones a ésta. Si se adopta lo que aquí se ha denominado la lectura amplia de la privación de atributos y facultades esenciales del dominio, para poder establecer una de estas limitaciones el legislador no solo deberá justificar que ella resguarda la función social de la propiedad privada, sino que también demostrar que aquella que está dictando no implica una privación total o parcial de atributos y facultades esenciales del dominio. En otras palabras, la interpretación en cuestión produce el efecto de aumentar la carga de la prueba en que deberá incurrir el legislador para demostrar que una regulación no es una privación, sin aportar criterios precisos para que pueda cumplir con esta exigencia. Queda así en evidencia como esta *interpretación* tiene la virtud de restarle utilidad al *texto* de la Constitución. Si la Constitución hubiese querido esto, bien podría haber establecido la imposibilidad de afectar estos atributos y facultades en la citada disposición. El que su texto se refiera a la hipótesis de privación demuestra claramente que la Constitución no pretendió constreñir a tal punto la potestad configuradora del legislador sobre la propiedad privada sino que evitar que bajo el pretexto de estar regulando la propiedad, el Estado adquiriera facultades y atributos esenciales del dominio, sin pagar la correspondiente compensación.

Con todo, se podría argumentar que, al menos desde una concepción relativa al objeto de la propiedad, esta lectura amplia del supuesto de expropiación por privación de atributos y facultades esenciales del dominio, para la que toda regulación de la propiedad es una privación, sí resulta sensata. Se trata de aquella

⁷³ ALDUNATE (2006).

para la cual la nota distintiva de la propiedad no es su corporalidad sino su valor de intercambio. Como veremos, se trata de una concepción bien difundida en el Derecho Constitucional de Estados Unidos a finales del siglo XIX, pero que fue perdiendo fuerza en el siglo XX. Lo central para el argumento de este trabajo es que, desde la perspectiva de esta concepción, la distinción entre limitación y privación de la propiedad no es más que un prurito conceptual, en la medida que toda limitación implica una privación, mayor o menor, del valor de intercambio que tiene el bien que es objeto del respectivo derecho de propiedad privada. Es relevante destacar que si las cosas son como señala esta aproximación, Mohor está en lo cierto: no hay mayores diferencias entre limitación y privación. Resulta, por tanto, necesario revisar los antecedentes y fundamentos de ella.

Durante la última mitad del siglo XIX, siguiendo la concepción tradicional sobre la materia, la Corte Suprema de Estados Unidos, en los *Slaughterhouse Cases*, había afirmado que el derecho de propiedad privada únicamente garantizaba cosas físicas⁷⁴. A pesar de ello, como afirma Horwitz⁷⁵, uno de los principales historiadores del Derecho Económico de ese país, en la medida que las variedades de propiedad comercial e intelectual crecieron durante el siglo XIX, la tierra retrocedió como modelo para las concepciones de propiedad⁷⁵. Por esto, como las nuevas formas más significativas de propiedad eran incorporeales, los jueces se vieron obligados a definir la interferencia con los derechos de propiedad de una manera más abstracta, ya no como una invasión de un límite físico, sino como una acción que reduce el valor de mercado de la propiedad⁷⁶. Y es que según lo que se comprendió en ese contexto, limitarse a entender que solo habría privación de la propiedad cuando esta efectivamente se desplazara al patrimonio del Estado, evidenciaba la tendencia de sacrificar al individuo en favor de la comunidad⁷⁷. Es por eso que de ahí en más, lo que en un inicio fue solo una posición sostenida en diversos votos de minoría pasó a ser el fundamento de varios fallos dictados por cortes estatales y federales⁷⁸. Este cambio en la percepción judicial sobre la materia quedaría reflejado en el *Minesotta rate case*, donde la Corte Suprema

⁷⁴ U.S. Supreme Court, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 14 de abril de 1873.

⁷⁵ HORWITZ (1994).

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*, p. 147 (Citando a T. SEDGWICK, *A Treatise on the rules which govern the interpretation and construction of statutory and constitutional law*, pp. 456-457).

⁷⁸ *Id.*, p. 146.

afirma que es propiedad todo lo que tenga un valor de intercambio (“*property is everything that has an exchangeable value*”)⁷⁹.

Sin embargo, esta ampliación del objeto de la propiedad para proteger al individuo frente a las medidas que el Estado adopte para el resguardo de la comunidad tiene importantes consecuencias. En efecto, una vez que se divorcia la definición de propiedad de los objetos físicos y sus límites prístinos, y esta pasa a centrarse más y más en ideas altamente abstractas sobre expectativas individuales de valores de mercado estables, la concepción misma de la propiedad parece infinitamente expansible⁸⁰. Efectivamente, de ser esto así, todo cambio legal que reduce ingresos futuros también disminuye necesariamente, y por consecuencia, el valor de mercado actual de la propiedad⁸¹. Y habiendo llegado a este punto, resulta inevitable concluir que toda intervención gubernamental que cambia expectativas, y que por tanto reduce el valor de la propiedad, constituye una privación de esta⁸². Es por eso que se ha llegado a afirmar que durante este período los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos llegaron a estar más cerca que nunca de afirmar que existía un derecho de propiedad a un mundo sin variaciones⁸³.

Si bien esta jurisprudencia pertenece a un período muy marcado de la historia constitucional de Estados Unidos, conocido como el período de la Corte Lochner, lo cierto es que el impacto que una regulación pueda tener sobre el valor de mercado de un bien sigue siendo un tema considerado en la jurisprudencia sobre expropiación regulatoria, aunque con el tiempo se le ha dado menos relevancia. Es así como en *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, el caso donde por primera vez la Corte Suprema de Estados Unidos falla en conformidad a esta doctrina, esta indica que si (considerando su impacto económico) la regulación va demasiado lejos, ella debe ser considerada una privación⁸⁴. Posteriormente, ha señalado que el impacto económico de la regulación es uno de los tres factores que se deben poner en la balanza al evaluar la constitucionalidad de dicha

⁷⁹ U.S. Supreme Court, 134 US 418, 24 de marzo de 1890.

⁸⁰ HORWITZ (1994), p. 151.

⁸¹ *Id.*, p. 163.

⁸² *Id.*, p. 149.

⁸³ *Id.*, p. 51.

⁸⁴ Ver, U.S. Supreme Court, 260 U.S. 393, 415, 11 de diciembre de 1922.

regulación⁸⁵. Por último, ha afirmado que si una regulación priva al propietario de la totalidad del valor de su propiedad esta es *per se*, sin necesidad de analizar otros factores, expropiatoria⁸⁶.

Con todo, más allá del acogimiento de esta concepción en alguna doctrina y jurisprudencia comparada, incluso a pesar de las dificultades que representa para esta última, la pregunta relevante es si es que ella se encuentra reconocida o no en el texto de la Constitución. Por más que, bajo reserva de una discusión de su valor para la interpretación constitucional, en las actas de la Comisión Ortúzar constan discusiones sobre ejemplos de eventuales afectaciones al valor de la propiedad privada, lo cierto es que el texto de la Constitución no refleja que este derecho fundamental se extienda hasta tal punto⁸⁷. Para llegar a esta conclusión no resulta irrelevante la referencia a los atributos y facultades esenciales del *dominio* en el artículo 19 N° 24 inciso 3°. Esto, en el sentido de que, habiendo podido establecer en la disposición términos tales como interferencia o reducción de valor, finalmente se optó por utilizar palabras que refieren a la tradicional concepción de la propiedad establecida en el Código Civil⁸⁸. No solo eso, hay que considerar además que, como lo ha demostrado Aldunate, utilizando el caso de la protección de la libertad de religión y cultos, cuando la Constitución quiere que se mantenga el *status quo* sobre la regulación de un derecho lo dice explícitamente, otorgándole protección según lo dispongan “las leyes actualmente en vigor”⁸⁹. No habiendo hecho esta mención al regular nuestra materia, es evidente que la Constitución no amplía la protección hasta llegar a una invariabilidad legal, salvo pago de indemnización, en este ámbito. Es por ello que resulta forzado analogar una limitación que en su aplicación

⁸⁵ Ver, U.S. Supreme Court, 438 U.S. 104, 125, 26 de junio de 1978.

⁸⁶ Ver U.S. Supreme Court, 505 U.S. 1003, 1014-1019, 29 de junio de 1992.

⁸⁷ Ver *Actas Comisión Ortúzar*, Tomo V, pp. 32-40; 199-215; 272-303.

⁸⁸ Lo problemático que resulta asumir que este supuesto de privación de atributos y facultades esenciales del dominio puede ser evidenciado si se observa el análisis que el Tribunal Constitucional debe hacer en cada caso para analizar si es que una limitación llega a generarlo. Un ejemplo muy ilustrativo de esto se da en el caso Santa Beatriz, donde el tribunal, para ver si se da lo que este denomina una hipótesis excepcional de privación por la magnitud de la regulación, analiza la limitación en cuestión considerando si es que esta protege o no derechos fundamentales, es consistente con el principio de igualdad ante las cargas públicas y si resulta proporcionada. Como se podrá apreciar, ninguno de estos criterios permite determinar si se trata de una privación sino que más bien resultan de utilidad para analizar si se trata de una regulación abusiva. Ver Tribunal Constitucional, rol N° 2299-2012-INA, de 29 de enero de 2014, considerando undécimo.

⁸⁹ ALDUNATE (2008), p. 178.

reduce el valor de mercado de un derecho de propiedad privada a la privación de los atributos y facultades esenciales del dominio.

No obstante, podría llegar a afirmarse que el valor de mercado de la propiedad privada sí se encuentra protegido por la Constitución, fundamentando ello en que esta también resguarda aquella sobre bienes incorporeales. Sin embargo, este planteamiento es otra interpretación demasiado extensiva de la disposición constitucional. Evidentemente, la Constitución sí garantiza la propiedad sobre las cosas incorporeales, pero a partir de esto queda un largo trecho aun para llegar a afirmar que también la contempla para el valor de mercado de los bienes objetos de propiedad privada. Para entender este punto hay que considerar que el valor de mercado de un bien no solo depende de la posibilidad de celebrar *contratos* sobre éste, sino que también de las *expectativas* que el propio dueño e incluso terceros tengan sobre su aprovechamiento. Como solo la titularidad respecto de los derechos que emanan de los contratos se encuentra garantizada por la Constitución, es posible descartar esta amplia interpretación del objeto de la propiedad privada constitucionalmente protegida a partir de la propiedad sobre cosas incorporeales.

Por lo demás, afirmar que la Constitución acoge esta amplia concepción sobre el objeto del derecho de propiedad privada tendría implicancias no menores sobre la potestad configuradora del legislador que, conviene reiterar, sí se encuentra explícitamente reconocida en el texto constitucional. Esta no es otra que entender que cada vez que el legislador quiera ejercer esta potestad y ella tenga consecuencias negativas sobre derechos preexistentes, solo podrá hacerlo si es que establece una indemnización. Si esto es así, podría afirmarse que deberemos distinguir entre dos leyes: las comunes y corrientes (que no incidan sobre ningún derecho de propiedad preexistente) que podrán dictarse sin tener que cumplir con exigencias adicionales, y aquellas que afecten estos derechos, las que solo podrán dictarse con carácter de expropiatorias y estableciendo una indemnización⁹⁰. Esto claramente resultaría inconveniente para la protección de aquellos derechos fundamentales que pueden colisionar con el de propiedad privada porque, tal como lo señala la Corte Suprema de Estados Unidos, para-

⁹⁰ Para formular este argumento me baso en la extensión de uno de Aldunate formulado en el contexto de un comentario al fallo *Deuda Subordinada*, relativo a que la Constitución reconoce al legislador la facultad de modificar los estatutos jurídicos de una actividad económica, y que de aceptarse el razonamiento del Tribunal Constitucional en orden a que los artículos 5º, 6º y 7º protegen la confianza que pueda tener un individuo en que el legislador no les suprima o disminuya facultades, sería casi imposible para el legislador efectuar estas modificaciones, ver ALDUNATE (1995), p. 43.

dójjicamente en el caso más citado sobre expropiación regulatoria, el gobierno apenas podría continuar si es que tuviera que indemnizar por cada modificación regulatoria realizada que disminuyera el valor de la propiedad⁹¹.

Según se ha argumentado, resulta artificioso interpretar el supuesto de expropiación por privación de atributos y facultades esenciales del dominio de manera que este cubra cualquier posibilidad de abuso regulatorio en materia del derecho de propiedad privada. El análisis del caso *Curtidos Bas* recientemente realizado por Fernandois demuestra una vez más el punto⁹². Como se recordará, en ese caso se encontraba en juego la aplicación de una disposición legal que permite al alcalde decretar el traslado, dentro del plazo que estime discrecionalmente, de una industria que cause daño o molestia al vecindario. En el caso en cuestión el Alcalde estableció el plazo de un año, sin que conste que existieran estudios económicos que permitieran concluir que el costo de realizarlo en ese plazo era, dadas las características de la industria y las condiciones urbanas de Santiago, viable. Tal como enfatiza Fernandois, más que la medida de traslado, lo que resultaba problemático era el exiguo plazo para hacerlo⁹³. Así las cosas, el punto queda una vez más en evidencia: lo que se aprecia no es una privación de atributos y facultades esenciales del dominio, sino que una eventual hipótesis de abuso regulatorio. La pregunta que surge entonces es cómo contener dicho abuso.

Descartada la posibilidad de hacerlo, en la generalidad de los casos, mediante el supuesto de expropiación por privación de atributos y facultades esenciales del dominio, existen otros estándares que pueden servir para estos propósitos, y para cuya aplicación la incidencia de la regulación sobre atributos y facultades esenciales del dominio puede ser sumamente orientadora. Como ha insistido la doctrina constitucional en el último tiempo, uno de ellos puede ser el principio de igual repartición de las cargas públicas⁹⁴. Otro, puede ser el de proporcionalidad. Cualquiera que sea el caso, es necesario establecer las directrices operativas precisas que les permiten intervenir en este ámbito. El tratamiento de estos otros estándares para contener el abuso regulatorio será el próximo objeto de esta investigación.

⁹¹ Ver *Pennsylvania Cal Company v. Mahon*, 260 U.S. 393, 413, 11 de diciembre de 1922 [“Government hardly could go on if, to some extent, values incident to property could not be diminished without paying for every such change in the general law”].

⁹² FERNANDOIS (2016).

⁹³ *Id.* p. 284.

⁹⁴ ALDUNATE (2006), p. 298 y PONCE DE LEÓN (2014), p. 450.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Doctrina

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (1995). “Deficiencias en la argumentación jurídica. Comentario crítico al fallo del Tribunal Constitucional librado en la causa rol N° 207”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI*, (N° 16), pp. 27-44.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo y FUENTES OLMOS, Jessica (1997). “El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII*, (N° 18), pp. 195-221.
- 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.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales* (Santiago, Chile, Legal Publishing Chile), p. 178.
- ALEXANDER, Gregory (2006). *The Global Debate over Constitutional property. Lessons for American takings jurisprudence* (Chicago, University of Chicago Press).
- 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 del dominio en la constitución de 1980”, en *XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), pp. 55-68.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2006). “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XIX (N° 1), pp. 125-148.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2008). “De la propiedad a las propiedades”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI (N° 31), pp. 493-525.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2017). “Hacia las regulaciones compensables al derecho de propiedad. Evaluación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en *Actualidad Jurídica*, Vol. 18 (N° 36), pp. 55-96.
- DOLZER, Rudolf (2002). “Indirect Expropriations: New Developments?”, en *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11.

- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2010). *Derecho constitucional económico. Regulación, tributos y propiedad* (Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile), Tomo II.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2016). “Curtidos Bas y expropiación regulatoria: elevando el estándar constitucional para cargas gravosas a la propiedad”, en *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia Sentencias destacadas 2015: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Chile, Ediciones Libertad y Desarrollo), pp. 263-291.
- HORWITZ, Morton J. (1994). *The transformation of American law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (Oxford, Oxford University Press).
- KRIEBAUM, Ursula y SCHREUER, Christoph (2007). “The concept of property in Human Rights Law and International Investment Law”, en Stephan Breitenmoser (ed.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Human Rights Democracy and the Rule of Law*, [fecha de consulta: 15 de agosto de 2018] [Disponible en: http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/88_concept_property.pdf].
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2011). “Interferences with property under European Human Rights Law, Leuven Centre for Global Governance Studies”, *Working Paper* N° 63, May 2011, [fecha de consulta: 15 de agosto de 2018] [Disponible en: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2011/63LopezEscarcena].
- MATUTE, Claudio (2014). *Expropiaciones regulatorias. Aplicabilidad al caso chileno* (Santiago, Chile, Legal Publishing Chile).
- MOHOR ABUAUAD, Salvador (1989). “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 (N° 2), pp. 283-308.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, (Portland, Estados Unidos, Hart Publishing).
- NEWCOMBE, Andrew (2005). “The boundaries of regulatory expropriation, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20 (N° 1), [fecha de consulta: 15 de agosto de 2018] [Disponible en <https://ssrn.com/abstract=789706> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.703244>].
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana (2014). “La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa”, en *Estudios Constitucionales*, año 12 (N° 1), pp. 429-471.

- QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio (2011). “El derecho de propiedad privada en la Constitución chilena: Un intento de sistematización”, [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2017] [Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/111623>].
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (1996). “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 (Nº 1), pp. 23-97.
- VAN DER WALT, A. J. (1999). *Constitutional property clauses: A Comparative Analysis* (Juta; Cambridge, Mass: Kluwer Law International, Cape Town, South Africa).
- WENAR, Leif (1997). “The concept of property and the takings clause”, en *Columbia Law Review*, Vol. 97 (Nº 6), p. 1926.

Documentos

- Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1977), [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2017]. [Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3768/2/Tomo_IX_Comision_Ortuzar.pdf].

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia nacional

- Comunidad Galletué con Fisco de Chile* (1984). Sentencia Corte Suprema, 7 de agosto de 1984 (recurso de casación en el fondo).
- Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que Modifica las Leyes de Mercado de Valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, de Compañías de Seguros, y otras materias que indica* (1994). Tribunal Constitucional, de 7 de marzo de 1994.
- Requerimiento de Diputados respecto del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley Nº 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada* (1995). Tribunal Constitucional, 10 de febrero de 1995.
- Requerimiento de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo Nº 1, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario*

- Oficial de 6 de agosto del mismo año (1996). Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 1996.*
- Requerimiento respecto del proyecto de ley, que modifica el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que establece normas relativas al otorgamiento de pensiones a través de la modalidad de rentas vitalicias (2001). Tribunal Constitucional, de 21 de agosto de 2001.*
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa caratulada “HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A.” que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2001). Tribunal Constitucional, de 6 de marzo de 2001.*
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Energía del Limarí S.A. respecto de los artículos 5°, letra c), y 12 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2006 del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y de los artículos 15, 124, inciso primero, y 221 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en causa rol N° 5678-2008 de la Corte Suprema (2012). Tribunal Constitucional, de 15 de marzo de 2012.*
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. “Entel” respecto del “inciso final del artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, y del D.F.L. N° 206 de 1960, sobre construcción y conservación de caminos, actual Ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas (en adelante Lomop)”, en los autos rol N° 286-2011 sobre recurso de casación en la forma y en el fondo caratulados “Fisco con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.” del que conoce la Corte Suprema (2012). Tribunal Constitucional, de 24 de julio de 2012.*
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora Santa Beatriz S.A. respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, en los autos sobre recurso de protección, caratulados “Constructora Santa Beatriz S.A. con Ministerio de Educación y otro”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° 25159-2012 (2014). Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2014.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Curtidos BAS S.A. respecto del artículo 62, inciso segundo, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones; o en subsidio, respecto de la oración “Este plazo no será inferior a un año”, contenida en la parte final del mencionado inciso segundo, en los autos sobre recurso de casación en el fondo, de que conoce la Corte Suprema, bajo el rol N° 16593-2014 (2015). Tribunal Constitucional, de 10 de septiembre de 2015.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte Suprema de Estados Unidos

The Butcher’s Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company; Paul Esteben, L. Ruch, J. P. Rouede, W. Maylie, S. Fimberg, B. Beaubay, William Fagan, J.D. Broderick, N. Seibel, M. Lannes, J. Gitzinger, J.P. Aycock, D. Verges, The Live-Stock Dealers’ and Butchers’ Association of New Orleans, and Charles Cavaroc v. The State of Louisiana, ex. Rel. S. Belden, Attorney-General; The Butchers’ Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company (1873). Sentencia Corte Suprema de Estados Unidos, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 14 de abril de 1873.

Chicago, M. & St. P. Ry. v. Minnesota, 134 US 418 The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company (1873). Sentencia Corte Suprema de Estados Unidos, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 14 de abril de 1873.

Pennsylvania Cal Company v. Mahon (1922). Sentencia Corte Suprema de Estados Unidos, 260 U.S. 393, 11 de diciembre de 1922.

Penn Central Transportation Co. v. New York City (1978). Sentencia Corte Suprema de Estados Unidos, 438 U.S. 104, 26 de junio de 1978.

Lucas v. South Carolina Coastal Council (1992). Sentencia Corte Suprema de Estados Unidos, 505 U.S. 1003, 29 de junio de 1992.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Papamichalopoulos y otros contra Grecia (1993). Sentencia Corte Europea de Derechos Humanos, Series A N° 260-B, 24 junio de 1993.

Moskal (2009). Sentencia Corte Europea de Derechos Humanos, 15 de septiembre de 2009.

Hentrich (1994). Sentencia Corte Europea de Derechos Humanos, 22 de septiembre de 1994.

Guiso-Gallisay contra Italia (2005). Sentencia Corte Europea de Derechos Humanos, 8 de diciembre de 2005.