

EN DEFENSA DEL CASUISTO: REFLEXIONES ACERCA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LIMITACIONES A LA PROPIEDAD PRIVADA

IN DEFENSE OF CASE-BY-CASE ADJUDICATION: REFLECTIONS ABOUT
CONSTITUTIONAL REVIEW ON PROPERTY RIGHTS REGULATIONS

MATÍAS GUILOFF TITIUM*

Profesor de Derecho, Universidad Diego Portales
matias.guiloff@udp.cl

RESUMEN: Este trabajo analiza, si es que acaso es posible establecer fórmulas o tests judiciales que sean capaces de predecir de antemano cuándo una limitación será considerada inconstitucional por afectar el derecho de propiedad privada. Su principal argumento es que ello no resulta posible, principalmente porque resulta difícil poder determinar ex ante, sin conocer los particulares supuestos fácticos en los que incidirá, la gravedad del impacto concreto que producirá una limitación. Sin perjuicio de ello, se resalta igualmente el valor que puede tener la aplicación caso a caso de los tests de la igualdad ante las cargas públicas y el de la proporcionalidad para adjudicar los casos relativos a limitaciones a la propiedad privada.

ABSTRACT: This paper deals with whether it is possible to establish algorithms and judicial tests suitable enough to determine beforehand whether a regulation can be deemed an unconstitutional taking of property. It argues that it is not, on the grounds that it's too difficult to determine ex ante a regulation's concrete impact, without knowing the specific factual setting in which a given regulation will apply. Nevertheless, the paper emphasizes that case by case application of judicial tests such as the equality before public burdens and proportionality analysis can be useful for the adjudication of cases concerning the regulation of private property.

PALABRAS CLAVE: Derecho de propiedad privada; Evolución del concepto de propiedad privada; igualdad ante las cargas públicas; proporcionalidad.

KEY WORDS: Right to private property; evolution of the concept of private property; equality before public burdens; proportionality.

* 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 Domingo Lovera, María Agnes Salah, José Miguel Valdivia y Sergio Verdugo. Asimismo, agradezco la asistencia de Paula Franjola, Fernanda González, y Javiera Tohá en la realización de esta investigación.

Artículo recibido el 14 de noviembre de 2018 y aprobado el 14 de agosto de 2019.

La pregunta relativa hasta dónde puede incidir el Estado al regular la propiedad privada, es una de las más relevantes que se puede plantear dentro del derecho público en la actualidad. Esto sucede porque, por una parte, desde la revolución industrial en adelante, el concepto de propiedad se amplió considerablemente y pasó a abarcar no sólo la tierra u otras cosas físicas, sino que también otros objetos intangibles². A la vez, y por la otra, desde ese período y hasta la actualidad, se ampliaron considerablemente los poderes de policía del Estado para poder intervenir en mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos (como por ejemplo, la intervención en materia sanitaria o ambiental), intervención que inevitablemente incide sobre las reglas existentes, y al amparo de las cuales se realizaron inversiones cuyos titulares consideran que se encuentran protegidas por el derecho de propiedad privada. Así, en esta tensión entre una propiedad que se amplía y una intervención estatal que también lo hace, es que el conflicto entre propiedad y regulación se agudiza y se vuelve crecientemente relevante.

Esta tensión parece alcanzar un punto culmine en la década de los sesenta, en donde se produce de manera cada vez más recurrente con el auge de la regulación ambiental y los controles al uso de suelo, especialmente en zonas urbanas³. En dicho contexto, la doctrina estadounidense centró su preocupación en el desarrollo de criterios que permitieran determinar cuándo una regulación, dada la intensidad de sus efectos, devenía en una expropiación. Así, por ejemplo, Sax argumentó que aquellas regulaciones adoptadas para arbitrar conflictos por usos de suelos incompatibles no eran expropiatorias, mientras que aquellas que tenían como propósito que el Estado se beneficiara de un bien, sí lo eran⁴. Por el otro lado, Michelman sugirió que, para determinar la procedencia de compensación, había que comparar las ganancias que se obtendrían de la regulación con los costos de transacción y de desmoralización que ella generaría⁵. Como se puede apreciar, en sus intentos por entregar criterios que permitieran zanjar de antemano este importante y cada vez más recurrente conflicto, la doctrina sobre propiedad estadounidense llegó a proponer formulas o algoritmos precisos.

En nuestro país, la relevancia y recurrencia de este problema hace necesario interpretar las normas constitucionales que articulan esta tensión. De un tiempo a

² HORWITZ (1994), pp. 145; 361.

³ SAX (1971), p. 149.

⁴ SAX (1964), pp. 62-63.

⁵ MICHELMAN (1967), p. 1165.

esta parte nuestra doctrina constitucional ha hecho esfuerzos en esta dirección⁶. Desde los trabajos de Delaveau y Matute analizando la posibilidad de aplicar la doctrina estadounidense de la expropiación regulatoria en Chile⁷; los tests que proponen Fernandois y García para controlar la regulación de la propiedad privada⁸; el análisis de diversos criterios comparados e internacionales que realiza Covarrubias⁹; el riguroso análisis conceptual de Aldunate en torno a los conceptos de limitación y expropiación¹⁰, y los llamados de Atria y Salgado, y especialmente de Ponce de León, para utilizar la igualdad ante las cargas públicas como parámetro para controlar la constitucionalidad de estas regulaciones¹¹.

En este contexto, el presente trabajo busca contribuir a la literatura existente sobre las limitaciones al derecho de propiedad privada. Su objetivo es demostrar que, por más deseable que sea desde una perspectiva jurídica e incluso económica, no resulta posible establecer un algoritmo o un test (tal como la proporcionalidad o la igualdad ante las cargas públicas) que de antemano pueda predecir si es que el derecho de propiedad privada o la regulación ha de prevalecer cuando una entra en conflicto con la otra. Para desarrollar este argumento, en la primera parte, explicaré los desarrollos históricos que han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a estimar que una regulación del derecho de propiedad privada, tal como una privación, puede resultar inconstitucional si no va acompañada de una indemnización. Luego, describiré los algoritmos que se han propuesto en la doctrina y jurisprudencia comparada para zanjar de antemano este problema, y ofreceré argumentos para demostrar porque ellos no resultan convincentes. Finalmente, justificaré porqué los tests de proporcionalidad y de la igualdad ante las cargas públicas tampoco son útiles para determinar ex ante como lidiar con esta tensión.

Algunas aclaraciones antes de partir con el desarrollo del trabajo. Su propósito no es argumentar que toda medida rotulada como una regulación de la propiedad no debe ser indemnizada. Tampoco, sugerir que la proporcionalidad no es un test idóneo para controlar limitaciones a derechos fundamentales en un

⁶ Ver MOHOR (1989), pp. 283-308; RAJEVIC (1996), pp. 23-97.

⁷ DELAVEAU (2006); MATUTE (2014).

⁸ FERNANDOIS (2006), pp. 317-323; GARCÍA (2011), pp. 101-135.

⁹ COVARRUBIAS (2017), pp. 55-96.

¹⁰ ALDUNATE LIZANA (2006), pp. 285-303.

¹¹ PONCE DE LEÓN (2015), pp. 843-871; ATRIA Y SALGADO (2016), pp. 119-125.

conflicto donde resulte necesario ponderarlos. En el mismo sentido, no busca argumentar que la igualdad ante las cargas públicas no pueda ser utilizada como criterio para controlar la constitucionalidad de las regulaciones o bien como título para generar la responsabilidad civil extracontractual del Estado. Su único propósito, tal como se ha indicado más arriba, es defender la tesis que no existen algoritmos ni tests judiciales, como los mencionados anteriormente, que puedan ser utilizados para saber *de antemano* si el derecho de propiedad privada o la regulación han de prevalecer cuando entran en tensión.

1. LAS TRANSFORMACIONES EN CUANTO AL OBJETO DE LA PROPIEDAD:
¿POR QUÉ LA REGULACIÓN PUDE LLEGAR A SER EXPROPIATORIA?

En esta sección argumentaré que el paso decisivo para considerar que, no solo una privación, sino que también una regulación de la propiedad puede ser considerada expropiatoria, se produce una vez que se adopta un concepto de propiedad bien determinado. Conforme a este, la propiedad no solo puede tener como objeto cosas físicas, sino que también su valor de mercado. De ahí que, aun cuando después de una regulación el dueño siga manteniendo la cosa en su poder, si esta sufre una disminución de valor que se considera demasiado *significativa*, puede estimarse que esta regulación es expropiatoria. Para ilustrar el punto me referiré a una serie de casos chilenos y de otras jurisdicciones. Finalmente, explicitaré una serie de preguntas que se abren una vez que se considera que una regulación también puede ser expropiatoria.

Quizás el caso más ilustrativo que puede encontrarse en el Derecho chileno para ilustrar los efectos expropiatorios de una regulación, es Comunidad Galletué con Fisco. Como se sabe, dicho caso tiene como supuesto la dictación por parte del gobierno de Chile del Decreto Supremo N° 29 de 1976, que declaró monumento natural la especie araucaria araucana, con lo que prohibió su explotación. Dicha prohibición afectó severamente a los propietarios del predio Galletué que lo utilizaban primordialmente para la explotación de dicha especie¹². Con todo, como se puede apreciar, en ningún caso dicha medida implicó que el Estado se

¹² Tomando ello en consideración, pese a estimar que la regulación en cuestión era una limitación al derecho de propiedad privada que se podía imponer válidamente, en razón de la función social de ésta, la corte estimó procedente indemnizar al propietario afectado, ver Sentencia Corte Suprema, rol N° 16743-1984, de 7 de agosto de 1984. Posteriormente, en la sentencia *Lolco*, relativa a análoga limitación, y pese a que por razones procesales confirmó el fallo de segunda instancia que otorgaba la indemnización, la corte modificó este criterio. Este cambio se fundó en el argumento que, a falta de una regulación que expresamente

apropiara del predio, más bien, su efecto fue impedir, súbitamente y sin establecer período de transición alguno, el uso que contingentemente se le estaba dando al predio, para lo cual sus propietarios habían realizado significativas inversiones.

¿Cómo es posible entonces pretender que dicha medida pueda ser análoga a una auténtica privación de la propiedad? La evolución que se produce en dos casos del Derecho Constitucional de Estados Unidos ilustra el punto. Como se verá, lo que permite distinguir uno del otro es que en el segundo la Corte acepta la existencia de un concepto de propiedad más amplio que aquel que reconoció en el primero.

El primer caso es *Mugler versus Kansas*. En lo medular, los hechos se refieren a la demanda que presentó Mugler, dueño de una fábrica de cerveza, en contra del Estado de Kansas, por los graves impactos económicos que le provocó la aprobación de la enmienda constitucional que prohibió la comercialización de bebidas alcohólicas. Al conocer el caso, la Corte Suprema, no obstante que la medida impidió de manera absoluta que Mugler pudiese seguir utilizando su propiedad como lo venía haciendo, rechazó el recurso¹³. Su decisión se fundamentó en que la medida solo implicaba una regulación del uso de la propiedad, sin que pudiera considerarse que el Estado se apropiara de la propiedad o la usara¹⁴.

El segundo, es *Pennsylvania Coal Company versus Mahon*. La sentencia se refirió a una ley del estado de Pennsylvania que prohibió la minería del carbón en aquellos casos que su realización pudiera causar el hundimiento de estructuras utilizada para la habitación humana¹⁵. Esta vez, pese a que la ley no implicó que el Estado de Pennsylvania se apropiara o utilizara la propiedad de la demandante, la Corte acogió el recurso. Aunque reconoció que difícilmente se podría gobernar si es que hubiese que indemnizar cada vez que se dicta una regulación que afecta algún atributo o facultad del dominio, la Corte afirmó que, si es que la intensidad de una regulación es demasiada, si es que esta reduce demasiado el valor económico de la propiedad afectada, deviene en una expropiación, por lo que resulta inconstitucional sino va acompañada de la correspondiente indemnización¹⁶.

lo establezca, actos lícitos, como los implicados en estos casos, no pueden generar la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ver sentencia Corte Suprema, rol N° 381-2004, de 30 de diciembre de 2004.

¹³ U.S. Supreme Court, 123 U.S. 623, 5 de diciembre de 1987.

¹⁴ WENAR (1997), p. 1926.

¹⁵ U.S. Supreme Court, 260 U.S. 393, 415, 11 de diciembre de 1922.

¹⁶ *Id.*, p. 415.

Como se puede apreciar, entre ambos fallos se produce una mutación en torno al concepto de propiedad. En efecto, la idea relativa a que solo puede haber privación de la propiedad cuando el gobierno adquiere o utiliza el bien, presente en *Mugler*, se desvanece en *Mahon*, donde se afirma que también la puede haber en aquellos supuestos donde una regulación llega demasiado lejos en cuanto a la reducción del valor económico de la propiedad que efectúa¹⁷. Esta amplia lectura del supuesto de privación resulta sensata si se asume que la nota distintiva de la propiedad no es su corporalidad, sino que su valor de intercambio¹⁸. Esta fue una concepción acerca de la propiedad bien difundida en el Derecho Constitucional de Estados Unidos a finales del siglo XIX¹⁹, pero que ha sido relativizada, a través de la consideración de otros criterios adicionales, en el siglo XX²⁰.

Esta concepción surge con el auge de la propiedad comercial e intelectual durante el siglo XIX, el que trajo como consecuencia que la tierra retrocediera como el modelo paradigmático para las concepciones de propiedad²¹. En este contexto donde las formas más significativas de propiedad eran incorporales, los jueces enfrentaron la necesidad de definir la afectación de los derechos de propiedad con creciente abstracción. Así, esta ya no fue entendida como una invasión de un límite físico, sino que como una acción cuyo efecto reduce el valor de mercado de la propiedad²². Haber entendido lo contrario en dicho contexto histórico y económico, hubiese sido percibido como un sacrificio del individuo en favor de la comunidad²³.

Con todo, una vez que se estima que el valor económico también es uno de los factores a considerar para determinar si ha habido o no una expropiación, aumenta considerablemente el abanico de acciones gubernamentales que pueden eventualmente llegar a ser calificadas como una expropiación. Esto es así porque

¹⁷ WENAR (1997), p. 1929.

¹⁸ Concepción que es analizada críticamente en C.B. MACPHERSON (1997), pp. 1-13 y HORWITZ (1994), pp. 145-151.

¹⁹ HORWITZ (1994), p. 151.

²⁰ Ver, DANA y MERRILL (2002), pp. 131-164-302.

²¹ HORWITZ (1994), p. 145.

²² *Id.*

²³ *Id.*, p. 147 (Citando a T. SEDGWICK (1874), pp. 456-457). Esto permite entender por qué en el *Minesotta rate case*, la Corte Suprema, por primera vez, afirma que es propiedad todo lo que tenga un valor de intercambio (“*property is everything that has an exchangeable value*”).

las modificaciones al *status quo* que generalmente conllevan las regulaciones no operan en un vacío legal. Por el contrario, casi siempre se encuentran con inversiones preexistentes que se han desarrollado al amparo del régimen legal que fue modificado, como es el caso, por ejemplo, de las que efectuó el dueño del predio Galletué o el de la cervecera en el caso Mugler²⁴.

Así, en esta colisión entre el cambio regulatorio e inversiones realizadas bajo el régimen legal preexistente, surgen naturalmente varias preguntas. ¿Acaso se debe pagar por regular? Si es que hay que hacerlo, ¿no implica esto pasar por encima de la voluntad soberana?²⁵ ¿el hecho que existan inversiones impide modificar el régimen legal al amparo del cual se realizaron? Y, por el lado del propietario, ¿por qué tengo que asumir un sacrificio económico en pos de la comunidad que perfectamente podría ser compensado por ésta?²⁶

Dejando de lado estas preguntas –como si se pudiera–, y asumiendo que hay un límite a la intensidad con que el Estado puede regular la propiedad, ¿es posible establecer una fórmula o un test jurisprudencial para determinarlo de antemano? Estas son las preguntas que se abordan en las próximas secciones.

2. LA FÚTIL BÚSQUEDA DE UN ALGORITMO O FÓRMULA PARA DETERMINAR CUÁNDO UNA REGULACIÓN DEVIENE EN UNA EXPROPIACIÓN

Desde la década de los sesenta, la literatura estadounidense sobre expropiación regulatoria ha estado obsesionada con encontrar un algoritmo o fórmula matemática que permita determinar de antemano cuándo una regulación resulta expropiatoria²⁷. El primer intento fue realizado por Sax en 1964, quién propuso como criterio el carácter de la respectiva acción gubernamental que interfería sobre la propiedad. Así, en aquellos casos en que dicha intervención arbitraba en un conflicto por usos de suelo incompatibles, esta habría de ser considerada una regulación y por tanto no debía ser compensada²⁸. Por el contrario, en las

²⁴ De ahí que una autora como Rose conciba a esta doctrina como un mecanismo para gestionar los costos de las transiciones regulatorias, ver ROSE (2005), pp. 275-277.

²⁵ Sobre la relación entre propiedad y democracia, ver ROSE ACKERMAN (1988), pp. 1701-1702.

²⁶ Esto explica porque la Corte Suprema de Estados Unidos llega a afirmar en un fallo que esta doctrina se justifica en evitar que cargas que debiesen ser soportadas por toda la comunidad, recaigan en uno de sus miembros, ver *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49 (1960).

²⁷ La importancia de contar con reglas claras en la materia ha sido resaltada por ROSE ACKERMAN (1988).

²⁸ SAX (1964), pp. 62-63.

hipótesis donde el gobierno dictaba una regulación para apropiarse o usar un determinado bien, ella era análoga a una expropiación, por lo que debía ser compensada²⁹.

Un poco más tarde, Michelman realizó el que quizás es el intento más sofisticado para lograr este propósito. En su seminal artículo de 1967 propuso un algoritmo para determinar de antemano dos cuestiones atinentes a este problema: (1) si la regulación era constitucionalmente tolerable y (2) si, aun siéndolo, esta debía ser compensada. Para ello, argumentó, se debían comparar las ganancias en eficiencia que generaría la medida con sus costos. Estos últimos se descomponían en dos: costos de desmoralización y costos del arreglo indemnizatorio³⁰. Conforme a este esquema, si las ganancias en eficiencia que generaría la regulación son menores a ambos costos, la medida debe ser declarada inconstitucional. En el segundo escenario, si los costos de desmoralización son los menores, la medida debe ser declarada constitucional y no requiere ser compensada. Por último, si los costos del arreglo indemnizatorio son menores a los de desmoralización y menores también que las ganancias en eficiencia, la medida debe ser declarada constitucional, pero requiere ser compensada³¹.

Por más sofisticados y razonables que puedan parecer estos criterios, lo cierto es que existen varios argumentos para estimar que no son útiles para determinar de antemano cuándo una regulación es expropiatoria. El primero de ellos es que difícilmente se puede anticipar la variedad de supuestos en que se puede presentar un conflicto entre la regulación y la propiedad. El punto puede ser ilustrado por una serie de casos que se dieron en Brasil, a inicios del siglo XX. El denominador común de ellos fue la decisión del Gobierno Federal de Río de Janeiro de realizar las obras necesarias para construir la característica costanera de esta ciudad. En ese momento histórico, en dicho sitio se encontraban emplazados una serie de edificios, en los cuales vivían hacinados varios pobladores de escasos recursos.

²⁹ *Id.*

³⁰ Los primeros corresponden a la suma de (1) el valor monetario necesario para compensar las pérdidas que la regulación genera a los afectados y a sus simpatizantes, que derivan precisamente de saber que la regulación no será compensada y (2) el valor monetario presente capitalizado de la producción futura pérdida generada por la desmoralización de los afectados, sus simpatizantes y otros observadores, que sufren perturbación por representarse la posibilidad que en el futuro pueden ser objeto de un tratamiento similar. A su vez, los costos del arreglo indemnizatorio se refieren al valor monetario del tiempo, esfuerzo y recursos necesarios para llevar a cabo los arreglos indemnizatorios necesarios para evitar los costos de desmoralización, MICHELMAN (1967), p. 1214.

³¹ *Id.*, pp. 1214-1215.

Paradójicamente, para construir la costanera, el gobierno federal invocó la función social de la propiedad privada, mientras que los pobladores presentaron varios recursos alegando que se les había vulnerado su derecho a la propiedad privada³². Como se puede apreciar, en este caso, a diferencia de lo que sucede habitualmente, la propiedad privada no es invocada para proteger la libertad económica, sino que la libertad personal y la autonomía, lo que hace necesario considerar otros factores que los algoritmos anteriormente mencionados no incluyen.

Un segundo argumento en contra de la utilidad de estos algoritmos es que las regulaciones no producen el mismo impacto en todos los afectados³³. Para explicar este punto, considérese el siguiente caso tomado de la jurisprudencia francesa³⁴. Existe una huelga en un puerto que se prolonga en el tiempo. Evidentemente, ella genera perjuicios económicos a todos los agentes que utilizan el puerto, pero de ello no se sigue que a todos les genere el mismo impacto económico. Esto es así, porque varias de ellas pueden recibir sus insumos productivos, aunque sea de manera más lenta, por vías alternativas a la marítima. No sucede lo mismo con aquella empresa siderúrgica que solo puede abastecerse por el puerto, pues para ella sí que la falta de diligencia del gobierno en la gestión de la huelga ocurrida en este puerto público, genera un perjuicio especial y nítidamente diferenciable del que sufre el resto. Como estas particularidades no pueden ser previstas ex ante, queda en evidencia, una vez más, que los algoritmos no sirven para predecir la constitucionalidad o la necesidad de indemnizar una regulación.

Un tercer argumento en contra de la utilización de estos algoritmos es que las condiciones fácticas que determinan la magnitud del impacto que una regulación puede tener en la propiedad también son imprevisibles. Existen regulaciones que en las actuales condiciones de mercado articulan un adecuado balance entre cargas y beneficios. Con todo, puede ser perfectamente el caso que, si es que estas condiciones varían en el futuro, una regulación se vuelva demasiado onerosa. Esta racionalidad puede ser invocada como una justificación de la reciente determinación de la Corte Suprema de Estados Unidos relativa a que, en las condiciones actuales, un esquema regulatorio establecido para reactivar la

³² CANTISANO (2018), pp. 19-20.

³³ Este puede ser un punto para el cual el test de la igualdad ante las cargas públicas puede ser especialmente sensible, lo que no quiere decir, en concordancia con lo que se argumentará en la tercera sección, que sea un test que pueda generar orientaciones que permitan determinar de antemano cuándo una regulación debe ser declarada inconstitucional o indemnizada.

³⁴ Société Sollac, CAA Nancy, 8 de octubre de 1992.

economía durante el *new deal*, que exigía a los agricultores dejar una parte de su producción fuera del mercado, implicaba una expropiación regulatoria³⁵. Cabe destacar que, conforme a una reiterada jurisprudencia del tribunal constitucional chileno, una regulación excesivamente gravosa, como aquella que no establece un adecuado balance entre cargas y beneficios, es vista como una afectación al contenido esencial del derecho afectado por ella³⁶. Lo anterior es sin perjuicio de la existencia de una visión distinta en la doctrina acerca del objeto de esta última garantía, cuando el derecho protegido por ella es el de propiedad privada³⁷. Con todo, y en lo relativo al argumento central de este trabajo, el punto es que los mencionados algoritmos no pueden predecir estos cambios en las circunstancias económicas que generan que una regulación inicialmente proporcionada deje de serlo y se vuelva gravosa.

3. LA IMPOSIBILIDAD DE PREDECIR DE ANTEMANO MEDIANTE TESTS JUDICIALES CUANDO UNA REGULACIÓN DEVIENE EN EXPROPIATORIA: ANÁLISIS DE LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS Y DE LA PROPORCIONALIDAD

3.1. La igualdad ante las cargas públicas

Antes de adentrarse en el tratamiento de esta materia, cabe realizar algunas precisiones metodológicas que determinan la manera en que se expondrá. Ante regulaciones que afectan el derecho de propiedad privada, la igualdad ante las cargas públicas puede ser utilizada como parámetro de control de su constitucionalidad (como en los casos *Playas II* y *III*³⁸ y *Bomberos*³⁹) o bien, como título de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado (cuestión que

³⁵ Ver U.S. Supreme Court, 569 U.S. 513, de 20 de marzo de 2013. Debo este ejemplo a Bruce Huber.

³⁶ Tribunal Constitucional, sentencias rol N° 1140-2008, 15 de enero de 2009, c. 36; roles N°s. 1046-2008, de 22 de julio de 2008, c. 22 y 2071-2011, de 19 de junio de 2012, c. 21 Ver ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), pp. 95-95 y COVARRUBIAS (2014), pp. 209-214.

³⁷ Al respecto, Aldunate argumenta que lo que se protege mediante esta son las intervenciones legislativas sobre el dominio en abstracto, sin que ella resulte aplicable para las afectaciones concretas que se puedan generar sobre derechos subjetivos, cuya constitucionalidad debe ser evaluada en conformidad a la garantía de la igual repartición de las cargas públicas. Ver ALDUNATE (2006), pp. 292 y 298.

³⁸ Tribunal Constitucional, rol N° 1141-08, 17 de marzo de 2009; Tribunal Constitucional rol N° 1215-08, 30 de abril de 2009.

³⁹ Tribunal Constitucional, rol N° 1295-08, de 6 de octubre de 2009.

sucedió, de manera más o menos explícita, en los casos Galletué⁴⁰ y Lolco⁴¹, entre otros). Por estas razones, cabe analizar ambas utilidades, lo que se hará partiendo por la primera y finalizando por la segunda. Asimismo, y conforme a la doctrina, cabe distinguir entre cargas personales y reales⁴². Como solo las segundas se relacionan con el problema que es el objeto central de este artículo —las limitaciones a la propiedad privada—, el análisis se centrará en ellas.

Es pertinente partir señalando algunas nociones sobre el concepto de carga pública. Como recientemente lo ha indicado Ponce de León, en el que es quizás el trabajo más acabado sobre la materia, tres son los ejes en que se ha centrado la discusión de la doctrina nacional sobre cargas públicas⁴³. Estos son su concepto, la antedicha distinción entre aquellas reales y personales, y la relación entre ellas y otras categorías como es el caso de los tributos⁴⁴. También es posible encontrar algunos elementos característicos de las cargas públicas en la discusión que se ha generado sobre ellas en el derecho comparado⁴⁵. Finalmente, se destaca lo difícil que resulta dar con una noción conceptual consistente de éstas⁴⁶.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, las cargas públicas reales no solo deben tener una justificación razonable en sí, sino que también debe poder predicarse tal justificación acerca de su gratuidad. En efecto, tanto la carga como su gratuidad, deben satisfacer el estándar de lo razonable y medido establecido por la jurisprudencia constitucional. Como se demostrará en los siguientes párrafos, la satisfacción de este estándar, tanto para la carga como para su gratuidad, requiere de un análisis que debe ser realizado *ex post* y cuyos resultados no pueden ser determinados de antemano.

Cabe analizar primero lo relativo al carácter razonable y medido del establecimiento de la carga. Lo central para este análisis es el escrutinio de las

⁴⁰ Sentencia Corte Suprema, rol N° 16743-1984, de 7 de agosto de 1984.

⁴¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6829-1999, de 3 de noviembre de 2003.

⁴² PONCE DE LEÓN (2015), pp. 853-855.

⁴³ Ver MOHOR (1989), p. 284; EVANS (1999), p. 285; ALDUNATE (2000), pp. 61-78; FERNÁNDEZ (2000), pp. 358-359; FERNANDOIS (2010), pp. 129-131.

⁴⁴ PONCE DE LEÓN (2015), pp. 848-851.

⁴⁵ *Id.*, pp. 845-848.

⁴⁶ JIMÉNEZ (2011), p. 76; PONCE DE LEÓN (2015), p. 851.

razones que fundamentan la imposición de la carga⁴⁷. Como resalta la doctrina más autorizada sobre la materia, uno de los pasos que da el tribunal constitucional para realizarlo es verificar si se mantienen, si no quedaron desfasados, los motivos que fundamentaron la imposición de la carga⁴⁸. Ello, para lograr una adecuación de la norma a la época en que se aplica, evitando así el predominio del legislador primitivo⁴⁹. Como se podrá apreciar, este es un examen altamente casuístico, que solo podrá ser realizado teniendo a la vista las particularidades del caso bajo análisis, los que alumbrarán si se mantienen o no los motivos que llevaron a que se impusiera la carga.

Por su parte, lo razonable y mesurado de la gratuidad de una carga supone analizar la relación que establece el respectivo esquema regulatorio entre el interés público que promueve y aquellos intereses privados que afecta al hacerlo. Lo que se busca es que aquel interés público que motiva el establecimiento de la carga se articule con el interés privado del afectado de una manera tal que exista un cierto equilibrio⁵⁰. Como enfatiza Ponce de León, el fundamento aquí no es la igualdad, sino que la justicia⁵¹. Con todo, y en relación al argumento central de este trabajo, el punto es que la existencia de tal equilibrio depende de las circunstancias económicas, políticas y sociales que existieron al momento de dictar la regulación⁵², circunstancias que son demasiado numerosas como para determinar de antemano si una carga pública es constitucional o no.

A mayor abundamiento, determinar si una determinada carga pública implica una limitación excesiva del derecho de propiedad privada resulta complejo, porque como lo demuestra la jurisprudencia, muchas veces los esquemas regulatorios que las imponen también otorgan beneficios que las compensan⁵³. Dos casos de la jurisprudencia constitucional chilena ilustran el punto. El primero de ellos es *Cesiones de terrenos*⁵⁴, donde el tribunal constitucional rechazó la inconstitucionalidad del Decreto Supremo número 171, de 5 de diciembre de

⁴⁷ PONCE DE LEÓN (2015), p. 855.

⁴⁸ PONCE DE LEÓN (2015), p. 856.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, rol N° 1295-08, de 6 de octubre de 2009, c. 96.

⁵⁰ PONCE DE LEÓN (2015), p. 861.

⁵¹ *Id.*, p. 864.

⁵² Sobre el rol de estas contingencias en la imposición de cargas, véase FREUND (1904), p. 35.

⁵³ Este es un punto que también se ha analizado en JIMÉNEZ (2011), p. 77.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, rol N° 253-97, de 15 de abril de 1997.

1996, que aumentó la superficie de terreno que un urbanizador debía ceder a la Municipalidad para urbanizar un terreno. Frente a la alegación que ello implicaba una limitación inconstitucional del derecho de propiedad privada, el tribunal argumentó que ese no era el caso, dado que estas cesiones “*lejos de constituir un daño patrimonial para el dueño procura un beneficio pecuniario para él, pues el valor de los terrenos urbanizados, es superior al valor de dichos terrenos sin urbanizar, incluyendo por cierto, en este último, los costos que demanda la urbanización tanto por la ejecución de las obras respectivas como aquellos que derivan de la pérdida de superficie por las cesiones gratuitas*”⁵⁵.

Un segundo caso que también ilustra el punto relativo a que las regulaciones compensan cargas con beneficios es *Bomberos*⁵⁶. En dicha sentencia, el tribunal constitucional debió pronunciarse sobre si el gravamen que se le imponía a las compañías de seguros de financiar el funcionamiento de los cuerpos de bomberos resultaba expropiatorio o no. Al pronunciarse sobre esta cuestión, aparte de indicar que dicha carga no afectaba la actividad desarrollada por el requirente, en la medida que no la prohibía ni tampoco la eliminaba, señaló que las compañías de seguros se veían directamente beneficiados por la actividad que desarrollan los bomberos, por lo que la carga que se les imponía a los requirentes se veía compensada por los beneficios derivados de la actividad que la justificaba. En términos bastante explícitos, el tribunal constitucional argumentó que las compañías de seguro se beneficiaban de un modo *particular* de la actividad de bomberos⁵⁷.

Con todo, y volviendo al argumento central de este trabajo, perfectamente se podría plantear que el tribunal constitucional generaliza en exceso cuando concluye que los beneficios que otorgan estos esquemas regulatorios compensan las cargas que ellos mismos imponen. Ello, por cuanto perfectamente puede haber alguien afecto a la carga a la que ésta le impacte a un nivel tal que se rompe el equilibrio entre cargas y beneficios. Puesto en otras palabras, el punto es que, entre todos los supuestos de aplicación de la carga, puede haber uno para el cual resulte desproporcionada. Pues bien, si ese es el caso, su principal implicancia para la tesis de este trabajo es que esto solo puede ser determinado *ex post*. Dicho de otro modo, solo *al* realizar el examen de constitucionalidad

⁵⁵ *Id.*, c.10

⁵⁶ Tribunal Constitucional rol N° 1295-08, de 6 de octubre de 2009.

⁵⁷ *Id.*(C. 106). Énfasis propio.

de la carga, y no antes, es posible determinar si es que esta no resulta exorbitante al compararla con los beneficios que otorga el esquema regulatorio al cual se encuentra asociada.

Por último, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la materia, cabe enfatizar que la jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado con respecto a cuando una carga pública es proporcionada. Más específicamente, ha indicado una serie de supuestos en los que una carga pública deviene en una privación del derecho de propiedad privada⁵⁸. Estos son, cuando existe desplazamiento patrimonial⁵⁹, en los casos que la carga afecta el núcleo esencial del derecho⁶⁰ y, cuando genere daños de una magnitud considerable, haga peligrar las utilidades del afectado, establezca costos adicionales de producción y haga inviable la actividad académica del afectado⁶¹. Como se podrá advertir, solo el primero de los criterios listados puede ser planteado de antemano para saber si una carga que afecte el derecho de propiedad privada será considerada constitucional o no; la verificación de todos los demás requiere prestar atención a las particularidades del caso bajo análisis.

En cuanto a la igualdad ante las cargas públicas como título de responsabilidad extracontractual, ésta nace en Francia, como una justificación que permite imputar esta responsabilidad a la administración, aun en aquellas hipótesis donde actúa sin falta. Este paso se da por el Consejo de Estado en el conocido caso *La Fleurette*, que dice relación con una ley dictada por el Estado Francés que prohibió la utilización de un compuesto llamado gradina en la fabricación de la leche. Esto, en circunstancias que en todo el país solo había una fábrica que lo utilizaba para aquellos fines⁶².

A partir de este caso, la doctrina establece algunos requisitos para la procedencia de esta responsabilidad, El primero es que se trate de un sacrificio anormal; es decir, uno que exceda de los gravámenes que recurrentemente se

⁵⁸ PONCE DE LEÓN (2015), p. 866.

⁵⁹ Roles N°s. 1986 (2012) c. 60; 1992 (2012) c. 60; 2299 (2014) c. 8. De aquí en adelante todas las referencias que realizan al rol N° 2299-2014, que terminó en empate, se hacen a los considerandos del voto que estuvo por rechazar el requerimiento.

⁶⁰ Roles N°s. 245 (1996) c. 22, 23 y 25; 246 (1996) c. 23; 1141 (2009) c. 21; 2451 (2009) c. 48 y 2299 (2014) c. 22.

⁶¹ Roles N°s. 1669 (2012) c. 87; 2451 (2013) c. 48 y 2487 (2013) c. 44.

⁶² Societé Anonyme des produits laitiers La fleurette, rec. 25, Consejo de Estado, 14 de enero de 1938.

deben aceptar por el solo hecho de vivir en comunidad⁶³. Luego, debe tratarse de un sacrificio especial, uno que produzca una afectación singular, diferente a la que produce en el resto de los ciudadanos, en el afectado⁶⁴.

Como se puede apreciar, resulta difícil verificar la concurrencia de estos requisitos de antemano, sin conocer las particularidades del caso. Se podría argumentar que hay regulaciones que evidentemente, y sin necesidad de efectuar mayores indagaciones, establecen sacrificios anormales y especiales. Tal podría ser la situación, por ejemplo, en el caso *La Fleurette*, donde la regulación -una prohibición absoluta de utilización de un compuesto en un proceso productivo- afectaba a una sola empresa en todo el país. Con todo, me parece que al ser tan particular una regulación de esta naturaleza, es un mal caso para extraer grandes conclusiones en lo relativo al argumento central de este trabajo. La regulación que gatilló el caso *La Fleurette* es tan extrema y específica, que bien puede considerarse que se trata de una de carácter derechamente discriminatorio, que vulnera la igualdad ante la ley.

Las exigencias de anormalidad y especialidad del sacrificio no se presentan de manera tan indiscutida en otros casos. Considérese para ilustrar este punto el mismo caso Galletué. En cuanto a la exigencia de anormalidad, puede concluirse que en la medida que la regulación incidió sobre el principal y casi exclusivo uso que se le daba al predio, ella se cumple. Con todo, me parece que no sucede lo mismo con la de especialidad. Ello, por cuanto no solo el fundo Galletué se vio afectado por esta medida, sino que todos los otros que explotaban la araucaria araucana. Perfectamente puede ser que, luego de un análisis, se llegue a la conclusión que, en comparación a los otros fundos que lo hacían, Galletué resultó ser el más afectado. Pero eso es algo que solo se va a determinar con la información que se pueda acopiar al momento de revisar el caso, de forma tal que no resulta posible predecir de antemano el resultado que se producirá luego de la aplicación del test de la igualdad ante las cargas públicas.

Y es que como ha señalado la doctrina, en cuanto título de responsabilidad extracontractual, la igualdad ante las cargas públicas cumple la función de reparar un “accidente jurídico involuntario, casual y probablemente innecesario para alcanzar el objetivo que se había trazado la autoridad”⁶⁵. Otro caso fran-

⁶³ PAILLET (2003), pp. 219-223.

⁶⁴ *Id.*, pp. 223-225.

⁶⁵ VALDIVIA (2007), p. 1377.

cés ilustra el punto. El Congreso aprobó una ley que tuvo por objeto proteger ciertas especies animales, dentro de las cuales se incluyó a los cormoranes. La proliferación de ellos tuvo como consecuencia que estos comenzaran a depredar los cultivos acuícolas que efectuaba una empresa⁶⁶. Como lo demuestra el caso, el daño que se terminó generando era totalmente impredecible de antemano, difícilmente el legislador podía prever que al proteger al cormorán se iba a terminar causando un particular sacrificio a una determinada actividad económica, lo que ratifica el argumento central de este artículo.

3.2. La proporcionalidad

Previo al análisis de este test, cabe efectuar algunos énfasis que son necesarios para la adecuada comprensión de esta parte. En primer lugar, y en lo fundamental, considerando que la proporcionalidad es uno de los temas más debatidos en la teoría de los derechos fundamentales, ésta no pretende realizar un análisis detallado de estos debates ni tampoco efectuar una contribución para éstos. Más bien, siguiendo el hilo central de este trabajo, lo que se pretende es demostrar que, tal como sucede con la igualdad ante las cargas públicas, el test de proporcionalidad tampoco es capaz de establecer de antemano las limitaciones al derecho de propiedad privada que resultan inconstitucionales por afectarlo. Si bien los argumentos que se plantean en los siguientes párrafos se refieren en alguna medida a esos debates generales sobre la proporcionalidad, solo lo realizan para efectos de desarrollar el argumento central de este trabajo.

El test de proporcionalidad es quizás uno de los aspectos más debatidos en la teoría constitucional actual⁶⁷. Según da cuenta la literatura nacional, su surgimiento se puede trazar al Derecho prusiano de policía y luego es utilizado recurrentemente por el tribunal constitucional alemán⁶⁸. Para el caso chileno, se ha justificado la utilización del análisis de proporcionalidad en que se trata

⁶⁶ Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres, Conseil d'Etat(section), 30 de julio de 2003.

⁶⁷ Dentro de los principales trabajos que defienden su aplicación se puede mencionar ALEXY (2007); BARAK (2012) y KUMM (2010). Para trabajos que critican el test de proporcionalidad, ver URBINA (2012); ALEINIKOFF (1996); BENDOR y SELA (2012).

⁶⁸ ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), p. 67.

de una de las exigencias del Estado de Derecho⁶⁹. Con todo, este también ha sido criticado porque de acuerdo a la manera en que por lo general ha sido entendido y aplicado, lleva a hacer depender el cumplimiento de los derechos fundamentales de un cálculo utilitarista⁷⁰.

Quizás una de sus mayores virtudes es que establece una estructura de análisis predeterminada para el análisis de las limitaciones a los derechos fundamentales. Conforme a esta, aquellas medidas que tienen dicho efecto sobre aquellos deben ser (1) idóneas, (2) necesarias y (3) proporcionadas en sentido estricto. Volveré sobre estos pasos cuando analice la utilización del test de proporcionalidad para el caso específico del control de las limitaciones al derecho de propiedad privada. Por ahora, es necesario que el hecho de dotar a los jueces de una estructura de análisis predeterminada, ha llevado a algunos autores afirmar que la proporcionalidad es superior a todos los otros tests de los que se pueden valer los jueces para controlar las limitaciones a los derechos fundamentales⁷¹.

Ahora bien, en lo que concierne a la aplicación del test de proporcionalidad para el control de constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada, cabe enfatizar que su utilización para estos propósitos no parece para nada antojadiza. Muy por el contrario, dada la manera en que se encuentra regulada la protección del derecho de propiedad privada en la Constitución chilena de 1980, da la impresión que se trata de una herramienta especialmente apta para evaluar la constitucionalidad de las limitaciones que establezca el legislador al configurar los diversos regímenes de propiedad. Esto se debe a que, tal como sucede en la Constitución alemana de 1949, la chilena otorga al legislador dos mandatos cuyo cumplimiento requiere de efectuar el tipo de análisis de ponderación que la proporcionalidad exige. En efecto, por un lado, en el artículo 19 N° 24 inciso 2°, otorga una amplia potestad configuradora al legislador sobre la propiedad privada, 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). Pero, sin embargo, y

⁶⁹ NOGUEIRA (2008), p. 246.

⁷⁰ COVARRUBIAS (2012), p. 448.

⁷¹ BARAK (2012), p. 8.

por el otro lado, en el inciso 3 del mismo numeral garantiza que nadie podrá ser privado de su propiedad, del bien que recae e incluso de las facultades y atributos esenciales del dominio.

De esta manera, como se puede apreciar, la Constitución exige al legislador articular un delicado balance en lo que a la regulación del derecho de propiedad privada se refiere. Por una parte, le permite configurar la propiedad, estableciendo una diversidad estatutos dominicales, en el artículo 19 N° 24 inciso 2°. Por la otra, le prohíbe que al configurar la propiedad llegue a efectuar una privación, la que no solo puede referirse al bien o al derecho, sino que también a las facultades y atributos esenciales del dominio. ¿Cómo articular este frágil equilibrio? La ponderación que caracteriza a la proporcionalidad parece ser un mecanismo especialmente apto para lograr que, al momento de configurar la propiedad imponiéndole limitaciones, el legislador llegue hasta *cuanto* exija la función social de la propiedad, pero sin llegar más lejos que eso⁷². Dicho de otro modo, la idea es que la cláusula de expropiación no lleve a la parálisis legislativa en la configuración de la propiedad; pero, por otro lado, que la potestad configuradora no lleve a establecer limitaciones que sacrifiquen la propiedad más allá de lo que demanda la función social.

Siendo esto así, cabe preguntarse cómo es que operan los tres (sub)-tests de los que se compone el análisis de proporcionalidad cuando se aplican a las limitaciones que determine el legislador sobre el derecho de propiedad privada, lo que se hará tomando como referencia la literatura que ha analizado la aplicación de este test sobre este tema en específico. El primero de ellos es el de idoneidad, y aquí el análisis no difiere mucho del que podría hacerse sobre este punto al referirse a cualquier otro derecho fundamental: la limitación debe ser idónea o apropiada para conseguir el objetivo deseado⁷³. Para saber esto, será necesario comparar el objetivo que busca procurar la ley, con el medio –la limitación– que se ha previsto para lograrlo⁷⁴. Luego, la necesidad se refiere a que la medida o limitación bajo análisis no sea *más dura de lo necesario* para

⁷² En el mismo sentido, para el caso de la Constitución Alemana, MOSTERT (2002), p. 290.

⁷³ Algunos autores nacionales fundamentan sus críticas al análisis de proporcionalidad en que el hecho de partir analizando la necesidad, da por sentada la legitimidad de la respectiva intervención, ver COVARRUBIAS (2012), pp. 459-460.

⁷⁴ MOSTERT (2002), p. 289.

cumplir con el objetivo específico que se procura con la regulación⁷⁵. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto se refiere a que, considerando la importancia y significado del derecho fundamental afectado (en este caso el derecho de propiedad privada), *ninguna restricción de menor alcance hubiese logrado cumplir el objetivo procurado*⁷⁶.

Con todo, una cosa es argumentar que la proporcionalidad parece una herramienta especialmente apta para articular el delicado balance que intervenciones legislativas similares, pero conceptualmente diversas, como la limitación y la privación del dominio, requiere. Pero otra distinta, sin embargo, es afirmar que mediante ella se puede llegar incluso a determinar de antemano, previo a que el juez analice los hechos del caso, cuándo una regulación va a ser inconstitucional por afectar el derecho de propiedad privada. Los próximos párrafos presentan argumentos destinados a afirmar que lo segundo no es posible. Como se verá, y tal como fue el caso cuando se analizó la igualdad ante las cargas públicas, en lo medular, todos ellos discurren sobre la relevancia que en estos análisis tienen los hechos del caso o, dicho de otro modo, la gravedad del impacto en concreto que la regulación produce sobre la propiedad privada.

Un primer argumento tiene que ver con el mismo origen de la proporcionalidad. Ella puede ser trazada al Derecho de policía Prusiano, donde surge como un medio para controlar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa⁷⁷. Tal como lo indica la literatura, esta discrecionalidad no es otra cosa que el otorgamiento de un margen de apreciación por parte del legislador a la administración para que ella implemente la ley⁷⁸. Dicho de otro modo, allí donde el legislador conscientemente ha remitido la implementación de una norma legal a la administración, hay una aplicación ex post del derecho que se hace estando al tanto de las circunstancias fácticas⁷⁹.

Pues bien, ahí radica precisamente la gran virtud de la proporcionalidad: en poder controlar si una determinada regulación no es más dura de lo que se requiere para cumplir con el fin querido por el legislador en unas circunstancias bien concretas. Y, como se podrá advertir, esas circunstancias bien concretas se

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*, pp. 289-290.

⁷⁷ ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), p. 67.

⁷⁸ CANE (2011), p. 140.

⁷⁹ RUBIN (1989), pp. 383-384.

pueden presentar en una diversidad de modalidades, las cuales resultan difíciles de prever *ex ante*; vale decir, antes que se conozcan las circunstancias fácticas en que se da la aplicación de la regulación en cuestión. Un ejemplo clásico de la jurisprudencia chilena puede ser útil para ilustrar el punto: la facultad que se le otorga al intendente de fijar el acceso a las playas, contemplada en el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 de 1977 que establece normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de bienes del Estado⁸⁰. En caso que el Intendente Regional ejerza esta facultad, evidentemente la proporcionalidad de la medida adoptada no será la misma en un escenario donde fije un acceso de 10 metros de ancho, que en otro donde fije uno de 25. Aun cuando el segundo sea mucho más grande que el primero, habrá que saber cuestiones tales como la extensión total del predio, cómo esta se compara con la de otros ubicados en la misma ribera y comparar los costos que supone para cada una de estas propiedades que se fije en ellas el acceso, para hacerse una idea cierta sobre si la regulación es proporcionada o no.

El segundo argumento se relaciona con la formulación más clásica de la proporcionalidad, en la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy. Conforme a esta teoría, los derechos fundamentales deben ser entendidos como principios⁸¹. Estos se comprenden como mandatos de optimización cuya finalidad ha de ser cumplida en la medida de lo posible, atendidas las posibilidades *fácticas* y jurídicas⁸². Como señala Salgado, se trata de una propuesta que procura que los derechos se garanticen en la mayor medida de lo posible, pero siempre considerando aquellos otros principios o bienes que puedan encontrarse en contradicción⁸³. Lo opuesto a los principios son las reglas, las que no se componen de mandatos de optimización, sino que de mandatos definitivos⁸⁴.

Me parece que esta oposición entre mandatos de optimización y mandatos definitivos es sumamente ilustrativa para el argumento central de mi trabajo. El hecho que los derechos fundamentales tengan que ser entendidos como

⁸⁰ Regulación que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en los rol N° 245-96, de 2 de febrero de 1996, rol N° 1141-08, de 17 de marzo de 2009; rol N° 1215-08, de 30 de abril de 2009.

⁸¹ SALGADO (2017), p. 221.

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

mandatos de la primera naturaleza, da cuenta de cuan relevante son las circunstancias fácticas en las que está en juego su aplicación, para determinar si se los está afectando más allá de lo que tolera la Constitución o no. No sucede esto con las reglas, las cuales se aplican o no, de manera definitiva, tornándose irrelevantes las circunstancias fácticas. Para ilustrarlo con un ejemplo, aunque alguien de 17 años sea extremadamente maduro, no podrá ser considerado como un mayor de edad; en cambio, por más que se afecte el derecho de disposición sobre sus bienes que tiene cualquier persona, sí es posible aceptar como constitucionalmente tolerables las reglas sobre herencia que contiene el Código Civil, porque existen buenas razones para ello, relativas a la necesidad de proteger a otras personas distintas del testador.

El tercer argumento que se puede ofrecer para afirmar que la proporcionalidad no resulta útil para determinar de antemano la constitucionalidad de una regulación del derecho de propiedad privada, es que, pese a que dota a los jueces de una estructura para controlar las limitaciones a los derechos fundamentales, nunca logra reducir del todo el poder del juez, el que, como se sabe, siempre se ejerce *ex post*, con vista a los hechos del caso. Tal como se indicó algunos párrafos atrás, algunos autores defienden la proporcionalidad sobre la base de que, al proporcionar esta estructura, se trata comparativamente del parámetro de control judicial menos defectuoso entre todos los existentes⁸⁵. Con todo, y según se argumentará a continuación, más allá de la versión que se adopte de la proporcionalidad, siempre le entrega más o menos poder al juez, por lo que hace sumamente difícil predecir de antemano las decisiones judiciales que se adoptarán.

De acuerdo a la literatura, se pueden concebir dos versiones del test de proporcionalidad. Conforme a la primera, la proporcionalidad puede ser concebida como una herramienta que, según lo señalado anteriormente, optimiza derechos e intereses⁸⁶. En tanto, la segunda establece que la proporcionalidad permite un razonamiento moral abierto⁸⁷. Evidentemente, la segunda versión otorga muchos menos elementos para controlar la discrecionalidad judicial que la primera⁸⁸. Pero no obstante esto, y conforme a lo que se ha venido

⁸⁵ BARAK (2012), p. 8.

⁸⁶ URBINA (2012), p. 49.

⁸⁷ *Id.*, pp. 49-50.

⁸⁸ *Id.*, p. 50.

argumentando, no es que la primera “optimiza” derechos e intereses. Alguien realiza esa optimización: el juez, y como se ha visto, ella siempre requiere prestar atención a las circunstancias fácticas en que se da la respectiva limitación a derechos fundamentales.

El último argumento al que cabe referirse para estos propósitos, es un argumento de carácter interno que se relaciona con cómo ha operado en la práctica la proporcionalidad en el Derecho chileno. De acuerdo a uno de los principales trabajos sobre la materia, el tribunal constitucional no ha sido consistente en la aplicación del test de proporcionalidad⁸⁹. En efecto, según se indica ahí, en ocasiones el tribunal constitucional lo ocupa como test de proporcionalidad propiamente tal, aunque no necesariamente verifica que la limitación en cuestión cumpla con cada uno de los (sub)tests⁹⁰. Por su parte, otras veces el tribunal utiliza la proporcionalidad como herramienta para proteger derechos y controlar el exceso de poder⁹¹, lo que ha sucedido en distintos grupos de casos. El primero tiene que ver con el escrutinio de la razonabilidad de las diferencias que puedan establecer las leyes⁹². A su vez, los segundos, que se han dado a propósito de la aplicación del criterio *solve et repete*, verifican el control al debido procedimiento jurídico⁹³. Finalmente, el tribunal también ha utilizado la proporcionalidad para verificar el respeto del contenido esencial de los derechos⁹⁴. Asimismo, la proporcionalidad también ha sido utilizada para controlar si hay o no arbitrariedad⁹⁵ y como criterio de solución de conflictos de derechos⁹⁶.

Este argumento, relativo a la utilización inconsistente del test de proporcionalidad en general, también puede ser utilizado en lo que se refiere al

⁸⁹ ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚNIGA (2012), pp. 87-104.

⁹⁰ *Id.*, pp. 87-88. Sentencia rol N° 541-06 de 13 de julio de 2006, por todas.

⁹¹ *Id.*, pp. 89-95.

⁹² *Id.*, p. 89. Sentencias roles N°s. 790-07 de 25 de mayo de 2007; 1254-08 de 15 de octubre de 2008 y 1584-09 de 31 de diciembre de 2009.

⁹³ *Id.*, p. 91. Sentencias roles N°s. 546-06, de 21 de julio de 2006 y 1345-09, de 10 de marzo de 2009.

⁹⁴ *Id.*, p. 95. Sentencias roles N°s. 541-06 de 13 de julio de 2006; 1260-08 de 22 de octubre de 2008; 1345-09 de 10 de marzo de 2009 y 1463-09, de 18 de agosto de 2009.

⁹⁵ *Id.*, p. 101 (en la nota al pie 144 del referido trabajo se detallan los numerosos fallos donde esto ha sucedido).

⁹⁶ *Id.*, p. 102. Sentencia rol N° 1710-10 de 6 de agosto de 2010.

tema más específico de las limitaciones al derecho de propiedad privada. En la jurisprudencia del tribunal relativa a estas limitaciones, se puede apreciar que la proporcionalidad no siempre es utilizada, y que, cuando lo es, tampoco necesariamente son aplicados todos sus (sub)tests y, finalmente, que incluso ante casos donde se enjuicia la misma norma que impone la limitación, el tribunal no aplica en ambos el test de proporcionalidad. Previo al desarrollo de estos puntos, para contextualizar el análisis del test de proporcionalidad en materia de limitaciones al derecho de propiedad privada, hay que señalar que, como lo ha recalcado la doctrina, la mayoría de estas limitaciones se analizan en términos de si constituyen o no una hipótesis de privación de facultades y atributos esenciales del dominio⁹⁷, prevista como supuesto de expropiación por el artículo 19 N° 24 inciso 3. Incluso, algunos fallos más recientes han llegado a hablar que cuando se da una de estas privaciones se está ante lo que el derecho estadounidense denomina expropiación regulatoria⁹⁸.

La jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional no considera para nada el test de proporcionalidad al analizar las limitaciones a la propiedad privada. Esto sucede en los casos Administrador Delegado y Deuda Subordinada. En ellos, la limitación en cuestión se analiza desde la perspectiva de su incidencia en las facultades y atributos esenciales del dominio, basándose para ello en el supuesto de expropiación previsto en el artículo 19 N° 24 inciso 3⁹⁹. Luego, esta lógica se reitera en los fallos Playas I y Rentas Vitalicias, donde el tribunal se centra en la significancia de la privación de facultades y atributos esenciales del dominio¹⁰⁰. Posteriormente, se produce una ligera variación en esta lógica en *Eléctricas*, donde el tribunal acoge la doctrina estadounidense de la expropiación regulatoria, e indica que para ver si una regulación reúne tal carácter se debe atender a cómo ella incide sobre las facultades y atributos esenciales del dominio¹⁰¹.

⁹⁷ CORDERO (2006), pp. 125-148; p. 141.

⁹⁸ Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, de 6 de marzo de 2007 y rol N° 2299-12, de 29 de enero de 2014.

⁹⁹ Ver respectivamente Tribunal Constitucional, rol N° 184, de 7 de marzo de 1994, c. 7 y Tribunal Constitucional, rol N° 207 de 10 de febrero de 1995, c. 61.

¹⁰⁰ Ver respectivamente rol N° 245-1996 y rol N° 246-1996 (acumuladas) de 2 de diciembre de 1996, c. 34 y Tribunal Constitucional, rol N° 334-2001, de 21 de agosto de 2001, c. 19.

¹⁰¹ Tribunal Constitucional, rol N° 505-2006, de 6 de marzo de 2007, c. 22.

El giro se da en una serie de casos, relativo a la aplicación del citado artículo 13 de Decreto Ley N° 1.939 de 1977, que permite al intendente fijar vías de acceso a las playas públicas. En estos casos, que se fallaron de forma muy cercana en el tiempo (el segundo solo se dicta un mes después que el primero), el tribunal somete a la limitación en cuestión –la facultad del Intendente antes descrita– a cada uno de los (sub)tests de la proporcionalidad¹⁰². Este análisis se pierde en fallos posteriores dictados por el tribunal sobre limitaciones a la propiedad. Así sucede en soterramiento de cables¹⁰³ y traslado de infraestructura¹⁰⁴, donde los esfuerzos del tribunal se centran en distinguir si se está frente a una limitación o a una expropiación, siendo lo único a destacar para efectos de este análisis que, en el último, indica que uno de los criterios que se debe cumplir para que no se dé el tránsito entre la primera y la segunda, es que ella no sea desproporcionada¹⁰⁵. Posteriormente, pocos años más tarde, se aplican dos de los (sub)tests de la proporcionalidad en Santa Beatriz¹⁰⁶, quedando sin aplicar el de la proporcionalidad en sentido estricto.

Por último, para terminar de argumentar el punto, cabe hacer referencia a dos casos donde no obstante que la norma cuya constitucionalidad se impugnó era la misma, el tribunal solo aplicó el test de proporcionalidad en uno de ellos. Se trata de los casos Molinera del Norte y Curtidos Bas. En el primero de ellos, tal como se hizo en Playas II y III, aunque con un análisis bastante más extenso, el tribunal aplicó cada uno de los subtests¹⁰⁷ (sub)tests. Con todo, y tan solo unos meses después, el tribunal, aunque con algunos cambios en su integración, volvió a analizar el problema en términos de si se trataba o no de una privación de atributos esenciales del dominio, sin efectuar análisis de proporcionalidad alguno¹⁰⁸.

¹⁰² Ver Tribunal Constitucional, rol N° 1141-08, de 17 de marzo de 2009, c. 12 a 16 y 23 y rol N° 1215-08, de 30 de abril de 2009, considerandos 22 a 28.

¹⁰³ Tribunal Constitucional, rol N° 1863-2010, de 20 de julio de 2012.

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional, roles N°s. 1993-2011; 2043-2011; 2077-2011; 2078-2011; 2079-2011 (acumuladas), de 30 de mayo de 2011.

¹⁰⁵ *Id.*, c. 35.

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional, rol N° 2299-2012, de 29 de enero de 2014, c. 19 y 20.

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional, rol N° 2644-2014, de 27 de enero de 2015.

¹⁰⁸ Tribunal Constitucional, rol N° 2684-2014-INA, de 10 de septiembre de 2015.

21 años luego de haber escrito su famoso artículo donde proponía un algoritmo para resolver los casos de expropiaciones regulatorias, Frank Michelman volvió a escribir sobre la materia. El hecho que motivó este artículo fueron varias decisiones que la Corte Suprema de Estados Unidos dictó en 1987, que implicaron el resurgimiento de esta doctrina. Al concluir, Michelman enfatizó que la utilización de los tests y fórmulas que se utilizaron en estos y otros fallos anteriores a lo más conducían a una protección limitada y problemática del derecho de propiedad privada. Limitada, en tanto las demandas de la soberanía popular, por un lado, y aquellas de la concepción clásica de la propiedad, por el otro, no pueden ser reconciliadas de manera estable a un alto nivel de abstracción o generalidad¹⁰⁹. Luego, fundamentó el carácter problemático de esta protección en que si bien la idea de estado de derecho presiona para tener un mundo gobernado por la formalidad de unas pocas reglas -que debiesen ser simples y abstractas- el precio que se paga por cumplir con esa formalidad en un mundo dinámico y problemático, es otorgar respuestas más o menos torpes¹¹⁰. Siendo que lo anterior, sin embargo, no puede llevar a repudiar la idea de Estado de Derecho, Michelman concluyó que la vulnerabilidad de estos tests demuestra que no queda otra cosa que aceptar que no existen reglas que puedan aplicarse ex ante, sino que hay que recurrir a la ponderación, teniendo en vista las circunstancias del caso concreto¹¹¹.

Del análisis de Michelman surgen varias implicancias para este trabajo. La primera de ellas, es que resulta imposible establecer un algoritmo o fórmula que pueda determinar de antemano cuando una regulación es inconstitucional por afectar el derecho de propiedad privada. Esto, porque el conflicto que involucra la materia, aquel entre democracia y gobierno limitado, no admite reconciliación a altos niveles de generalidad. La segunda es que, en este contexto, la resolución de casos de limitaciones a la propiedad siempre involucra un juicio situado o un ejercicio de razón práctica que se manifiesta en el balance de los intereses en juego¹¹². Si esto es así, parecieran haber buenas razones para estimar que, aunque no va a ser posible dar con un test que permita determinar de antemano cuando una regulación es inconstitucional por vulnerar el derecho

¹⁰⁹ MICHELMAN (1988), p. 1628.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*, p. 1629.

¹¹² *Id.*, p. 1629.

de propiedad privada, el de proporcionalidad es comparativamente el mejor, ya que al menos proporciona una estructura predeterminada para realizar ese juicio. No obstante, desde una perspectiva democrática, y pese a que no ofrece una estructura metodológica tan robusta para hacer el análisis, la igualdad ante las cargas públicas pareciera tener mayores credenciales¹¹³, en la medida que, a diferencia de la proporcionalidad, no contempla como exigencia una intervención mínima, intervención que puede ser difícil de reconciliar con la soberanía popular cuando la situación bajo el *status quo* es repudiable.

En base a todo lo anterior, emergen dos desafíos que pueden ser tenidos en cuenta por la doctrina y jurisprudencia sobre el control de constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada. El primero de ellos, es abandonar el formalismo en la materia. Este se puede manifestar de dos formas distintas. Bajo la primera de ellas, todo lo que no es privación del derecho de propiedad privada es una regulación que no puede ser considerada inconstitucional. De acuerdo a la segunda, es posible establecer fórmulas o tests que permiten discernir de antemano cuando una de estas regulaciones puede ser considerada inconstitucional por afectar la propiedad privada. Me parece que el desafío consiste en aceptar la posibilidad de que pueda haber regulaciones inconstitucionales y aplicar de la manera más razonada que sea posible, algunos de estos tests *al momento de examinar cuidadosamente las circunstancias del caso*.

En segundo lugar y, por último, va a ser difícil aplicar bien estos parámetros sin hacerse cargo de un problema previo: la evolución del concepto de propiedad privada. Y es que claramente, en las circunstancias actuales, posteriores a la revolución industrial y a las múltiples formas de propiedad que han ido emergiendo desde ahí en adelante, la propiedad privada no es la misma que era en el Derecho Romano¹¹⁴. Pero, ¿hasta dónde llega? Me parece que en ese sentido deben confluir los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia sobre la materia. Evidentemente, no es algo de fácil definición, pero al menos, en tanto no se hagan esfuerzos argumentativos por justificar una determinada extensión de la propiedad, sin que sepamos qué es exactamente eso que varias constituciones garantizan a las personas, va a ser muy difícil llegar a determinar de manera relativamente persuasiva que una cierta regulación la afecta.

¹¹³ PONCE DE LEÓN (2014), p. 450.

¹¹⁴ GRAY (1980), pp. 69-85.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2000): “Consecuencias constitucionales de la doctrina sobre responsabilidad objetiva del Estado”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, Vol. 1 (Nº 2), pp. 61-78.
- _____ (2006): “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 (Nº 2), pp. 285-303.
- ALEINIKOFF, Alexander (1987): “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 96 (Nº 5), pp. 943-1005.
- ALEXY, Robert (2007): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José Ignacio; ZÚÑIGA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10 (Nº 1), pp. 65-116.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando y SALGADO MUÑOZ, Constanza (2015): *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- BARAK, Aharon (2012): *Proportionality* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BENDOR, Ariel y SELA, Tal (2012): “How proportional is proportionality”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13 (Nº 2), pp. 530-544.
- CANE, Peter (2011): *Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press).
- CANTISANO JIMENEZ, Pedro (2018): “Políticas Urbanas, Conflictos Sociais e Direito de Propriedade no Brasil da Virada do Século XX”, en Coutinho Prol y Zendron, *Propriedades em Transformação: Abordagens Multidisciplinares sobre a Propriedade no Brasil* (Sao Paulo, Blucher), pp. 17-40.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2006): “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XIX (Nº 1), pp. 125-148.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2012): “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 (Nº 2), pp. 447-480.
- _____ (2014): “¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tri-

- bunal Europeo de Derechos Humanos), en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 12 (Nº 1), pp. 163-237.
- _____ (2017): “Hacia las regulaciones compensables al derecho de propiedad. Evaluación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en *Actualidad Jurídica*, Vol. 18 (Nº 36), pp.55-96.
- DANA, David y MERRILL, Thomas (2002): *Property Takings* (New York, Foundation Press).
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006): “La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 (Nº 3), pp. 411-438.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los derechos constitucionales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), Tomo II.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago de Chile, Ediciones UC), Tomo II.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2000): “Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 (Nº 2), pp. 357-371.
- FREUND, Ernst (1904): *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights* (Chicago, Callaghan & Company).
- 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 (Nº 1), pp. 101-138.
- GREY, Thomas (1980): “The disintegration of property”, en *Nomos*, Vol. 22, pp. 69-85.
- HORWITZ MORTON, J. (1994): *The transformation of American law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (Oxford, Oxford University Press).
- JIMÉNEZ SALAS, Guillermo (2011): “Notas sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre cargas públicas”, en Pablo Marshall, *Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 63-89.
- KUMM, Mattias (2010): “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights Based Proportionality Review”, en *Law & Ethics Human Rights*, Vol. 4 (Nº 1), pp. 142-175.
- MACPHERSON C.B.(1978): *Property. Mainstream and critical positions* (Toronto, University of Toronto Press).

- MATUTE ESPINOZA, Claudio (2014): *Expropiaciones regulatorias. Aplicabilidad al caso chileno* (Santiago de Chile, Legal Publishing Chile).
- MICHELMAN, Frank (1967): "Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law", en *Harvard Law Review*, Vol. 80 (Nº 6), pp. 1165-1258.
- MICHELMAN (1988): "Takings, 1987", en *Columbia Law Review*, en Vol. 88 (Nº 8), pp. 1600 -1629.
- MOHOR ABUAUAD, Salvador (1989): "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 (Nº 2), pp. 283-308.
- MOSTERT, Hanri (2002): *The constitutional protection and regulation of property and its influence on the reform of private law and landownership in South Africa and Germany* (Berlín, Springer).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago de Chile, librotecnia), Tomos I y II.
- PAILLET, Michel (2003): *La responsabilidad administrativa* (Bogotá, Colombia, Universidad del Externado de Colombia).
- PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana (2014): "La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa", en *Estudios Constitucionales* (Nº 1), pp. 429-471.
- _____ (2015): "La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42 (Nº 3), pp. 843-871.
- 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.
- ROSE, Carol (2005): "The Story of Lucas: Environmental Land Use Regulation Between Developers and the Deep Blue Sea", en Richard Lazarus y Oliver Houck, *Environmental Law stories* (New York, Foundation Press), pp. 237-258.
- ROSE ACKERMAN, Susan (1988): "Against Ad Hocery: a Comment on Michelman", en *Columbia Law Review*, Vol. 88 (Nº 8), pp. 1697-1711.
- RUBIN, Edward (1989): "Law and legislation in the administrative state", en *Columbia Law Review*, Vol. 89 (Nº 3), pp. 369-426.

- SALGADO, Constanza (2017): “Límites y restricciones a los derechos fundamentales”, en Pablo Contreras y Constanza Salgado, *Manual sobre Derechos Fundamentales, Teoría General*, (Santiago de Chile, Ediciones Lom), pp. 207-255.
- SAX, Joseph (1964): “Takings and the Police Power”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 74 (Nº 1), pp. 36-76.
- _____ (1971): “Takings, Private Property and Public Rights”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 81 (Nº 2), pp. 149-186.
- URBINA MOLFINO, Francisco (2012): “A Critique of Proportionality”, en *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 57 (Nº 1), pp. 49-80.
- VALDIVIA, José Miguel (2006): “¿Es justo que el Estado indemnice a quienes tienen prohibido explotar sus bosques de araucaria?”, en A.A.V.V, *La responsabilidad del Estado-administración* (Santiago, Chile, Universidad Santo Tomás), pp. 133-142.
- WENAR, Leif (1997): “The concept of property and the takings clause”, en *Columbia law Review*, Vol. 97 (Nº 6), pp. 1923-1946.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Comunidad Galletué con Fisco* (1984): 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, 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, Tribunal Constitucional, 10 de febrero de 1995.
- Requerimiento de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo Nº 1º, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 6 de agosto del mismo año, Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 1996.
- Requerimiento de senadores respecto del Decreto Supremo Nº 171, de fecha 5 de diciembre de 1996, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 17 de enero de 1997. Tribunal Constitucional, 15 de abril de 1997.

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, Tribunal Constitucional, de 21 de agosto de 2001.

Sociedad Agrícola Lolco Ltda. con Fisco (2003): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de noviembre de 2003 (acción de cumplimiento de contrato forzado).

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jacobo Kravetz Miranda, respecto del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, en la causa rol N° 9059-06 seguida ante el 8° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Tribunal Constitucional, 17 de noviembre de 2016.

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del inciso primero del artículo 42 del D.F.L. N° 164, de 1991 (Ley de Concesiones), en relación a la causa caratulada “Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantención Track S.A.”, rol N° 2097-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Tribunal Constitucional, 26 de diciembre de 2006.

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, Tribunal Constitucional, 6 de marzo de 2007.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Fernando Coloma Reyes y otros respecto del artículo 4° de la Ley N° 18.549 y del artículo 29 de la Ley N° 18.669 en la causa cartulada Lagos, Hipólito y otros con INP, rol N° 18828-06, seguida ante el 7° Juzgado Civil de Santiago, Tribunal Constitucional, 11 de diciembre de 2007.

Requerimiento de inaplicabilidad de Sociedad Sergio Andrés Concha San Martín y Otro respecto de la partedel inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en la causa caratulada “Concha San Martín, Sergio Andrés, con Fisco”, de la Corte de Apelaciones de Concepción, Tribunal Constitucional, 22 de julio de 2008.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por María José Arancibia Obrador, respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. Tribunal Constitucional, 15 de enero de 2009.

Requerimiento de inaplicabilidad de Agrícola del Lago S.A. respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en juicio sumario sobre reclamo

- deducido contra resolución administrativa, rol N° 1665-08, caratulado Agrícola del Lago S.A. con Intendencia Regional de la Araucanía, del Primer Juzgado Civil de Temuco. Tribunal Constitucional, 17 de marzo de 2009.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Inversiones Pingueral Ltda., Inmobiliaria Pingueral S.A. e Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda., y don Gustavo Yáñez Mery respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, rol N° C/4193/2008, caratulado Inversiones Pingueral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica, del Tercer Juzgado de Letras de Concepción. Tribunal Constitucional, 30 de abril de 2009.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por María Teresa Lorca Morales respecto del inciso segundo del artículo 4° de la Ley N° 19.260, en la causa rol N° 27.808-2007, del Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Lorca Morales, María Teresa, con Instituto de Normalización Previsional”, Tribunal Constitucional, 7 de mayo de 2009.
- Pronunciamiento de oficio sobre la inconstitucionalidad de las expresiones: ¿Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa?, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, Tribunal Constitucional, 25 de mayo de 2009.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757, de 1977, en recurso de reclamación de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 7910-2008. Tribunal Constitucional, 6 de octubre de 2009.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Roberto Oetiker Luchsinger, Egon Hoffmann Soto y otros, respecto del artículo 317 del Código penal en causa ruc 0800102576- 8 del Tribunal de Garantía de San Bernardo, Tribunal Constitucional, 31 de diciembre de 2009.
- Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, Tribunal Constitucional, 6 de agosto de 2010.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Gerard Philippe Bordachar Sotomayor y Otros, respecto del artículo 2331 del Código Civil, en ingreso N° 2517-2008 en recurso de protección de la Corte de Apelaciones de Santiago, y en rol de ingreso 5034-2005 del 18° Juzgado

Civil de Santiago, Tribunal Constitucional, 23 de septiembre de 2010. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Energía del Limarí S.A. respecto de los artículos 5º, 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, Tribunal Constitucional, de 15 de marzo de 2012.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Daniel Yarur Elsaca respecto del artículo 2331 del Código Civil, en los autos sobre juicio civil por responsabilidad extracontractual e indemnización de perjuicios, caratulados Yarur con Yarur, de que conoce el Quinto Juzgado Civil de Santiago, bajo el rol N° C-8269-2011, Tribunal Constitucional, 19 de junio de 2012.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Chilectra S.A. respecto del inciso final del artículo 41 del D.F.L. N° 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas, 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, en los autos rol N° 1910-2010 sobre recurso de casación en el fondo caratulados “Consejo de Defensa del Estado con Chilectra S.A.”, del que conoce la Corte Suprema, Tribunal Constitucional, de 24 de julio 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, Tribunal Constitucional, de 24 de julio de 2012.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. respecto del artículo 41, inciso final

del D.F.L. N° 850, de 1997, Ministerio de Obras Públicas, 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, en relación a los autos rol N° 8347-2009, caratulados Fisco de Chile con Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., sobre recurso de casación deducido ante la Corte Suprema, Tribunal Constitucional, 24 de julio del 2012.

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales en los términos que indica (Boletín N° 8.895-06), Tribunal Constitucional, 21 de junio del 2013.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Carlos Williamson Benapres, Director Nacional del Servicio Civil y Presidente del Consejo de Alta Dirección Pública, respecto de los artículos 5°, inciso segundo y 21, N° 1, letra b), de la Ley N° 20.285, en los autos sobre reclamo de ilegalidad, caratulados “Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° 8687-2012, Tribunal Constitucional, 5 de agosto del 2013.

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, Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2014.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Molinera del Norte S.A. respecto de los artículos 62, inciso segundo y 160 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, que aprueba la nueva Ley General de Urbanismo y Construcción, en los autos sobre recurso de casación en la forma y en el fondo, caratulados “Molinera del Norte S.A. con Karen Rojo Venegas Alcaldesa I. Municipalidad de Antofagasta”, de que conoce la Corte Suprema bajo el rol N° 16888-2013, Tribunal Constitucional, 27 de enero de 2015.

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, Tribunal Constitucional, de 10 de septiembre de 2015.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Peter Mugler v. Kansas; Kansas v. Ziebold & Hagelin, 123 U.S. 623, 8 S. Ct. 273; 31 L. Ed. 205; 1887 U.S. LEXIS 2204: Sentencia Corte Suprema de Estados Unidos, 123 U.S. 623, 5 de diciembre de 1887.

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

Armstrong v. United States, 364 U.S. 40, 80 S. Ct. 1563; 1960: Sentencia Corte de Estados Unidos, 364 U.S. 40, 27 de junio de 1960.

Horne v. Department of Agriculture, 569 U.S. 513; 2013: Sentencia Corte de Estados Unidos, 569 U.S. 513, 9 de junio de 2013.

Société Anonyme des produits laitiers La fleurette, rec. 25, Consejo de Estado, 14 de enero de 1938.

Société Sollac, CAA Nancy, 8 de octubre de 1992.

Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres, Conseil d'Etat (section), 30 de julio de 2003.

