

ACCESO A LAS PLAYAS ¿UN RETORNO AL ESTATISMO EXPOLIADOR?

EDUARDO SOTO KLOSS

RESUMEN: La presente reseña crítica los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que constituyen una modificación de su criterio por cuanto no reconocen que, en relación al libre acceso a las playas, jurídicamente no hay una “limitación” sino una evidente “privación” de facultades esenciales del dominio y de atributos de él, sea en cuanto a la imposición de una “gratuidad” de tal “privación”, no advirtiendo que ello es abiertamente inconstitucional porque lo que la Constitución Política prevé a tal efecto es derechamente la “expropiación” de una faja de terreno para tal acceso que fije el intendente y sea pagada la correspondiente indemnización por el Fisco conforme a lo que dispone la propia Constitución.

SUMARIO: Introducción. 1. Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas durante 2009 sobre acceso a las playas. 2. Análisis crítico de sus contenidos: i). Sobre la pretendida imposibilidad de reclamar perjuicios en la reclamación judicial en contra de la resolución administrativa que fija vías de acceso a las playas. ii). La afectación del derecho de propiedad del dueño del terreno en el cual se fijan vías de acceso: 2.1. ¿Se trata verdaderamente de una “limitación”? 2.2. La pretendida “limitación” del artículo 13 del DL N° 1939, de 1977 ¿tiene fundamento de “función social” de la propiedad? 3. La gratuidad del gravamen impuesto por el art. 13 citado es de una patente inconstitucionalidad. 4. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Ha sido reiterativo desde hace más de dos décadas el problema suscitado por el DL N° 1939/1977, cuyo artículo 13 estableció normas para hacer posible el acceso a playas (*lato sensu*), normas que, haciendo caso omiso de los efectos de su aplicación, imponen a quienes son propietarios de terrenos colindantes de ellas obligaciones que discurren muy bien en un Estado en que no sea el derecho el que rige sino la voluntad unilateral del que dispone del poder estatal (entiéndase intendente de la región respectiva).

Nada mejor para captar cuanto decimos que transcribir su texto completo:

“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquellos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados”.

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDAS DURANTE 2009 SOBRE ACCESO A LAS PLAYAS

Sobre la base de este precepto legal se han emitido durante el año 2009 sendas sentencias por el Tribunal Constitucional (TC) pronunciándose en acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducidas en gestiones pendientes ante los tribunales ordinarios, gestiones que inciden en la reclamación judicial por parte de determinados afectados en contra de resoluciones de intendentes fijando esas vías de acceso a playas de lagos, y de mar, respectivamente. Veamos, entonces, lo que el referido Tribunal ha dicho en sus roles 1141-08 (17.3.2009) y 1215-08 (30.4.2009).

i) En *Agrícola del Lago S.A.* (TC rol 1141 cit.) la actora habiendo reclamado en juicio sumario ante el Primer Juzgado Civil de Temuco de la resolución exenta N° 64/6.2.2008, de la Intendencia Regional de La Araucanía, que estableciera una porción determinada de un inmueble de su propiedad como acceso peatonal hacia los lagos Villarrica y Huilipilún, plantea ante el TC la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del referido artículo 13.

Se aduce la antijuridicidad de un “acceso gratuito” a esas playas, la violación del art.19 N° 24 inc. 2° de la Constitución (CP), limitaciones que son de reserva legal y no de un acto administrativo, como también de sus incisos 1° y 3°, puesto que la resolución ad-

ministrativa impugnada la priva de su derecho de propiedad (“nuda propiedad” según precisa la requirente), el bien sobre que recae, y de facultades esenciales del dominio (uso y goce); además, de la vulneración de los arts. 6° y 7° y 19 N° 24 en cuanto no se indemnizan los perjuicios producidos por el órgano estatal cuya resolución se ha reclamado. Se alega, igualmente, la violación del contenido esencial del derecho de propiedad (art.19 N° 26 CP) y del debido procedimiento (art.19 N° 3 inciso 5° CP), desde que ni siquiera ha intervenido notificación alguna a su respecto.

El TC declara admisible la acción y dispone la suspensión del procedimiento en que incide. Por su parte, el Fisco formula observaciones en orden a que las playas de mar, ríos y lagos son bienes nacionales de uso público (BN), tanto por las disposiciones del Código Civil, como por decretos con fuerza de ley en materia de industria pesquera y derivados, y de defensa nacional, con un destino público; asimismo, que se trata solo de una “limitación”, “especie de carga u obligación similar a la servidumbre de luz, vista” y otras; y agrega que desde 1977 la propiedad que la actora ha adquirido en el año 2007 se encuentra gravada con un acceso público a la playa con que colinda. Por su parte, la intendenta –autora del acto administrativo impugnado– señala que el camino fijado por su resolución exenta “sería la continuación de un camino privado en actual uso, el que ya estaba trazado en el plano elaborado por la Corporación de la Reforma Agraria, en el año 1974, para el Proyecto de Parcelación Villa Alegre, del cual forma parte la propiedad de la requirente.

Lo que aquí nos interesa es cuanto el TC ha dicho al conocer y decidir la referida acción de inaplicabilidad y especialmente a la afectación del derecho de propiedad. En tal sentido distingue según lo que ha aducido la actora: por una parte, que el art.13 del DL 1939/77 en cuanto la priva del derecho de propiedad es inconstitucional, como también lo es el que la referida imposición legal es gratuita no otorgando indemnización alguna al afectado.

Respecto de lo primero, en cuanto se impugna la obligación de facilitar el dueño de un predio el acceso a través de él a la playa de un lago con que colinda, y que la ley confiera al intendente de la Región respectiva la potestad de fijarlo. Respecto de lo segundo, si el Estado puede hacerlo sin que se otorgue indemnización alguna al afectado.

(a) En cuanto al primer punto el TC recuerda que los BN tienen fundamento constitucional en el art. 19 N° 23 al expresar en su inciso 1° que se reconoce a todas las personas “*La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución*”. Lo que quedaría precisado por el Código Civil (arts. 589 incisos 1° y 2° en relación con el art. 594 ss.) que consagra los que denomina “bienes nacionales de uso público”, cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como “calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas” (art. 589 inc. 2°). Será el art. 596 el que establecerá que “*Los grandes lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, son bienes nacionales de uso público*” (inc. 1°); “*La propiedad, uso y goce de los otros lagos pertenecen a los propietarios ribereños*” (inc. 2°)¹.

Advierte el tribunal, haciendo mención de sus roles 505-506/6.3.2007, la distinción entre “privación” y “limitación” y cómo ciertas regulaciones no solo “limitan” sino “privan” a sus propietarios de atributos esenciales al dominio (rol 334/21.8.2001). Y sostiene que hay que atender a la magnitud del gravamen, que en este caso es el “uso y goce” con exclusividad, en circunstancias que el requirente, que es nudo propietario, conserva solo su facultad de disposición, “que es el atributo esencial de su dominio como nudo propietario” (consid.19); lo dicho es sin perjuicio que pueda ser indemnizado por el menor precio o valor del bien raíz del que puede seguir disponiendo.

Confirmando la idea de que se trata de una “limitación” al dominio, recuerda el TC sus roles 245-246/2.12.1996, y se aboca a ver si cabe jurídicamente imponerla razonablemente en virtud de la “función social” a que está afecto (art. 19 N° 24 CP), concluyendo afirmativamente a través de sus considerandos 23 a 28, ya que el acceso terrestre a la playa ribereña de un lago y usar de ella es el único que permite efectivamente y en la práctica “que un bien reservado a la nación toda... sea susceptible de uso público, pues ello exige de un razonablemente fácil acceso, que solo lo brinda –por lo general–

¹ El DS (Def. Nac. Sub. Marina) N° 11 (*D. Oficial* 19.6.1998) determina que los lagos señalados son navegables por buques de más de 100 toneladas de registro grueso.

el ingreso terrestre” (consid. 23). Y el TC entiende que atribuir al intendente regional la potestad de fijar ese acceso (inc. 2° del art.13 DL 1939 cit.) “es también un medio necesario para dar eficacia a la obligación del propietario colindante; sería, pues, razonable, adecuado y proporcionado (consids. 25 a 27)².

(b) Finalmente, respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado por establecer un acceso “gratuito” en un terreno de propiedad privada, el TC no se pronuncia ya que entiende que no es tema que pueda tener efecto en la gestión pendiente ante el tribunal ordinario de la instancia, desde que el demandar la indemnización de perjuicios correspondiente es materia de otro juicio y no ha sido planteado en dicha gestión.

La *prevención* del ministro señor Navarro Beltrán, recordando el rol 245/1996, se refiere, por una parte, al hecho de que se trata de una “limitación al dominio” y no puede constituir una “privación” total de este o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso y goce, “limitación” que si bien importa una restricción al ejercicio del derecho de dominio solo puede modificar alguna de sus diversas manifestaciones, pero sin destruir las facultades esenciales del derecho puesto que ello sería ya una “privación” (consid. 3°, que cita el rol 1759-2003 de la Corte Suprema). Y, por otra parte, que el mencionado art.13 debe ser interpretado restrictivamente, fijándose dicho acceso con un carácter prudencial y necesario, sin que tal acceso deba ajustarse a los requerimientos de un camino público, ya que es solo peatonal y no de fomento de la explotación turística (consid. 4°, recordando al efecto los roles 3748-1996 y 1502-2004 de la Corte Suprema). Agrega el previniente que determinar si la fijación del acceso referido se ha conformado a la ley y ha existido a su respecto un debido procedimiento administrativo es propio de la competencia del juez de la instancia y no es tema de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Por último, recuerda que respecto de la indemnización de perjuicios constituye la responsabilidad del Estado “un principio fundamental de nues-

² Sorprendente resulta la afirmación del TC por cuanto esta suprema jurisdicción no está para hacer aplicables las normas legales sino para declarar con fuerza de cosa juzgada su conformidad a la Constitución o su contravención a ella. Aquí pretende hacer aplicable el art.13 referido que es claramente violatoria de ella, como ya lo había declarado en sus roles 245-246, de 1996, y lo demostraremos con mayor amplitud en el parágrafo II siguiente.

tro Estado de Derecho” (arts. 6° y 7° CP), complementado por la ley 18.575, orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado (art. 4°), haciendo presente que incluso las limitaciones impuestas al dominio en los estados de excepción constitucional dan derecho a indemnización (art. 45 CP), como lo ha sostenido el propio TC en sus roles 755, 1138 y 1140/2008.

Los *votos en contra* de los ministros Sres. Bertelsen y Venegas, quienes estuvieron por acoger la pretensión planteada, discurren sobre la base de que lo “inconstitucional” del precepto legal impugnado es la “gratuidad” de la limitación, carga o gravamen que se impone al dueño del terreno afectado por ese acceso a la playa y, por ende, la falta, ausencia u omisión de toda indemnización que repare el daño que le es provocado. Arguyen los disidentes que tratándose de una “limitación” que recae solo sobre algunos propietarios no resulta admisible que la ley excluya a todo evento la indemnización, pues ello puede significar bien una privación, aunque sea parcial, de atributos o facultades esenciales del dominio, bien una imposición de condiciones o requisitos que impidan el libre ejercicio del derecho de propiedad o un daño causado por la Administración del Estado que debe ser reparado (consid. 3°). Analizado el precepto impugnado, señalan que su aplicación “conduce a la imposición de un gravamen, equivalente a una servidumbre de tránsito, sin que sea posible en la gestión que se impone” determinar alguna indemnización, desde que ello es inconciliable “con el carácter gratuito que reviste la obligación según la citada disposición legal” (consid. 6°). Y aun cuando el afectado puede –en virtud del art. 38 inc. 2° CP– impetrar la correspondiente indemnización “ello no es suficiente para evitar la vulneración de derechos constitucionales” que produce la aplicación del referido art. 13 del DL 1939/77. Y es que se da una “evidente asimetría” entre la imposición de la obligación que se impone al propietario de un terreno para otorgar acceso a una playa de un lago, ello mediante un procedimiento administrativo y judicial expedito, y la eventual indemnización de perjuicios por parte del Estado, que solo vendría a surgir en un proceso de lato conocimiento después de varios años de tramitación (consid. 7°). Esto constituye una clara vulneración del derecho a la igual protección de los derechos que reconoce y asegura la CP en su art. 19 N° 3, “la que exige dar un trato equitativo a los intereses y derechos de las personas e instituciones involucradas en una contienda judicial”. Y es que no resulta equitativo “el trato que la ley dispensa a una

persona que, afectada en un derecho por razones de utilidad pública tiene que someterse de inmediato a un gravamen que le impone el Estado, mientras que la indemnización que pudiere corresponderle se difiere en el tiempo” (ídem).

Del mismo modo agregan que si bien el gravamen recae sobre el usufructuario –en el caso concreto que se analiza– el cual no ha reclamado, igualmente el requirente/nudo propietario se ve afectado por cuanto no cabe descartar que dicho gravamen disminuye de modo considerable el valor del inmueble por lo cual la facultad de disposición que le corresponde sufre un notorio perjuicio (consid. 9°), todo lo cual lleva a la disidencia a sostener que la aplicación del art.13 referido “resulta contraria a la Constitución Política, por lo que debe declararse inaplicable” (ídem). Señalan, finalmente, que sustenta su posición la doctrina seguida por el propio TC en su sentencia de 2.12.1996 (roles 245-246), que declaró inconstitucional un decreto supremo que tenía su fundamento legal precisamente en dicho precepto, no existiendo razones ahora para apartarse de los criterios utilizados por el Tribunal para variar su jurisprudencia (consid. 10°).

ii). En *Inversiones Pingueral Limitada y otros* se recurre igualmente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mencionado art.13 del DL 1939/77, habiéndose previamente reclamado, ante el Tercer Juzgado de Letras de Concepción, de una resolución exenta N° 369, de la Intendencia Regional del Biobío (*D. Oficial* de 13.6.2008), la cual fundamentada en treinta considerandos fija un acceso a la playa Pingueral.

Nos parece que este caso resulta más sencillo en cuanto el TC –en lo que aquí interesa– entiende una vez más que se está en presencia de una “limitación”, por lo cual analiza si ella se enmarca en la “función social” de la propiedad, lo que es impugnado por los actores ya que la finalidad que persigue el citado art.13 es de promoción del turismo y de la pesca (se entiende pesca deportiva).

El Tribunal parte de la idea que los bienes nacionales de uso público tienen fundamental constitucional (art.19 N° 23) y que “dada su naturaleza de quedar reservados para el uso de todos, debe darse por establecido que existen razones de utilidad pública” (consid. 22). De allí que concluye –recordando al afecto las normas del

Código Civil— que “La razón de ser de la reserva [art. 19 N° 23 cit.] es entonces la utilidad pública” (consid. 23). En tal virtud, se argumenta, que el DL 1939 cit. al normar en su inciso 1° la fijación concreta de un acceso a una determinada playa ha estructurado un medio jurídicamente idóneo, adecuado y proporcionado, repitiendo lo dicho en el rol 1141-08 ya reseñado (consids. 25 a 28). Precisa muy bien el tribunal (consid. 31) que “No es el bien privado [camino de acceso] el que se puede utilizar para esos fines recreativos o de pesca, sino la playa, bien nacional que está reservado por otras normas al uso público”. Advierte luego que los roles 245-246/1996 declararon la inconstitucionalidad del decreto supremo reglamentario de este art.13 porque invadía atribuciones reservadas por la Constitución al legislador, lo que no es aquí el caso. Respecto a la alegación de inconstitucionalidad por la “gratuidad” que dicha disposición impone, el TC concluye (consids. 40 a 45) que ello no sería asunto para ser decidido a través de la acción deducida ya que no incide en la gestión judicial pendiente desde que “no está discutida ni sometida a la decisión del Tribunal una pretensión indemnizatoria, ni podría estarlo” (consids. 40 y 41) puesto que la acción intentada en dicha “gestión pendiente” es la del inciso 2° del referido art. 13, que es de reclamación de una decisión administrativa del intendente regional que ha fijado determinada vía de acceso a una playa y que se decide en una sola audiencia” (consid. 40), por lo que “no cabe examinar si el mismo resultaría o no contrario a la Constitución” (consid. 42). Todo lo cual lleva a rechazarse la acción deducida. Hay dos *prevenciones*, una del ministro Navarro Beltrán, igual a la formulada en el rol 1141-08, ya reseñada precedentemente, y otra de los ministros Cea, Bertelsen, Venegas y Peña, que concurren al rechazo de la pretensión deducida pero en razón de estimar que los actores carecen de legitimación activa desde que no estaría acreditado en este proceso constitucional su calidad de dueños de los terrenos fijados como vías de acceso a la playa en cuestión, tal como alegaba en su oportunidad el planteamiento fiscal, cuestión que el fallo desecha (consids. 4° a 12°) por cuanto establece que no incide la inaplicabilidad en determinar si las vías de acceso fijadas por la autoridad administrativa son públicas o privadas, cosa que es propia del juez del fondo (que conoce de la “gestión pendiente”), ya que para que sea procedente la acción de inaplicabilidad basta la posibilidad de que en aquella gestión sea aplicado el precepto legal impugnado.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE SUS CONTENIDOS

Visto lo que en su esencia han establecido los fallos del TC entre-
mos a su análisis.

i) Sobre la pretendida imposibilidad de reclamar perjuicios en la reclamación judicial en contra de la resolución administrativa que fija vías de acceso a las playas

Despejando lo que nos parece más simple si se conoce bien el tema de la responsabilidad del Estado, si bien es un aspecto aparentemente procesal pero que es de fondo, no aparece razonable lo aseverado por los fallos reseñados en cuanto no sería posible interponer una pretensión indemnizatoria en el proceso de reclamación en que se impugna el acto administrativo (resolución exenta de Intendencia) que fija el acceso a una playa a través de un terreno o predio de propiedad privada. Pareciera olvidarse que tal reclamación no es sino el ejercicio de una pretensión “anulatoria” y es sabido que la jurisprudencia unánime y constantemente reiterada de la Corte Suprema, desde hace ya casi dos décadas, admite la compatibilidad entre las pretensiones anulatorias (de derecho público) y las indemnizatorias (responsabilidad del Estado y de sus organismos) y, por ende, resulta procedente interponer ambas pretensiones juntamente³. El hecho de establecer el DL 1939 referido que el tribunal civil resuelva la reclamación aludida “con la sola audiencia del intendente y de los afectados” no significa que no se pueda en el procedimiento de reclamación verse el tema de la responsabilidad del Estado (Fisco en este caso), desde que su propio art.13 supone y parte de la base que el acto administrativo de la Intendencia respectiva produce daño y, por lo tanto, su obligación de indemnizar al afectado. Es más, puesto que será este Fisco el que habrá de ser condenado, el libelo de reclamación que contenga la pretensión reparatoria planteada juntamente con la anulatoria, habrá de serle notificado a fin de que sea parte del proceso aludido, y exponga lo que estime del caso como demandado.

³ Vid. al respecto nuestro trabajo sobre el tema en *Ius Publicum* 23/2009, 87-106.

ii) **La afectación del derecho de propiedad del dueño del terreno en el cual se fijan vías de acceso**

Este tema del acceso a las playas que ha originado desde hace ya dos décadas contenciosos a través de la acción constitucional de protección y de un requerimiento de inconstitucionalidad de su reglamento (DS/BNacionales N°1/1996), incide básicamente –al menos así ha sido encarado por los tribunales– en dos aspectos, a saber: (1) la afectación del derecho de propiedad del dueño de un terreno o predio por la fijación a través de él de una vía de acceso a una playa de lago o de mar efectuada por la autoridad/intendente de la región respectiva, y (2) la gratuidad de ese acceso, desde que el DL citado omite toda referencia a pago alguno al afectado por ese acto de autoridad. Veamos ambos aspectos.

Se repite usualmente que la afectación al derecho de propiedad del dueño del terreno a través del cual el intendente aludido impone es vía de acceso (1) sería una “limitación” a ese derecho y (2) una “limitación” en razón de la “función social” a que está constitucionalmente sujeta la propiedad (art. 19 N° 24 inciso 2°).

Parece adecuado –según lo dicho– indagar (1) si realmente se trata de una “limitación” y (2) si cabe la finalidad que persigue el art.13 cit., esto es “fines turísticos y de pesca”, en la idea de “función social” en las especificaciones que señala el precepto fundamental mencionado.

2.1. ¿Se trata verdaderamente de una “limitación”?

Si se atiende al verbo –cuya acción va a originar una “limitación”– veremos que “limitar” es “poner límites a algo”, o bien “a alguien en su actuar”, por tanto “acortar”, “ceñir”, “restringir”, “reducir” (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (21a. edición/2 vols.). Espasa Calpe. Madrid. 1992, vol. 2, p. 1288, col. 2). Si se atiende al sentido natural de las palabras –en este caso “limitación”, desde que no tiene una definición jurídica propiamente tal– se notará que “limitar” es “reducir”, “restringir”, “acortar”, “disminuir”.

Es más: si se realiza un recorrido por la Constitución y las expresiones que usa para referirse a estas situaciones de afectar derechos, se podrá encontrar:

(1) el art. 5° inc. 2° dispone que “El ejercicio de la soberanía [esto es, el poder público aquí específicamente ejercido “por las autoridades que esta Constitución establece”] reconoce como *limitación* el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (cursivas nuestras). Es decir, tal poder encuentra un “límite” en estos derechos, o sea no puede ejercerse ese poder si va a vulnerar, afectar o violar tales derechos; en otros términos, esa “limitación” implica una “prohibición” de afectarlos, esto es, carece de ese poder (vid. arts. 6° y especialmente 7° inc. 2°), a menos que se trate de lo que la propia CP denomina “estado de excepción constitucional (art. 39) situación en que podrán ser afectados pero *solamente* en los casos que la propia CP establece, respecto de los derechos que esta específicamente señale; y en lo que se refiere al derecho de propiedad que pudiere ser afectado en el estado de catástrofe a través de “requisiciones de bienes” y “limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad”, ellas “darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley” incluso cuando esas “limitaciones” “importen *privación* de algunos de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño” (cursivas nuestras).

(2) igualmente, se podrá encontrar en el art. 19 N° 8 que la CP prevé que “La ley podrá establecer *restricciones* específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente” (cursivas nuestras), pero en este caso debe precisarse que el TC ha establecido que tales “restricciones” en caso alguno pueden ser prohibiciones, ya generales o particulares, y ser totales, ya que ello afecta el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita (art. 19 N° 21 inc. 1°) y muy en especial el contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26, como ha fallado en el rol 185/28.2.1994, consids. 12 y 13).

(3) tanto el art. 19 N° 23 como su N° 24 hacen referencia a esta afectación. El primero de ellos, en su inciso 2° dispone que “Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer *limitaciones* o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes” (cursivas nuestras). Se advertirá que el texto señala “limitaciones al dominio” o “requisitos” pero en ningún caso pueden ellos llegar a afectar su contenido esencial (art. 19 N° 26). Y el segundo, conocido ampliamente, en su inciso 2° dispone que “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las *limitaciones* y obli-

gaciones que deriven de su función social” (frase primera; cursivas nuestras). También en sus incisos 3° a 5° prevé la “privación” de la propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, pero mediando “siempre” tanto la correspondiente expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional calificada por el legislador, como su indispensable y consecuencial indemnización “en dinero efectivo y al contado” fijada por el tribunal ordinario en sentencia judicial dictada conforme a derecho (inc. 4°), si no hubiere acuerdo entre expropiante y expropiado.

De este recorrido es posible concluir que la Constitución habla de “restringir” cuando se trata de derechos distintos del derecho de propiedad, como por ejemplo, derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, de libertad personal, de reunión, de trabajo en estado de excepción constitucional de asamblea, libertad de locomoción y de reunión en estado de excepción de sitio, de emergencia y de catástrofe, y de “limitaciones” cuando se refiere al derecho de propiedad, como por ejemplo en los arts. 19 N° 24 inc. 2° y 41 (con las modificaciones de la ley 20.050).

Ahora bien, si se recuerda la sentencia del TC de 7.6.1985, rol 29, que se pronunciara sobre el proyecto de ley que convertido posteriormente en ley lleva el N° 18.415, orgánica constitucional de estados de excepción, ella señaló (haciendo la distinción entre “suspender” y “limitar” derechos fundamentales/art.12) que se “*restringe*” un derecho cuando “se limita su ejercicio en el fondo o en la forma”, o sea se “reduce” a una menor amplitud o a una menor extensión dicho ejercicio, pero derecho que es posible ejercerlo, distinguiéndose así tanto de la “suspensión”, la cual es el impedimento total de ejercerlo si bien temporalmente, como de la “privación” que es ese impedimento de ejercerlo pero de manera definitiva por cuanto le ha sido cercenado a su titular, al cual se le ha despojado de él.

De lo dicho resulta con claridad que la “limitación” significa “reducir”, constituye una “reducción” del ejercicio del derecho –de propiedad en este caso– sobre un bien o en sus atributos o facultades esenciales; esto es, una “disminución”, un “acortamiento”, de su amplitud o extensión en el ejercicio de ese derecho. E igualmente claro, y hasta evidente, que esa reducción, disminución o acortamiento del ejercicio de ese derecho, *permite* ese ejercicio, no lo

impide ni lo hace ilusorio o imposible o meramente nominal. Por el contrario, la gran diferencia de la “limitación” con la “suspensión” del ejercicio de un derecho está en que en esta última *se impide*, mediante una expresa prohibición, dicho ejercicio, el cual, en consecuencia, no es posible actualizarlo, al menos temporalmente (como ocurre en el estado de excepción constitucional de asamblea en el cual se permite suspender el ejercicio de los derechos de libertad personal, de reunión y de trabajo/art. 41 N° 1 y reforma ley 20.050) y, ciertamente, se diferencia de la “privación” del derecho en la cual este es cercenado a su titular, vale decir, este es despojado de él, le es quitado de su patrimonio (lo que no cabe olvidar y debe recordarse, solo cabrá en períodos de normalidad constitucional a través de la “expropiación” ya referida, debidamente indemnizada, como lo prescribe perentoriamente la propia Constitución en su art. 19 N° 24 incs. 3° a 5°).

Ahora bien, en el caso del acceso a las playas previsto en la forma dispuesta por el art.13 del DL 1939/77 ¿hay “limitación” o “privación”?

Yendo directamente al punto, no puede racionalmente caber duda que el titular de la plena propiedad del predio o terreno sobre el cual la autoridad administrativa fija unilateralmente (por acto administrativo) una vía de acceso a la playa de un lago que posee la calidad de bien nacional de uso público, se ve directamente afectado tanto en el “uso” como en el “goce” de esa faja de su propiedad, “facultades esenciales del dominio”, afectación en cuanto se le *impide* expresamente por un acto de la autoridad administrativa el ejercicio de ambas (uso y goce), o sea, su titular *es despojado* de ellas, carece de la posibilidad de determinar según su propia decisión, el uso y goce de los terrenos constituidos como vía de acceso, vulnerándose al mismo tiempo los “atributos esenciales del dominio” como son sus caracteres de absoluto, exclusivo y perpetuo (desde que la resolución de la Intendencia tiene vigencia indefinida). Y aun la facultad de “disposición” se encuentra seriamente disminuida al punto que puede ser que no pueda venderse o enajenarse el predio que se ve afectada por esa virtual servidumbre de tránsito impuesta gratuitamente, sin indemnización alguna, por la autoridad, lo que significa que también la facultad de disposición sea vea *impedida* de su ejercicio y en los hechos prácticamente *privada* de ser actualizada.

No desconozco que tanto el TC (roles 245-246/1996) como en estos fallos que analizamos, como la Corte Suprema (v.gr. entre otros, roles 3748/1996, 1759/2003, 1502/2004) estiman que no hay privación, pero ello nos parece como una estimación puramente libresca, de escritorio, de “torre de marfil”, porque la realidad, los hechos y la experiencia diaria, muestran algo muy distinto y diferente.

Decir, afirmar y sostener que se trata de una “limitación” va directamente en contra de la realidad diaria que muestra la más elemental y desprejuiciada experiencia que es posible ver en el terreno, de alguien que está allí y ve lo que ocurre. Fijado el acceso referido por la autoridad/intendente, el propietario afectado (también quien sea arrendatario o tenedor del predio) *pierde* el uso y goce de esa faja destinada a vía de acceso en cuestión, se ve impedido de determinar él, por su propia decisión, el uso y goce que puede darle, según sus propias convicciones o intereses o deseos, lo cual significa que ha visto en la realidad, en los hechos, en la práctica, “cercenada” esa facultad esencial del dominio, se ha visto y se encuentra “privado” de ella, y no solo esto sino que también ha visto “cercenado” el atributo esencial de exclusividad, perpetuidad y absoluto que se le reconoce al derecho de dominio. En la práctica, en la realidad, en los hechos allí donde ocurren, no hay una “limitación”, hay una patente, una evidente, una irredargüible “privación” de tales facultades y atributos esenciales. Y más encima –lo que parece no advertirse por jueces que redactan sus fallos en sus cómodos escritorios y en el silencio de sus horas dedicadas a ello– el propietario (arrendatario o tenedor) del predio o terreno debe incurrir, sin indemnización alguna de la autoridad, en los costos que significa “cercar” dicha faja a fin de que aquellos que transiten por esa vía de acceso a la respectiva playa con “fines turísticos y de pesca”, no invadan los terrenos privados aledaños a esa faja y dañen las plantaciones, siembras o incluso construcciones (v.gr. bodegas, casas u otras) que pudieran ser vecinas. Y no solo cercar porque además se le impone la carga de “mantener” en buen estado esa vía de acceso a fin de hacerla expedita y que sirva efectivamente a los fines para los cuales ha sido establecida. Desde el momento en que la autoridad fija esa vía de acceso sucede algo muy simple y claro: se han afectado esas “facultades” y esos “atributos” esenciales del derecho de propiedad imponiendo una decisión de la autoridad/intendente que *impiden su libre ejercicio*” y, por lo tanto, se ha afectado el derecho “en su esencia”, en su

“contenido esencial”, lo que la Constitución prohíbe expresamente que lo pueda hacer un precepto de ley, ya que si lo hace cae ipso *iure* e indefectiblemente en una patente y flagrante violación de ella (véanse a este efecto las sesiones 157 y 212 de la Comisión Ortúzar, particularmente claras al respecto).

Al no atenerse el juez a la realidad, a los hechos que ocurren efectivamente en el tiempo, a la experiencia concreta de lo que ocurre en el terreno, se cae de lleno en el error y lo que es peor en la injusticia, en el escarnio del Derecho y en el avasallamiento puro y simple de los derechos de las personas, para cuya protección precisamente han sido constituidos los jueces y los tribunales de justicia.

Si se “impide” el ejercicio de esas facultades esenciales del dominio y de sus atributos inherentes a él, no hay ya una “limitación” sino una real y verdadera “privación” de ellos y, por tanto, lo que procede según lo prescribe la propia Constitución es la “expropiación” de esa faja de terreno para constituir la en vía de acceso y, por cierto, mediando la correspondiente e indispensable indemnización pecuniaria. De no existir esta, aquella “privación” viene a ser una mera “confiscación”, que nuestra Constitución no prevé sino como pena penal para el caso de las asociaciones declaradas ilícitas en un debido proceso penal (art. 19 N° 7 letra g, sin perjuicio del comiso previsto en las leyes).

Tal como aparece el artículo 13 inciso 1° del DL 1939/77, el medio empleado en él constituye una clarísima “privación” –y no limitación– del derecho de propiedad del dueño del terreno o predio en el cual se fija una vía de acceso a playas de mar, lago o río⁴.

2.2. La pretendida “limitación” del artículo 13 DL 1939/77 ¿tiene fundamento de “función social” de la propiedad?

El art. 19 N° 24 inciso 2° CP señala con precisión y de modo taxativo qué es lo que comprende la llamada “función social” de la propiedad: “Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental” (frase segunda).

⁴ Vid. en igual sentido *Inmobiliaria Maullín Ltda.*/inaplicabilidad acogida (C. Suprema 18.6.2004, rol 4309-02, consids. 8° y 9°), sobre inconstitucionalidad de los arts. 11 y 12 de la ley 17.288, sobre monumentos nacionales, en RDJ t.101/2004, 2.5, 25-31).

Es en la inaplicabilidad deducida por *Inversiones Pingueral Limitada y otros* (rol 1215-08) en donde se toca el punto por el TC (consids. 21 a 25), dando por establecido que lo dispuesto en el art.13 cit. se encontraría comprendido en lo aludido a “la utilidad pública”. Lo curioso es que el fallo se basa en que tal playa de mar –que sobre ella es que recae el caso indicado– son bienes nacionales de uso público según el Código Civil pero pasa de largo sobre su concepto que dice que dichos bienes pertenecen “a la Nación toda” y si es así legalmente no se explica primeramente que aquí en el texto del art.13 referido no se permita el acceso a “los miembros de la Nación toda” sino solo para aquellos miembros que persiguen “fines turísticos y de pesca”, lo que constituye de suyo algo que no cabe ya en “utilidad pública”, que está bien acotada en cuanto implica “la Nación toda” y no restringida a un ámbito reducidísimo como los que señala dicho art.13 y, en segundo lugar, tampoco se explica su conformidad a la Constitución desde que aparece como contrario a la igualdad ante el Derecho en cuanto configura una discriminación no razonable, esto es arbitraria (art. 19 N° 2).

La “utilidad pública” en la disposición del art. 19 N° 24 inc. 2° y para este caso de los bienes nacionales de uso público dice relación con “todos los habitantes de la Nación”, “a quienes pertenecen” esos bienes, y ciertamente no entra en lo de “pública” reducir ese acceso para solamente permitirlo a un grupo minúsculo (“grupúsculo”, podría entonces decirse) de personas como los que tienen fines “turísticos y de pesca”. ¿Y quien persiguiera fines artísticos, por ejemplo un pintor para captar en su tela el amanecer en la playa, el despuntar del sol o, como un nuevo Monet frente a la catedral de Rouen, captar esa iridescencia del sol en distintas horas del día? ¿Le estará, acaso, prohibido el acceso con su caballete y caja de pinturas? ¿O un cineasta o fotógrafo profesional que quisiera filmar escenas en ese lugar? O ¿podría una orquesta juvenil dar un concierto allí? Ninguna de las personas aludidas en los ejemplos persigue “fines turísticos y de pesca” por lo cual podría serles perfectamente impedido y prohibido el acceso, desde que no caen ellas dentro de la previsión normativa del DL referido ni de la resolución de Intendencia que fijó dicho acceso, más aún que tratándose de un predio privado y de una “vía de acceso” privada que no ha dejado de estar en un terreno de propiedad privada, les estaría impedido dicho acceso.

¿Cabe, entonces, incluir esta previsión normativa del DL 1939/77

art. 13 en la llamada “función social” de la propiedad, si ni siquiera puede razonablemente (de sentido común) comprenderse en la idea de “utilidad pública”? Ciertamente que no. Nos parece que hay un errado entendimiento del término “público”, el cual ya desde la época romana (*populus, populusque, publicum*) se identifica con “pueblo” y que el texto de Bello denomina “Nación”, o sea “el conjunto de miembros de la comunidad nacional”. El DL 1939/77 art. 13 no tiene ese sentido por cuanto reduce y restringe el acceso solo y únicamente a quienes persiguen o tienen los dos únicos fines que especifica al efecto, por lo cual deja en su texto de referirse a “la Nación toda” y, lo que es peor para el caso de las playas de mar, limita su acceso a fines turísticos y de pesca en circunstancia que ellas están abiertas a todos los habitantes de la Nación.

3. LA GRATUIDAD DEL GRAVAMEN IMPUESTO POR EL ARTÍCULO 13 DEL DL 1939/7 ES DE UNA PATENTE INCONSTITUCIONALIDAD

Aun cuando la “gratuidad” no fue derechamente resuelta por el TC por no incidir en la inaplicabilidad deducida propiamente tal, las prevenciones del ministro Navarro Beltrán dejaron en claro que obviamente esa fijación de una vía de acceso a esas playas (de lago o de mar, respectivamente) originaban daño a los afectados y en tal caso da origen a las indemnizaciones correspondientes, conforme a la propia Constitución (arts. 6° y 7°, y yo agregaría el art. 38 que es la norma específica que se refiere a los daños producidos por la Administración), y a la ley 18.575, art. 4°, y conforme a un proceso aparte, ordinario y de lato conocimiento.

Solo los *votos en contra* de los ministros Bertelsen y Venegas en el rol 1141-08 *Agrícola del Lago S.A.* afirman razonadamente la inconstitucionalidad del art. 13 cit. al hacer “gratuita” la referida fijación de una vía de acceso a las playas referidas para los propietarios de los predios que son afectados por la resolución de Intendencia que la determina.

Y es que aparece evidente que omitir o eludir *ex professo* el derecho a ser indemnizado en circunstancias que se está dañando a un particular por esa resolución administrativa –como lo reconoce expresamente dicha norma (“evitando causar daños innecesarios”/ inciso 1°)– es de suyo, *per se* inconstitucional por cuanto infringe

directamente la Constitución al imponer una “privación” del “uso y goce” de esa faja de terreno a su propietario, que solo cabe imponer mediante la correspondiente “expropiación” con su consecuencial indemnización pecuniaria (art. 19 N° 24 incs. 3° a 5°), y aun cuando pudiera (erróneamente a nuestro entender) configurarse como una “limitación”, esta impone condiciones o requisitos que impiden su libre ejercicio vulnerándose el derecho a no ser afectado en el contenido esencial de su derecho –de propiedad en este caso– (art. 19 N° 26 CP), además de constituir una imposición que solo recae sobre alguna o algunas personas y no sobre la generalidad de ellas, lo que viola el derecho a la igualdad y a no verse impuestas diferencias arbitrarias (art. 19 N° 2 CP).

Y tal gratuidad no solo viola la Constitución al no respetarse los derechos mencionados –respeto a que están obligados todos los órganos del Estado (arts. 1° inc. 4°, 5° inc. 2°, 6° y 7°)– sino que, además, se vulnera gravemente el derecho a la igual protección de los derechos de las personas que asegura a todas ellas el art. 19 N° 3 inc. 1°, como muy bien lo explican los disidentes mencionados (consids. 7° y 8°, y cuyos dichos ya hemos reseñado en el párrafo I precedente) vulneraciones que se producen tanto al propietario (“nudo propietario” concretamente en este rol 1141-08) como al usufructuario del terreno afectado (sobre su derecho real de usufructo).

4. CONCLUSIONES

Con el debido respeto que nos merece la suprema jurisdicción constitucional no puedo menos que concluir que en los casos reseñados no ha estado ella a la altura que el tema merece, y más aún que ha modificado radicalmente su predicamento anterior establecido en un fallo muy razonado en su generalidad como es el rol 245-246/1996, redactado en esa ocasión por el ministro García Rodríguez; nos parece que los roles 1141 y 1215-08 tienen un notorio *hálito estatista*, sea en cuanto no captar que jurídicamente no hay una “limitación” sino una evidente “privación” de facultades esenciales del dominio (como “uso” y “goce” sobre el terreno determinado como vía de acceso) y de atributos de él (absoluto, exclusivo y perpetuo), sea en cuanto a la imposición de una “gratuidad” de tal “privación”, no advirtiendo que ello es abiertamente incons-

titucional porque lo que la CP prevé a tal efecto es derechamente la “expropiación” de una faja de terreno para tal acceso que fije el intendente y sea pagada la correspondiente indemnización por el Fisco conforme a lo que dispone la propia Constitución⁵.

Pareciera ser, por otra parte, que los jueces –y esto es predicable tanto para los jueces ordinarios como para los integrantes del TC– no advirtieran que la Constitución reconoce, asegura y protege (dada la experiencia que la historia chilena mostrara en especial entre los años 1968 y 1973) no solo el derecho de propiedad sobre un bien determinado sino además “algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio”, los que también solo caben que sean privados a su titular por medio del mecanismo constitucional de la “expropiación” mediando siempre el pago de la correspondiente indemnización, sea fijada de común acuerdo entre expropiante y expropiado, sea a falta de este acuerdo, por sentencia judicial y pagada en dinero y de contado (art.19 N° 24 incs. 3° a 5°). No puede olvidarse que allí en donde la propiedad de los bienes y de sus atributos y facultades esenciales quedan a la merced del gobernante de turno y partidos que le siguen (como se vio en Chile en el periodo 1968-1973, con la tristemente célebre “reforma agraria” del gobierno del presidente Frei Montalva y luego en términos generales durante el gobierno del presidente Allende Gossens) y no son respetados, sino por el contrario abiertamente avasallados, ya no rige el Derecho, ni la Constitución sino el arbitrio y la voluntad despótica del que ejerce circunstancialmente el poder; ya no se trata allí de un régimen de Derecho sino de una vulgar tiranía, en la cual ya no hay ciudadanos sino siervos o esclavos. Y son los jueces y los tribunales precisamente quienes han de impedir los excesos y abusos de quien ejerce el poder, puesto que esa es su función, para eso existen y han sido instituidos, por lo cual han de tener la necesaria e indispensable valentía y el coraje para desempeñar esa función de salvaguarda del imperio del Derecho, con la debida independencia que le permita con lucidez decir el derecho en un asunto controvertido. Más todavía cuando se trata de la supremacía constitucional, la cual no tiene otra finalidad que asegurar el que los órganos del Estado –todos sin

⁵ La doctrina comparada reconoce este tipo de expropiaciones como “regulaciones expropiatorias”, denominadas “regulatory takings en el derecho anglosajón (Arturo Ferrandois, Sentencias Destacadas 2004 19-53; Rodrigo Delaveau RChD 2006, N° 3, 411-438).

excepción, y obviamente incluidos legisladores y jueces— actúen real y efectivamente sometidos a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella, para poder así asegurar el pleno respeto de los derechos de las personas a cuyo servicio están esos órganos como único fin, y así rijan verdadera y realmente la primacía de la persona humana, por la cual existen la sociedad y el derecho mismo.

Pero, claro es que en ese estatismo antihumano resulta más barato para las arcas fiscales, aunque notoriamente antijurídico, imponer a un particular a través de un acto autoritario una obligación, coactiva y gratuita para él no obstante el evidente daño que dicho acto comporta, teniendo más encima el afectado que recurrir a los tribunales —con el costo y molestias respectivas— para impugnarla. Y ello simplemente porque el Estado trata de imponer su fuerza o poder de dominación en lugar de “expropiar” y pagar para que se obtenga el fin perseguido pero sin daño a los particulares. Ese es el estatismo, que desconoce lo que es propiamente el bien común de la sociedad política en el orden temporal, el cual jamás se obtiene a través del mal individual.

Qué distinta era la actitud de nuestros tribunales y jueces a fines del siglo XIX y durante el siglo XX incluso hasta pasada la primera mitad de él, cuando no dudaban en pro del bien común —correctamente entendido— condenar al Fisco a indemnizar al particular afectado cada vez que en razón de ese bien común (o sea el bien de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional) él era menoscabado, perjudicado, dañado, en sus derechos, desde que ese Fisco era el “representante del todo”, como dan cuenta fallos memorables como *Abalos con Fisco*/1889, *Lapostol con Fisco*/1930 y *Galletué con Fisco*/1964, entre otros.

Una sociedad y el Estado y sus autoridades que permiten que se avasallen los derechos de las personas y ello es hasta cohonestado por sus tribunales y jueces tiene pocas posibilidades de desarrollo y progreso, ya que una sociedad será civilizada en la medida que el Estado y todos sus organismos promuevan el bien común de esa sociedad, respetando el derecho de las personas, a cuyo servicio finalmente existen.