

MAYOR RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: AVANZAR HACIA LAS LIMITACIONES INDEMNIZABLES

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

RESUMEN: El autor analiza la sentencia del Tribunal Constitucional que, a raíz del empate de votos entre sus Ministros, rechazó la inaplicabilidad de dos artículos de la Ley sobre Monumentos Nacionales. Plantea que, considerando la jurisprudencia del Tribunal, cada vez más deferente con el legislador, al imponer severas limitaciones al derecho de propiedad, no es posible mantener el estándar constitucional que las analiza a partir del binomio privación/indemnizada y limitación/no indemnizada, por lo que debe avanzarse hacia una tercera alternativa, para evitar enriquecimiento injusto en favor del Fisco o, incluso, de otros particulares y ser respetuoso del principio de igualdad ante las cargas públicas.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Contenido de la Sentencia 2.1. Vicios argumentados por la requirente 2.2. Observaciones del Consejo de Defensa del Estado 2.3. Tercero coadyuvante contra el requerimiento 2.4. Explicación previa del Tribunal 2.5. Voto por rechazar el requerimiento 2.5.1. Ejercicio de ponderación 2.5.2. Igualdad y proporcionalidad 2.6. Voto por acoger el requerimiento 2.6.1. Contenido del derecho de propiedad y *ius aedificandi* 2.6.2. Falta de especificación legal y ausencia de normativa reglamentaria 2.7. Prevención del Ministro Juan José Romero Guzmán 3. Comentarios 3.1. Repaso jurisprudencial 3.2. Soluciones 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Los editores de *Sentencias Destacadas*, profesores Arturo Fermandois y José Francisco García –a quienes agradezco, nuevamente, su invitación a colaborar–, me han pedido comentar la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (el Tribunal) el 29 de enero de 2014, Rol N° 2.299, en la cual rechazó, por empate de votos, la inaplicabilidad de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288¹, sobre Monumentos Nacionales.

Luego de resumir el contenido más relevante de los dos votos, profundizaré sobre un tema que he venido analizando en las dos

¹ Publicada en el *Diario Oficial* el 4 de febrero de 1970

ediciones anteriores de *Sentencias Destacadas*, en cuanto a que nuestra Constitución admite, entre la expropiación y las obligaciones y limitaciones derivadas de la función social del dominio una necesaria distinción, entre estas últimas, considerando, por una parte, aquellas que deben ser soportadas por el propietario y las que, sin llegar a constituir privaciones del derecho de propiedad o de sus facultades o atributos esenciales, sobre todo por la deferencia que viene marcando el Tribunal, igualmente deben ser compensadas para evitar que se produzca enriquecimiento injusto en favor del Fisco o, como suele ocurrir con frecuencia, de otros particulares².

2. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Constructora Santa Beatriz S.A. requirió la inaplicabilidad de los artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288, en el contexto de un recurso de protección deducido en contra del Consejo de Monumentos Nacionales y del Ministerio de Educación ante la Corte de Apelaciones de Santiago³, a raíz del acuerdo adoptado por dicho Consejo y su solicitud al Ministro para que ampliara la zona típica del sector costero de Isla Negra, alcanzando un inmueble de propiedad de la requirente, adquirido con el objeto de desarrollar un proyecto habitacional de edificios de cuatro pisos⁴.

Precisamente, el acuerdo y la solicitud impugnados ante la Corte de Apelaciones, se fundaban en los preceptos legales objetados⁵.

² Ver FERNÁNDEZ (2013).

³ Rol N° 25.159-2012.

⁴ En definitiva, la Corte de Apelaciones rechazó el recurso, entre otras consideraciones, porque "(...) se trata de una gestión en trámite que *tiene fundamento legal*, que no se ha concretado en acto alguno, por lo que no resulta posible aceptar que en este estado de cosas se afecten los derechos constitucionales que se mencionan. Debe agregarse a lo dicho lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia que dictó ante el requerimiento hecho por la recurrente y que consideró los mismos fundamentos que sirven de base a este recurso, lo que viene a constituirse en un motivo más para su rechazo". A su vez, la Corte Suprema simplemente confirmó ese pronunciamiento el 3 de junio de 2014, Rol N° 10.928-2014.

⁵ El artículo 29 dispone que: "Para el efecto de mantener el carácter ambiental y propio de ciertas poblaciones o lugares donde existieren ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos, el Consejo de Monumentos Nacionales podrá solicitar se declare de interés público la protección y conservación del aspecto típico y pintoresco de dichas poblaciones o lugares o de determinadas zonas de ellas". Por su parte, el artículo 30 preceptúa que aquella declaración se hará por medio de decreto y que sus efectos serán:

"1.- Para hacer construcciones nuevas en una zona declarada típica o pintoresca, o para ejecutar obras de reconstrucción o de mera conservación, se requerirá la

2.1 Vicios argumentados por la requirente

La empresa constructora, conforme al resumen de los antecedentes que consta en la sentencia, sostuvo que la aplicación, en la gestión pendiente, de los artículos 29 y 30 de la Ley sobre Monumentos Nacionales, vulneraba los derechos que la Constitución le asegura en su artículo 19 numerales 24°, 26° y 20°.

Argumentó que se lesionaba, en primer lugar, el derecho de propiedad, al permitir *limitaciones de tal envergadura* a su ejercicio, que conllevan la privación de las facultades de uso y goce de que es titular, pues, de concretarse la declaración de zona típica, quedará entregada de por vida a la discrecionalidad y arbitrio del Consejo de Monumentos Nacionales, para realizar obras nuevas, de reconstrucción o de conservación en el terreno que es de su dominio, al extremo que el referido Consejo puede negar la autorización a cualquier proyecto de construcción que se le presente.

En segundo lugar, la empresa sostenía el quebrantamiento de la reserva legal, dispuesta en el artículo 19 N° 24° y N° 26° de la Constitución, ya que, en la especie, la afectación se produce mediante una delegación o reenvío a la autoridad administrativa que regulará la limitación.

Por último, habría vulneración de la igual repartición de las cargas públicas, al imponerse al propietario de un inmueble declarado zona típica una carga que lo priva, en su esencia, de los derechos de uso y goce de que es titular, con la finalidad de beneficiar a la Nación toda, pero sin que se consulte indemnización por el daño patrimonial causado.

autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, la que solo se concederá cuando la obra guarde relación con el estilo arquitectónico general de dicha zona, de acuerdo a los proyectos presentados.

2.- En las zonas declaradas típicas o pintorescas se sujetarán al reglamento de esta ley los anuncios, avisos o carteles, los estacionamientos de automóviles y expendio de gasolina y lubricantes, los hilos telegráficos o telefónicos y, en general, las instalaciones eléctricas, los quioscos, postes, locales o cualesquiera otras construcciones, ya sea permanentes o provisionales.

La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con multa de cinco a doscientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la paralización de las obras mediante el uso de la fuerza pública”.

2.2. Observaciones del Consejo de Defensa del Estado

En contra del requerimiento, este órgano de defensa fiscal, yendo al fondo del asunto, expuso que los dos preceptos legales se limitan a consagrar una facultad de un órgano de la Administración que, si es ejercida con apego estricto a los principios de supremacía constitucional y de legalidad, consagrados en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, no puede ser considerada inconstitucional.

Esas normas legales tienen su fundamento en la función social, consagrada en el artículo 19 N° 24°, particularmente, en nexo con la conservación del patrimonio ambiental, restringiendo la edificabilidad en los inmuebles emplazados en una zona típica, lo cual no se encuentra ínsito en el derecho de propiedad, sino que está atribuido a la competencia legislativa, directamente o a través de los planes de ordenación territorial, constituyendo una potestad pública.

Por ello, la declaratoria de zona típica no priva al titular de la propiedad del bien sobre que recae ni de ninguno de sus atributos esenciales, pues podrá siempre usar, gozar y disponer de él. Solo se restringe la facultad de edificabilidad del inmueble o la alteración de lo ya edificado, que requerirá la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales.

Tampoco se quebranta el principio de reserva legal, ya que la propia ley convoca a la potestad reglamentaria de ejecución para su colaboración en la concreción del mandato legal, detallando y pormenorizando, conforme a las pautas proporcionadas por el legislador; y tampoco se lesiona la garantía de la igualdad en la repartición de las cargas públicas, toda vez que la obligación de obtener autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales para intervenir un inmueble emplazado en una zona típica se impone por igual a todos quienes se encuentran en la misma situación o presupuesto de hecho, esto es, ser propietario de un inmueble que se encuentre en un área así declarada. En consecuencia, no puede ser estimada como una carga desigual, arbitraria o discriminatoria.

2.3. Tercero coadyuvante contra el requerimiento

Es menester considerar que el Tribunal tuvo como parte en el proceso a la Fundación Pablo Neruda contra la solicitud de inaplicabilidad, la cual sostuvo que el derecho de propiedad no es absoluto y reconoce como limitación su función social y, más específicamente, la conservación del patrimonio ambiental, como ocurre en la especie.

2.4. Explicación previa del Tribunal

La Magistratura Constitucional deja constancia, en el considerando 2° de su sentencia, que, al votarse el acuerdo respectivo, se produjo empate de votos y atendido a lo dispuesto en la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, por lo que se tuvo por rechazado el requerimiento, al no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido⁶.

2.5. Voto por rechazar el requerimiento

Los Ministros Marisol Peña Torres (Presidenta), Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza estuvieron por rechazar el requerimiento, a partir de las limitaciones al dominio consideradas como elementos que son consustanciales al derecho de propiedad, por lo que no generan indemnización, puesto que, *teóricamente*, no hay daño que lamentar, a diferencia de lo que sucede con las privaciones.

2.5.1. Ejercicio de ponderación

Para resolver en este sentido, estiman necesario determinar, si, en el caso examinado, se está frente a una privación o a una limitación u obligación, lo que exige considerar la naturaleza de la regulación, su objeto preferente y su alcance o incidencia sobre el derecho de propiedad, dado que estiman que, para que una limitación al derecho de propiedad sea constitucionalmente irreprochable, en ejercicio de su función social, debe respetarse el adecuado equilibrio entre el derecho de propiedad privada y otros derechos fundamentales que puedan estar comprometidos en el conflicto concreto de que se trata, envolviendo estos últimos un claro interés social que supera el mero interés individual del propietario privado; así como también deben analizarse los principios de igualdad y de proporcionalidad.

A partir del estándar referido, los Ministros sostienen el rechazo del requerimiento, ya que, en relación con lo primero:

⁶ Con todo, cabe consignar que el empate de votos se produjo solo en relación al requerimiento de inaplicabilidad del artículo 30 inciso 1° N° 1 de la Ley N° 17.288, no siendo clara, entonces, la situación respecto del artículo 29 y los demás numerales del artículo 30, así como respecto de su inciso 2°, pues los Ministros que estuvieron por rechazar plantearon su objeción a todo el requerimiento, pero los demás solo decidieron acogerlo por el numeral 1) aludido, sin que conste si, en definitiva, estaban también por el rechazo en el resto de lo pedido por Constructora Santa Beatriz.

“(…) del cúmulo de antecedentes allegados a estos autos puede inferirse, con meridiana claridad, que la declaración de Zona Típica del sector costero de Isla Negra, incluida la ampliación solicitada por el Consejo de Monumentos Nacionales en el año 2012, dice relación, por una parte, con la necesidad que, en determinado momento, se apreció en orden a salvaguardar el carácter ambiental y propio de una zona representativa del paisaje costero de Chile Central –fuertemente intervenido en otros lugares– y, por otra, con la necesidad de resguardar la fisonomía del entorno en que la casa del poeta y Premio Nobel, Pablo Neruda, se encuentra emplazada potenciando los valores del conjunto del ambiente (...)”.

Por eso, la pretensión de la requirente, de oponerse a la ampliación de la zona típica por coincidir con el terreno de su propiedad y en el que pretende efectuar una edificación, colisiona con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, dentro del que se incluye la preservación de la naturaleza y, por otro lado, pugna también con el deber que la Constitución impone al Estado de proteger e incrementar el patrimonio cultural de la Nación conforme ordena el artículo 19 N° 10° inciso 6°.

Ante tal enfrentamiento y recordando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre *balancing test*, para dirimir cuál de los derechos debe primar, en razón de que no solo protege un interés individual, sino que además ampara uno de naturaleza social que representa aspiraciones de toda la comunidad nacional y que, por lo mismo, impone deberes específicos al Estado, consideran que la conservación del patrimonio ambiental del país y también de su patrimonio cultural, como fundamentos de la ampliación de la zona típica, lleva a sostener que se ha configurado una limitación legítima al ejercicio del derecho de propiedad.

2.5.2. Igualdad y proporcionalidad

Por su parte y en cuanto al respeto de la igualdad en las cargas públicas, explican que no se vulnera desde que las limitaciones que importa la declaración de una zona típica y su ampliación hayan sido establecidas por ley, esto es, por una norma de carácter general y obligatorio, garantiza que se aplicarán, por igual, a todos quienes pretendan construir o afectar de otro modo el espacio comprendido dentro de la zona típica.

Y, en todo caso, desde el punto de vista de la proporcionalidad, la declaración obedece a un fin legítimo y persigue que el propietario ajuste las obras nuevas que se construirán, las reconstrucciones o las obras de conservación al estilo arquitectónico general de la zona típica.

Por ende, no se impiden tales obras, sino que se busca que ellas se adecuen a la necesidad de resguardar el patrimonio ambiental y cultural del país, sin que integre el derecho de disposición decidir qué y cómo construir, puesto que hay una determinación pública previa que tiende a salvaguardar intereses que identifican a toda la colectividad nacional, de tal manera que es idónea al fin que se persigue propio de la función social de la propiedad como es la protección del patrimonio cultural.

En definitiva, consideran que solo una limitación o regulación de *gran magnitud* puede constituir una privación de la propiedad dando lugar a la indemnización correspondiente, sin que se haya demostrado el real grado de afectación que importaría que el desarrollo del proyecto inmobiliario que pretende Constructora Santa Beatriz se ajustara a las exigencias que imponga el Consejo de Monumentos Nacionales al tenor de lo indicado en el artículo 30 de la Ley N° 17.288.

2.6. Voto por acoger el requerimiento

Los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado y María Luisa Brahm Barril, estuvieron por acoger la acción de inaplicabilidad, aunque solo respecto del artículo 30 inciso 1° N° 1 de la Ley N° 17.288.

Estos Magistrados comienzan sosteniendo que solo se puede refrenar la constitucionalidad de una ley a condición de propender hacia el bien común general, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, según previenen las Bases de la Institucionalidad, en el artículo 1° inciso 4° de la Carta Fundamental.

2.6.1. Contenido del derecho de propiedad y *ius aedificandi*

Exponen que, en el ordenamiento jurídico chileno, no compete al legislador determinar el contenido del derecho de propiedad, pues quien fija y reconoce cuáles son sus facultades esenciales es la propia Constitución, de lo cual se sigue que el *ius aedificandi* no emana, constitutivamente, de un acto de la autoridad planificadora, sino

de aquel derecho de propiedad, el cual se encuentra, por supuesto, afecto a regulaciones.

2.6.2. Falta de especificación legal y ausencia de normativa reglamentaria

El problema radica, en el caso planteado, en que la declaratoria de zona típica obsta al interesado construir en terreno propio, aunque este se encuentre ubicado dentro de una ciudad o localidad, esto es en suelo urbano, hasta tanto el proyecto no se acomode al *estilo arquitectónico general* definido, no por las leyes ni reglamentos, sino por los miembros del Consejo de Monumentos Nacionales.

En consecuencia, al no existir requisitos legales (por no preverlos la Ley N° 17.288) ni unos accesorios técnicos de índole reglamentarios (al no dictarse aquel Decreto requerido en los artículos 30 N° 2 y 47), la “autorización” adquiere los rasgos de un real beneplácito, comoquiera que su concesión queda completamente librada a la complacencia, el buen criterio o a las razones de estética urbanística que inspiren a aquellos miembros presentes del aludido Consejo, reunidos con un quórum mínimo de acuerdo legal.

Se afecta, con ello, la seguridad jurídica que exige que las conductas permitidas o prohibidas sean predecibles por todos, transparentemente, así como la posible acción concreta de la autoridad administrativa con incidencia en los derechos fundamentales, merced a leyes claras y precisas, que dejen cuanto menos mejor a la discrecionalidad ejecutiva, por el riesgo de ceder frente a intereses personales, el agrado o la antipatía.

2.7. Prevención del Ministro Juan José Romero Guzmán

Este Magistrado Constitucional deja constancia que concurre a acoger el requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 30 inciso 1° N° 1 de la Ley N° 17.288; que comparte lo expresado en el voto por acoger en lo referente a la ausencia de reglamento; y que considera que el mencionado precepto legal vulnera el artículo 19 N° 24° inciso 2° de la Constitución.

Esto último, porque el precepto legal aludido no respeta la exigencia de reserva legal suficiente, ya que no posee la densidad normativa apropiada al no verse ejecutada por un reglamento, condición que la misma ley impugnada ha previsto.

3. COMENTARIOS

En la edición anterior de *Sentencias Destacadas* sostuve que podían hallarse casos que –en el proceso constante de perfeccionamiento del Estado de Derecho– exigen un tratamiento diverso por el legislador y un estándar más exigente desde el ángulo constitucional, pues no es extraño que una limitación u obligación que cumpla con ciertos requisitos importe una carga gratuita para el titular del dominio que deberá incurrir en costos o en pérdida de ingresos que, con independencia de su cuantía, deberían ser cubiertos por el Estado, precisamente, en razón del fin constitucionalmente legítimo que justifica su imposición⁷.

Se trata de aquellas cargas (limitaciones u obligaciones) impuestas *ex novo* por el legislador; que se funden en la función social del dominio; que cumplan efectivamente con las condiciones constitucionalmente requeridas para superar el respeto de la Carta Fundamental, sobre todo, a la luz de lo ya resuelto consistentemente por el Tribunal Constitucional; y que no lleguen a constituir una genuina privación⁸, pero que irroguen daño, perjuicio o merma al titular de la propiedad.

La sentencia Rol N° 2.299 vuelve a plantear, en definitiva, este problema, puesto que da cuenta del déficit en que incurre la lógica que podría denominarse *binominal* que tradicionalmente se ha venido aplicando en estas materias.

3.1. Repaso jurisprudencial

Si pretender exhaustividad, pues ella ha sido muy bien sistematizada, por una parte, por el profesor Cordero⁹ y, de otra, por los profesores Bronfman, Martínez y Núñez¹⁰, estimo necesario recordar, al menos, *Maullín con Fisco*¹¹, pronunciada por la Corte Suprema en 2004, aunque allí se objetó la constitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la Ley de Monumentos Nacionales, porque su *ratio deciden-*

⁷ FERNÁNDEZ (2014) pp. 195-210.

⁸ CEA (2012) pp. 574-581.

⁹ Un estudio completo de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Ordinarios y también del Tribunal Constitucional, en CORDERO (2006) pp. 125-148.

¹⁰ BRONFMAN, MARTÍNEZ y NÚÑEZ (2012) p. 436-437.

¹¹ Ya comentado, en *Sentencias Destacadas*, bajo la óptica de las *expropiaciones regulatorias*, por FERMANDOIS (2005). Sobre el mismo tema, ACCATINO (2004) pp. 215-226. Véase, en perspectiva comparada, DELAVEAU (2006) pp. 411-438.

di es cabalmente aplicable al caso que conoció el Tribunal Constitucional en enero de 2014 y que, a raíz del empate de votos, mantiene su plena vigencia.

Me parece, sin embargo, que es posible observar, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una tendencia –quizás excesivamente deferente hacia el legislador– en orden a admitir limitaciones y obligaciones más severas, fundadas siempre en la función social, que van minando las facultades y atributos esenciales del derecho de propiedad¹², pero sobre la base del binomio tradicional: Privación-Indemnización vs. Limitación-No Indemnización que tiene que ser superado para admitir aquellas irrupciones legislativas, porque son loables, pero sin sumir al dueño en situaciones que lo dejen, en definitiva, a merced de la autoridad administrativa, menoscabando su patrimonio.

Así, si en una primera etapa fue posible advertir, en el Tribunal Constitucional, un reforzamiento del derecho de propiedad, incluso sobre la base de la *propietarización de los derechos*, por ejemplo, en el Rol N° 207, pronunciado el 10 de febrero de 1995, a propósito de la denominada *deuda subordinada* de los Bancos¹³; y lo mismo puede constatarse con motivo de la regulación reglamentaria del acceso a las playas¹⁴, sobre el que volveré al final; con posterioridad a la reforma constitucional introducida en 2005¹⁵, el Tribunal irá avanzando en una concepción más restrictiva del derecho de propiedad y, por ende, aumentará la competencia legislativa para imponerle limitaciones y obligaciones, en razón de la función social,

¹² Y ello, como hemos visto recientemente, no solo en relación con el dominio, sino también con otros derechos fundamentales, como la libertad de enseñanza y el derecho de los padres a elegir el establecimiento de educación para su hijos, según consta en la sentencia pronunciada el 1 de abril de 2015, Rol N° 2.787. Y el legislador, ciertamente, va asumiendo esa mayor amplitud potestativa, como puede constatarse, por ejemplo, en el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, con el objeto de regular el cobro del servicio de parquímetros y estacionamientos en los lugares que indica, Boletín N° 9.729, donde, claramente a mi juicio, más que la lesión del dominio o de la libre iniciativa, se constata la discriminación en las cargas públicas y la falta de proporcionalidad, desde que la gratuidad contradice los objetivos constitucionalmente legítimos coherentes con el desincentivo al uso de los automóviles.

¹³ Especialmente, considerando 63°.

¹⁴ Considerando 34° de la sentencia pronunciada el 2 de diciembre de 1996, Rol N° 254 y 246 (acumulados).

¹⁵ Ley N° 20.050, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de agosto de 2005.

constituyéndose, en el nuevo *leading case*, el Rol N° 505 donde, derechamente, declaró que: “(...) (La doctrina de la intangibilidad de los contratos tiene consagración en otras Constituciones, donde tampoco se le ha dado un sentido absoluto, pero no en la Carta Fundamental de Chile) (...)”¹⁶.

En el mismo sentido, en 2009, la Magistratura Constitucional sostuvo:

“Que para examinar la magnitud del gravamen a la propiedad permitido por la ley en examen, se hace necesario reconocer su naturaleza: lo que la norma dispone es que el propietario colindante de la playa permita el paso de terceros en una franja de su terreno, misma que, conforme a ley, no debe causar daños innecesarios. La obligación de permitir el paso afecta las capacidades de usar y gozar con exclusividad. A partir de esta verdad, y *cualquiera sea el modo en que calificuemos la severidad del gravamen o limitación al dominio* que la norma en cuestión permite imponer al requirente, no cabría estimar que este, que es un nudo propietario, se vea privado de su propiedad o de los atributos esenciales de ella, los que, en su caso, consisten en la facultad de disponer de la propiedad, pues ese es el atributo esencial de su dominio como nudo propietario. El requirente, que es nudo propietario, no pierde su derecho a disponer de la propiedad”¹⁷.

Este cambio en la comprensión del derecho de propiedad frente a las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social, sin embargo, se ha ido realizando sobre la base de mantener incólume el binomio privación indemnizada y limitación no indemnizable que, junto a la nueva aproximación más proclive al legislador, debería también ser mejorada para efectuar, si se quiere plantearlo así, una ponderación más justa del derecho en juego y de la potestad legislativa mayor en relación de los fines legítimos que persigue con su regulación.

¹⁶ Considerando 18° de la sentencia pronunciada el 6 de marzo de 2007.

¹⁷ Considerando 19° de la sentencia pronunciada el 17 de marzo de 2009, Rol N° 1.141. Y, en el mismo sentido, la sentencia pronunciada el 30 de abril de 2009, Rol N° 1.215.

3.2. Soluciones

Si la estructura constitucional, diseñada a partir de la interpretación del Tribunal, rompe, en definitiva, la dualidad privación-limitación, generando una tercera alternativa que viene a constituirse por cargas surgidas completamente *ex novo*, incapaces de ser anticipadas por el dueño, pero que este debe soportar en razón de la función social, y que le causan daño, entonces, el duopolio descrito requiere una opción adicional, donde se admite el gravamen y, probablemente no se indemniza al grado de la privación¹⁸ (daño patrimonial efectivamente causado), pero requiere un resarcimiento justo.

Ello tiene que ser así, pues importan merma para el titular del dominio –que deberá incurrir en costos o en pérdida de ingresos– que, con independencia de su cuantía, tendrían que ser, razonablemente y en justicia, cubiertos por el Estado, precisamente, en razón del fin constitucionalmente legítimo que justifica su imposición para que no se produzca un enriquecimiento ilícito o injusto sea en favor del Fisco o, peor aún, de otros particulares beneficiados por el gravamen, equilibrando las cargas públicas, pues el fin plausible no debe ser solo logrado mediante el sacrificio del propietario, sino que la colectividad entera debe concurrir a realizarlo.

Cuando no es posible llegar al extremo de configurar una privación o, en su caso, la afectación del dominio en su esencia, máxime en el contexto de una línea jurisprudencial más deferente con el legislador que impone severas limitaciones que nunca son consideradas privación, no resulta admisible, sin embargo, que esa intrusión de la ley, por la vía de una restricción exorbitante al derecho de propiedad, que se legitima, sobre todo, por los fines loables que persigue, quede sin compensación justa.

¹⁸ CEA (2012) pp. 574-581.

¿Cómo lograrlo?

El profesor Cordero plantea el camino de la responsabilidad del Estado¹⁹, en tanto que los profesores Bronfman, Martínez y Núñez avanzan en una taxonomía que resulta interesante porque extrae la secuela constitucional en cada caso:

“5a. *Las simples restricciones:*

i) *Simple restricciones creadas por un mero reglamento u otro acto de la Administración.* Ellas son nulas, por infringir el principio de reserva legal.

ii) *Simple restricciones ejecutadas por un reglamento o un acto administrativo particular.* Estas son válidas en tanto la ley directamente las imponga, fijando con precisión las limitaciones y obligaciones para el dueño.

iii) *Simple restricciones impuestas directamente por la ley.* Ellas no se indemnizan, siempre y cuando la ley se justifique en alguno de los cinco elementos que integran la función social del dominio. En caso contrario la ley es inconstitucional, y consecuentemente también lo es el acto que la ejecuta.

5b. *Las restricciones graves o regulaciones expropiatorias.* Se trata aquí de aquellas restricciones que afectan la esencia de la propiedad o que privan al dueño de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio.

i) *Restricciones graves meramente reglamentarias.* En razón de la irremediable falta de competencia de los titulares de la potestad reglamentaria ellas deben ser sancionadas con la nulidad del acto que las crea.

ii) *Restricciones graves impuestas por una ley que reconoce derecho a la indemnización.* Son regulares, siempre y cuando el régimen de esa indemnización respete el *mínimo minimorum* de la garantía expropiatoria.

iii) *Restricciones graves impuestas por una ley que expresamente niegue el derecho a la indemnización.* Estas son inconstitucionales por vulnerar expresamente la garantía de la inviolabilidad.

¹⁹ CORDERO (2006) p. 135.

iv) *Restricciones graves impuestas por una ley que guarda silencio sobre la indemnización y que es ejecutada a través de un acto particular de la Administración.* Según se vio, hay varias alternativas de solución:

- *Reconocimiento judicial de la validez del acto y fijación, por la misma vía, del monto de la indemnización.* La fuente de esta obligación proviene del estatuto constitucional de la responsabilidad del Estado.

- *Nulidad del acto, fundada en la garantía de la inviolabilidad y el principio de la legalidad del gasto público.*

Podría, por último, agregarse una tercera alternativa, de cuya recepción judicial todavía no se tiene noticia. Se trata del *reconocimiento condicionado* de la validez del acto, esto es, sujeto a la condición de cumplirse por la autoridad los procedimientos expropiatorios que dispensa la ley²⁰.

Se distingue así entre las limitaciones *simples* (inherentes a la función social y no indemnizables) y las que denominan *graves*, si bien asimilan estas últimas a las de carácter expropiatorio, pero en línea con lo que vengo exponiendo, a mi juicio, son susceptibles de ser diferenciadas de la privación –por vía regulatoria– y sustentar su carácter solamente restrictivo, pero cuya intensidad motiva y exige la compensación económica.

Y aquí me parece interesante detenerse en el caso de los límites graves impuestos por una ley que no reconoce derecho a indemnización y que requiere ser ejecutada por la Administración –como sucede en el caso de los preceptos legales requeridos de inaplicabilidad–, pues allí los autores citados plantean la nulidad del acto o, mejor, la fijación del monto por el juez, como ellos mismos recuerdan, a propósito de *Galletué con Fisco*²¹.

Y también lo ha admitido el Tribunal Constitucional, sin fijar indemnización, en el ya referido Rol N° 245, a propósito del acceso a playas, donde expuso:

²⁰ BRONFMAN, MARTÍNEZ y NÚÑEZ (2012) p. 436-437.

²¹ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 7 de agosto de 1984, LXXXI *Revista de Derecho y Jurisprudencia* S 5ª N° 3 (1984) p. 181, debiendo leerse, al mismo tiempo, ZÚÑIGA (2005).

“Que, utilizando el mismo criterio que el citado en los fallos anteriores *para ver si el Estado debe o no pagar indemnización* por la vía que el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, impone a los propietarios de terrenos colindantes con las playas, *es preciso determinar si esta limitación causa daño y si afecta alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio;*

Que, las limitaciones son de tal naturaleza, de acuerdo al citado Decreto Supremo N° 1, de 1996, que constituirían servidumbres que permitirían verdaderos caminos, tanto para peatones como para buses o automóviles u otros vehículos motorizados por terrenos de propietarios que tendrían que soportar esta carga. Del examen del decreto se advierte que en los terrenos de los propietarios colindantes a los bienes nacionales de uso público la autoridad fijará los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, lo que *evidentemente causará un daño*, pues se trataría de una limitación al dominio que consistiría en una servidumbre de tránsito, tanto para peatones como para vehículos, *sin pago de indemnización alguna*”²².

La consecución de un fin legítimo, como puede ser la conservación de una zona típica, admite restricciones al derecho de propiedad basadas en su función social.

En una jurisprudencia más exigente, probablemente en la lógica de una interpretación originalista de nuestra Carta Fundamental, muchas de esas limitaciones constituirían privaciones y serían declaradas inconstitucionales.

Sin embargo, en el actual estado de la jurisprudencia de nuestro Tribunal, son admitidas, pero la consecución del fin loable no puede ser soportada, exclusivamente, por el dueño, debiendo concurrir todos a su realización más completa para evitar que la carga pública sea injusta, discriminatoria o desproporcionada, pues —a diferencia de lo que se sostiene en el voto que rechaza el requerimiento— no es suficiente para respetar la igualdad que la norma sea general y abstracta, en cuanto a que todos los sujetos situados en la hipótesis de hecho queden regidos por ella, pues no solo debe comparárselos entre ellos, sino también con los demás obligados a concurrir a la consecución del fin.

²² Considerandos 32° y 33° de la sentencia citada en *supra* nota 14.

4. CONCLUSIÓN

Tal como sostuve en la anterior edición de esta publicación, que ya ha adquirido la calidad de tradicional y consolidada en nuestro medio jurídico, el perfeccionamiento del Estado de Derecho exige superar el binomio *privación indemnizable / limitación no indemnizada* para agregar las restricciones que requieren compensación porque no solo está en juego el derecho de propiedad, sino también los principios de igualdad ante las cargas públicas y el de proporcionalidad.

Esta tercera opción admite plena y cómoda cabida en el texto, contexto y espíritu de la Constitución sea que lo establezca directamente el legislador o, en sede de inaplicabilidad, el Tribunal –para evitar ese pronunciamiento– o, en fin, la Judicatura Ordinaria al controlar los actos administrativos de ejecución.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, DANIELA (2004): “Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad de Algunas Disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho* Vol. XVII (Universidad Austral de Chile).
- BRONFMAN, Alan, José Ignacio MARTÍNEZ y Manuel NÚÑEZ (2012): *Constitución Política Comentada* (Santiago, AbeledoPerrot).
- CEA, JOSÉ LUIS (2012): *Derecho Constitucional Chileno* Tomo II (Ediciones UC).
- CORDERO, EDUARDO (2006): “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho* Vol. XIX N°1 (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile)
- FERMANDOIS, ARTURO (2005) “Inaplicabilidad de Ley de Monumentos Nacionales”, *Sentencias Destacadas 2004* (Libertad y Desarrollo).
- FERMANDOIS, ARTURO (2010) *Derecho Constitucional Económico* Tomo II (Ediciones UC).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL (2013) “Certeza Jurídica y Control de Constitucionalidad de la Decisión que confiere

Efecto retroactivo a las Leyes”, *Sentencias Destacadas 2012* (Ediciones LyD).

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL (2014) “Cargas Gratuitas: Oportunidad de Perfeccionamiento para el Estado de Derecho”, *Sentencias Destacadas 2013* (Ediciones LyD).

DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006) “La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 33, N° 3.

SCHWABE, Jurgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Fundación Konrad Adenauer).

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005) *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador* (LexisNexis).