



Ius et Praxis  
ISSN: 0717-2877  
ISSN: 0718-0012  
Legal Publishing Chile

# La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena

**Guiloff Titiun, Matías**

La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 2, 2018

Legal Publishing Chile

**Disponible en:** <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19758438017>

# La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena

The regulatory takings doctrine: An ill-suited doctrine to control the imposition of public limits to private property rights in Chile

Matías Guilloff Titun<sup>1</sup> [matias.guiloff@udp.cl](mailto:matias.guiloff@udp.cl)  
*Universidad Diego Portales, Chile*

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 2, 2018

Legal Publishing Chile

Recepción: 15 Noviembre 2016  
Aprobación: 09 Mayo 2017

**Financiamiento**  
Fuente: Fondecyt  
Nº de contrato: 11150409

CC BY

**Resumen:** El trabajo aborda la doctrina estadounidense de la expropiación regulatoria que un sector de la doctrina y alguna jurisprudencia aplica para controlar la constitucionalidad de las limitaciones a la propiedad privada. Se argumenta que ella no es dogmáticamente consistente con la Constitución chilena.

**Palabras clave:** Expropiación regulatoria, limitaciones al derecho de propiedad privada, función social de la propiedad privada.

**Abstract:** This paper addresses the american regulatory takings doctrine that part of the chilean legal scholarship and some judicial rulings apply to control the constitutionality of limitations to private property. This paper argues that this doctrine is not dogmatically consistent with the chilean constitution.

**Key words:** Regulatory expropriation, limitations on private property rights, social function of private property.

## 1. Introducción

De un tiempo a esta parte es frecuente encontrarse con cuestionamientos a una modificación legal, basados en que implica una expropiación regulatoria. Por ésta, se alude a la doctrina elaborada en el derecho constitucional estadounidense y habitualmente ocupada en el derecho de la inversión extranjera<sup>1</sup>, según la cual cuando el Estado regula un derecho de propiedad, de una forma que lleva a que éste pierda valor, se debe indemnizar<sup>2</sup>. Efectivamente, esta argumentación se ha utilizado consistentemente en el último tiempo, sobre todo al debatir reformas en materia educacional<sup>3</sup>, ambiental<sup>4</sup> y en la regulación de los cobros por estacionamientos<sup>5</sup>. Más recientemente, el presunto carácter expropiatorio de las modificaciones al Código de Aguas que el Congreso se encuentra actualmente debatiendo ha sido objeto de ardua discusión<sup>6</sup>. La expropiación regulatoria es, por tanto, parte importante del debate legal actual.

Con todo, la influencia de la expropiación regulatoria no se agota únicamente en la discusión política, sino que también se despliega en la doctrina y jurisprudencia de los últimos años. Respecto al primero de estos ámbitos, son crecientes las publicaciones que en los últimos 15 años la han tratado<sup>7</sup>. Incluso, algunas recientes, en materia de Derecho Constitucional Económico, dedican un apartado a ella<sup>8</sup>. Tratándose del segundo, nuestra jurisprudencia constitucional se ha referido de manera más o menos explícita a ella en varias sentencias durante los últimos 20 años<sup>9</sup>, sin perjuicio de algunas decisiones en materia de responsabilidad civil extracontractual de la administración del Estado que abordan el mismo problema del que esta doctrina se ocupa<sup>10</sup>.

¿Qué explica tanta presencia de esta argumentación en el debate actual? Muy probablemente, la legítima preocupación por cómo se distribuyen las cargas y beneficios de las modificaciones regulatorias, lo que la literatura económica conoce como los riesgos de los cambios legales<sup>11</sup>. Éstos pueden ser especialmente altos allí donde existen decisiones de inversión comprometidas, las que se adoptaron pensando que las reglas del juego no iban a ser modificadas. Esto, no solo por la desmoralización que supone, para los afectados por estas modificaciones, enterarse que sus proyecciones de inversión pueden verse frustradas, sino también por los altos costos operativos que implica la transición desde las antiguas exigencias regulatorias a las nuevas.

Sin embargo, para adaptarse a las nuevas realidades, condiciones y demandas, muchas veces las reglas del juego tienen que ser modificadas. Sea por razones de bien común o tecnológicas, lo que ayer era un estándar aceptable en un ámbito regulatorio, hoy puede no serlo. Tómese por caso la situación de los recursos pesqueros. Por más que sea beneficioso para la pesca artesanal e industrial el que se mantenga un régimen de libre acceso a los recursos marinos, ello resulta simplemente irresponsable si éstos se encuentran en una situación cercana al colapso.

De esta manera, como señala Rose Ackerman, se produce una inevitable tensión entre las necesidades de certeza propias de una economía capitalista y las impredecibles demandas de una comunidad política democráticamente responsable<sup>12</sup>. En el Derecho Constitucional de Estados Unidos se ha afirmado que la doctrina de la expropiación regulatoria puede ser un buen mecanismo para lidiar con ella<sup>13</sup>. Entre nosotros, también ha sido sugerida, junta a otras doctrinas, para hacerse cargo de los efectos de las modificaciones regulatorias sobre el derecho de propiedad privada<sup>14</sup>. El objetivo central de este trabajo es responder a la pregunta de si es acaso consistente con la Constitución de 1980 utilizar la doctrina de la expropiación regulatoria para proteger el derecho de propiedad privada frente a los cambios legales.

El argumento que defenderé es que no resulta pertinente aplicar la doctrina de la expropiación regulatoria en Chile para proteger el derecho de propiedad privada frente a las modificaciones legales. Esta afirmación se fundamenta en razones dogmáticas y de derecho constitucional comparado. Las primeras se asocian a la interpretación de los conceptos

propiedad privada y privación, de central relevancia para distinguir entre limitaciones y expropiaciones en la regulación contenida en el artículo 19 N° 24 incisos 2 y 3 de la Constitución. Como se argumentará, aplicar la doctrina de la expropiación regulatoria supone interpretar estos términos de una manera ajena a la que informa su utilización en la Constitución. En cuanto a la razón de derecho constitucional comparado, ésta se fundamenta en que la doctrina de la expropiación regulatoria se ha desarrollado al amparo de una constitución que al regular la propiedad no establece la función social de la propiedad, en circunstancias que la Constitución chilena lo hace y la regula detalladamente.

Para desarrollar este argumento seguiré la siguiente estructura. En la primera parte explicaré el surgimiento y evolución de la doctrina de la expropiación regulatoria en Estados Unidos. Asimismo, abordaré su recepción por la doctrina y jurisprudencia constitucional chilena. Luego, la segunda parte explicará cada uno de los argumentos por los que no resulta pertinente aplicar la doctrina de la expropiación regulatoria en Chile en diversas secciones. La primera de éstas ilustrará que el concepto de propiedad bajo el cual se ha desarrollado esta doctrina es uno vago, maleable y cuya utilización ha servido los más diversos propósitos. Con todo, el punto que se desarrollará no es uno de mérito: más allá de la conveniencia de valerse de tal concepto, lo cierto es que se trata de uno que claramente no informa la comprensión del derecho de propiedad privada en Chile.

Posteriormente, la segunda sección demostrará que la aplicación de la doctrina de la expropiación regulatoria supone un uso laxo del término privación. Conforme a éste, lo relevante ya no es que a alguien le quiten su propiedad, sino el valor económico de ésta luego de la regulación. A su vez, la tercera sección efectuará una comparación entre la regulación constitucional de la propiedad privada en Chile y Estados Unidos, la que resulta idónea porque la expropiación regulatoria surge precisamente de la jurisprudencia constitucional de este último país.

Junto con ello, compararé la regulación constitucional chilena del derecho de propiedad privada con la de Alemania, dado que esta última constitucional contiene varios de los elementos que diferencian nuestra regulación con la estadounidense. La razón por la que realizo esta comparación es para desarrollar el argumento de que si la idea es solucionar este complejo problema acudiendo al derecho comparado, existen mejores alternativas que la que ofrece la doctrina de la expropiación regulatoria. Finalmente, habiendo defendido la idea de que no resulta pertinente aplicar esta doctrina en Chile, en la conclusión esbozo otras doctrinas que aparentan ser más prometedoras para abordar los efectos de las modificaciones legales en la propiedad privada.

Para cerrar esta introducción, hago explícito que la principal pretensión de este trabajo es intervenir en el debate relativo al control de las limitaciones a la propiedad privada<sup>15</sup>. Dado que en la actualidad y en el futuro se establecerán modificaciones legales que incidirán sobre el derecho de propiedad privada, se trata de un debate que debe ser abierto urgentemente. Su contribución central es informar de los supuestos

conceptuales que subyacen a la doctrina de la expropiación regulatoria y dar cuenta de sus problemáticas implicancias. Si éstas son tomadas en cuenta, resulta necesario explorar mecanismos más idóneos para abordar el complejo problema del cambio legal y sus efectos sobre la propiedad privada.

## 2. La expropiación regulatoria: surgimiento, evolución y recepción en el Derecho Chileno

De acuerdo a la literatura, la doctrina de la expropiación regulatoria surge en el caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*. La sentencia se refirió a una ley del estado de Pennsylvania que prohibió la minería del carbón cuando ésta pudiera causar el hundimiento de cualquier estructura utilizada para la habitación humana. Todo esto en circunstancias que, en forma previa a la dictación de la ley, la compañía le había vendido a Mahon los derechos superficiales sobre una parte de su terreno, el que aceptó explícitamente todo riesgo derivado de la operación de la compañía y renunció a la interposición de cualquier demanda contra ella<sup>16</sup>. En este fallo, la Corte Suprema de Estados Unidos admite, por primera vez, que una regulación puede llegar a implicar una expropiación, lo cual sucederá en aquellas hipótesis donde la regulación vaya demasiado lejos. Previo a ello, la Corte había distinguido nítidamente entre regulaciones y expropiaciones, señalando que las primeras, aun cuando privaran de todo uso económico a la propiedad, jamás podrían llegar a ser consideradas expropiaciones<sup>17</sup>.

A partir del caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, aun cuando la doctrina de la expropiación regulatoria no volverá a ser aplicada por la Corte Suprema por alrededor de 60 años, su desarrollo se va a ligar íntimamente al control de las regulaciones que buscan internalizar externalidades negativas<sup>18</sup>. Lo anterior explica su resurgimiento en la literatura a fines de la década de los 60, en los clásicos trabajos de Sax y Michelman,<sup>19</sup> justo cuando surge la regulación ambiental a nivel estatal y federal. Asimismo, también ayuda a entender su renacimiento en los 80, momento en que el efecto de esta y otras regulaciones sobre la propiedad es ilustrado a través del influyente libro de Epstein<sup>20</sup>.

Es en ese entonces cuando la Corte Suprema vuelve a aplicar esta doctrina en los casos *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp*<sup>21</sup> y *Nollan v. California Coastal Commission*<sup>22</sup>, lo que reitera posteriormente en *Lucas v. South Carolina Coastal Commission*<sup>23</sup> y otras decisiones. Posteriormente, en la década de los 90, varios Estados aprueban leyes estableciendo la obligación de compensar por limitaciones que reducen el valor de la propiedad<sup>24</sup>. Con todo, pese a estas decisiones, dada la manera inconsistente en que es generalmente implementada por la Corte Suprema, la opinión generalizada es que se trata de una doctrina de contornos fangosos<sup>25</sup>.

En Chile, durante la década de 2000, surgen las primeras alusiones a esta doctrina en el trabajo de Fernandois<sup>26</sup>. De acuerdo con el citado autor, esta doctrina se hace cargo del problema de la privación de los atributos esenciales de la propiedad por una ley o regulación administrativa<sup>27</sup>. Posteriormente, un trabajo de Delaveau la describe y analiza si es posible aplicarla en Chile<sup>28</sup>. Un año después, se hace explícita referencia a ella en el fallo peajes de transmisión eléctrica del Tribunal Constitucional<sup>29</sup>. El voto de mayoría de esta sentencia, redactado por el entonces ministro Correa Sutil, caracteriza la problemática del caso como una propia de lo que en el derecho comparado se ha denominado “expropiación regulatoria”, citando el aludido caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*<sup>30</sup>.

Con todo, más allá de que no se la rotule explícitamente como expropiación regulatoria, la idea de que una regulación deviene en expropiatoria si afecta excesivamente alguna de las facultades o atributos esenciales del dominio informa varias decisiones previas del Tribunal Constitucional. La primera de éstas es el caso Playas I, donde el Tribunal Constitucional, luego de reconocer que la medida impugnada no es una privación, señala que se trata de una limitación tal de las facultades de uso y goce, “que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho a dominio”<sup>31</sup>. Así, tal como lo hizo la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon*, el Tribunal Constitucional establece que existe un continuo conceptual entre limitación y expropiación, habiendo entre éstas tan solo una diferencia de grado, marcada por la intensidad de los efectos concretos de la medida sobre la propiedad<sup>32</sup>. Posteriormente, en el fallo *Rentas Vitalicias*, el Tribunal Constitucional señala que no solo hay privación cuando al dueño se lo despoja totalmente del bien o uno de sus atributos esenciales, sino que también cuando se establecen regulaciones que le impidan ejercer libremente su derecho o una de sus facultades, cuestión que, a juicio del Tribunal, ocurría en este caso con la de disposición<sup>33</sup>.

Con todo, esta interpretación es llamativa si se considera que los incisos segundo y tercero del artículo 19 N° 24 de la Constitución parecen distinguir nítidamente entre regulación y expropiación<sup>34</sup>. Más llamativa es, todavía, si se atiende al hecho de que habiendo sido la regulación de la propiedad materia de un intenso debate en la Comisión Ortúzar, al punto que existió una subcomisión dedicada estudiar el tema<sup>35</sup>, no se haya establecido disposición alguna que establezca que deben ser compensadas las intervenciones sobre la propiedad que no impliquen privación de sus facultades y atributos esenciales. No solo eso, independientemente que desde una perspectiva de interpretación constitucional su valor sea cuestionable, la evidencia que ofrecen las actas de la Comisión Ortúzar apunta en sentido contrario.

Por cierto, habiendo planteado Jaime Guzmán la posibilidad de establecer en el texto de la Constitución que si una regulación dictada para el resguardo de la función social de la propiedad afectaba al cincuenta



por ciento más uno de la propiedad, ella devenía en expropiación, la Comisión rechazó este planteamiento, por estimar que también debieran considerarse factores cualitativos<sup>36</sup>. De esta manera, como se puede apreciar, en la historia del texto constitucional se descartó formular una regla que dispusiera que las regulaciones de la propiedad que afecten su valor tengan que ser compensadas. Sin embargo, en conformidad a esta historia, podría argumentarse que la procedencia de la compensación no queda descartada, aun cuando el texto no lo señale explícitamente.

Con todo, para llegar a aquella conclusión habría que dar por sentado que la intención de la Comisión Ortúzar, que no resulta del todo clara en este punto, prima por sobre el texto de la disposición constitucional definitivamente establecida. Esta premisa no es para nada evidente, si se considera la génesis de la Constitución, en la que, además de esta Comisión, participaron el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. Dado lo sensible que fue este tema en la redacción de la Constitución<sup>37</sup>, con seguridad estos órganos y la propia Comisión hubiesen establecido una regla específica en la materia, tal como lo hicieron en la misma cláusula de propiedad, al referirse al estatuto de las minas y aguas. De hecho, existieron intervenciones de Evans y Guzmán en ese sentido, las que finalmente no fueron acogidas<sup>38</sup>. Por estas razones, a falta de respaldo en el texto constitucional, resulta pertinente efectuar un análisis más acabado acerca de si en la regulación contenida en la Constitución chilena se dan los supuestos para que sea pertinente aplicar la doctrina de la expropiación regulatoria en Chile, lo que se efectúa a continuación.

### 3. La impertinencia de aplicar la expropiación regulatoria en el Derecho Chileno

#### 3.1. Se fundamenta en un concepto de propiedad ajeno al de la Constitución Chilena

A propósito de la estructura de las relaciones jurídicas, en su intento de acabar con usos demasiado laxos de los términos legales, Hohfeld, arrancando de la premisa de que todas las relaciones jurídicas son entre personas (ya que el derecho precisamente busca regular la conducta humana), enfatizó que si una persona tenía un derecho, existía otra u otras que tenían correlativamente un deber<sup>39</sup>. Tratándose del derecho de propiedad, el cual fue analizado por Hohfeld de manera meramente referencial, poniendo el término incluso entre comillas,<sup>40</sup> esto tuvo como corolario la conclusión de que no hay cuestión tal como un derecho sobre una cosa que genere deberes para los demás, sino que más bien hay un conjunto abstracto de derechos, así como otras relaciones normativas entre individuos, que inciden sobre algo que no necesariamente es un objeto tangible<sup>41</sup>. En mayor detalle, Hohfeld indicó que la propiedad privada se compone de un complejo agregado de relaciones sociales y legales que incluye derechos, privilegios, deberes e inmunidades<sup>42</sup>. Fue así como desde ese momento en adelante, a pesar de que Hohfeld nunca

utilizó explícitamente el término, se entendió que la propiedad consistía en una manojos de derechos (*bundle of rights*).

De lo anterior se sigue una serie de importantes implicancias para la distinción entre derechos reales (*in rem*) y personales (*in personam*). La primera es que todo derecho *in rem*, como es precisamente el caso de la propiedad, debe ser considerado como una infinidad de derechos entre individuos<sup>43</sup>. Es por ello que Hohfeld considera que el derecho de propiedad es un ejemplo de un derecho multilateral (*multilateral right*)<sup>44</sup>. Ligado a lo anterior, otra implicancia es que la distinción entre derechos *in rem* y derechos *in personam* no pasa, como hasta entonces se estimaba, por el objeto del derecho (una cosa, en el caso de un derecho real, una persona, en el del personal), sino que por la extensión del elenco de aquellos que resultan obligados por el mismo<sup>45</sup>. A consecuencia de esto último, se pierde un criterio sustantivo para efectuar esta distinción<sup>46</sup>. Esto, a pesar de la notable contribución de Honoré en la década de los cincuenta que describió los incidentes de la propiedad, una serie de facultades y obligaciones que surgen como consecuencia de esta institución<sup>47</sup>. Con todo y paradójicamente, como señala Penner, la descripción de Honoré gira sobre el supuesto que la propiedad recae en una cosa<sup>48</sup>.

Aparte de su valor analítico, el valor de la tesis de Hohfeld reside en que reveló algo que hasta entonces permanecía oscuro: el lado pasivo de la propiedad, los deberes correlativos al derecho de propiedad<sup>49</sup>. Efectivamente, su análisis permitió visualizar cuanta coacción genera la propiedad, lo que se observa en la consecuencia de que todos tienen un deber de abstención hacia el dueño con respecto al uso de su recurso. En otras palabras, refleja de manera muy clara quiénes ganan y pierden con el establecimiento de derechos de propiedad. Sin embargo, al desanclarse la propiedad de la cosa, perdió toda esencia y se convirtió en un concepto sumamente elástico. Esto permite entender por qué tal concepto de la propiedad fue utilizado por movimientos legales con una filosofía política totalmente opuesta.

Los primeros en hacer esto fueron los realistas. Ellos pretendían acabar con la manera en que la propiedad había sido interpretada hasta entonces en el *common law*, siguiendo a Blackstone, quien afirmó que la propiedad es el dominio despótico que un individuo ejerce sobre las cosas, con exclusión de todos los demás<sup>50</sup>. Es por ello que la literatura señala que, de acuerdo con esta concepción, la propiedad aparece como una minisoberanía<sup>51</sup>. Para acabar con esto, usando a Hohfeld, los realistas señalaron que la propiedad consistía simplemente en una etiqueta, una denominación, que se le asigna a un manojos contingente de derechos y obligaciones recíprocas asociadas con algún recurso, manojos que se determina mediante legislación<sup>52</sup>.

Esta lectura se volvió aun más problemática con la toma de conciencia de la necesidad de regular las externalidades negativas derivadas del ejercicio de la propiedad. Por eso, no es de extrañarse que para propósitos radicalmente opuestos a los de los realistas, el movimiento del análisis económico del Derecho (*Law and Economics*) ocupara este laxo concepto



de propiedad al momento de referirse a cómo abordar las externalidades<sup>53</sup>. Esta opción conceptual permitió a economistas como Buchanan y Tulloch afirmar que la fábrica que estaba en conflicto con el vecindario tenía un derecho a contaminar. Lo relevante de esta referencia para el argumento que estoy desarrollando es que solo con ese laxo concepto de propiedad fue posible argumentar que cuando una ley resolvía una externalidad, impidiendo a alguien externalizar un costo hacia la sociedad, como hasta entonces lo estaban haciendo los propietarios con el uso del aire, estaba efectuando una expropiación regulatoria. Esto, porque al regular o limitar el uso preexistente que generaba externalidades negativas para el público, la ley le había quitado al propietario uno de los derechos que formaba parte de su puñado.

A este argumento, habitualmente utilizado por los propietarios en casos donde solicitan la aplicación de la expropiación regulatoria, la doctrina le ha llamado separación conceptual (*conceptual severance*)<sup>54</sup>. Para desarrollarlo, los demandantes habitualmente delinear un aspecto de alguno de los elementos de la propiedad sobre el cual ha incidido negativamente la regulación y luego afirman que sobre el mismo ha existido una privación total<sup>55</sup>. Así, por ejemplo, en su voto de minoría para el famoso caso *Penn Central Transportation v. New York City*, en el cual una regulación de esta ciudad impidió a la estación de trenes la construcción de un edificio de varios pisos de altura, debido al carácter de monumento urbano de aquella estación, el juez Rehnquist señaló que la regulación en cuestión había privado a la estación de su derecho de propiedad para construir en altura<sup>56</sup>. Este argumento contrasta con la proposición que a la misma estación solo se le ha limitado uno entre los varios potenciales usos de su propiedad. Como se puede apreciar, el problema pasa por cómo se definen los contornos de la propiedad afectada.

Desde luego, como ha ilustrado Montt, existen varias alternativas posibles. La primera consiste en sostener que la extensión de la propiedad afectada por la regulación incluye el conjunto formado por el total de los activos del demandante. Luego, también es posible afirmar que esta propiedad consiste en cada activo o un determinado subconjunto de activos, incluyendo dentro de éstos un contrato. Adicionalmente, es posible concebirla como uno o más de los derechos que integran este activo o contrato. Por último, también es posible sostener que dicha propiedad consiste en los derechos recientemente aludidos, pero divididos en unidades espaciales-derechos aéreos-o temporales-días, meses o años<sup>57</sup>.

Es del caso notar que la teoría del manajo de derechos provee el supuesto para la utilización de la separación conceptual. Como señala Radin, este argumento solo es posible por una anacrónica mezcla entre el absolutismo de la aproximación de Locke a la propiedad y la moderna noción de la propiedad como manajo de derechos<sup>58</sup>. A la misma conclusión llega Alexander, quien señala que la tesis del manajo de derechos provee de las bases para esta técnica que se ha convertido en

el aparato teórico primario para una interpretación agresiva e incluso activista de la cláusula de expropiación contenida en la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos<sup>59</sup>.

Incluso, Penner ha llegado a sostener que en rigor se está frente a una metaconcepción de la propiedad (en el sentido de ser una de dos posibles concepciones sobre la concepción del manojito de derechos). Se trata de versión desagregada del manojito de derechos que enfatiza el valor que los dueños obtienen de su derecho a usar y gozar su propiedad<sup>60</sup>. Conforme a ella, todo potencial uso de la propiedad que pueda ser objeto de una transacción de mercado se considera como un derecho en sí mismo<sup>61</sup>.

Un buen ejemplo de la anterior concepción lo proporciona el análisis de la potencial incidencia en la propiedad de la restricción vehicular. Uno de los derechos que integra la propiedad sobre un auto es el de poder usarlo todos los días del año. Por consiguiente, si esto no es posible en ciertos días, hay que compensar. Como se ve, esto lleva a una lectura conservadora (protectora del *status quo*) y libertaria (protectora de la libertad económica) de la garantía de la expropiación<sup>62</sup>, que, por lo demás, colapsa la distinción entre propiedad y contrato<sup>63</sup>, al estimar que la primera se ve afectada cuando un cambio en las reglas del juego deja de hacer posible la celebración del segundo (precisamente respecto de alguno de los usos a los que he aludido). De ahí que se afirme que la separación conceptual hace más probable que se determine la existencia de una expropiación regulatoria<sup>64</sup>.

En suma, la concepción desagregativa de la tesis de la propiedad como un manojito de derechos multiplica la propiedad susceptible de ser afectada por la regulación. Más allá de lo indeseable que pueda ser utilizarla, lo cierto es que la Constitución chilena no maneja este concepto de propiedad. Como ha señalado la doctrina más autorizada sobre el tema, el contenido esencial garantizado de este derecho se refiere “a una entidad reconocible y previa a la Constitución, que no la crea sino que se limita a reconocer”<sup>65</sup>. Dada la remisión que el propio artículo 19 N° 24 inciso 3 efectúa, ésta no puede ser otra que el dominio<sup>66</sup>. Y como se sabe, nuestra definición legal del dominio, establecida en el artículo 582 del Código Civil, supone que este recae en una cosa corporal, sobre la cual se ejercen precisamente las facultades de uso, goce y disposición que, de acuerdo a la doctrina, y junto con los atributos de la propiedad, constituyen la esencia del derecho en cuestión.

En efecto, la mayoría de la doctrina constitucional estima que el contenido esencial del derecho de propiedad privada se refiere a sus atributos y facultades. Cea plantea que ésta es la suma de atributos y facultades del dominio<sup>67</sup>. En similar sentido, Evans argumenta que la esencia de este derecho consiste en las facultades de uso, plena administración, goce y disposición propias del dominio<sup>68</sup>. Por su parte, Ríos sostiene que el contenido esencial de la propiedad se manifiesta en sus facultades<sup>69</sup>. Rajevic también sostiene que la esencia del derecho de propiedad se compone de sus atributos (aunque con un relevante matiz respecto a su carácter absoluto) y facultades esenciales<sup>70</sup>. Tan solo Mohor

sostiene una tesis relativa, conforme a la cual la esencia del derecho de propiedad no debe ser definida por un contenido específico y concreto<sup>71</sup>.

De esta manera, puede verse que en contraste con la premisa del artículo 19 N° 24 inciso 3, y la de la tradición legal en que éste se sustenta, la concepción desagregativa de la de la propiedad como un puñado de derechos lleva a un concepto de la propiedad que carece de un ámbito determinado de aplicación<sup>72</sup>. Más bien, la propiedad aparece como un concepto flexible, sin una esencia definible, ni menos orientaciones que permitan señalar en qué situaciones particulares es aplicable<sup>73</sup>. Esto se encuentra en abierta contradicción con nuestra regulación y la mayoría de nuestra doctrina constitucional, para la cual la propiedad tiene un contenido esencial que es justamente el llamado a limitar la intervención del poder público sobre ésta.

### *3.2. Supone utilizar de manera muy laxa el concepto de privación*

Para entender de mejor manera este punto, es importante notar que una vez que se afirma que la propiedad no es sobre cosas, sino sobre derechos, no parece haber forma alguna de lograr interpretaciones que no lleven a lecturas hipertrofiadas del lenguaje de la garantía constitucional de la protección de la propiedad privada<sup>74</sup>. Esto lo demuestra el estándar elaborado por Holmes en *Pennsylvania Coal Company*, en donde el concepto que se terminó usando de manera laxa fue privación. Como señalé, el caso se refería a una ley de Pennsylvania que prohibió el ejercicio de actividades mineras debajo de las casas. La demanda fue entablada por una compañía minera que hace algunos años había vendido sus derechos sobre el suelo superficial, haciendo explícito en el contrato que mantenía sus derechos para explotar el subsuelo.

Siendo evidente que la ley impugnada le había quitado a la compañía minera uno de los derechos de su manejo, precisamente el de realizar su explotación minera en el subsuelo, el juez Holmes quiso evitar articular un estándar que llevara a afirmar que cada vez que se afectaba negativamente uno de los derechos del puñado había una expropiación<sup>75</sup>. Para hacer eso, señaló que no solo había que mirar *si* se había afectado un derecho, sino que también *cuánto* se había afectado (en cuánto había disminuido el valor de la propiedad regulada)<sup>76</sup>. Si esto es así, los derechos de que se compone el puñado, la propiedad, dejan de ser del todo relevantes, y lo único que importa es cuánto le queda al dueño después de la regulación<sup>77</sup>.

Entre nosotros este punto ha sido notado por Aldunate, quien analizando la jurisprudencia constitucional del caso Playas I (rol N° 245-246), recalca que, de acuerdo a este estándar, no existe diferencia conceptual entre limitación y expropiación. En otras palabras, limitación y expropiación se situarían en un mismo continuo conceptual y solo habría una diferencia de grado entre ellas<sup>78</sup>. Esto deja abierta la pregunta relativa a cuándo una limitación pasa a ser una expropiación. Como se podrá intuir, según esta tesis, esto sucede cuando la regulación ha dejado demasiado poco del valor del bien al dueño. Esta solución es

criticable porque hace depender un concepto de sus supuestos concretos de aplicación<sup>79</sup>.

Con todo, la distinción conceptual pura entre limitación y privación es, a veces, difícil de trazar. Por lo pronto, al indicar cuáles son las limitaciones a las que se encuentra sujeto el legislador al regular la propiedad, el propio Aldunate señala que una de ellas es el respeto al contenido esencial del derecho<sup>80</sup>. Para nuestro autor el contenido esencial no solo abarca las facultades del dominio (tales como las de uso, goce y disposición), sino también sus atributos (tales como su carácter absoluto, elástico y perpetuo)<sup>81</sup>. Con todo, esto no debe llevar, sin más, a identificar la esencia del derecho de propiedad con su contenido al momento que entró en vigencia con la Constitución; también deben considerarse todas las posibilidades de modulación legislativa contempladas por el Derecho Civil, así como aquellas que con posterioridad a esa fecha ha introducido la legislación<sup>82</sup>.

Consiguientemente, Aldunate concluye, “mientras el respectivo derecho de dominio conserve en alguna medida, por mínima que sea, la conjunción de los atributos de disposición, de uso y de goce, podría ser reconocido como dominio”<sup>83</sup>. En tanto esta sea la situación, el legislador se encuentra constitucionalmente facultado para establecer una limitación o delimitación de la propiedad, sin que ello nada diga respecto de los derechos subjetivos que puedan haberse visto afectados<sup>84</sup>.

Lo anterior ilustra cuán difícil resulta prescindir del impacto económico al analizar la intervención regulatoria sobre la propiedad. Incluso, en la propia jurisprudencia alemana se ha suscitado este problema. Efectivamente, como señala Alexander, aun cuando el Tribunal Constitucional ha señalado explícitamente que la intención regulatoria (si el propósito de la regulación es limitar o expropiar), mas no su impacto económico, ha de ser la base para determinar si una limitación debe considerarse como una limitación o expropiación, en casos de impacto regulatorio desproporcionado igualmente ha determinado la inconstitucionalidad de la regulación impugnada<sup>85</sup>. Todo ello basado en la idea de sacrificio especial e intensidad del sacrificio<sup>86</sup>.

Con todo, del hecho que en ciertas ocasiones no se pueda desconocer el impacto económico de una regulación sobre la propiedad privada, no se sigue que siempre haya que hacerlo. Más bien, la situación es la contraria. Como se señaló, el Tribunal Constitucional alemán sólo lo ha hecho cuando considera que la regulación en cuestión es desproporcionada. ¿Cuáles serían, entonces, las condiciones bajo las cuales el impacto económico de una regulación sobre la propiedad debiese ser relevante en nuestra Constitución? Esta pregunta debe ser respondida de una manera tal que no desdibuje la nítida distinción entre limitación y expropiación establecida en el artículo 19 N° 24 inciso 2 e inciso 3, respectivamente, de la Constitución chilena<sup>87</sup>.

Para identificar las hipótesis de limitaciones que son en realidad expropiaciones algún sentido ha de tener el lenguaje constitucional. Particularmente, aquel que señala que “nadie puede, en caso alguno, ser

privado de su propiedad, el bien sobre el cual recae *o alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio...*". Esto, por cuanto ilustra que fuera de los casos de evidente desplazamiento patrimonial, como son aquellos donde lo privado es la propiedad o el bien sobre el que recae, la única hipótesis expropiatoria que contempla la Constitución es la de *privación* de atributos o facultades esenciales del dominio. Por tanto, solo en el caso en que una limitación, a pesar de formalmente tal, tenga el efecto de privar, y no solo el de limitar, de alguna de estas facultades o atributos, ella revestirá el carácter de una expropiación. Este sería el caso, por ejemplo, de una limitación que privara a un bien de cualquier uso económicamente viable.

Solo así resulta posible administrar el problema de las limitaciones a la propiedad de una manera que no sacrifique el rigor conceptual. En otras palabras, si no se quiere burlar la distinción entre limitación y expropiación, el impacto regulatorio sobre la propiedad privada solo podrá conllevar una vulneración al derecho de propiedad privada cuando derive de la privación de las facultades y atributos esenciales de la propiedad privada. Por lo tanto, solo habrá privación de la propiedad privada en los casos en que ésta se refiere a las hipótesis constitucionalmente previstas.

¿Qué sucede con aquellas medidas que, sin llegar a implicar privaciones sobre la propiedad, el bien sobre el que recae o sus facultades o atributos esenciales, igualmente resultan excesivas desde la perspectiva de su impacto regulatorio? Ellas igualmente podrían ser constitucionalmente problemáticas, pero no por afectar el derecho de propiedad privada, sino que, como ha afirmado Aldunate, aquel a la igualdad ante las cargas públicas<sup>88</sup>. Si efectivamente llegan a serlo, estas regulaciones pueden ser declaradas inconstitucionales, tal como se ha hecho en Alemania<sup>89</sup>. No obstante, como sugiere el propio caso alemán<sup>90</sup>, así como parte de la literatura estadounidense sobre expropiación regulatoria<sup>91</sup>, esta inconstitucionalidad no se producirá si la regulación que establece la limitación dispone de mecanismos que morigeren su impacto regulatorio. Esto es de común ocurrencia en nuestra práctica regulatoria. Así lo evidencian múltiples normas de emisión en materia ambiental que distinguen entre fuentes nuevas y existentes para efectos de su entrada en vigencia, estableciendo un período de vacancia legal respecto de las últimas<sup>92</sup>.

### *3.3. Se aplica en un ordenamiento legal que no reconoce la función social de la propiedad*

Este es un punto de derecho constitucional comparado. La Constitución de Estados Unidos que, recordemos, es aquella a partir de la cual se formula la doctrina que nos ocupa, no contiene alusión alguna a la función social de la propiedad; nuestra Constitución sí. Esto debiera tener alguna implicancia para la pretensión de pretender importar esta doctrina a Chile: no parece sensato hacerlo, si la regulación constitucional de la

propiedad no es la misma. Por el contrario, existen otras constituciones, como la alemana, en donde sí se establece la función social de la propiedad, cuya doctrina y jurisprudencia parece más pertinente estudiar para controlar las limitaciones a la propiedad privada.

Es pertinente analizar primero el caso de la regulación contenida en la Constitución de Estados Unidos. La cláusula constitucional que protege la propiedad privada frente a las intromisiones del gobierno federal se encuentra contenida en la quinta enmienda. Ésta se limita a señalar que la propiedad privada no podrá ser destinada a un uso público sin que medie pago de una justa compensación (*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*). La decimocuarta enmienda complementa esta disposición, haciéndola aplicable a los Estados, estableciendo que ninguno de éstos privará a una persona de su vida, libertad y propiedad sin la garantía de un debido proceso (*nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*). Como se puede apreciar, se trata de una regulación bastante parca, que no contiene referencia alguna a la posibilidad de limitar la propiedad, ni menos el fundamento que se debe invocar para ello<sup>93</sup>.

¿Qué justifica entonces la imposición de limitaciones a la propiedad privada en Estados Unidos? El poder de policía (*police power*). Se trata de un poder que no está explícitamente consagrado en la Constitución, pero del cual se encuentran referencias en el *common law*, así como en varias decisiones judiciales de las Cortes Estatales del siglo XIX<sup>94</sup>. Es quizás la primera y única obra sistemática existente sobre el tema, Freund establece dos categorías que permiten diferenciar este poder de otros. La primera es que se trata de un poder que apunta a la promoción del bienestar común<sup>95</sup>. En tanto, la segunda se refiere a los medios a través de los cuales opera, estableciendo restricciones y obligaciones<sup>96</sup>. La Corte Suprema federal reconoció este poder en el fallo *Jacobson v. Massachusetts*<sup>97</sup>, descartando una supuesta infracción a la libertad individual en una ley que establecía la obligatoriedad de la vacunación. Más tarde lo hizo en casos donde se alegó la existencia de una expropiación regulatoria<sup>98</sup>.

Distinto es el caso de la Constitución alemana, cuya disposición relativa a la propiedad, el artículo 14, se diferencia de la regulación contenida en la Constitución de Estados Unidos en importantes aspectos. Por de pronto, a diferencia de su par estadounidense, la Constitución alemana reconoce la institución de la propiedad privada, estableciendo que la propiedad privada y la herencia se encuentran garantizadas<sup>99</sup>. De esto surge una segunda distinción: la manera afirmativa en que protege la propiedad privada en Alemania<sup>100</sup>. Ella contrasta con el modo negativo en que lo mismo se efectúa en la Constitución de Estados Unidos que, recordemos, señala que la propiedad no podrá ser destinada a un uso público sin compensación y que el gobierno no privará a nadie de su propiedad privada sin debido proceso<sup>101</sup>. Adicionalmente, se distingue también por establecer la garantía formal consistente en que el contenido y las limitaciones a la propiedad se determinan por ley<sup>102</sup>.



Con todo, la distinción más relevante para los propósitos de este trabajo pasa porque la Constitución alemana, tal como la chilena, y a diferencia de la estadounidense, se refiere a la función social de la propiedad<sup>103</sup>. La Constitución alemana señala que la propiedad obliga y que su uso también debiera servir al bien común. La inclusión de la función social implica que en Alemania, así como en Chile, existe una obligación social inherente a la propiedad: ésta debe servir a las necesidades e intereses de la comunidad política, así como a aquellas y aquellos del dueño<sup>104</sup>.

Si bien en comparación con la regulación contenida en la Constitución chilena, aquella de la Constitución alemana es bastante parca, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que ésta impone deberes que exceden por mucho la mera prevención de daños a terceros<sup>105</sup>. Por el contrario, la función social llega incluso a imponer deberes activos de mejorar el bienestar de la comunidad sobre el Congreso y los órganos administrativos<sup>106</sup>. Quizás la fundamental consecuencia que se sigue del reconocimiento de la función social de la propiedad privada es que si las necesidades de la sociedad varían, ella autoriza al Estado para imponer nuevas obligaciones sobre la propiedad<sup>107</sup>. De ahí que algunos autores indiquen que ante la falta de un reconocimiento explícito a la función social de la propiedad en la Constitución, muchas veces la jurisprudencia estadounidense relativa a la expropiación regulatoria tiene que ocultar las verdaderas razones que la llevan a concluir que una medida no es expropiatoria<sup>108</sup>.

Dada su similitud con la regulación del derecho de propiedad privada contenida en la Constitución chilena, cabe hacer una última mención a aquella de la Constitución alemana. Tal como sucede con nuestra Constitución, la alemana también contempla una garantía general en materia de limitaciones, relativa a que éstas no podrán afectar la esencia del derecho. Lo anterior resulta importante para proteger la propiedad, en la medida que impide que el legislador, bajo el pretexto de estar regulándola, la desfigure<sup>109</sup>. Con todo, a diferencia de lo que sucede en Chile, la cláusula del contenido esencial no ha tenido un rol protagónico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre limitaciones a la propiedad privada. Esto se debe a que el Tribunal prefiere utilizar el análisis de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de las restricciones a cualquier derecho fundamental, incluido el derecho de propiedad privada<sup>110</sup>.

Al igual que la Constitución alemana, la nuestra también alude explícitamente a la función social de la propiedad al momento de regular el derecho de propiedad privada. No solo eso, lo hace de manera más detallada, listando los elementos que la integran. Como se sabe, estos son: “los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”<sup>111</sup>. Esto ha dado pie para que algunos autores indiquen que se trata de una enumeración taxativa y de interpretación restrictiva, de forma tal que cualquier elemento que no esté listado o cualquier hipótesis que no quepa de manera clara dentro de los listados no puede justificar la

imposición de limitaciones a la propiedad privada<sup>112</sup>. Lo último parece dudoso, considerando que al momento de listar dichos elementos la Constitución establece que la función social de la propiedad privada comprende *cuanto exijan* ellos. Un último aspecto donde la regulación del derecho de propiedad privada en la Constitución chilena guarda similitud con el de la Constitución alemana es respecto a la garantía del contenido esencial de los derechos, ante las limitaciones que pueda establecer sobre ellos el legislador.

Siendo así las cosas, puede apreciarse que nuestra regulación constitucional del derecho de propiedad privada es bastante similar a la contenida en la Constitución alemana, y distinta a la de aquella de Estados Unidos. Como ha resaltado Quezada, la diferencia pasa sobre todo por la densidad normativa de las respectivas disposiciones constitucionales que se refieren a este derecho. Nuestra regulación y la alemana son mucho más detalladas que la de la Constitución de Estados Unidos<sup>113</sup>. Con todo, el punto no es uno cuantitativo, sino cualitativo: no es el número de detalles el que hace la diferencia, sino el tipo de los involucrados. Específicamente, el relativo a que nuestra Constitución y la alemana, a diferencia de la de Estados Unidos, autorizan explícitamente al legislador a regular la propiedad y a imponer limitaciones y obligaciones a ésta derivadas de la función social. De esta forma, resulta poco sensato pretender solucionar el de por sí complejo tema de las limitaciones a la propiedad acudiendo a soluciones jurisprudenciales basadas en textos diversos al nuestro, cuando podemos hacerlo sirviéndonos de otros que son similares.

#### 4. Conclusión

Por las razones antes señaladas, no parece pertinente aplicar la doctrina de la expropiación regulatoria para controlar la imposición de limitaciones al derecho de propiedad privada. Con todo, dada la crucial relevancia que tiene este derecho para valores tan centrales para la dignidad humana como la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad<sup>114</sup>, algún constreñimiento debe existir a estas limitaciones. Para cumplir este rol, tal como se señaló en la introducción, no faltan candidatos (la igualdad ante las cargas públicas o aquella de la afectación de la esencia de este derecho son algunos).

Aun cuando escapa a los objetivos de este trabajo analizar en detalle la pertinencia de emplear dichos mecanismos, no está de más esbozar cuál, en abstracto, pareciera resultar más prometedor para el objetivo que se propone. A mi entender, es la igualdad ante las cargas públicas. Esto se debe, en primer lugar, a que se trata de un constreñimiento que atiende precisamente al aspecto crucial que se encuentra en juego en este problema: la imposición de cargas sobre la propiedad privada. Precisamente, son éstas las cargas que producen el efecto de disminuir el valor del objeto del respectivo derecho de propiedad privada.

Una segunda razón que lleva a preferir el derecho a la igualdad ante las cargas públicas para controlar la imposición de limitaciones a la

propiedad privada concierne a que éste capta de mejor manera el contexto fáctico en que se introducen estas limitaciones. Dicho contexto no es otro que el de la aprobación de un cambio legal (lo que la literatura estadounidense denomina transición regulatoria)<sup>115</sup>. Este cambio tiene el efecto de modificar la distribución de cargas y beneficios existente hasta ese entonces. De ahí que el artículo 12 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes (precisamente una ley que aborda los problemas derivados del cambio legal), se refiera a la situación de las cargas que un cambio legal impone sobre un derecho real<sup>116</sup>.

Finalmente, cabe señalar que ocupar la igualdad ante las cargas públicas para lidiar con los problemas de limitaciones a la propiedad privada no es para nada excéntrico. La revisión del derecho comparado ilustra que varios países de tradición europeo-continental se valen de ella. Es el caso de Alemania y España, a través de la tesis del sacrificio especial<sup>117</sup>. El desarrollo de éstas, así como de las vías procesales para hacerlas efectivas, y un análisis crítico sobre su pertinencia para el caso chileno queda para la siguiente etapa de esta investigación.

## Bibliografía citada

- Aldunate, Eduardo (2006): "Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 33, Nº 2), pp. 285-330.
- Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio (2001): *Tratado de los Derechos Reales. Bienes*, 6ª Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo I.
- Alexander, Gregory (2006): *The Global Debate over Constitutional property. Lessons for American takings jurisprudence* (Chicago, University of Chicago Press).
- Atria, Fernando y Salgado, Constanza (2016): *La Propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- Botello-Samson, Darren (2008): *Can regulatory takings litigation cause a chilling effect? A study of law and federal environmental regulation* (New Jersey, Rutgers University).
- Cea, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago Ediciones UC), Tomo II.
- Cohen, Morris (1927): "Property and Sovereignty", en: *Cornell Law Review* (Vol. 13).
- Cole, Daniel y Grossman, Peter (2002): "The meaning of property rights: Law versus economics", en: *Land Economics* (Vol. 78, Nº 3), p. 323.
- Cordero Quinzacara, Eduardo (2006): "La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho Chileno", en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (Vol. 19, Nº 1), pp. 125-148.
- Cordero Vega, Luis (2010): *La responsabilidad de la administración del Estado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing).
- Currie, David (1994): *The Constitution of the federal republic of Germany* (Chicago, University of Chicago Press).

- Delaveau, Rodrigo (2006): “La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana”, en: *Revista Chilena de Derecho*, (Vol. 33 N° 3), pp. 411-438.
- Doménech, Gabriel (2012): “Prohibido regar: ¿expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable?”, en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (N° 39-40), pp. 269-291.
- Doremus, Holly (2003): “Takings and Transitions”, en: *19 Journal of Land Use and Environmental Law*.
- Epstein, Richard (1985): *Takings. Private property and the power of eminent domain* (Harvard University Press).
- Evans, Enrique (1967): *Estatuto constitucional del derecho de propiedad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Evans, Enrique (2004): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile ), Tomo II.
- Fernandois, Arturo (2004): “Inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales”, en: *Sentencias Destacadas*, Libertad y Desarrollo.
- Fernandois, Arturo (2016): *Derecho Constitucional Económico* 2ª Edición (Santiago, Ediciones UC), Tomo I.
- Freund, Ernst (1904): *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights* (Callaghan).
- Fried, Barbara (1998): *The progressive assault on laissez faire. Robert Hale and the first law and economics movemet* (Cambridge, Harvard University Press).
- 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.
- Hale, Robert (1923): “Coercion and distribution in a Supposedly Non-Coercive State”, en: *Political Science Quarterly*. (Vol. 38, No.3), pp. 470-494.
- Heller, Michael (2000): “Three faces of private property”, en: *Oregon Law Review* (Vol. 79) p. 430.
- Hohfeld, Wesley Newcomb (1923): *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays* (New Haven: Yale University Press).
- Honoré, Anthony Maurice (1961): “Ownership”, en: *Oxford essays in jurisprudence* (A.G. Guest Ed.).
- Kaplow, Louis (1986): “An Economic analysis of legal transitions”, en: *Harvard Law Review* (Vol, 99 N° 3), pp. 515-614.
- Matute, Claudio (2014): *Regulaciones Expropiatorias. Aplicabilidad al caso chileno* (Santiago, Legal Publishing).
- Merrill, Thomas (2008): “The landscape of constitutional property”, en: *Virginia law Review*, (Vol. 86, N° 5), p. 899.
- Merrill, Thomas y Smith, Henry (2011): “Making Coasean property more Coasean” en: *Journal of Law & Economics* (Vol. 54, N° 4), pp. S80-S81.
- Michelman, Frank (1967): “Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law”, en: *Harvard Law Review* (Vol, 80, N° 6), pp. 1.165-1.258.
- Michelman, Frank (1986): “Michelman, Possession v. Distribution in the Constitutional Idea of Property”, en: *Iowa L. Rev.* (Vol. 72), pp. 1.334-1.336.

- Mohor, Salvador (1989): "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización", en: *Revista Chilena de Derecho*, (Vol. 16), pp. 283-308.
- Montt, Santiago (2006): "Las inversiones como nuevo límite a la acción de los poderes públicos: expropiaciones indirectas y control del Estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Nº 16), pp. 33-70.
- Montt, Santiago (2009): "State Liability in International Investment Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in International Arbitration", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 37, Nº 3) pp. 1-416.
- Navarro, Enrique (2016): *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia* (Santiago, Universidad Finis Terrae).
- Nogueira, Humberto (2013): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnia), Tomo IV.
- Novoa, Eduardo (1989): *El Derecho de Propiedad Privada. Concepto, evolución y crítica Segunda edición corregida y ampliada* (Santiago, Centro de Estudios Políticos Latinoamericano Simón Bolívar).
- Penner, James (1996): "The bundle of rights picture of property", en: *UCLA Law Review* (Vol. 43), pp. 711-820.
- Peñailillo, Daniel (2006): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile ).
- Quezada, Flavio (2011): "El derecho de propiedad privada en la Constitución chilena: Un intento de sistematización". Memoria de grado Universidad de Chile.
- Radin, Margaret (1993): *Reinterpreting property* (Chicago, University of Chicago Press ).
- Rajevic, Enrique (1996): "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 23, Nº 1), pp. 23-97.
- Ríos, Lautaro (1986): "El Principio Constitucional de la Función Social de la Propiedad", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (Tomo 84, Nº 2), pp. 57-73.
- Romero, Juan José (2008): "Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos: ¿cuándo una limitación se transforma en privación? ¿cuándo compensar?" en: *Sentencias destacadas 2007: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, (Fernandois, A., ed.).
- Rose, Carol (1984): "Mahon reconstructed: Why the Takings Issue is Still a Muddle", en: *Southern California Law Review* (Vol. 561) pp. 561-599.
- Rose, Carol (1996 a): "Takings, Federalism, Norms", 105 *Yale L. J.* 1.121, pp. 1.121-1.152.
- Rose, Carol (1996 b): "A dozen propositions on private property, public rights, and the new Takings Legislation", en: 53 *Wash. & Lee L. Rev.* (Vol. 53), p. 265-298.
- Rose, Carol (1997): "Property Rights and Responsibilities", in: *Thinking Ecologically: The next Generation of Environmental Policy* (Marian R. Chertow & Daniel C. Esty Eds.), pp. 49-59.
- Rose, Carol, (2005): "The story of Lucas: Environmental Regulation between the Developers and the Deep Blue Sea", in: *Environmental Law Stories* (Richard Lazarus and Oliver Houck), pp. 237-282.



- Rose-Ackerman, Susan (1988): *Against Ad Hocery* (88 *Colum. L. Rev.* 1697), pp. 1.697-1.711.
- Sax, Joseph (1964): *Takings and the Police Power* (74 *Yale L. J.* 36), pp. 36-76.
- Serkin, Christopher (2014): "Passive takings: The state's affirmative duty to protect property", en *Michigan Law Review* (Vol. 113, N° 3), p. 369.
- Tschorne, Samuel (2005): "Responsabilidad y protección constitucional de la propiedad" en: *Revista de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez* (N° 2), pp. 944-997.
- Ugarte, José Joaquín (2001): "Limitaciones al Dominio: de las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol 28 N° 2), pp. 425-440.
- Van Der Walt, Andries Johannes (1999): *Constitutional property clauses* (Juta Law).
- Wenar, Leif (1997): "The concept of property and the takings clause", en: *Columbia Law Review* (Vol. 97, N° 6), p. 1.926.

## Jurisprudencia citada

- Comunidad Galletué con Fisco de Chile: Corte Suprema 7 de agosto de 1984.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (acumulados), de fecha 2 de diciembre de 1996.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 21 de agosto de 2001.
- Sociedad Agrícola Lolco Ltda. con Fisco de Chile (2004): Corte Suprema 30 de diciembre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 6 de marzo de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 17 de marzo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 30 de abril de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (acumulados), 24 de julio de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. 27 de enero de 2015.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 10 de septiembre de 2015.
- Jacobson v. Massachusetts 197 U.S. 11 (1905).
- Hadacheck v. Sebastian, 239 U.S. 394 (1915).
- Pennsylvania Coal Company v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922).
- Miller v. Schoene 276 U.S. 272 (1928).
- West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).
- Penn Central Transportation Co. v. New York City 438 U.S. 104 (1978).
- Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp. 458 U.S. 419 (1982).
- Nollan v. California Coastal Comm'n 483 U.S. 825 (1987).
- Lucas v. South Carolina Coastal Council 505 U.S. 1003 (1992).
- Tribunal Constitucional español, sentencia 37, de 26 de marzo de 1987.

## Notas

El presente trabajo se ha desarrollado dentro del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11150409, del cual soy investigador responsable. Agradezco los



- comentarios de Constanza Salgado y la asistencia de Paula Franjola, Fernanda González, Vicente Martínez y Javiera Tohá.
- 1 Montt (2009), pp. 1-416.
- 2 Rose (1996 a), p. 1.121; Doremus (2003), p. 1
- 3 “El proyecto de ley contra el lucro es inconstitucional y expropiatorio”, en: El Mostrador, 31 de agosto de 2011. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/08/31/el-proyecto-de-ley-contra-el-lucro-es-inconstitucional-y-expropiatorio> [visitado 11/11/2016].
- 4 Irarrázabal (2015).
- 5 “Cobro por uso de estacionamientos” en: La Tercera, 13 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/cobro-por-uso-de-estacionamientos/>, [visitado 11/11/2016].
- 6 “Micco descarta expropiaciones por modificaciones al Código de Aguas”, en: La Tercera, 4 de octubre de 2016. Disponible en: <http://diario.latercera.com/2016/10/04/01/contenido/negocios/10-224437-9-micco-descarta-expropiaciones-por-modificaciones-al-codigo-de-aguas.shtml>, [visitado 11/11/2016].
- 7 Fermandois (2005), pp. 34-47; Delaveau (2006), pp. 411-438; Aldunate (2006), pp. 285-303; Romero (2008), pp. 42-50; García (2011), pp. 101-138; Matute (2014), pp. 1-226.
- 8 Navarro (2016), pp. 1-313.
- 9 Tribunal Constitucional, rol N° 245-246 (acumulados), de 2 de diciembre de 1996; Tribunal Constitucional, rol N° 334, de 21 de agosto de 2001; Tribunal Constitucional, rol N° 505-2006, de 6 de marzo de 2007; Tribunal Constitucional rol N° 1141-2008, de 17 de marzo 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1215-2008, de 30 de abril de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1863-1991-1993- 2043-2077-N° 2078-2079 (acumulados), de 24 de julio de 2012; Tribunal Constitucional rol N° 2299, de 29 de enero de 2014; Tribunal Constitucional, rol N° 2644, de 27 de enero de 2015; Tribunal Constitucional, rol N° 2684, de fecha 10 de septiembre de 2015.
- 10 Ver, entre otras, Corte Suprema, rol N° 16743-1984, de 7 de agosto de 1984; Corte Suprema, rol N° 381-2004, de fecha 30 de diciembre de 2004.
- 11 Kaplow (1986), p. 513.
- 12 Rose-Ackerman (1988).
- 13 Rose-Ackerman (1988).
- 14 Fermandois (2010), pp. 317-358.
- 15 Sobre este debate, además de la literatura citada en la nota 7, puede verse Mohor (1989), pp. 283-308; Rajevic (1996), pp. 23-97; Ugarte (2001), pp. 425-440; Evans (2004), pp. 375-381; Tschorne (2005), pp. 944-997; Cordero (2006), pp. 125-148; Cordero (2010), pp. 151-160; Quezada (2011), pp. 151-160; Cea (2013), pp. 574-581; Nogueira (2013), pp. 177-193.
- 16 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922).
- 17 Este razonamiento se estableció a propósito de la demanda de una fábrica de cerveza que se vio impedida de seguir funcionando por la implementación de la enmienda constitucional que prohibió la venta de alcohol en Estados Unidos, véase Mugler y Kansas (1887).
- 18 Esto lo demuestra el que su aplicación haya sido invocada, pero finalmente rechazada, en casos tales como Miller v. Schoene (relativo a una regulación sanitaria que ordenó al dueño de unos árboles que procediera a su corte, para evitar la difusión de una enfermedad vegetal) o Penn Central Transportation Co. v. New York City (relativo a una decisión de la Comisión de Protección de Monumentos de la ciudad de Nueva York, que denegó a la Compañía Penn Central Transportation la construcción de un edificio de 50 pisos arriba de la estación Grand Central.
- 19 Sax (1964), pp. 36-76; Michelman (1967), pp. 1.165-1.258.
- 20 Epstein (1985), pp. 1-376.

- 21 Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp. 458 U.S. 419 (1982).
- 22 Nollan v. California Coastal Comm'n 483 U.S. 825 (1987).
- 23 Lucas v. South Carolina Coastal Council 505 U.S. 1003 (1992).
- 24 Un análisis de las implicancias de estas propuestas legislativas en Rose (1996 b), pp. 265-298.
- 25 Doremus (2004), p. 1. El término fangoso es tomado de Rose (1984), pp. 561-599.
- 26 *Supra* nota 7. Esto, sin perjuicio de ser críticamente analizada en relación con su aplicación en el Derecho de la inversión Extranjera, ver Montt (2006), pp. 33-70.
- 27 Montt (2006), p. 21.
- 28 Delaveau (2006), pp. 411-438.
- 29 Tribunal Constitucional, rol N° 505-2007, de 6 de marzo de 2007.
- 30 Tribunal Constitucional, rol N° 505-2007, de 6 de marzo de 2007, considerando vigésimo. Un comentario de esta sentencia, en Romero (2008).
- 31 Tribunal Constitucional, rol N° 245-246 (acumulados), de 2 de diciembre de 1996, considerando trigésimo cuarto.
- 32 Aldunate (2006), p. 297.
- 33 Tribunal Constitucional, rol N° 334, de 21 de agosto de 2001, considerando décimo sexto.
- 34 En este mismo sentido, argumentando que no hay expropiación en caso que no haya desplazamiento patrimonial, ver Tribunal Constitucional, rol N° 1863-1991-1993- 2043-2077-2078-2079 (acumulados), de 24 de julio de 2012, considerando sexagésimo cuarto.
- 35 Rajevic (1996), p. 62; Cordero (2006), p. 136.
- 36 Cea (2012), p. 576.
- 37 Respecto a la especial preocupación de la junta de Gobierno y la Comisión Ortúzar sobre la protección de la propiedad privada, ver Rajevic (1996), pp. 27-30.
- 38 Rajevic (1996), pp. 64-66 [dando cuenta de los planteamientos de los comisionados Evans y Guzmán relativos a la inconveniencia de utilizar el término esencia, en vez de uno más claro].
- 39 Hohfeld (1923), p. 75.
- 40 Penner (1996), p. 730.
- 41 Véase Wenar (1997), p. 1.926.
- 42 Heller (2000), p. 430.
- 43 Penner (1996), p. 725.
- 44 Penner (1996), p. 725.
- 45 Penner (1996), p. 726.
- 46 Penner (1996), p. 728.
- 47 Honoré (1961), pp. 107-147.
- 48 Penner (1996), p. 733.
- 49 Hale (1923), pp. 470-478; Cohen (1927), pp. 8-30). Una descripción más acabada de la importancia del trabajo de Hohfeld para los realistas en Fried (1998), pp. 44-46. Un desarrollo de las implicancias democráticas de la tesis de los realistas, en Michelman (1986), pp. 1.134-1.336.
- 50 Merrill y Smith (2011), p. S81.
- 51 Merrill y Smith (2011), p. S80.
- 52 Merrill y Smith (2011), p. S82.
- 53 Cole y Grossman (2002), p. 323.
- 54 El primero en advertir este problema fue Michelman (1967), nota 18, pp. 1.929-1.934. Luego, Radin fue quien lo denominó de esta manera, ver Radin (1993). Entre nosotros, este problema ha sido notado por Montt (2009), pp. 1-416 y Montt (2006), pp. 33-70.
- 55 Radin (1993), *supra* nota 52, pp. 127-128.
- 56 Penn Central Transportation Co. v. New York City 438 U.S. 104 (1978) (voto de minoría del juez Rehnquist), citado por Radin (1993), p. 128.
- 57 Montt (2009), p. 189.

- 58 Radin (1993), p. 237.
- 59 Alexander (2006), p. 78.
- 60 Penner (1996), pp. 734-737.
- 61 Penner (1996), p. 735.
- 62 Wenar (1997), p. 1924.
- 63 Penner (1996), pp. 734-735.
- 64 Merrill (2008), p. 899.
- 65 Aldunate (2006), p. 290.
- 66 Id. Acerca del dominio, véase Alessandri y otros (1998), pp. 35-36 y Peñailillo (2006), pp. 76-78.
- 67 Cea (2013), p. 581.
- 68 Evans (2004), pp. 375-376.
- 69 Ríos (1986), p. 128.
- 70 Rajevec (1996), p. 96.
- 71 Mohor (1989), p. 308.
- 72 Penner (1996), p. 770.
- 73 Penner (1996), p. 770.
- 74 Wenar (1997), p. 1.928.
- 75 Wenar (1997), pp. 1.929-1.930.
- 76 Wenar (1997), p. 1.929.
- 77 Wenar (1997), p. 1.930. Evidentemente, las reales posibilidades de explotación del bien luego de la regulación pueden ser un indicador de si la limitación ha afectado la esencia del derecho de propiedad. Con todo, su utilidad se restringe a aquellos casos donde la regulación sea de una envergadura tal, que estas posibilidades se vuelvan meramente ilusorias, ver Rajevec (1996), p. 96.
- 78 Aldunate (2006), p. 287.
- 79 Aldunate (2006), p. 296.
- 80 Aldunate (2006), p. 289.
- 81 Aldunate (2006), p. 290.
- 82 Aldunate (2006), p. 291.
- 83 Aldunate (2006), p. 292.
- 84 Aldunate (2006), p. 292.
- 85 Alexander (2006), p. 120.
- 86 Montt (2009), pp. 199-200.
- 87 Quezada (2011), p. 143; Matute (2014), p. 203.
- 88 Aldunate (2006), pp. 298-299.
- 89 Alexander (2006), p. 120.
- 90 Alexander (2006), pp. 117-118.
- 91 Rose (1997), p. 54.
- 92 Para un ejemplo, ver el artículo 6 del Decreto Supremo 28 del Ministerio del Medio Ambiente, de 12 de diciembre de 2013, “Establece norma de emisión para fundiciones de cobre y fuentes emisoras de arsénico”.
- 93 De ahí que alguna literatura indique que esta Constitución otorga únicamente una protección procedimental a la propiedad privada, ver Ely (1980), pp. 97-98. En similar sentido, otros señalan que en Estados Unidos el derecho de propiedad privada no es uno fundamental. Esto, porque conforme a la moderna jurisprudencia sobre debido proceso, las cortes solo tratan como fundamentales ciertos intereses y derechos vinculados intrínsecamente a la libertad, como es el caso del voto, la procreación y la movilización. Consecuentemente, el gobierno solo puede interferir con ellos si ofrece razones convincentes (*compelling reasons*). No es este el caso del derecho de propiedad privada, desde que en el fallo *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), la Corte Suprema decidió que la propiedad no puede ser considerada como un interés intrínsecamente vinculado a la libertad y por tanto cualquier regulación que interfiera con ella solo será revisada por la Corte conforme al deferente estándar de racionalidad, ver Alexander (2006), pp. 100-101.

- 94 Freund (1904), pp. 1-922.
- 95 Freund (1904), p. 3
- 96 Freund (1904), p. 3
- 97 Jacobson v. Massachusetts 197 U.S. 11 (1905),
- 98 Hadacheck v. Sebastian, 239 U.S. 394 (1915), el propio caso Pennsylvania Coal Company v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922) y Miller v. Schoene, 276 U.S. 272 (1928).
- 99 Alexander (2006), p. 99.
- 100 Alexander (2006), p. 100.
- 101 Alexander (2006), p. 100.
- 102 Alexander (2006), p. 123.
- 103 Para un detallado análisis sobre ésta ver Ríos (1986), pp. 115-136; Novoa (1989), pp. 57-73; Rajevic (1996), pp. 83-94; Quezada (2011), pp. 49-52. Sobre su surgimiento en el Derecho chileno véase Evans (1967), pp. 1-439.
- 104 Alexander (2006), p. 100.
- 105 Currie (1994), p. 295, citado por Alexander (2006), p. 132. En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, cuya Constitución también tiene una remisión a la función social, ha indicado que “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”, véase Tribunal Constitucional Español, sentencia 37, de 26 de marzo de 1987, considerando 2.
- 106 Van Der Walt (1999), p. 139, citado por Alexander (2006), p. 133.
- 107 Serkin (2014), p. 369.
- 108 Alexander (2006), p. 225. Otra forma de hacer el mismo punto es señalando que tácitamente esta jurisprudencia demuestra un consistente conocimiento o implementación de la función social de la propiedad, véase Botello-Samson (2008), p. 27.
- 109 Alexander (2006), p. 123.
- 110 Currie, *supra* nota 92, pp. 306-307, citado por Alexander (2006), p. 122.
- 111 Artículo 19 N° 24 inciso 2 de la Constitución Política.
- 112 Evans (1967), p. 378; Cea (2012), p. 577.
- 113 Quezada (2011), p. 85.
- 114 Radin (1993), pp. 194-196.
- 115 Kaplow (1986), pp. 509-617; Rose (2005), pp. 275-277.
- 116 Un mayor desarrollo de este argumento en Atria y Salgado (2016), p. 119-125.
- 117 Para el caso alemán véase Alexander (2006), pp. 117-121 y para el Español, Doménech (2012), p. 274.