



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Aldunate Lizana, Eduardo

Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad

Revista Chilena de Derecho, vol. 33, núm. 2, 2006, pp. 285-303

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014513005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN: SCILLA Y CARIBDIS DE LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD

Eduardo Aldunate Lizana\*

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende dilucidar los criterios necesarios para la distinción entre los conceptos de limitación y expropiación, a partir de la premisa de la necesaria corrección que requiere la tesis del Tribunal Constitucional chileno formulada en el rol 245-246, Playas Públicas, según la cual se trataría de nociones que se mueven en un mismo continuo conceptual y que se distinguen exclusivamente por la gravedad de su efecto patrimonial.

**Palabras clave:** dominio, limitaciones, esencia del derecho, expropiación, cargas públicas

**ABSTRACT:** The following paper develops the criteria to draw the conceptual border between “taking” and “regulation” of property, stated the need to contest the ruling of the Constitutional Court in the case 245-246. In this case, the Court holds that taking and regulation share a common conceptual ground and are only to be distinguished by the extension of their respective economical effects.

**Key words:** property, limitations, essence of the right, expropriation, public obligations

### 1. INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de la investigación sobre reconstrucción dogmática de la protección constitucional de la propiedad, el profesor Eduardo Cordero Q. y quien escribe estas líneas nos enfrentamos a lo que inicialmente pareció un puzzle sin solución. Los diversos problemas planteados<sup>1</sup> no parecían, en una primera aproximación, susceptibles de conciliación en un esquema satisfactorio, desde el punto de vista de su coherencia normativa a nivel constitucional. El errático tratamiento jurisprudencial de los tópicos relativos a la protección constitucional de la propiedad, por su parte, no hacía sino confirmar esta primera impresión<sup>2</sup>.

El primer y decisivo avance para lograr la solución de este nudo gordiano sin tener que recurrir a lo que hubiese sido el equivalente a la solución de Alejandro Magno –proponer una reforma constitucional, el lugar común de la pereza dogmática en nuestro país– lo dio la constatación de que la idea de que el dominio como un derecho absoluto se encuentra mal comprendido. En efecto, tal idea evoluciona en las raíces de la noción postfeudal, diríamos, burguesa de la propiedad-dominio y en este contexto no se

\* Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Artículo desarrollado dentro del proyecto de investigación Fondecyt N° 1040644, de responsabilidad del autor y con la participación, como investigador, del dr. Eduardo Cordero Quinzacara.

<sup>1</sup> ALDUNATE (2005)

<sup>2</sup> ALDUNATE (2006b)

refiere a una suerte de libertad ilimitada para ejercicio de facultades sobre una cosa, sino de un derecho pleno en el sentido de ausencia de otros titulares de derechos concurrentes<sup>3</sup>. La consecuencia práctica de esta conclusión es que el dominio se encuentra sometido a posibilidades de intervención legislativa mucho más intensas que aquellas que resultan de concebirlo desde un inicio como un derecho absoluto contra el cual toda limitación sería, por definición, un atentado.

Un segundo paso (aunque metodológicamente debiese situarse al comienzo, se relata aquí de acuerdo a la historia de esta investigación) fue el abandono de la noción unitaria de propiedad –que ya había sido expuesta por Eduardo Cordero en su tesis doctoral– para ser sustituida por la idea de propiedades, o, en un término que usa Jeremy Waldron, un “sistema de propiedad”<sup>4</sup> constituido por componentes que, aun cuando agrupados bajo una noción genérica de propiedad, presentan características distintas que hacen necesaria su separación conceptual.

Un tercer paso fue incorporar a este marco la distinción entre regulación del dominio, y el derecho subjetivo de dominio, por una parte, y titularidad de la propiedad en sentido amplio, por otra. Tal regulación y derecho corresponden a la separación entre la faz objetiva del dominio –objeto de la protección al instituto del dominio, origen histórico de la garantía al contenido esencial<sup>5</sup>– y su faz subjetiva, amparada por la inviolabilidad de la propiedad. Dentro del ámbito subjetivo se encuentra, bajo la titularidad genérica del derecho de propiedad, la de los demás derechos de propiedad distintos al dominio, y, por supuesto, la de este. Es en este ámbito donde se presentan las dos últimas grandes cuestiones para una reconstrucción dogmática de la protección constitucional a la propiedad. La primera de ellas, y que constituye el objeto de este trabajo, es la adecuada elaboración conceptual de una distinción entre límites y obligaciones al dominio (dentro de la dimensión del derecho objetivo, esto es, como regulación abstracta, con prescindencia de los posibles derechos subjetivos afectados), frente al concepto de expropiación (dentro de la afectación de posiciones jurídicas subjetivas) que constituye, por definición, una intervención concreta en el derecho de propiedad. La segunda, y que busca su difusión en la misma época que el presente trabajo, es la delimitación de la noción de bienes incorporales como objeto de las titularidades propietariales subjetivas<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> CORDERO Y ALDUNATE (2006b)

<sup>4</sup> Aludiendo con ello a todas las reglas que determinan el acceso y control de los recursos materiales, en WALDRON (1988), p. 31.

<sup>5</sup> Expuesta en ALDUNATE y FUENTES (1997)

<sup>6</sup> ALDUNATE (2006a)

## 2. EL PUNTO DE PARTIDA: LIMITACIONES TAN INTENSAS QUE PUEDEN LLEGAR A SER PRIVACIONES. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ROL 245-246

En el estado actual de la cuestión relativa a la delimitación entre las nociones de límites al derecho de propiedad y privación de la propiedad, al menos si se atiende a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las limitaciones que la ley puede imponer a la propiedad en razón de su función social –y que no dan lugar a indemnización– se encuentran en un continuo conceptual con las privaciones de la propiedad, que deben ser indemnizadas por constituir una expropiación, sino del bien sobre el que recae la propiedad, al menos si de alguna de sus facultades o atributos esenciales. El fundamento de esta construcción reposa en la apropiación que el Tribunal Constitucional hace del argumento de la Corte Suprema utilizado en la sentencia del caso Galletué con Fisco, en virtud de la cual, y de acuerdo al texto del art. 41 de la Constitución Política de la República antes de la reforma de la ley 20.050, si es procedente la indemnización en el caso de daño provocado por limitaciones impuestas al derecho de propiedad que privan de alguno de los atributos o facultades esenciales, en estado de excepción constitucional, tanto más deben serlo las mismas limitaciones en situaciones de normalidad constitucional.

La introducción de este argumento se da por una pretendida interpretación sistemática de la Carta Fundamental<sup>7</sup>. Sin embargo, una interpretación sistemática justamente habría servido para desechar esta, al interior del caso de origen –Galletué con Fisco– y mucho más en el caso de destino roles N° 245-246, Playas Públicas– por dos razones. La primera, porque justamente un análisis sistemático de la Carta hubiese debido tomar en cuenta que entre las disposiciones del art. 19 N° 24 y la del antiguo art. 41 N° 8 existe una diferencia sustantiva, cual es que en el primer caso las limitaciones al dominio las establece el legislador (y por tanto son una definición jurídica legítima del ámbito de potestades propietariales), mientras que en el caso de los estados de excepción se trata de intervenciones por parte de la autoridad administrativa y, en esta medida, una intromisión anómala en el ámbito protegido de la propiedad, que si bien puede entenderse justificado por el respectivo estado de excepción, implica un detrimiento en la legítima esfera de protección jurídica otorgada al dueño. Es justamente esta actuación administrativa contra el orden dominical regular la que justifica la indemnización; no por ser limitación, sino por ser una tal que va en contra del dominio legalmente regulado y constitucionalmente protegido. La segunda, porque la estructura del antiguo art. 41 N° 8 correspondía a lo que técnicamente es una intervención en sentido estricto, en el derecho de propiedad, y por lo tanto solo puede ser calificada en el caso concreto, como lo indica la necesaria presencia del daño como requisito de procedencia de la indemnización. La limitación, en estado de excepción, puede ser brutalmente restrictiva de atributos o facultades esenciales del dominio pero si no se causa daño, no da lugar a indemnización alguna. Pensemos por ejemplo en una medida administrativa

<sup>7</sup> Sentencia rol N°s 245-246 (1996)

que dispone ocupar un predio durante seis meses con unidades de artillería blindada. Durante ese tiempo el dueño no ha podido ni usar ni gozar de ese predio. ¿Y qué sucede si se trata de uno de los extensos paños de terreno situados en la tercera región, no existiendo sobre el mismo emprendimientos agrícolas ni mineros? ¿Qué daño podrá alegar el dueño? Obviamente, ninguno, como ninguna será la indemnización. Por lo mismo, el análisis de la procedencia o improcedencia de la indemnización a la luz del antiguo art. 41 entra necesariamente en una cuestión de hecho que no puede situarse en un mismo plano que el del control de la constitucionalidad de la regulación legislativa (vía limitaciones u obligaciones).

No obstante lo dicho, aun cuando no se pusiera en tela de juicio la forma en que el Tribunal Constitucional llega a adoptar esta posición, ella debería ser rechazada de todos modos. Esto, porque el Tribunal trabaja sobre la tesis de un continuo conceptual sin introducir criterios jurídicos que permitan discriminar entre “limitación” y “privación”. Este se aprecia con claridad en el considerando N° 34, cuando al referirse al deber de tolerar el paso por los predios colindantes a las playas públicas para permitir el acceso a estas, señala que “...si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que estas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio”<sup>8</sup>, dando por sentada, en el mismo considerando, una cuestión de hecho, a saber, la producción del daño: “En este caso no hay privación total del uso y goce pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que este debe ser indemnizado”. Siendo así, se hace imposible toda distinción entre limitaciones al dominio y privación de alguna de sus facultades o de sus atributos esenciales, por cuanto no habría criterio jurídico que permitiese hacer una distinción entre ambos conceptos; la línea divisoria quedaría entregada a la mera subjetividad judicial en la apreciación práctica de las consecuencias de una regulación legal<sup>9</sup>.

La falta de un criterio de delimitación en este continuo no puede excusarse como mera negligencia del Tribunal; es, en el marco normativo constitucional, simplemente imposible o, si se prefiere, absurda. Mientras que las limitaciones, por definición, encuentran su sustento jurídico constitucional en la función social de la propiedad –que por lo demás se encuentra bastante acotada en nuestro orden fundamental– y por lo mismo constituyen la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas, la privación presupone una actuación que sustrae un elemento del ámbito dominical constitucionalmente protegido, y es esa sustracción la que motiva la indemnización.

Lo anterior no supone que el abuso legislativo, en materia de limitación, quede fuera de toda contención constitucional. Justamente, las limitaciones pueden ser controladas por el parámetro constitucional del contenido esencial o “esencia” del derecho.

<sup>8</sup> Sentencia rol n°s 245-246, considerando 34º.

<sup>9</sup> Esta es la misma dificultad que puede encontrarse en la nomenclatura propuesta por MOHOR (1989), p. 296, cuando habla de “limitaciones expropiatorias”.

### 3. EL QUID DE LAS LIMITACIONES: EL CONTENIDO ESENCIAL O ESENCIA DEL DERECHO

Una adecuada dogmática de la protección constitucional a la propiedad debe entroncar su desarrollo allí donde hasta ahora la ha dejado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en el marco constitucional, la actividad legislativa solo encuentra un límite en las disposiciones constitucionales, y, en relación a las limitaciones u obligaciones a la propiedad, las disposiciones que limitan expresamente al legislador son tres; el sustento de la función social de la propiedad en virtud del art. 19 N° 24 i. II; el eventual fundamento de una restricción en el art. 19 N° 8, y el respeto al contenido esencial o esencia del derecho del art. 19 N° 26. El marco fijado por la jurisprudencia constitucional no hace sino plantear la pregunta, al decir que “...debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible”...<sup>10</sup>. ...¿Qué es lo consustancial al derecho de propiedad, y que permite reconocerlo como tal?

En este punto resulta imprescindible acudir a los resultados de una investigación sobre los orígenes de esta idea del contenido esencial o esencia del derecho. Ella surge frente a la ruptura de un consenso constitucional sobre el cual el primer constitucionalismo ni siquiera estuvo consciente. Las primeras constituciones fueron resultado de una ideología asociada al movimiento burgués del estado liberal de derecho. Sus conquistas fueron, en lo político, respecto de un poder que se trataba de limitar; y en lo económico y social, respecto de los residuos de un sistema feudal que embarazaba el libre tráfico de los bienes. En este contexto, la declaración constitucional de la inviolabilidad de la propiedad ni siquiera se planteaba las cuestiones relativas al concepto mismo de propiedad, que fue objeto de una revolución en el campo del derecho civil y no constitucional. Fue en la legislación de la época donde la revolución burguesa plasmó sus objetivos jurídico-económicos. A nivel constitucional, estos se daban por supuestos. Recién con el advenimiento de un poder legislativo que acogió en su seno a representantes de un pensamiento diverso del liberal –y específicamente, socialista– la propiedad, configurada al amparo de la legislación civil liberal burguesa –y protegida en ese supuesto, bajo ese consenso, en el primer constitucionalismo– se encontró bajo una amenaza. Y se trató de dar claridad: la protección a la propiedad no puede ser una fórmula vacía frente a un legislador omnípotente, sino que se trata de un concepto que, al ser recogido en la Constitución, al ser declarado como derecho civil, tiene un cierto contenido, un cierto perfil. Este, aun cuando se encuentra a disposición de las modificaciones legislativas, no puede ser objeto de una alteración tal que impida su reconocimiento posterior.

Antes de continuar en este punto es necesario retomar una de las cuestiones observadas al momento de enfrentar uno de los problemas planteados por la elaboración dogmática de la protección constitucional a la propiedad, y que es el asistemático y poco técnico uso del lenguaje en el artículo 19 N° 24 y N° 25, como se ha expuesto

<sup>10</sup> Sentencia rol N° 43 (1987)

en el trabajo presentado a las XXXIV Jornadas de Derecho Público<sup>11</sup>. Así las cosas, cabe preguntarse cuál es la protección otorgada por el artículo 19 N° 26 al derecho que en su esencia no podrá ser afectado al legislador. Esta idea de esencia supone, como se ha dicho en el párrafo precedente, una entidad preexistente al momento de su consagración constitucional. En ese sentido se puede hablar de que la interpretación de la Constitución se enfrenta a un dato dado. Pero, y al mismo tiempo, el contenido esencial del derecho no se encuentra dado, y en este sentido es una suerte de encargo a la elaboración dogmática. El Tribunal Constitucional Español ha expresado al respecto: “*El contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la Constitución Española, puede determinarse a partir del tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, jueces, y en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito (...)*<sup>12</sup> Pasando por alto la calificación que de “subjetivo” hace el Tribunal de este derecho (lo que haría imposible hablar de un “tipo” iusfundamental abstracto, si solo se refiriese a posiciones subjetivas), la estructura del argumento es la misma; un tipo preexistente a la actividad del legislador (y habría que decir también, al momento constituyente) y la necesidad de construir el contenido esencial del derecho a partir de ciertas fuentes (aun cuando no comparto aquí las fuentes a las que alude el Tribunal como legitimadas para establecer el tipo del derecho de propiedad). Como señala Ángel López y López, “*La doctrina del contenido esencial... no es apta para definir el derecho de propiedad (ni ningún otro); es más, presupone un concepto tipo, que no suministra, sino requiere*<sup>13</sup>.

Si la misma noción de esencia presupone un dato dado, aun cuando deba ser construido a posteriori, la protección dada al contenido esencial en el contexto del art. 19 N° 24 solo puede referirse a aquella parte de la protección propietarial referida a una entidad reconocible y preexistente a la Constitución, que no la crea sino que se limita a reconocer. De ello se colige que la única referencia posible a un contenido esencial como límite a la configuración legislativa ha de restringirse a la única remisión que el artículo hace a una entidad con esas características: el dominio, esto es, aquella especie de propiedad que recae sobre bienes corporales como el señorío más pleno sobre dichos bienes.

El llamado de la Constitución es aquí bastante completo, ya que no solo se refiere a las facultades del dominio, sino también a sus atributos esenciales. Por lo tanto, el contenido esencial del dominio no solo contendrá, en principio, elementos de las facultades de uso, goce y disposición, sino también las de su carácter absoluto, su perpetuidad y su elasticidad.

<sup>11</sup> ALDUNATE (2005)

<sup>12</sup> Sentencia rol N° 11 (1981)

<sup>13</sup> LÓPEZ (1988), p. 44.

No obstante esta descripción, el contenido esencial no se identifica sin más con la regulación existente al momento de entrar en vigencia la Constitución, sino con un núcleo que, a lo menos, deberá considerar las posibilidades de modulación legislativa aceptadas por la propia legislación civil al momento de regularse la propiedad, y por las que posteriormente hayan sido aceptadas de manera pacífica en la sociedad; precisamente porque, si lo han sido, significa que no ha existido una controversia, en la respectiva comunidad jurídica, respecto de esas modulaciones. Aceptada que sea esta premisa, se observa un derecho de dominio originalmente sometido a varias modulaciones:

- a) en las facultades de disposición, la servidumbre de paso (art. 847 C.C.), en cuanto el dueño no solo deberá soportar el paso, sino en cuanto el gravamen se puede constituir incluso a pesar de su voluntad;
- b) en el uso; las servidumbres en general, tanto naturales como legales; el deber de soportar cargas en beneficio de terceros
- c) en los atributos de perpetuidad, la posibilidad de pérdida de propiedad por prescripción.

Más interesante aún resulta la observación de las características que de manera indiscutida se han aceptado como regulación de la propiedad introducida por una legislación dictada bajo la vigencia de la Constitución, o bien anterior, con carácter irregular, pero sancionada jurisprudencialmente una vez que ella entró en vigencia.

a) Facultades de disposición; al dueño de un predio pueden imponérsele servidumbres transitorias para el ejercicio de las facultades de cavar y catar (art. 19 C. Minería); o bien una concesión minera que produce una virtual pérdida de sentido de las facultades de disposición material del dueño, y hace de las facultades de disposición una ilusión. En el Derecho Eléctrico, la servidumbre constituida para una concesión de central hidráulica se impone a las facultades de disposición del dueño. El que se disponga en dichos casos de una indemnización no altera la circunstancia de que se vincula el inmueble un destino específico por un acto en que el dueño del predio no ha tenido participación alguna.

b) Facultades de uso; el dueño de un predio debe soportar el ejercicio de las facultades de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, salvo las comprendidas en los límites de una concesión minera ajena (art. 14 C. de Minería)<sup>14</sup>, comprendiendo dentro de esta facultad la de imponer servidumbres transitoriamente. La regulación urbanística es otro ejemplo. Tomando en cuenta la regulación general, el uso que la ley reconoce al propietario de un predio en el régimen común (esto es, cuando no ha sometido el predio

<sup>14</sup> Si bien el interesado debe obtener autorización del dueño del predio, este puede darse judicialmente, bajo ciertas condiciones, ante la negativa del dueño a otorgar esta autorización. A estos casos se refiere obviamente la facultad de cavar y catar como limitación a la propiedad.

a alguno de los estatutos especiales del suelo) es solamente la construcción de su casa habitación y el cultivo agrícola del mismo<sup>15</sup>.

a) En los atributos de perpetuidad, el régimen del D.L. 2695 sobre regularización de la propiedad, cuya constitucionalidad fue reconocida, tras alguna jurisprudencia vacilante de la C.S.<sup>16</sup>, como conforme a la Constitución; en especial tomando en cuenta el breve plazo de prescripción que establece.

De los ejemplos anteriores, que solo muestran una mínima parte del universo de limitaciones que afectan al dominio, puede concluirse el reducido margen que, tanto la regulación tradicional del Código Civil, como nuestra comunidad jurídica contemporánea, maneja como su contenido esencial. Es importante recalcar aquí que lo examinado en este punto es exclusivamente la extensión en que el legislador puede acometer una regulación, sin que se haya dicho nada respecto de los derechos subjetivos que puedan verse afectados. De este modo, la conclusión en esta parte es que 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. Esta solución ha sido también la propuesta en la doctrina comparada<sup>17</sup>.

Lo anterior tiene consecuencias para el uso de la terminología en este ámbito. Puesto que el dominio no se encuentra constitucionalmente preconfigurado, sino solamente protegido en su contenido esencial que es indisponible para el legislador, resulta que la actividad regulatoria de la ley, que no lesiona este núcleo, más que *limitadora* de una entidad (que no existe como tal en un momento constitucional previo), es *delimitadora* del dominio. En este sentido, la expresión “límites” en la dogmática constitucional

<sup>15</sup> Conclusión desarrollada en CORDERO (2006a)

<sup>16</sup> Por todos, ver SÁNCHEZ y ENCINA (2005)

<sup>17</sup>Cfr. BARNES (1995a), p. 49: “En suma, los elementos formales que integran el contenido esencial del dominio son: a) la facultad de goce, consistente en el aprovechamiento o explotación del bien sobre el que recae la propiedad, sin necesidad de intermediarios; y b) la facultad de disposición, o sea el poder de traslación o transferencia de los bienes. Facultades estas que inicialmente son “incoloras”, no garantizando la Constitución más que su presencia y no una concreta forma de goce y disposición (urbana, por ejemplo), ya que ello es algo que se difiere y confía al legislador ordinario, que no podrá eliminarlas o convertirlas en ilusorias...”. La misma idea, según Barnes, se plasma en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: cfr. Barnes (1995b), p. 130: “Para que pueda hablarse de expropiación fáctica, el propietario tiene que haber perdido efectivamente toda disponibilidad sobre los bienes en cuestión (uso y disposición), no es suficiente con que se produzca tan solo su disminución o incluso un fuerte detrimiento”. En el derecho alemán, sin una afirmación tan drástica, me parece que la solución se orienta en la misma dirección. En una obra de reciente aparición, la parte especial de los derechos fundamentales, Stern destaca como notas distintivas del núcleo que permite identificar el dominio (“*Eigentum*”) la exclusividad (“*Ausschlussrecht*”), con un componente de uso o aprovechamiento privado (“*Privatnützigkeit*”) y de libertad de disposición (“*Verfügungsfreiheit*”). STERN (2006), pp. 2179 - 2182. En el caso del derecho francés y de la Corte europea de derechos humanos no se observa la misma tendencia. El núcleo central del concepto de propiedad se encuentra, según Zattara, en una noción amplia de la facultad de disposición, comprensiva de facultades de disposición tanto jurídicas como materiales, inclusivas del uso y del goce; pero la jurisprudencia expuesta en su trabajo no marca una línea distintiva respecto del contenido mínimo de dicha facultad de disposición para que pueda ser identificada con la noción de propiedad. ZATTARA (2001), p. 186 y ss.

de la propiedad no alude a la restricción de un contenido constitucionalmente predefinido que el legislador viene a constreñir, sino que simplemente al resultado de la actividad legislativa que define el régimen dominical: en ese sentido, regulación, delimitación y limitación del dominio se tornan equivalentes.

Respecto del contenido esencial del derecho de dominio, hay dos tópicos adicionales que considerar.

En la jurisprudencia y doctrina comparada se ha discutido, con ocasión del contenido esencial del derecho de dominio, entendido como garantía de instituto, las facultades del legislador para sustraer ciertos bienes del ámbito de apropiabilidad. Es así como se funda en la protección al contenido esencial del dominio una prohibición al legislador de reducir la extensión del derecho de dominio como regulación jurídica, por la vía de excluir ciertos bienes de su incorporación a un régimen dominical. En el caso chileno, esta cuestión no se plantea como una dificultad dogmática en el análisis de la protección al contenido esencial de la propiedad, por encontrarse regulada de manera específica en el art. 19 N° 23 de la Constitución Política de la República.

Una segunda cuestión es la del derecho de herencia. Justamente la teoría de las garantías de instituto (o de algunos derechos fundamentales en su dimensión jurídico objetiva) nace de la mano de la identificación de los institutos jurídicos que pueden ser protegidos; dentro de ellos, el dominio, la herencia, el matrimonio, el contrato. De este modo, dominio y herencia aparecen tempranamente diferenciados en la discusión sobre la protección de los derechos. Los textos constitucionales contemporáneos, a su vez, dan cuenta de esta diferencia. La constitución de Brasil, en su art. 5, numerales XXII, XXIII, XXIV y XXV garantiza la propiedad en su función social y regula la expropiación y la requisición. Recién en el numeral XXX, tras la garantía a la propiedad rural, intelectual e industrial, garantiza el derecho de herencia. El art. 32 de la constitución uruguaya garantiza el derecho de propiedad, y su art. 48, bastante apartado en su sistemática, señala que el derecho sucesorio queda garantido dentro de los límites que establezca la ley. Las constituciones de Alemania (art. 14) de Portugal (art. 62) y de España (art. 33) reconocen en un mismo artículo, pero de manera diferenciada, ambas figuras<sup>18</sup>.

Cuando examinamos el derecho nacional, la conclusión es que no es posible incluir dentro del contenido esencial de la garantía al dominio, el derecho de herencia, como facultad de disponer de los bienes. En primer lugar, por la absoluta falta de mención del respectivo instituto dentro del texto constitucional. La única referencia, dentro de los preceptos relativos a la propiedad, que se acerca al problema que surge para la propiedad al desaparecer el sustrato físico de su titularidad, se encuentra en el artículo 19 N° 25, cuando establece como mínimo de la protección a la propiedad intelectual (no así a la propiedad industrial) el de la vida del autor. Sin embargo, esta

<sup>18</sup> “Se garantiza el derecho de propiedad y de herencia” (art. 14 de la Ley Fundamental alemana); “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição” (art. 62 de la Constitución de Portugal); “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia” (art. 33 de la Constitución española).

referencia no dice nada, ni permite argumento alguno a contrario respecto del régimen de propiedad tras la muerte del titular, como para derivar una protección al instituto de la herencia. Ello porque a la ausencia en el texto constitucional de toda alusión a la misma, se enfrenta a una tradicional y asentada configuración legislativa y doctrinal de la distinción entre dominio y herencia<sup>19</sup>. Una eventual derogación del régimen sucesorio no sustrae nada del patrimonio existente del titular: sus facultades quedan intactas para disponer de todos sus bienes en vida; y tampoco afecta a los eventuales herederos para quienes el derecho a suceder representa una mera expectativa.

#### 4. LIMITACIÓN Y EXPROPIACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Una vez despejado el punto anterior, puede examinarse lo que podría denominarse la “cuestión clásica” en esta materia, cual es la contraposición entre limitaciones (también delimitaciones o regulación, en la nomenclatura aquí propuesta) y expropiación. A diferencia de otros problemas de la dogmática constitucional de la propiedad, que aparecen más bien como cuestiones locales, este problema se ha planteado también, y de manera frecuente, en el derecho comparado. Fernando Rey trata esta cuestión en el derecho de los EE.UU., de Alemania y de España, y en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>20</sup>. En el caso norteamericano, la distinción se plantea entre los conceptos de *regulation* y *taking*, y existen dos posiciones principales; la de quienes defienden la diferencia conceptual entre ambas figuras (*chief justice* Harlan en *Mugler vs. Kansas*, 1887), y quienes la estiman una cuestión de grados. En el caso *Pennsylvania Coal vs. Mahon Co.*, 1922, el juez Holmes señalaba que una *regulation* se transforma en *taking* cuando va “demasiado lejos” (*too far*), argumento muy similar al revisado en los roles 245-246 de nuestro Tribunal Constitucional. El resultado de esta postura ha sido, precisamente, el anunciado arriba: queda entregada a la apreciación casuística del tribunal el determinar en qué casos se está ante una y otra figura. A fin de compensar esto, en la segunda mitad del siglo XX la Corte recurrió a un examen compuesto de dos criterios: el carácter de la actividad gubernamental (lo que incluye la apreciación de la naturaleza de la medida adoptada por la autoridad y el objetivo de la misma, a saber, si persigue un beneficio para la comunidad o evitar un daño posible originado en la misma comunidad o algunos vecinos) y la severidad del impacto económico producido, esto es, el valor de la propiedad después de la medida de la autoridad<sup>21</sup>. Sin embargo, la introducción de estos criterios de control no ha reducido, según Rey, el carácter casuístico con que se trata la cuestión en la Corte.

<sup>19</sup> En el caso de nuestro Código Civil, esta distinción llega a tanto como para tratar la sucesión por causa de muerte en un libro distinto al de los bienes.

<sup>20</sup> REY (1994)

<sup>21</sup> Este examen es denominado “*multi factor balancing test*”, aplicado en el caso *Keystone Bituminas Coal Association vs. De Benedictis*, 1987, en REY (1994), p. 397.

El derecho español, más precisamente la Ley de Expropiación, seguiría, según este autor, una combinación de dos criterios; por una parte, el de la singularidad de la privación: sería delimitación de la propiedad las regulaciones impuestas mediante normas generales, y expropiación la intervención administrativa general y concreta. El segundo criterio es el del enriquecimiento: allí donde no es posible identificar un enriquecimiento para alguna parte (sea privada o pública, sea por atribución de una utilidad o valor, o bien por cese de un perjuicio), se está ante una delimitación de la propiedad; pero si es posible establecer la existencia de dicha transferencia de riqueza, ella deberá ser indemnizada por tratarse de una expropiación<sup>22</sup>.

En Alemania existen diferentes enfoques para tratar de circunscribir conceptualmente la diferencia entre expropiación y delimitación. Un resumen del tópico al año 2006 puede encontrarse en la obra de Stern<sup>23</sup>. Los distintos criterios propuestos inicialmente se desarrollan en el marco de un universo indiferenciado de intervenciones regulatorias y expropiatorias. El primero de ellos atiende al universo de afectados por la respectiva medida. La expropiación sería identificable por tratarse de un acto singular (de ahí el nombre de esta teoría *Einzelakttheorie*), que afecta de manera individualizada a una persona o grupo de personas: mientras que la limitación a la propiedad estaría dada por medidas normativas de carácter general<sup>24</sup>. Una de las principales críticas a esta teoría es que no se enfrenta de manera adecuada a intervenciones legislativas que, aun cuando con carácter general, pudiesen reducir el derecho de propiedad a un mero *nomen iuris* sin contenido<sup>25</sup>. La teoría del sacrificio especial (*Sonderopfertheorie*) se ha desarrollado en la jurisdicción del Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) a partir de una sentencia del año 1952, y califica a las disposiciones legislativas como expropiatorias cuando gravan a los afectados de forma desigual y especial, esto es, imponiéndoles un sacrificio especial no exigido a los demás ciudadanos. El problema que plantea esta teoría es la dificultad para determinar cuándo se presenta una desigual distribución de cargas; tampoco resuelve de manera adecuada las medidas que, con carácter igualitario, puedan vaciar de contenido los derechos propietariales de manera general. Desde un punto de vista dogmático, además, es criticable, ya que el verdadero fundamento de la decisión inicial de 1952 reposa, no en una lesión directa al derecho de propiedad, sino que en una lesión al principio de igualdad. La teoría de la gravedad de la lesión (*Schweretheorie*) corresponde a nuestra categoría nacional de continuidad conceptual (rol N° 245-246 ya mencionado) y a la tesis de Holmes en *Pennsylvania Coal vs. Mahon Co.* Desarrollada por el Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), consiste en la afirmación de que cuando la regulación legal impone un sacrificio patrimonial particularmente grave, deja de tener un carácter regulador y pasa a tener carácter expropiatorio. Las críticas corren de manera similar a las expresadas arriba a propósito del rol N° 245-246. Otros

<sup>22</sup> REY (1994), p. 399 y ss.

<sup>23</sup> STERN (2006), p. 2233 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. SCHEUNER (1954), en especial p. 63 y ss., p.100 y ss.

<sup>25</sup> REY (1994), p. 384.

criterios alzados por la doctrina, tales como el valor de protección, el criterio de la exigibilidad, de la protección de la sustancia, y el principio de aprovechamiento privado, fueron posteriormente recibidos por la jurisprudencia, al menos en su contenido<sup>26</sup>.

A partir de dos decisiones de 1979 y de 1981, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha marcado un cambio de rumbo respecto de estos primeros enfoques, desarrollando la doctrina de la separación (*Trennungsllehre*), según la cual limitaciones y expropiaciones son dos categorías conceptualmente distinguibles y separadas, de tal modo que una regulación delimitadora/limitadora (*Inhalts- und Schrankenbestimmung*) de la propiedad no puede llegar a transformarse en una expropiación.

## 5. ALTERNATIVAS PARA LA DISCRIMINACIÓN DE CONCEPTOS

Como queda claro de la evolución en EE.UU., España y en la primera etapa de la jurisprudencia alemana, no parece probable esperar una solución del problema de la diferenciación entre privación de la propiedad y limitación (o delimitación) de la misma si se parte de una base que pretenda situar en un mismo plano conceptual la regulación general y abstracta de la propiedad, y la afectación concreta de posiciones jurídicas propietariales. Por lo demás, tiene bastante sentido abandonar un análisis de la frontera entre limitación y privación basado en el *grado* de lesión que pueda producir la respectiva regulación. Por definición, toda regulación implica, respecto de un ámbito previamente no regulado, una disminución de la libertad disponible, y en esta medida, una lesión (en sentido amplio) de la misma. Siendo así, la fórmula de buscar una diferencia entre una medida que lesiona el derecho de dominio (en cuanto limitación) y otra medida que también lesiona el derecho de dominio (en cuanto expropiación) parece condenada desde un inicio a la tarea fútil de intentar trazar una línea demarcatoria entre “lesión” y “lesión”.

La solución pasa, entonces, por una separación de los planos en que se evalúa la constitucionalidad de una regulación, por una parte, y la de una expropiación, por otra, o, más precisamente: por el desarrollo de criterios o estándares de control para la regulación de la propiedad (como limitación o delimitación) independientes de los efectos concretos de la misma; y, por otro lado, por el logro de precisión en el concepto de expropiación. Una pregunta aparte es si, con ocasión del análisis de regulaciones de la propiedad dentro del marco constitucional, es posible encontrar casos en que, en virtud del principio de la igualdad ante las cargas públicas (y no bajo el concepto de expropiación) surja una causa indemnizatoria para los afectados en concreto con determinada regulación.

Los criterios para el control de la regulación legislativa del dominio pueden resumirse en cuatro. Tres de ellos tienen un carácter explícito, al menos en su formulación constitucional. Es así como una regulación de la propiedad-dominio puede examinarse, en primer lugar, en vistas a la conservación de la esencia de dicho derecho, en el sentido

<sup>26</sup> STERN (2006), p. 2237.

propuesto arriba, esto es, como un haz de facultades en que sean reconocibles las de uso, goce y disposición, sin condicionar la extensión de las mismas. En segundo lugar, la regulación que pueda ser calificada como limitación, u obligación impuesta al dominio, debe ser susceptible de ampararse bajo la noción de función social en virtud de alguno de los criterios señalados en el mismo artículo 19 N° 24, inciso II, o bien, debe fundarse en el art. 19 N° 8 i. II como restricción específica impuesta al ejercicio del derecho, para proteger el medio ambiente; o (y esto bajo reserva de una discusión ulterior en materia de dogmática general de los derechos fundamentales) debe poder justificarse como solución legislativa para conciliar el conflicto de intereses, la colisión de derechos<sup>27</sup> o la armonización del derecho de propiedad con principios constitucionales.

Entendido así, el examen de constitucionalidad de la regulación constitucional del dominio tiene siempre carácter abstracto, sin que valga, en este nivel, la consideración de las variables hipótesis de hecho que podrían producir un menoscabo patrimonial particularmente gravoso. Si, para una determinada regulación, es posible satisfacer los criterios anteriores con prescindencia de las hipótesis de su aplicación, ello significa que ella es compatible con las exigencias constitucionales para la regulación de la propiedad, siendo las consecuencias perjudiciales de su aplicación a casos concretos el resultado de circunstancias de hecho que, tal y como los resultados económicos perjudiciales de cualquier medida pública, pueden afectar a los particulares. Así como el dueño de un restaurante que se ve afectado por la construcción de una doble pista en la antigua carretera a cuya vera captaba a clientes que viajaban en ambos sentidos, y que ve disminuida a la mitad su clientela potencial, así también los efectos concretos de una regulación jurídica válida pueden traer aparejadas consecuencias económicas gravosas. Cuando la consecuencia depende de las circunstancias de hecho, pero la regulación en sí misma admite una hipótesis compatible con el régimen dominical, habría que concluir que necesariamente estamos ante una medida de carácter general no ablativo en sí misma, siendo sus consecuencias negativas parte de las cargas públicas que como regla general trae aparejada toda regulación. Así, en el conocido caso Galletué con Fisco, la prohibición de tala de araucarias era perfectamente compatible con un pleno uso turístico del predio; de tal modo que el específico destino buscado por su dueño, la explotación forestal, venía a ser un dato de hecho no necesaria ni específicamente cubierto por la protección dominical, siendo por tanto plenamente compatible la prohibición de tala con la idea de regulación (y no expropiación) de la propiedad. La misma solución podía aplicarse a la regulación que imponía el deber de permitir un acceso hacia playas públicas. Puesto que la “gravedad de la lesión” solo podía determinarse en concreto, era posible pensar en hipótesis donde la lesión misma era irrisoria (por ejemplo, un predio de 200 hectáreas cuyo dueño habilita un paso de 100 metros desde el camino principal a la playa). Siendo así no era la regulación misma, sino determinadas condiciones de hecho las que podían hacerla particularmente gravosa, salvando de este modo su carácter de limitación por sobre la confusión conceptual con la privación.

<sup>27</sup> Enfatizo aquí: esta referencia está hecha a una colisión de derechos, y no de “derechos fundamentales”.

Si se acepta la conclusión anterior, se logra claridad respecto del tratamiento dogmático de las regulaciones del dominio desde el punto de vista de la dogmática del derecho de propiedad, y se desplaza el problema de sus consecuencias fácticas al ámbito de la dogmática de la igualdad ante las cargas públicas. Como ya se ha mencionado, este enfoque no es original. En el derecho comparado se ha fundado la necesidad de indemnización de determinadas regulaciones, no sobre la base de considerarlas expropiatorias, sino que por ser lesivas al principio de proporcionalidad (o sea, correlativamente, en la prohibición de falta de proporcionalidad) que la jurisprudencia y la doctrina alemanas han estimado como principio subyacente de toda limitación o regulación de derechos fundamentales. En el caso chileno existe un principio constitucional que cumple una función análoga, si bien es algo más generoso a favor del legislador. El artículo 19 N° 20 autoriza al legislador a imponer cargas patrimoniales, una de cuyas formas son los tributos (desde el momento en que el mismo inciso habla de “demás cargas públicas”). Justamente, la gran diferencia entre carga patrimonial y expropiación consiste en que la primera obliga al afectado a soportar del todo el *quantum* de afectación que impone la ley. De la misma manera, entonces, pueden considerarse otras cargas patrimoniales como podrían ser, por ejemplo, las consecuencias económicas desfavorables de una regulación propietarial. Tomando en cuenta que la limitación constitucional a la repartición de las cargas patrimoniales de carácter tributario es la prohibición de su carácter manifiestamente injusto o arbitrario, bien puede extenderse este criterio a las demás cargas patrimoniales. De este modo, en el caso de regulaciones que afectando de manera manifiestamente injusta o desproporcionada la propiedad no dispongan la correspondiente indemnización, no estamos ante una inconstitucionalidad de la regulación por lesión al derecho de propiedad en virtud del art. 19 N° 24, sino por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas vía art. 19 N° 20. Esta solución permite al legislador fijar las reglas generales de la compensación, las que serán suficientes en cuanto cancelen el carácter manifiesto que tenga lo injusto o desproporcionado del efecto regulatorio (pudiendo subsistir en términos meramente desproporcionados o injustos); igualmente, le permite remitir el examen de la procedencia y la evaluación de la indemnización al juez de la instancia, en cuanto constate efectivamente un efecto particularmente gravoso al patrimonio de un particular.

Desde el punto de vista de la precisión conceptual del instituto jurídico de la expropiación, parece importante incorporar la noción de beneficio. Uno de los graves errores que se cometan en el estudio de la noción de expropiación se encuentra en la determinación de la justificación de la indemnización, la que suele subsumirse en una compensación bajo la idea de igualdad ante las cargas públicas. No es tal el caso. Cuando se analizan los orígenes de la institución, se observa que el poder de decisión

<sup>28</sup> SCHEUNER (1954), p. 81, explica el paso de la idea de *compensatio* o *premium*, desde ser considerado un requisito para la privación de determinados bienes o derechos, a la idea de una igualdad de las cargas, por la influencia del derecho natural, alimentado entre otros por el instituto de la avería gruesa (*lex Rhodia de jactu*), proveniente del derecho privado, y la idea de igualdad de todos los ciudadanos.

sobre el destino de un bien en dominio eminente (esto es, no bajo el dominio directo ni el del propietario útil) llegó a un punto de tanta debilidad en el régimen feudal, que el titular de dicho dominio (que posteriormente se le reconocerá al Estado con el mismo nombre) debió compensar por la recuperación que hacía de sus propias tierras dadas en feudo. No solo esto: además, no podía tratarse de una decisión arbitraria, sino que había de existir una causa o motivo justificado. La sobreposición de las categorías estatales a las señoriales reales-dominicales tradujo posteriormente la idea de causa justificada a un motivo de interés público; pero ello no puede hacernos olvidar que la indemnización, en la expropiación, es compensatoria, no por una suerte de distribución de cargas<sup>28</sup>, sino como contrapartida del enriquecimiento que se produce en el patrimonio público (o del destinatario del bien) a consecuencia de ella. De este modo, si bien puede dejarse de lado la cuestión relativa al sentido sistemático de estimar la indemnización como un elemento para la mantención de la igualdad ante las cargas públicas<sup>29</sup>, no puede prescindirse del elemento compensatorio del enriquecimiento como esencial en la construcción de la noción de expropiación.

De este modo se logra, esta vez desde la perspectiva de la expropiación, un nuevo criterio para separarla del plano de la regulación. Las medidas que no producen como efecto final enriquecimiento alguno en un patrimonio no pueden estimarse expropiatorias, aun cuando reductivas del haz de facultades dominicales. De considerarse lo contrario, esto es, que toda consecuencia económica negativa para el patrimonio de un particular debiese indemnizarse aun cuando no implice un beneficio para el patrimonio público<sup>30</sup>, desaparecería el fundamento de gratuitad de toda carga pública, ya que no se divisa una razón para que la regulación intensa en una libertad compleja, como lo es la resultante de la configuración del derecho de propiedad, deba ser compensada económicamente a través de una indemnización, y no, en cambio, otras (como por ejemplo la privación de libertad de un inocente en una persecución criminal, salvo los específicos caso de error judicial o figuras análogas).

Para cerrar este acápite, no es de balde recordar que toda la contraposición, el problema –y podría decirse, el dilema– entre limitación al dominio y expropiación surge a partir de una comprensión equivocada, desde un punto de visto histórico, del sentido de la propiedad como “el derecho de disponer y gozar de las cosas de la manera más absoluta” (art. 544 del Código Civil de Napoleón). Esta idea de disposición absoluta, se dice, sería el resultado de la recepción de una concepción individualista de la propiedad, proveniente del derecho romano. Bajo esta comprensión, el derecho de propiedad se entiende como conceptualmente, y en principio, ilimitado, siendo toda limitación una restricción a esta posición original, primaria, “ilimitada”. Si por el contrario se entiende,

<sup>28</sup> Lo que de por sí plantea un problema de dogmática de derechos fundamentales: esto porque, así estimada, la falta de indemnización o su monto no equivalente al daño sufrido resultaría serían una lesión a este principio, y no a la inviolabilidad de la propiedad.

<sup>30</sup> Así por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 83, 211. La Corte Constitucional italiana perseveró, al menos inicialmente, en la necesaria transmisión o transferencia de la propiedad como nota definitoria de la expropiación, en CARTEI (1995), p. 211.

de manera correcta (como resultante de un movimiento que se enfrenta y supera una noción feudal de propiedad fragmentada) la idea un derecho “a usar y gozar de la manera más absoluta” en el sentido de no concurrente con otros derechos de propiedad, libre de cargas personales y reales, resulta que el dominio no nace opuesto o intrínsecamente reluciente a unos márgenes y limitaciones impuestas por la ley, de tal modo que no tiene sentido plantearse, respecto de esta, unas limitaciones “tácitamente” expropiatorias. El mismo *Code* somete a la propiedad a los usos prohibidos por ley o por los reglamentos<sup>31</sup>.

## 6. LIMITACIONES Y OTRAS PRIVACIONES DEL DOMINIO

La sistemática de limitación y expropiación no queda completa sin una mirada a otras figuras privativas de propiedad, como la requisición y la confiscación. Precisamente por su carácter más técnico y preciso no se han visto envueltas en la confusión conceptual entre limitaciones y privaciones, salvo con ocasión del argumento de la Corte Suprema en el caso Galletué con Fisco, posteriormente adoptado por el Tribunal Constitucional en su sentencia en el caso Playas Públicas, en que exporta el concepto de limitaciones administrativas (en estado de excepción) al de limitaciones legislativas en estado de normalidad constitucional, para efectos de comunicar a las segundas, “por equidad” y una pretendida interpretación sistemática, el deber de indemnizar contemplado por la Constitución para las primeras.

La requisición es la privación de un bien (originalmente mueble, en contraposición a la expropiación referida originalmente a inmuebles) por parte de la autoridad administrativa. Nuestro ordenamiento constitucional solo lo permite en estados de excepción constitucional, en el art. 45 i. II, asociado a un deber de indemnizar en conformidad a la ley, sin que la Carta fije un estándar para la configuración legislativa en este punto.

La confiscación, por su parte, alude a toda privación de propiedad sin una indemnización, cuyos casos particulares pueden ser el decomiso de *instrumenta* o *producta sceleris*, o de especies con fines sanitarios, o bien como pena (hoy prohibida en nuestra Constitución por el art. 19 N° 7 letra g, salvo para el caso de asociaciones ilícitas). La importancia dogmática de la confiscación, en el caso del comiso, está dada por su estructura, ya que permite apreciar que se reconoce al Poder Legislativo la facultad de regular ciertos usos de un bien del dominio de una persona, como causa para la privación total del dominio sobre dicho bien, y sin indemnización. Lo importante aquí es destacar la libertad de configuración del legislador para dar forma a dicha privación total sobre la base de un interés público indiscutido, como lo es la persecución criminal. De

<sup>31</sup> Idea ya expresada a principios del siglo pasado por BARASSI, *Istituzione di diritto civile*, citado por CARTEI (1995) p. 198, nota 47 “...de esto se deriva que el contenido normal del derecho de propiedad puede encontrarse circunscrito dentro de límites bastante más estrechos de cuanto lo sería según una mera concepción abstracta y filosófica; límites que no constituyen una limitación (que presuponga un minus en comparación con el estado normal) sino que, precisamente, determinan el estado normal”.

manera análoga puede decirse que no es incompatible con el régimen de amparo constitucional a la propiedad las disposiciones legislativas que ordenan la destrucción de bienes que pudiesen ser nocivos para el interés común, como por ejemplo animales portadores de una enfermedad contagiosa. En estos casos no puede subordinarse el fin de conservación de salubridad pública a la capacidad patrimonial de resarcimiento vía indemnización por expropiación. Aplicando el test desarrollado arriba, dicha medida no implica beneficio alguno para el patrimonio de una parte. Siendo así, se llega a encuadrar el comiso y el sacrificio de los animales en el caso propuesto como figuras específicas de limitación al dominio. Y aquí sí, una vez despejada la sede para el tratamiento jurídico de estas figuras, puede entrar en consideración una indemnización, que no será la de la expropiación<sup>32</sup>, como ya se ha dicho, sino que restablecedora de la igualdad ante las cargas públicas por el particular sacrificio que para el patrimonio de una persona ha significado una medida destinada al beneficio de la comunidad.

## 7. CONCLUSIÓN

A partir de lo expuesto en este trabajo es posible sostener la necesaria separación que, en términos de la dogmática del derecho de propiedad, debe hacerse entre limitaciones del dominio y expropiación. Los criterios para dicha separación son, por parte de las limitaciones (delimitaciones, regulación), su carácter esencialmente abstracto, desvinculado de toda consideración concreta y sometido solamente a las exigencias de respeto de ciertos parámetros y habilitaciones constitucionales: la noción de un contenido esencial definido por la subsistencia de las facultades de uso, goce y disposición, sin condicionar una específica extensión de las mismas; el amparo bajo los requerimientos de la función social o de protección al medio ambiente, y una eventual regulación de colisión de intereses o derechos, o la necesidad de armonización con principios constitucionales.

Por parte de la expropiación, se destaca la necesidad de situarla en el plano de las intervenciones concretas y de reincorporar la noción de beneficio patrimonial resultante, para efectos de su precisión conceptual.

Por último, se deja abierta la posibilidad de discutir la regulación de la propiedad bajo el lente de la dogmática especial de las cargas públicas en aquellos casos en que sus consecuencias económicas sean particularmente gravosas, pero aquí en un plano que necesariamente incorpore la posibilidad de apreciar en concreto dichas consecuencias como antecedentes de una compensación que restablezca el estándar constitucional de igualdad ante las cargas públicas.

<sup>32</sup> Lo que a nivel dogmático es importante destacar, para efectos de otorgar al legislador un margen de libertad para fijar el monto de esta indemnización o los criterios para determinarlo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, y Fuentes Olmos, Jessica (1997): “El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII: pp. 195 - 221
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2005): “Problemas de la dogmática de la protección constitucional a la propiedad”, en: *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis) pp. 157-169
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006a): “El concepto constitucional de bien incorporal”, en: *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (En prensa).
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006b): “Tutela jurisdiccional y configuración constitucional del derecho de propiedad”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile (En prensa).
- BARNÉS, Javier (1995a): “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en: Barnés, Javier (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (Madrid, Tecnos) pp. 25 y ss.
- BARNÉS, Javier (1995b): “La jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos”, en: Barnés, Javier (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (Madrid, Tecnos) pp. 124 y ss.
- CARTEI, Gian Franco (1995): “La propiedad en la Constitución Italiana”, en: Barnes, Javier (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (Madrid, Tecnos), pp. 191 y ss.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2006a), “El derecho urbanístico chileno y la dogmática constitucional de la propiedad”, ponencia presentada en las *Primeras Jornadas de Derecho Inmobiliario y Urbanístico* de la Pontificia Universidad Católica de Chile (En prensa).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006b): “Evolución histórica de la propiedad y su concepto”, en: *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* (En prensa).
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (1988): *La disciplina constitucional de la propiedad privada* (Madrid, Tecnos) 183 pp.
- MOHOR ABUAUAD, Salvador (1989): “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. XVI: pp. 283-308.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1994): *La propiedad privada en la Constitución Española* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 192 pp.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Catherine, y Encina Muños, Cristián (2005); “*El problema de constitucionalidad del Decreto Ley N° 2695 de 1979. Análisis y recopilación de jurisprudencia*”, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta.
- SCHEUNER, Ulrich (1954): *Verfassungsschutz des Eigentums, Grundlagen und Art der Entchädigung* (Tübingen, J.C.B.Mohr) 162 pp.
- STERN, Klaus (2006): *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Beck, Munich), t. IV/1

WALDRON, Jeremy (1988): *The Right to Private Property* (Oxford, Clarendon Press)  
470 pp.

ZATTARA, Anne Françoise (2001); *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété* (París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A.) 728 pp.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia rol N° 11 (1981): Tribunal Constitucional de España, 8 de abril de 1981  
(recurso de inconstitucionalidad)

Sentencia rol N° 43 (1987): Tribunal Constitucional de Chile, 24 de febrero de 1987  
(control de constitucionalidad de ley orgánica constitucional)

Sentencia rol N°s 245-246 (1996): Tribunal Constitucional de Chile, 2 de diciembre de 1996 (requerimiento de inconstitucionalidad de decreto supremo)

— |

| —